

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI

“FEDERICO II”



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN

“SOVRANITÀ E GIURISDIZIONE NELLA STORIA,
NELLA TEORIA E NEL DIRITTO CONTEMPORANEO”

(XXIX CICLO)

TESI DI DOTTORATO

LA NON PUNIBILITÀ AL CROCEVIA

DELL'ART. 384, COMMA 1, C.P.

Coordinatore

Ch.mo Prof. Sergio Moccia

Dottorando

Dr. Enrico Mezza

Tutor

Ch.mo Prof. Giuseppe Amarelli

Anno Accademico 2016/2017

Enrico Mezza

La non punibilità al crocevia dell'art. 384, comma 1, c.p.

Capitolo I

La zona nebulosa della non punibilità

- | | |
|---|---------|
| 1. L'area eterogenea delle condizioni che escludono la punibilità di una condotta tipica | Pag. 7 |
| 2. Le classificazioni della dottrina tradizionale | |
| 2.1 Antigiuridicità oggettiva come sede del bilanciamento degli interessi | Pag. 18 |
| 2.2 Scusanti e colpevolezza | Pag. 29 |
| 2.3 Meritevolezza e bisogno di pena: indici per una possibile quadripartizione del reato | Pag. 45 |
| 3. Gli incerti confini delle classificazioni tradizionali - soluzioni pragmatiche alternative | Pag. 56 |

Capitolo II

Dalla non punibilità ai casi di non punibilità: considerazioni sul crocevia dell'art. 384 c.p. e disciplina applicabile

- | | |
|---|---------|
| 1. Dalla "non punibilità" ai "casi di non punibilità". Inquadramento generale delle problematiche legate all'art. 384 c.p. | Pag. 64 |
| 2. Indagine storica dell'istituto | |
| 2.1 Art. 384 c.p. e bene giuridico tutelato: cenni sull'emersione del concetto di corretta amministrazione della giustizia. | Pag. 67 |
| 2.2 Indagine storica dell'istituto | Pag. 71 |
| 3. Disciplina | |
| 3.1 Conseguenzialità materiale tra il fatto ed il nocumento | Pag. 78 |
| 3.2 La gravità del nocumento | Pag. 84 |
| 3.3 Art. 384.1 c.p. ed aggravante della connessione teleologica | Pag. 90 |

4. Ambito di applicazione soggettivo: il soccorso di necessità	
4.1 La Famiglia	Pag. 94
4.2.1 Art. 384 c.p. e convivente <i>more uxorio</i>	Pag. 99
4.2.2 Profili problematici della soluzione giurisprudenziale	Pag. 104
4.2.3 L'estensione al convivente al vaglio della riforma Cirinnà	Pag. 108
4.3 Applicabilità dell'art. 384 c.p. alle unioni civili	Pag. 111

Capitolo III

Le incertezze interpretative: inquadramento dogmatico dell'istituto e riflessi applicativi

1. Inquadramento generale dell'istituto: lo scotto da pagare per le incertezze dogmatiche	Pag. 116
2. La <i>vexata quaestio</i> della collocazione dogmatica dell'istituto	
2.1 Come espressione del brocardo <i>necessitas non habet legem</i>	Pag. 119
2.2 Come espressione del principio di inesigibilità	Pag. 124
2.3 Come espressione del <i>nemo tenetur se detegere</i> e della forza dei sentimenti familiari	Pag. 131
3. Tra diritto e giustizia	Pag. 136

BIBLIOGRAFIA	Pag. 141
---------------------	----------

CAPITOLO I

La zona nebulosa della non punibilità

1) L'area eterogenea delle condizioni che escludono la punibilità di una condotta tipica. 2) Le classificazioni della dottrina tradizionale. 2.1) Anti-giuridicità oggettiva come sede del bilanciamento degli interessi. 2.2) Scusanti e colpevolezza. 2.3) Meritevolezza e bisogno di pena: indici per una possibile quadripartizione del reato. 3) Gli incerti confini delle classificazioni tradizionali - soluzioni pragmatiche alternative.

1. L'area eterogenea delle condizioni che escludono la punibilità di una condotta tipica.

Non è agevole sistematizzare gli elementi orbitanti sull'asse dell'antigiuridicità e della non punibilità in generale; essa è un'area eterogenea, in cui coagiscono diversi fondamenti giuridici, che si sviluppano in cause di giustificazione, di esclusione della colpevolezza e di non punibilità in senso stretto. Per tale motivo, punto di partenza della presente disamina non può che essere il dato positivo, letto alla luce dei diversi principi di riferimento.¹

La commissione di un fatto tipo è antecedente necessario, ma non sufficiente, per l'irrogazione della sanzione penale. Così risulta, *prima facie*, dall'analisi dell'impianto legislativo: diversamente strutturate e rubricate, ogni sistema normativo predispone condizioni che escludono l'applicabilità della pena. Così è, inoltre, per ragioni di tipo logico e giuridico: la mera sussumibilità del fatto nella norma non è in grado di offrire un'analisi compiuta del disvalore della condotta, che spesso necessita di un'indagine maggiormente individualizzata. Alla *normalità e staticità* del diritto positivo si contrappone dunque l'*eccezionalità* ed il *dinamismo* del dato ermeneutico.

L'eterogeneità del dato normativo ha spinto la dottrina ad un'opera di sistematizzazione, suddividendo le fattispecie rispetto alla loro natura giuridica, al fondamento ed alla funzione. Appare necessario individuare una solida struttura del reato, che possa disvelarne la fisionomia interna ed i coefficienti esterni, così da permettere un'utile analisi del dato fattuale da parte dell'interprete. Le categorie qui considerate si esprimono in termini negativi.

¹ Cfr. VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 148

Più che di antigiuridicità, gli interpreti discutono di mancanza di antigiuridicità della condotta. Come precisato in dottrina, la commissione di un fatto tipico costituisce un indizio del carattere *contra jus* dell'azione; ne consegue che quello dell'antigiuridicità costituisca un dato ulteriore, nonché da dimostrare autonomamente.²

In questi termini, all'atto pratico del processo, la categoria in esame è considerata attraverso un'indagine peculiare, parzialmente simile a quella propria del regime dell'imputabilità. Le circostanze che escludono la pena sono valutate successivamente alla sussumibilità nel tipo; sicché il giudice, verificata la tipicità del fatto, accerta che non ricorrano cause di giustificazione.

Meccanismo similare riguardale cause di esclusione della colpevolezza. Incredibilmente sconvolta dalla dottrina novecentesca, la categoria *de qua* esprime esigenze d'imputabilità soggettiva dell'illecito, baluardo di una sistematica che rifugge dalla responsabilità oggettiva. Anche per la colpevolezza, l'orientamento giuridico predispone un giudizio al negativo, in cui riscontrano ancora logiche presuntive.³

Da un punto di vista processuale, l'assenza di giuridicità o di colpevolezza dà luogo ad una sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530 c.p.p., *sub species* "il fatto non costituisce reato".⁴ Difatti, la dottrina maggioritaria ritiene che le precedenti condizioni integrino la struttura del reato, non potendo quest'ultimo prescindere.

Sempre in negativo si sviluppa la categoria della "punibilità" (*recitius*: "non punibilità"), che riguarda la possibilità concreta di irrogare la sanzione penale, dalla dottrina maggioritaria collocata a valle del reato. Detta collocazione dogmatica ha indotto la dottrina processualista a diverse

²FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2009, p. 185

³v. *Infra* Cap I, 2.2

⁴Cfr. TONINI P., *Manuale di Procedura penale*, X ed., Milano, 2009, p. 672 e ss.; CONSO G. - GREVI V.P., *Compendio di Procedura penale*, V ed., Padova, 2010, p. 828 e ss.

soluzioni in ordine alla sentenza assolutoria. Dalla presenza di una causa di non punibilità consegue una sentenza di assoluzione, ex art. 530 c.p.p., *sub specie* perché “il reato è stato commesso da una persona non imputabile o non punibile per altra ragione”: il giudice riconosce la commissione dell’illecito, anche se il reo è esente da pena.⁵

La presente sistematizzazione è espressione della dogmatica del reato, che ontologicamente non può essere sottoposta a revisione critica, giacché il dogma è per definizione un coefficiente non sempre dimostrabile. Tuttavia, è possibile ricercare le matrici giuridico-culturali di detti dogmi ed interrogarsi circa la loro (attuale) funzione nell’ordinamento penale.

Come inquadrata, la categoria della (non) punibilità è in rapporto quasi ancillare con il reato. L’infrazione è un *quid facti*, collocato necessariamente a monte del giudizio sanzionatorio; quanto detto delle teorie penali pure, in cui la pena risulta l’unica e (pertanto) naturale conseguenza del fatto illecito.

Anche per questo, la non punibilità del soggetto può essere spiegata solo per ragioni eccezionali. Può essere un risultato fisiologico della struttura del reato (assenza di antiggiuridicità o colpevolezza), oppure rispondere a meccanismi diversi (cause di non punibilità). Conta, però, che le tre ipotesi richiamate siano espressioni di valori speciali ed esigenze eccezionali.

Nella costruzione hegeliana del diritto penale, la sanzione è una risposta a qualcosa che già è accaduto. Essa è, per Kant, un imperativo categorico, privo di ogni finalità ulteriore: semplicemente la normale reazione ad un comportamento contrario all’ordinamento giuridico.⁶ Per quanto questo possa dirsi obsoleto in uno Stato di diritto, ciò ha comunque influenzato la sistematica moderna.⁷

⁵Sulla possibilità di ritenere la non punibilità come categoria interna al reato, v. *Infra* 2.3

⁶DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, cit., p. 6 e ss.

⁷Cfr. MOCCIA S., “Diritto penale, tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica”, Napoli, 1996, p. 39 e ss.

L'antigiuridicità è una categoria necessaria. Tuttavia, in spregio alla sua imprescindibilità, la sua sussistenza non va provata; come si vedrà: “anche a voler ritenere che la presunzione di incolpevolezza comprenda l'accertamento di tutti i fatti rilevanti per l'applicazione della pena (...) le cause di giustificazione possono essere apprezzate giuridicamente purché vi sia un principio di prova della loro sussistenza (...) laddove non sia emersa processualmente neppure una probabilità dell'esistenza del bene o dell'interesse confliggente, il giudice non potrà far altro che condannare, perché non è ipotizzabile un giudizio di bilanciamento, se non assume una qualche concretezza il secondo termine della valutazione”.⁸

Da quanto rilevato emerge un atteggiamento ondivago dell'ordinamento giuridico rispetto alle diverse categorie del reato.

Commesso un fatto tipico, finalisticamente indirizzato al risultato illecito, questo è normalmente sanzionabile: le norme che rendono inapplicabile la pena sono eccezioni alla regola di cui al brocardo *lex specialis derogat generali*.

Invero, il meccanismo di accertamento negativo (della non sussistenza delle condizioni che escludono la pena) nasce proprio dall'eccezionalità di queste categorie. Se da un lato concretizzano esigenze immanenti di politica criminale, comuni a tutti gli ordinamenti europei, dall'altro lato interrompono il sillogismo tra fatto illecito e sanzione.

E' proprio a causa di detto carattere negativo che la dottrina tradizionale solo in tempi più recenti si è interessata dell'antigiuridicità, poi *funditus* della colpevolezza ed infine della punibilità.

La speculazione dottrinale si è sviluppata secondo un climax. Dapprima, essa si è soffermata sugli elementi interni del reato e solo in tempi

⁸MARZADURI E., *Commento all'art. 530*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. CHIAVARIO, vol. V, Torino, 1991, p. 525

recentissimi sull'area della (non) punibilità. Com'è ovvio, la scelta non può non aver avuto ripercussioni in ambito legislativo.

Evitando di prendere posizione sul punto, il codice Rocco non fornisce una sistematica delle categorie in esame. L'attuale assetto codicistico presenta un approccio alluvionale al problema, giacché il legislatore ha preferito analizzare singolarmente le condizioni che escludono l'applicazione della pena. Senza soffermarsi sul loro ambito applicativo e natura giuridica, sono disciplinati numerosi istituti eterogenei, collocati nelle disposizioni di parte generale e speciale.

Il precedente approccio è bilanciato dal tentativo di addurre a queste condizioni una disciplina comune, prevista all'articolo 59 c.p. Intendendo unicamente accennare alla questione, la disposizione dedica due commi alle circostanze che escludono la pena: il primo e l'ultimo capoverso.

A mente del primo coma, dette condizioni sono valutate dal soggetto anche se da lui non conosciute o ignorate per colpa. E' quella che dottrina ritiene essere l'applicazione obiettiva delle circostanze che escludono la pena.⁹

Al contrario, l'ultimo capoverso allude alla rilevanza del putativo, laddove il legislatore equipara l'effettiva sussistenza dell'istituto ad una sua erronea rappresentazione. Secondo parte della dottrina, il Guardasigilli avrebbe inteso estendere alle figure *de quibus* la disciplina dell'errore di cui all'art. 47 c.p.¹⁰

Il disposto di cui all'art. 59 c.p. non fornisce all'interprete una concreta definizione del suo ambito applicativo. Irrisolta dal dato positivo resta,

⁹ Per una ricostruzione critica dei limiti del suddetto principio, v. CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 445

¹⁰ DE VERO G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 809 ss.

soprattutto, una questione: a quale delle tre categorie suesposte quest'ultimo s'indirizzi.

Parte della dottrina ha proposto una ricostruzione integrata della norma, che dovrebbe essere letta alla luce dell'art. 119 c.p., in tema di circostanze applicabili nel concorso di persone. Con la disposizione il codice Rocco distingue due tipi di circostanze che escludono la pena: oggettive e soggettive, senza definirle concretamente.

Rinviando ad altra sede l'analisi della questione, valga da subito (e nuovamente) considerare il particolare atteggiamento del legislatore, che ha immaginato un comparto normativo acefalo, privo di una cornice applicativa chiara, foriero di confusioni. Cionondimeno, quella in esame non sembra essere stata una svista, ma una chiara scelta di politica legislativa e criminale.

Formalmente, il legislatore del '30 assume una posizione chiara in ordine alla questione in esame. Come espressamente precisato nella relazione di accompagnamento al codice penale¹¹, il progetto di legge risponde a diverse esigenze.

Oltre alla risoluzione del problema del putativo ed la meccanismo di computo degli *accidentalia delicti*, il Capo II, Titolo III del I libro intende fornire una "classificazione delle circostanze".¹² Diversamente da quanto enunciato, però, il corpo normativo sembra aver tradito le aspettative.

Le circostanze si suddividono in oggettive e soggettive. Le prime riguarderebbero l'oggettività del reato, la natura, la specie, i mezzi, l'offesa e le qualità personali della persona offesa. Le seconde, invece, riguardereb-

¹¹ Pagina 103 del documento

¹² In particolare, la relazione in esame si propone "*in armonia con le più recenti ed autorevoli aspirazioni dottrinali, ... (di dare) ampio sviluppo alla disciplina delle <<circostanze del reato>>. I punti essenziali di tale disciplina possono così riassumersi: a) classificazione delle circostanze; b) norme sulla valutazione delle circostanze non conosciute dal colpevole o da lui erroneamente supposte; c) norme sulla valutazione delle circostanze nella ipotesi di errore sulla persona dell'offeso ...*"

bero il dato psicologico del reato, l'intensità del dolo o il grado della colpa, le qualità dell'autore del reato. Il Guardasigilli, inoltre, dimostra di conoscere le dispute dottrinali in merito alla qualifica delle circostanze che attingono ai rapporti tra persona offesa ed autore (ad esempio la coabitazione, il rapporto di parentela, la sussistenza di relazioni domestiche o d'ufficio etc.). Tuttavia, nella relazione è screditata quella tesi che qualifica le stesse come "miste", aderendo invece a quella che le tratta come circostanze soggettive; pertanto, si ritiene che in dette circostanze rilevi soprattutto la personalità del colpevole, che assorbe il dato oggettivo della fisionomia della persona offesa.¹³

Ciò premesso, il Guardasigilli propone un ulteriore indice classificatorio delle circostanze. In particolare, distingue aggravanti ed attenuanti da un lato ed esimenti dall'altro. Queste ultime, qui di maggiore interesse, riguardano tutte quelle condizioni che escludono il reato o la pena, rendendo priva di conseguenza la commissione del fatto tipico. Alla declaratoria di principio non segue però un effettivo sforzo normativo, che assegni autonomo valore sistematico alla categoria delle esimenti.

Il termine da ultimo richiamato è utilizzato in maniera neutra, come sinonimo di circostanze che escludono il *reato* o la *pena*. Si ha riguardo a concetti estremamente differenti in dottrina; Rocco sceglie di collocare sotto un unico ombrello normativo fattori che incidono all'interno della fisionomia del reato, privandolo di un requisito fondante, e fattori che determinano le vicende della pena. Tale determinazione, criticabile da un punto di vista esegetico, sarebbe tuttavia coerente con una sfiducia verso la dogmatica penalistica.

¹³ Nella dottrina moderna, si ricercano ancora i criteri utili ad individuare la natura giuridica delle circostanze. Sul punto, cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova 2013, p. 412 e ss.. Nondimeno, anche questa autorevolissima dottrina pare contraddirsi alla prova delle c.d. circostanze miste.

E' noto che Rocco perfezioni il codice in un momento storico delicato per la dottrina, che si colloca a valle della contrapposizione tra due scuole giuridiche. Quella classica, con il suo padre nobile Francesco Carrara, che va al di là del dato normativo, perseguendo esigenze di verità iscritte nel codice della ragione più che nelle leggi. Quella positiva, in Italia rappresentata da Enrico Ferri, che ha un approccio più legato al dettato normativo ed al valore sintomatico del delitto, che si riflette nella predisposizione di categorie di delinquente e nell'esaltazione dell'istituto del tentativo.¹⁴

Rinunciando a prendere una posizione netta, il codice Rocco coordina i principi garantisti della scuola classica, predisponendo una parte generale che contiene diversi istituti di garanzia; allo stesso tempo, però, sfrutta le deduzioni della scuola positiva nella parte speciale, nella disciplina delle misure di sicurezza e, più in generale, nello studio della personalità del colpevole.

Ne consegue che il Guardasigilli non consideri la disputa in esame *tamquam non esset*, ma si colloca all'esterno, attingendo di volta in volta dalla singola speculazione ideologica più coerente con gli indirizzi di politica criminale adottati. Sicché, invero, Rocco non dimostra sfiducia nella scienza dogmatica; egli assume un atteggiamento neutro, distinguendo il ruolo della dottrina e del legislatore. La stessa logica è adottata nella disciplina degli artt. 59 e 119 c.p.

Nella relazione di accompagnamento al codice, si spiega che l'atteggiamento neutrale verso le esimenti ha la precipua funzione di sollecitare giurisprudenza e dottrina. Il codice non dovrebbe distinguere tra le varie circostanze che escludono la pena, poiché detta classificazione è complessa e comprometterebbe la linearità del lavoro. Tale sforzo dev'essere compiuto dagli interpreti.

¹⁴ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino 2008, p. 40

La sistematica delle circostanze in esame è affidata alla dottrina ed alla giurisprudenza, cui vengono fornite delle linee guida. Abdicando all'atteggiamento neutro del suo impianto legislativo, il Guardasigilli, in un inciso della sua Relazione, sottolinea comunque il carattere peculiare di quelle condizioni che incidono sul reato.

Queste ultime avrebbero dovuto chiamarsi più propriamente *cause*, giacché escludono un elemento costitutivo del reato, di base oggettiva o soggettiva. Di conseguenza, esse privano il reato della sua stessa essenza, che non esiste più soggettivamente o oggettivamente. Questa è, altresì, la *ratio* della loro disciplina.

Non è necessario che il soggetto abbia consapevolezza della loro sussistenza. Se ricorre un'esimente, il reato non si configura, a prescindere dall'atteggiamento soggettivo dell'agente. La regola sembra esprimere un principio speculare a quello dell'art. 47 c.p. Chi esercita un diritto, pur senza saperlo, agisce *secundum jus*, dunque la sua condotta non è antigiuridica. L'errore non cadrebbe sul precetto, ma sul fatto, sull'interpretazione della realtà, da cui muove la sua condotta.

Al di là del dibattito sul coefficiente soggettivo delle cause di giustificazione, valga considerare che Rocco sembri applicare questa regola anche ad alcune condizioni che escludono la sola pena. In certi casi, la norma che incide sulle vicende della punibilità "funziona indipendentemente dalla conoscenza che della norma stessa abbia avuto l'agente".

E' il caso in cui la condotta dell'agente sia sussumibile in una causa di non punibilità, ancorché egli ignori la sua esistenza. La mancata conoscenza del precetto fa comunque salva la sua applicabilità, che avviene in senso obiettivo. In termini speculari, si pone il problema della rilevanza del putativo. La ritenuta esistenza di una causa di esclusione della pena non salva il reo dall'irrogazione della sanzione; difatti, l'art. 59 c.p. dev'essere coordinato con il brocardo *ignorantia legis non excusat*.

Ad un'analisi più attenta, quanto detto non pare essere differente dalla rilevanza del putativo nelle cause di giustificazione. E' stato considerato che l'ultimo capoverso della norma non disciplini i casi in cui l'agente ritenga esistente una norma che autorizzi il comportamento; piuttosto, per putativo rilevante s'intende l'erronea convinzione della sussistenza dei presupposti applicativi della scriminante.

Ciò premesso, sembrerebbe che il Guardasigilli intenda trattare in modo unitario due fenomeni diversi. Nella dottrina successiva, invece, l'ottica è ribaltata.

Come si avrà modo di valutare, cause di giustificazione, cause di esclusione della colpevolezza e cause di non punibilità in senso stretto sono fenomeni distinti. Ne consegue l'approccio eterogeneo con cui la dottrina e la giurisprudenza considerano la loro disciplina esecutiva.

Da queste brevi considerazioni, si comprende l'enfasi con cui gli interpreti hanno contribuito al dibattito in esame.

Appurata la sussumibilità nel tipo, restano irrisolti gli interrogativi sulla disciplina applicabile alle altre categorie del reato, nonché alle vicende della punibilità.

Il presente studio non può emanciparsi dalle categorie generali del diritto penale, che oggi offrono basi solide all'interprete. Nondimeno, appare altresì utile verificare se i confini tracciati tra le diverse categorie possano essere riconsiderati, mediante un approccio fluido.

In sostanza, la c.d. *actio finium regundorum* tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità dev'essere valutata rispetto all'uniformità del dato positivo e, come si vedrà, rispetto alla prova del processo. Così è, d'altronde, anche per il Guardasigilli.

Nell'impianto originale del codice, l'imputazione obiettiva delle esimenti è speculare a quella parimenti obiettiva delle circostanze (attenuanti ed aggravanti). La scelta è frutto di esigenze pratiche, dovute alla diffi-

coltà processuale di accertare il nesso psicologico in ordine a dette condizioni.¹⁵

¹⁵L'attenzione all'elemento soggettivo nasce in tempi più recenti, come fondamentale applicazione dei principi dei sistemi costituzionali. È dal dato soggettivo, dal ripudio della responsabilità oggettiva che prende forma l'attuale struttura del reato.

2.I tentativi di classificazione della dottrina tradizionale.

2.1 Antigiuridicità oggettiva come sede del bilanciamento degli interessi.

E' difficile indicare chi per primo ha considerato l'antigiuridicità come categoria autonoma.¹⁶

Secondo la scuola classica, il reato si divide unicamente in *forza fisica* ed *atteggiamento interiore*; il primo coefficiente riguarda gli accadimenti naturalistici del mondo esterno, mentre il secondo attiene all'elemento psicologico che sostiene l'agire umano.

Ne consegue, *naturaliter*, una rigida bipartizione della struttura del reato, elaborata dai sostenitori della teoria degli elementi negativi del fatto. Per quest'ultima l'antigiuridicità non rappresenta un'autonoma categoria, ma un presupposto indefettibile del fatto tipico; laddove non si ravvisi il carattere *contra jus* della condotta, essa non sarebbe realmente sussumibile nel tipo.

Il concetto di fatto illecito è caratterizzato da due elementi: aver commesso la condotta vietata e la non sussistenza di condizioni giustificatrici. Pertanto, è la stessa fattispecie a richiedere l'assenza di cause di giustificazione¹⁷; di guisa che, agendo come presupposto dell'azione criminosa, il carattere antisociale o meno della condotta sarà valutato già a livello sussuntivo.

Tuttavia, la presente impostazione ermeneutica è stata doppiamente

¹⁶Il lavoro intende soffermarsi sulla concezione formale (per taluni "formale/sostanziale") di antigiuridicità; non saranno, pertanto, oggetto di specifico esame le diverse concezioni materiali. Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 107 e ss.

¹⁷Sul punto, GROSSO C.F. – PADOVANI T. – PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale, parte generale*, Volume II, 2007, Milano, p. 255

criticata, da un punto di vista pratico e giuridico. In primo luogo è *ictu oculi* di difficile realizzazione, specie in una stagione di diritto penale emergenziale.¹⁸ Inoltre, questa sembra contrastare con le esigenze basilari del diritto penale minimo. Infine, le cause di giustificazione non hanno natura prettamente penale; l'elemento giustificante rilevante in tutto l'ordinamento, sicché non si ammette nessun tipo di efficacia in sede civile, in sede amministrativa ed in sede disciplinare.¹⁹ Tale effetto è assicurato dal disposto dell'articolo 652 c.p.p.²⁰²¹

Valga considerare che la sussistenza di una causa di giustificazione non implica la totale irrilevanza giuridica del fatto. L'uccisione di un uomo in legittima difesa rappresenta un fatto tipico, in sé rilevante per il diritto penale. Ancorché giustificata, la condotta mantiene i suoi caratteri essenziali; pertanto, essa è ontologicamente diversa da un'altra condotta già in astratto non considerata dal legislatore. Ciò è espressione del principio di uguaglianza, che impone di trattare diversamente situazioni dissimili.

In disparte dalle precedenti critiche, parte della dottrina più moderna ha inteso aderire alla teoria degli elementi negativi, poiché idonea a risol-

¹⁸In merito alle ripercussioni negative della legislazione emergenziale, cfr. MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. 3 e ss.

¹⁹ In senso critico: DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. II, 2016

²⁰ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 18

²¹È da segnalare l'opinione contraria della dottrina Garofoli. L'autore, riprendendo una sentenza della Cort. Cass. S.U. n 40049/ 2008, ci segnala come le sentenze di assoluzione per la presenza di una causa di giustificazione, perché "il fatto non costituisce reato", non hanno sempre efficacia estensiva in sede civile ed amministrativo. Secondo la Corte quando ricorrono esimenti diverse dall'articolo 51cp non vi è estensione di giudicato, ma il giudice amministrativo o civile dovrà procedere ad un nuovo accertamento in un giudizio a cognizione piena. GAROFOLI, R. "Manuale di Diritto penale, parte generale", Nel diritto editore, 2012, Roma, p. 645

vere il problema dell'errore sulle scriminanti. In detta costruzione teorica, l'errore sulle esimenti si risolve infatti in un errore sul fatto tipico.

Quanto detto rileva in quegli ordinamenti privi di una normativa equivalente all'art. 59 c.p., come quello tedesco-occidentale. Aderendo allo schema bipartito, il soggetto in errore agirebbe secondo una condotta non dolosa, ma semmai supportata da colpa, al pari di chi agisce nell'erronea supposizione dei presupposti fattuali.

In Italia la disciplina sull'errore prevista dal codice Rocco ha distolto la dottrina dalla teoria degli elementi negativi, poiché priva di riflessi giuridici ritenuti interessanti.

L'adesione alla teoria tripartita ha comportando lo stravolgimento della concezione di antigiuridicità, che ora assume autonoma dignità giuridica. Quella in esame rappresenta la seconda categoria dell'illecito, in cui si valuta carattere antisociale della condotta.

L'attuale sistemica pare in gran misura debitrice degli insegnamenti di Beling. L'autore tedesco ricollegava all'antigiuridicità caratteri obiettivi e normativi, giacché l'unica categoria che importava un'analisi subiettiva era la colpevolezza.

Tuttavia, se risultavano chiare le differenze tra antigiuridicità e colpevolezza, pari uniformità di veduta non si registravano in ordine alle differenze tra la categoria *de qua* e quella della tipicità; tale incertezza costituiva un lascito della teoria degli elementi negativi del fatto.

