

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**



DOTTORATO DI RICERCA

IN

SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO

XX CICLO

TESI

L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLE CAUSE

DI GIUSTIFICAZIONE

Relatore
Ch.mo Prof.
VINCENZO PATALANO

dottorando di ricerca
dott.ssa
FRANCESCA SCUDIERO

ANNO ACCADEMICO 2006/2007

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

p. 1

– CAPITOLO I –

LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

NOZIONI INTRODUTTIVE.

| | | |
|-----|--|----|
| 1. | La nozione di causa di giustificazione. | 5 |
| 2. | Le cause di giustificazione e la struttura del reato. | 13 |
| 2.1 | La teoria tripartita degli elementi del reato. | 15 |
| 2.2 | La teoria degli elementi negativi del fatto. | 21 |
| 3 | La <i>ratio</i> sottesa alle cause di giustificazione. | 27 |
| 3.1 | Il modello monistico. | 29 |
| 3.2 | Il modello pluralistico. | 34 |
| 4. | Fonti, integrazione analogica e validità delle norme che configurano cause di giustificazione. | 37 |
| 5. | L'efficacia nel tempo delle cause di giustificazione. | 48 |

| | | |
|----|--|----|
| 6. | Le cause di giustificazione nel concorso di persone nel reato. | |
| | | 51 |
| 7. | Cause di giustificazione e concorso di norme. | 56 |
| 8. | La disciplina delle cause di giustificazione. | 62 |
| 9. | Confronto tra categorie affini. | |
| | | 73 |

- CAPITOLO II -

***L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLE
CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.***

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Il ruolo dell'art. 59, c. 1, nel sistema dell'attuale disciplina delle cause di giustificazione. | 82 |
| 2. | La tesi della rilevanza puramente obiettiva delle cause di giustificazione. | |
| | | 93 |
| 3. | La problematica degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione. | 101 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.1 | Il ruolo del bene giuridico e delle funzioni della pena nella struttura dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. | 108 |
| 3.2 | Le situazioni di costrizione della volontà dell'agente. | 112 |
| 3.2.1 | La problematica degli elementi soggettivi nello stato di necessità. | 117 |
| 3.2.2 | La problematica degli elementi soggettivi nella legittima difesa. | 126 |
| 3.3 | La problematica degli elementi soggettivi nel consenso dell'avente diritto, nell'uso legittimo delle armi, nell'esercizio di un diritto e nell'adempimento di un dovere. | 130 |
| 3.4 | Il problema del trattamento sanzionatorio del fatto commesso in presenza dei soli elementi oggettivi di una causa di giustificazione. | 143 |
| 4. | La soluzione adottata nell'ordinamento tedesco. | 147 |

5. Considerazioni conclusive. 153

BIBLIOGRAFIA 158

INTRODUZIONE

È generalmente ammessa indottrina che gli elementi costitutivi delle “cause di non punibilità” possano consistere non soltanto in accadimenti, situazioni, o stati di fatto, esteriori rispetto alla psiche del soggetto agente, ma anche in dati a struttura squisitamente psicologica.

La legge, infatti, può richiedere nell’agente la conoscenza e la rappresentazione della situazione, o una certa direzione finalistica della condotta, o un condizionamento della volontà del soggetto agente, o un determinato stato d’animo perché la fattispecie di non punibilità sia integralmente realizzata e, quindi, operante.

La struttura soggettiva di specifici elementi delle singole fattispecie di non punibilità viene riconosciuta meno di frequente in relazione alle cause di giustificazione.

La presenza nel nostro ordinamento dell’art. 59, c. 1, c.p., infatti, ha indotto la prevalente dottrina penalistica italiana a ritenere che le cause di giustificazione soggiacciano, oramai senza eccezioni, in seguito all’abrogazione, per effetto della l. 7 febbraio 1990, n. 19, della clausola di riserva “salvo che la legge disponga altrimenti”, alla regola della rilevanza obiettiva, per cui esse devono trovare applicazione anche se dall’agente ignorate o da lui per errore ritenute inesistenti.

E, di conseguenza, ad escludere che, all’interno della struttura delle scriminanti, possano fare ingresso requisiti di natura soggettiva, la conoscenza dei quali si riveli necessaria affinché la causa di giustificazione operi a favore del soggetto agente.

La salvaguardia di un interesse prevalente su quello sacrificato, in altri termini, sarebbe la ragione per cui, in presenza di una scriminante, il fatto risulti obiettivamente lecito e ciò a prescindere da qualsivoglia indagine sull'atteggiamento soggettivo dell'agente.

Ciò comporterebbe che il soggetto che non sa che il fatto da lui commesso è giustificato, o che suppone che non lo sia, possa comunque contare sull'efficacia scriminante della circostanza, in virtù della sola sua esistenza.

Coerentemente al discorso tripartitista, in definitiva, la dottrina italiana maggioritaria ritiene che le cause di giustificazione comuni operino su un piano meramente oggettivo in quanto, in assenza di un danno sociale, il ricorso alla pena va escluso quale che sia l'atteggiamento psichico del soggetto agente.

Tale impostazione svela una tendenziale opzione verso quella ipotesi dogmatica che tenta di affermare la possibilità o la necessità di tener sempre distinte antigiuridicità e colpevolezza.

Per i sostenitori del sistema bipartito, la sintesi appare più complessa.

Mantovani rileva come costituisca oggetto del dolo (oggetto di rappresentazione) non solo la totalità degli elementi positivi, precedenti e concomitanti alla condotta, ma altresì gli elementi negativi del fatto, cioè l'assenza di situazioni previste dalla legge come scriminanti.

Che l'agente debba rappresentarsi, nota l'Autore, anche tali elementi si desume dall'art. 59, 4° co., c.p., essendo pacifico che questa disposizione, pur usando la generica locuzione di cause di esclusione della punibilità, faccia riferimento solo alle giustificanti.

Per versare in dolo, occorre, pertanto, la consapevolezza di agire in assenza di scriminanti.

Per Grosso, si tratta di una soluzione inaccettabile.

Esigere, agli effetti del dolo, la rappresentazione da parte dell'agente dell'assenza di tutte le cause di giustificazione significherebbe richiedere un atteggiamento psicologico mai riscontrabile nella realtà: l'autore di un reato

non si pone il problema dell'esistenza o meno delle cause di giustificazione e si limita a rappresentarsi ciò che realizza positivamente.

Prescindendo, per il momento, dalla disamina delle argomentazioni favorevoli o contrarie al riconoscimento della rilevanza degli elementi soggettivi delle scriminanti, pare opportuno sottolineare come il problema vada affrontato con estrema cautela, in quanto impone che si proceda ad un'attenta analisi delle singole fattispecie scriminanti, tesa a verificare se esse operino indipendentemente o condizionatamente alla sussistenza di un determinato substrato rappresentativo.

Ciò per tre essenziali ordini di ragioni.

Non si può riconoscere la priorità logica all'esegesi delle singole norme scriminanti rispetto all'interpretazione dell'art. 59, c. 1, c.p., nel senso che questa non può essere anteposta a quella, ma vi si può ricorrere soltanto una volta riconosciute l'ambiguità e l'equivocità di quegli elementi costitutivi riconoscibili come soggettivi.

L'abrogazione della clausola di salvezza vigente fino al 1990 non può essere intesa come sopravvenuta inconfigurabilità di elementi soggettivi all'interno delle cause di giustificazione, ma, più semplicemente, come riconoscimento della sua inutilità, stante il potere implicito di deroga che la *lex specialis* può comunque esercitare nei confronti di quella *generalis*.

L'art. 59, c. 1, c.p., infine, è norma dall'ambiguo significato, sia per lo scarso rigore terminologico che la contraddistingue, che per la discutibile collocazione topografica di quella che dovrebbe essere la disciplina delle cause di giustificazione.

Circostanza, questa, confermata dal fatto che non è mancato chi ne ha proposto una diversa interpretazione, intendendola come mera specificazione del disposto dell'art. 49, c. 1, c.p. e, pertanto, come norma tesa soltanto a ribadire l'irrilevanza del putativo, quando ridonda in *malam partem*.

L'operatività della causa di giustificazione, dunque, non sarebbe impedita dalla opinione che il soggetto agente abbia sulla liceità della propria condotta.

L'utilità di compiere un'analisi della struttura di composizione delle fattispecie scriminanti è riscontrabile sul piano della migliore ricostruzione del contenuto delle norme che le prevedono: l'individuazione della struttura soggettiva di specifici elementi delle singole cause di giustificazione è finalizzata, infatti, allo studio della compatibilità di tale peculiarità strutturale con la disciplina generale delle scriminanti.

Si pensi, ad esempio, alla rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione ignorate, alla equiparazione delle scriminanti putative a quelle realmente esistenti, alla comunicabilità o meno delle cause di non punibilità ai concorrenti.

– CAPITOLO I –

LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

NOZIONI INTRODUTTIVE.

SOMMARIO: 1. La nozione di causa di giustificazione. – 2. Le cause di giustificazione e la struttura del reato. – 2.1 La teoria tripartita degli elementi del reato. – 2.2 La teoria degli elementi negativi del fatto. – 3. La *ratio* sottesa alle cause di giustificazione. – 3.1 Il modello monistico. – 3.2 Il modello pluralistico. – 4. Fonti, integrazione analogica e validità delle norme che configurano cause di giustificazione. – 5. L'efficacia nel tempo delle cause di giustificazione. – 6. Le cause di giustificazione nel concorso di persone nel reato. – 7. Cause di giustificazione e concorso di norme. – 8. La disciplina delle cause di giustificazione. – 9. Confronto tra categorie affini.

§ 1. LA NOZIONE DI CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE.

La nozione di causa di giustificazione è stata elaborata dalla teoria dell'illecito, a cominciare dalla teoria del reato, assumendo come postulato l'unità dell'ordinamento giuridico.

L'autonomia delle sue singole parti è autonomia di strutture e funzioni all'interno di un quadro unitario, il cui legame unificante è rappresentato dalla Costituzione, dalla quale tutte le altre leggi ripetono la loro legittimità¹.

¹ Cfr. ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), r.a. Darmstadt 1987.

Ciò che compete alle singole parti dell'ordinamento è l'autonoma scelta dei fatti da includere tra i presupposti delle relative sanzioni; una scelta che, naturalmente, può sfociare nell'inclusione di uno stesso fatto entro più cataloghi: tra i presupposti di più sanzioni qualitativamente diverse².

Per attivare anche una sola sanzione, il fatto deve essere innanzitutto illecito.

In qualche luogo dell'ordinamento, per soddisfare le più diverse finalità, può profilarsi una norma a sé stante, con conseguenze giuridiche antitetiche alla sanzione penale: una norma, cioè, che preveda espressamente il fatto di reato, e, quindi, una specifica offesa ad un bene giuridico, come contenuto di un dovere o di una facoltà di realizzarlo.

La vicendevole incompatibilità di quelle conseguenze giuridiche, ricollegate ad uno stesso fatto, fa sorgere un conflitto tra le norme che le statuiscono: una delle due, come in ogni conflitto di norme, deve cedere il passo³.

La risoluzione del conflitto esige una scelta giuridica, che viene operata dall'intero ordinamento giuridico: prevarrà la norma, ovunque situata, che attribuisce la facoltà o impone il dovere di realizzare il fatto, ed il cui scopo giuridico legittimerà il sacrificio del bene tutelato dalla norma penale soccombente.

Causa di giustificazione è, appunto, il nome coniato per designare l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che autorizza o impone la realizzazione di un fatto, previsto anche tra i presupposti di una o più sanzioni, qualificandolo ovunque come lecito o giustificato, nel senso di conforme all'intero ordinamento, e precludendo che assuma l'opposta qualificazione di illecito, indispensabile per l'applicabilità di ogni sanzione.

² Per una disamina approfondita dell'istituto delle cause di giustificazione, cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in Dig. disc. pen, II, 131 ss.

³ Così MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico – criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 1228 ss.

Non soltanto le norme scriminanti sono situate in qualunque luogo dell'ordinamento giuridico, ma dispiegano i loro effetti sull'intero ordinamento.

La virtù delle cause di giustificazione è di prevalere anche sulle norme configgenti che ricollegano al fatto quelle meno gravi sanzioni: il fatto facoltizzato o doveroso non sarà, quindi, né punibile (se sanzionato da una pena), né assoggettabile a sanzioni civili amministrative ecc.

Marinucci⁴ osserva come la localizzazione delle scriminanti in qualunque luogo dell'ordinamento sia resa visibile dall'art. 51 c.p. sull'*esercizio di un diritto o adempimento di un dovere* imposto da una norma giuridica.

Si tratta, ad avviso dell'Autore, di una norma in bianco: qualunque norma giuridica, ovunque collocata, che attribuisca un diritto o che imponga un dovere, rende non punibile, perché lecito, il fatto commesso rispettivamente nel suo esercizio o nel suo adempimento.

Si tratta di una norma in bianco che, enunciata nel Codice Penale ed espressamente riferita ai fatti di reato, viene intesa come espressione di principi generali dell'Ordinamento che, come tali, esplicano i loro effetti sull'intero Ordinamento Giuridico: le norme attributive di diritti e le norme che impongono doveri prevalgono su tutte le norme dell'Ordinamento che, allo stesso fatto, ricollegano una qualunque sanzione⁵.

Carattere di principio generale dell'Ordinamento viene riconosciuto da Marinucci anche alla scriminante del consenso dell'avente diritto.

Espressamente enunciata nel Codice Penale per i fatti di reato cui è applicabile, la norma viene ritenuta norma dell'intero Ordinamento Giuridico, che prevale su tutte le norme che, ai fatti lesivi o pericolosi per i beni disponibili, ricollegano una qualunque sanzione.

⁴ MARINUCCI, ult. loc. cit.

⁵ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano XVI ed., 90 ss.; sul carattere di norma in bianco dell'art. 51 c.p. cfr., tra gli altri, GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1960, 199; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 359 ss.

A livello terminologico, si precisa che l'espressione cause di giustificazione è estranea al linguaggio del codice e costituisce una categoria di matrice dottrinale.

Di qui la pluralità di espressioni quali *cause di liceità* o *cause oggettive di esclusione del reato*: ma tali termini possono, se non si precisano nel contesto, ingenerare confusione.

La mancata utilizzazione di essa da parte del legislatore si spiega⁶ con la circostanza⁷ che si è preferito parlare più genericamente di circostanze che

⁶ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, parte generale, Bologna IV ed., 226.

⁷ Cfr., sul punto, ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1991, 40 ss.: “Il Codice Penale italiano, nella parte centrale del suo Libro I, dedicata al reato, contiene numerose disposizioni nelle quali si usa l'espressione *non punibilità*.”

Così, per esempio, non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito e forza maggiore (art. 45), oppure chi ha commesso il fatto per esservi stato da altri costretto mediante violenza fisica (art. 46), o, ancora, chi commette un fatto non costituente reato nella supposizione erronea che esso costituisca reato, o quando, per la inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso (art. 49, c. 1 e 2).

La medesima espressione, non punibilità, viene impiegata, subito dopo le norme ora citate, per indicare il trattamento dell'autore di un fatto corrispondente al tipo in presenza di un consenso dell'avente diritto (art. 50), o di una situazione di difesa legittima, o di uso legittimo delle armi (art. 53) o di stato di necessità (art. 54). Oltre a queste disposizioni di parte generale, ve ne sono poi non poche altre che, con riferimento a singole ipotesi o a gruppi pur sempre circoscritti di casi, alludono parimenti ad una non punibilità dell'autore: per esempio, non è punibile chi dà rifugio o fornisce vitto a talune delle persone che partecipano ad un'associazione cospirativa o ad una banda armata, quando la persona assistita sia un prossimo congiunto; non è punibile per omessa denuncia di reato, né per altri delitti specificamente indicati contro l'amministrazione della giustizia, chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se medesimo o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore, sempre che non vi sia stata violenza alle persone; inoltre, non è punibile chi abbia commesso un delitto contro il patrimonio in danno del coniuge non legalmente separato, o di un ascendente, o affine in linea retta, o dell'adottante o dell'adottato, oppure di un fratello o sorella conviventi (art. 649, c. 1) e così via.

Come si può constatare, il Legislatore del Codice non ha ritenuto opportuno impegnarsi su qualificazioni dogmatiche a quel tempo non ben definite, preferendo lasciare all'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza la progressiva emersione delle differenti categorie in cui la non punibilità, per una esauriente e convincente articolazione della struttura del reato, può e deve correttamente trovare adeguata specificazione. Nessuno può dubitare che dietro un'apparente indistinta non punibilità si celano giudizi di valore profondamente differenti gli uni dagli altri.

L'attenzione della dottrina, per esempio, si è soffermata sull'esistenza di non punibilità che costituiscono il semplice riflesso di una radicale non corrispondenza al tipo, per essere la condotta del soggetto dovuta a forza maggiore o a costringimento fisico; oppure si sono meglio individuati casi nei quali il fatto dell'autore, pur tipico secondo un modello legale di parte speciale, viene commesso in circostanze tali da fargli perdere la sua connotazione negativa, cosicché risulta conclusivamente approvato dall'ordinamento, o, comunque,

considerato come espressione di libertà; o, ancora, si sono delineati con maggiore chiarezza casi di non punibilità nei quali il giudizio di disvalore relativo al fatto è fuori discussione, ma ragioni di opportunità pratica, in considerazione della tutela di interessi diversi e non suscettibili di comparazione con quello offeso dal reato, consigliano di soprassedere alla concreta punizione”.

escludono la pena (art. 59 c.p.), evitando, così, di prendere posizione sulla loro specifica qualificazione dogmatica all'interno della teoria del reato.

Fiandaca e Musco sottolineano, inoltre, come la generica ed ampia formula delle *circostanze o cause di esclusione della pena* abbia finito col trasformarsi in un "contenitore" che ricomprende tutte le situazioni in presenza delle quali il Codice dichiara un "soggetto non punibile": situazioni tra loro assai eterogenee e, perciò, non riconducibili ad un principio ispiratore unitario.

Gli Autori richiamano, quindi, esemplificamente alcune disposizioni che escludono la punibilità dell'agente: non punibile è dichiarato chi agisce per legittima difesa (art. 52 c.p.), o nell'esercizio di un diritto (art. 51 c.p.); parimenti, non punibile è dichiarato l'incapace di intendere e di volere; non è punibile chi commette un delitto contro l'amministrazione della giustizia per evitare la condanna di un prossimo congiunto (art. 384 c.p.), ovvero il figlio che ruba ai danni di un genitore (art. 649 c.p.).

Anche Mantovani⁸ rileva l'ambiguità del linguaggio del Codice (art. 59 c.p.), ove si parla di "circostanze di esclusione della pena", atteso che deve escludersi che le scriminanti impediscano la punibilità di un fatto che sarebbe pur sempre nato come penalmente illecito, dovendosi affermare che esse escludono l'offesa, costituendo dei limiti alla tutela del bene giuridico: in loro presenza manca l'offesa, per la semplice ragione che il bene non è più tutelato dalla norma.

Il principio fondamentale delle cause di giustificazione è rintracciato, comunemente, nel principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico.

I rapporti tra norma permissiva e norma di divieto sono contrassegnati dal fatto che l'eventuale operare della norma permissiva non modifica, né limita la materia del divieto, ma soltanto ne esclude l'applicabilità ai casi concreti, in cui ricorra anche l'ipotesi prevista dalla norma permissiva.

⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, V ed., 232.

Ogni norma permissiva, di conseguenza, viene a trovarsi in una situazione di conflitto con una norma che contiene il divieto penalmente sanzionato. In tale conflitto, la norma permissiva è destinata a prevalere, perchè presenta, rispetto alla norma di divieto, un elemento specializzante: disciplina sostanzialmente i casi in cui, oltre a tutti gli elementi descritti dalla singola norma incriminatrice, sono presenti altresì quelli descritti dalla norma permissiva⁹.

Il fondamento tecnico – dommatico consiste, per i fautori della teoria degli elementi negativi del fatto¹⁰ nell’assenza di tipicità del fatto scriminato, in quanto le scriminanti costituirebbero, sotto il profilo formale – descrittivo, elementi oggettivi “negativi” della fattispecie criminosa, che devono, cioè, mancare perché esista il reato¹¹.

Sotto il profilo sostanziale, le scriminanti escludono l’offesa, costituendo dei limiti alla tutela del bene: in presenza di esse manca l’offesa per la semplice ragione che il bene non è più tutelato dalla norma.

Vi sarà, in altri termini, un’offesa in senso naturalistico¹², ma non un’offesa in senso giuridico, perché, appunto “giustificata”.

Antolisei¹³ sottolinea come la ragione sostanziale sottesa all’eliminazione dell’antigiuridicità del fatto sia da ravvisare nella mancanza di danno sociale.

⁹Così chi uccide taluno da cui sia stato assalito proditoriamente: il caso appare, in astratto, regolato contemporaneamente sia dall’art. 575 c.p., che dall’art. 52 c.p. se, nell’ipotetico conflitto tra le due norme, a soccombere fosse l’art. 52, la disposizione ivi contenuta risulterebbe *inutiliter data*, perchè mai applicabile.

La sua prevalenza nei singoli casi, invece, non esclude affatto la validità generale del divieto di uccidere, che rimane applicabile a tutti i casi di uccisione in cui non sia contemporaneamente presente l’elemento specializzante “legittima difesa”.

¹⁰ Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 233.

¹¹ Es.: l’omicidio consiste nel cagionare la morte, ma in assenza degli estremi della legittima difesa, stato di necessità, uso legittimo delle armi, adempimento del dovere.

Esse, infatti, sono soggette ad una disciplina simmetrica a quella degli elementi positivi.

Parimenti essenziale è, infatti, l’esistenza e degli elementi positivi, e di quelli negativi (cioè l’inesistenza delle scriminanti), sia sotto il profilo oggettivo, sia soggettivo: la loro mancanza oggettiva esclude la illiceità; la loro mancanza putativa esclude la colpevolezza, cioè il dolo e, se scusabile, anche la colpa; la loro esistenza putativa è irrilevante.

¹² Es.: la perdita della vita nell’uccisione per legittima difesa.

¹³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano XVI ed., 273 ss.

Allorché esse ricorrono, infatti, l'azione non contrasta con gli interessi della comunità come avviene normalmente, e ciò perché in quelle determinate situazioni sono necessarie per salvare un interesse che ha un valore sociale superiore, o per lo meno uguale a quello che si sacrifica.

Esulando per tal modo il danno sociale, l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva non ha più ragione d'essere¹⁴.

Parte della dottrina riconosce alle cause di giustificazione una funzione di orientamento della condotta del soggetto agente¹⁵.

Le cause di giustificazione non hanno, osserva Moccia¹⁶, come il *Tatbestand*, la funzione di descrivere determinati accadimenti, bensì hanno come riferimento una serie aperta di singole fattispecie concrete.

Esse concorrono, unitamente al *Tatbestand*, a delineare il modello legale a cui riportare il singolo avvenimento giuridicamente rilevante e, quindi, a definire la regola di condotta a cui deve uniformarsi il destinatario della norma.

In questo contesto, anche la prospettiva del bene giuridico viene a svolgere un ruolo significativo; se, infatti, si esige che le norme incriminatrici, per essere legittimamente poste, siano orientate alla tutela di beni giuridici di particolare significatività, alla stessa stregua le cause di giustificazione devono operare in senso scriminante di accadimenti avvertibili chiaramente in termini di liceità, perché complessivamente diretti alla tutela di interessi meritevoli di protezione o, comunque, di maggior protezione.

¹⁴ Questa situazione appare in chiara luce nella legittima difesa. Di fronte all'interesse alla vita o all'integrità personale dell'aggressore, sta l'interesse opposto dell'agredito. Poiché l'aggressore si è posto contro il diritto, non è dubbio che l'interesse dell'agredito abbia un valore socialmente più elevato. La lesione dell'interesse del primo, essendo indispensabile per evitare un male che, dal punto di vista della comunità, è maggiore, non è certamente un fatto antisociale. Il contrasto degli interessi è anche più evidente nell'ipotesi dell'adempimento di un dovere. C'è da un lato, ad esempio, l'interesse del condannato alla libertà personale; dall'altro, l'interesse dello Stato all'esecuzione della sentenza di condanna. Il pubblico ufficiale che, per dovere del suo ufficio, arresta il condannato, lungi dal compiere un fatto antisociale, agisce proprio nell'interesse della collettività.

¹⁵ Riconosce alle cause di giustificazione una funzione di orientamento della condotta GÜNTHER, *Strafwürdigkeit und Strafunrechtstauschluss*, Köln 1983, 89 ss. quando parla di partecipazione dell'antigiuridicità al compito, del diritto penale e del fatto di reato, di selezionare le condotte antigiuridiche secondo i criteri teleologici del sistema penale.

¹⁶ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 191 ss.

Già questo tipo di esigenze, rileva l'Autore, ha significativi riflessi in tema di prevenzione, oltre che in tema di garanzia della libertà individuale, in quanto il complessivo obbligo penalmente rilevante diviene di più agevole ricostruzione.

La migliore riconoscibilità dell'*Unrecht*, l'illecito complessivo, composto da un fatto tipico ed antigiusuridico, favorisce, sul piano generale, l'adesione al valore che esso esprime e determina una più chiara comprensione della reale portata della minaccia della sanzione; sul piano individuale, essa pone il soggetto che abbia realizzato l'illecito nella condizione, essenziale ai fini della sua integrazione sociale, di rendersi completamente conto del disvalore della propria condotta.

Le cause di giustificazione, in sintesi, possono definirsi quelle speciali situazioni nelle quali un fatto, che di regola è vietato dalla legge penale, non costituisce reato per l'esistenza di una norma che lo autorizza o lo impone.

Sono fatti dell'intero Ordinamento Giuridico: attraverso un bilanciamento di interessi contrapposti, singole norme poste nei diversi rami dell'Ordinamento Giuridico precludono il sorgere dell'antigiuridicità del fatto, rendendo lecita la materiale lesione di un bene giuridico alla cui tutela è dedicata una norma incriminatrice.

In conseguenza delle cause di giustificazione non è dovuto alcun risarcimento del danno¹⁷.

¹⁷ Problematica, in tale ambito, è la natura dell'obbligo di indennizzo previsto per lo stato di necessità dall'art. 2045 c.c.

§ 2. LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E LA STRUTTURA DEL REATO.

La disamina della posizione che, nella struttura del fatto illecito, rivestono le cause di giustificazione, rappresenta una tappa fondamentale e tradizionale degli studi aventi ad oggetto il fatto antigiuridico penale.

Si può, anzi, affermare che la problematica ad esso inerente nacque e si sviluppò intorno ad un nucleo iniziale, originato dalla constatazione della presenza, nell'ordinamento penale, di situazioni normativamente prefigurate, in presenza delle quali un fatto, pur apparentemente conforme ad una figura incriminatrice non determina il verificarsi della conseguenza sanzionatoria prevista da quel settore dell'ordinamento per quel tipo di comportamento¹⁸.

Le cause di giustificazione sono diversamente collocate all'interno della struttura del reato secondo che i momenti essenziali di quella figura unitaria, che è il reato, siano identificati, in sede di analisi nel fatto, nell'antigiuridicità oggettiva e nella colpevolezza¹⁹; oppure siano ridotti all'aspetto oggettivo ed a quello soggettivo del reato, salva la possibilità di una loro scomposizione ulteriore²⁰.

Se si aderisce alla teoria tripartita, le cause di giustificazione trovano autonoma collocazione all'interno dell'elemento dell'antigiuridicità.

¹⁸ Così DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in Enc. Dir, II, 542 ss; PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità oggettiva*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 532 ss.

¹⁹ Cfr. per tale concezione la classica opera di DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1931, 13 ss.

Non aderisce a tale concezione PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1963, 337 ss., il quale, pur riconoscendo che gli elementi del reato sono il fatto, la colpevolezza e l'antigiuridicità, assume il termine antigiuridicità nel significato convenzionale di assenza di cause di giustificazione e la configura come elemento negativo, o meglio espresso negativamente, del reato.

²⁰ Cfr., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 160 ss.

All'interno del sistema bipartito, invece, le cause di giustificazione perdono la propria autonomia, per essere conglobate all'interno dell'elemento oggettivo del reato.

Pare opportuno evidenziare che nessuno dei modelli in esame è "giusto" o "errato": potrà essere utilizzato l'uno o l'altro a seconda degli specifici aspetti funzionali che si ritenga più opportuno evidenziare: la totale estraneità alla funzione tipizzatrice dei fatti che possono interessare il diritto penale e la loro specifica rilevanza sul terreno della delimitazione dell'area dei fatti penalmente antiggiuridici, da un lato; la posizione simmetrica che essi presentano rispetto agli elementi che tipizzano ogni singolo reato a fronte del giudizio di illiceità e della disciplina dell'errore, dall'altro.

§ 2.1 LA TEORIA TRIPARTITA DEGLI ELEMENTI DEL REATO.

Secondo questa concezione, elementi fondamentali del reato sarebbero tre: il fatto, l'antigiuridicità, la colpevolezza.

Il fatto risulterebbe dall'insieme degli elementi specifici, tipici di ogni reato; l'antigiuridicità, intesa dai sostenitori tradizionali della concezione tripartita come antigiuridicità oggettiva, distinta da quella penale e corrispondente ad un asserito momento di valutazione oggettiva operato dalla stessa norma incriminatrice²¹, emergerebbe dalla assenza delle cause di giustificazione, la cui presenza renderebbe, invece, eccezionalmente lecito il fatto tipico; la colpevolezza completerebbe il reato per ciò che attiene alla sua dimensione soggettiva.

Sul terreno dell'accertamento, dunque, dovendo stabilire se un determinato fatto storico costituisca o meno reato, l'operatore giuridico dovrà, innanzitutto, chiarire se il fatto posto in essere storicamente corrisponda agli estremi di un modello legale di reato; dovrà, in secondo luogo, verificare se il fatto conforme al modello astratto di reato sia stato compiuto in presenza o in assenza di cause di giustificazione.

Ove accerti la mancanza di tali cause, dovrà, infine, determinare se il fatto compiuto in assenza delle stesse sia stato realizzato con l'elemento soggettivo richiesto agli effetti dell'incriminazione.

I seguaci della concezione tricotromica considerano elemento essenziale del reato l'antigiuridicità oggettiva, intesa come qualifica di disvalore riferibile al fatto e ravvisano nelle cause di giustificazione cause di

²¹ Così DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., 20 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico – criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 1190 ss.

esclusione dell'antigiuridicità e, quindi, del reato²² e distinguono da esse le altre scriminanti, che, secondo tale concezione, presuppongono il reato ed incidono esclusivamente sulle sue conseguenze²³.

Il giudizio di antigiuridicità, in altri termini, si risolve strutturalmente nella verifica che il fatto tipico non è coperto da alcuna causa di giustificazione.

Individuate, con la previsione di fatti tipici, specifiche offese di beni degni di tutela penale, l'Ordinamento deve decidere se vietare effettivamente il comportamento lesivo e considerarlo antigiuridico, o, nonostante la sua carica di offensività, legittimarlo in considerazione della esistenza di interessi contrapposti maggiormente meritevoli di protezione giuridica. Prevedendo le cause di giustificazione, opta per questa seconda soluzione: l'assenza di tali cause consente di qualificare il fatto tipico come antigiuridico²⁴

La categoria dell'antigiuridicità, intesa nel senso appena precisato, ha carattere oggettivo: costituisce, cioè, una qualità oggettiva del fatto tipico, che, come tale, prescinde ed è distinta dalla colpevolezza.

²² Per un'ampia disamina sulla tematica delle teorie del reato, cfr. CONCAS, voce *Scriminanti*, in Nov. dig. it., 793 ss; GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, in Enc. giur.; MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in Dig. disc. pen., 332 ss.; GALLO – SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in Enc. giur.

²³ Cfr. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950, 58 ss., che critica il concetto di antigiuridicità oggettiva.

È sufficiente evidenziare, in questa sede, che la principale critica si fonda essenzialmente sulla impossibilità di isolare all'interno della fattispecie penale un gruppo di elementi ai quali riferire la qualifica di antigiuridicità oggettiva, e ciò per la mancanza di un parametro normativo di tale valutazione.

Non potendo lo stesso essere offerto dalla norma penale, dalla quale può ricavarsi soltanto la qualifica di antigiuridicità penale, che, però, investe il reato nella sua interezza.

Inoltre, pur riconoscendosi la frequente, ma non costante pluridimensionalità dell'illecito, si esclude che dalle norme extrapenali possa ricavarsi un criterio di giustificazione, in termini di antigiuridicità non penale, di una frazione della fattispecie criminosa, quanto meno perché la illiceità extrapenale della condotta punibile è un dato frequente, ma non assoluto.

²⁴ Mentre una parte di dottrina ha considerato le norme che prevedono cause di giustificazione pur sempre "porzioni", "frammenti", "limiti" delle norme penali incriminatici, altri nel quadro della impostazione tripartita non ha esitato a configurare, invece, tali disposizioni come norme autonome in collisione con quelle penali; è stato, anzi, sostenuto che esse, norme dell'intero Ordinamento Giuridico, non avrebbero natura specificamente penale, ed, in quanto tali, sarebbero estranee al sistema di garanzie previsto per tale settore dell'ordinamento giuridico. Cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*. cit., 1236 ss.

Questo modo di intendere l'antigiuridicità corrisponde alla stessa impostazione codicistica²⁵: l'art. 59, nel fissare la regola della rilevanza obiettiva delle cause di giustificazione, nel senso che esse operano anche se non conosciute dall'agente, presuppone, infatti, un'antigiuridicità concepita su basi puramente oggettive²⁶.

²⁵ Così FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 163 ss.

²⁶ Sulla compatibilità tra la teoria degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione e la teoria tripartita degli elementi del reato, cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova 1980, 121 ss.: “Nessuna incompatibilità si ravvisa tra la teoria degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione e la teoria degli elementi negativi del fatto.

Essendo, infatti, considerate, in tale prospettiva, del tutto equivalenti, sul piano funzionale, tutte le scriminanti, quale che sia la loro struttura di composizione, in quanto tutte e sempre escluderebbero la conformità del fatto alla fattispecie tipica, è chiaro che la particolarità strutturale di tipo subiettivo, in determinate ipotesi di scriminanti, non è idonea ad alterarne la possibilità di riconduzione al quadro teorico generale che loro compete. Più difficile e delicato, invece, sarebbe conciliare la teoria soggettiva con la cd. concezione tripartita.

Qui sembra, infatti, scarsamente compatibile con la distinzione antigiuridicità – colpevolezza, l'individuazione di fattispecie scriminanti a struttura solo parzialmente subiettiva. Sembra, infatti, che, accolta la nozione di antigiuridicità oggettiva, non sia agevole postularne la esclusione per effetto di valutazioni che, in concreto, non possono o non potrebbero esprimersi, se non prendendo in considerazione specifici atteggiamenti subiettivi del soggetto.

La dottrina più attenta ha già da tempo notato che sussiste o può sussistere una categoria degli elementi subiettivi delle cause di giustificazione. Così come non vi sono particolari resistenze nell'ammettere che, in determinati casi, il giudizio di antigiuridicità oggettiva, pur restando tale, possa essere condizionato dalla necessaria verifica della sussistenza di taluni elementi subiettivi, così pure può e deve ammettersi, con pari ed equivalente validità dogmatica, che talune cause di esclusione dell'antigiuridicità, pur restando tali, possano e debbano essere, a loro volta, condizionate dal riscontro di specifici elementi di fattispecie a struttura subiettiva. Nessuna incompatibilità, dunque, anche sul terreno dogmatico, può rinvenirsi tra la tesi della rilevanza soggettiva degli elementi nella struttura delle cause di giustificazione ed i postulati fondamentali della teoria tricotomica: onde, in conclusione, può veramente riaffermarsi il ruolo primario e decisivo che, nelle indagini di diritto positivo, compete all'interpretazione sulla pura dogmatica, così come può, per altro verso, ottenersi una interessante conferma della legittimità di più ipotesi dogmatiche sulla teoria generale del reato, ancorché i dati normativi siano i medesimi. Anzi, proprio la possibilità di una coesistenza, ugualmente ammissibile sul piano logico e su quello della aderenza alle effettive esigenze espresse dalle norme, di più teorie, è, in definitiva, un risultato di non lieve interesse, che vale a ribadire, alla fine, il valore delle indagini di tipo dogmatico: che hanno significato, e sono di effettivo ausilio per l'operatore del diritto, solo in quanto valgono, appunto, a chiarire, sempre di più e meglio, nei suoi termini generali, i modelli teorici di funzionamento del sistema, ma non possono pretendere di deformare la realtà, né di piegarla a malintesi scopi di coerenza con le proprie personali vedute. In quest'ordine di idee, può agevolmente comprendersi come e perché sia possibile immaginare una sistemazione delle scriminanti anche diversa da quella loro assegnata dalle teorie della cd. concezione tripartita e da quella degli elementi negativi della fattispecie; e, si può aggiungere, può comprendersi anche come, pur rispetto ad eventuali diverse ipotesi dogmatiche, che sono state formulate in dottrina, i risultati interpretativi non siano destinati a mutare”.

L'autonomia dell'antigiuridicità quale connotato distinto dalla colpevolezza è suffragata, peraltro, dal suo atteggiarsi a categoria unitaria in seno a tutto l'Ordinamento: ed invero, vi sono settori nei quali il giudizio di contraddizione tra fatto e diritto tende sempre più a prescindere dall'esistenza di requisiti soggettivi di imputazione, con conseguente progressivo incremento delle ipotesi di responsabilità obiettiva²⁷.

L'importanza storica della impostazione tripartita è indiscussa.

Il concetto di fatto tipico si inseriva nel filone di diritto penale tedesco teso ad assicurare sul terreno della legalità le garanzie fondamentali.

Esso può sostenere efficacemente il ruolo di pietra angolare della struttura del reato solo se si lascino emergere le sue componenti teleologiche: funzione di individuazione della fisionomia degli stessi beni giuridici, funzione di graduazione della intensità delle aggressioni all'oggetto della tutela²⁸.

Permette, inoltre, di distinguere l'episodio giuridicamente del tutto irrilevante dal fatto che, penalmente lecito perché scriminato, in quanto conforme al modello astratto di un reato è comunque denso di significato etico – giuridico.

Le tre categorie sistematiche in cui tale teoria scompone il reato assolvono, inoltre, funzioni specifiche, corrispondenti ciascuna ad un peculiare aspetto della tecnica di tutela penalistica: funzioni specifiche emergenti non soltanto a livello concettuale – classificatorio, ma anche sul terreno delle garanzie formali, nonché sul piano delle stesse finalità politico-criminali perseguite dal diritto penale quale strumento di controllo sociale.