Secondo alcuni autori, la piena indipendenza concettuale dell'antigiuridicità avviene con il processo di secolarizzazione dello stato e delle sue funzioni.²² Una volta attribuito alla tipicità il compito garantistico di limite al potere punitivo, l'antigiuridicità acquisisce la funzione che le è tuttora propria: risolvere i conflitti sociali, valutando in concreto della dan-

²²SCHIAFFO F., "Le situazioni quasi scriminanti nella sistemica teleologica del reato", Jovene Editore, 1998, Napoli, p. 12

nosità sociale dell'azione.²³

Per tale motivo, la paternità della categoria dell'antigiuridicità potrebbe essere retrodatata al pensiero di Feuerbach. Secondo il giurista tedesco, il reato corrisponde alla lesione di un diritto soggettivo, che è possibile giustificare se "conforme al diritto" perché in presenza di una "ragione giuridica". Fatte queste considerazioni, è facile dedurre il carattere generale delle clausole giustificanti: esse non attengono alla *ratio* penale ma a ragioni del sistema inteso in senso ampio.²⁴ Rilevano i principi dell'intero ordinamento, che si bilanciano nell'antigiuridicità.²⁵

La risoluzione dei conflitti sociali conduce alla "regolazione dei conflitti tra interessi contrastanti".²⁶ Il bene giuridico tutelato si espande e si comprime, rispetto alle esigenze della società che, di volta in volta, emergono.²⁷

²³ Cfr. DELL'ANDRO R., *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 542 e ss.

²⁴ MIELE P., *Cause di Giustificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 590 e ss.

²⁵ Anche per questo, è stata superata l'opinione di chi, richiamandosi ai principi vittimologici, ha ipotizzato che la seconda categoria del reato fosse in funzione del principio di sussidiarietà del diritto penale. Secondo questa impostazione, l'antigiuridicità ha il compito di evitare l'intervento punitivo dello stato, laddove un cittadino possa risolvere da sé un conflitto sociale. Esemplicando: quando un soggetto può, mediante legittima difesa, stabilire con le proprie mani la corretta gerarchia dei beni giuridici, è inutile che lo Stato intervenga punendolo. In contrapposizione alla dottrina vittimologica, è stato osservato che l'autotutela sia in contrapposizione con l'esclusività della potestà punitiva dello Stato. Ciò, com'è ovvio, è coerente con le teorie contrattualistiche, per cui il cittadino deve volgere le sue energie allo sviluppo della personalità, non alla sua mera sicurezza. Cfr. ROXIN C., "Antigiuridicità e cause di giustificazione, problemi di teoria dell'illecito penale", edizione tradotta a cura di MOCCIA S., Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, Napoli, p. 33

²⁶ Cfr. MOCCIA S., "Diritto penale, tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica", cit., p. 191

²⁷ Parte della dottrina conclude diversamente l'analisi delle funzioni della antigiuridicità. Secondo questa impostazione tutti e tre i teleos di riferimento coagiscono all'interno di ogni categoria del reato. Nelle cause di giustificazione non verrà in rilievo semplicemente la risoluzione dei conflitti sociali, ma anche la tutela della libertà (propria della

In un diritto penale teleologicamente orientato alla rieducazione, detta dialettica assume un connotato fortemente personalistico. L'unico soggetto che merita di essere rieducato è quello la cui condotta ha prodotto un danno sociale; in caso contrario, la sanzione potrebbe avere conseguenze ulteriormente desocializzanti.

Oggetto del diritto penale è la tutela dei beni giuridici, oggetto dell'antigiuridicità è osservare questi ultimi in modo dialettico, comparandoli ad altri interessi che l'ordinamento preserva. Il bilanciamento *de quo*, effettuato in concreto, favorisce l'adesione dei consociati, la cui condotta priva di antigiuridicità è giustificata e, dunque, non punita.

Come sostenuto da parte della dottrina, la categoria in esame appare particolarmente "politicizzata".²⁸ Le singole condizioni che escludono l'antigiuridicità disvelano precise scelte di politica criminale, che variano a seconda dell'ordinamento giuridico di appartenenza: il ruolo dell'antigiuridicità è disciplinare i conflitti sociali, lo scontro tra beni, di guisa che prevarrà l'interesse individuale/superindividuale sovraordinato.

Questa visione monofunzionale dell'antigiuridicità²⁹ ha avuto il compito di invertire il rapporto diritto penale/politica criminale. È la politica criminale, nella sua accezione di scienza sociale, ad ispirare il diritto penale; un ordinamento così strutturato non punta alla realizzazione della giustizia assoluta, ma fonderà la sua validità rispetto ai propri valori costituzionali.³⁰

La funzione della pena deve rivestire un ruolo cardine anche nelle

tipicità), e la realizzazione delle finalità preventive della sanzione penale (proprie della colpevolezza). Cfr. MOCCIA S., "Diritto penale, tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica", cit., p. 37

²⁸ROXIN C., "Politica Criminale e sistema penale, saggi di teoria del reato", edizione tradotta a cura di MOCCIA S., Edizioni Scientifiche Italiane 1998, Napoli, p. 66

²⁹ROXIN C., "Politica Criminale e sistema penale, saggi di teoria del reato", cit., p. 60

³⁰ Cfr., MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1989, p. 1011

cause che escludono l'antigiuridicità, fungendo da base interpretativa per situazioni particolarmente complesse. Per la risoluzione dei vari conflitti sociali è necessario rifarsi ai principi generali del nostro ordinamento che, coagendo tra loro, offrono validi criteri per arrivare di risoluzione. Anche per questo, le cause di giustificazione esprimono scelte di politica criminale coerenti con i valori di ogni singolo ordinamento giuridico, con la conseguenza che possono variare rispetto al momento storico o alla forma di stato.

Prendendo le mosse dal carattere obiettivo di cause di giustificazione, è utile analizzarne la disciplina applicativa. In particolare, valutare se quest'ultima sia o meno coerente con i principi esposti in precedenza.

In via preliminare, parte della dottrina assegna alle cause di giustificazione uno specchio applicativo particolarmente ampio, ritenendole applicabili analogicamente.

L'assunto muove da una duplice constatazione: normativa e sostanziale. Dal primo punto di vista, l'art. 14 delle preleggi vieterebbe l'integrazione analogica delle norme penale (o eccezionali); per tale motivo, il divieto in esame non sarebbe applicabile alle cause di giustificazione, che appartengono all'intero ordinamento e non solo al diritto penale. Inoltre, il procedimento analogico non sarebbe contrario al principio di legalità; nel sistema del codice Rocco, quest'ultimo assume una funzione di garanzia del *favor libertatis*, che non sarebbe compressa dall'applicazione analogica di una scriminante.³¹

La precedente impostazione non risulta, però, unanimemente accolta. Si ritiene che l'art. 14 delle preleggi vieti in ogni caso l'applicazione analogica delle scriminanti. Le esimenti in esame, ancorché non squisitamente penali, sono qualificabili come norme eccezionali, cui è parimenti vietata

³¹Cfr. BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, p.14

l'analogia.³²In aggiunta, l'applicazione analogica delle cause di giustificazione potrebbe comportare delle ripercussioni negative di ordine generale. Le scriminanti delineano il confine tra il sanzionato ed il giustificato; di conseguenza, è necessario che queste ultime rispettino i criteri di determinatezza e tassatività, così da permettere al reo di prevedere con certezza le conseguenze pratiche delle sue azioni.³³

Sempre in punto di disciplina, riceve maggiore copertura normativa l'imputazione oggettiva di dette esimenti. In particolare, riguardando un conflitto tra beni, non rileva che l'agente conosca o meno i presupposti applicativi della scriminante. A questa logica s'ispira il primo comma dell'art. 59 c.p.

Come precisato, corollario di tale regola è l'irresponsabilità risarcitoria rispetto al fatto giustificato. La condotta non può definirsi *contra jus*, giacché doverosa, o comunque permessa dall'ordinamento giuridico.

In dottrina, l'applicazione oggettiva delle scriminanti ha dato origine ad alcuni contrasti. Da un punto di vista strutturale, l'art. 59, comma 1, c.p. giustifica una condotta caratterizzata comunque da un certo disvalore. Ciò non riguarda il piano dell'evento, giacché la condotta in esame non esprime alcun tipo di disvalore (al contrario, quest'ultima attua la *regula iuris* contenuta nella causa di giustificazione). Cionondimeno, il soggetto potrebbe agire con un disvalore d'azione pieno.

Il disvalore d'azione indica la volontà di agire difformemente dai principi dell'ordinamento giuridico, sicché l'azione del soggetto è finalisticamente indirizzata alla lesione del bene giuridico tutelato. E' il caso, ad esempio, in cui sussistano i presupposti per applicare una scriminante, ma questi siano del tutto ignorati dall'agente, che invece persegue unicamente

³²GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, p. 347 e ss.

³³ Sulle interrelazioni tra funzione della pena ed applicazione analogica delle scriminanti, v. MOCCIA S., *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p.81 e ss.

finalità lesive alternative.³⁴

Anche per questo, una parte della dottrina sostiene che la formulazione della norma non escluda la presenza di elementi soggettivi.³⁵ Si allude alla coscienza di agire secondo le condizioni normative che caratterizzano l'esimente. L'agente, consapevole dell'altrui offesa ingiusta, reagisce per difendersi, pur ignorando che l'ordinamento giuridico ammetta tale condotta. Secondo questa impostazione, nella condotta giustificata il soggetto vuole e si rappresenta la "completa tipicità delle fattispecie scriminanti". In realtà, quello in esame è lo stesso nesso psicologico che la Corte costituzionale richiede per l'accertamento della tipicità.

Valga considerare che la precedente impostazione esalti il ruolo della funzione della pena. Tuttavia, in questo caso, quello della rieducazione non sarà solo un limite alla potestà punitiva, ma fonderà i presupposti per l'applicazione della scriminante.

Una dottrina ha esaltato l'aspetto subiettivo dell'antigiuridicità, chiarendo che la conoscenza dei requisiti delle scriminanti sia imposta dalle stesse finalità dell'esimente. In assenza di coscienza della situazione giustificata, il soggetto sarebbe ugualmente meritevole di pena e bisognoso di una risocializzazione; difatti, da un punto di vista psicologico, il fatto sarebbe conforme al divieto.

Questa ricostruzione, pertanto, offre una diversa soluzione in prospettiva *de jure condendo*. Si accomuna, da un punto di vista sanzionatorio, la causa di giustificazione priva di elementi soggettivi al tentativo inidoneo³⁶: ciò che fonda il disvalore d'evento non è l'evento tipico, bensì

³⁴ E' il caso, ad esempio, del ladro che uccide due sicari in uniforme, nell'erronea convinzione che fossero dei poliziotti giunti per arrestarlo. Cfr. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 313

³⁵ MOCCIA S., "Diritto penale, tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica", cit., p. 209

³⁶ ROXIN C., "Antigiuridicità e cause di giustificazione, problemi di teoria dell'illecito penale", cit., p. 81 e ss.

l'evento illecito. Sussisterebbe, dunque, una situazione assimilabile tentativo, poiché "l'evento illecito non si è obiettivamente realizzato, e il solo disvalore d'azione può fondare soltanto un tentativo".

Si segnala, inoltre, un diverso approccio dottrinale, che elabora una tesi mediana. L'articolo 59, comma 1, c.p. costituirebbe un principio generale, normalmente applicabile in caso di cause di giustificazione. Cionondimeno, è possibile che le stesse condizioni che escludono l'antigiuridicità richiedano dei coefficienti soggettivi³⁷; di guisa che, in base al principio *lex specialis derogat generali*, troverebbe applicazione la disciplina della scriminate.

Una dottrina ha dunque sostenuto che tutte le cause di giustificazione previste dagli artt. 50-54 c.p. impongono l'accertamento del nesso psicologico, salvo il consenso dell'avente diritto. Difatti, in ogni disposizione normativa è presente un riferimento in tal senso.³⁸

Ciò premesso, appare chiaro l'atteggiamento del legislatore, che ha inteso ancorare la disciplina delle scriminanti a logiche obiettive. E' in questa direzione che dev'essere interpretato l'ultimo capoverso dell'art. 59 c.p.

La disposizione rappresenta l'opposto speculare della norma sull'errore di fatto. In particolare, il legislatore dispone che siano valutate a favore dell'agente eventuali condizioni che escludono la pena, qualora siano erroneamente supposte. Cionondimeno, la punibilità non è esclusa se l'errore è determinato da colpa, se la legge preveda il fatto come delitto colposo.

La regola della rilevanza del putativo è stata particolarmente dibat-

³⁷ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 259; Rispetto al coefficiente soggettivo della causa di giustificazione di cui all'art. 52 c.p., cfr. PADOVANI T., voce *Difesa Legittima*, in *Digesto delle discipline penali*, III, 1989, p. 589

³⁸ Cfr. SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979, p. 99

tuta in dottrina. Tre sono le questioni che hanno maggiormente impegnato gli interpreti.

In primo luogo, la dottrina e la giurisprudenza si sono impegnate nel chiarire quale fosse l'errore considerato dalla norma. Esso è un errore sul fatto, di fatto o di diritto. L'art. 59, ultimo capoverso, c.p. si applica nel caso in cui il soggetto ritenga, per errore, sussistenti le circostanze della norma scriminante. Allo stesso modo, la disciplina rileva quando vi sia errore su un parametro normativo della causa di giustificazione; di talché quest'ultimo, erroneamente interpretato, dà vita ad una falsa rappresentazione.

Al contrario, la disciplina del putativo non trova applicazione rispetto all'errore sul precetto. E' il caso in cui l'agente ritenga che la sua condotta, voluta e rappresentata, sia scusata dall'ordinamento giuridico. Come precisato da parte della dottrina, a ritenere altrimenti, si renderebbe inoperante la disciplina di cui all'art. 5 c.p.³⁹ Impregiudicata è, però, la possibilità di scusare l'errore inevitabile sulla causa di giustificazione, che darebbe vita ad una situazione simile a quella giudicata dalla Corte costituzionale con sent. n. 364/1988.⁴⁰

La seconda problematica è classificatoria. Attesa la sua non punibilità, gli interpreti si sono interrogati sulla qualificazione dogmatica del fatto commesso nell'erronea rappresentazione dell'esimente. Secondo una parte della dottrina, il soggetto agirebbe privo di dolo d'illecito. Questa ricostruzione distingue il dolo del fatto dal dolo d'illecito.⁴¹ Il secondo costituirebbe un diverso atteggiamento del coefficiente psicologico, valutato auto-

³⁹FIANACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 260

⁴⁰ Cfr. GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 153 e ss.

⁴¹ Cfr. CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, contributo ad una sistematica teleologica*, cit, p. 505; SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, p. 87

mamente⁴².

Infine, soprattutto nella dottrina più tradizionale, si è dibattuto intorno alla natura giuridica del reato colposo, di cui al secondo alinea dell'art. 50, comma 4, c.p. In precedenza, si riteneva che fosse un caso di colpa impropria. Il soggetto vuole e si rappresenta il fatto, al di là dell'assenza del dolo d'illecito. Per tale motivo, non rilevarebbe la disattenzione di un obbligo di diligenza, ma piuttosto un reato doloso. Tuttavia, nell'attuale dibattito teorico, la c.d. colpa impropria sembra cedere il passo ad una nozione evolutiva dell'elemento soggettivo colposo.

⁴²v. *Infra*2.2

2.2 Scusanti e colpevolezza.

Diversamente dalle cause di giustificazione, le scusanti riguardano l'aspetto soggettivo del reato e, anche per questo, prendo le mosse da differenti fondamenti giuridici.⁴³ Nella loro emersione, fondamentale è stato il contributo della teoria normativa della colpevolezza, che ha riscritto integralmente la categoria in esame, permettendo la nascita del concetto di esigibilità. Cionondimeno, non può omettersi una certa influenza esercitata dalla scuola classica.

E' già stato evidenziato che il pensiero carrariano suddivide il reato in *forza fisica* e *forza morale*. In questo senso, la colpevolezza assume una duplice rilevanza. In primo luogo, rispetto al c.d. *an* del reato. In secondo luogo, detto fattore incide sulla *quantum* dell'illecito, insieme alla *forza fisica*.⁴⁴

La *quantità* di pena rappresenta il profilo mediato del danno, del fatto criminoso nella sua individualità. In quest'ambito, la colpevolezza rileva come *cognizione della legge, previsione degli effetti, libertà di agire e volontà di agire*. I primi due elementi danno origine al concorso di intelletto, mentre gli ultimi due al concorso di volontà. Volontà ed intenzione, nell'ottica carrariana, attengono al concetto superiore di colpevolezza, come intenzione diretta (dolo).

Secondo la dottrina⁴⁵, la quadripartizione *de qua* è orientata in senso squisitamente naturalistico. Così è, altresì, per il requisito della *cognizione della legge*. Ad una prima analisi, il coefficiente in esame potrebbe essere

⁴³VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 151 e ss.

⁴⁴PADOVANI T., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale, Lucca- Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, 1991, p. 892

⁴⁵PADOVANI T., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, cit., p. 893

rapportato ad una logica obiettiva, che valuta il precetto in astratto. Ciò, però, è stato obiettato.

In via preliminare, per *cognizione della legge* s'intende la possibilità del soggetto di conoscere il precetto. Sul punto, due sono le impostazioni più seguite: conoscenza effettiva della fattispecie penalista, oppure mera conoscibilità della norma. La prima delle due opzioni appare coerente con la visione naturalistica della colpevolezza, che predica una valutazione soggettiva dell'elemento psicologico.

Difatti, Carrara elabora un'indagine al negativo: il giudice non è tenuto a valutare l'effettiva cognizione della legge; sussiste una presunzione di conoscenza, che può essere ribaltata grazie ad un'indagine sul caso concreto, fortemente individualizzante. Per tali motivi, se in una prima fase trattasi di un accertamento obiettivo, la seconda è importata a criteri soggettivi, che ben si adattano ai dettati della scuola classica.

Da quanto evidenziato, è possibile ribadire che l'impostazione naturalista ha posto le basi per la struttura codicistica della colpevolezza. Già in tempi meno recenti, quest'ultima è stata declinata rispetto alla commisurazione della pena.⁴⁶ Nel codice penale, detta esigenza si rinviene nell'alveo dell'art. 133, comma 1, num. 3 c.p.: il giudice è obbligato a considerare "l'intensità del dolo", o il "grado della colpa".

Anche in questo caso, la colpevolezza rileva rispetto al *quantum*, secondo un'indagine soggettiva, che però si è dimostrata tutt'altro che agevole.

Nella dottrina giusnaturalistica, l'analisi psicologica è fortemente incentrata sul dogma della libertà di autodeterminazione. Quest'ultima si basa sul presupposto per cui il soggetto può liberamente indirizzare le proprie azioni, così da perseguire ogni tipo di finalità. In questo senso, l'azione umana si atteggia come una scelta, volontaria e teleologicamente

⁴⁶ Cfr. DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979

indirizzata. Il giudizio di colpevolezza è un rimprovero mosso al soggetto, reo di non aver saputo correttamente guidare le sue forze volitive. Ciò rappresenta un *punctum dolens* del giusnaturalismo.

Ad esempio, la ricostruzione carrariana della colpevolezza osta ad una visione unica della categoria, non potendo fornire una sistematizzazione del concetto di colpa. Il reato colposo è poco coerente con il concetto di arbitrio; nello specifico, la colpa non è un comportamento finalisticamente orientato, una scelta, ma la violazione di una regola di cautelare per negligenza, imperizia o imprudenza.⁴⁷

Per tale motivo, in dottrina si è affermata la nozione di riprovevolezza. La condotta, dolosa o colposa, è giudicata obiettivamente, secondo il parametro valutativo della norma di obbligo: è la norma che orienta l'attività dell'interprete.⁴⁸ Così intesa, la colpevolezza può assumere significati e prospettive differenti.⁴⁹

Anche la concezione normativa quadripartisce la colpevolezza, ma in modo differente. Nel suo complesso, essa è formata da: *imputabilità, titolo soggettivo di responsabilità, conoscibilità del divieto penale ed assenza di cause di esclusione della colpevolezza.*

⁴⁷PADOVANI T., *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta e del reato colposo*, in *Cassazione Penale*, 1981, p. 497 e ss.

⁴⁸FIGLIANO C. - FIGLIANO S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 139

⁴⁹Ad oggi si discute, perfino, della c.d. colpevolezza delle persone giuridiche, spesso intesa quale colpa di apparato. Cfr. AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, p. 151 e ss.; DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la <<parte generale>> e la <<parte speciale>> del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTTI (a cura di) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 107 e ss.; ALESSANDRIA., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista trimestrale diritto penale economico*, 2002, p. 54; PALIERO C. E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Responsabilità amministrativa società ed enti*, 2006, n.3, p. 167; SANTISE M. - ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, III ed., Torino, 2017, p. 706

Ad un primo esame, pertanto, detta categoria è formata da tre elementi positivi ed uno negativo, che devono essere analizzati singolarmente.

Come recentemente chiarito dalla giurisprudenza, l'imputabilità assume un ruolo centrale nella struttura della colpevolezza. È la base fondante del giudizio di riprovevolezza, di guisa che ha una funzione di "propedeuticità soggettiva rispetto al reato", presupposto della colpevolezza, non essendovi colpevolezza senza imputabilità".⁵⁰

Sul punto, il codice prevede una presunzione, laddove il reo abbia più di 14 anni di età (salvo diminuire la pena se minorenni); eventuali elementi che escludono l'imputabilità devono essere provati in concreto, mediante la produzione di cause ostative (quali, ad esempio, un vizio di mente).

L'insussistenza della capacità d'intendere e di volere si atteggia come condizione che incide sul giudizio di colpevolezza. Il vizio totale di mente preclude la possibilità di rimproverare l'azione in capo al soggetto, che non sarà punito. Nello specifico, si tratterebbe di un fatto solo oggettivamente conforme alla norma, ma carente dell'elemento psicologico necessario per configurare il reato. Al pari della (diversa) anti giuridicità, queste evitano la punibilità di un fatto tipico.

⁵⁰ Sezioni Unite Penale, sentenza del 8 marzo 2005, n. 9163: *la imputabilità non si limita ad essere una "mera capacità di pena" o un "semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale", ma il suo "ruolo autentico" deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato; ed icasticamente si chiarisce al riguardo che, "se il reato è un fatto tipico, anti giuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell' "autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto"; essa, dunque, non è "mera capacità di pena", ma "capacità di reato o meglio capacità di colpevolezza", quindi, nella sua "propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza", non essendovi colpevolezza senza imputabilità.*

L'imputabilità presenta, però, delle caratteristiche particolari. Come chiarito da parte della giurisprudenza, essa costituisce un residuo soggettivo della colpa. Nello specifico, il *"concetto di imputabilità è, al tempo stesso, empirico e normativo (che "normativamente si manifesta nella costruzione a due piani"), nel senso, che è dato innanzitutto alle scienze di individuare il compendio dei requisiti bio-psicologici che facciano ritenere che il soggetto sia in grado di comprendere e recepire il contenuto del messaggio normativo connesso alla previsione della sanzione punitiva, ed è mancipio del legislatore, poi, "la fissazione delle condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali", tale opzione legislativa implicando "valutazioni che trascendono gli aspetti strettamente scientifici del problema dell'imputabilità e che attengono più direttamente agli obiettivi di tutela perseguiti dal sistema penale".*⁵¹

Diverso è, invece, il giudizio rispetto al titolo soggettivo del reato. In particolare, l'accertamento del dolo e della colpa è di tipo positivo: il nesso psicologico tra soggetto ed evento dev'essere sempre presente; laddove detto nesso sia interrotto, l'illecito non è integrato.

In tema di titolo soggettivo del reato, il legislatore individua alcune condizioni escludenti, che impediscono l'imputazione del fatto e, dunque, la pena. Riguardo al dolo, rileva l'istituto dell'errore, di cui all'art. 47 c.p. Il punto è stato da ultimo ribadito dalla giurisprudenza, rispetto al dolo eventuale. Con la sent. numero 1085/1988, la Corte costituzionale ha precisato che, affinché *"l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa)* ed è altresì indispensabile che tutti e cia-

⁵¹ Sezioni Unite Penali, sentenza del 8 marzo 2005, n. 9163

scuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati” .

L'erronea rappresentazione della realtà spezza il nesso psicologico tra il soggetto e l'evento, precludendo il rimprovero a titolo di dolo. Al contrario, ben compatibile appare la colpa con l'errore. Ciò è suffragato da un argomento testuale: il secondo comma dell'art. 47 c.p. prevede che l'errore colposo possa dare origine a responsabilità colposa, qualora il fatto sia espressamente previsto dalla legge come delitto colposo.⁵²

Come accennato, ulteriore tassello del giudizio di colpevolezza è quello della *coscienza della legge*, presente nella concezione normativa in termini obiettivi. In ossequio all'impostazione carrariana, il giudizio sulla *conoscibilità del precetto* è di tipo positivo-presuntivo. Esso rappresenta una condizione necessaria del rimprovero penale, substrato psicologico minimo per criminalizzare e sanzionare un comportamento. Sulla base di questi ragionamenti si fonda la decisione di parziale illegittimità dell'articolo 5 c. p.

La sent. n 364/1988⁵³ della Corte costituzionale rappresenta una svolta epocale del sistema, che spiega i suoi effetti in diversi ambiti del diritto penale, anche in punto di esigibilità.

Il brocardo *ignorantia legis non excusat*, non può essere inderogabile.⁵⁴ Nella disciplina dell'art. 5 c.p., il legislatore del '30 s'ispira al meccanismo presuntivo della "finzione di conoscenza effettiva". La Corte costituzionale ha però chiarito che la presunzione in esame non copra i casi d'ignoranza inevitabile, in cui il reo può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale.

⁵²FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 378

⁵³PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, Milano, 1988, p. 686 e ss.

⁵⁴Cfr. PULITANÒ D., *Ignoranza della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, p. 22 e ss.

Come nella ricostruzione di Carrara, la conoscibilità del precetto si fonda su una presunzione relativa. Tuttavia, stavolta, la prova contraria è di tipo obiettivo. Essa è valutata con il metodo dell'agente modello individualizzato, calato in uno specifico settore di riferimento ed una data epoca storica. La mancata conoscenza del precetto è scusabile solo se legata a fattori qualificati, di talché l'impossibilità in esame appaia ragionevole.⁵⁵

Rientrano in tale nozione quelle infrazioni commesse confidando nella veridicità di atti della pubblica amministrazione, o dell'autorità giudiziaria, sempre che non siano manifestamente abnormi. In questi casi, il reo agisce in una condizione di confusione, di guisa che la sua condotta illecita non è rimproverabile.

Tuttavia, la condizione obiettiva d'ignoranza non scusa quei soggetti che, in concreto, erano a conoscenza del divieto. In questi casi, il fatto integra i requisiti soggetti richiesti dall'ordinamento; inoltre, il reo, consapevole del carattere antisociale della condotta, appare meritevole di un percorso di risocializzazione.⁵⁶

Invero, quello di cui all'art. 5 c.p. appare una prima applicazione concreta dell'esigibilità in diritto penale. Esigibilità, quest'ultima, che completa la quadripartizione della categoria della colpevolezza.

⁵⁵BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Scritti di Diritto Penale*, vol. I, *Dottrine Generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I dal 1960 al 1973, Milano 1997; l'Autore precisa che si giungerebbe al massimo grado di espansione della norma costituzionale eliminando totalmente l'articolo 5 c.p. (nota 648)

⁵⁶In questo senso, la conoscibilità soggettiva del precetto agisce in *malam partem*, permettendo la punizione del reo rispetto ad una fattispecie in astratto poco intelligibile. A titolo esemplificativo, si pensi al provvedimento di rigetto pronunciato dalla Corte d'Appello di Caltanissetta (sent. del 17/03/16) sull'istanza di revisione della nota sentenza *Contrada*. Il Tribunale siciliano non obietta all'inaccessibilità generale del combinato disposto ex artt. 110 + 416 bis c.p.; cionondimeno, ritiene che il concorso esterno in associazione mafiosa sia accessibile al singolo *Contrada* << *funzionario di polizia attivo nell'ufficio investigativo impegnato nel contrasto alla criminalità organizzata, (cui) non potevano mancare elementi chiari ed univoci per avere consapevolezza dell'esistenza*>> .

Da un punto di vista generale, l'inesigibilità è una clausola non codificata, ossia ultralegale, che esclude la colpevolezza del reo. Secondo detta teoria, il soggetto ha agito in "condizioni tali da non potersi umanamente pretendere da lui un contegno diverso da quello tenuto e, quindi, da lui esigere un comportamento conforme al precetto".⁵⁷

Di origine tedesca, l'inesigibilità si pone in sintonia con il principio di rimproverabilità. Difatti, ancorché il reo sia astrattamente colpevole, si ritiene che non possa muoversi a quest'ultimo alcun rimprovero penale. L'agente non sarà meritevole di pena, perché non aveva la possibilità di agire diversamente.

Il concetto di non esigibilità permette all'ordinamento di comprendere la condotta nella sua integrità.⁵⁸ Si fornisce al giudice un meccanismo di salvataggio, con cui verifica la genuinità dell'elemento psicologico.

Prendendo le mosse dalla precedente definizione, si evidenzia che la figura in esame non incida sulla dannosità sociale dell'azione, differenziandosi notevolmente dalle cause di giustificazione. Nel caso di condotta inesigibile, l'ordinamento non ritiene che la condotta sia lecita, ma solo non punibile. Ne consegue che non è data prevalenza ad un'azione piuttosto che ad un'altra, non connotandosi l'inesigibilità per un giudizio di valore.