La teoria in esame presenta l'ulteriore vantaggio di riflettere con grande trasparenza le componenti strutturali del reato.

²⁷ Ciò accade in particolar modo nel settore civilistico; per maggiori approfondimenti, cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit, 132 ss.

²⁸ Così GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, cit.

Il metodo tripartito scandisce i passaggi, in cui normalmente si snoda il processo mentale del giudice in sede di accertamento del fatto di reato²⁹.

Fiandaca e Musco³⁰ sottolineano come la concezione tripartita, pur presentandosi come la più idonea ad essere utilizzata nella prassi applicativa, non sia riuscita ad affermarsi nell'ambito della giurisprudenza italiana, la quale, pur rimanendo tendenzialmente legata al modello naturalistico della contrapposizione "elemento oggettivo – elemento soggettivo" continua a mantenere sul terreno della teoria generale del reato atteggiamento ambigui.

Il punto più controverso concerne soprattutto la collocazione sistematica delle cause di giustificazione. La giurisprudenza dominante ha tradizionalmente escluso che esse ineriscano alla struttura del reato, qualificandole come cause esterne, impeditive della punibilità e, perciò, suscettive di operare soltanto ove ne sia stata raggiunta la prova piena.

Una simile tesi, però, obiettano gli Autori, non riflette un'autentica scelta di teoria generale del reato, bensì rappresenta un espediente concettuale per assecondare preoccupazioni di difesa sociale: la ritenuta non appartenenza delle cause di giustificazione alla struttura del reato consente, infatti, di evitare che il dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione possa giustificare sentenze assolutorie.

Al contrario, se si ritiene che le esimenti abbiano la funzione di elidere un elemento costitutivo del reato, un dubbio sulla loro esistenza deve essere equiparato, quanto alla sua efficacia scagionante, al dubbio relativo a qualsiasi altro elemento integrante il fatto di reato.

La preferenza espressa dalla dottrina dominante per il sistema tripartito si giustifica, pragmaticamente, con la possibilità che la teoria in oggetto dà all'interprete di localizzare in modo compiuto le cause di giustificazione e di soffermarsi su regole e principi comuni dell'antigiuridicità.

²⁹ L'accertamento giudiziale di un omicidio presuppone, ad esempio: la prova del fatto tipico; la verifica dell'illiceità del fatto medesimo, sotto il profilo dell'assenza delle cause di giustificazione; la prova della colpevolezza dell'agente.

³⁰ FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 157 ss.

La configurazione dell'antigiuridicità come autonomo elemento costitutivo del reato, infatti, contiene una duplice e significativa implicazione.

Da un lato, in linea con le esigenze di certezza del diritto, la distinzione tra fatto ed antigiuridicità sottolinea la necessità di separare l'oggetto della valutazione (il fatto concreto conforme al tipo) e la valutazione dell'oggetto, nei termini della sua contrarietà al diritto.

Ciò comporta una netta separazione tra gli elementi descrittivi della fattispecie ed i momenti valutativi di essa.

Dall'altro, il concetto di antigiuridicità implica la presa d'atto che l'esistenza di una lesione di beni che contrasti con il diritto obiettivo non ha nulla a che vedere con l'esistenza dei presupposti per un giudizio di riprovevolezza nei confronti dell'autore.

Antigiuridicità è, dunque, la realizzazione di un fatto tipico, quand'è riconducibile soltanto sotto la norma penale che lo vieta; essa sarà, invece, conforme al diritto quando sia riconducibile anche ad un'altra norma dell'Ordinamento, che la consente o l'impone; norma che, anche quando è compresa nel Codice Penale, in realtà non è penale ed ha, proprio per questo, l'efficacia di escludere l'antigiuridicità del fatto, non soltanto ai sensi del diritto penale, bensì in assoluto, con l'effetto di impedire che al fatto si ricolleghino anche eventuali conseguenze civili, amministrative ecc.

§ 2.2 LA TEORIA DEGLI ELEMENTI NEGATIVI DEL FATTO.

Secondo la teoria degli elementi negativi del fatto, le scriminanti, anziché presupporre la presenza di un autonomo fatto tipico costituito dagli elementi specializzanti di ciascuna figura di reato, farebbero parte del fatto come suoi elementi negativi oggettivi.

Le cause di giustificazione configurano, in altri termini, non come fatti giuridici impeditivi della conseguenza sanzionatoria condizionante l'antigiuridicità, bensì come elementi essenziali negativi del fatto penale.

Il verificarsi di uno di tali elementi, proprio come il non verificarsi di un elemento essenziale positivo, esclude la conformità del fatto al tipo normativo³¹.

Tale ricostruzione prende le mosse dalla considerazione che il significato di ogni norma, quale criterio di valutazione in termini di dover essere di un dato comportamento, può essere individuato solo coordinando tra loro le singole proposizioni che forniscono i parametri giuridici di tale valutazione attribuendo o, al contrario, negando la rilevanza al comportamento, in presenza di certe condizioni.

La norma penale non si esaurisce, pertanto, nella semplice descrizione della figura esterna del reato, ma risulta dalla combinazione di questa con tutte le altre disposizioni di carattere generale, contenute nel Codice Penale, ivi comprese quelle che in determinate situazioni consentono o, addirittura, impongono il fatto, altrimenti illecito.

Ne consegue che la situazione di fatto sulla quale cade la valutazione di antigiuridicità è costituita, oltre che da elementi positivi, anche da

³¹ Così GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 58 ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1960, 142 ss.

elementi negativi, i quali devono mancare perchè la suddetta valutazione possa ritenersi operante³².

Muovendo dalla considerazione secondo cui non sarebbe possibile riconoscere la rilevanza autonoma di momenti di valutazione antecedenti a quello di illiceità penale, i sostenitori della teoria in questione insistono sulla necessità di ricostruire nella sua interezza la norma penale incriminatrice dall'insieme dei "frammenti" che prevedono i diversi elementi costitutivi del reato (elementi positivi specializzanti di ciascun reato, cause di giustificazione, elemento soggettivo); si contesta, quindi, la configurabilità di "eccezioni ai comandi o ai divieti", ed *a fortiori* che le disposizioni che prevedono scriminanti possano influire con quelle penali incriminatrici.

Si afferma³³ che esse sono, invece, parti di tali ultime norme; si insiste sulla necessità di un criterio unitario di qualificazione giuridica che si estrinseca nella contemporaneità dei giudizi di tipicità ed anti-giuridicità; si sostiene la impossibilità di adottare una nozione razionalmente fondata di fatto che non comprenda, accanto agli elementi positivi oggettivi, le scriminanti precedute dal segno "meno"³⁴.

Ne consegue un rovesciamento del procedimento tradizionale di costruzione del reato, alla stregua del quale l'accertamento del fatto tipico, che non implica ancora il giudizio sulla sua anti-giuridicità, costituisce un presupposto del suo accertamento.

³² Sul punto, cfr. GALLO – SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, cit.

³³ Cfr., per tutti, NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1960, 23 ss; GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 18; ID., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano 1953, 113.

³⁴ In realtà, a fianco di queste posizioni rigorose, sul tronco della teoria degli elementi negativi è affiorata anche una posizione intermedia, tendente a fare coesistere due concetti di fatto: il fatto tipico in senso stretto, comprensivo dei soli elementi specializzanti di ogni reato, ed il fatto in senso lato, all'interno del quale trovano ulteriore collocazione le scriminanti come elementi negativi.

Se si considera che anche alcuni sostenitori dell'indirizzo opposto usano un analogo concetto di *Gesamtatbestand*, distinto dal fatto tipico, comprensivo, oltre che di quest'ultimo, dell'anti-giuridicità, della colpevolezza e delle condizioni di punibilità, la differenza tra le due posizioni sembrerebbe temperarsi, esaurendosi almeno formalmente soprattutto nel diverso modo di indicare le cause di giustificazione.

L'esistenza dell'antigiuridicità è "indiziata" dalla constatazione del fatto tipico, ma può essere affermata solo quando sia anche accertata la mancanza di cause di giustificazione³⁵.

La ragione storica che ha dato origine alla teoria degli elementi negativi del fatto è costituita dalla ricerca di espedienti concettuali che consentissero di risolvere il problema dell'errore sull'esistenza di cause di giustificazione nell'ambito di ordinamenti, come quello tedesco-occidentale, privi di una norma *ad hoc*³⁶.

Poiché nel Codice Penale tedesco, infatti, non esisteva una doppia norma, una regolatrice dell'errore sul fatto ed una dell'errore sulle cause di giustificazione, ma soltanto una disposizione che prevedeva la rilevanza dell'errore sul fatto, chi sosteneva che le scriminanti non appartenessero al fatto tipico, ma al mondo dell'antigiuridicità, poneva le premesse per considerare la supposizione erronea di una causa di giustificazione, dovuta ad errore di fatto come di diritto, sotto il profilo dell'errore sull'antigiuridicità e della relativa disciplina.

Proprio per reagire a tale conseguenza, ed allineare l'errore di fatto su di una scriminante, distinto dal corrispondente errore di diritto, all'errore materiale su di un elemento del fatto, è stata elaborata la teoria degli elementi negativi del fatto: una volta collocate le cause di giustificazione sullo stesso piano degli elementi positivi all'interno del *Tabestand*, si poteva, appunto, ritenere che non soltanto l'ignoranza o l'errore di fatto su di uno di tali elementi rilevassero come *Tatbestandsirrtum*, ma altresì la supposizione erronea, sempre dovuta ad errore materiale, degli estremi di una causa di giustificazione³⁷; e proprio per imporre a livello legislativo una soluzione

³⁵ Cfr. sul punto FIORE, *Diritto Penale*, parte generale, vol. I, Torino II ed., 130 ss.

³⁶ Costruendo le cause di giustificazione come elementi negativi del fatto se ne deduceva, infatti, che l'erronea supposizione della loro presenza valesse ad escludere il dolo allo stesso modo dell'errore relativo alla sussistenza di requisiti positivi della fattispecie criminosa. Sul punto, cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 164 ss.

³⁷ Per una più dettagliata analisi di questi profili, cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1961, 5 ss; ID., voce *Cause di giustificazione*, cit.

piuttosto che un'altra sul terreno del contenuto del dolo e dell'errore rilevante, tra gli anni '50 e '60 riprese vigore la discussione³⁸.

Contro la teoria degli elementi negativi del fatto, si è osservato³⁹ che essa pone sullo stesso piano elementi che rispondono a finalità diverse, e cioè, rispettivamente, alla finalità di tipizzare le “materie” che interessano il sistema penale ed a quella di definire i confini tra le ipotesi della loro anti giuridicità e della loro liceità.

Esprimendo con parole differenti concetti analoghi, si è rilevato che esse va respinta perché identifica tra loro il fatto e l'anti giuridicità, cioè l'oggetto di una valutazione e la valutazione stessa, o perché risolve il problema dell'anti giuridicità sommergendo tale elemento nel fatto.

Si è sostenuto che essa, in una falsa prospettiva di unità del reato, in realtà vanifica l'importante funzione esercitata dal fatto tipico sul terreno della identificazione dei comportamenti che interessano il diritto penale e che costituiscono indizio dell'anti giuridicità e dei beni meritevoli di protezione penale.

Il fatto tipico costituisce, infatti, un momento autonomo nella costruzione sistematica del concetto di reato, che, come tale, è indipendente dalla tecnica della previsione normativa: la sua distinzione dalle cause di giustificazione corrisponde a precise differenze di valore giuridico, che non possono essere misconosciute⁴⁰.

La distinzione tra fatto tipico ed anti giuridicità corrisponde, inoltre, ad una precisa graduazione di valori, giuridicamente rilevante: l'errore fondamentale di tale teoria consiste nel contestare una reale differenza tra ciò che è “permesso” e ciò che è “irrilevante” dal punto di vista giuridico – penale.

³⁸ Cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico – criminali*, cit., 1191 ss.

³⁹ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 36 ss.

⁴⁰ Così, l'uccisione di un uomo in stato di legittima difesa non può essere considerata equivalente all'uccisione di un insetto, che è fatto del tutto non tipico rispetto alla previsione dell'art. 575 c.p. cfr. FIORE, *Diritto Penale*, cit., 130 ss.

Si è osservato che essa perde di credibilità nel momento in cui è costretta a riconoscere che, a fianco degli elementi negativi – scriminanti, vi sono elementi negativi che fanno parte del fatto tipico⁴¹; si è sostenuto che, nata per risolvere razionalmente il nodo dell'errore sulle scriminanti, in realtà complica inutilmente il problema del contenuto del dolo, impegnando i suoi sostenitori in vere e proprie acrobazie logiche⁴².

La pecca fondamentale della teoria degli elementi negativi del fatto consiste, in definitiva, nel confondere due piani di valutazione: vi sono, infatti, comportamenti rilevanti dal punto di vista giuridico – penale, in quanto tipici, che sono proibiti, perché antigiuridici. Vi sono comportamenti, anch'essi rilevanti per il diritto penale, in quanto tipici, che non sono proibiti dall'ordinamento in quanto da esso permessi, perché giustificati.

Questi ultimi vanno tenuti nettamente distinti dalla serie innumerevole dei comportamenti atipici, che sono sempre irrilevanti per il diritto penale.

La dottrina degli elementi negativi del fatto misconosce la specifica funzione delle norme permissive che, essendo destinate a rendere lecito il compimento di azioni previste come reato, presuppongono necessariamente, per la loro rilevanza, l'esistenza di una condotta che presenti già tutti gli elementi del fatto che costituisce reato e che, proprio per questo, non possono essere configurate, al tempo stesso, come elementi di modificazione del fatto tipico.

L'accertamento dell'antigiuridicità dipende proprio da due successive ed autonome constatazioni, la prima delle quali concerne l'esistenza di un fatto conforme al modello dell'azione descritta in una norma incriminatrice speciale; la seconda consegue all'accertamento, con esito negativo, circa l'esistenza di situazioni nelle quali la realizzazione dell'azione conforme ad

⁴¹ I cosiddetti elementi costruiti negativamente descritti dalle singole disposizioni incriminatrici.

⁴² Quale sarebbe, ad esempio, l'affermazione secondo cui anche sul terreno del dolo rileverebbero, in corrispondenza degli elementi negativi oggettivi, elementi negativi soggettivi.

una fattispecie astratta di reato non è antigiuridica perché ricade sotto l'efficacia di una norma permissiva che limita l'applicazione del divieto contenuto nella norma incriminatrice.

§ 3. LA *RATIO* SOTTESA ALLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

Il fondamento delle cause di giustificazione è controverso.

La dottrina penalistica si è da tempo sforzata di elaborare i principi generali che presiedono alle cause di giustificazione, in ciò sollecitata dal duplice intento di rinvenirne il fondamento sostanziale e di dare adeguata sistemazione concettuale alla materia.

Tali tentativi perseguono anche un obiettivo pratico.

Per un verso, l'individuazione del fondamento delle scriminanti può giovare all'interpretazione del significato dei requisiti di ciascuna di esse.

Per altro verso, la conoscenza della *ratio* loro sottesa si rivela indispensabile ai fini di un'applicazione analogica delle esimenti medesime ai casi non espressamente preveduti dalla norma che di volta in volta la configura.

In argomento, si contendono il campo le teorie monistiche, secondo cui le cause di giustificazione sono tutte riconducibili ad un unico principio (ad esempio indicato nel “giusto mezzo per un giusto scopo riconosciuto dalla legge”), e le teorie pluralistiche, secondo cui il fondamento delle cause di giustificazione è molteplice e varia per ciascuna di esse.

Secondo parte della dottrina⁴³, in realtà non vi sarebbe un vero e proprio contrasto tra tesi, in quanto alla base delle cause di giustificazione vi è sempre un bilanciamento di beni od interessi risolto nel senso della legittimazione del comportamento che conserva il bene, o l'interesse prevalente, o uno dei due beni o interessi equivalenti in conflitto tra loro,

⁴³Cfr., per tutti, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale* 2006, 490 ss.

mutando poi per le singole scriminanti le ragioni specifiche di una scelta di questo genere⁴⁴.

Sia rinvenibile o meno un fondamento comune a tutte le scriminanti, rimane tuttavia un dato incontestabile: ciascuna causa di giustificazione presenta elementi ad essa propri: sicchè, nell'individuare portata e limiti di ogni scriminante, decisivo appare un approccio che tenga conto delle corrispondenti peculiarità contenutistiche⁴⁵.

⁴⁴ Così, alle radici del consenso dell'avente diritto non è tanto il venir meno dell'interesse del singolo a contare, quanto il riconoscimento di una sua libertà; nell'esercizio del diritto avviene qualcosa di molto simile.

⁴⁵ Così FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 228; MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova 2006, 11.

§ 3.1 IL MODELLO MONISTICO.

Secondo tale modello, tutte le cause di giustificazione presenterebbero un'unica e comune *ratio legis* che, di volta in volta, viene ravvisata nel “criterio del giusto mezzo adeguato per il raggiungimento di uno scopo approvato dall'ordinamento giuridico”, oppure nella “prevalenza del vantaggio sul danno”, o, ancora, nel “giusto temperamento tra interesse e controinteresse”.

La formula che stabilisce la cause di giustificazione quando un fatto sia giusto mezzo per un giusto scopo, parte dal presupposto che la norma giuridica è strumento di ordine e di giustizia: il compito del diritto è quello di regolare la vita associata dei membri della comunità e la norma costituisce il giusto mezzo per il raggiungimento di un giusto fine.

Un comportamento che risulti giusto mezzo per un giusto fine non può contrastare con una norma giuridica, così come un comportamento contrassegnato come antiggiuridico dal diritto positivo non si può mai considerarlo tale quando si presenta, rispetto allo scopo ultimo della comunità sociale, come giusto mezzo per un giusto fine. Altrimenti si dovrebbe ammettere che l'Ordinamento Giuridico contraddice se stesso.

Altro criterio proposto dalla dottrina in sostituzione di questa formula è il principio del bilanciamento dei beni.

La giustificazione dell'azione dipenderebbe dall'importanza del bene che si vuole salvare.

Il fatto giustificato presuppone, cioè, un conflitto di beni e, nella comparazione degli interessi corrispondenti, il bene sacrificato deve risultare di valore minore rispetto a quello che viene salvato.

L'individuazione della *ratio* delle scriminanti nel bilanciamento tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice ed altri interessi dell'Ordinamento costituisce un'acquisizione influenzata dalle dottrine neokantiane dell'antigiuridicità materiale.

Da quelle elaborazioni, è stato tratto l'orientamento del giudizio di antigiuridicità alla dannosità sociale della condotta⁴⁶: le scriminanti non costituiscono ipotesi di esclusione dell'illiceità fondate sulla prevalenza della fedeltà allo Stato o dell'intima moralità di un atteggiamento interiore sul significato lesivo del fatto tipico, ma sono orientate alla tutela di beni giuridici esterni, opposti a quelli individuati dal *Tatbestand* in senso stretto.

Perché un illecito penale venga meno, nonostante la realizzazione di un fatto, personale e lesivo, tipico, è necessario che la condotta sia allo stesso tempo rivolta alla tutela di un bene che l'ordinamento, date certe condizioni, considera prevalente.

Solo se il fatto è anche orientato verso la tutela di un bene giuridico può essere giustificato.

Ciò non significa che il bene tutelato dalla condotta scriminante debba essere in sé di rango superiore al bene offeso mediante la realizzazione del fatto tipico; le scriminanti contengono una serie di presupposti perché un fatto tipico che tutela un certo bene possa essere giustificato.

Tali presupposti costituiscono estrinsecazioni dei principi o criteri direttivi in base ai quali l'ordinamento ravvisa un interesse prevalente alla realizzazione della condotta scriminata; principi o criteri direttivi il cui significato teleologico e la cui portata, anche in relazione alle singole scriminanti, sono stati evidenziati soprattutto da Roxin⁴⁷ e che vanno individuati conformemente alle esigenze personalistico – solidaristiche delineate dalla Costituzione.

⁴⁶ Così CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli 2000, 447.

⁴⁷ ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema di diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di Moccia, Napoli 1998, 62 ss.

Il criterio del bilanciamento dei beni ha trovato le sue applicazioni pratiche soprattutto nella determinazione delle esimenti non previste espressamente dalla legge: ad esempio, nel trattamento medico-chirurgico, dove si può constatare come il dissenso del paziente e la limitazione della sua libertà costituiscono il sacrificio di un bene di gran lunga inferiore a quello della salute o dell'integrità fisica.

Lo stesso può dirsi per il consenso presunto, in cui la liceità del comportamento deriva dall'importanza pratica dell'interesse in vista del quale si agisce.

Il principio del bilanciamento dei beni ha incontrato delle riserve in una recente analisi dei principi che regolano le cause di giustificazione.

Si è, in particolare, rilevato che esso può costituire il presupposto obbiettivo della giustificazione solo in quanto sia in questione una lesione di beni giuridici della comunità; negli altri casi, si deve tener conto della subordinazione dei beni all'autonomia del singolo.

Mantovani⁴⁸ rileva che il fondamento logico – giuridico delle cause di giustificazione è dato dal principio di non contraddizione, per cui uno stesso ordinamento non può, nella sua unitarietà, imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare se stesso e la sua pratica possibilità di attuazione.

Onde le scriminanti possono essere situate in qualsiasi ramo del diritto.

Secondo Antolisei⁴⁹, la ragione sostanziale per cui le cause di giustificazione eliminano l'antigiuridicità è da ravvisare nella mancanza di danno sociale.

Allorché esse ricorrono, infatti, l'azione non contrasta con gli interessi della comunità come avviene normalmente, e ciò perché in quelle determinate situazioni sono necessarie per salvare un interesse che ha un valore sociale superiore, o per lo meno uguale a quello che si sacrifica.

⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 233.

⁴⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 273 ss.

Esulando per tal modo il danno sociale, l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva non ha più ragione d'essere.

Questa situazione appare in chiara luce nella legittima difesa.

Di fronte all'interesse alla vita o all'integrità personale dell'aggressore, sta l'interesse opposto dell'agredito. Poiché l'aggressore si è posto contro il diritto, non è dubbio che l'interesse dell'agredito abbia un valore socialmente più elevato.

La lesione dell'interesse del primo, essendo indispensabile per evitare un male che, dal punto di vista della comunità, è maggiore, non è certamente un fatto antisociale.

Il contrasto degli interessi è anche più evidente nell'ipotesi dell'adempimento di un dovere. C'è da un lato, ad esempio, l'interesse del condannato alla libertà personale; dall'altro, l'interesse dello Stato all'esecuzione della sentenza di condanna.

Il Pubblico Ufficiale che, per dovere del suo ufficio, arresta il condannato, lungi dal compiere un fatto antisociale, agisce proprio nell'interesse della collettività.

Vi è da segnalare come Padovani⁵⁰ noti come, in ogni caso, le cause di giustificazione si ispirino al principio del bilanciamento degli interessi in conflitto. La prevalenza dell'uno o dell'altro è condizionata, in altre parole, ad una valutazione comparativa del loro rispettivo valore.

Anche la giurisprudenza, seppur incidentalmente, quando necessario, tende ad utilizzare il concetto del bilanciamento degli interessi in conflitto⁵¹.

⁵⁰ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, 187 ss.

⁵¹ Cfr., sul punto, Tribunale Trento, 26 ottobre 1993, *Arlacchi*: "Nel caso in cui passi di un volume dedicato al tema della mafia (contenente, tra l'altro, la completa testimonianza di un ex aderente a *Cosa Nostra*) ledano profondamente l'onore e la reputazione di una persona, nella valutazione dell'esercizio del diritto di cronaca e di critica, e nel conseguente bilanciamento tra i due beni costituzionalmente protetti dal diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e quello alla dignità personale, nell'attuale momento storico in cui la lotta a quel cancro sociale, che è la mafia, è basilare per la stessa difesa delle strutture democratiche, deve prevalere la libertà di parola; a tal fine è sufficiente che l'agente ritenga per errore involontario che i fatti narrati siano veri per configurarsi a suo favore una causa di esclusione della punibilità venendo a mancare del tutto l'elemento psicologico necessario per concretare l'esistenza del reato di diffamazione".

La maggior parte della dottrina contesta in radice la stessa possibilità di una *reductio ad unum* del fondamento delle cause di giustificazione⁵².

Storicamente, il ritenuto fondamento “unitario” delle cause di giustificazione è stato racchiuso in formule di vario tenore.

Ognuna di tali formule esprime indubbiamente, in maniera più o meno felice ed esaustiva, i criteri ai quali il legislatore sembra essersi attenuto nel configurare le fattispecie normative delle cause di giustificazione; i principi in esse sintetizzati richiedono, tuttavia, di essere “riempiti”, mediante il riferimento agli elementi costitutivi di ciascuna ipotesi.

⁵² Cfr., per tutti, FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 228; FIORE, *Diritto Penale*, cit., 310 ss.

§ 3.2 IL MODELLO PLURALISTICO.

Tale modello esplicativo tende ad individuare diversi criteri capaci di spiegare il fondamento sostanziale delle varie esimenti.

Tra i criteri solitamente più invocati rientrano i due principi dell' "interesse prevalente" e dell' "interesse mancante".

Il primo spiega le scriminanti dell'esercizio del diritto, dell'adempimento del dovere, della legittima difesa e dell'uso legittimo delle armi; il secondo spiega, invece, le altre due scriminanti generali del consenso dell'avente diritto e dello stato di necessità.

Fiore⁵³ rileva come il tentativo di ricostruire in termini pluralistici il fondamento generale delle cause di giustificazione non si sottragga agli stessi inconvenienti incontrati dalla teoria monistica.

Attraverso la proposizione di due diverse formule, infatti, quella dell'interesse mancante e quella dell'interesse prevalente, la dottrina pluralistica riesce soltanto a fornire una rappresentazione più ravvicinata dell'asserito fondamento delle cause di giustificazione, consentendone, in tal modo, la ripartizione in due gruppi distinti; all'interno di ciascuno di essi, tuttavia, si ripropongono le particolarità di ciascuna ipotesi normativa.

In realtà, le teorie in esame, a ben vedere, riflettono semplicemente la vocazione che caratterizza la disciplina positiva di tutte le situazioni che, da un punto di vista dommatico, vengono ricondotte al piano dell'antigiuridicità: che è il piano della risoluzione dei conflitti.

Non per questo, tuttavia, risultano anche idonee ad esprimere i criteri di regolazione degli interessi in conflitto, che emergono soltanto dalla concreta disciplina delle singole figure normative.

⁵³ FIORE, *Diritto Penale*, cit., 310 ss.

Se proprio si vuole rinvenire un principio comune alle diverse cause di giustificazione, rileva l'Autore, occorre uscire dall'ottica della ricerca di un astratto principio regolativi, per focalizzare, piuttosto, l'attenzione sul rapporto che intercorre tra la realizzazione del fatto tipico e l'instaurarsi della situazione descritta dalla norma permissiva.

Diventa, in questo modo, agevole rilevare un dato che sembra essere comune a tutte le ipotesi generalmente configurate come cause di giustificazione.

In tutti i casi, la situazione delineata dalla legge sembra presentare, infatti, una caratteristica saliente, consistente nel fatto che il realizzarsi del diritto obiettivo passa necessariamente attraverso il compimento, da parte dell'agente, di un fatto preveduto dalla legge come reato.

Il tenore delle previsioni contenute negli artt. 52, 53 e 54 c.p. conferma questa intuizione, giacchè in essi la necessità di compiere il fatto tipico è espressamente indicata come requisito della fattispecie giustificante.

La legge allude, infatti, in modo del tutto esplicito, al fatto che la difesa di un diritto proprio o altrui, il mantenimento o il ripristino della legalità, la salvaguardia del diritto alla conservazione della vita e della salute rendono necessaria la commissione di un fatto tipico⁵⁴.

Il valore esimente della necessità è certo meno visibile nell'ipotesi regolata dall'art. 50 c.p.; tuttavia, non vi è dubbio che anche in questo caso si tratti del conseguimento di uno scopo giuridicamente tutelato attraverso il

⁵⁴ Anche nell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della Pubblica Autorità l'agente non ha alcuna possibilità di scelta, se non tra l'inadempimento di un dovere giuridico e la realizzazione del fatto preveduto come reato; anche per questi casi, di conseguenza, si dovrà prendere atto che il realizzarsi dell'ordinamento giuridico richiede espressamente il realizzarsi del fatto tipico.

Altrettanto evidente è che anche nell'ipotesi dell'esercizio del diritto l'art. 51 c.p. contempra casi in cui, per esercitare un diritto, occorra commettere un fatto lesivo di un interesse tutelato.

Ciò appare in modo molto chiaro nel caso della interruzione o irregolare prestazione di un servizio di pubblica necessità *ex art. 331 c.p.* derivante dall'attuazione di uno sciopero, nei limiti stabiliti dalla legge.

compimento di un fatto tipico⁵⁵.

⁵⁵ Così nel caso di uno scienziato che inoculi ad un paziente, a scopi sperimentali, l'agente patogeno di una malattia.

Anche qui, per realizzare le finalità in vista delle quali il consenso è stato prestato, risulta necessario commettere il tipo di fatto incriminato nel modello legale del reato, con il connesso pregiudizio dell'integrità fisica.

§ 4. FONTI, INTEGRAZIONE ANALOGICA E VALIDITA' DELLE NORME CHE CONFIGURANO CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

Le scriminanti costituiscono principi generali per ogni ramo del diritto.

Dalla natura di norme dell'intero ordinamento giuridico, la dottrina maggioritaria fa discendere la conseguenza che le cause di giustificazione non siano da considerarsi sottoposte alle regole costitutive, anche di rango costituzionale, del diritto penale: si apre, quindi, la strada alla loro estensione analogica⁵⁶, assoggettandole alla disciplina propria della materia da cui provengono.

⁵⁶ L'analogia consiste in un processo di integrazione dell'ordinamento giuridico a cui si ricorre quando un caso concreto non rientra in alcuna delle ipotesi astratte formulate dal legislatore; la sua essenza consiste nell'attribuire al caso non disciplinato dalla legge la regolamentazione di un caso simile con cui abbia in comune la *ratio legis*. Da tale tipo di analogia, detta *analogia legis*, si distingue l'*analogia juris*, che si ha quando il caso non contemplato dalla legge si risolve in base a principi generali dell'ordinamento giuridico; l'*analogia legis* implica, infatti, un rapporto tra due casi particolari, mentre quando si ricorre all'*analogia juris* si va dal caso particolare ai principi generali. Nel diritto penale italiano, il divieto di analogia è espressamente sancito dall'art. 14 disp. prel., ai sensi del quale, "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati", nonché dagli artt. 1 e 199 c.p., per i quali reati, pene e misure di sicurezza sono soltanto quelli *espressamente* stabiliti dalla legge. Il divieto di analogia è altresì dall'art. 25 Cost., da cui è stato implicitamente costituzionalizzato quale corollario naturale del principio di legalità ivi consacrato. Il divieto di analogia ha carattere relativo perché concerne soltanto l'interpretazione delle norme penali sfavorevoli. Il procedimento analogico è, più specificamente, interdetto nei riguardi delle norme penali in senso stretto, e cioè rispetto alle disposizioni che prevedono i singoli reati e stabiliscono le relative pene, nonché rispetto alle altre norme che integrano le disposizioni medesime, limitando i diritti dell'individuo. L'estensione analogica di una norma, dunque, che ridondi a danno dell'imputato, sia che porti a punirlo per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge, sia che porti ad applicare una pena che non sia stabilita dalla legge, sia, infine, che abbia comunque per effetto l'aggravamento della posizione del reo non è consentita nel nostro ordinamento. Il divieto di analogia, infatti, è sempre stato concepito in funzione di garanzia del *favor libertatis* contro limitazioni non espressamente previste dalla legge perché si è sempre constatato che l'effettivo pericolo di abusi del giudice proviene soprattutto dall'analogia *in malam partem*.

Si annulla nella condotta tipica, infatti, l'antigiuridicità, per la presenza di una norma desumibile dall'intero Ordinamento Giuridico che facoltizza o impone quello stesso fatto, tipizzato nel reato⁵⁷.

Le norme che attribuiscono la facoltà legittima o che impongono il dovere di realizzare questo o quel fatto, lo rendono lecito nell'intero Ordinamento.

Sono norme che soggiacciono, perciò, alle regole sulla produzione normativa relative all'intero ordinamento, e non ai singoli settori che ricollegano sanzioni ai fatti facoltizzati o imposti.

In particolare, anche le norme che giustificano fatti compresi nel catalogo dei reati non sono soggette alla riserva di legge fissata nell'art. 25 Cost.

Funzione esclusiva di quella riserva è, infatti, la tutela del popolo sovrano da scelte punitive non compiute o non controllabili dal Parlamento nazionale.

Ciò spiega, d'altra parte, l'interpretazione pressoché incontrastata dell'51 c.p.: i doveri ed i diritti possono provenire non soltanto da atti dotati di forza di legge, bensì da ogni fonte: consuetudine interna ed internazionale, regolamenti, leggi regionali, atti amministrativi, etc⁵⁸.

Limiti a quelle singole fonti vengono apposti solo dalle regole dell'Ordinamento che ne governano il peculiare apporto alla produzione

⁵⁷ Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 193; in precedenza gli stessi Autori avevano rilevato (pag. 145) che la funzione della categoria del fatto è quella di selezionare le forme di offesa meritevoli di sanzione penale, ragion per cui la categoria stessa assume connotazione prettamente penalistica.

Mentre la categoria delle cause di giustificazione, proprio perché va ricostruita alla stregua dell'intero ordinamento giuridico, non ha una funzione prettamente giuridico-penale: al contrario, le scriminanti servono ad integrare il diritto penale nell'ordinamento generale.

⁵⁸ Per una panoramica sull'argomento, cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 139 ss.

delle norme rilevanti nell'intero Ordinamento Giuridico⁵⁹.

Essendo espressione dell'unità dell'Ordinamento Giuridico, le norme che configurano le cause di giustificazione vanno talvolta ricavate da più disposizioni situate in settori diversi, che esprimendo interessi contrastanti, esigono una composizione dalla quale risulteranno i confini di un dato diritto o dovere⁶⁰.

È la Costituzione, d'altra parte, il cemento che unifica le varie parti dell'Ordinamento e la fonte dalla quale ripetono tutte la loro legittimità, e con la quale ogni norma, anche scriminante, deve armonizzare⁶¹.

La fonte delle singole fattispecie permissive, in definitiva, va rinvenuta non solo nell'ambito del diritto penale, ma anche in altri settori dell'ordinamento, ove quelle norme servono spesso a conseguire scopi che oltrepassano la funzione giustificativa che ad esse spetta nel quadro del

⁵⁹ La stessa rilevanza alle facoltà legittime ed ai doveri provenienti da ogni sorta di fonti viene attribuita anche da parte di chi inquadra l'art. 51 c.p. tra le disposizioni "penali": l'identità delle conclusioni rende, perciò, superfluo, in questa sede, l'esame di quell'inquadramento, la cui plausibilità dipende dalla portata che in generale si attribuisce alla riserva di legge in materia penale.

Qui si può solo sollevare un dubbio.

Se l'art. 51 contenesse davvero una disposizione "penale", da prendere eventualmente a modello per formulare un coerente sistema punitivo, ne potrebbe risultare un'unica norma penale in bianco del seguente tenore: "Chiunque lede qualunque diritto o viola qualunque dovere, a meno che la lesione o la violazione non venga compiuta nell'esercizio di un qualunque diritto o nell'adempimento di un qualunque dovere, verrà punito...". Cfr. MARINUCCI, ult. cit.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, VI ed. Milano, 428 ss.; ID, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1985, 630 ss.

⁶⁰ Così, ad esempio, le frontiere del diritto di proprietà, il cui esercizio può giustificare questo o quel fatto, vengono tracciate anche dalle norme penali che vietano taluno modi di disporre delle cose.

Ciò, del resto, si ricava dalla stessa definizione legislativa del diritto di proprietà, il cui contenuto è dato dal diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.

⁶¹ Per poter essere conforme ai dettami costituzionale, ad esempio, il dovere dell'uso delle armi ha ricevuto in via interpretativa il limite della proporzione tra mezzi ed effetti, dedotto dal principio costituzionale di imparzialità che deve governare l'attività amministrativa (art. 97 Cost.), come obbligo di tener conto di tutti gli interessi in conflitto, ivi compresi quelli di natura privata.

sistema penale⁶².

Le cause di giustificazione costituiscono, dunque, un catalogo aperto.

Parte della dottrina⁶³ si discosta dalla impostazione appena delineata, evidenziando come la necessità per il Legislatore di individuare in maniera determinata i presupposti della liceità di un fatto tipico derivi innanzitutto dal principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Si osserva che il dato secondo cui la giustificazione di un tipo di illecito penale richiede presupposti determinati appare collegato anche alla finalità di orientamento generale ed individuale della pena, che, dunque, svolge una funzione fondamentale nella configurazione delle scriminanti⁶⁴.

Principio di legalità e funzione della pena incidono profondamente, secondo tale orientamento, sulla categoria dell'antigiuridicità.

Queste, in sintesi, le argomentazioni addotte a sostegno di tale assunto⁶⁵.

La rilevanza di principi penalistici nella configurazione delle scriminanti dovrebbe risultare, infatti, dal dato secondo cui si tratta di giustificare la commissione di un fatto che costituisce un illecito penale.

Il fatto tipico non rappresenta la mera descrizione formale di un accadimento assiologicamente neutro, come nel sistema belinghiano, ma costituisce un illecito qualificato da un forte disvalore d'evento e d'azione, che esige il più grave tra gli interventi sanzionatori a disposizione dell'ordinamento.

Il dato secondo cui il giudizio di antigiuridicità si riferisce, quale elemento della struttura del reato, ad una fattispecie penale, comporta

⁶² Basti pensare alle disposizioni costituzionali. La norma che riconosce il diritto di sciopero (art. 40 Cost.) ha una destinazione di carattere generale, che trascende sicuramente il ruolo che essa può essere chiamata occasionalmente a svolgere nel diritto penale. Tuttavia, è proprio nell'art. 40 che dev'essere attualmente ricercata la fonte della non antigiuridicità di talune condotte tipiche: per esempio, di un fatto di interruzione di un pubblico servizio *ex art. 340 c.p.* che si realizzi nell'ambito di una condotta di sciopero.

⁶³ Per tutti, cfr. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, cit., 448 ss.

⁶⁴ Così, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 191 ss.

⁶⁵ V. ampiamente CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, cit., parte II, cap. I, parr. 2 e 3.

necessariamente che si tenga conto dei caratteri del fatto che si tratta di giustificare e, quindi, dei principi e criteri secondo cui si è individuato quel fatto come oggetto di un intervento punitivo; in altri termini, la valutazione di anti giuridicità non può prescindere dalla considerazione delle peculiarità dell'illecito penale, derivanti dai principi di politica criminale in base ai quali esso viene ricostruito.