Smussando la durezza della norma, si dà rilevanza a fattori esterni, capaci di incidere sul processo decisionale dell'autore. E' il caso di una coazione psicologica particolare, un'*abnorme sollecitazione emotiva*, che compromette la possibilità di scelta da parte del soggetto agente. Per tale motivo, l'inesigibilità è considerata "*una valvola di sfogo che permette ad un sistema di respirare in termini più umani*".

⁵⁷ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003, p. 308

⁵⁸ Cfr. BETTIOL G., *Diritto Penale*, Padova 1982

Com'è ovvio, la nozione di esigibilità trova poco spazio in una concezione naturalistica della colpevolezza. In quest'ultima, il delitto è la punizione per le scelte dell'autore, quale prezzo del libero arbitrio (l'illecito è, pertanto, volontà contraria all'ordinamento, da reprimere).

Al contrario, per la concezione normativa della colpevolezza, la condotta del reo è valutata da un punto di vista normativo. Sicché l'ordinamento giuridico non riterrà più l'uomo "libero", ma si limiterà a "trattarlo come tale".

La tematica, dal sapore filosofico, non è priva di inerenza sul piano dell'inesigibilità. Ogni azione, lecita o meno, è condizionata dallo spazio in cui si muove l'essere umano. In questo senso, l'inesigibilità è una condizione aggiuntiva, che incide sull'*agere* finalistico. Per questo motivo, l'ordinamento dà cittadinanza giuridica a dette condizioni esterne, non punendo l'agente che "non aveva scelta".

Secondo una "visione romantica"⁵⁹, "l'inesigibilità avrebbe un fondamento istintuale e sentimentale: il legislatore riconosce l'insopprimibilità, l'indomabilità dell'istinto di autoconservazione, dello impulso psicologico di autodifesa, e la forza incoercibile (o difficilmente coercibile) dei sentimenti familiari". Ne consegue che il comportamento del reo è scusato perché frutto di una "spinta irrazionale", non gestibile, né controllabile. L'ordinamento giuridico riconosce una qualche rilevanza, almeno sotto il profilo motivazionale, alla necessità di proteggere il proprio onore, o quello di un congiunto. Di talché, è detto pericolo che si veste da condizione esterna, che elimina l'autodeterminazione del reo.

Tuttavia, quest'ultima concezione presta il fianco a diverse critiche. Collocando l'inesigibilità sul piano istintivo, si chiede al giudice un apprezzamento che va al di là delle sue potenzialità. Secondo la "concezione

⁵⁹v. SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria* (art. 384 1° comma c.p.), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010

normativa”, la realtà psicologica del soggetto non è conoscibile in sede processuale, appartenendo ad una sfera dell’uomo che non può essere valutata per mezzo delle norme. Il diritto penale, dal canto suo, si “limita” a valutare ciò che avviene all’esterno, quindi come agiscono normalmente i condizionamenti esteriori sulla condotta del reo.

Partendo da tali premesse, parte della dottrina ha elaborato una “lettura esistenzialista” del principio in esame.⁶⁰ Secondo quest’impostazione, “il soggetto inesorabilmente agisce in uno stato di crisi determinato dal fatto di trovarsi a dover affrontare una scelta tragica”. Conseguentemente, la colpevolezza è esclusa per una scelta volontaria del soggetto.

In questo caso, l’ordinamento compie una valutazione dall’esterno, considerando e soppesando i fattori che si sovrappongono all’umana determinazione. Il giudice non giudicherà l’animo umano, ma il normale processo di relazione tra le condizioni dell’agire.

Detta lettura appare idonea a comprendere i c.d. “conflitti di doveri”⁶¹, che ricorrono quando due o più doveri pendono contemporaneamente su di un soggetto, obbligando questi a scegliere a quale adempiere. Posto che certa dottrina ritiene che uno dei doveri può anche essere di stampo morale (c.d. “conflitto di doveri morali”).

Così strutturata, la nozione d’inesigibilità dev’essere collocata nelle categorie dogmatiche di riferimento.

Come precisato, nelle cause di esclusione della colpevolezza, non rileva l’oggettiva liceità del comportamento; al contrario, l’ordinamento dimostra di tenere in debito conto i riflessi psicologici della situazione esistenziale che vive.⁶² Per quanto detto, le condizioni in esame sono deno-

⁶⁰SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria* (art. 384 1° comma c.p.), cit.

⁶¹MANTOVANI F., “*Diritto Penale, parte generale*”, cit., p. 272

⁶²ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 61

minate: “scusanti”.

Anche se il soggetto non opera conformemente agli scopi del diritto, viene in rilievo una considerazione: l’ordinamento non può razionalmente imporre all’agente di mantenere una condotta inversa, o comunque non può sanzionarlo. La condotta conforme all’ordinamento è “inesigibile”; non viene in rilievo il bene giuridico protetto, che è comunque ingiustamente leso, ma la mancata esigibilità della condotta conforme. Ciò che determina la non punibilità è il motivo soggettivamente prevalente.

Come rilevato dalla dottrina tedesca, “nelle cause di esclusione della colpevolezza non si ritrova altro che il rovescio dei presupposti della colpevolezza”, in quanto “la rappresentazione dell’evento avrebbe dovuto e potuto essere un contromotivo”.⁶³

Il soggetto agisce con volontà, rappresentandosi la fattispecie incriminatrice. Ciò, però, non costituisce motivo per l’intervento punitivo dello stato, anzi costituisce la ragione per cui il diritto penale decide di astenersi dall’intervenire, a fronte degli interessi soggettivamente prevalenti.

Per tale motivo, resta da verificare a quali condizioni un interesse possa considerarsi soggettivamente prevalente. Sul punto, parte della dottrina aderisce ad una visione tassativa delle scusanti, di talché l’esigibilità rileva nei soli casi considerati dal legislatore. Al contrario, i sostenitori della nozione ultralegale di scusante ritengono che essa non necessiti di appositi addentellati normativi.

In seno alla dottrina dell’ultralegalità, sussiste una ricostruzione mediana. E’ stato affermato che anche il diritto positivo conosce casi di inesigibilità, che si atteggianno come declinazioni del principio generale. Tra questi, il c.d. “stato di necessità scusante” (art. 54 c.p.)⁶⁴ e la “non punibili-

⁶³MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg 1915, p. 273

⁶⁴ Parte della dottrina si è interrogata sulla natura dello stato di necessità (causa di giustificazione o scusante) e sulla collocazione delle scusanti, verificando le prospettive di riforma avanzate dalle diverse Commissioni di revisione del codice penale: CAVALIERE A.,

tà nei casi di necessità giudiziaria” (art. 384 c.p.). Inoltre, si discute se ne siano esempi anche il “caso fortuito e la forza maggiore” (art. 45 c.p.) ed il costringimento fisico (art. 46 c.p.). Da qui, l’assunto per cui il concetto di “non esigibilità” non è alieno al codice del ’30, quindi all’impianto originale dell’ordinamento penale.

Nondimeno, la prassi spinge a fornire il principio di una lettura più ampia, che travalichi l’ambito applicativo delle clausole codificate. Come considerato in dottrina⁶⁵, maggiore è la frattura tra contesto legale e realtà fattuale, maggiore è la necessità di apprezzare la condotta in concreto. L’operazione porta il giudice a spingersi al di là della norma, naturalmente in *bonam partem rei*.

Al fine di non frustrare il principio di legalità, questa dottrina propone l’introduzione di una causa generale di esclusione della colpevolezza; tal effetto può essere ottenuto anche attraverso lo strumento dell’*analogia iuris*⁶⁶, così da evitare l’inflizione della pena ogni volta che risulti concretamente ingiustificata.⁶⁷

Ciò premesso, appare necessario comprendere la disciplina applica-

Riflessioni sulla sistematica del reato e sulla rilevanza delle scusanti, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di STILE A. M., Napoli, 2003, p. 251; MASARONE V., *Il problema delle scusanti*, in AA. VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di FIORE C. - MOCCIA S. - CAVALIERE A., Napoli, 2009, p. 149 e ss.; FIORE S., *Alcune osservazioni a proposito della disciplina delle cause di giustificazione nel Progetto Grosso*, in AA. VV. *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di STILE A. M., Napoli, 2003, p. 319; MEZZETTI E., *Giustificanti e scusanti nello schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale della “Commissione Pisapia”*, in *Cassazione penale*, fasc. I, 2008, p. 418

⁶⁵ Cfr. DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978

⁶⁶ Tuttavia, non si dimentica il costante indirizzo giurisprudenziale contrario: “...nel nostro ordinamento penale, ispirato al principio di legalità, non sono ipotizzabili cause di esclusione della punibilità diverse da quelle legislativamente previste, sia perché gli stessi imputati non hanno dimostrato di avere fatto tutto quanto era nelle loro possibilità, per evitare il comportamento illecito” (Cass. sez. III, 16 dicembre 2004)

⁶⁷ GAROFOLI R., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, cit., p.639 e ss.

bile alle condizioni d'inesigibilità. In particolare, comprendere se formino una categoria dogmatica a sé e quale sia il metro valutativo utilizzato dal giudice.

Secondo una visione più risalente, il *quantum* della condotta esigibile dev'essere indagata secondo parametri soggettivi. E' rispetto al caso concreto che si valuta la possibilità di ottemperare al comando, tenendo in debito conto del soggetto agente.

Per la scuola classica, il caso in esame riguarda una "forza irresistibile".⁶⁸ Rileva una coazione psicologica particolarmente grande, tale da compromettere la possibilità di scelta da parte del soggetto agente, ovvero di una "abnorme sollecitazione emotiva".

Tuttavia, così delineata, la categoria in esame rischia di avere un ambito applicativo eccessivamente ampio. Il metro di giudizio non può essere la sollecitazione emotiva del soggetto agente, altrimenti si rischia di scusare ogni atteggiamento antidoveroso, facendo soccombere le esigenze special-preventive. Inoltre, quello individualistico è un giudizio impossibile per il giudice, perché dovrebbe valutare l'animo umano. Piuttosto, l'inquadramento nelle condizioni che escludono la colpevolezza si fonderebbe su un assunto diverso. L'agente si trova in un conflitto motivazionale, tale far ritenere che "chiunque avrebbe verosimilmente agito come l'imputato".⁶⁹

Il criterio da seguire è quello dell'uomo medio. Aderendo ad una concezione normativa di colpevolezza, il giudizio d'inesigibilità dev'essere analizzato obiettivamente. Si utilizza come metro di paragone l'agente modello, secondo il criterio del c.d. *homo eiusdem professionis et condicionis*,

⁶⁸ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 332

⁶⁹ MARINUCCI G. - DOLCINI E., "Codice penale commentato", II Edizione, IPSOA, Milano, 2006, p. 649

cioè calibrato secondo la categoria di appartenenza del soggetto.⁷⁰ L'uomo medio, ma individualizzato, è l'unico parametro che permette di considerare i valori sociali oggetto del conflitto motivazionale, valutando quello soggettivamente prevalente il senso normativo.⁷¹

L'agente modello attiene al *livello d'individualizzazione* dell'inesigibilità: più la categoria di appartenenza è ristretta, maggiormente preciso sarà il giudizio. Rileva il carattere eminentemente concreto dell'inesigibilità, che riguarda il singolo giudizio di rimproverabilità.⁷²

Da quanto detto, consegue che l'inesigibilità sia collocabile nell'alveo delle circostanze soggettive, di cui agli art. 59 e 119 c.p.

Anche per questo, l'inesigibilità non sarebbe applicabile ai concorrenti e comporterebbe una sentenza di assoluzione perché il fatto non costituisce reato; di guisa che, sarebbe applicabile una misura di sicurezza, così come previsto dall'art. 202 c.p.

Tuttavia, è utile considerare che una diversa impostazione dottrina-ria giunga a risultati opposti. La causa d'inesigibilità potrebbe essere estesa anche al concorrente, che attua la sua condotta consapevole di aiutare il soggetto scusato. Ciò, però, solo laddove la situazione esistenziale spieghi un riflesso analogo in capo al concorrente non scusato, che giustifica la non rimproverabilità del fatto tipico.⁷³

Soprattutto, essendo una causa soggettiva che agisce sull'elemento

⁷⁰ Già da tempo, parte della dottrina italiana hanno criticato quell'orientamento dottrinale che tende a considerare l'esigibilità in termini meramente psicologici. Cfr. Giannotta M., *A proposito della non esigibilità nella falsa testimonianza*, in *Rivista italiana diritto penale*, 1953, p. 22 e ss.

⁷¹ SANTAMARIA D., "Lineamenti di una dottrina delle esimenti", cit., p. 279

⁷² Al contrario, pertanto, dell'antigiuridicità, che attiene ad un giudizio sempre astratto e generale. Cfr. ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 63

⁷³ v. ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p. 67

psicologico, dev'essere conosciuta dall'agente, che altrimenti non subirebbe alcuna sollecitazione motivazionale. Difatti, non rileverebbe un conflitto oggettivo, risolto secondo i parametri della prevalenza o della mancanza d'interesse, ma soggettivo, ancorché valutato normativamente.

Valga, però, considerare che parte della dottrina offre una diversa ricostruzione. Come precisato, per l'impostazione maggioritaria l'esigibilità si colloca entro le mura della terza categoria del reato, rappresentandone una causa di esclusione. Al contrario, taluni ritengono il giudizio *de quo* differisca dai normali parametri della colpevolezza.

Secondo questa ricostruzione, il giudizio di colpevolezza richiede una valutazione individualizzata, contrariamente a quanto avviene per le scusanti, che comunque godono dell'astrazione dell'agente modello. Inoltre l'esame di queste esimenti precede l'accertamento della stessa colpevolezza.⁷⁴

Nelle "scusanti" il ragionamento del legislatore è peculiare. Il soggetto non opera in modo conforme agli scopi del diritto. In particolare, egli si rappresenta e vuole il fatto lesivo, con la conseguenza di ledere ingiustamente il bene giuridico .

Per tale motivo, non è scusato perché manchi la colpevolezza, bensì perché la sua azione è sorretta da un motivo soggettivamente prevalente; ciò in base ad un giudizio normativo tra la fattispecie e la possibilità del soggetto di obbedirvi.

Pertanto, questa ricostruzione colloca l'inesigibilità nella diversa (ma connessa) categoria delle scusanti. Quest'ultima non sarebbe inglobata a pieno nella colpevolezza, ma conserverebbe una sua autonomia. Il giudizio di scusabilità sarebbe precedente a quello del rimprovero di colpevolezza, sicché laddove si registrino gli estremi delle presenti condizioni non

⁷⁴ FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 344

potrebbe neanche applicarsi la misura di sicurezza.

2.3. Meritevolezza e bisogno di pena: indici per una possibile quadripartizione del reato.

Ancor più arduo delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza è stabilire la concreta definizione di “causa di non punibilità”.⁷⁵ Secondo una dottrina tradizionale, a detta locuzione deve addursi lo stesso significato che le si dà nel linguaggio parlato, atecnico⁷⁶; con l’espressione *de quo* si allude ad ogni circostanza che nega l’applicazione della pena, laddove siano comunque integrati i presupposti di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza.

Da quanto osservato conseguono due corollari logici. In primo luogo, che l’area della non punibilità rappresenti un *quid alius* rispetto alle cause di giustificazione ed alle scusanti. Inoltre, che le cause di esclusione della punibilità non dovrebbero essere oggetto di autonoma trattazione.

Le cause di non punibilità avrebbero una valenza meramente descrittiva, poiché raggruppano ipotesi eterogenee e non assimilabili ad una sola ragione giuridica. Soprattutto, le cause in esame non rientrerebbero nella struttura del reato, ma in un fenomeno empirico.

Quanto detto ha orientato buona parte della manualistica moderna, che spesso non dedica alle vicende della punibilità un’autonoma collocazione; soffermandosi piuttosto sui singoli fenomeni delle cause di estinzione della pena e del reato, o comunque analizzando separatamente i diversi istituti che ne interessano l’area.

Tuttavia, già in tempi meno recenti, una corrente dottrina ha tentato di assegnare alla punibilità maggiore autonomia, catalogando le diver-

⁷⁵ La punibilità “costituisce una vasta ed oscura area residuale del diritto penale, per lungo tempo sottovalutata dalla dottrina. Cfr AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, p. 192; DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p. 1 e ss.

⁷⁶ VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960, p. 1

se figure che attengono al momento punitivo. Si propone una quadripartizione delle cause di esclusione della punibilità, intese in senso latissimo, con riferimento prevalentemente processuale, in senso sempre latissimo, con riferimento al diritto sostanziale, in senso lato ed in senso stretto (o proprio).

La prima categoria (in senso latissimo e processuale) si è sviluppata durante la vigenza del precedente codice di rito, che conteneva l'ampia definizione di "cause di non punibilità", raggruppando cinque fenomeni davvero eterogenei tra loro: insussistenza del fatto, mancata commissione dello stesso da parte dell'imputato, insussistenza dei requisiti generali del reato, estinzione di questo, carenza dei presupposti di proponibilità o perseguibilità dell'azione penale.⁷⁷

Nondimeno, la categoria da ultimo riportata non sembra fornire idonei spunti all'interprete, neanche in chiave definitoria. Soprattutto perché l'attuale codice di rito differenzia in modo netto le cinque figure. In particolare, è vero che all'art. 129, primo comma, c.p.p. queste sono trattate simultaneamente; tuttavia, già al capoverso della disposizione il legislatore indica chiaramente la differenza tra i cinque istituti, cui è anche assegnata diversa disciplina.

Da un punto di vista definitorio, più utile appare la nozione latissima in senso sostanziale di cause di non punibilità. In essa la dottrina fa confluire le cause di esclusione della punibilità, le cause estintive della pena e, dunque, le c.d. cause di liceità.

Questa impostazione colloca all'interno della categoria ogni circostanza che evita l'irrogazione della sanzione, qualora ricorrano i presupposti del reato. Rientrerebbero, inoltre, quelle circostanze che la estinguono e che si pongono in un momento temporale successivo al fatto.

⁷⁷SABATINI G., *Trattato dei procedimenti speciali e dei procedimenti complementari nel processo penale*, Torino, 1956, p. 152.

Tale unificazione non si rinviene, invece, nelle cause di non punibilità in senso lato. I sostenitori di questa ricostruzione prendono le mosse dalla precedente distinzione, differenziando le circostanze che escludono la pena preesistente al reato, da quelle che semplicemente la estinguono, ma che si collocano a valle dell'illecito.⁷⁸

Si sostiene che, così intesa, la non punibilità rispetterebbe il dato normativo. Dalla Relazione di accompagnamento al codice Rocco si evince una tendenza ad unificare le circostanze (e non solo cause) che escludono il reato, che si differenziano pertanto da quelle figure che agiscono successivamente alla commissione dell'illecito. In sostanza, la presente ricostruzione trarrebbe validità proprio dal dato legislativo (artt. 59, 119 etc. c.p.) e dal senso comune.

Tuttavia, certi autori hanno negato che la concezione lata di cause di punibilità potesse apportare un valido contributo alla scienza penalistica. Quest'ultima si limiterebbe ad attestare un fenomeno classificatorio, senza però considerare perché le precedenti circostanze debbano essere così raggruppate. Si collocano sotto un unico ombrello le condizioni che incidono sulla sola pena e quelle che incidono sugli elementi strutturali del reato (anche tipicità, antigiuridicità e colpevolezza). La presente concezione rischia di costituire un passo indietro rispetto a quanto detto in precedenza, non differenziando fenomeni che appartengono a realtà giuridiche differenti, poiché basati su un diverso fondamento logico e razionale. Anche per questo, nasce la categoria delle cause di non punibilità in senso stretto.

Con la categoria della non punibilità in senso stretto si ha riguardo al solo momento sanzionatorio, per questo viene altresì definita *cause di e-*

⁷⁸PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, Torino, 1950, p. 506 ss

esclusione della pena o cause di esenzione della pena. Tuttavia, si dubita in dottrina circa la sua reale esistenza come categoria autonoma a sé.⁷⁹

Secondo una prima ricostruzione, le cause di esclusione della pena si collocherebbero a latere della struttura del reato. Le presenti circostanze rappresenterebbero *lex specialis*, impossibili da contenere in una struttura predefinita. D'altronde, a voler ritenere il contrario, si comprometterebbe il principio del *nullum crimen sine culpa*.

Come precisato, il reato rappresenta un imperativo categorico, di guisa che alla commissione colpevole di un fatto antigiuridico debba seguire necessariamente la sanzione. Ciò non solo per motivo ideologico, legato alla struttura del reato, ma anche sociologico e di funzione della pena.

Forte della sua personale concezione retributiva, Rocco affermava che *praeceptum legis* e la *sanctio legis* sono elementi essenziali ed indissociabili della legge penale. Il sistema non ammette una sanzione senza precetto e, parimenti, un precetto senza sanzione; di conseguenza è sempre necessario punire ciò che costituisce reato.

Per lo stesso motivo, si nega che la punibilità sia una categoria autonoma. L'infrazione della pena è una mera conseguenza pratica del fatto tipico, non anche un elemento del reato che è in sé perfetto e dunque da punire.

L'assunto è stato però criticato da parte della dottrina, che differenzia la minaccia della pena dalla concreta irrogazione di quest'ultima. In particolare, il precetto si collegherebbe necessariamente al primo coefficiente, ma non anche al secondo. La minaccia della pena può essere anch'essa una sanzione, laddove il fatto tipico non sia punito in concreto. L'esecuzione riguarderebbe solo il versante applicativo della *poena*, inteso

⁷⁹ Cfr. AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 198; COCCO G., *L'uso della punibilità nella modernizzazione del diritto penale*, Cagliari, 2001, p.1 e ss.

come circostanza eventuale e non necessaria.

Maggiori argini per concepire la punibilità come categoria autonoma si rinveno da una visione risocializzativa della pena. Sul punto, convergono diversi principi del diritto penale: l'*extrema ratio* e la funzione della pena. Sono state elaborate, pertanto, le categorie della *meritevolezza* e del *bisogno* di pena.

Secondo una prima ricostruzione, le due espressioni non riguarderebbero fenomeni distinti, ma uno solo, unitario. In particolare, meritevolezza e bisogno di pena indicano la volontà del legislatore di stigmatizzare un comportamento antidoveroso. L'ordinamento punisce il soggetto con la sanzione penale, giacché la condotta risulta meritevole di pena e, allo stesso tempo, si avverte il bisogno di evitare che certi comportamenti vengano nuovamente attuati.⁸⁰

La sovrapposibilità di bisogno e meritevolezza di pena è frutto del lavoro di un *legislatore prudente*, che disciplina gli istituti di diritto penale in conformità con le esigenze dell'ordinamento. I due coefficienti non sono separabili, poiché è già la norma che in astratto esegue un giudizio di bisogno di pena; la macchina penalistica dovrebbe funzionare in modo agile e spedito, attraverso un'accurata selezione dei beni giuridici da tutelare, rispetto a date modalità di aggressione. Le valutazioni circa l'eventuale criminalizzazione di un fatto dovrebbero trovare la loro sede elettiva nel precetto.⁸¹ E' a livello del tipo che il legislatore coniuga le sue opzioni di politica criminale; ciò non soltanto a protezione della coerenza dell'ordinamento, ma anche del singolo.⁸²

⁸⁰ROMANO M., "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p.41

⁸¹PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.

⁸²MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli,

Le vicende della punibilità appaiono, dunque, meramente esecutive di quanto già previsto nel fatto tipico. Sul punto rilevano le predette esigenze di certezza e garanzia.

Anche per questo, gli istituti di non punibilità non riprodurrebbero specifiche esigenze di politica criminale, legate al binomio meritevolezza e bisogno di pena. Al più, è sufficiente ritenere che le cause di non punibilità rispecchino dei fondamenti omogenei e particolari, di guisa che è impossibile una *reductio ad unitatem* delle stesse.⁸³

Meritevolezza e bisogno sono coefficienti naturali del reato, che non formano una categoria autonoma. Questi ultimi, spiegano semmai il meccanismo giuridico per cui un fatto è stigmatizzato dal legislatore, il fondamento su cui si basa la criminalizzazione. Tuttavia, così intesi, i due presupposti non forniscono all'interprete alcun tipo di utilità, attesa la loro natura meramente descrittiva⁸⁴; anche per questo, si propone una lettura alternativa.

La sovrapponibilità tra meritevolezza e bisogno di pena è sconfessata dalla prassi legislativa e, pertanto, foriera di confusioni interpretative.

In primo luogo, l'attuale sistema normativo è ben lontano dal concetto di *legislatore prudente*, capace di verificare in astratto il bisogno di pena. Appare sempre necessaria un'analisi concreta, non contrastante con il principio di certezza del diritto. L'odierno comparto normativo è già distante dalle ragioni di certezza, che sono compromesse da una legislazione penale ipertrofica ed a tratti emergenziale.

L'attuale assetto legislativo non permette di attuare il sillogismo tra

II ed., 2000, p. 9 ss.

⁸³ cfr. COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in

⁸⁴ "Ciò che è autenticamente *bisognoso* di pena lo è solo in quanto autenticamente *meritevole* di pena; ciò che è autenticamente *meritevole* di pena lo è solo in quanto autenticamente *bisognoso* di pena". Cfr ROMANO M., "*Meritevolezza di pena*", "*bisogno di pena*" e *teoria del reato*, cit., p. 42

fatto, precetto e sanzione. A causa di una normazione alluvionale, il reo non può validamente prevedere le conseguenze della sua condotta criminosa, sicché sono altresì compromessi i meccanismi di prevenzione generale riconnessi alla sanzione.⁸⁵

Prendendo le mosse da quanto osservato, parte della dottrina ha tentato di riconoscere alla meritevolezza ed al bisogno di pena autonomia scientifica. I due coefficienti non riguarderebbero un'unica realtà giuridica.

Per meritevolezza deve intendersi la scelta del legislatore di incriminare una data condotta. In particolare, detta scelta considera la funzione della pena (retributiva o risocializzativa che sia), ma non solo. Connessi alla meritevolezza della pena sono le valutazioni circa l'inidoneità dell'ordinamento a stigmatizzare il fatto in modo diverso.⁸⁶ Se si addivene alla sanzione criminale è perché la condotta supera gli ambiti applicativi del diritto civile (i.e. risarcimento del danno) e del diritto amministrativo (i.e. sanzione amministrativa). Sotto quest'aspetto, il paradigma della meritevolezza incontra quello del bisogno di pena.

L'ordinamento necessita (*rectius*: ha bisogno) di sanzionare penalmente la condotta per l'inefficienza di meccanismi alternativi. In tal senso, il criterio della meritevolezza appare idoneo ad inglobare quello del biso-

⁸⁵ “La prevenzione generale è ... una forma di controllo sociale che agisce essenzialmente in modo *virtuale*, affidandosi *in primis* alla recezione del precetto da parte del suo destinatario, secondo il modulo della deterrenza e/o della convalida normativa. Si tratta quindi di una tecnica che, sul piano dell'efficienza, appare programmaticamente limitata da un complesso di condizioni non sempre empiricamente verificabili. Ma la sua inefficienza relativa rappresenta, oltre che il suo limite, il suo valore intrinseco ... una considerazione in termini *finali* rovescia la prospettiva, ed impone di considerare l'inefficienza relativa di un sistema penale fondato sulla prevenzione generale come inscindibilmente connesso ad uno spazio di libertà e ad una concezione personalistica dell'uomo” PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, p. 261

⁸⁶ Un utilizzo disinvolto della legislazione penale (e della sanzione) può comportare effetti criminogeni. Anche per questo, laddove possibile, non dev'essere aprioristicamente escluso l'utilizzo di sanzioni differenti (civili o amministrative). Cfr. MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano 1995, p. 507 ss.

gno di pena, ma non è così. Quest'ultimo esprime esigenze tutte penalistiche, legate all'*extrema ratio* del diritto criminale. Già in astratto, il fatto tipo non può essere conosciuto dall'ordinamento civile ed amministrativo, poiché s'ispira a ragioni punitive e non risarcitorie (meritevolezza di pena). Inoltre, da un punto di vista concreto, è necessario punire un determinato fatto specifico, dacché esso è spiccatamente lesivo e non sussistano ulteriori ragioni di politica criminale per farlo andare esente da pena (bisogno di pena).

In sostanza, per meritevolezza deve intendersi la legittimità dell'utilizzo della sanzione penale: è il nucleo forte della sanzione criminale. La valutazione del bisogno di pena, invece, cala la *poena* nella realtà empirica e nella logica dei conflitti sociali. A questi due parametri parte della dottrina affianca quello dell'effettività: risultati ottenuti dalla sanzione criminale, anche rispetto alla funzione che ontologicamente è destinata a svolgere⁸⁷.