Se la lesione di un bene penalmente rilevante va descritta in modo rigorosamente determinato, in considerazione della gravità della sanzione prevista per quel fatto e della conseguente accentuata esigenza di garantire la tutela della libertà del singolo dall'intervento statale, anche i presupposti dell'esclusione di un illecito sanzionato con pena non potranno essere rimessi all'arbitrio giudiziale.

Se la realizzazione di un tipo d'illecito penale, individuato in base al principio di offensività, costituisce la lesione di un bene costituzionalmente rilevante, la giustificazione di tale fatto, in un diritto penale orientato alla tutela dei beni giuridici, non potrà non dipendere da un giudizio in termini di necessità del fatto per la tutela di un altro bene di significatività almeno proporzionale.

Di conseguenza, da un lato, appare teoricamente ipotizzabile l'esclusione non dell'anti giuridicità *tout court*, ma soltanto di un illecito qualificato, ovvero meritevole di pena, in presenza di una situazione normativamente considerata, tale da far venir meno la presenza di un fatto che debba costituire oggetto di una prevenzione con gli strumenti del diritto penale; dall'altro, appare teoricamente possibile che norme autorizzative extrapenali non possano rendere lecita la commissione di un illecito penale.

L'ipotizzabilità di un'anti giuridicità limitata al diritto penale può far leva su ragioni di sussidiarietà dell'intervento punitivo: se il fatto tipico viene delimitato anche attraverso il principio di *extrema ratio*, non si vede perché non dovrebbe risultare possibile giustificare ai sensi del diritto penale un

fatto, facendo venir meno esclusivamente quella qualificata liceità cui può far seguito un intervento punitivo⁶⁶.

Ciò sembra corrispondere anche al principio costituzionale di proporzione, in virtù del quale, non soltanto a livello di fatto tipico, ma anche sul piano delle scriminanti, la soglia d'intervento del diritto penale non deve coincidere con il limite tra lecito ed illecito, ben potendosi ipotizzare una riduzione del contenuto di illecito del fatto tale da legittimare una sanzione non così grave come quella del diritto penale.

Va, inoltre, considerato che nel bilanciamento di interessi, che presiede all'esclusione della sussistenza di un illecito penale, entra sempre un terzo, fondamentale interesse, quello dell'autore a non subire, attraverso una sanzione criminale, la lesione dei beni fondamentali della persona.

Ciò contribuisce ad orientare il bilanciamento nel senso della conformità a principi specificamente penalistici⁶⁷.

L'antigiuridicità, in definitiva, come categoria del reato, va intesa, secondo tale filone interpretativo, come antigiuridicità "ai sensi del diritto penale": essa deve, cioè, orientarsi, coerentemente con il suo riferirsi ad una fattispecie penale, a funzioni politico – criminali.

Ciò comporta la necessità di sottoporre le cause di giustificazione ad un'operatività conforme alle regole costitutive del diritto penale.

Da sempre controversa nel nostro sistema è l'ammissibilità dell'estensione per analogia delle singole norme che configurano cause di giustificazione.

Si tratta di un problema di portata generale, benché discusso

⁶⁶ Così GÜNTHER, *Strafwürdigkeit und Strafunrechtstausschluss*, cit., 59 ss.; ROXIN, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di Moccia, Napoli 1996, 41 ss; NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Basel 1955, 14 ss. sostiene che, data la maggior gravità delle conseguenze penali, la giustificazione in situazioni di necessità possa essere più ampia in diritto penale che in diritto civile, e ravvisa la configurabilità di requisiti diversi dello stato di necessità e del consenso dell'avente diritto nei due settori dell'ordinamento.

⁶⁷ Così GÜNTHER, *Strafwürdigkeit und Strafunrechtstausschluss*, cit., 170 ss.

soprattutto dal punto di vista penalistico⁶⁸.

Le norme in questione sono, infatti, applicabili anche ai fatti non compresi nel catalogo dei reati.

Ciò che, d'altra parte, potrebbe ricondurre le norme scriminanti sotto il divieto di analogia imposto dall'art. 14 disp. prel. è il loro supposto carattere di norme eccezionali.

Che le norme scriminanti siano norme eccezionali è tesi spesso solo enunciata⁶⁹.

Se fossero davvero norme eccezionali, non importerebbe affatto, ad esempio, la fonte da cui provengono: dovrebbe rilevare soltanto il loro eventuale carattere di norme che deviano da una norma generale⁷⁰; invece, chi ne proclama l'eccezionalità, al contempo afferma che è ammessa l'integrazione analogica della norma di liceità in quanto extrapenale⁷¹.

La tesi del carattere eccezionale delle norme che configurano le cause di giustificazione ha origine nella dottrina del diritto penale; l'idea che siano eccezioni della norma penale è in connessione con la circostanza che come punto di partenza si sono prese in considerazione le poche norme scriminanti incluse nello stesso diritto penale, mentre in realtà ve ne sono molte altre⁷².

In effetti, si sa che le norme scriminanti sono un incalcolabile numero di norme a sé stanti dell'intero Ordinamento, con finalità proprie, ubicate in qualunque luogo dell'Ordinamento, che non eccettuano le norme penali, bensì entrano con esse in conflitto apparente, prevalendo nel conflitto in tutto l'Ordinamento⁷³.

⁶⁸ Cfr., sul punto, HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, XI ed., a cura di Jähnke – Laufhütte – Oderky, 13 ss.

⁶⁹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 88.

⁷⁰ Così MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 140.

⁷¹ PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, cit., 630.

⁷² SCHWEICKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Belino*, Karlsruhe 1957, 131.

⁷³ Così MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 140.

Non essendo, perciò, le norme scriminanti eccezioni o frammenti eccezionali delle norme incriminatrici, ne segue pianamente la loro possibile estensione analogica.

Marinucci⁷⁴ osserva come l'estensione analogica di tali norme soggiaccia alla duplice condizione, sempre richiesta per l'ammissibilità dell'analogia, : l'effettiva lacunosità della norma, che non ricomprenda, cioè, un dato caso neppure se interpretata fino al limite estremo di tutti i suoi significati letterali possibili, ed una lacunosità che non sia voluta.

Questa seconda condizione, osserva l'Autore, ridimensiona di gran lunga la portata pratica della controversia dottrinale: spesso le norme scriminanti di fonte legislativa, in particolare se speciali, rispecchiano un ponderato bilanciamento di interessi, che si è tradotto in una regolamentazione compiuta e, quindi, intenzionalmente chiusa ad integrazioni analogiche.

La stessa voluta chiusura caratterizza anche le cause di giustificazione di portata generale previste nel Codice Penale: sembra, perciò, da escludere, in linea di massima, una loro integrazione analogica⁷⁵.

In materia di cause di giustificazione, in definitiva, non vige il divieto di applicazione analogica, e ciò per almeno due buone ragioni⁷⁶.

In primo luogo, le disposizioni su cui si fondano le ipotesi di non punibilità in questione non sono propriamente norme penali, ma

⁷⁴ MARINUCCI, ult. loc. cit.

⁷⁵ Possono, tuttavia, aprirsi delle lacune in presenza di estremi la cui imprecisione si presta ad interpretazioni che tagliano fuori dalla portata della norma casi la cui affinità non sembra far loro meritare un trattamento differenziato.

Problematico, ad esempio, è l'estremo dell' "attualità" del pericolo nella legittima difesa e nello stato di necessità.

Domina l'interpretazione che ricollega l'azione difensiva e l'azione di salvataggio ad un pericolo "in atto", con esclusione, cioè, dei pericoli che sorgeranno in futuro, costringendo, perciò, a parlare di una situazione "analogica" alla legittima difesa ed allo stato di necessità quando il pericolo che insorgerà in futuro può essere sventato solo da un'immediata azione difensiva o di salvataggio.

È il caso di colui che da una temuta futura falsa testimonianza, che potrebbe portarlo ad una condanna privativa della libertà personale, può difendersi solo acquisendo subito la prova della falsità contenuta in una lettera chiusa, che non sarebbe legittimato ad aprire, ma che si trova nella necessità di dover aprire subito, realizzando così il fatto di violazione del segreto epistolare, necessario per salvare la propria libertà.

⁷⁶ Così FIORE, *Diritto Penale*, cit., 310 ss.

costituiscono norme dell'intero Ordinamento Giuridico generale, di cui esprimono principi validi anche al di là dello stretto ambito penale⁷⁷.

In secondo luogo, la *ratio* sottesa al divieto di analogia in materia penale è strettamente connessa al rigore del principio di legalità, nella misura in cui quel divieto è inteso ad evitare la creazione di reati per via giurisprudenziale, e cioè in violazione di una regola espressa dell'ordinamento.

Alla esclusione del divieto di analogia consegue, logicamente, anche la possibilità di riconoscere l'esistenza di cause di giustificazione non previste espressamente dalla legge, ma individuate in via interpretativa, a partire dalla *ratio* e dagli elementi caratterizzanti dalle principali ipotesi normative delle cause di giustificazione⁷⁸.

La validità delle norme scriminanti, se provenienti da fonti diverse dagli atti dotati di forza di legge, dipende dal rispetto delle rispettive regole sulla produzione fissate dall'ordinamento.

Quanto al problema della validità delle norme provenienti da atti dotati di forza di legge, a lungo la soluzione è stata cercata pensando ai soli risvolti penalistici dell'eventuale controllo da parte della Corte Costituzionale: si è dimenticato che la liceità è una qualità che può competere anche a fatti non compresi nei catalogo dei reati, e che deriva da norme, attributive della facoltà o impositive del dovere di realizzarli, eventualmente dotate di forza di legge, che possono essere affette da ogni sorta di vizi di illegittimità costituzionale, formale e materiale, la cui sussistenza è compito della Corte Costituzionale accertare e chiarire⁷⁹.

A lungo si sono ritenute isituzionalmente irrilevanti le questioni di costituzionalità sollevate con riguardo a norme penali di favore (comprese le

⁷⁷ Si pensi all'efficacia del consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p. in rapporto alla lesione dei diritti disponibili; allo stato di necessità che, oltre ad essere disciplinato dall'art. 54 c.p., è configurato, pressoché negli stessi termini, dall'art. 2045 c.c.

⁷⁸ Un esempio è costituito dal diritto di cronaca, che la giurisprudenza riconosce ormai pacificamente, a determinate condizioni, come causa di liceità del delitto di diffamazione a mezzo stampa.

⁷⁹ Cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 141.

norme scriminanti) perché, si sosteneva, la legge impugnata dovrebbe comunque applicarsi nel giudizio penale *a quo*, a prescindere dall'esito del giudizio di costituzionalità: lo imporrebbe il divieto per il giudice di applicare retroattivamente una disciplina penale più favorevole⁸⁰.

Alla conseguente sottrazione di un settore dell'Ordinamento al controllo di costituzionalità, si è posto riparo⁸¹ accogliendo l'idea che la questione è rilevante anche quando incida o possa incidere sulla scelta della norma in base alla quale il processo penale *a quo* deve essere deciso: il giudice applicherà la norma dichiarata incostituzionale non in quanto norma legittimamente qualificante il fatto, ma solo in forza del rilievo che nel caso assume, in forza del divieto di irretroattività della disciplina penale più sfavorevole, l'apparenza del diritto creata dalla sua formale vigenza all'epoca della commissione del fatto.

Dichiarata, perciò, incostituzionale, la norma sarà non solo espulsa dall'Ordinamento, ma non sarà applicabile retroattivamente, come disciplina più favorevole al reo, ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore⁸².

Quanto ai vizi di illegittimità, oltre a quelli relativi al procedimento di formazione degli atti dotati di forza di legge, non sembra giustificato circoscrivere la portata dei vizi materiali⁸³.

Trattandosi di norme non penali, i parametri possono essere i più disparati.

Il principio di eguaglianza formale, ma anche, ad esempio, i molteplici divieti e limiti compresi nel capitolo dei rapporti civili; così i fatti di privazione della libertà personale potrebbero essere autorizzati o imposti agli organi dell'autorità giudiziaria, della polizia giudiziaria e della pubblica sicurezza da norme processuali o di polizia in contrasto con l'art. 13 Cost.;

⁸⁰ Così ONIDA, *Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in G. C. 1978, 1104 ss.

⁸¹ PULITANO, in *Commentario breve al Codice Penale*, Crespi – Stella – Zuccalà, Padova 2006, 10 ss.

⁸² ONIDA, *Note su un dibattito in tema di "rilevanza" della questione di costituzionalità delle leggi*, cit., 1105 ss.

⁸³ Così MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 142.

fatti di violazione di domicilio potrebbero essere autorizzati o imposti da norme che violano le garanzie a tutela della libertà imposte dall'art. 14 Cost.; fatti di violazione della libertà e segretezza delle comunicazioni potrebbero essere autorizzati da norme in contrasto con l'art. 15 Cost.⁸⁴.

⁸⁴ Per un illimitato controllo di costituzionalità delle norme scriminanti, anche se in una prospettiva diversa, cfr. BRICOLA, in Commentario della Costituzione a cura di Branca, *sub* art. 25, Bologna, 1981, 275 ss.

§5. L'EFFICACIA NEL TEMPO DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

L'efficacia nel tempo⁸⁵ delle cause di giustificazione può ricondursi ai principi che di seguito si specificano.

⁸⁵ Giova ricordare che la successione delle leggi in via generale è regolata dall'art. 11 disp. prel., il quale, nello stabilire che la "legge non dispone per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo", sancisce il principio dell'irretroattività della legge, il quale comporta che la norma giuridica non si applichi a fatti o rapporti sorti prima che la medesima entrasse in vigore.

Il principio in parola è completato dal principio della non ultrattività della legge, per il quale la legge non si applica a fatti verificatisi dopo la sua estinzione.

I principi dell'irretroattività e della non ultrattività delimitano la validità della legge nel tempo e consentono di risalire al principio superiore che si suole indicare col motto latino *tempus regit actum*, il quale implica che l'efficacia della legge sia circoscritta al tempo in cui questa è in vigore. Il principio di irretroattività ha rango costituzionale soltanto rispetto alla materia penalistica, come si desume dal 2° co. dell'art. 25 Cost., per il quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso" e costituisce il completamento logico dei principi della riserva di legge e della tassatività.

Il principio di irretroattività dà al cittadino la sicurezza, di fronte al mutare delle valutazioni del legislatore, di essere non punito, o non più severamente, per fatti che, al momento della loro commissione, non erano puniti o lo erano in modo più mite. Costituisce, pertanto, espressione del più generale principio del *favor libertatis*.

Quanto al diritto penale, il nostro Codice disciplina la materia della successione delle leggi nell'art. 2. Le norme contenute in tale disposizione costituiscono la regola: valgono, cioè, quando la nuova legge non contiene particolari disposizioni in proposito. Non raramente, infatti, il legislatore detta delle speciali norme transitorie per facilitare il passaggio dalla vecchia alla nuova legge, con l'intento di evitare possibili conflitti e dirimere incertezze (ciò è avvenuto, ad esempio, in occasione dell'entrata in vigore del codice penale, per il quale sono state emanate disposizioni di coordinamento e transitorie).

L'art. 2 c.p. accoglie il principio generale dell'irretroattività della legge, non lo segue, però, in modo esclusivo perché vi introduce notevoli eccezioni che si ispirano al principio della retroattività della legge più favorevole al reo. Tale principio implica una deroga al canone *tempus regit actum*, in quanto estende l'efficacia della legge a fatti o rapporti sorti prima che la medesima entrasse in vigore.

Il principio di irretroattività della legge più favorevole al reo può assumere rilevanza costituzionale in base all'art. 3 Cost., sotto il profilo di una parità sostanziale di trattamento: non sarebbe, infatti, ragionevole continuare a punire un soggetto per un fatto che chiunque altro può impunemente commettere nel momento in cui il primo subisce la condanna o i suoi effetti. Il principio di irretroattività concerne tutti gli elementi

Essendo la conformità al diritto una proprietà normativa del fatto compiuto nell'adempimento o nell'esercizio di una facoltà legittima, è decisivo per il relativo giudizio il "tempo del fatto": secondo l'opinione che sembra più persuasiva⁸⁶, sarà decisivo il momento della commissione dell'azione vietata, o il momento in cui doveva essere compiuta l'azione omessa; quanto alle ipotesi di "unificazione giuridica" (come il reato continuato), decisivo sarà il tempo di ogni singola azione od omissione.

Essendo la conformità al diritto una proprietà "universale", ai sensi, cioè, dell'intero ordinamento giuridico e non delle sue singole parti, che

dell'illecito penale, comprese le condizioni di punibilità, le modifiche *in malam partem* degli altri istituti di parte generale, nonché le conseguenze penali.

Occorre fissare i criteri che presiedono all'individuazione del fenomeno "successione di leggi penali nel tempo".

Secondo un primo orientamento, si ha successione quando, nel passaggio dalla vecchia alla nuova norma, permane la continuità di tipo di illecito; si utilizzano in proposito come parametri di valutazione sia l'interesse protetto, sia le modalità di aggressione del bene, per cui si verificherebbe la successione quando, nonostante la novazione legislativa, permangono identici gli elementi predetti.

Il criterio in esame non appare, però, condivisibile perché le due condizioni menzionate si verificherebbero soltanto nel caso di perfetta identità del fatto di reato ed appare, inoltre, di incerta applicazione perché si fonda sull'indeterminatezza del peso attribuibile alle due condizioni.

Il criterio che meglio si presta ad identificare il fenomeno della successione è quello della continenza tra la nuova e la vecchia fattispecie: occorre, cioè, un rapporto strutturale tra le fattispecie astrattamente considerate per cui tra le stesse possa instaurarsi una relazione di genere a specie.

Ciò si verifica quando la fattispecie successiva sia pienamente contenuta nella precedente, il che avviene quando la norma posteriore sia speciale rispetto ad una precedente di contenuto più generico. Parte della dottrina ammette il rapporto di continenza, e quindi successione di leggi, anche nel caso in cui la norma successiva ampli il contenuto di una precedente più specifica.

Analogamente, il rapporto di continenza è configurabile anche nell'ipotesi in cui l'abrogazione di una precedente norma speciale lasci riespandere una norma di contenuto più generale preesistente nell'ordinamento.

Per esemplificare, con la l. 442/1981 il reato di infanticidio per causa d'onore è stato sostituito con la nuova fattispecie di "infanticidio in condizioni di abbandono morale o materiale"; tra la vecchia e la nuova fattispecie dell'art. 578 c.p. non esiste un rapporto riconducibile allo schema astratto della relazione di genere a specie. Il tipo di comportamento incriminato dal nuovo delitto di infanticidio risulta strutturalmente eterogeneo rispetto a quello del preesistente reato di infanticidio per causa d'onore; per questo motivo, i fatti commessi sotto il vigore della precedente norma incriminatrice non possono essere ricondotti alla nuova previsione criminosa. L'abrogazione del vecchio art. 578 comporta la potenziale riespansione della fattispecie dell'omicidio comune, la quale ricomprende nel suo ambito l'ipotesi più specifica dell'infanticidio. Se ne deduce, allora, che sussistono i presupposti della successione di leggi, con l'applicabilità della regola del *favor rei* ex art. 2, 2° co, c.p., il che vuol dire l'applicabilità, nella specie, della pena prevista per il delitto di infanticidio per causa d'onore.

⁸⁶ HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, cit., 30.

competete al fatto compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, ne consegue che vicende successive al fatto, ancorché fossero espressioni di facoltà legittime o doveri, non lo renderanno lecito *ex post*: rileveranno soltanto ai sensi di questo o quel singolo settore dell'ordinamento, precludendo che gli subentrino le relative sanzioni⁸⁷.

Una nuova, o più ampia causa di giustificazione, introdotta nell'Ordinamento successivamente al fatto, non elimina l'antigiuridicità esistente al momento del fatto: ne consegue che, restando un fatto né facoltizzato, né doveroso, e, quindi, ingiusto, la difesa esercitata nei suoi confronti, se pericoloso per un diritto, resterà irrevocabilmente legittima⁸⁸.

Ove, infine, si tratti di un fatto penalmente rilevante, entrerà sì in scena la disposizione che impone l'applicazione retroattiva della disciplina che risulti più favorevole, *ex art. 2, c.4, c.p.*, ma l'applicazione retroattiva della norma che prevede una nuova o più ampia causa di giustificazione del fatto non comporterà il venir meno della sua antigiuridicità esistente al momento del fatto: imporrà solo che si decida, agli effetti penali, come se quella norma successiva fosse già in vigore al momento del fatto, in quanto disciplina più favorevole al reo.

⁸⁷ Così, gli istituti della ratifica e della sanatoria operano, rispettivamente, ai sensi del diritto privato e del diritto amministrativo, restando invece irrilevanti per il diritto penale.

⁸⁸ Cfr., sul punto, HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, cit., 30.

§ 6. LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE NEL CONCORSO DI PERSONE NEL REATO.

La disciplina stabilita per le scriminanti in caso di concorso di persone nel reato è contenuta nell'art. 119 c.p., che distingue le scriminanti, denominate coerentemente al linguaggio legislativo, circostanze di esclusione della pena, in oggettive e soggettive, secondo siano valutabili o meno a favore di tutti i correi.

La dottrina tradizionale risolve la distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive, contenuta nell'art. 119 c.p., alla stregua dei criteri sanciti dall'art. 70 c.p.

Sarebbero soggettive, quindi, le circostanze che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo ed ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso; soggettive quelle che riguardano, invece, l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti tra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.

L'art. 70 non è, però, di agevole applicazione perché non offre sufficienti elementi per distinguere i due gruppi di scriminanti.

Le indicazioni contenute nella menzionata disposizione normativa, infatti, sono insufficienti a risolvere il problema per molte cause di non punibilità o perché non si adattano alla loro struttura, o perché si adattano troppo, nel senso che una causa può entrare, per un verso, nell'art. 70 n. 1 e,

per un altro, nell'art. 70 n. 2⁸⁹.

Il problema della comunicabilità delle cause di giustificazione ai correi è affrontato diversamente a seconda che si riconosca o meno che, all'interno della struttura delle scriminanti, possano fare ingresso requisiti di natura soggettiva.

Coloro che ritengono che le cause di giustificazione operino su un piano strettamente oggettivo⁹⁰, propendono per la comunicabilità ai correi di tutte le cause di giustificazione.

La ragione dell'estensibilità è evidente: se le cause di giustificazione fanno venir meno il contrasto tra il fatto tipico e l'Ordinamento Giuridico, rendendo lecito il fatto medesimo, la liceità di esso non può non proiettarsi su tutte le condotte che concorrono alla sua realizzazione⁹¹.

Più complesso si presenta il discorso per i fautori della c.d. "rilevanza

⁸⁹ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova 1976, 301, il quale ritiene che la distinzione debba essere fatta intendendo come cause oggettive quelle che escludono l'antigiuridicità oggettiva e come cause soggettive quelle che escludono la colpevolezza; CONCAS, voce *Scriminanti*, in *Nov. dig. it.*, 805 ss., secondo cui è più ragionevole ritenere che la natura oggettiva o soggettiva della scriminante debba essere accertata tenendo conto del materiale costitutivo della scriminante e della ragione giustificante la disposizione che la prevede; CONTENUTO, *La condotta susseguente*, Bari 1965, 145 ss., che considera oggettive le circostanze che si riferiscono a tutti i concorrenti e soggettive tutte le altre, ritenendo che la disposizione dell'art. 119 c.p. debba essere integrata dal contenuto della classificazione formulata dall'art. 70 c.p.; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, 199 ss., il quale richiama l'interprete alle singole fattispecie e, in sede di teoria generale, distingue le scriminanti in oggettive e soggettive, ai fini della comunicabilità, a seconda che incidano o meno sulla fattispecie o sulla lesività della medesima; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957, 33 ss., che fonda la distinzione sulla idoneità delle scriminanti ad elidere o meno l'illiceità extrapenale, considerando oggettive le prime e soggettive le seconde; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, Milano 1972, 552, il quale considera oggettive le scriminanti la cui struttura è tale da investire la condotta di tutti i compartecipi, e soggettive quelle che in concreto riguardano la condotta di alcuni soltanto dei compartecipi.

⁹⁰ Si rimanda, per la problematica inerente l'ambito di operatività delle cause di giustificazione al Capitolo II.

⁹¹ Così se Tizio provoca ad altri una lesione personale per difendersi da un'aggressione ingiusta, e Caio partecipa al fatto fornendo lo strumento lesivo, la situazione scriminante esimerà dalla responsabilità non solo Tizio, ma anche Caio che lo soccorre.

soggettiva” nella struttura delle cause di giustificazione⁹².

Alcuni⁹³ ritengono che le scriminanti a struttura soggettiva rientrino nell’art. 70, n. 2, posto che, nell’enunciare le c.d. circostanze oggettive, l’art. 70, n. 1, non sembra avere mai riguardo a stati psichici, o, comunque, a situazioni collegabili alla persona del reo.

Altri⁹⁴ considerano le scriminanti, ancorché a struttura soggettiva, oggettive, in quanto afferenti alle modalità dell’azione *latu sensu* intese, e cioè comprensive di ogni indicazione del contesto reale nell’ambito del quale l’azione viene posta in essere⁹⁵.

⁹² Per un’ampia disamina della problematica, cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova 1980, 111 ss.; CONCAS, voce *Scriminanti*, in Nov. dig. it., 805 ss., secondo cui le cause di giustificazione non operano necessariamente a favore di tutti i concorrenti. La presenza di una causa di giustificazione operante a favore di un soggetto che abbia contribuito alla realizzazione del fatto non è incompatibile, ad avviso dell’Autore, con la fattispecie di reato concorsuale, come nel caso del soggetto che, per eliminare un nemico personale, lo induca ad aggredire un terzo affinché questi, reagendo in legittima difesa, lo uccida. In tal caso, la causa di giustificazione sarà applicabile esclusivamente a favore del terzo.

⁹³ Ritengono lo stato di necessità e la legittima difesa soggettivi ex art. 119, in relazione all’art. 70 c.p. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. II, Torino 1958, 315; GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano 1970, 221 ss.

⁹⁴ GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 84 ss.

⁹⁵ Ne deriverebbe, in tal caso, che, ad esempio, la legittima difesa dovrebbe essere valutata a favore di colui che abbia concorso nel fatto, anche se l’elemento psicologico della costrizione si configuri soltanto nei confronti di altro correo. Ciò è negato dalla dottrina maggioritaria: nel classico esempio di Tizio che, nell’intento di sbarazzarsi di un nemico personale, spinga quest’ultimo ad aggredire Sempronio, affinché questi, reagendo in legittima difesa, lo uccida, si esclude l’applicabilità della scriminante a Tizio per la diversità dell’atteggiamento psicologico. Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 512; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 67; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli 1964, 291.

L’intuizione della dottrina che nega l’applicabilità della scriminante al concorrente che agisca con finalità tutt’altro che difensive è confermata dal fatto che l’art. 52 e l’art. 54 c.p. dettano una disciplina che risulta particolarmente esplicativa e che consente una soluzione diversa. Gli artt. 52 e 54, infatti, disciplinano espressamente anche i casi di intervento in difesa o per la salvezza di un terzo, le quali condotte, valutate alla luce della teoria del concorso di persone nel reato, costituiscono attività assimilabili a quelle del correo. Non è possibile valutare diversamente l’intervento difensivo a seconda che venga posto in essere in favore di un soggetto che, di fronte al pericolo, rimanga inerte, ovvero espliciti già, di per sé, una qualche attività difensiva. Deve, quindi, ritenersi che le scriminanti in parola non siano applicabili nei confronti del partecipe che si trovi nelle condizioni psicologiche richieste, rispettivamente, per la difesa e per il soccorso di terzi. Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 115.

Alcuni autori⁹⁶ negano una qualificazione oggettiva delle scriminanti a struttura soggettiva.

La ragione fondamentale di questa opzione risiede nell'osservazione che se la legge ha ritenuto indispensabile, perché si produca l'effetto scriminante, la sussistenza di determinati stati psichici nel soggetto agente, non vi è ragione di ritenere che tali elementi perdano rilevanza in rapporto ai partecipi, specie se si tiene conto dell'equiparazione, nel nostro Codice, tra autore e partecipe.

O l'elemento a struttura subiettiva ha un ruolo essenziale nella definizione logica del significato della situazione scriminante, ed allora è ragionevole pretendere che esso si riscontri in tutti i concorrenti; o, invece, esso non contribuisce a definire il significato giuridico – sociale della situazione, ma è utilizzato dalla legge solo in via strumentale, o mediata.

In questa ipotesi, potrebbe anche non influire sulla qualificazione oggettiva o soggettiva della causa di giustificazione.

Se l'elemento a struttura subiettiva, in altri termini, apparisse utilizzato esclusivamente come tramite di collegamento di una situazione oggettivamente già piena di significato positivo, si potrebbe, al limite, ritenere che, una volta riconosciuta la sua presenza nella situazione, perché uno dei correi vi è, psichicamente, già collegato, non sia più necessario indagare se lo stesso rapporto ricorra anche nei riguardi degli altri.

In tal caso, non è tanto il dato subiettivo a caratterizzare il significato della situazione, quanto il risultato obiettivo cui tende la condotta, che, di per sé, è giudicata dall'ordinamento in termini positivi.

Se, invece, l'elemento subiettivo sia essenziale o coesistente a definire il significato sociale del fatto in termini di positività, non si potrà prescindere in rapporto ad altri partecipi.

Secondo tale impostazione, dunque, vi è una normale correlazione tra struttura e qualificazione e quest'ultima non è indipendente dai dati contenutistici della fattispecie.

⁹⁶ Per tutti, cfr. SPAGNOLO, ult. loc. cit.

Si può affermare, in altre parole, che se la scriminante è strutturalmente soggettiva, tale sarà anche la relativa qualificazione.

Lo stesso, *mutatis mutandis*, può dirsi nel caso opposto⁹⁷.

⁹⁷ È stato osservato che il consenso *ex art. 50 c.p.* non può valere nei confronti di persone diverse da quelle cui sia stato prestato, e, specialmente, nei confronti di colui al quale il titolare del bene abbia manifestato un espresso dissenso. Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 552.

L'obiezione non sembra insuperabile.

Il compimento del fatto da parte del soggetto, cui tale fatto sia stato inibito non costituirebbe puro e semplice concorso nel fatto commesso dal destinatario del consenso, ma risulterebbe fornito di rilevanza autonoma, e, in quanto tale, autonomamente perseguibile.

Se, invece, il soggetto, cui sia stato inibito il compimento del fatto, si limiti soltanto ad aiutare il destinatario del consenso a realizzare la condotta consentita, non si vede per quale ragione debba necessariamente essere punito.

Né si spiegherebbe, in tal caso, la deroga alla disciplina dell'art. 119 c.p.

Così, se Tizio dà il consenso a che Caio prenda cognizione di una corrispondenza chiusa, l'attività svolta da Sempronio, per aiutare Caio a ricevere ed a prendere cognizione della corrispondenza, non è certamente punibile.

Viceversa, nel caso in cui Sempronio non si limiti a concorrere nella realizzazione del fatto consentito, ma prenda lui stesso cognizione della corrispondenza, è giusto che venga punito, specie se nei suoi confronti vi era stato un inequivoco dissenso da parte del titolare del bene. Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 120 ss.

§ 7. CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E CONCORSO DI NORME.

Si ha concorso di norme allorché più norme appaiono, *prima facie*, tutte applicabili ad un medesimo fatto⁹⁸.

Il confluire delle norme incriminatrici non è, però, reale, ma soltanto apparente: si ha unicità di reato, essendo una sola la norma incriminatrice veramente applicabile all'ipotesi di specie⁹⁹.

In dottrina¹⁰⁰ si registrano posizioni concordanti sui presupposti che danno origine al fenomeno in questione, ossia l'esistenza di una medesima situazione di fatto e la convergenza di una pluralità di norme che sembrano prestarsi a regolarla.

Meno univoco è il modo di intendere il primo dei presupposti, l'identità del fatto, il cui significato varia sia in funzione dei criteri utilizzati

⁹⁸ Tipico esempio è quello delle norme sul vilipendio del Presidente della Repubblica, sull'abrogato oltraggio e sull'ingiuria che, a prima vista, appaiono tutte applicabili a chi offende l'onore del Capo dello Stato in sua presenza.

⁹⁹ Non può aversi concorso di norme nell'ipotesi di norme tra loro del tutto eterogenee, a cui, cioè, corrispondono fattispecie di reato che non hanno alcun elemento in comune. Un rapporto tra fattispecie così dissimili può eventualmente rilevare solo per l'ipotesi di concorso di reati, ma in nessun caso può configurarsi un concorso di norme. Resta escluso il concorso anche tra norme che si trovano in posizione di incompatibilità, nel senso che le corrispondenti fattispecie di reato, accanto ad elementi comuni, ne presentano altri fra loro incompatibili. Così nel caso del rapporto tra appropriazione indebita e furto, costituenti entrambi reati contro il patrimonio realizzati al fine del profitto; ma contrassegnati l'uno (art. 646) dal possesso della cosa altrui da parte del soggetto attivo; l'altro (art. 624), dall'impossessamento della cosa, originariamente detenuta da altri. In tali casi, l'applicabilità di una delle due norme esclude l'applicabilità dell'altra. Fuori dall'area del concorso restano, infine, anche le ipotesi in cui due o più disposizioni si trovano nella relazione di interferenza, che ricorre quando le fattispecie legali hanno un comune nucleo comportamentale, su cui si innestano elementi tra loro eterogenei. Così nel caso di congiunzione carnale, presente, come elemento costitutivo del fatto, sia nell'incesto che nella violenza sessuale. Tale elemento comune non elimina l'eterogeneità delle due ipotesi di reato, e, perciò, ove ricorrano gli estremi di entrambe le fattispecie, ci si troverà di fronte ad un concorso formale di reati.

¹⁰⁰ Per una panoramica sulla tematica del concorso di norme, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, XVI ed., 150 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, V ed., 455 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, IV ed., 629 ss.; FIORE, *Diritto Penale*, Torino, vol. II, II ed., 170 ss.

per identificare i casi di concorso apparente di norme, sia dell'interpretazione che viene attribuita all'espressione "stessa materia", contenuta nell'art. 15 c.p., unico criterio normativo, risolutivo dei casi di concorso apparente di norme, che stabilisce la prevalenza della legge speciale rispetto a quella generale.

Secondo un primo orientamento, seguito per lo più in giurisprudenza, l'espressione "stessa materia" indica l'identità del bene giuridico protetto, con la conseguenza che il rapporto di specialità sussiste elusivamente tra norme aventi la medesima oggettività giuridica.

L'espressione "stessa materia", però, non può essere interpretata prendendo quale riferimento l'identità del bene protetto dalle disposizioni apparentemente configgenti, sia per l'equivocità ed improprietà della terminologia rispetto alla nozione che avrebbe dovuto esprimere, sia perché risulterebbero esclusi dall'ambito di operatività del concorso apparente casi che sono ad esso sicuramente riconducibili¹⁰¹.

L'inserzione dell'elemento dell'omogeneità del bene giuridico tra i presupposti del criterio di specialità ne altererebbe, inoltre, la funzione: detto criterio ha, infatti, natura logico-formale, mentre l'analisi dell'omogeneità del bene giuridico protetto implica un giudizio di valore estraneo al modo di operare della specialità.

Le questioni relative al concorso apparente di norme devono, piuttosto, essere risolte avuto riguardo alle relazioni strutturali tra fattispecie astratte, con riguardo alla natura ed alle modalità dei comportamenti, nonché ai caratteri del dolo¹⁰².

Riguardo ai criteri risolutivi del concorso apparente di norme, la dottrina è divisa in due principali orientamenti: il primo, tendenzialmente

¹⁰¹ Tipico esempio è quello delle norme sull'abrogato oltraggio e sull'ingiuria, i cui beni giuridici sono, rispettivamente, il prestigio della Pubblica Amministrazione e l'onore ed il decoro della persona.

¹⁰² Sul punto, cfr. Cass. Sez. Un. 9 maggio 2001, Papa; Cass. Sez. Un. 28 marzo 2001, Tiezzi, in cui si afferma che la soluzione del problema del concorso apparente di norme deve essere affidata ai criteri di specialità, di consunzione o di assorbimento, a seconda delle caratteristiche strutturali ed ontologiche delle fattispecie criminose messe a confronto.

dominante in dottrina, adotta un sistema pluralistico, che si basa sui criteri di specialità, sussidiarietà, e di consunzione¹⁰³; il secondo¹⁰⁴ adotta un sistema

¹⁰³ Ai sensi dell'art. 15, quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito.

Il rapporto di specialità tra fattispecie implica che tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie (generale) siano contenuti in un'altra fattispecie (speciale); il rapporto tra le due norme è tale per cui, ove la seconda mancasse, i casi che vi rientrano sarebbero riconducibili alla prima.

Rapporto di specialità sussiste, ad esempio, tra le fattispecie di cui agli artt. 624 e 626, comma 1°, n. 2. Quest'ultima è speciale rispetto all'altra: contiene, infatti, tutti gli elementi della norma generale (624), che configura il furto comune, e comprende, in più, lo stato di bisogno ed il tenue valore della cosa sottratta. L'unica norma applicabile, di conseguenza è, nella specie, quella di cui all'art. 626.

Tradizionalmente annoverato tra i criteri più consolidati di risoluzione del conflitto apparente di norme, il principio di sussidiarietà incorre tra norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene, di modo che l'offesa maggiore assorbe l'offesa minore. La norma principale, cioè, esclude l'applicabilità della norma sussidiaria (*lex primaria derogat legi subsidiariae*). La norma sussidiaria tutela un grado inferiore dell'identico bene che è tutelato dalla norma principale in grado superiore, sicché la norma principale esaurisce l'intero disvalore del fatto.

In alcuni casi, è lo stesso legislatore ad indicare un rapporto di sussidiarietà tramite l'utilizzo di una "clausola di riserva". Così nel caso del reato di abuso d'ufficio, che è applicabile soltanto ove non risultino applicabili altre fattispecie più gravi poste sempre a tutela della P.A.

La riserva principale che si può nutrire nei confronti del criterio di sussidiarietà è che non sempre risulta facilmente distinguibile dal criterio dell'assorbimento.

La norma consumante prevale sulla norma consumata (*lex consumens derogat legi consumptae*). È consumante la norma il cui fatto comprende in sé il fatto previsto dalla norma consumata, e che perciò esaurisce l'intero disvalore del fatto concreto.