Così intesa, l'area della punibilità può ritagliarsi uno spazio di piena autonomia, anche nell'ambito dogmatico della teoria del reato. Quest'ultima soddisferebbe esigenze differenti rispetto alle altre categorie del reato: inizialmente legate alla manifestazione del potere statale, poi all'eccezionalità delle situazioni che implicavano rimedi eterogenei, infine come meccanismi di coordinamento tra diritto sostanziale e processuale. Per tali motivi, taluni quadripartiscono il reato, sviluppandolo nelle categorie della tipicità, anti giuridicità, colpevolezza e punibilità, distinguibili da un punto di vista contenutistico e funzionale.⁸⁸

⁸⁷PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1990, p. 461 e ss.

⁸⁸PALAZZO F.C., *Corso di diritto penale: parte generale*, VI ed., Torino, p. 207

In disparte del problema di sistematizzazione della punibilità, valga considerare detta categoria (?) rispetto alla sua disciplina ed alla sua composizione.

Quanto a quest'ultima, la dottrina differenzia cause di non punibilità concomitanti, successive e estintive del reato. Le prime riguardano uno *status* del reo, come la condizione di prossimo congiunto, e connaturano la condotta dall'inizio. Le seconde sopravvengono all'azione offensiva, spesso reintegrando il bene violato, in un'ottica special-preventiva. Anche le cause di estinzione sono successive alla condotta, ma si distinguono poiché sono integrate da fenomeni esterni alla stessa (di tipo giuridico o naturale).

Rispetto alla disciplina applicabile alle cause di esclusione della punibilità, un'opinione dottrinale ritiene che seguano un regime obiettivo. Le stesse, infatti, sono estranee all'atteggiamento interiore dell'agente, dunque non ne risentono⁸⁹.

Tale orientamento può essere, però, rivisto. Come sottolineato, la generica disciplina degli artt. 59 e 119 c.p. non consente alcuna affermazione di principio tranciante (*mutatis mutandis*, la dottrina ha evidenziato che perfino le cause di giustificazione, tradizionalmente obiettive, possano avere dei risvolti soggettivi). Inoltre, l'eterogeneità delle cause di non punibilità osta ad una disciplina unica.

Per tale motivo, è bene differenziare cause di non punibilità di matrice soggettiva ed oggettiva. Le prime non possono essere applicate obiettivamente, laddove impongano un collegamento psicologico con la condotta. Di norma, queste sono annoverabili tra le cause di non punibilità concomitanti e successive. Al contrario, varrebbe la regola della rilevanza oggettiva per le condizioni esterne al reo, o per quelle che non richiedono una previa rappresentazione delle circostanze di fatto.

⁸⁹ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., p.68

Parimenti problematico è il problema dell'estensione al concorrente, in caso di reità plurisoggettiva. Anche in questo caso, la dottrina distingue due tipi di condizioni di non punibilità.

De iure condendo, un'impostazione teorica ritiene che queste ultime si applichino unicamente al soggetto cui sono destiate, qualora riguardino il rapporto tra lo stesso e la vittima, un suo atteggiamento particolare, oppure un'azione successiva al fatto commesso in concorso. Diversamente, le altre cause di non punibilità potrebbero essere estese ai compartecipi.⁹⁰

Simili dubbi sorgono rispetto all'ammissibilità dell'errore su una causa di non punibilità. Di poca utilità sono i lavori preparatori. Nella sua relazione, Rocco risolve la vicenda grazie ad un esempio: "se taluno crede che il furto in danno del fratello con lui non convivente non sia punibile, non per questo andrà esente da responsabilità: entra qui in campo l'applicazione di un altro principio, che cioè l'ignoranza della legge penale non scusa".

Tuttavia, com'è agevole considerare, quello in esame è un caso di ignoranza sul precetto, non scusata secondo il brocardo *ignorantia legis non excusat*. Di conseguenza, la risoluzione dell'errore di fatto non può che essere lasciata all'interprete.⁹¹

Una dottrina sottolinea che l'art. 59 c.p. gode di una formulazione particolarmente ampia, dunque idonea a ricomprendere le cause di non punibilità. Cionondimeno, a detta regola deve contrapporsi un giudizio

⁹⁰Invero il precedente orizzonte interpretativo intende fornire un criterio ulteriore e innovativo, con il quale dotare di autonoma disciplina le cause di non punibilità. Tuttavia, nell'attuale assetto codicistico, l'estendibilità ai concorrenti non può non basarsi sul disposto di cui all'art. 119 c.p.

⁹¹In Germania, dove il corrispondente § 59 riconosce valore dirimente all'errore dell'agente che cada «su circostanze di fatto che appartengono alla fattispecie legale o che aggravano la punibilità», la questione è molto discussa e una parte della dottrina, seguita dalla giurisprudenza, è per la inefficacia dell'errore sull'esistenza di Strafausschliessungsgründe in realtà non esistenti. Cfr. VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, .cit

d'impossibilità fattuale. Difatti, da un punto di vista logico, la regola dell'art 59 c.p. troverebbe applicazione alle sole cause precedenti o concomitanti alla condotta. Diversamente, non sarebbe idoneo a esentare da pena il soggetto che versi in errore su una circostanza successiva e del tutto indipendente dall'azione. In questo senso, è ribadita l'assoluta rilevanza obiettiva delle cause di non punibilità in senso stretto.

3. Gli incerti confini delle classificazioni tradizionali - soluzioni pragmatiche alternative.

Il precedente dibattito si è soffermato sull'emersione e sulla morfologia delle diverse categorie del reato: discipline applicative, fondamenti logici e giuridici.

L'analisi ha seguito la tradizionale teoria generale del reato, come interpretata e confermata dalle ricostruzioni dottrinarie prevalenti. Tuttavia, valga chiedersi se la precedente tripartizione (o quadripartizione) regga alla prova pratica, dunque del processo.⁹²

Si è avuto modo di considerare il particolare atteggiamento del legislatore del '30, che espressamente ha inteso tacere sulla qualificazione giuridica di alcuni istituti⁹³, lasciando all'interprete il compito di formare una teoria generale del reato, in cui collocare le diverse figure del codice.

Per i motivi sopraindicati, la dottrina maggioritaria italiana conosce l'ambito della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, cui taluni affiancano quello della punibilità. In astratto, la struttura dottrinale appare solida. Cionondimeno, secondo una recente ricostruzione teorica, le diverse categorie potrebbero essere in via di tendenziale avvicinamento nella prassi applicativa.

In disparte dai distinguo dottrinali, nel processo penale l'accusa deve sostanzialmente provare il fatto tipico, da un punto di vista oggettivo e soggettivo⁹⁴. Diversamente, non sarebbero oggetto di prova i coefficienti

⁹² Per un confronto tra teoria generale e processo penale, cfr. FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007, p. 63 e ss.

⁹³ *Supra* I

⁹⁴ Per taluni, il primo sarebbe oggetto di piena prova, mentre il secondo di prova indiziaria. v. DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, cit.

che si traducono in una indagine negativa.⁹⁵ L'accusa non dovrebbe argomentare circa l'antigiuridicità del fatto⁹⁶ (la non sussistenza di cause di giustificazione), né l'esigibilità della condotta (la non sussistenza di qualsiasi condizione scusante)⁹⁷ o la punibilità (la non sussistenza di cause di non punibilità in senso stretto).

Si può ritenere che questo sia un aspetto coerente alla conformazione di detti elementi, che si esprimono al negativo e non al positivo. Tuttavia, anche questa affermazione sembrerebbe essere parziale e inidonea a cogliere a pieno l'attuale dialettica processuale.

Alle volte, perfino il versante oggettivo del reato non è provato *funditus*. Si pensi, ad esempio, a quelle impostazioni dottrinali per cui la causalità nel delitto omissivo non segue la regola della ragionevole certezza.⁹⁸ In ogni caso, anche a voler ammettere la sempre costante provabilità del versante oggettivo dell'illecito, resta il problema del nesso psicologico. Quest'ultimo non sembra umanamente studiabile secondo le regole della certezza, ancorché processuale. Per tale motivo, parte della giurisprudenza fa riferimento non già alla regola della ragionevole certezza (che in sé risente della connaturale inesattezza delle scienze umane), ma al criterio della c.d. "apprezzabile possibilità di successo".⁹⁹

Una ricostruzione dottrinale, pertanto, ha tentato di rielaborare le ca-

⁹⁵ Cfr. CORDA A., *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e "affirmative defenses"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015, p. 238 ss.

⁹⁶ Salve ipotesi di illiceità speciale.

⁹⁷ Al pari, non è oggetto di prova l'imputabilità del soggetto, che segue un particolare meccanismo presuntivo. *Supra* III

⁹⁸ Ad esempio, certi parlano di causalità equivalente, in cui non viene apprezzata l'origine eziologica del danno, ma il fenomeno del controfattuale. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p.600

⁹⁹ Ciò è stato da ultimo ribadito dalle S.U. della Corte di Cassazione, con sent. n. 38333/2015. Nella pronuncia, gli ermellini hanno precisato le diverse regole probatorie che assistono la causalità obiettiva della colpa e soggettiva della stessa.

tegorie prima viste, con l'intento di colmare la distanza dogmatizzante dal processo. Nella costruzione della teoria del reato, le diverse categorie s'ispirano *prima facie* ad esigenze di garanzie, sicché svolgono funzioni di tutela del singolo rispetto a possibili arbitri del potere statale. Tale circostanza sarebbe, però, del tutto annichilita laddove gli elementi del reato non sopportassero la prova pratica del processo, consentendo ugualmente pratiche in *malam partem rei*.¹⁰⁰

Secondo tale orizzonte interpretativo, ulteriore spinta verso una rivisitazione della struttura dell'illecito è data dall'attuale dialettica delle categorie dogmatiche.¹⁰¹ Invero, anche chi struttura in modo solido il reato, precisa che non sia possibile inquadrare un *telos* di riferimento per ogni singola categoria. Spesso questi ultimi coagiscono, dunque esigenze di garanzia si rivengono anche nell'antigiuridicità, così come anche il fatto tipico può risentire del bilanciamento d'interessi.

Allo stesso modo, l'affermazione secondo cui l'illecito si compone di una parte statica ed una dinamica pare prestare il fianco a talune critiche. E' noto che la dottrina tradizionale addebiti al tipo una configurazione stanziale, statica, giacché non dovrebbe essere incisa dalle dialettiche dell'evoluzione sociale e del bilanciamento degli interessi. In adesione a quest'ordine d'idee, è l'antigiuridicità è l'unica sede in cui si cala fatto nella realtà giuridica.

In senso contrario, è stato però sottolineato che anche l'elemento

¹⁰⁰ Cfr. MARINUCCI G., DOLCINI E., Corso di diritto penale, cit., p. 625 e ss.

¹⁰¹ Cfr. PADOVANI T., *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in Rivista italiana diritto e procedura penale, 1983, p. 532 ss : « per dogmi » (...) è costantemente insidiata dal rischio di considerare il proprio oggetto — il dogma — al di fuori dei nessi funzionali che lo collegano in maniera indissolubile al sistema in cui viene inserito. Così facendo, si ipostatizza il dogma come realtà ontologica che, rimasta celata ad un pensiero "primitivo", trapeli in seguito, per emergere poi, in piena luce, col "progresso" dell'indagine giuridica.

della tipicità sia in continua evoluzione, rispetto al bene giuridico tutelato ed al concetto di offesa. E' quanto si verifica con l'azione socialmente adeguata: accadimento naturalistico astrattamente conforme alla previsione normativa, conforme all'*intentio legis* soggettiva del legislatore dell'epoca, ma del tutto distonica con le modifiche ordinamentali. Se adeguata al contesto sociale in cui si sviluppa, l'azione non può dirsi lesiva dell'oggettività giuridica sottesa alla norma, di guisa che non potrebbe dirsi concretamente tipica.¹⁰²

Alle presenti problematicità se ne aggiunge un'altra, probabilmente più seria rispetto alla teoria generale dell'illecito: la difficoltà di effettuare una corretta *actio finium regundorum* tra le diverse categorie.

In primo luogo, non è più data la distinzione tra elementi dell'illecito oggettivi e soggettivi. Rispetto al fatto tipico, questo non può dirsi più assistito unicamente da fattori oggettivi, ma anche soggettivi. E' il caso dell'azione finalisticamente orientata, in cui elementi subiettivi sono già conosciuti al livello della tipicità, seppur analizzati per mezzo di modalità normative. E' il caso, inoltre, dell'antigiuridicità, che non regge la regola della mera rilevanza obiettiva, dacché quest'ultima si bilancia con i c.d. elementi soggettivi delle scriminanti.¹⁰³ E' il caso, infine, delle presunzioni di stampo oggettivo, proprie della categoria della colpevolezza.

Anche per questo, è spesso complesso qualificare le diverse figure del dettato positivo. Ciò può essere concretamente apprezzato rispetto alla sostanziale (in)differenza tra autorizzazioni interne alla fattispecie, spesso considerato come cause di esclusione del tipo, e scriminanti esterne.¹⁰⁴

¹⁰² Nel caso dell'azione socialmente adeguata il fatto è letto nel suo dinamismo e non staticità. Non a caso, detta categoria viene alternativamente collocata nel fatto tipico o nell'antigiuridicità.

¹⁰³ v. Supra

¹⁰⁴ Secondo taluni, detta differenziazione è spesso lasciata al mero arbitrio del legislatore, che potrebbe optare per un'inversione di tendenza, qualificando le singole fattispecie. Cfr. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003,

Infine, secondo parte della dottrina la tripartizione (o quadripartizione) suesposta non sarebbe coerente con il dato codicistico, che prevede unicamente due coefficienti dell'illecito: quelli di *offence* e di *defence*. Nella prima categoria rientrerebbero tutti gli elementi costitutivi del reato, mentre tutte le cause che lo escludono, o che ne neutralizzano la punibilità, sarebbero *defences*.¹⁰⁵

Questa ricostruzione prende le mosse dall'articolo 59 c.p., che si limita a conoscere le condizioni che escludono la punibilità, senza alcuna precisazione di specie. In particolare, la presente impostazione ritiene che ogni istituto di *defences* dovrebbe trovare riscontro in una realtà preordinamentale, poiché espressione di un diritto di libertà, che si riflette anche all'interno dell'ordinamento processualistico. Per tale motivo, questo è conoscibile dal soggetto e dimostrabile all'interno del processo. Diversamente, attiene al compito dell'accusa provare in modo ragionevolmente certo i presupposti delle *offences*.

In questo senso, può cogliersi lo specifico problema dell'inesigibilità della condotta. Questa è collocata all'interno delle *defences*, intesa quale causa di non esigibilità valutabile al negativo e non al positivo. Dalla presente collocazione derivano notevoli ripercussioni rispetto all'*onus probandi*.

Invero, differenziare *offences* da *defences* potrebbe condurre ad una diversificazione sul piano probatorio degli elementi, funzionale alle garan-

p. 35 ss.

¹⁰⁵ Rispetto alle *defences*, per questa ricostruzione teorica “sono, cioè fattispecie che rendono il fatto o il soggetto non punibile, sia le scriminanti, sia le scusanti sia le ipotesi di non punibilità in senso stretto: *tutte fattispecie oggetto di prova, beninteso*. Questo per segnalare la distanza del codice dalla dottrina dogmatizzante “di influenza tedesca”, ma non dal processo”. DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, cit.

zie del soggetto. I presupposti d'incriminazione dovrebbero sottostare a regole processuali più stringenti, di diretta derivazione dalla *presunzione d'innocenza*. Al contrario, per ritenere sussistenti le condizioni di *defences* sarebbe sufficiente il mero dubbio. Anche questo è un riflesso del principio di cui all'art. 27, comma II, Cost. Difatti, è sufficiente il ragionevole dubbio sulla sussistenza di un'ipotesi di *defence* per non poter pervenire ad un giudizio pieno ed integrale di colpevolezza. Detta garanzia, com'è ovvio, sarebbe ulteriormente assistita dalla qualificazione pubblica della parte accusatrice, dacché questa avrebbe l'obbligo di considerare nello sviluppo delle indagini anche gli eventuali coefficienti negativi.

CAPITOLO II

Dalla non punibilità ai casi di non punibilità: considerazioni generali sull'art. 384 c.p. e disciplina positiva applicabile.

1) Dalla “non punibilità” ai “casi di non punibilità”. Le problematiche legate all'art. 384 c.p. 2) Inquadramento generale. 2.1) Art. 384 c.p. e bene giuridico tutelato: cenni sull'emersione del concetto di corretta amministrazione della giustizia. 2.2) Indagine storica dell'istituto. 3) Disciplina. 3.1) Conseguenzialità materiale tra il fatto ed il nocumento. 3.2) La gravità del nocumento. 3.3) Art. 384, comma I, c.p. ed aggravante della connessione teleologica.

4) Ambito di applicazione soggettivo: il soccorso di necessità. 4.1) La Famiglia. 4.2.1) Art. 384 c.p. e convivente *more uxorio*. 4.2.2) profili problematici della soluzione giurisprudenziale. 4.2.3) l'estensione al convivente al vaglio della riforma Cirinnà. 4.3) Applicabilità dell'art. 384 c.p. alle unioni civili.

1. Dalla “non punibilità” ai “casi di non punibilità”. Le problematiche legate all’art. 384 c.p.

Rubricata “Casi di non punibilità”, la disposizione di cui all’art. 384 c.p. si compone di due commi, profondamente diversi tra loro.

Al secondo, il legislatore prevede un limite diretto¹⁰⁶, che si applica alle fattispecie di cui agli artt. 371 bis, 371 ter, 372 e 373 del c.p. Si tratta di irresponsabilità penale, causata dalla mancanza di un requisito di fondo¹⁰⁷: il deponente non doveva essere sentito come testimone, o come persona informata sui fatti; la persona non avrebbe dovuto essere chiamata a deporre; il soggetto doveva essere avvertito della possibilità di astenersi dal rendere dichiarazione. In questi casi, l’eventuale commissione di uno degli illeciti suddetti non è penalmente sanzionata.

Al primo comma, il legislatore pone un limite pressoché generale alla punibilità per i delitti contro l’amministrazione della giustizia (essendo esclusi solo alcuni reati, spesso considerati plurioffensivi). Nello specifico, non è punibile il soggetto che abbia commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé, o un prossimo congiunto, da un grave nocumento alla libertà ed all’onore.

Detta disposizione è, *ictu oculi*, suddivisibile.

Da un lato, la versione “egoistica”, in cui l’agente intende salvare se stesso. Dall’altro lato, la formula “altruistica”, in cui il soggetto si mobilita per salvare un terzo (appartenente al novero dei prossimi congiunti).

Così accennata, la disposizione in esame è oggetto di numerosi ed incessanti dibattiti dottrinali, volti ad identificare la sua corretta fisionomia

¹⁰⁶MAZZONE A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell’art. 384 c.p.*, Napoli 1992, p. 1

¹⁰⁷BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l’amministrazione della giustizia*, Torino, 2015, p. 158

interpretativa: individuarne l'ampiezza oggettiva, l'ambito soggettivo e, soprattutto, la categoria di appartenenza.

Il legislatore, infatti, tratta la disposizione come un istituto generale, senza specificarne la disciplina concretamente applicabile. Nondimeno, la struttura eterogenea, a tratti eccezionale, della norma impone all'interprete particolare cautela.

Soprattutto il primo comma dell'articolo ha una portata applicativa decisamente notevole, che limita la tutela del bene fondamentale dell'amministrazione della giustizia. In particolare, l'art. 384, comma 1, c.p., fornisce un decalogo ampio di reati non punibili, che possono essere ulteriormente suddivisi in due categorie. Il reo può "provocare" o "difendersi" dalla macchina della giustizia. Nel secondo caso, il soggetto disattende l'obbligo di verità, evitando di rispondere ad un esame, un interrogatorio, o comunque a delle richieste avanzate dall'autorità competente. In sostanza, negli "episodi difensivi", è l'amministrazione della giustizia che si attiva per ottenere delle informazioni ed il reo si oppone alla ricerca della verità. Al contrario, negli "episodi provocatori" il soggetto adisce personalmente alla macchina della giustizia, attivandola in senso contrario alle indagini. Può essere così, ad esempio, nell'autocalunnia (art. 369 c.p.), in cui il reo s'incolpa di un illecito mai avvenuto, per distogliere l'attenzione da un altro fatto di reato commesso.

Attesa l'eterogeneità dell'istituto in esame, la dottrina si è affannata nel ricercarne la corretta collocazione dogmatica, così da declinare la normativa applicabile. L'analisi prende le mosse dal dato normativo.

Mentre il secondo comma si occupa delle regole processuali, dunque delle garanzie del sistema accusatorio, il primo comma si basa su altri presupposti. L'art. 384, comma 1, considera la reazione dell'individuo rispetto al pericolo di un grave nocumento.

In particolare, il pericolo minacciato non è ingiusto; tutt'altro, nella specifica ipotesi considerata dall'art. 384 c.p., spesso il nocimento è diretta conseguenza di un illecito commesso dal reo o dalla persona che s'intende preservare.

Già dalle premesse, appare opportuno specificare l'oggetto della presente indagine.

Più che sul secondo comma, s'intende indagare sulla morfologia del primo comma della disposizione, verificando il fondamento dogmatico di quest'ultimo, il suo ambito applicativo e disciplinare. Il capoverso dell'art. 384 c.p. sarà impiegato unicamente come termine di paragone, nonché per comprenderne l'origine storica.¹⁰⁸ Difatti, anche il precedente codice riportava sotto un'unica rubrica le due ipotesi.

¹⁰⁸ Sulle diversità strutturali tra i due commi, v. PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, diretto da G. MARINUCCI- E. DOLCINI, vol. IV, Padova 2005, p. 908

2 Inquadramento generale.

2.1 Art. 384 c.p. e bene giuridico tutelato: cenni sull'emersione del concetto di corretta amministrazione della giustizia.

La norma in esame si colloca a chiusura del primo capo dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia e, per tale motivo, l'esegesi dell'art. 384 c.p. non prescinde da un preliminare inquadramento dell'oggettività giuridica tutelata.¹⁰⁹

Il bene giuridico della corretta amministrazione della giustizia è di tardiva acquisizione. Nell'epoca pre-illuminista, quest'ultimo non godeva di autonoma dignità, ma era spesso assorbito dal più generale interesse al regolare funzionamento dell'apparato statale.

L'emancipazione dell'oggettività giuridica consegue all'affermazione del pensiero di Montesquieu, circa la necessità che ogni funzione statale sia esercitata da un organo diverso, dotato di un proprio potere e che operi senza interferenze. Da un punto di vista penalistico, quanto detto impone di differenziare in classi di reati le condotte che offendano il funzionamento di ogni singolo potere (i reati contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia etc.).

Nella presente direzione s'inserisce una delle opere più significative di Gaetano Filangieri: "La scienza della legislazione", concepita come guida per un assetto normativo coerente ai principi illuministici. La separazione dei poteri impone di considerare l'amministrazione della giustizia come

¹⁰⁹Nel sistema costituzionale, una precisa ricostruzione del bene giuridico di categoria appare sempre più necessaria. Cfr. MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995, p 343 e ss.

titolo autonomo, anche in un'ottica di orientamento culturale¹¹⁰. Tale concezione permise alla legislazione italiana, pre e post unitaria, di giungere per prima al concetto di “giustizia pubblica”.¹¹¹

L'emersione della categoria dei reati contro l'amministrazione della giustizia gode, altresì, dell'apporto del pensiero di Carrara: il *Programma del corso di diritto criminale* inizia proprio con la classe di delitti in esame. Secondo il pensatore toscano¹¹², il regolare funzionamento della giustizia “è il primo e più immediato tra i beni”; difatti la giustizia rappresenta l'istituzione che converte la legge in “precetto pratico”, che assicura l'adesione all'ordine costituito. In quest'ottica, il bene in esame è una “proiezione collettiva di un interesse individuale”¹¹³, non inteso in senso isolato, ma come collettività.

L'ottica carrariana soffre, però, il noto scontro tra scuola positiva e scuola classica¹¹⁴, risolto da Rocco con un atteggiamento di disinteresse verso le teorizzazioni ermeneutiche del diritto penale, ritenuta la “inutilità giuridica delle indagini filosofiche”.¹¹⁵ Il codice del 1930 abbandona l'ideale collettivo/individuale di Francesco Carrara, esaltando l'elemento etico della giustizia e tutelando il prestigio dei suoi organi.

Di conseguenza, l'attuale assetto del codicistico adotta una nozione ampia ed eterogenea di amministrazione della giustizia. Detto bene ha un valore funzionale, incriminando i comportamenti che possono produrre o-

¹¹⁰Cfr. CONSTANT B. (a cura di), *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangieri*, vol. I, Libro II, Parte II, Capo XLIII, Milano, 1855, p. 727 ss.

¹¹¹ Per un'attenta disamina circa l'emersione del bene giuridico in esame, v. AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 55 e ss

¹¹²CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol.V, Lucca, 1870, par. 2476, p. 20 e ss

¹¹³AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, cit., p. 59

¹¹⁴ Sul punto, Cfr. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 39 e ss.

¹¹⁵MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., Torino, 1920, vol. I, p. 10

stacolo alla giustizia.¹¹⁶ Tuttavia, quest'ultima non comprende unicamente il corretto esercizio della funzione giurisdizionale, ma anche le attività che si pongono in un rapporto di strumentalità.

Il concetto di amministrazione della giustizia è dunque soggettivo ed oggettivo.¹¹⁷ In senso oggettivo, riguarda l'attività dell'organismo giurisdizionale, la funzione concretamente svolta dallo stesso. Al contrario, in senso soggettivo, il bene in esame tutela il prestigio dei soggetti che svolgono la funzione.

Come precisato dalla dottrina, l'ampiezza del bene corretto funzionamento della giustizia andrebbe rivalutata rispetto alle direttrici della Costituzione. Da un lato, la sua connotazione soggettiva, certamente conforme alle opzioni di politica criminale del 1930, appare oggi poco coerente alle necessità di un diritto penale minimo. Inoltre, più in generale, parte della dottrina auspica la suddivisione dei reati in esame. In particolare, dovrebbero essere scorporate quelle fattispecie che offendono anche beni individuali.¹¹⁸

Rispetto alla tecnica di tutela utilizzata, gli illeciti in esame sono di pericolo. Rileva la struttura macroscopica del bene e, nondimeno, la funzione ostativa dei reati contro l'amministrazione della giustizia.¹¹⁹ Tale anticipazione di tutela è bilanciata da due fattori eterogenei.

In via preliminare, in osservanza del principio di offensività, non sono punibili quelle condotte che risultano inidonee a minacciare l'oggetto

¹¹⁶FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed. ristampa aggiornata, Bologna, 2008, p. 335

¹¹⁷ Cfr. BOSCARRELLI M., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Enciclopedia del diritto*, 1970, Milano, XIX, p. 612 e ss.

¹¹⁸ Sul punto, si considera "ad es. al delitto di calunnia e ai suoi collegamenti con la tutela della personalità". FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 336

¹¹⁹Cfr. GAROFOLI R., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. I, Roma 2013, p. 382

specifico di tutela. Inoltre, per quanto più interessa in questa sede, ulteriore temperamento al rigore punitivo è costituito dall'art. 384 c.p.

Come si vedrà, la norma in esame non rappresenta un'assoluta novità del codice del 1930; essa affonda le sue radici sistematiche già nelle legislazioni precedenti, da cui però si distingue, per meglio adattarsi alle innovazioni sostanziali e processuali (giacché rappresenta in certi casi un anello di congiunzione tra il diritto penale e quello processuale).

2.2 Indagine storica dell'istituto.

Da un punto di vista storico, l'articolo 384 c.p. trova un significativo archetipo all'art. 215 del codice Zanardelli, in tema di falsa testimonianza.

Nella codificazione del 1889 la falsa testimonianza è del tutto affrancata dallo spergiuro¹²⁰, assumendo una connotazione squisitamente laica.

Di conseguenza, la deposizione mendace cessa di essere intesa come un'offesa alla realtà religiosa; di guisa che la falsa testimonianza trova collocazione nell'alveo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, nel capo della falsità in giudizio, all'art. 214.

Detta disposizione contempla un reato proprio, applicabile unicamente a colui che è investito dell'ufficio di testimone (a differenza del tenore letterale della norma: "chiunque"). Come nella formulazione attuale, il delitto si realizza mediante tre condotte equivalenti: l'affermazione del fatto, la negazione del vero e la reticenza. Con l'istituto il codice Zanardelli intende preservare la c.d. verità soggettiva¹²¹, evitando che il testimone esponga fatti non personalmente recepiti, oppure taccia su percezioni realmente avute. L'esenzione da pena dell'art 215 si applica a tutte le precedenti ipotesi.

In particolare, il legislatore del 1889 ha previsto la non punibilità della falsa testimonianza in due casi, particolarmente simili da quelle in seguito considerate dal codice Rocco.

In primo luogo, non è punibile chi, manifestando il vero, esporrebbe inevitabilmente sé o un prossimo congiunto ad un grave nocumento alla libertà ed all'onore.