Il criterio dell'assorbimento è invocabile per escludere il concorso di reati in tutte le ipotesi nelle quali la realizzazione di un reato comporta, secondo l'*id quod plerumque accidit*, la commissione di un secondo reato, il quale, perciò finisce con l'apparire assorbito dal primo.

Caratteristiche essenziali del principio dell'assorbimento sono: esso non poggia su di un rapporto logico tra norme, ma su un rapporto di valore, in base al quale l'apprezzamento negativo del fatto concreto appare tutto già compreso nella norma che prevede il reato più grave, con la conseguenza che la contemporanea applicazione della norma che prevede il reato meno grave condurrebbe ad un ingiusto moltiplicarsi di sanzioni; richiede non l'identità naturalistica, come il principio di specialità, ma l'unitarietà normativo-sociale del fatto. Il fatto appare, in altre parole, identico pur in presenza di azioni diverse dal punto di vista naturalistico, purché espressive di un disvalore penale omogeneo, come tale avvertito dalla coscienza sociale.

La duplicazione della qualificazione penale si porrebbe, pertanto, in contrasto col principio del *ne bis in idem sostanziale*, che fa divieto di attribuire due volte ad un medesimo autore un accadimento unitariamente valutabile dal punto di vista normativo. Per individuare la norma prevalente da applicare in tali casi, si fa normalmente ricorso al criterio del trattamento penale più severo. Per individuare la norma che stabilisce il trattamento più severo, si utilizza il criterio del superiore minimo editale; ove ciò non si ritenga decisivo, si effettua una comparazione del rango e della qualità dei beni tutelati.

¹⁰⁴ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 150 ss.; FIORE, *Diritto Penale*, cit., 170 ss.

monistico imperniato soltanto sul principio di specialità, che, però, viene integrato da alcuni correttivi, quali il criterio della specialità in concreto (non si richiede che le disposizioni in concorso siano omogenee, basta che contemplino una stessa situazione di fatto) ed il criterio della specialità reciproca o bilaterale (nessuna norma è speciale o generale perché entrambe presentano, accanto ad un nucleo di elementi comuni, elementi specifici ed elementi generici rispetto ai corrispondenti elementi dell'altra)¹⁰⁵.

Con riguardo al primo orientamento, soltanto il criterio di specialità trova esplicito riconoscimento nel nostro codice penale; gli altri due criteri costituiscono, invece, frutto di elaborazione dottrinale.

Mantovani¹⁰⁶ sostiene che la questione sul concorso di norme riveli una duplice esigenza: di equità, tesa a far coincidere il concorso apparente con tutti i casi in cui un medesimo fatto rientri sotto più norme, cioè non solo con la specialità, ma anche con la specialità reciproca; e di certezza giuridica, volta a trovare un principio unitario e di immediata applicazione pratica, che elimini le incertezze che fanno del concorso di norme il fianco più vulnerato del principio costituzionale di legalità. Tali esigenze sono soddisfatte, ad avviso dell'Autore, dal principio generale del *ne bis in idem sostanziale*, che in tutte le ipotesi di concorso di norme vieta di addossare più volte lo stesso fatto all'autore. Tale principio porta, in definitiva, ad affermare l'apparenza del concorso anche in tutti i casi di specialità reciproca senza clausole di riserva e sulla sola base di tale constatato rapporto strutturale tra fattispecie, a prescindere da ogni giudizio di valore.

Il problema delle cause di giustificazione può presentarsi sotto un duplice profilo¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Tipico esempio è quello degli artt. 501 c.p. e 2628 c.c., che hanno in comuni gli elementi di aggravi, ma il primo richiede il fine di turbare il mercato interno, che è una *species* del dolo generico dell'altro, ed il secondo un particolare soggetto attivo, che è una *species* del soggetto attivo generico del primo.

¹⁰⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 455 ss.

¹⁰⁷ Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 138.

Essendo le cause di giustificazione sempre relative a singoli fatti, come espressione di doveri o di facoltà di realizzare specifici fatti, può accadere che, con una sola azione od omissione, si integrino, ad esempio, gli estremi di due fatti elencati nel catalogo dei reati e, al contempo, gli estremi di una causa di giustificazione relativa ad uno soltanto dei fatti in questione.

Giustificato sarà quell'unico fatto; l'altro fatto sarà antiggiuridico e, in presenza degli altri connotati, darà vita al relativo reato¹⁰⁸.

Essendo norme a sé stanti dell'Ordinamento, che autonomamente confliggono, prevalendo nel conflitto, con la norma che ad uno stesso fatto ricollega una sanzione, ne consegue che, su uno stesso fatto, possono concorrere più norme che configurano cause di giustificazione¹⁰⁹.

Si aprono, allora, almeno tre possibilità: essendo norme indipendenti l'una dall'altra, in linea di principio sono applicabili cumulativamente¹¹⁰; una norma può, invece, soppiantare l'altra come norma speciale¹¹¹; tra le norme può intercorrere un rapporto di alternatività, nel senso che contengono estremi che si escludono a vicenda: in tal caso, si applicherà, a seconda dei casi concreti, o l'una o l'altra.

Marinucci¹¹² osserva come in alcuni casi il concorso tra norme che prevedono cause di giustificazione riceva un rilievo esplicito.

È il caso dell'uso legittimo delle armi *ex art. 53 c.p.*, il cui campo di applicazione è delimitato espressamente rispetto all'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*, del quale sembra rappresentare un'ipotesi speciale. Si applicherà la norma dell'uso legittimo delle armi quando la coercizione fisica sia resa necessaria da violenze o resistenze in atto, ovvero quando si debba

¹⁰⁸ Così, se con un'arma portata illegittimamente in un luogo pubblico, Caio uccidesse uno sconosciuto, che inopinatamente stava attentando alla sua vita, commetterebbe un fatto di omicidio giustificato per legittima difesa e, allo stesso tempo, il reato di porto illegale di arma in luogo pubblico.

¹⁰⁹ HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, cit., 30.

¹¹⁰ WARDA, *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, in *Festschrift für Maurach*, Berlin 1974, 143 ss.

¹¹¹ La fenomenologia più imponente è quella delle innumerevoli norme speciali di diritto pubblico, che regolando in modo esauriente i singoli poteri di intervento della Pubblica Autorità ed individuando gli organi specificamente competenti ad esercitarli, prevalgono sulla norma generica dello stato di necessità.

¹¹² MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 138.

impedire la consumazione di una serie nominata di reati; è delimitato, altresì, rispetto alla legittima difesa, nei confronti della quale sembra trovarsi in rapporto di alternatività: si applicherà la legittima difesa quando in pericolo siano i diritti individuali del pubblico ufficiale, e l'uso legittimo delle armi quando sia, invece, l'azione della Pubblica Autorità ad incontrare una resistenza da vincere o una violenza da respingere.

§ 8. LA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

Il nostro Ordinamento sottopone le cause di giustificazione ad alcune regole comuni contenute negli artt. 55 e 59 del Codice.

L'art. 59, al 1° co., recita: "Le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute inesistenti".

L'ultimo comma dell'articolo in parola stabilisce: "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui".

Il codice Rocco attribuisce, quindi, rilevanza alla figura dell'esimente putativa, equiparando la situazione di chi agisce effettivamente in presenza di una causa di giustificazione a quella di chi confida erroneamente nella sua esistenza.

Per spiegare efficacia scusante, l'errore deve investire: i presupposti di fatto che integrano la causa di giustificazione stessa¹¹³, o una norma extrapenale, integratrice di un elemento normativo della fattispecie giustificante.

È da escludere la rilevanza esimente di un errore di diritto, sfociante nell'erronea ed inescusabile convinzione che la situazione nella quale l'agente si trova ad operare rientri tra quelle cui l'ordinamento giuridico attribuisce efficacia scriminante¹¹⁴; a ragionare diversamente, si finirebbe col

¹¹³ Così nel caso di colui che, ritenendo di essere aggredito a causa di un errore di percezione, reagisce difendendosi.

¹¹⁴ Non ha, ad esempio, nessuna rilevanza esimente l'erronea convinzione che la provocazione escluda il reato.

considerare inoperante, sul terreno delle cause di giustificazione, il principio generale *ignorantia legis non excusat* ex art. 5 c.p.

In tema di rapporto dolo – scriminanti, i sostenitori della teoria degli elementi negativi del fatto¹¹⁵ hanno dovuto affrontare il problema se, agli effetti del dolo, fosse necessaria la rappresentazione positiva della mancanza delle cause di giustificazione.

Poiché richiedere la consapevolezza della mancanza di tutte le possibili cause di giustificazione significherebbe esigere l'accertamento di un dato psicologico irrealizzabile, essi hanno escluso tale necessità e precisato che, assai più semplicemente, essendo indifferente che il soggetto si rappresenti o meno l'assenza di cause di giustificazione, è necessario che egli non si rappresenti per errore la presenza di una di esse.

Con riferimento alle scriminanti, elementi oggettivi negativi del reato, il contenuto del dolo assumerebbe a sua volta un connotato negativo.

Muovendo dal presupposto secondo cui le cause di giustificazione sarebbero istituti generali del diritto, sostanzialmente autonomi dal reato, è stata prospettata¹¹⁶, in coerenza con tale premessa, una spiegazione del tutto diversa del rapporto dolo – illecito penale con riferimento alla problematica delle scriminanti.

Poiché il reato doloso, si è osservato, esige un fatto, l'antigiuridicità del fatto e la dolosa commissione di un fatto che l'ordinamento considera antigiuridico, quando il contenuto della volontà e rappresentazione è un fatto lecito, è del tutto razionale che la legge escluda la responsabilità dolosa: manca il dolo perché esso, essendo volontà di realizzazione di un fatto considerato dall'ordinamento come antigiuridico, non può proprio profilarsi quando ciò che si è voluto realizzare è un fatto che l'ordinamento considera lecito.

Questo, in sintesi, il ragionamento dell'Autore.

¹¹⁵ GALLO, voce *Dolo*, in Enc. dir., XIII, 750 ss.

¹¹⁶ MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico – criminali*, cit., 1248.

Colpevole, nella forma del dolo e della colpa, può essere soltanto chi realizza un fatto che l'Ordinamento considera antigiuridico.

Muovendo da questa ovvia premessa, il Codice Penale vigente ha sviluppato una disciplina coerente: il fatto tipico è antigiuridico quando difettano gli estremi di una causa che ne giustificerebbe la realizzazione.

Se, però, il contenuto della rappresentazione e della volizione dell'agente è un fatto che l'ordinamento considera lecito, perché, volendo realizzare il fatto, l'agente ha anche erroneamente supposto di commetterlo in presenza di una sua causa di giustificazione, allora non lo si potrà ritenere responsabile per dolo del fatto antigiuridico commesso.

Il dolo è volontà di realizzazione di un fatto tipico considerato dall'ordinamento antigiuridico, e non sussiste, perciò, quando ciò che si è voluto realizzare è un fatto che l'ordinamento considera lecito.

Mancando il dolo, l'agente potrà tuttavia essere ritenuto responsabile per colpa del fatto antigiuridico realizzato, quando l'erronea supposizione della presenza di una causa di giustificazione del fatto, commesso volontariamente o meno, poteva essere evitata con la diligenza necessaria ed esigibile, e sempreché la responsabilità per colpa trovi spazio nel sistema: per i fatti antigiuridici delittuosi, la responsabilità per colpa, ai sensi dell'art. 42, c. 2, c.p., deve essere espressamente prevista.

Sono astrattamente pensabili tre tipi di erronea supposizione dell'esistenza di una causa di giustificazione: l'agente se ne può figurare una non contemplata dall'ordinamento; se la può erroneamente immaginare con limiti più ampi di quelli entro cui è prevista; può erroneamente supporre l'esistenza nella realtà degli estremi di una causa di giustificazione riconosciuta dall'ordinamento¹¹⁷.

I primi due tipi di errore, incidendo sulla legge penale, sono senz'altro irrilevanti, ai sensi dell'art. 5 c.p.: il dolo non richiede la consapevolezza dell'antigiuridicità del fatto, del pari, il dolo non viene a

¹¹⁷ Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit. 143 ss.

mancare per effetto dell'erronea supposizione o interpretazione di norme che escluderebbero l'antigiuridicità del fatto.

In linea di principio, è rilevante soltanto l'erronea supposizione della esistenza, nella realtà, degli estremi di una fattispecie descritta da una norma che configura una causa di giustificazione: estremi che possono essere tanto di tipo descrittivo, quanto di tipo normativo.

I primi non sollevano problemi¹¹⁸.

Problemi, non ancora chiariti, solleva, invece, l'errore sugli elementi normativi di una scriminante.

È indiscusso che rileva l'errore sulla situazione di fatto alla base dell'elemento normativo¹¹⁹.

Nei casi in cui, invece, l'agente si rappresenta esattamente la situazione di fatto, e perviene alla conclusione che è presente un elemento normativo esclusivamente sulla base di un'inesatta valutazione, allora bisogna distinguere, allora bisogna distinguere, per evitare che l'errore incida sui limiti della causa di giustificazione, restando perciò irrilevante *ex art. 5 c.p.*

Vi sono elementi normativi che contengono una valutazione globale del fatto come lecito: ad esempio la proporzione tra fatto e pericolo nella legittima difesa e nello stato di necessità. Questi elementi normativi andrebbero smembrato, separando ciò che fonda la conformità al diritto del fatto, con il giudizio stesso di conformità al diritto¹²⁰.

Ciò significa che il dolo viene escluso quando l'agente si raffigura uno stato di cose che, se esistente, renderebbe il fatto commesso per difendersi o per salvarsi proporzionato al pericolo; mentre non lo è se, sulla

¹¹⁸ Per un errore di fatto il dottore suppone manifestato il consenso all'operazione; l'agente di polizia giudiziaria arresta, per uno scambio di persona, il supposto autore di un delitto; il passante si difende da un altro, che di notte scambia per un aggressore; l'agredito crede ancora necessaria una difesa contro chi non si avvede essere diventato ormai inoffensivo.

¹¹⁹ Così rileva l'errore sull'ingiustizia dell'offesa, nella legittima difesa, quando l'agente si oppone con una percossa all'uso della sua macchina, perché non sa che è il solo mezzo per portare in ospedale un ferito grave.

¹²⁰ Così MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit. 144.

base di una situazione concreta esattamente rappresentata, l'agente ritiene erroneamente che vi sia proporzione tra il suo bene in pericolo, ed il bene che lede con l'azione difensiva o di salvataggio: si tratterebbe di un errore irrilevante, perché l'agente sposterebbe, a suo libito, i limiti di una causa di giustificazione.

Piena rilevanza sembra avere, invece, l'errore di valutazione che cade su elementi normativi, che non investono la valutazione globale del fatto come lecito¹²¹.

Quanto ai rapporti tra la disposizione normativa in esame e l'errore sul fatto che costituisce reato, *ex art. 47 c.p.*, si registrano posizioni discordanti in dottrina¹²².

Fiandaca e Musco¹²³ ritengono che la regola, secondo cui l'erronea supposizione di una causa di giustificazione fa venir meno la punibilità, costituisca il frutto di un'estensione alle scriminanti della disciplina generale dell'errore di fatto enunciata nell'art. 47.

Colui che, infatti, commette un reato nell'erronea convinzione che sussistano circostanze, le quali facoltizzano o impongono il comportamento che realizza quel reato, agisce senza dolo allo stesso modo di chi erra sull'esistenza di un requisito positivo della figura criminosa che viene in questione.

In entrambe i casi, il soggetto non sa bene quel che fa, non si rappresenta un fatto punibile, ma un diverso fatto, del tutto lecito.

Alle opposte conclusioni perviene Fiore¹²⁴, il quale considera l'errore sulle circostanze di esclusione della pena *ex art. 59* un'ipotesi a sé stante rispetto all'errore sul fatto che costituisce il reato *ex art. 47*.

¹²¹ Così l'agente può arrivare ad una valutazione errata del requisito dell'ingiustizia, a seguito di un'erronea interpretazione di una regola di diritto civile, che, ad esempio, lo induca a ritenere vietato un passaggio sul proprio fondo e, come tale, impedibile.

¹²² Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1998, 773 ss.

¹²³ FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 228.

¹²⁴ FIORE, *Diritto Penale*, cit., 410 ss.

Tra le due ipotesi esisterebbe solo un'analogia di disciplina, ma differirebbero profondamente per quanto concerne i rapporti con gli elementi costitutivi del reato.

Chi agisce nell'erronea supposizione che esistano i presupposti di fatto di un'esimente, prevede e vuole che gli elementi oggettivi del fatto tipico, poiché si rappresenta compiutamente condotta, rapporto di causalità ed evento e vuole, altresì la lesione di beni che con il suo fatto realizza.

Nell'ipotesi dell'art. 47, l'agente non sa quel che fa; nel caso disciplinato dall'art. 59 egli sa quel che fa, ma crede che abbia il permesso di farlo.

La giurisprudenza tende ad interpretare restrittivamente l'ult. co. dell'art. 59, nel senso che, per escludere la responsabilità dolosa, richiede, non solo che l'agente supponga erroneamente l'esistenza di una causa di giustificazione, ma anche che l'errore in cui versa il soggetto sia ragionevole, abbia logica giustificazione, possa apparire scusabile sulla base di dati di fatto.

La disciplina relativa all'errore colposo sulle scriminanti è applicabile anche alle contravvenzioni.

Discusso, infine, appare l'ambito di operatività della norma.

Per i fautori della c.d. rilevanza oggettiva delle cause di giustificazione, poiché l'errore dell'agente non può cadere sui propri processi psicologici, ma deve, necessariamente, riferirsi ad un dato esterno alla sua psiche, è sufficiente, a rendere applicabile la normativa prevista dal quarto comma dell'art. 59, la rappresentazione degli elementi oggettivi erroneamente ritenuti esistenti dall'agente.

La disciplina delle scriminanti, nel caso di semplice erronea supposizione della sua esistenza, sembrerebbe smentire la necessità dell'esistenza dell'elemento a struttura soggettiva, posto che l'errore non può che cadere sugli altri elementi della fattispecie scriminante.

Altra parte di dottrina¹²⁵ rileva che le scriminanti putative non sono mai interamente putative: non è mai il solo errore, come mero stato psicologico dell'agente, ad avere rilievo¹²⁶.

L'art. 59, secondo tale impostazione, non ha voluto creare delle nuove scriminanti, ma ha stabilito soltanto che le cause di non punibilità debbano essere valutate a favore dell'agente, che le ritenga per errore esistenti.

Per operare, dunque, le cause di giustificazione devono sussistere con tutti i propri elementi costitutivi, presenti nella realtà, o esistenti solo putativamente nella psiche dell'agente.

Sicchè, quando qualche elemento della fattispecie non è suscettibile di esistere putativamente, esso non può tuttavia mancare, ma deve, necessariamente, esistere nella realtà.

Da ciò, l'Autore deduce che la disciplina del putativo non si applica alle scriminanti a struttura interamente soggettiva. Nel caso di scriminanti a struttura mista, l'errore sugli altri elementi della fattispecie non ha alcun rilievo se manca la direzione finalistica richiesta, che deve sussistere realmente, sia pure a livello psicologico. Nelle scriminanti che richiedono la costrizione, accanto all'errore che cade su dati esterni alla psiche, deve sempre sussistere il condizionamento della volontà. Pertanto, anche le scriminanti putative, se a struttura parzialmente soggettiva, sono, in realtà, più complesse e richiedono, oltre all'esistenza putativa degli elementi oggettivi, anche l'esistenza effettiva degli elementi soggettivi.