¹²⁰SANTANGELO CORDANI A., *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008, p. 288

¹²¹ Cfr. GAROFOLI R., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. I, Roma 2013

Così esposto, il primo numero dell'art. 215 appare particolarmente simile al primo comma dell'art. 384 c.p. A primo acchito, è possibile comunque cogliere una differente scelta linguistica. Mentre il codice Rocco richiede che il testimone sia stato costretto a deporre il falso, quello del 1889 richiede che il nocumento successivo alla manifestazione del vero sia inevitabile.

Tuttavia, la suindicata contraddizione è solo apparente. Come si avrà modo di considerare, la giurisprudenza contemporanea tende ad interpretare il requisito della necessità alla stregua d'inevitabilità; di guisa che non è punibile la condotta del testimone che non avrebbe potuto altrimenti evitare il nocumento. Così intese, le due disposizioni appaiono decisamente simili.

Valga considerare che il primo numero dell'art. 215 del codice del 1889 è stato oggetto di un vivace dibattito. Già la dottrina dell'epoca riteneva la disposizione eccessivamente ampia, lamentando il rischio che la falsa testimonianza non venisse validamente perseguita.¹²² Anche per questo, i lavori preparatori testimoniano l'opinione di chi intendeva ancorare l'istituto al solo pericolo di un procedimento penale, e non al generico grave nocumento alla persona.¹²³

Inoltre, l'art 215 del codice Zanardelli prevede l'esenzione da pena di chi non avrebbe dovuto deporre come testimone, oppure avrebbe dovuto essere avvertito della possibilità di astenersi dal deporre.

La norma si pone in un'ottica simbiotica con il secondo comma dell'art. 384 c.p., che però differisce in alcuni punti.

In via preliminare, la distanza tra le due norme è naturale conseguenza del mutamento dei regimi processuali. Entrambe le disposizioni

¹²²MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Verona, 1890, p. 633

¹²³ La prospettiva in esame è particolarmente interessante, se considerata alla luce degli attuali orizzonti pretori in merito al nocumento rilevante ai sensi dell'art. 384 c.p.

puntano alla tutela sostanziale di talune norme processuali; di talché sono preservate le modalità di assunzioni delle dichiarazioni, nonché limiti processualistici all'assunzione dell'ufficio di testimone. Per tale motivo, appare naturale che l'art. 215 non si occupi del testimone assistito e di altri istituti di rito, diretta espressione della mutata ottica accusatoria del processo penale. Cionondimeno, sussistono delle ulteriori delle differenze, che non sono conseguenza dei diversi sistemi processuali.

L'art. 384, II comma, c.p. esclude la punibilità di chi per legge non avrebbe potuto assumere la carica testimoniale, o sarebbe dovuto essere oggetto di particolari avvertimenti.

Al contrario, l'art. 215 num. 2 del codice Zanardelli ancora la non punibilità alle qualità personali del soggetto, dallo stesso dichiarate al giudice. Per tale motivo, non possono beneficiare dell'istituto quei soggetti la cui incompatibilità con l'ufficio testimoniale non si desume *rebus sic stantibus* dagli atti; potrebbe pertanto essere incriminato chi manifesta il falso, laddove non abbia indicato al giudice la qualità che lo rende impossibilitato ad assumere la carica di testimone. Probabilmente, anche questa è una conseguenza della maggiore attenzione posta dal legislatore contemporaneo per le garanzie processuali, completamento necessario dei diritti sostanziali che vantati dal reo.

Ciò premesso, al netto dei suindicati elementi, la disciplina dell'art. 384 c.p. può essere sovrapposta a quella del suo precedente storico, salvo una macroscopica differenza.

Il legislatore del 1889 assegna all'istituto una funzione specifica, eccezionale. Come precisato, lo stesso si applica al solo reato di falsa testimonianza, lasciando così impregiudicata la punibilità del soggetto per tutti gli altri delitti contro l'amministrazione della giustizia.

L'articolo 384 c.p. trova invece collocazione nel I Capo del III Titolo, come norma di chiusura.¹²⁴

Nella Relazione di accompagnamento al codice, il Guardasigilli non si occupa della disposizione *de qua* in modo compiuto ed esaustivo. Al contrario, si limita ad affermazioni generali sul primo comma e a brevi considerazioni in merito al capoverso.

Nel documento è spiegata, ancorché indirettamente, l'insolita rubrica dell'istituto. Quest'ultimo prende il nome di "Casi di non punibilità", poiché vanta finalità omini-comprehensive. Il legislatore intende racchiudere in una norma tutte le condizioni che escludono la punibilità per i delitti contro l'amministrazione della giustizia.

Al di là delle ipotesi previste dall'art. 384 c.p., *"non v'è altro caso di non punibilità o diminuzione di pena per i reati preveduti nel primo Capo del presente Titolo. Sono cioè bandite le ipotesi di esenzione o diminuzione di pena, che il codice Zanardelli stabilisce, fondandole sul vincolo del sangue, perché data la natura dei reati che questo Capo contempla, parve che quella del vincolo di sangue non fosse di per sé sola ragione sufficiente per indulgere a chi siasi reso colpevole di aver turbata o intralciata, nel suo corso, l'attività giudiziaria"*.

Di certo, la scelta del legislatore del 1930 è più incline ai dettati di determinatezza e di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta illecita.

Rendendola generale, la disposizione in esame può essere applicata a situazioni diverse, ma equipollenti da un punto di vista sostanziale, rispetto al danno arrecato alla giustizia ed alle ragioni che ne implicano la non punibilità.

¹²⁴ In disparte della previsione di cui all'art. 384 bis c.p., introdotta solo nel 2001 e riguardante i fatti commessi in collegamento audiovisivo e in corso di rogatoria dall'estero.

Il Guardasigilli si esprime, inoltre, sulla natura giuridica del primo comma dell'articolo. Trattasi di un'estensione specifica dello stato di necessità, valida solo per certi delitti e su determinati presupposti. Ciò, come si vedrà, resta dibattuto in dottrina.

Parimenti sintetico è il riferimento al secondo comma della norma. Il Guardasigilli non si esprime circa la sua natura giuridica, ma si limita a dire che la disposizione si applica nei casi d'inesistenza processuale dei requisiti per assumere l'ufficio di testimone e di perito.

La Relazione si sofferma, inoltre, sulla differenza tra il secondo comma dell'art. 384 c.p. ed il suo corrispettivo del codice Zanardelli. Come precisato, la disposizione ora vigente trova applicazione alla mera inesistenza oggettiva di ubbidire a tale dovere processuale. Non rileva, pertanto, che il soggetto abbia reso consapevole il giudice della propria qualità personale, che lo esime dal prestare i precedenti uffici.

Nella *ratio legis* soggettiva del 1930, l'istituto assume una connotazione centrale nell'assetto dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Ciò per una duplice tendenza del legislatore dell'epoca.

Da un lato, il codice Rocco offre maggiori tutele al reo. In quest'ottica può considerarsi l'applicabilità obiettiva del secondo comma e, soprattutto, l'aver svincolato l'istituto dalle maglie della disciplina della falsa testimonianza.

Dall'altro lato, però, tra le maglie della riforma può leggersi un'opposta tendenza.

Il legislatore intende limitare l'azione ermeneutica dell'interprete, evitando che il secondo individui nuove e diverse condizioni di non punibilità dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Quanto detto conferma l'assoluta rilevanza del bene di categoria, evincibile dalla c.d. "progressione discendente".

Come precisato, l'amministrazione della giustizia è diretta declinazione del potere statale. Ogni condotta offensiva della giurisdizione offende allo stesso tempo la sovranità dello Stato, che dunque reagisce in modo severo.

Invero, la stessa regola dettata dal secondo comma dell'art. 384 c.p. è espressione di tale logica e non eccezione: l'applicazione obiettiva della disposizione indica la volontà legislativa di tutelare la normativa processuale, dunque la legge, più che l'imputato.

Tale impianto dev'essere riconsiderato alla luce della Costituzione.

Il sistema costituzionale si fonde con le garanzie del modello accusatorio, proprie dello Stato di diritto e dello Stato sociale.

L'amministrazione della giustizia non è più preservata come derivazione della sovranità statale, piuttosto come meccanismo di risoluzione delle controversie tra i singoli, o tra questi e lo Stato.

Il bene in esame tutela le formazioni sociali in cui si esplicita la personalità individuale, che in tal caso è rappresentata dallo Stato democratico e, dunque, dall'autorità giudiziaria.¹²⁵

Anche per questo, è doveroso tenere conto delle condizioni che possono escludere la responsabilità penale per detti delitti, di carattere obiettivo o soggettivo.

Nella stessa ottica si collocano talune tendenze giurisprudenziali volte ad ampliare l'ambito applicativo della disposizione in esame.

Tra queste, particolarmente importante è quella che considera in senso estensivo il soccorso di necessità, di cui al primo comma dell'art. 384 c.p. Quest'ultimo, limitato dal legislatore al solo caso dei prossimi congiunti, è da qualcuno esteso oltre nelle strette maglie dell'art. 307 c.p.

¹²⁵MOCCIA S. – SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIII, Roma, 1996, p. 10

Dalla breve disamina dell'evoluzione normativa dell'istituto, può cogliersi un'unica tendenza evolutiva costante, volta ad allargare le sue maglie applicative.

Quanto detto non si rinviene solo nella trasposizione della norma dal codice del 1889 a quello del 1930, ma anche dall'opera della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, le presenti spinte evolutive riguardano spesso il primo comma della disposizione, in ossequio alla nuova concezione del diritto penale, costituzionalmente orientata.

L'avvento della Costituzione ha posto l'accento su una concezione del diritto penale come limite alla potestà punitiva dello Stato. In questo senso, particolarmente importante risulta la tutela del singolo, come componente necessaria dell'ordinamento.

Ebbene, in disparte delle diverse interpretazioni addotte in dottrina, è certo che l'art. 384, comma I, c.p. sposti il cono di luce sull'individuo.

In questo senso, la disposizione non tutela la stabilità delle garanzie processuali, ma si occupa di un coefficiente marcatamente sostanziale, che valuta la reazione del singolo rispetto al pericolo di un grave nocumento.

Nelle sue due varianti, la norma in questione valuta le scelte del soggetto, che non sono considerate meritevoli di pena.

Come precipitato logico di queste considerazioni, è possibile offrire una lettura costituzionalmente orientata della rubrica della norma. La dizione "casi di non punibilità" sottolinea la differente valenza dogmatica delle due ipotesi che, dunque, non possono essere esaminate congiuntamente, ma distintamente.

3. Disciplina.

3.1 Conseguenzialità materiale tra il fatto ed il nocumento.

Nell'analisi strutturale della disposizione, centrale è il requisito della consequenzialità materiale tra il fatto ed il nocumento.

Come precisato da parte della dottrina, non viene in considerazione il nocumento, *sic et simpliciter*, bensì “il nocumento che potrebbe derivare dal fatto di contenersi conformemente al diritto obiettivo”. In quest'ottica, il pericolo è la causa della costrizione, che obbliga il soggetto a commettere un fatto costituente reato. Vi è uno specifico nesso causale tra la percezione della minaccia e decisione di agire, decisione che il soggetto non avrebbe preso in presenza di circostanze di fatto diverse.

Diversamente dallo stato di necessità, il pericolo che s'intende evitare non è conseguenza di qualsiasi azione.¹²⁶

Nell'ambito delle scriminanti, la dottrina scinde il pericolo rilevante per l'art. 52 c.p. e per quello rilevante per l'art. 54 c.p. Secondo taluni, nel primo caso ha fonte ingiusta; al contrario, nella seconda ipotesi ha una fonte neutra.¹²⁷

Nei casi di non punibilità dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, il pericolo deriva da una condotta lecita e, a volte, imposto: la testimonianza conforme al diritto, che esporrebbe il deponente, o un prossimo congiunto, ad un nocumento della propria libertà.

¹²⁶ Per una disamina dell'elemento del nocumento nello stato di necessità, v. GROSSO C.F., *Necessità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, p. 882 e ss.

¹²⁷ In tema di stato di necessità, è stato ribadito che “la situazione di pericolo può derivare da qualsiasi fonte ma, per un'esigenza di ovvia razionalità, non da un'azione positivamente autorizzata dall'ordinamento”. Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Giuffrè Editore, 2004, Milano, p. 577

Il legislatore individua una consequenzialità eziologica tra la commissione dei reati e la necessità di preservare la libertà propria o altrui.¹²⁸

Secondo una parte della giurisprudenza, il legame dev'essere valutato alla stregua di ogni condizionamento causale. Di conseguenza, il pericolo dev'essere attuale e concreto, collegato a circostanze obiettive che ne determinino con precisione il contenuto e gli effetti.¹²⁹ Resta impregiudicata la responsabilità del reo per le condotte commesse in assenza di un pericolo effettivo, ma solo supposto.

La disciplina di cui all'art. 384 c.p. impone al giudice un giudizio prognostico, sull'incidenza della mancata deposizione rispetto alla libertà dell'individuo. Detto giudizio si svolge secondo le regole processuali proprie del processo penale; è considerato il danno certo, oppure altamente probabile secondo la prognosi dell'interprete.¹³⁰

Tuttavia, questa ricostruzione potrebbe offrire il fianco a talune osservazioni critiche. Come precisato, le condizioni che escludono la pena non dovrebbero sottostare alle stesse regole probatorie delle fattispecie incriminatrici.

Agendo in *favor rei*, queste ultime dovrebbero basarsi su una regola di giudizio differente, ammettendo alla rilevanza di nessi causali non perfettamente accertati. Ne conseguirebbe la non punibilità delle deposizioni rese laddove non sia certo, ma solo probabile, che queste abbiano evitato il nocumento.

Altro requisito problematico è quello dell'attualità del nocumento. A differenza dell'art. 54 c.p., il legislatore collega la mancata punibilità non ad un pericolo, ma ad un danno, un nocumento. Pertanto, molti ritengono

¹²⁸LATTANZI G.- LUPO E., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, 2000, p. 265

¹²⁹Cfr. Cass Pen. sez. VI, sent. del 26-04-99, n. 8638

¹³⁰Cfr. LATTANZI G.- LUPO E., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., p.296

che la falsa deposizione debba occultare un fatto illecito già avvenuto nel passato, non anche futuro ed eventuale.

Tuttavia, l'ordinamento conosce taluni obblighi di deposizione che non riguardano accadimenti passati, ma eventi futuri. Si allude a quelle prescrizioni normative che impongono di dichiarare un'azione prossima che, se commessa, darebbe luogo ad un illecito penale.¹³¹ In tal caso, l'efficacia dell'art. 384 c.p. si svilupperebbe diversamente: l'azione necessitata mirerebbe a proteggersi dal pericolo di un nocumento e non dal nocumento stesso.

Per la dichiarazioni concernenti condotte successive, l'art. 384 c.p. non dovrebbe operare, non integrando tutti i requisiti richiesti dalla teoria tradizionale. Ciò, però, non è esente da rilievi critici in punto di tutela del reo e di *favor rei*, che ha permesso la formulazione di una diversa impostazione.

L'inevitabilità non si riferisce al nocumento, ma all'azione lesiva non punita ai sensi dell'art. 384 c.p. Si allude all'impossibilità di ricorrere ad altri rimedi: deporre in modo non conforme dovrebbe essere l'unica modalità per evitare il pericolo. L'alternativa non lesiva è pertanto sempre preferibile, giacché salvaguarderebbe l'ordinamento giuridico, *sub specie* corretta amministrazione della giustizia.

La giurisprudenza evidenzia che “ai fini della configurabilità delle ipotesi di non punibilità previste dall'art. 384, comma 1, c.p., il rapporto di necessità tra il fatto delittuoso commesso e lo scopo della conservazione della libertà e dell'onore, proprio o di un prossimo congiunto, è dato dalla gravità e dall'inevitabilità del nocumento, nel senso che questo non può essere evitato senza che sia commesso il fatto costitutivo del delitto”.¹³²

¹³¹ Ad es. art. 1, ultimo capoverso della l. 516/1982. Cfr. anche per tesi contraria ZANOTTI M., “*Nemo tenetur se detegere*”: profili sostanziali, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p.200

¹³² Cass. Pen. sez. I, sent. del 15-02-90, num. 2079

In questo senso, non sarebbe applicabile l'art. 384 c.p. a chi abbia deposto falsamente in due processi, cronologicamente susseguenti. Nel caso in cui la prima deposizione non abbia evitato il pericolo, la seconda non potrebbe certamente produrre quest'effetto; di guisa che non sussisterebbe il requisito dell'inevitabilità del nocumento.¹³³

L'inevitabilità è un coefficiente che rafforza il giudizio di consequenzialità.

Da un lato, concorre ad eliminare quelle condotte inutilmente perpestrate, poiché inidonee a salvare dal nocumento. Dall'altro lato, sottolinea la non applicabilità dell'art. 384 c.p. laddove il soggetto abbia un'alternativa lecita, o meno pregiudizievole per l'ordinamento giuridico.¹³⁴

Rispetto a tali requisiti, resta infine da analizzare il problema della causazione non volontaria del pericolo.¹³⁵

Taluni ritengono che il nesso di consequenzialità tra fatto e nocumento sia interrotto laddove il deponente abbia volontariamente procurato il pericolo. Tra gli esempi riportati in giurisprudenza, particolarmente significativo è il caso del prossimo congiunto che, avvisato della facoltà di astenersi, depone ugualmente ed in modo mendace.

La volontaria causazione del pericolo s'innesta con l'inevitabilità dello stesso.¹³⁶ Il soggetto avrebbe potuto evitare il nocumento semplice-

¹³³ Si segnalano numerose voci critiche in dottrina. *Ex pluribus*, C.F. GROSSO, *Di un preteso limite di applicabilità dell'art. 384, I comma, c.p.*, nota a margine della sent. del 6 giugno 1961, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1962, p. 217; MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 63

¹³⁴ Cfr. PEZZI A., voce *Calunnia ed autocalunnia*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. V, Milano, 1988, p.5

¹³⁵ Come si vedrà infra, in parte della dottrina fa discendere il requisito dalla natura della disposizione. Prendendo le mosse dal ritenuto carattere di specialità dell'art. 384 c.p. rispetto allo stato di necessità, è prassi frequente mutuare i requisiti applicativi del secondo istituto.

¹³⁶ CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2002, p.849

mente non procurandolo. Rispetto al caso di specie, la giurisprudenza ha ritenuto la non applicabilità dell'art. 384 c.p. con una considerazione pragmatica. Per la presente impostazione, l'ordinamento avrebbe fornito al prossimo congiunto un mezzo alternativo, utile per evitare il nocumento: astenersi dall'ufficio testimoniale.

Per tale motivo, la giurisprudenza ha più volte sottolineato la rilevanza sistemica del requisito della non volontaria causazione del pericolo, argine funzionale ad evitare un eccessivo slargamento della cintura protettiva del bene corretta amministrazione della giustizia.

In realtà, l'analisi testuale della disposizione potrebbe far propendere per una visione opposta.

Tra le norme riportate nell'art. 384 c.p. vi sono due tipi di fattispecie. In primo luogo, quelle in cui il soggetto è obbligato a rendere la deposizione, o comunque a collaborare con la giustizia (ad es. poiché riveste l'ufficio di testimone - art 372 c.p. - o una qualifica professionale - art. 365 c.p. -).

L'elencazione dell'art. 384 c.p. contempla, inoltre, casi in cui è il soggetto ad interferire direttamente con l'amministrazione della giustizia, senza che sia obbligato ad alcunché.

E' il caso, ad esempio, del favoreggiamento personale (art. 379 c.p.); in detta fattispecie, non sussiste a monte un obbligo da parte del reo, il quale volontariamente pone in essere una condotta lesiva del bene corretta amministrazione della giustizia.

E' il caso, inoltre, del delitto di autocalunnia (art. 369 c.p.), previsto espressamente nell'art. 384 c.p. La norma esclude la punibilità di chi si autocalunnia, al fine di tutelare un prossimo congiunto.

Diversamente dal caso della testimonianza, negli ultimi due esempi riportati non sussiste a monte un obbligo di deporre, o di collaborare con l'autorità giudiziaria.

Al contrario, sono gli stessi soggetti che provocano quest'ultima, al fine di salvare un terzo.

Rispetto alle finalità della disposizione, appare dunque contraddittorio applicare il requisito della non volontaria causazione. Come dimostrato, quest'ultimo è parzialmente incongruente con il dato positivo della norma.¹³⁷

¹³⁷ Cfr. SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010

3.2 La gravità del nocumento.

A mente dell'art. 384 c.p., il nocumento minacciato dev'essere grave e riguardante la libertà o l'onore.

a) Si è dibattuto sul concetto di libertà.

Secondo parte della dottrina, quest'ultima riguarderebbe non solo la libertà fisica, ma anche quella morale. Verrebbe pertanto in considerazione ogni forma di "*libertà personale conseguente, ad es., ad un processo o ad una condanna sia la restrizione della capacità giuridica conseguente ad una pena accessoria*".¹³⁸

Ebbene, la libertà personale può essere certamente compromessa dalla sanzione penale. Anche per questo, l'art. 384 c.p. è certamente applicabile laddove la condotta miri a prevenire l'inizio dell'azione penale, o a comprometterne il corretto svolgimento.

Discusso è, invece, se l'art. 384 c.p. possa essere applicato a chi deponga il falso per evitare l'applicazione di una sanzione amministrativa o disciplinare.

L'impostazione tradizionale negava detta possibilità. In tema di sanzioni amministrative di cui al d.p.r. 309/90, si sosteneva che il soggetto tossicodipendente non potesse beneficiare dell'art. 384 c.p.¹³⁹

Evitando di soffermarsi sulla gravità del nocumento, si riteneva non sussistente il requisito dell'inevitabilità; difatti, il soggetto avrebbe potuto

¹³⁸ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p.752

¹³⁹ Cfr. PERDONÒ G.L., *Ancora sull'esimente della necessità di "salvamento" (art. 384 comma 1 c.p.): si applica anche all'agente di polizia giudiziaria che non denuncia lo spacciatore per salvare se stesso*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, p. 1939 e ss.; PERDONÒ G.L., *Prime applicazioni, nella giurisprudenza di merito, dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e costituzionale sulla causa di non punibilità dell'art. 384 c. p.*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, p. 2536 e ss.

evitare la privazione della libertà personale, aderendo al programma di recupero di cui all'art. 122 d.P.R. 309/90.

Invero, il presente orientamento giurisprudenziale potrebbe essere letto in un'ottica diversa, opposta a quella tradizione.

La volontà di spostare il cono di luce sull'evitabilità del pericolo comporta una tacita affermazione del possibile carattere lesivo di una sanzione amministrativa.

L'ordinamento giuridico nazionale conosce diverse figure che, ancorché non penali, limitano la libertà del soggetto. E' il caso, ad es., dell'art. 49 L. Fall. Il fallimento è, infatti, una causa ostativa alla concessione del passaporto.

Cionondimeno, anche in altre materie la giurisprudenza tradizionale conservava un atteggiamento di particolare chiusura. Probabilmente, la questione è decisamente incisa dalla visione tradizione di pena, propria dell'ordinamento giuridico nazionale. Propria, soprattutto, del codice Rocco.

Nell'*intentio legis* soggettiva del legislatore del '30, l'unica sanzione in grado di compromettere la libertà personale dell'individuo è quella penale. Di conseguenza, solo la minaccia di un procedimento penale permetterebbe l'applicazione dell'art. 384 c.p.

Tuttavia, appare necessario considerare l'evoluzione della materia *de qua*.

La gemmazione di taluni istituti emergenziali, che spesso hanno conferito poteri amministrativi decisamente idonei a compromettere la libertà personale. Sicché il giudice penale non potrebbe più vantare il monopolio di detto potere.

Pertanto, anche in questi casi dovrebbe essere applicata la disciplina favorevole prevista dall'art. 384 c.p.

In sostanza, dovrebbe ammettersi un sindacato caso per caso, volto a comprendere la forza afflittiva della singola misura che la condotta necessitata vuole evitare.

In questo senso, si muove parte della giurisprudenza più recente, che ha conseguito l'avallo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.¹⁴⁰ Queste ultime hanno escluso che la minaccia di una sanzione amministrativa possa, in sé, giustificare l'applicazione della norma. Tuttavia, si permette un'indagine in concreto.

Invero, parte dalla giurisprudenza tende ad applicare l'istituto in termini notevolmente differenti dal passato.

Per un nuovissimo orizzonte pretorio, l'art. 384 c.p. rilevarebbe anche per le false deposizioni rese per evitare sanzioni disciplinari. In particolare, è stato ritenuto non punibile il soggetto che ha agito per preservare il suo posto di lavoro da un eventuale licenziamento.¹⁴¹

Questa ricostruzione sembrerebbe forzare l'ambito applicativo della norma; aderendo a detta ricostruzione, sarebbero sovrapponibili situazioni notevolmente distinguibili, collocabili su piani valoriali diversi.

La presente evoluzione giurisprudenziale evidenzia un cambio di passo dell'ordinamento giuridico, rispetto all'ambito applicativo dell'art. 384, comma I, del codice del '30. Ciò sembrerebbe in sintonia con i dettati del diritto sovranazionale.

Già nel 1976, con la sent. Engel, la Corte EDU ha precisato che la qualifica penale di una sanzione debba essere valutata in concreto, secondo i c.d. "*Engel criteria*". Come da ultimo precisato nella decisione Grande Stevens: *<<al fine di verificare se un procedimento ha ad oggetto "accuse in materia penale" ai sensi della Convenzione stessa si devono considerare tre diversi fattori. Principalmente la qualificazione data dal sistema giuri-*

¹⁴⁰ Cass. Sez. Uni. del 5 giugno 2007, num. 236371

¹⁴¹ Cass. Pen. Sez I, del 17 ottobre 2011, num. 250878

dico dello Stato convenuto all'illecito contestato.

Tale indicazione tuttavia ha solo un valore formale e relativo poiché la Corte deve supervisionare sulla correttezza di tale qualificazione alla luce degli altri fattori indicativi del carattere "penale" dell'accusa.

Secondariamente infatti, va considerata la natura sostanziale dell'illecito commesso vale a dire se si è di fronte ad una condotta in violazione di una norma che protegge il funzionamento di una determinata formazione sociale o se è invece preposta alla tutela erga omnes di beni giuridici della collettività, anche alla luce del denominatore comune delle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti.

Va infine considerato il grado di severità della pena che rischia la persona interessata poiché in una società di diritto appartengono alla sfera "penale" le privazioni della libertà personale suscettibili di essere imposte quali punizioni, eccezione fatta per quelle la cui natura, durata o modalità di esecuzione non possano causare un apprezzabile danno>>.

Così descritti, gli *Engel criteria* non sono cumulativi ma alternativi e valutati in concreto. Di conseguenza, anche una misura non applicabile da un giudice penale potrebbe rivelarsi particolarmente afflittiva, giustificando pertanto l'applicazione dell'art. 384 c.p.

Parte della dottrina si è interrogata se il pericolo all'incolumità fisica rientri nel concetto di libertà. Secondo taluni, dovrebbe certamente ammettersi l'applicazione dell'art. 384 c.p. per chi agisca per salvaguardare l'incolumità fisica.¹⁴²Tuttavia, secondo l'impostazione qualora il grave nocumento riguardi l'incolumità, si travalicherebbe l'ambito applicativo dell'art. 384 c.p., sussistendo i requisiti applicati dello stato di necessità, di cui all'art. 54 c.p.

¹⁴²FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed. ristampa aggiornata, Bologna 2008

b) Dibattuto è, inoltre, l'ambito applicativo del concetto di onore.

La dottrina penalistica suddivide l'onore in senso soggettivo ed oggettivo.¹⁴³ Con il primo, si allude al sentimento che si ha della propria dignità morale. In senso oggettivo, si ha riguardo alla reputazione, ovvero alla stima ed alla considerazione che la società ha di un individuo.¹⁴⁴

La giurisprudenza, invece, sembra aderire ad una concezione costituzionale di onore, da intendersi quale "*criterio di media convenzionale in rapporto alla personalità dell'offeso*".¹⁴⁵

Nell'ambito dell'art. 384 c.p., l'onore è declinato in modo particolare. Il coefficiente in esame è normalmente studiato rispetto alle fattispecie d'ingiuria, in cui il reo attenta in modo ingiustificato all'altrui dignità morale con un'offesa *contra jus*. Al contrario, nell'art. 384 c.p. trova applicazione in senso opposto. La presente norma riguarda un'offesa giustificata all'onore, arrecata in modo conforme al diritto (com'è, ad es., quella conseguente ad una legittima deposizione).

Anche per questo, parte della dottrina fornisce una diversa interpretazione del termine onore nell'ambito dell'articolo in esame: "ai fini dell'applicazione dell'art. 384 comma I, occorre che l'onore sia connesso alla realtà dei fatti, essendo necessaria la piena corrispondenza tra la stima goduta dall'individuo ed i suoi meriti effettivi".¹⁴⁶ Quella da ultimo riportata è una nozione sostanziale di onore, inteso come conformità delle azioni del reo ai parametri di riferimento dell'ordinamento giuridico.¹⁴⁷

¹⁴³ *Ex pluribus*: SIRACUSANO P., *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto discipline penali*, VII, Torino, 1993, p.32

¹⁴⁴ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale-Parte speciale*, cit., p. 91

¹⁴⁵ Cass. Pen. sez. V, 22 marzo 2013, num. 25563

¹⁴⁶ SUCHAN P., *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cassazione Penale*, 1976, p. 638

¹⁴⁷ Sul punto, ZOTTA D., *Casi di non punibilità*, in COPPI F. (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 541 e ss.

La presente impostazione mira a ricondurre l'art. 384 c.p. entro il sistema valoriale della Costituzione; s'intende evitare che soggetti la cui onorabilità è solo apparente possano beneficiare della condizione (è il caso, ad esempio, dei c.d. colletti bianchi, che comunemente godono di buona reputazione).

L'articolo in questione non punterebbe a salvaguardare l'onore in senso soggettivo, né in senso oggettivo. Si tutela la reputazione così come dovrebbe essere.

Anche per questo, alcuni autori ritengono non applicabile la norma ai casi di tossicodipendenza e di prostituzione. Non dovrebbe beneficiare dell'art. 384 c.p. il cliente abituale di prostitute, che depone il falso per evitare che possa diffondersi tale informazione.

Invero, quest'ultimo commetterebbe il fatto per evitare la scure sociale, per evitare un eventuale giudizio negativo dei consociati, basato sulle relative convinzioni morali ed etiche.

Tuttavia, di dette questioni non potrebbe occuparsi l'ordinamento. La lesione del bene della corretta amministrazione della giustizia può essere impunita solo se volta ad evitare un effettivo nocumento, un pregiudizio conseguente ad una sanzione (anche amministrativa), cui corrisponde un giudizio reputazionale negativo rispetto ai valori dell'ordinamento giuridico.¹⁴⁸

¹⁴⁸SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, cit., p. 178

3.3 Art. 384, comma I, c.p. ed aggravante della connessione teleologica.

La dottrina si è soffermata sui rapporti tra la disposizione in esame e l'aggravante del nesso teleologico, giacché è stata evidenziata una certa sovrapposibilità.

Come precisato, l'art. 384 c.p. evita la punibilità del falso deponente, laddove la condotta di questi sia volta a prevenire un grave nocumento. Tale falsità, nei fatti, può essere facilmente compiuta per occultare un diverso illecito. E' il caso della falsa testimonianza, perpetrata per occultare un precedente reato commesso da un prossimo congiunto.

Di parlare evidenza è che la norma abbia un ambito disciplinare interferente a quello della circostanza di cui all'art. 61, comma I, numero 2), c.p.: "aver commesso il reato per eseguirne o occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o altri o il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di un altro reato".Così descritta, l'aggravante del nesso teleologico presenta diversi punti di contatto con l'art. 384 c.p.

In primo luogo, tale interferenza si ravvisa nei reati perpetrati per preservare integralmente l'onore del deponente o di un terzo: la commissione del reato per assicurare la propria impunità (salvare sé da un grave nocumento) e la falsità commessa per assicurare l'altrui impunità (salvare un prossimo congiunto).

Inoltre, è immaginabile un ulteriore punto di sovrapposibilità nel primo inciso dell'aggravante della connessione teleologica. Il reo potrebbe commettere, ad es., il reato di autocalunnia per di imputarsi la colpa di un fatto meno grave (ad es. un illecito contravvenzionale), al fine di occultare un diverso illecito più gravemente sanzionato. In tal caso, l'autocalunniatore salverebbe sé da un maggiore nocumento alla libertà.

La presente sovrapposibilità sprona l'interprete ad interrogarsi sulla coerenza dell'ordinamento giuridico.

L'art. 61 c.p. esprime un maggiore disvalore del fatto connesso, che giustifica l'applicazione di una pena più severa. Da un punto di vista criminologico, l'ordinamento punta ad evitare dette pratiche, che aggravano l'offesa prodotta con il primo reato.

In senso diametralmente opposto l'art. 384 c.p. Quest'ultimo agisce in *favor rei*, ritenendo non necessaria l'irrogazione della pena per la fattispecie commessa.

La dottrina tradizionale supera detta contraddizione, sulla scorta di una considerazione generale: solo l'aggravante in esame manifesterebbe "un'accentuata mancanza di scrupoli, di un sovrano disprezzo per l'altrui sfera d'interessi".¹⁴⁹ Diversamente, nell'esimente la falsità è commessa per difendersi, per tutelare un bene giuridico da un'aggressione (ancorché legittima e doverosa). Ciò, però, sembra essere smentito dallo stesso impianto legislativo.

Già nell'astratta previsione dell'aggravante sono presenti ipotesi dissimili, in cui non sembra apprezzarsi un maggiore disvalore della condotta. L'impostazione tradizionale vale certamente qualora il reo si adoperi per assicurarsi il profitto o il prodotto del reato, in spregio all'idea di commettere un ulteriore illecito.

Al contrario, diverso è l'ipotesi in cui quest'ultimo agisca per assicurare l'impunità a sé o altri. In tal caso, non sarebbe sempre possibile scorgere un'effettiva ed accentuata mancanza di scrupoli nel reo. Sul punto, possono essere effettuate delle considerazioni generali.

Nell'ordinamento penale, non sempre la connessione tra più reati comporta un giudizio di maggiore disvalore. Secondo taluni, certi collega-

¹⁴⁹PEDRAZZI C., *L'aggravante della connessione alla luce dell'oggettività giuridica*, in *Rivista italiana diritto penale*, 1956, p. 318

menti tra vicende delittuose hanno una valenza in *favor rei*. E' così, certamente, per il reato continuato, per cui si ritiene che l'uniformità del disegno criminoso denoti minore pericolosità del reo, con la conseguente deroga alla disciplina del concorso materiale.

Così è, inoltre, anche nella clausola di riserva del favoreggiamento personale e della ricettazione; in queste due fattispecie, la partecipazione alla commissione del reato presupposto comporta una deviazione dallo schema del concorso materiale¹⁵⁰.

L'indagine sui rapporti tra il nesso teleologico e l'art. 384 c.p. dovrebbe essere condotta su presupposti di neutralità, abbandonando il dogma del maggiore disvalore dalla connessione tra delitti.

Per un'opzione interpretativa, il caso in esame darebbe origine ad un conflitto normativo, valutabile ai sensi dell'art. 15 c.p.

Le due norme, previste entrambe dalla formulazione originaria del codice Rocco, devono essere interpretate in modo da salvaguardarne la dignità giuridica.¹⁵¹ La presente dicotomia sarebbe solo apparente, pertanto risolvibile ai sensi del criterio di specialità.¹⁵²

La disciplina dei casi di non punibilità dovrebbe essere speciale rispetto a quella del nesso teleologico. L'art. 384 c.p. presenterebbe tre elementi di specialità. In via preliminare, può applicarsi solo per un ristretto catalogo dei delitti. Inoltre, non prenderebbe in considerazione tutti i casi previsti dal nesso teleologico (nello specifico, non sarebbe applicabile ai casi in cui il reo agisce per assicurarsi il profitto etc.). Infine, la variante altruistica non sarebbe applicabile a chiunque, ma solo ad una cerchia ristretta di persone: i prossimi congiunti.

¹⁵⁰ZANOTTI M., "Nemo tenetur se detegere": profili sostanziali, cit., p.190

¹⁵¹ Sul punto, cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, p. 357

¹⁵² FLICK G.M., *L'esimente speciale dell'art. 384 comma I c.p. e l'aggravante generale dell'art. 62 numero 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1964, p. 223

Il ricorso al criterio di specialità permetterebbe di coordinare le due disposizioni, agevolando l'applicazione della norma più favorevole. Tuttavia, ciò non spiegherebbe la dicotomica tendenza del legislatore, che in un caso aggrava la pena, nell'altro la rende inapplicabile. Tra i tanti, questo è uno degli interdetti superabili solo ricostruendo la natura giuridica dell'art. 384 c.p.

4. Ambito di applicazione soggettivo: il soccorso di necessità.

4.1 La famiglia.

Come precisato, l'art. 384 c.p. può essere bipartito in variante egoistica (salvare sé) ed altruistica. Nel secondo caso, l'agente si adopera per la necessità di salvare un prossimo congiunto dal grave nocumento.

Per tale motivo, diversamente dall'art. 54 c.p., la norma in esame restringe l'ambito applicativo del soccorso di necessità alla cerchia dei prossimi congiunti, che però non definisce espressamente.

In particolare, la valenza di "prossimo congiunto" è ricavabile dall'art. 307 c.p., in tema di assistenza ai partecipi di bande armate. Secondo quest'ultima: "agli effetti della legge penale, s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti, nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole".

La variante altruistica dell'art. 384 c.p. prende le mosse dall'importanza della famiglia.

E' noto che nel suo impianto originale, il codice Rocco considera la famiglia sotto diverse prospettive¹⁵³.

In via preliminare, come organismo autonomo, da proteggere rispetto a comportamenti di rottura del vincolo coniugale (bigamia). Inoltre, quale formazione eticamente rilevante (incesto). La famiglia è considerata, altresì, quale struttura economico-giuridica (tutela stato civile). Infine, la formazione familiare rappresenta un insieme di obblighi di assistenza, doveri reciproci, che trovano tutela penale (maltrattamenti in famiglia, violazione obblighi assistenziali).

¹⁵³Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., Diritto Penale-Parte speciale, cit., p. 315

Nella prospettiva del '30, dunque, pilastro necessario dell'assetto familiare è il matrimonio, così come disciplinato dalla normativa civilistica. Anche per questo, sono incriminati comportamenti che aggrediscono la lealtà coniugale.

Allo stesso modo, il matrimonio è tutelato nella sua fase dinamica, come assistenza morale e materiale tra i coniugi.

La famiglia è un soggetto monopolista all'interno del codice penale. E' il luogo in cui sbiadiscono gli interessi individuali dei familiari, che vengono riconvertiti in entità collettive, da garantire in modo unitario.

Come chiarito nei lavori preparatori, la famiglia è *prima facie* autorità, che deve garantire ordine collettivo e prosperità demografica.¹⁵⁴

Nel presente dibattito, particolarmente incisivo è l'avvento della Costituzione, che ha introdotto note di novità ed alcune conferme.

Tra le seconde, anche il Costituente ha dedicato al coniugo un rilevantissimo spazio disciplinare.

Nella relazione tra Stato e famiglia, ruolo centrale è svolto dal vincolo matrimoniale, che gode di espressa tutela all'art. 29 Cost.¹⁵⁵

I diversi diritti in seno alla società naturale sono riconosciuti solo se quest'ultima riceve positivo riconoscimento, attuabile mediante la valida celebrazione del matrimonio. Quanto detto limita la tutela delle altre formazioni sociali, poiché restano prive della protezione costituzionale forme alternative di società civile, costituenti comunque comparti para-familiari.

Anche per questo, la giurisprudenza e la dottrina si sono impegnate in una ricostruzione più evoluta del concetto di famiglia, idonea a comprendere dette realtà sviluppatesi all'esterno del vincolo di coniugo. Tale risultato è perseguito attraverso una duplice modalità d'intervento.

¹⁵⁴ Relazione ministeriale al progetto definitivo di codice penale, in Lavori preparatori al codice penale, II, Roma, 1930, p. 334

¹⁵⁵ TRABUCCHI A., *Natura, legge, famiglia*, in *Rivista diritto civile*, 1977, I, p. 1 ss

In via preliminare, ci si è soffermati sull'evoluzione del significato di famiglia. In questo senso, la giurisprudenza ha adottato una logica di estensione del diritto. Pur riconoscendo l'importanza del vincolo coniugale, sono estesi pari diritti a formazioni para-familiari, come la di famiglia di fatto (etero o omo affettiva).

Grazie all'opera degli interpreti, si è colmato un vuoto di tutela, imponendo una soluzione di continuità con il monopolio matrimoniale dell'istituzione familiare.

Discorso diverso vale, invece, rispetto al modo di tutelare l'organizzazione familiare con lo strumento penalistico.

Già la Costituzione ha sconvolto l'assetto dello statuto penale della famiglia, riconsiderandolo secondo criteri personalistici; più che all'istituzione, al centro della legislazione familiare è collocato l'individuo. Non è più tutelata la sacralità dell'unione, ma la personalità della persona al centro di detta società.

Di conseguenza, è stata sancita l'incostituzionalità dei delitti di adulterio e di concubinato. Inoltre, si riconosce particolare importanza alla crescita dei minori (significativa è l'adesione dell'ordinamento alla Convenzione di Lanzarote, ratificata dalla l. 172/2012). Infine, è ampliato il decalogo delle garanzie delle nuove famiglie.

Invero, al presente risultato non si è sempre pervenuto in via positiva, ma spesso ermeneutica e ricostruttiva. Anche per questo, il dato normativo dello statuto penale della famiglia presenta ancora margini di continuità con la logica originaria del codice Rocco.

Nonostante l'ordinamento abbia spostato la sua attenzione sull'individuo, l'attuale assetto legislativo non può dirsi propriamente "intimista". La famiglia è ancora preservata non solo come collettività, ma anche come istituzione.

Diversamente dal codice Zanardelli, nel codice del '30 la famiglia è

preservata all'interno ed all'esterno: non solo nel rapporto tra i coniugi, ma anche come entità, avente piena dignità giuridica.

E' il caso, tra gli altri, delle disposizioni in *bonam partem* di cui agli artt. 384 e 649 c.p.

La giurisprudenza aveva già sperimentato negli anni '60 l'estendibilità delle garanzie interne del coniugo alle formazioni paramatrimoniali. Tuttavia, più complesso è estendere le tutele esterne.¹⁵⁶

L'ordinamento è storicamente contrario a considerare queste ultime come nuclei sociali, idonei pertanto a godere delle tutele penalistiche esterne, che si basano sul carattere istituzionale della famiglia. Anche da un punto di vista extra-giuridico, è questa la ragione per cui si è sempre dibattuto circa l'estensibilità dell'art. 384 c.p. al di là dei rapporti familiari nascenti dal matrimonio. E' il tema, ad esempio, della possibilità non punire il deponente che commette il falso per tutelare un proprio convivente.

In particolare, non si tratta unicamente di concedere un diritto, ma di istituzionalizzare l'unione para-familiare. In quest'ottica, l'unione non matrimoniale assumerebbe una rilevanza esterna; di guisa che il coniugo sarebbe utilizzando come mero criterio di paragone, non già come unico oggetto di tutela dello statuto penale della famiglia.

Detta evoluzione disciplinare non può essere svolta solo in via ermeneutica, ma necessita del definitivo avallo del legislatore. Ciò al fine di sottrarre la particolare disciplina in esame da eventuali mutamenti giurisprudenziali, concedendo alle nuove famiglie la piena dignità giuridica che meritano.

In questa direzione si collocano diversi interventi normativi, rispetto all'omologazione del figlio naturale, alla tutela delle nuove forme di pro-

¹⁵⁶ Cfr. BELTRANI S., *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale, in Cassazione penale*, 2008, p. 2860

creazione e, infine, alle nuove forme istituzionali di unioni riconosciute dalla riforma Cirinnà.¹⁵⁷

La presente marcia pretoria è ben riassunta dall'evoluzione giurisprudenziale in tema di casi di non punibilità.

¹⁵⁷ Per quanto attiene al rilievo penalistico di detta evoluzione, v. *infra* Cap. II, 4.2 c)

4.2.1 Art. 384 c.p. e convivente *more uxorio*.

La giurisprudenza civile si è spesso soffermata sulla nozione di convivenza. Già in tempi meno recenti, questa era considerata “una consuetudine di vita comune, che abbia il requisito subiettivo del trattamento reciproco delle persone analogo, per contenuto e forma, a quello normalmente nascente dal vincolo coniugale e che abbia, altresì, il requisito oggettivo della notorietà esterna del rapporto stesso coniugale, inteso non in senso assoluto, ma in relazioni alle condizioni sociali ed al cerchio di relazioni dei conviventi, anche se sempre con un certo carattere di stabilità”.¹⁵⁸

Tratti principali della convivenza sono, dunque, la stabilità, la durata e la reciproca assistenza. Sul punto, la giurisprudenza ha precisato la non imprescindibilità del requisito della coabitazione. Semmai, la coabitazione può essere un indice della stabilità del rapporto, che però può parimenti sussistere nel caso di relazioni stabili, ancorché condotte a distanza.¹⁵⁹ Pertanto, a definire la convivenza è un principio di comunione spirituale di vita, che si tramuta in reciproci obblighi di assistenza.¹⁶⁰

Attesa l'importanza della figura, gli interpreti si sono occupati della sua tutela penalistica e, per quanto più interessa in questa sede, dell'applicabilità dell'art. 384 c.p.

Quest'ultima è stata ammessa dalla giurisprudenza della Cassazione solo in tempi recenti. Si allude al pronunciamento n. 34147 del 2015¹⁶¹, con cui la II Sezione ha ribaltato l'orientamento tradizionale, da sempre maggioritario in giurisprudenza.

¹⁵⁸ Cass. Civ. del 23 aprile 1966, num. 1041; SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, III ed., Torino, 2017, p. 106 e ss.

¹⁵⁹ Ex pluribus: Cass. Civ., sez. III, del 15 luglio 2005, num. 15019

¹⁶⁰GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 61

¹⁶¹ Sentenza del 30 aprile '15, depositata il 4 agosto dello stesso anno

In precedenza, prendendo le mosse dal mancato richiamo dell'art. 307 c.p., si negava la possibilità di estendere l'art. 384 c.p. al convivente. Ciò sia dalla giurisprudenza costituzionale sia da quella di legittimità.¹⁶²

Rispetto a quest'ultima, particolarmente significativa appare la pronuncia numero 35067 del 2006, poiché riassume gli argomenti logici sostenuti dall'impostazione tradizionale.

Secondo detta pronuncia, la mancata applicazione dell'art. 384 c.p. sarebbe coerente con il principio di uguaglianza sostanziale. L'art. 384 c.p. è un diretto corollario dell'art. 29 Costituzione, che tutela espressamente la sola unione naturale del matrimonio, non anche la convivenza. Alle presenti ragioni di ordine generale se ne accosterebbero altre, di matrice squisitamente penalistica.

L'estensione dell'art. 384 c.p. contrasterebbe con il divieto di analogia, di cui all'art. 14 delle preleggi. Come anticipato, i casi di non punibilità in esame formano una norma eccezionale, dunque non applicabile in senso analogico.

Quanto detto sarebbe confermato dal Giudice delle leggi, che ha precisato che un'eventuale soluzione estensiva necessiterebbe di una pronuncia additiva.¹⁶³ Tuttavia, ciò sarebbe in contrasto con il principio di divisione dei poteri e, in particolare, con le potestà discrezionali di monopolio legislativo.¹⁶⁴

Si ribadisce, inoltre, il fondamento costituzionale della disparità di trattamento.

La convivenza *more uxorio*¹⁶⁵ non sarebbe collocabile nell'alveo

¹⁶²Sul punto, cfr. BERGONZINI C., *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani di corte cost. n.140 del 2009)*, in *Studium iuris*, 2010, p 1 ss.

¹⁶³ Tra le varie, Corte cost., 14 giugno 1989, ord. num. 352

¹⁶⁴ Per una possibile soluzione alternativa, v. *infra* Cap. III, 3

¹⁶⁵PESTELLI G., *L'art. 384 c. p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Diritto penale e processo*, Milano, 2010, p. 486; PERDONÒ G. L., *Prime appli-*

dell'art. 29 Cost., ma nell'art. 2 della Carta, che vi appresterebbe una sola tutela indiretta. Per tale motivo, atteso il diverso peso costituzionale dei valori in gioco, non solo è ammissibile, ma è auspicabile una diversità di trattamento tra il coniuge ed il convivente.

Il precedente orientamento, per vero granitico, ha iniziato a prestare il fianco ad alcuni rilievi critici.

La giurisprudenza penale ha cercato di ricavare uno statuto della convivenza di fatto, principiando dall'estensione a quest'ultima di altre garanzie.

Prima della pronuncia del 2015 sull'art. 384 c.p., al convivente sono state comunque riconosciute alcune garanzie, in via interpretativa e positiva, a testimonianza del mutamento dell'ordinamento.

E' il caso, dell'art. 572 c.p. Prima della riforma, quest'ultimo non conteneva alcun riferimento alla convivente; nondimeno, era diffuso un orientamento che sussunse il fatto del convivente nella disposizione.

E' il caso, inoltre, dell'istituto di cui all'art. 649 c.p.¹⁶⁶, comunemente qualificato come causa di non punibilità, basato sul bilanciamento tra l'interesse alla repressione degli illeciti e il valore dell'unità della famiglia. Nello specifico, la II sez. ha dato particolare enfasi all'evoluzione disciplinare dell'art. 649 c.p., che costituirebbe un vero apripista per consentire di estendere l'art. 384 c.p. al convivente.

Con la sentenza num. 32190 del 2009, gli ermellini estendono l'art. 649 c.p. al convivente *more uxorio*, sulla base di un'interpretazione evolu-

cazioni, nella giurisprudenza di merito, dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e costituzionale sulla causa di non punibilità dell'art. 384 c.p., in Giurisprudenza di merito, 2010, Milano, p.2544

¹⁶⁶A tenore della norma, non è punibile chi ha commesso taluni delitti contro il patrimonio, quando perpetrati in danno a specifici soggetti, appartenenti al circuito familiare del reo. Tra questi il coniuge non legalmente separato, l'ascendente o il discendente; inoltre, il secondo comma dell'articolo prevede la punibilità a querela della persona offesa dei suindicati delitti, se commessi a danno del coniuge legalmente separato

tiva di famiglia, rilevante ai sensi dell'art. 29 Cost. Quest'ultima riguarderebbe qualsiasi consorzio di persone, tra cui sussistono strette relazioni ed abitudini di vita. Riguarda, pertanto, anche la convivenza che non sfocia in un vincolo matrimoniale. D'altronde, quanto detto troverebbe conforto nel diritto sovranazionale.

Secondo la II Sezione, la Corte EDU abbraccerebbe una nozione omnicomprensiva di famiglia, collocabile nell'art. 8 CEDU, per cui "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare".

E' noto che le norme CEDU siano fonti di diritto interposte, di valore sub-costituzionale, destinante ad agire nell'ordinamento interno per mezzo dell'art. 117 Cost. Il giudice nazionale è vincolato alla disposizione della CEDU, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Rispetto al caso specifico, rileva un precedente del 1979, "Marckx contro Belgio", che chiarisce che il concetto di famiglia non si basa necessariamente sul vincolo matrimoniale, ma anche su diversi legami di fatto particolarmente stretti, come la convivenza.

La II Sezione della Corte di Cassazione colloca, pertanto, la sua pronuncia al termine di un lungo percorso ermeneutico.

Secondo gli ermellini, l'art. 384 c.p. contrasterebbe con il disposto dell'art. 8 CEDU, nella parte non ne sia prevista l'applicabilità al convivente.

Detta antinomia è risolta con un'interpretazione conforme della norma interna rispetto al dato sovranazionale; quest'ultima può (*rectius*: deve) essere compiuta dal singolo giudice nazionale, laddove non contrasti a sua volta con la Costituzione.

Per la II Sezione, l'evoluzione interna in tema di convivenza dimostrerebbe che un'interpretazione estensiva dell'art. 384 c.p. non contrasterebbe con la Carta Fondamentale. I mutamenti sociali hanno sconvolto l'idea di famiglia, permettendo di comprendervi anche la convivenza.

Del resto, anche gli istituti di matrimonio e di convivenza *more uxorio* non sarebbero più tanto lontani. E' vero che il secondo potrebbe cessare da un momento all'altro, poiché privo del carattere d'indissolubilità; tuttavia, anche il matrimonio starebbe perdendo detta caratteristica, atteso l'istituto del divorzio.

Per tale motivo, non sussisterebbero ragioni ostative a ricomprendere nell'ambito applicativo della norma la figura del convivente.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Rispetto al versante processuale, v. CIAVOLA A., *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in www.penalecontemporaneo.it

4.2.2 Profili problematici della soluzione giurisprudenziale.

La pronuncia del 2015 della II Sezione della Corte di Cassazione, seppur pregevole in punto di giustizia sostanziale, offre il destro ad alcuni risvolti critici.

Di certo, è commendevole lo sforzo compiuto dagli ermellini, perché si colloca in quel filone pretorio volto a sviluppare uno statuto penale della famiglia più vicino alla moderna società civile. Nondimeno, ciò non è sempre corroborato da rigore dogmatico.¹⁶⁸

Gli ermellini sviluppano l'intero percorso logico sul concetto d'interpretazione estensiva, salvo poi propendere per un'interpretazione conforme.

La prima è un'operazione linguistica, che attiene al carattere semantico della disposizione.¹⁶⁹

Detta operazione dovrebbe essere condotta non con riguardo all'art. 384 c.p., ma all'art. 307 c.p., che definisce il significato di prossimo congiunto.

Tuttavia, ciò comporta dei seri profili problematici.

L'art. 307 c.p. contiene un'interpretazione autentica di prossimo congiunto. Ebbene, quella autentica non è una forma interpretativa, bensì normativa, dettata dal legislatore. Di conseguenza ogni interpretazione contraria al dettato dell'art. 307 c.p. sarebbe illegittimamente data, poiché *contra legem*.

Come precisato, la norma contiene una precisa elencazione dei soggetti che compongono il novero dei prossimi congiunti, tra cui non è men-

¹⁶⁸Sia consentito il richiamo a MEZZA E., *La Corte di Cassazione estende l'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente "more uxorio". E la riforma sulle unioni civili?*, in *La Rivista Nel Diritto*, Roma, 2010, VI fasc., p. 891 e ss.

¹⁶⁹Cfr. FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino 2008, p. 345 ss

zionato il convivente. Sicché un possibile spazio dell'interpretazione estensiva non dev'essere rintracciato nel termine prossimo congiunto, bensì tra quelli elencati dalla norma. Il più simile al concetto di convivente è "coniuge"; questa strada non sembrerebbe, però, essere praticabile, giacché il significato di convivente è proprio opposto a quello di coniuge: la convivenza è quel rapporto affettivo relazionale tra due persone non legate dal vincolo matrimoniale.¹⁷⁰

Inoltre, la soluzione data si presta ad applicazioni contrastanti, anche in *malam partem*. Diversamente da quella analogica, l'interpretazione estensiva non vale solo in *favor rei*; per tale motivo, l'interprete dovrebbe considerare il concetto di convivente pienamente inglobato in quello di coniuge, anche rispetto alle fattispecie incriminatrici.¹⁷¹

E' stato chiarito che la seconda Sezione pare risolvere il problema dogmatico rifacendosi all'interpretazione convenzionalmente conforme e non a quella estensiva. Cionondimeno, anche quest'ultima presenta dei profili di criticità.

La soluzione proposta dalla pronuncia "Marckx contro Belgio" non sembrerebbe univocamente accolta nel panorama della giurisprudenza CEDU. Si allude al più recente caso "Van der Heijden contro Olanda" del

¹⁷⁰ Invero, sono presenti casi in cui è proprio il legislatore (anche penale) che differenzia i coniugi dai conviventi. Ad esempio, all'art. 612 bis c.p. ed all'art. 24, lettera f), d.lgs. 196/2003. Quest'ultimo riguarda il codice in materia di protezione dei dati personali, casi in cui può essere effettuato il trattamento senza consenso: "Se la medesima finalità riguarda l'interessato e quest'ultimo non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato".

¹⁷¹ E' il caso, ad esempio, dell'art. 323 c.p., rispetto all'interesse del coniuge.

2012¹⁷², in cui la Corte ha valutato il grado d'ingerenza dell'ordinamento giuridico nell'assetto della famiglia.

Secondo i giudici di Strasburgo, lo Stato ha un margine di discrezionalità per definire i confini dell'obbligatorietà della testimonianza, rispetto ai vincoli familiari. In particolare, detta discrezionalità si estende anche alla disciplina delle persone sottratte all'obbligo di dire il vero. Non è, dunque, irragionevole il sistema che sottragga a tale obbligo il coniuge, ma non il convivente (come accade in Olanda).

Inoltre, il ricorso all'interpretazione estensiva può ledere esigenze di determinatezza e tassatività.

Come evidenziato in precedenza, le condizioni che rendono non punibili condotte tipiche incidono sulla certezza della pena, determinando il confine tra il sanzionabile ed il non sanzionabile. Per tale motivo, le esigenze di prevenzione generale e speciale impongono che dette norme siano formulate in modo chiaro e preciso.

Come per l'art. 384 c.p., particolari situazioni rendono doveroso derogare il diritto penale, evitando di sanzionare atteggiamenti che, per un caso o per l'altro, non sono meritevoli della sanzione. Ciò che compete al legislatore è, pertanto, individuare una linea di confine, che indichi cosa sia soggetto a pena e cosa no. In sostanza, sussistono legittime esigenze di derogare al diritto penale, individuando spazi d'impunità; tuttavia è difficile comprendere quando "fermarsi".

Quando è stata emessa la sentenza, mancava una definizione positiva di convivenza, per cui si oscillava tra un criterio cronologico ed uno fattuale.

¹⁷²Cfr. PRUDENZANO L., *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p. ai conviventi more uxorio*, in www.penalecontemporaneo.it

Dette incertezze ermeneutiche non appaiono ammissibili in diritto penale. In assenza di un intervento del legislatore, non si comprende fin dove estendere la norma. Ad esempio, taluni potrebbero ritenere che sia doverosa un'estensione a formazioni sociali del tutto distinte dalla precedente forma di convivenza analizzata, quali: la convivenza amicale, le unioni poligame etc.

4.2.3 L'estensione al convivente al vaglio della riforma Cirinnà.

Con la legge 76 del 2016 è stata istituita la “regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina della convivenza”.

Il testo di legge si prefigura un duplice obiettivo. Da un lato, definire l'istituto delle unioni civili omosessuali, come “specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”. Dall'altro lato, il disegno di legge contiene un'espressa definizione normativa del rapporto di convivenza.

Per quanto attiene a quest'ultimo punto, il legislatore fornisce una definizione dell'istituto: a mente dell'art. 1 comma 36, “si intendono per <<conviventi di fatto>> due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio e da unione civile”.

Dall'analisi del dato positivo si rileva che la convivenza (omo o etero affettiva), riguarda necessariamente due persone maggiorenni (non sposate, né unite civilmente, né parenti o affini). Necessario è, altresì, che tra i due soggetti intercorrano stabili legami affettivi e di reciproca assistenza.

La legge 76/2016 non contiene un'espressa disciplina penalistica, ma vi sono parimenti effetti penali riflessi e differiti.

Rispetto ai secondi, si ha riguardo alla possibilità del Governo di emanare decreti penali attuativi. Tuttavia detta possibilità riguarderebbe il solo caso delle unioni civili non anche della convivenza.¹⁷³

Per quanto attiene agli effetti penali riflessi, questi riguardano in primo luogo la definizione di convivenza. Inoltre, è necessario considerare l'articolo 1, comma 38, della legge in esame, per cui: “i conviventi di fatto

¹⁷³ Cfr. GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, in www.penalecontemporaneo.it

hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario". Nulla si dispone, invece, sul piano dell'ordinamento penale generale, sicché è necessario comprendere la *ratio* dell'intervento legislativo.

In primo luogo, potrebbe ritenersi che l'espressa menzione del solo ordinamento penitenziario sia un'eccezione alla regola. Nel corpo normativo, il legislatore disciplina la convivenza in un'ottica squisitamente civilistica. Al di là di quest'ultima, la convivenza gode di sola copertura eccezionale, laddove espressamente previsto.¹⁷⁴

Sul punto, potrebbe farsi applicazione del principio dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Il legislatore ha nettamente distinto le convivenze delle unioni istituzionali, assegnando alle prime rilevanza quasi esclusivamente nel diritto privato.

Di conseguenza, non sono giustificate estensioni di diritti al convivente, ove non previsto dal legislatore. Non sarebbe possibile, pertanto, applicare la causa di cui all'art. 384 c.p. ai presenti soggetti.

A voler ritenere il contrario, sulla base della predetta evoluzione pretoria in tema di famiglia, la riforma potrebbe nondimeno incidere sul dibattito giurisprudenziale. Se la giurisprudenza intendesse estendere in via interpretativa (e non legale) l'art. 384 c.p. ai conviventi, potrebbe farlo solo entro i confini della definizione contenuta al comma 36. In particolare, possono definirsi conviventi solo due persone maggiorenni (non sposate, né unite civilmente, né parenti o affini), tra cui intercorrano stabili legami affettivi e di reciproca assistenza.

Sarebbero, pertanto, esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 384 c.p. quelle unioni collocabili all'esterno di tale definizione. Tra queste, le con-

¹⁷⁴ Rispetto all'ordinamento penitenziario, valga considerare che al convivente era già riconosciuti notevoli diritti, non solo dalla giurisprudenza, ma anche dal dettato positivo. Cfr. GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, cit.

vivenze tra minorenni, quelle non stabili, quelle laddove non sussiste assistenza reciproca ma solo unilaterali e le unioni plurisoggettive.

4.3 Applicabilità dell'art. 384 c.p. alle unioni civili.

Come precisato, la riforma del 2016 istituisce l'istituto delle unioni civili omosessuali, quali specifiche formazioni sociali "ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione".

Nell'iter dei lavori parlamentari, era inizialmente prevista una specifica disciplina penalista. Attraverso quest'ultima, il legislatore interveniva nell'ambito del codice del '30, adeguando quest'ultimo alla novella.

Al contrario, la legge 76/2016 non prevede un esplicito contenuto penalistico, bensì una clausola generale e una delega al Governo, soddisfatta nel gennaio del 2017.

Sotto il primo punto di vista, al comma 20 dell'art. 1, si assimila (a date condizioni) il coniuge alla parte dell'unione civile. In particolare, a mente della disposizione "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra le persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole <<coniuge>>, <<coniugi>> o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso".¹⁷⁵

Prima dell'attuazione della delega, ci si chiedeva se il comma 20 permettesse di rendere applicabile l'art. 384 c.p. all'altra parte dell'unione civile.

Chi per primo si è espresso sulla riforma, ha ritenuto tale effetto non perseguibile, giacché la causa di non punibilità in esame non sarebbe fun-

¹⁷⁵ Valga considerare che detto meccanismo estensivo è escluso per le norme del codice civile non espressamente richiamate, nonché nel caso della disciplina di cui alla L 184/83.

zionale ad assicurare la tutela dei diritti e degli obblighi derivanti dall'unione.¹⁷⁶

In senso contrario, si potrebbe enfatizzare uno degli obblighi nascenti dall'unione civile: la reciproca assistenza morale e materiale (art. 1 comma 11). Tra le parti dell'unione civile sussisterebbe comunque un obbligo morale alla salvaguardia del partner, anche nel caso di un possibile nocumento alla libertà o all'onore. Per tale motivo, l'art. 384 c.p. potrebbe essere sussunto nel comma 20 della l. 76/2016.

Tuttavia, la ricostruzione in esame è stata da taluni ritenuta in contrasto con i corollari del principio di legalità. La disciplina del comma 20 sarebbe troppo generica ed inidonea a permettere di essere applicata a clausole speciali, come l'art. 384 c.p.

Anche al fine di dirimere il contrasto, il legislatore delegato è intervenuto, attuando una delle deleghe contenute dalla legge del 2016, che all'art 1, comma 28, lettera c9, prevedeva: il “ Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso”, riguardante “modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti”.

In particolare, si allude al d.lgs. del 19 gennaio 2017, num. 6. In detto corpo normativo si prevede espressamente la modifica dell'articolo 307, quarto comma, c.p., cui dopo le parole: «il coniuge» sono inserite le seguenti: «la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso».

¹⁷⁶ Cfr. GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, cit. Tuttavia, l'Autore chiarisce che “in una prospettiva penalistica (affatto diversa da quella dell'art. 1, co. 20 del d.d.l.)”, potrebbe giungersi a conclusioni diverse.

In questo modo il legislatore ha definitivamente coordinato l'art. 384 c.p., nonché ogni altra disposizione che si rifà all'art. 307 c.p., alla nuova figura delle unioni civili.

Valga, tuttavia, interrogarsi sulla tenuta generale del decreto attuativo.

Rispetto all'art. 384 c.p., questo pare, oltre che opportuno, decisamente legittimo, poiché avrebbe altrimenti creato un vuoto di tutela. In questo senso, la definizione positiva sottrae l'istituto all'inevitabile deficit di certezza connaturale ad ogni meccanismo interpretativo-giurisprudenziale.

Cionondimeno, v'è da chiedersi se il decreto possa essere considerato valido rispetto alla sua portata incriminatrice.

Inglobando *tout court* la parte dell'unione civile nella categoria del prossimo congiunto, si realizzano anche degli effetti in *malam partem*, come visto in precedenza.

Ebbene, non è certo che tale effetto possa essere realizzato per mezzo di un decreto legge, con cui il legislatore delegato era autorizzato al generico coordinamento dell'ordinamento.

È noto che ogni integrazione del precetto penale richieda il rispetto del principio di legalità. In via di principio, il decreto legislativo può essere fonte d'incriminazione, ma solo laddove la legge delega sia particolarmente determinata.¹⁷⁷ Ciò, al contrario, non sembrerebbe vero nel caso di specie.

¹⁷⁷FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna 2009, p. 50

CAPITOLO III

Le incertezze interpretative: inquadramento dogmatico dell'istituto e riflessi applicativi.

1) Inquadramento generale dell'istituto: lo scotto da pagare per le incertezze dogmatiche. 2) La *vexata quaestio* della collocazione dogmatica dell'istituto. 2.1) Come espressione del brocardo *necessitas non habet legem*. 2.2) Come espressione del principio di inesigibilità. 2.3) Come espressione del *nemo tenetur se detegere* e della forza dei sentimenti familiari. 3) Tra diritto e giustizia.

1. Inquadramento generale dell'istituto: lo scotto da pagare per le incertezze dogmatiche

Dall'analisi della disciplina dell'art. 384 c.p. residua un profondo interdetto: il suo concreto ambito applicativo, giacché l'istituto si presta a diverse e variegate opzioni interpretative.

Attraverso la comparazione tra la norma *de qua* e la c.d. connessione tra delitti, sono state evidenziate le prime incertezze. Queste ultime riguardano, *prima facie*, la gravità del nocumento e la volontarietà del pericolo, oltre la definizione dei confini della norma rispetto ad altri istituti.

Problematica è, altresì, la definizione dei soggetti cui la norma è applicabile. Nonostante l'annoso lavoro della giurisprudenza, non è ancora chiaro se il convivente possa effettivamente godere di tale condizione e, nel caso, a che titolo.

Quanto evidenziato è diretta conseguenza di un'ambiguità di fondo, che prende le mosse dalla relazione preliminare del Guardasigilli ed è traspunta nei tempi attuali in eguale misura. Si allude alla difficoltà di individuare il fondamento logico e la natura giuridica dell'istituto.

Normalmente, ogni tipologia di analisi disciplinare segue l'inquadramento generale dell'istituto. Rispetto all'art. 384 c.p., ciò non è sempre possibile.

In primo luogo perché si registrano ancora numerose diversità d'interpretazione; inoltre, poiché non sempre le conclusioni cui perviene la dottrina sono coerenti da un punto di vista sistematico.

Anche la giurisprudenza spesso omette di focalizzarsi sulla natura dell'istituto in esame, valutandolo non in termini generali, ma esclusivamente speciali. In questi termini si colloca, ad esempio, la pronuncia del 2015, che oblitera integralmente di definire la norma in questione.

Tuttavia, prendere le mosse dal fondamento giuridico dell'art. 384 c.p. sembra l'unico modo per evitare disparità di trattamento, assicurando un impianto disciplinare chiaro, da declinare nel caso di specie. E' necessario comprendere se la norma descriva una contrapposizione d'interessi contrastanti, similmente all'art. 54 c.p., attenga ad un'analisi individualizzante o, infine, riguardi la meritevolezza della pena.

Definendo la natura dell'istituto si potrà dunque individuare la sua struttura disciplinare, risolvendo definitivamente i diversi contrasti interpretativi.

Secondo una dottrina, quella prevista dall'art. 384 c.p. è una "chimera giuridica, un mostro irriducibile ad una medesima natura, dal fondamento politico-criminale complessivamente piuttosto dubbio".¹⁷⁸ Probabilmente, è per tale motivo che si sono susseguite, almeno tre diverse ricostruzioni.

Per una prima impostazione¹⁷⁹, la norma è un'ipotesi speciale di stato di necessità, avente pertanto natura di causa di giustificazione. L'art. 384 c.p. esprime la logica del conflitto d'interessi, come dimostrato dal requisito implicito della proporzione: la "gravità" del nocumento implica necessariamente un confronto tra questo ed il fatto.

Secondo una diversa ricostruzione, la disposizione è qualificabile come scusante.¹⁸⁰ L'art. 384 c.p. prevede la commissione di un fatto ingiusto, ma commesso in assenza di esigibilità della condotta. L'ordinamento non potrebbe richiedere al soggetto un comportamento contrario, poiché questi agisce per preservare interessi soggettivamente prevalenti.

¹⁷⁸SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010

¹⁷⁹ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Milano 2003, p. 568 ss.

¹⁸⁰PISAPIA G., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1951, p. 45.

Infine, per una terza ricostruzione la norma è qualificabile come causa di non punibilità in senso stretto¹⁸¹, che ottempera a precise ragioni di politica criminale. L'ordinamento tiene conto della forza incoercibile dei sentimenti familiari, che non *giustifica* la punizione per i delitti cui la norma rimanda.

¹⁸¹Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed. ristampa aggiornata, Bologna 2008, p. 414.

2. La vexata quaestio della collocazione dogmatica dell'istituto.

2.1 Come espressione del brocardo *necessitas non habet legem*.¹⁸²

Come precisato, una prima ricostruzione sussume l'articolo in esame nello stato di necessità, anche sulla base dell'inespresso requisito della proporzione tra fatto e nocumento evitato.¹⁸³

L'art. 384 c.p. prevede il bilanciamento di due diversi interessi. Da un lato, la prevenzione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia; dall'altro lato, l'onore del soggetto deponente e l'intangibilità dell'istituzione familiare.

Con il principio *necessitas non habet legem*, il legislatore penale si è spinto al di là della legittima difesa, ammettendo il sacrificio di un bene giuridico a prescindere dall'ingiustizia della condotta alla quale s'intende reagire. L'azione necessitata è legittima, a prescindere dalla fonte del pericolo, potendo quest'ultimo derivare anche da un fattore del tutto estraneo alla sfera giuridica verso cui è indirizzata la condotta tipica.

Nell'art. 384 c.p. il nocumento dipenderebbe dalla legittima irrogazione della pena, volta a sanzionare un precedente atteggiamento delittuoso del soggetto o di un suo prossimo congiunto. Di conseguenza, al pari dell'art. 54 c.p., anche la norma in esame potrebbe essere qualificata come "scriminante amorale", atteso il carattere meramente utilitaristico della condotta.¹⁸⁴

L'argomento sarebbe supportato dalla ricostruzione dell'*intentio legis* del legislatore del '30. E' stato chiarito che quest'ultimo si esprime ra-

¹⁸² Cfr. SANTAMARIA D., *I termini dello stato di necessità nell'art. 384 c.p.*, in *Foro Penale*, 1963, p80; MEZZETTI E., "Necessitas non habet legem?" *Sui confini tra impossibile ed inesigibile, nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, p. 101; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano 2008

¹⁸³ FALCINELLI D., *Il dilemma del diritto penale dinanzi al falso testimone*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2013, p. 821

¹⁸⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova 2013, p. 266

ramente sulla collocazione dogmatica degli istituti previsti; ebbene, quello di cui all'art. 384 c.p. appartiene al novero di queste ipotesi eccezionali.

Nella relazione di accompagnamento al codice, in un inciso, il Guardasigilli qualifica la norma in esame come *species* dell'art. 54 c.p.¹⁸⁵ Di conseguenza, troverebbe applicazione il regime dell'art. 59 c.p. Quanto detto vale, altresì, per il soccorso di necessità.

Nell'idea originaria del codice Rocco, la famiglia è vista come un'istituzione, un valore assoluto che può essere bilanciato con interessi parimenti rilevanti. La variante altruista dell'art. 384 c.p. permetterebbe il sacrificio del bene corretta amministrazione della giustizia, al fine di permettere la conservazione del nucleo familiare.

Tuttavia, tale impostazione può comportare dei problemi riguardo alla disciplina positiva contenuta nella norma.

L'art. 384 c.p. dovrebbe: essere applicato obiettivamente, essere estendibile ai concorrenti e godere delle particolari previsioni in caso di errore (si allude alla summenzionata rilevanza del putativo¹⁸⁶, che permette di non sanzionare chi ha agito sulla base di una falsa rappresentazione della realtà).

E' bene considerare che il putativo rilevante non sarebbe quello su un errore di diritto, ma esclusivamente di fatto. Ad esempio, non beneficerebbe della disposizione il soggetto che ha equivocato il significato di "prossimo congiunto", atteso il carattere d'interpretazione autentica del co-efficiente.

Al contrario, potrebbe godere dell'applicazione della norma chi erra in merito alla situazione di documento; di guisa che, non sarebbe sanzionato chi ritiene che un'eventuale condanna pregiudichi il proprio onore, mentre la reputazione del soggetto è già definitivamente compromessa; ancora,

¹⁸⁵ v. *infra* per Relazione Guardasigilli

¹⁸⁶ v. *supra* Cap. I, 1

l'art. 384 c.p. troverebbe applicazione a chi erra sulla necessità dell'azione, nonostante il nocumento sia in concreto altrimenti evitabile.

Inoltre, si applicherebbe la specifica disciplina dell'eccesso colposo, che la dottrina riconosce allo stato di necessità.

Da quanto detto, emerge la distanza tra le recenti elaborazioni giurisprudenziali e la tesi in esame. Invero, l'applicabilità del putativo permetterebbe di superare molti limiti pretori dell'art. 384 c.p.

Si allude, ad esempio, ad un possibile allargamento del concetto nocumento rilevante. Come precisato, quello di onore è un requisito che non dev'essere valutato soggettivamente, ma obiettivamente, così com'è. Al contrario, il putativo permetterebbe di applicare la disciplina dell'art. 384 c.p. ad un soggetto che versa nella convinzione soggettiva di godere di essere una persona onorevole.

Inoltre, l'applicabilità dell'art. 55 può comportare un allargamento del vincolo di consequenzialità tra pericolo e condotta necessaria. Ciò con una seria conseguenza sul piano applicativo: i delitti considerati dall'art. 384 c.p. non sono sanzionati a titolo di colpa, pertanto resterebbero sempre impuniti.

Inoltre, la collocazione della norma in esame nell'alveo dell'art. 54 c.p. comporta ulteriori effetti, stavolta pregiudizievoli per il reo.

Ritenere l'articolo 384 c.p. come *species* dello stato di necessità rende applicabili al primo i diversi presupposti del secondo. Tra questi, la non volontaria causazione del pericolo e la proporzione tra quest'ultimo ed il fatto commesso.

Secondo parte della dottrina, solo la collocazione della norma nell'ambito delle cause di giustificazione spiegherebbe l'atteggiamento giurisprudenziale in tema di deposizioni rese dal teste avvisato della facoltà di non rispondere.

E' il caso, visto in precedenza, del teste che, essendo avvertito di ta-

le facoltà, non se ne serve e sceglie ugualmente di testimoniare, deponendo il falso.¹⁸⁷ Per questa dottrina, tale possibilità sarebbe spiegata solo collocando la norma tra le cause di giustificazione. Prendendo le mosse da quest'assunto, altri concludono in termini opposti.

Ritenere l'art. 384 c.p. espressione dello stato di necessità si risolve in un'interpretazione analogica non consentita. Quest'ultima avrebbe un unico significato: limitare ulteriormente l'ambito applicativo dei casi di non punibilità, in spregio al principio di *favor rei*.¹⁸⁸

Inoltre, quanto detto comporterebbe un'illogica duplicazione di norme, in contrasto con i principi basilari di economia legislativa, per cui ogni disposizione ha un suo significato autonomo.¹⁸⁹

Secondo parte della dottrina, chi sussume la norma nelle cause di giustificazione lo fa per "pervenire alla parafrasi di una norma avvertita come inammissibile incentivo al mendacio o all'omertà".¹⁹⁰ Anche per questo, si auspica un superamento della tesi in esame.

D'altronde, anche l'argomento storico visto in precedenza appare controvertibile: quest'ultimo riguarderebbe l'*intentio legis* del legislatore del '30, non già l'attuale realtà dell'ordinamento. Ad esempio, rispetto al soccorso di necessità, il diritto penale ha particolarmente mutato il modo d'intendere il comparto familiare. L'assetto giuridico non inquadra più il nucleo familiare in un'ottica squisitamente istituzionale, ma come luogo per preservare la crescita della personalità. Per tale motivo, non appare un valore idoneo ad essere bilanciato con l'interesse al concreto perseguimento dei reati.

¹⁸⁷ Ex pluribus: Cass. Sez. Un. Del 22 febbraio 2007, in Cass. Pen. 2007, p. 4060

¹⁸⁸FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna 2009, p. 424; TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, p. 217 e ss

¹⁸⁹FORNASARI G., "Nemo tenetur se detegere" sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 354

¹⁹⁰ZANOTTI M., "Nemo tenetur se detegere": profili sostanziali, cit., p.184

Da quanto detto, si comprende perché la dottrina oggi dominante sembra aver superato la presente ricostruzione.

2.2 Come espressione del principio di inesigibilità.

In giurisprudenza si sta affermando l'idea che l'art. 384 c.p. attenga al piano della colpevolezza.¹⁹¹

In particolare, la norma rappresenterebbe una scusante, una condizione che si colloca nell'alveo della quadripartizione della colpevolezza, intesa in senso normativo.

Per tale motivo, l'art. 384 c.p. non trova giustificazione nel conflitto d'interessi, giacché il bene sacrificato ha un grado decisamente maggiore di quello salvato; piuttosto, la norma in questione esprime problematiche marcatamente individuali.¹⁹²

L'art. 384 c.p. si erge a tutela dell'effettiva possibilità di autodeterminazione del reo. L'ordinamento ritiene impossibile obbligare il soggetto alla condotta conforme, secondo un giudizio normativo tra pretesa della norma e possibilità di aderirvi.

Riguarda, pertanto, il concetto di umana obbedienza¹⁹³, considerato attraverso il c.d. agente modello; di talché l'art. 384 c.p. prevede un bilanciamento, ma secondo schemi soggettivi: il conflitto tra doveri, tra valori soggettivamente rilevanti.

Quanto al soccorso di necessità, la famiglia cessa di essere tutelata come istituzione. Anche quest'ultima è valore individualmente rilevante,

¹⁹¹ Cfr. DE FRANCESCO G. E., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 517; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, p. 458; MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 442

¹⁹² SCARANO L., La non esigibilità nel diritto penale, Napoli, 1948, p. 66 e ss.; AZZALLI G., *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991, p. 399; COPPI F. (a cura di), *Ritirazione*, in F. Coppi (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, p. 539

¹⁹³ "Si può imporre sotto sanzione penale alla media degli uomini l'adempimento dei propri doveri ordinari ma non l'eroismo, che è virtù di pochissimi, quando è virtù e non insensibilità o peggio". MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 749

che può incidere sulla libertà di autodeterminazione e sulla possibilità di ottemperare al comando.

Sul punto, si distinguono due diversi filoni interpretativi.¹⁹⁴

Secondo taluno, la norma sarebbe applicazione del conflitto di doveri: è un bilanciamento d'interessi che il legislatore valuta e dirime, ponendosi nella prospettiva dell'agente.¹⁹⁵

Di conseguenza, esiste un contrasto tra beni giuridici rilevanti (amministrazione della giustizia) ed interessi individuali del reo; detto bilanciamento è valutato dal legislatore, verificando se contrastino o meno in concreto. Nella sua azione necessitata, l'agente vuole e si rappresenta il fatto commesso, attraverso un processo motivazionale congruo e soggettivamente imputabile.

Nello specifico, quest'ultimo vuole salvare sé o il prossimo congiunto. Per farlo, sacrifica in modo volontario il bene della corretta amministrazione della giustizia, che ritiene soggettivamente soccombente.

Al contrario, una diversa ricostruzione riconduce il fondamento della norma all'inesigibilità del comportamento.

Il legislatore valuterebbe la particolare situazione soggettiva dell'agente, che genera un coinvolgimento morale anomalo. Il disvalore del danno sussiste, ma l'ordinamento ritiene quello del soggetto uno stato di meritevole comprensione.¹⁹⁶

Diversamente da quanto visto in precedenza, si ritiene che il pericolo del nocimento conduca ad un condizionamento della volontà, che riduce o annulla la possibilità di autodeterminarsi.

¹⁹⁴ Cfr. BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, p. 305 e ss.

¹⁹⁵ VENAFARO E., *Scusanti*, Torino, 2002, p. 166 e ss

¹⁹⁶ FORNASARI G., "Nemo tenetur se detegere" sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, cit., p. 353 ss; FLICK G.M., *L'esimente speciale dell'art. 384 comma 1 c.p. e l'aggravante generale dell'art. 62 numero 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, cit., p. 218

In quest'ottica rileva il concetto normativo di colpevolezza, cui il bilanciamento d'interessi è del tutto estraneo. La costrizione psicologica si esprime attraverso un conflitto, in cui prevale l'istinto di autoconservazione o di solidarietà verso il prossimo congiunto.¹⁹⁷

Così intesa, la norma rientrerebbe nel giudizio di colpevolezza in senso normativo, che “presuppone la possibilità da parte dell'ordinamento di pretendere l'astensione da determinate azioni o omissioni, cioè l'esigibilità del comportamento”.¹⁹⁸

Dalla qualifica dell'articolo in termini di causa di esclusione dell'esigibilità derivano numerose conseguenze disciplinari.

Questa dovrebbe essere intesa come condizioni soggettiva di esclusione della pena (art. 119 c.p.).¹⁹⁹ Di conseguenza, non sarebbe applicabile *tout court* la disciplina di cui all'art. 59 c.p.

Il giudizio *de quo* dovrebbe sempre esercitarsi in concreto e non in astratto; sicché sarebbe necessario verificare se il soggetto versi nell'impossibilità di autodeterminarsi liberamente.

Come ulteriore conseguenza, si nega l'applicabilità obiettiva della norma.

Contrariamente dalle cause di giustificazione, l'art. 384 c.p. non riguarda un bilanciamento d'interessi, ma il conflitto motivazionale, che rende l'obbligo non esigibile; detto conflitto non ricorrerebbe in assenza di rappresentazione, di conoscenza soggettiva delle condizioni di fatto da parte dell'agente, la cui volontà è coartata.

In via generale, si esclude anche l'applicabilità della norma al concorrente, atteso il dettato dell'art. 119 c.p.

¹⁹⁷MARINUCCI G. - DOLCINI E., “*Codice penale commentato*”, II Edizione, IPSOA, Milano, 2006, p. 650

¹⁹⁸ZANOTTI M., “*Nemo tenetur se detegere*”: *profili sostanziali*, cit., p. 189

¹⁹⁹*Supra* Cap. I, 2.2

Tuttavia, parte della dottrina distingue due casi. In ossequio al carattere concreto della disposizione, è possibile che anche il concorrente versi nell'impossibilità di osservare il precetto. E' il caso, ad esempio, di chi vuole preservare l'altro concorrente dalla punibilità per l'illecito contro l'amministrazione della giustizia.

Si discute, infine, sulla possibilità di applicare una misura di sicurezza al soggetto scusato.

Ragionando in termini generali, questa dovrebbe trovare applicazione; il fatto commesso è certamente tipico ed antiggiuridico, semplicemente non è conforme ai parametri della colpevolezza normativa.²⁰⁰

Come precisato, una parte della dottrina perviene a diverse considerazioni.²⁰¹ Le scusanti si collocherebbero su un piano intermedio, presupponendo un pieno giudizio di antiggiuridicità; tuttavia, queste ultime anticiperebbero il giudizio generale di colpevolezza.

Nello specifico, la possibilità di agire secondo il divieto precederebbe logicamente la valutazione sulla carica soggettiva dell'illecito. Di conseguenza, un comportamento scusato non potrebbe essere sottoposto a misura di sicurezza.

Orientandosi secondo l'ottica dell'inesigibilità, è possibile focalizzare ulteriormente i presupposti normativi della norma.

In primo luogo, si obietta alla possibilità di applicare il requisito della non volontaria causazione del pericolo. Detta possibilità si basa, infatti, sulla trasfusione nel corpo della disposizione di un parametro proprio dell'art. 54 c.p., che però ha natura differente.

Valgano, tuttavia, talune considerazioni.

²⁰⁰ Per la quadripartizione della colpevolezza normativa, v. supra

²⁰¹ SANTAMARIA D., *“Lineamenti di una dottrina delle esimenti”*, Morano, Napoli, 1961, p. 269 e ss.; FIORE C. – FIORE S., *“Diritto Penale, parte generale”*, UTET, Torino, 2008, p. 334

Il requisito in esame potrebbe essere comunque applicabile, pur aderendo alla tesi dell'inesigibilità. È stato precisato che la non esigibilità riguarda un conflitto motivazionale, che non permette al soggetto di agire volontariamente²⁰², per cui la sua azione sarebbe priva di dolo. Tuttavia, ciò non può dirsi sempre realizzato, laddove l'agente abbia agito proprio per cagionare l'evento pericoloso. Qualora il pericolo sia conseguenza dell'azione del soggetto, quest'ultimo agirebbe volontariamente e non a causa dell'impossibilità di autodeterminarsi correttamente secondo il disposto normativo.²⁰³ In questo caso, potrebbero dirsi non integrati i presupposti applicativi dell'art. 384 c.p.

Inoltre, l'adesione alla teoria dell'inesigibilità rende difficile contenimento il soccorso di necessità, stretto dal legislatore entro precisi limiti normativi.

Come precisato, taluni ritengono l'esigibilità sia un coefficiente extralegale, non limitabile positivamente dal legislatore. In questi termini, il soccorso di necessità non sarebbe limitabile al solo prossimo congiunto.

Invero, la spinta motivazionale potrebbe essere altresì determinata da un grave nocumento che mette in pericolo terze persone, non espressamente contenute nell'art. 384 c.p. Si allude non solo ai conviventi, ma anche a forme di relazioni amicali particolarmente stretto, ovvero di relazioni poligame etc.

In sostanza, sarebbe un'aporia limitare il significato della norma a casi specifici, così obliterando all'intima natura del principio di esigibilità, intesa come valvola di sfogo dell'ordinamento.

²⁰² In ciò si distinguerebbe dal conflitto di doveri. v. *Supra*

²⁰³ In disparte di alcuni casi limite, come "qualora il prossimo congiunto si determinasse a deporre perché convinto dell'innocenza del familiare e soltanto nel corso dell'escussione dibattimentale, messo in difficoltà dall'incalzare delle domande delle parti, si trovasse costretto a tacere... come potrebbe sostenersi che costui *doveva e poteva prevedere i rischi che scaturivano dal sottoposti all'obbligo testimoniale?*" Cfr. BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 312

Inoltre, anche a voler ritenere legittima tale limitazione, semmai sulla scorta della *normativizzazione* della categoria della colpevolezza, residuerebbe un'ulteriore problematica.

È già stato evidenziato il carattere non obiettivo della norma: la disciplina in esame si applica a valle del controllo del giudice, che valuta la reale costrizione motivazionale. Secondo la dottrina, l'interprete opererebbe secondo un giudizio prognostico, con l'utilizzo dell'agente modello.²⁰⁴ Ciò, però, potrebbe non essere sufficiente.

Se l'oggetto del giudizio è la spinta motivazionale, ancorché giudicata in via normativa, l'interprete dovrebbe di volta in volta sincerarsi dei rapporti esistenti tra il reo ed il soccorso; sarebbero scusate le sole condotte che mirano al salvataggio di un soggetto cui si è legati da reali rapporti affettivi e sociali.

Diversamente dall'art. 54 c.p., l'art. 384 c.p. non permette un soccorso di necessità generalizzato, ma solo per salvare i prossimi congiunti. La *ratio* di tale scelta va individuata nel fondamento normativo della disposizione.

Nell'ottica del 1930, il presente limite si basa sul concetto di famiglia istituzionale, che dev'essere tutelata da pericolo esterni, rispetto all'onore ed alla libertà. Tuttavia, aderendo alla tesi dell'inesigibilità, non rileva più l'idea istituzionale di famiglia.

Ad oggi, l'unica ragione che giustifica la limitazione ai prossimi congiunti è lo stretto legame che intercorre tra gli stessi. Legame, quest'ultimo che agisce sul percorso motivazione del reo e che, pertanto, dovrebbe sempre essere apprezzato dal giudice. Ciò conduce ad un duplice conseguenza logica.

Da un primo punto di vista, è complesso comprendere la scusabilità di condotte adottate per salvare persone lontane dal reo, con cui

²⁰⁴ Supra

quest'ultimo non conduce una reale vita di relazioni. Tale impossibilità rileva, altresì, se sussiste comunque un vincolo parentale tra i soggetti, che però in concreto non si frequentano, né sono stretti da un concreto legame affettivo.

Inoltre, attesa la natura d'inesigibilità, non si comprende la non scu-sabilità di condotte necessitate adottate per salvare terzi, non prossimi congiunti, con cui però sono istaurate diverse forme convivenza, parimenti rilevanti.

Quella evidenziata è una nota di criticità dell'istituto. Se rileva la forza del legame, quest'ultima dovrebbe essere valutata sempre in concreto; di guisa che ogni apriorista limitazione (come ai soli "prossimi congiunti") sarebbe poco compatibile con le ragioni della norma.

Probabilmente, quanto detto evidenzia l'impossibilità di ricondurre l'istituto in una categoria dottrinale ben definita, caratterizzata da confini stretti e presupposti stringenti. In questo senso, può comprendersi quella dottrina che ritiene l'art. 384 c.p. una chimera.²⁰⁵

²⁰⁵ Cfr. SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, cit.

2.3 Come espressione del *nemo tenetur se detegere* e della forza dei sentimenti familiari.

Qualificare la norma in esame come causa di non punibilità²⁰⁶ non rappresenta solo un'opzione *ad excludendum*; la presente scelta conferma il carattere eterogeneo della disposizione, con un unico massimo comune denominatore: l'assenza di meritevolezza della pena.

Per cogliere l'essenza della norma, è nuovamente utile suddividerla nelle due diverse varianti.

Quella egoistica è espressione dell'istinto di autoconservazione, che spinge chiunque ad evitare di accusare se stesso; è pertanto espressione del *nemo tenetur se detegere*.²⁰⁷ Secondo una parte della dottrina, rileverebbe la garanzia del diritto di difesa, valevole per tutte le ipotesi di autoincriminazione.²⁰⁸ Anche per questo, la norma si segnala per la sua "capacità di penetrazione all'interno del processo"²⁰⁹, di guisa che dev'essere apprezzata in un'ottica sostanziale e processuale.

La variante egoistica dell'art. 384, comma 1, c.p. è collocabile sotto l'ombrello protettivo degli artt. 24, 27 e 111 della Costituzione, tutelando in primo luogo il diritto di difesa.²¹⁰ Quest'ultimo non riguarda la sola possibilità di astenersi, ma anche di mentire, finanche di arrecare un danno

²⁰⁶ Cfr. FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Speciale*, volume I, IV ed., p. 414

²⁰⁷ Per i rilevi sostanziali del principio, cfr. D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale* in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, Milano, 1999, p. 1272 e ss.

²⁰⁸ ZANOTTI M., "*Nemo tenetur se detegere*": *profili sostanziali*, cit., p. 191

²⁰⁹ BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 305

²¹⁰ Non stupisce, pertanto, che parte della dottrina ritiene che l'art. 384 c.p. rappresenti una speciale variante dell'esercizio del diritto, di cui all'art. 51 c.p. Cfr. INFANTE E., "*Nemo tenetur se detegere*" in *ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Diritto ed impresa: un rapporto controverso*, a cura di MANNA A., Milano, 2004, p. 75

all'amministrazione della giustizia.²¹¹ Ciò, invero, entro certi limiti, individuati dalla norma.

I casi di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. non possono essere applicati a tutti gli illeciti del Capo di riferimento. Ad esempio, il diritto di difesa recede laddove il reato sia offensivo non solo del bene categoriale, ma anche di diverse oggettività giuridiche (calunnia).

Il legislatore del '30 forma la norma in conformità con il sistema processuale allora vigente, di tipo inquisitorio; nondimeno, l'art. 384 c.p. sembra aderire perfettamente alle logiche accusatorie, così come sintetizzate dal c.d. giusto processo.

Anche il processo accusatorio punta alla ricerca della verità²¹², ma con modalità differenti. Rileva il principio del contraddittorio, attuato mediante la tecnica dell'oralità; la possibilità di mentire è funzionale alle possibili scelte processuali del reo e, pertanto, dev'essere inserita nel contesto della presunzione di non colpevolezza, che l'accusa ha l'onore di vincere con la prova contraria.

L'ordinamento non vanta un'aspettativa di lealtà verso il reo, tutt'altro. In certe occasioni, la precedente commissione di un reato permette l'impunità per delitti ad esso connessi²¹³.

In via generale, il legislatore impone diversi obblighi informativi e testimoniali.²¹⁴ Il divieto di autoincriminazione funge da contraltare a detta tendenza: riconosciuto l'obbligo di dover deporre, è necessario assicurare uno spazio d'impunità per alcune violazioni, che altrimenti imporrebbero al soggetto di autoaccusarsi.

²¹¹Cost.,sent.n.179/1994, "l'imputato non solo gode della facoltà di non rispondere, ma non ha nemmeno l'obbligo di dire la verità"

²¹²AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino 2006, p. 34 e ss

²¹³V. *Supra* Cap. III, 3.3 per quanto evidenziato rispetto al favoreggiamento (differenza art. 384 c.p. ed aggravante teleologica)

²¹⁴V. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, p. 358, nota 73

Tale garanzia agisce come perno del sistema accusatorio; di talché un eventuale superamento del divieto di autoincriminazione cambierebbe il volto del sistema, colorandolo di connotazioni più propriamente inquisitorie.²¹⁵ Resta da stabilire l'ampiezza dell'art. 384 c.p. e, soprattutto, la sua sovrapposibilità al diritto di difesa.

Il divieto di autoincriminazione è già espressione del diritto di difesa, di cui costituisce un legittimo esercizio. Dalla piana lettura della norma potrebbe ritenersi che l'art. 384 c.p. sia poco utile e, semmai, riduca lo spazio applicativo della garanzia. Difatti, le presenti falsità potrebbero essere intese come esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p. Tuttavia, questa ricostruzione non appare ammissibile, anche perché comporterebbe una *interpretatio abrogans* della norma.

Si deve ritenere che l'art. 384 c.p. prospetti un *quid pluris* rispetto all'art. 24 Cost. Il primo non si risolverebbe nel mero esercizio del diritto di difesa (cui sarebbe altrimenti applicabile l'art. 51 c.p.); piuttosto, la norma in questione ammetterebbe la possibilità di provocare la macchina della giustizia, di mentire, di arrecare alla stessa un danno ingiusto e non giustificabile, senza che il soggetto possa essere punito. Ciò, naturalmente, entro certi limiti.

In questo senso, può scorgersi una netta contraddittorietà tra la variante egoistica e l'altruistica.

Come precisato, il principio del *nemo tenetur se detegere* è applicabile al solo divieto di autoincriminazione, non potendo avere riguardo anche del soccorso di necessità. Per quest'ultimo rileva l'interesse ai valori familiari, di cui si è dato conto precedentemente.²¹⁶

²¹⁵ Sul punto, potrebbe discutersi circa la costituzionalità di una norma che obblighi sempre e comunque un soggetto a parlare, senza che l'ordinamento preveda dei casi di impunità

²¹⁶V. *supra* Cap. II, 4

E' stato osservato che il concetto di famiglia sia mutato rispetto al codice del '30. In una visione costituzionalmente orientata, è doveroso concedere pari dignità giuridica a tutte le formazioni sociali rilevanti. Ciò, però, non accade rispetto alle norme in esame.

L'art. 384 c.p. limita l'interesse alla tutela dei sentimenti familiari, rendendo lecito il soccorso di necessità verso il solo prossimo congiunto, cui il legislatore penale assegna un ben ristretto significato.

La valenza sistematica della norma risiede, dunque, nelle sue limitazioni, rispetto all'ambito applicativo oggettivo (le fattispecie non punite) e soggettivo (sé o un prossimo congiunto).

Ciò rende la disposizione in esame incompatibile con la logica della causa di giustificazione e, soprattutto, con l'incoercibilità dei sentimenti propria dell'esigibilità, che non potrebbe sopportare tali limiti. Come chiarito, pari ragioni di inesigibilità del comportamento potrebbero ravvisarsi verso terzi, non appartenenti al novero dei prossimi congiunti, con cui il reo vanta legami sociali ed affettivi particolarmente rilevanti. In questo senso, il criterio della non esigibilità non tollererebbe detti limiti, pre-costruiti ed astratti, che ostacolano una piena valutazione del giudice.²¹⁷

Per tali ragioni, la norma in esame può essere considerata solo come causa di non punibilità in senso stretto, di cui il legislatore seleziona il regime disciplinare. Dalla presente natura giuridica derivano notevoli conseguenze applicative.

Come precisato²¹⁸, parte della dottrina ritiene che le cause di non punibilità operino obiettivamente. Così dovrebbe essere anche per l'art. 384 c.p.

²¹⁷ V. *supra* Cap. III, 2.2

²¹⁸ V. *supra* Cap. I, 2.3

Quanto detto non appare in contrasto con la struttura della variante altruistica, poiché ne permetterebbe la massima applicazione, senza imporre al giudice un controllo particolarmente complesso.

Rispetto ai reati plurisoggettivi, continuerebbe a trovare applicazione il dettato dell'art. 119 c.p. I casi previsti dall'art. 384 c.p. riguarderebbero situazioni soggettive del soggetto, per cui non dovrebbero trovare applicazione in capo ad eventuali concorrenti.

Particolarmente problematica è, invece, l'estendibilità al convivente *more uxorio*. Come causa di non punibilità, la norma in esame non potrebbe essere applicata analogicamente. Parimenti, non sarebbero praticabili le strade dell'interpretazione convenzionalmente conforme ed estensiva, per i rilievi critici suesposti.

Sul punto, sarebbe auspicabile l'intervento del legislatore, o della Corte costituzionale.

Come rilevato, la Corte è sempre stata restia ad ammettere un sindacato additivo sull'art. 384 c.p. Cionondimeno, questa impostazione potrebbe essere rivista, anche alla luce della recente produzione pretoria della stessa Corte costituzionale.²¹⁹

²¹⁹Cort. Cost., sent. n. 68/2012

3. Tra diritto e giustizia.

La dialettica tra diritto e giustizia sostanziale è da sempre oggetto di studi filosofici e giuridici.²²⁰ Detta dicotomia, invero, sembrerebbe proporsi in tutta la sua essenza nell'istituto in esame.

La soluzione ermeneutica da ultimo riportata²²¹ comporta notevoli conseguenze in punto di tutela di alcune formazioni sociali, oramai di sicura rilevanza costituzionale; nello specifico, la qualifica di causa di esclusione della punibilità preclude la possibilità di estendere il perimetro della norma, di guisa che non sarebbero sussumibili diverse condotte di soccorso di necessità.

Si allude non solo alle false dichiarazioni rese del convivente- inteso in senso tradizionale-, ma anche a quelle rilasciate da altri soggetti, legate alla persona da soccorrere in modo stretto, ancorché non convenzionale (ad es. un forte rapporto amicale, semmai in circostanza di convivenza).

Tuttavia, l'adesione alla teoria delle cause di non punibilità sembra offrire al sistema un assetto coerente con il principio di legalità e, in special modo, con quello di determinatezza.

In primo luogo, si permette al giudice un controllo più obiettivo e meno esposto al rischio di una tutela a macchia di leopardo; sicché sono esclusi dalla punibilità solo i soggetti espressamente richiamati dalla norma, onde evitare applicazioni diseguali della condizione in esame.²²²

²²⁰ Nella sua drammaticità, il dibattito è stato affrontato dalla Procura Generale della Repubblica, durante la requisitoria del "processo Eternit": "quando il giudice è posto di fronte alla scelta drammatica tra diritto e giustizia non ha alternativa. Un giudice sottoposto alla legge tra diritto e giustizia deve scegliere il diritto".

²²¹ *Supra* Cap III par. 2.3

²²² Ciò appare conforme all'immortale insegnamento di Cesare Beccaria, che intende porre un argine alla c.d. "errante instabilità delle interpretazioni". BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, § IV

In questo senso, si evita la produzione pretoria di un diritto incalcolabile, pericolosamente connesso con un'attenuazione dell'efficacia general-preventiva del precetto.

Ciò premesso, è però evidente un deficit di giustizia sostanziale che si ricava dall'esclusione del convivente dall'applicazione dell'art. 384, comma 1, c.p.

Tale esclusione non appare perfettamente in linea con la marcia evolutiva del principio di risocializzazione e, più in generale, valori fondamentali di cui agli artt. 2, 25, 27.1 e 27.3 Cost. Non è in linea, altresì, con gli ultimi spunti legislativi in tema di convivenza, che hanno istituzionalizzato la figura.

Tuttavia, l'equa e corretta applicazione dei principi in esame non potrebbe essere utilmente effettuata né dalla giurisprudenza di merito, né da quella di legittimità. Sul punto pare necessario un intervento diretto del legislatore, che attualizzi l'istituto rispetto alle nuove formazioni sociali istituzionalizzate. Inoltre, potrebbe anche pensarsi ad una differente risoluzione della questione in esame, grazie al sindacato della Corte Costituzionale.

Con la decisione n. 236/2016, il Giudice delle leggi sembra aver ampliato i propri poteri, spesso surrogandosi ad un legislatore inerte, così da ridefinire i limiti d'intervento del giudizio di legittimità costituzionale. In disparte delle critiche dottrinali mosse alla pronuncia, ritenuta in frizione con il principio di separazione dei poteri, è possibile declinare il punto di diritto rispetto alla questione in esame.²²³

In particolare, non è sembrato invasivo della discrezionalità del legislatore il sindacato sulla proporzionalità della sanzione, di tipo intrinseco. Quest'ultimo non consegue ad un raffronto con un *tertium comparationis*,

²²³Cfr. VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it

bensì è una valutazione individualizzata, per mezzo del viatico dell'art. 2 Cost. (principio di proporzionalità). Si ha riguardo, pertanto, ad un giudizio di non irrazionalità punitiva del legislatore, tramite un intervento diretto della Consulta, che incide sull'area della punibilità, in senso più favorevole al reo. Ebbene, tale giudizio di non irrazionalità non dovrebbe essere parimenti consentito rispetto alle cause di non punibilità, appartenenti alla categoria specularmente opposta a quella da ultimo considerata.

Di conseguenza, non appare peregrina l'ipotesi di un intervento diretto della Corte Costituzionale anche nel caso dell'art. 384 c.p., così da ripristinare l'eguaglianza valoriale tra le diverse formazioni sociali istituzionalizzate, che devono trovare pari tutele in forza del principio solidaristico. La scelta di emarginare i conviventi dall'applicazione della norma sembra, infatti, manifestamente irrazionale, soprattutto alla luce della nuova concezione di famiglia. Tale irrazionalità darebbe luogo ad un giudizio interno di proporzione, con il quale ridefinire l'ambito applicativo della disposizione in esame, integrando il convivente *more uxorio*.²²⁴

Com'è ovvio, da tale esegesi resterebbero però escluse le formazioni sociali non istituzionalizzate (come, ad esempio, quelle meramente amicali o quelle sentimentali di tipo poligamo). Queste ultime sarebbero dunque soggette alla sanzione penale, ma entro certi limiti. Nello specifico, il carattere sociale dell'ordinamento penale dovrebbe parimenti condurre il giudice a considerare la specificità del fatto, in punto di dosimetria della pena o rispetto alla possibile applicazione delle attenuanti di cui agli artt. 62 bis e 61.1, numero 1, c.p.

²²⁴In merito all'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p. al convivente a nulla rilevarebbe la registrazione o meno del legame, come previsto dalla legge 76/2016. Detta legge impone l'onere della registrazione per accedere a certi regimi patrimoniali; al contrario, la tutela minima della legge è fornita ai membri della convivenza a prescindere dall'adempimento formalistico dell'iscrizione nei registri.

Infine, riportare l'art. 384 c.p. nell'alveo delle cause di non punibilità in senso stretto potrebbe avere degli effetti indiretti rispetto alla teoria dell'inesigibilità.

La ricostruzione alternativa, che riconduce la norma nell'alveo della colpevolezza, è frutto di una duplice esigenza, parimenti soddisfatta.

Da un lato, evitare che l'art. 384, comma 1, c.p. sia applicato obiettivamente. Sul punto, è già stato evidenziato che non tutte le cause di non punibilità si applichino in senso oggettivo; in particolare, il vocabolo "co-stretto" impone al giudice un sindacato sulla componente soggettiva della condotta.

Dall'altro lato, rileva la suindicata preoccupazione di estendere la norma oltre i casi considerati, risolvibile grazie all'intervento della Corte costituzionale.

In conclusione, qualificare l'art. 384, comma 1, c.p. come causa di non punibilità è, altresì, coerente sul piano dogmatico.

Il principio d'inesigibilità, privo di precisi addentellati normativi, ha natura generale; sicché quest'ultimo trova applicazione ogni volta non sia concretamente esigibile la condotta doverosa. Per tale motivo, non è necessario che sia previsto da una singola disposizione (com'è l'art. 384 c.p.), applicandosi in via ultralegale, a valle di una valutazione concreta.

L'impostazione cui s'intende aderire permette, pertanto, all'inesigibilità di riappropriarsi della natura di clausola generale, di guisa di non essere confinata in un ambito applicativo ristretto (*i.e.* quello dell'amministrazione della giustizia, in cui trova applicazione l'art. 384 c.p.). In questo senso, laddove ammissibile, potrebbe spiegare effetti maggiori, in contesti ben più ampi e non preventivamente identificabili.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Rivista trimestrale diritto penale economico*, Milano, 2002

AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006

AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2006

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2003

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Milano 2008

AZZALLI G., *Caratteri e problemi del delitto di false comunicazioni sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1991

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764

BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007

BELTRANI S., *La (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Cassazione penale*, 2008

BERGONZINI C., *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani di corte cost. n.140 del 2009)*, in *Studium iuris*, 2010

BERTOLINO M., *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2015

BETTIOL G., *Diritto Penale*, Padova 1982

BOSCARELLI M., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Enciclopedia del diritto*, 1970, Milano, XIX

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Scritti di Diritto Penale*, vol. I, *Dottrine Generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I dal 1960 al 1973, Milano 1997

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol.V, Lucca, 1870

CAVALIERE A., *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli 2000

CAVALIERE A., *Riflessioni sulla sistematica del reato e sulla rilevanza delle scusanti*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Napoli 2003

CIAVOLA A., *Profili di diritto processuale e penitenziario in tema di coppie di fatto*, in www.penalecontemporaneo.it

COCCO G., *L'uso della punibilità nella modernizzazione del diritto penale*, Cagliari, 2001

COCCO G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in www.penalecontemporaneo.it

CONSO G. – GREVI V., *Compendio di Procedura penale*, V ed., Padova, 2010

CONSTANT B. (a cura di), *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti di Gaetano Filangieri*, vol. I, Libro II, Parte II, Capo XLIII, Milano, 1855

CONTI C., *Profili penalistici della testimonianza assistita: l'esimente dell'art. 384 c.p. tra diritto al silenzio e diritto a confrontarsi con l'accusatore*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2002

COPPI F., *Ritrattazione*, in F. Coppi (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino 1996

CORDA A., *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e "affirmative defenses"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2015

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011

DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la <<parte generale>> e la <<parte speciale>> del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTTI (a cura di) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reati*, Padova, 2002

DELL'ANDRO R., *Antigiuridicità*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. II, Milano 1958

DE VERO G., *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998

DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, Milano, 1998

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979

DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. II, 2016

FALCINELLI D., *Il dilemma del diritto penale dinanzi al falso testimone*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2013

FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, IV ed. ristampa aggiornata, Bologna 2008

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna 2009

FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino 2008

FIORE S., *Alcune osservazioni a proposito della disciplina delle cause di giustificazione nel Progetto Grosso*, in AA. VV. *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A. M. Stile, Napoli 2003

FIORE S., *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007

FLICK G.M., *L'esimente speciale dell'art. 384 comma I c.p. e l'aggravante generale dell'art. 62 numero 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1964

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990

FORNASARI G., *“Nemo tenetur se detegere” sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 2008

GAROFOLI R., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Roma 2012

GAROFOLI R., *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, t. I, Roma 2013

GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della legge Cirinnà*, in www.penalecontemporaneo.it

GAZZONI F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983

GIANNOTTA M., *A proposito della non esigibilità nella falsa testimonianza*, in *Rivista italiana diritto penale*, 1953

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952

GROSSO C.F., *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961

GROSSO C.F., *Di un preteso limite di applicabilità dell'art. 384, I comma, c.p.*, nota a margine della sent. del 6 giugno 1961, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1962

GROSSO C.F., *Necessità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977

GROSSO C.F. – PADOVANI T. – PAGLIARO A., *Trattato di diritto penale. Parte generale*, vol. II, a cura di A. Pagliaro, Milano 2007

INFANTE E., *“Nemo tenetur se detegere” in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica*, in *Diritto ed impresa: un rapporto controverso*, a cura di A. Manna, Milano, 2004

LATTANZI G.- LUPO E., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VII, Milano, 2000

- MAJNO L., *Commento al codice penale italiano*, vol. I, Verona, 1890
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015
- MANTOVANI F., *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino, 2003
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova 2013
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V, Torino, 1982
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano 1995
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Milano 2006
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano 2006
- MARZADURI E., *Commento all'art. 530*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. V, Torino, 1991
- MASARONE V., *Il problema delle scusanti*, in AA. VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore- S. Moccia- A. Cavaliere, Napoli 2009
- MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg 1915

MAZZONE A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, Napoli 1992

MEZZA E., *La Corte di Cassazione estende l'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente "more uxorio". E la riforma sulle unioni civili?*, in *La Rivista Nel Diritto*, Roma, 2010

MEZZETTI E., *"Necessitas non habet legem?" Sui confini tra impossibile ed inesigibile, nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000

MEZZETTI E., *Giustificanti e scusanti nello schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale della "Commissione Pisapia"*, in *Cassazione penale*, fasc. I, 2008

MIELE P., *Cause di Giustificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960

MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano 1989

MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1995

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995

MOCCIA S., *Diritto penale, tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1996

MOCCIA S. – SCHIAFFO F., voce *False informazioni al pubblico ministero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XIII, Roma, 1996

MOCCIA S., *La promessa non mantenuta, ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001

MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964

PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981

PADOVANI T., *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta e del reato colposo*, in *Cassazione Penale*, 1981

PADOVANI T., *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983

PADOVANI T., voce *Difesa Legittima*, in *Digesto delle discipline penali-stiche*, III, 1989

PADOVANI T., *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Atti del Convegno internazionale, Lucca- Pisa 2/5 giugno 1988, Milano, 1991

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992

PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005

PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1990

PALIERO C. E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Responsabilità amministrativa società ed enti*, Bologna, 2006

PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, Torino, 1950

PEDRAZZI C., *L'aggravante della connessione alla luce dell'oggettività giuridica*, in *Rivista italiana diritto penale*, 1956

PERDONO' G.L., *Ancora sull'esimente della necessità di "salvamento" (art. 384 comma 1 c.p.): si applica anche all'agente di polizia giudiziaria che non denuncia lo spacciatore per salvare se stesso*, in *Giurisprudenza di merito*, Milano, 2009

PERDONO' G.L., *Prime applicazioni, nella giurisprudenza di merito, dei più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità e costituzionale sulla causa di non punibilità dell'art. 384 c. p.*, in *Giurisprudenza di merito*, Milano, 2010

PESTELLI G., *L'art. 384 c. p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Diritto penale e processo*, 2010

PEZZI A., voce *Calunnia ed autocalunnia*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. V, Milano, 1988

PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, diretto da G. Marinucci- E. Dolcini, vol. IV, Padova, 2005

PISAPIA G., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1951

PRUDENZANO L., *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co.1 c.p. ai conviventi more uxorio*, in www.penalecontemporaneo.it

D. PULITANÒ, *Ignoranza della legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano 1970

D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, Milano, 1988

D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale* in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, Milano, 1999

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990

ROMANO M., *“Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano 2004

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione, problemi di teoria dell'illecito penale*, edizione tradotta a cura di S. Moccia, Napoli 1996

ROXIN C., *Politica Criminale e sistema penale, saggi di teoria del reato*, edizione tradotta a cura di S. Moccia, Napoli 1998

SABATINI G., *Trattato dei procedimenti speciali e dei procedimenti complementari nel processo penale*, Torino, 1956

SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961

SANTAMARIA D., *I termini dello stato di necessità nell'art. 384 c.p.*, in *Foro Penale*, 1963

SANTANGELO CORDANI A., *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, III ed., Torino, 2017

SANTISE M.– ZUNICA F., *Coordinate ermeneutiche di Diritto Penale*, III ed., Torino 2017

SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948

SCHIAFFO F., *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato*, Napoli 1988

SIRACUSANO P., *Ingiuria e diffamazione*, in *Digesto discipline penali*, VII, Torino, 1993

SPAGNOLO G., *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979

SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 1° comma c.p.)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010

SUCHAN P., *Sui rapporti tra l'art. 54 e l'art. 384 c.p.*, in *Cassazione Penale*, 1976

TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012

TONINI P., *Manuale di Procedura penale*, X ed., Milano, 2009

TRABUCCHI A., *Natura, legge, famiglia*, in *Rivista diritto civile*, 1977

VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960

VENAFRO E., *Scusanti*, Torino, 2002

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it

ZANOTTI M., “*Nemo tenetur se detegere*”: *profili sostanziali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989

ZOTTA D., *Casi di non punibilità*, in F. Coppi (a cura di), *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996