L'errore sulle cause di giustificazione si distingue dalla fattispecie di eccesso colposo.

¹²⁵ Cfr., per tutti, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 93 ss.

¹²⁶ Con riguardo alla legittima difesa, ad esempio, a porre in essere la scriminante putativa non è sufficiente il semplice stato d'animo del soggetto, la mera coscienza in lui di un pericolo; *se ciò fosse, rari sarebbero i delitti non scriminabili, mentre, in tanto la causa di giustificazione opera, in quanto alla vittima si può attribuire un'azione o un fatto che, pur incapace di ingenerare un pericolo, era però capace di ingenerare la coscienza del pericolo*. Cfr. DE MARSICO, *Questioni in tema di legittima difesa putativa e di eccesso di difesa*, in Riv. pen. 1949, 548.

Ai sensi dell'art. 55 c.p., quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli artt. 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

La fattispecie dell'eccesso colposo ricorre allorché sussistono i presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ma l'agente, per colpa, ne travalica i limiti¹²⁷.

Il giudizio relativo alla natura colposa del superamento dei limiti dell'agire consentito si effettua alla stregua dei parametri normativi contenuti nell'art. 43 c.p.: il travalicamento dei confini della scriminante deve, cioè, dipendere da difetto inescusabile di conoscenza della situazione concreta da parte dell'agente, ovvero da altre forme di inosservanza di regole di condotta a contenuto precauzionale relative all'uso dei mezzi o alle modalità di realizzazione del comportamento.

Parte della dottrina distingue due forme di eccesso colposo¹²⁸: il primo si ha quando si cagiona un determinato risultato volutamente, perché si valuta erroneamente la situazione di fatto; il secondo si verifica quando la situazione di fatto è valutata esattamente, ma per errore esecutivo si produce un evento più grave di quello che sarebbe stato necessario cagionare.

Per la configurabilità dell'illecito colposo, è necessario che la volontà dell'agente sia sempre tesa a realizzare quel fine che nella situazione concreta rende giustificato il comportamento, e che, per un errore vincibile sulla necessità dell'uso di dati mezzi o sull'estensione dei limiti concreti che la situazione impone, si realizzi un evento sproporzionato rispetto a quello che sarebbe stato, invece, sufficiente produrre.

¹²⁷ Così nel caso dell'agredito che, a cause di un errore inescusabile di valutazione, appresta mezzi eccessivi di difesa in rapporto all'entità del pericolo ed uccide invece di limitarsi a percuotere.

¹²⁸ In argomento, cfr. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in Nov. dig. it, IV, 338; MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in Enc. dir., XIV, 117; SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in Dig. disc. pen., IV, 180.

Si è, invece, fuori dai limiti dell'eccesso colposo se l'agente, essendo ben a conoscenza della situazione concreta e dei mezzi necessari al raggiungimento dell'obiettivo consentito, superi volontariamente i limiti dell'agire scriminato¹²⁹.

Il delitto commesso in situazione di eccesso deve ritenersi un vero e proprio delitto colposo, in quanto, pur essendo vero che l'evento più grave può essere previsto e voluto dall'agente, la volontarietà del fatto è viziata da un errore inescusabile, che si converte in una falsa rappresentazione dei con,fini entro i quali è consentito agire, mancando l'esatta conoscenza della situazione concreta, dunque, esula l'elemento conoscitivo del dolo.

Posto, infine, che l'errore di valutazione in cui l'agente cade potrebbe essere evitato prestando maggior attenzione, sussistono i presupposti strutturali tipici del comportamento colposo.

La situazione di eccesso colposo si distingue da quella di erronea supposizione di una scriminante: mentre in quest'ultima la causa di giustificazione non esiste nella realtà, ma soltanto nella mente di chi agisce, nel caso in esame, la scriminante di fatto esiste, ma l'agente supera colposamente i limiti del comportamento consentito.

Si ha, in definitiva, l'eccesso quando esistono i presupposti delle cause di giustificazione: un diritto, un dovere, un'aggressione ingiusta o una situazione di necessità, ma vengono oltrepassati i limiti stabiliti¹³⁰.

L'errore, invece, si verifica allorché le condizioni o situazioni di fatto, che danno luogo alle cause di giustificazione, non esistono, ma, per

¹²⁹ Così nel caso in cui l'agente, pur rendendosi conto che basterebbero delle semplici percosse a far desistere un aggressore disarmato, lo ferisce con un'arma da taglio procurandogli uno sfregio duraturo. In tal caso, la volontà del soggetto attivo è diretta non alla realizzazione dell'obiettivo consentito, ma di un fine criminoso, per cui l'eccesso è doloso ed il soggetto deve rispondere del reato commesso a titolo di dolo.

¹³⁰ Così nel caso di agenti della forza pubblica che hanno avuto l'ordine di sparare in alto per far sgombrare una piazza, presi dal panico, sparano contro la folla; di un aggredito, che potrebbe efficacemente difendersi adoperando un bastone, fa uso della rivoltella; di una persona in pericolo che, potendo salvarsi con la fuga, cagiona la morte di un compagno.

equivoco, sono ritenute esistenti¹³¹.

Problematico si profila l'ambito di operatività dell'art 55 c.p.

Parte della dottrina¹³² esclude gli elementi a struttura soggettiva dall'ambito dei presupposti dell'eccesso colposo, coerentemente con la tesi dell'assenza di siffatti elementi nelle scriminanti previste dagli artt. 51 – 54 c.p.

È la situazione di eccesso oggettivamente considerata, si sostiene, che viene in rilievo.

La sussistenza dello stato di eccesso deve essere giudicata secondo la situazione esteriore e non secondo lo stato interiore dell'agente.

In stato di eccesso agisce, dunque, anche chi ha la coscienza di non operare entro i limiti consentiti e tuttavia agisce, come agisce in stato di eccesso chi persegue fini diversi dalle cause di giustificazione.

L'indagine sul fine, in definitiva, non ha alcun rilievo nella determinazione delle cause di giustificazione.

Altra autorevole dottrina¹³³ sostiene, invece, che per aversi eccesso colposo è indispensabile che sussista l'elemento a struttura psicologica di base della scriminante, unitamente agli altri eventuali presupposti.

L'eccesso, in altre parole, in tanto acquista rilievo scriminante o attenuante nell'ambito delle valutazioni penalistiche, in quanto appare fornito di un coefficiente psicologico corrispondente a quello richiesto per ciascuna scriminante parzialmente realizzata.

L'eccesso, poi, in tanto può considerarsi colposo, in quanto il soggetto abbia superato i limiti consentiti, involontariamente.

¹³¹ Così nel caso di chi crede erroneamente di vantare un diritto che, invece, non possiede (perché, ad esempio, il permesso gli è stato rilasciato da un'autorità incompetente), o nell'ipotesi della persona che, nel buio di una strada frequentata da malviventi, ritenga, per errore, di essere aggredita.

¹³² Per tutti, cfr. MUSOTTO, *Corso di diritto penale*, parte generale, Palermo 1960, 276; AZZALI, *Eccesso colposo*, Milano 1965, 14.

¹³³ Per tutti, cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 103 ss.

In assenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla scriminante, dunque, si configura eccesso nei fini, si è, quindi, completamente fuori dall'eccesso.

In presenza dell'elemento soggettivo della scriminante, ma in caso di volontario superamento dei limiti, si configura l'eccesso doloso, per il quale si propone una certa diminuzione di pena¹³⁴.

¹³⁴ Le conclusioni raggiunte in ordine alla struttura parzialmente soggettiva dell'eccesso trovano conferma nel fatto che il legislatore ha assolutamente escluso dalla disciplina dell'eccesso colposo quell'unica scriminante, prevista nella parte generale, l'art. 50 c.p., che ha ritenuto di costruire interamente in base ad elementi suscettibili di valutazione oggettiva.

Una tale scelta non può che significare l'accoglimento di un concetto di eccesso comprendente quel *minimum* soggettivo richiesto per ciascuna scriminante.

Eccesso, quindi, inteso non in senso meramente oggettivo, come pure in astratto è possibile concepire, ma inteso come insieme di elementi soggettivi ed oggettivi, ove, naturalmente, il dato soggettivo non deve essere identificato nella consapevolezza di eccedere, che esclude l'eccesso colposo, ma nel requisito soggettivo che è di base a ciascuna scriminante.

§ 9. CONFRONTO TRA CATEGORIE AFFINI.

Le cause di non punibilità che incidono sull'esistenza del reato vengono raggruppate in tre categorie, a seconda che escludano l'antigiuridicità, la colpevolezza, o riguardino valutazioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena, e sono denominate cause di giustificazione, cause di esclusione della colpevolezza e cause di esenzione da pena.

Le prime rendono lecito un fatto tipico, le seconde rendono non colpevole un fatto tipico ed antigiuridico, le terze rendono non punibile un fatto tipico, antigiuridico e colpevole.

Mentre le cause di giustificazione in senso stretto, elidendo l'antigiuridicità, rendono inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione, le cause di esclusione della colpevolezza, o scusanti, lasciano, invece, integra l'antigiuridicità oggettiva e fanno venir meno solo la possibilità di muovere un rimprovero al suo autore in quanto si tratta di circostanze psicologicamente coartanti, che rendono difficile pretendere dal soggetto un comportamento conforme al diritto.

Per Fiandaca e Musco¹³⁵ rientrano in tale problematica categoria tutte le situazioni nelle quali il soggetto agisce sotto la pressione di circostanze psicologicamente coartanti, che rendono difficile esigere un comportamento diverso, conforme al diritto.

Sono i casi in cui difetta il solo elemento soggettivo e, come tali, operano solamente se conosciute dall'agente.

Le cause di giustificazione, e non le scusanti, dunque, escludono l'antigiuridicità del fatto, in quanto il danno cagionato dall'azione giustificata

¹³⁵ FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 230 ss.

non ha rilevanza giuridica, a differenza di quello derivante da una scusante per la quale può essere preveduto l'obbligo ad un indennizzo.

Nell'ambito della categoria delle cause di giustificazione possono essere ricondotte soltanto le cause di non punibilità in cui l'azione non può né essere impedita legittimamente, né essere contrastata da una reazione legittima, e che producono un danno che non è giuridicamente rilevante ai fini dell'indennizzo.

Le cause di estinzione della pena in senso stretto, a loro volta, consistono in circostanze che, a differenza delle precedenti, lasciano sussistere sia l'antigiuridicità, sia la colpevolezza: la loro specifica ragion d'essere consiste in valutazioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena, avuto anche riguardo all'esigenza di salvaguardare controinteressi che risulterebbero altrimenti lesi da un'applicazione della pena nel caso concreto¹³⁶.

Si collocano "lateralmente" alla teoria del reato, quasi come contrappunto alle condizioni oggettive di non punibilità.

Le une e le altre presuppongono, infatti, un reato completo in ogni suo aspetto di tipicità, antigiuridicità, colpevolezza: quando sia prevista dalla legge una condizione oggettiva, il suo verificarsi determinerà in concreto la reazione dell'ordinamento, che, tuttavia, sul terreno dei valori ha già comunque e definitivamente espresso la sua disapprovazione alla realizzazione del fatto; allo stesso modo, una disapprovazione è già comunque e definitivamente pronunciata per un fatto (tipico, antigiuridico e colpevole), quand'anche ragioni date da condizioni personali dell'agente, o dai suoi rapporti con la vittima, o da un suo comportamento successivo, abbiano a sconsigliare la reazione dell'ordinamento penale¹³⁷.

La problematicità di tale categoria riguarda la sua delimitazione.

¹³⁶ Così, ad esempio, rimane punibile il complice del figlio, non punibile per ragioni di opportunità relative all'unità della famiglia, che ruba ai danni del padre,

¹³⁷ Così ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. it dir. proc. pen. 1990, 59.

Controverso è, in particolare, se siano riconducibili ad essa i casi di immunità; se ed in che modo i casi di non punibilità originaria per alcuni soggetti puntualmente indicati dalla legge¹³⁸ si distinguano da quelli di una mera mancanza di tipicità del fatto; se ed in che modo i casi di non punibilità sopravvenuta siano da differenziare da talune cause che lo stesso Codice Penale denomina di estinzione del reato¹³⁹.

Fra le cause di non punibilità in senso stretto, si ricordano gli artt. 649, 308, 309, 371, 376 e 599.

Dietro a queste “non punibilità” dell’agente si celano ragioni profondamente diverse.

Quanto alle cause di giustificazione, il loro dominio è quello di un bilanciamento di interessi: schematizzando, da una parte la lesione del bene tutelato, dall’altra un altro bene di maggior pregio per l’ordinamento.

Certo, anche per le cause di esclusione della colpevolezza e per le cause di non punibilità in senso stretto l’ordinamento si muove valutando interessi, ma il dato specifico per le cause di giustificazione consiste nella circostanza che l’interesse che esse segnalano ed affermano è “interno alla meritevolezza della pena”¹⁴⁰: nella contrapposizione con l’offesa del bene protetto dalla norma, il rilievo dell’interesse considerato dalla causa di giustificazione è tale che ne risulta precluso nel sorgere un qualsiasi giudizio negativo¹⁴¹.

Per le cause di esclusione della colpevolezza, invece, le cose non stanno allo stesso modo.

¹³⁸ Ad esempio, delitto contro il patrimonio commesso da un discendente della vittima.

¹³⁹ Per un’esauriente trattazione di tali tematiche, cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in Enc. dir. VI, 609; sulla distinzione tra i casi di non punibilità sopravvenuta e le cause estintive, cfr. ZICCONI, *Le cause “sopravvenute” di non punibilità*, Padova 1975, 10 ss.

¹⁴⁰ Così ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 61.

¹⁴¹ Così, ad esempio, non è punito chi agisce in stato di legittima difesa, o esercitando un altro diritto a lui riconosciuto o attribuito dall’ordinamento.

Nella concreta situazione, il fatto non assume una connotazione negativa: a parte i casi in cui è addirittura imposto, il fatto nella sua dimensione oggettiva è approvato dall’ordinamento, o, comunque, considerato come espressione di libertà.

In questo caso, l'esonero da pena non si spiega più con una valutazione oggettiva di liceità come per le cause di giustificazione.

Accanto al permanere di una dimensione di oggettivo disvalore, l'Ordinamento mostra di tenere in speciale conto i riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere.

Le ragioni oggettive del permanere della norma incriminatrice e del disvalore del fatto che vi corrisponde sussistono: il giudizio sul fatto commesso, di conseguenza, non lascia trapelare nessuna approvazione, nessuna libertà. In considerazione della particolare situazione che l'agente si trova a dover affrontare, però, l'ordinamento penale opta per non "incrudelire" con una sua sanzione¹⁴².

Quanto alle cause di non punibilità in senso stretto, infine, l'assenza di reazione da parte dell'ordinamento si spiega alla stregua di interessi "esterni alla meritevolezza della pena"¹⁴³, che non hanno nulla a che vedere né con il disvalore oggettivo del fatto, né con la situazione esistenziale – psicologica dell'agente: sono, cioè, mere ragioni di opportunità politico – criminale a determinare la rinuncia alla pena¹⁴⁴.

¹⁴² Se ci si chiede perché non è punito chi, dopo che è stato commesso un reato, ha aiutato il proprio genitore ad eludere le investigazioni dell'autorità, oppure chi, pur avendone l'obbligo in ragione della propria qualifica soggettiva, non abbia denunciato all'autorità giudiziaria un grave delitto che sospetta essere stato compiuto da un prossimo congiunto (art. 384 c.p.), non si può rispondere in maniera convincente adducendo un soppesamento normativo di beni così lontani ed eterogenei tra loro quali la libertà e l'onore di un prossimo congiunto e l'interesse pubblicistico dell'amministrazione della giustizia.

Non si può, in altre parole, asserire che l'Ordinamento autorizza, impone, o, comunque, approva l'aiuto prestato ad un parente potenziale delinquente: è, invece, plausibile che l'art. 384 c.p. rechi un altro messaggio.

È sempre negativo ostacolare il corso della giustizia, ma non si può essere così drasticamente rigidi da chiedere che un figlio non aiuti in alcun modo suo padre in un frangente giudiziariamente difficile, o che, addirittura, lo denunci personalmente all'A.G.

¹⁴³ Così ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 64.

¹⁴⁴ Così, non è punito un figlio che abbia commesso un furto ai danni del padre (art. 649 c.p.), per la tutela dei rapporti familiari. La *ratio* della non punibilità (discrezionale per il giudice) delle ingiurie reciproche tra due offensori va rinvenuta nella circostanza che, in tale particolare situazione, può risultare conveniente e pratico lasciar correre il fatto di entrambe i soggetti.

Pare opportuno, a tal punto, analizzare in quale modo rilevino le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto.

La problematica relativa all'ambito di operatività delle cause di giustificazione verrà affrontato in seguito, *sub* cap. II.

Sarà sufficiente anticipare che, partendo dall'analisi del dettato normativo dell'art. 59, c. 1, c.p., secondo cui: "Le circostanze che...escludono la pena...sono valutate...a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute...o ritenute inesistenti", la dottrina italiana maggioritaria ritiene che le cause di giustificazione comuni operino su un piano meramente oggettivo in quanto, in assenza di un danno sociale, il ricorso alla pena va escluso quale che sia l'atteggiamento psichico del soggetto agente.

La salvaguardia di un interesse prevalente su quello sacrificato sarebbe la ragione per cui, in presenza di una scriminante, il fatto risulti obiettivamente lecito e ciò a prescindere da qualsivoglia indagine sull'atteggiamento soggettivo dell'agente.

Ciò comporterebbe che il soggetto che non sa che il fatto da lui commesso è giustificato, o che suppone che non lo sia, possa comunque contare sull'efficacia scriminante della circostanza, in virtù della sola sua esistenza.

Approfondendo il discorso circa i rapporti tra elemento soggettivo e cause di giustificazione, si impongono alcune precisazioni connesse sempre alla posizione assunta dagli autori in relazione al modo di prospettare gli elementi strutturali del reato.

Coerentemente al discorso tripartitista, Fiandaca e Musco¹⁴⁵ escludono dall'analisi dell'oggetto del dolo, la valutazione circa le cause di giustificazione.

Per i sostenitori del sistema bipartito, la sintesi appare più complessa.

¹⁴⁵ FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 230 ss.

Mantovani¹⁴⁶ rileva come costituisca oggetto del dolo (oggetto di rappresentazione) non solo la totalità degli elementi positivi, precedenti e concomitanti alla condotta, ma altresì gli elementi negativi del fatto, cioè l'assenza di situazioni previste dalla legge come scriminanti.

Che l'agente debba rappresentarsi, nota l'Autore, anche tali elementi si desume dall'art. 59, 4° co., c.p., essendo pacifico che questa disposizione, pur usando la generica locuzione di cause di esclusione della punibilità, faccia riferimento solo alle giustificanti. Per versare in dolo, conclude l'autore, occorre, pertanto, la consapevolezza di agire in assenza di scriminanti.

Per Grosso¹⁴⁷, si tratta di una soluzione inaccettabile.

Esigere, agli effetti del dolo, la rappresentazione da parte dell'agente dell'assenza di tutte le cause di giustificazione significherebbe richiedere un atteggiamento psicologico mai riscontrabile nella realtà: l'autore di un reato non si pone il problema dell'esistenza o meno delle cause di giustificazione e si limita a rappresentarsi ciò che realizza positivamente.

Meno problematico appare il discorso relativo all'ambito di operatività delle cause di esclusione della colpevolezza.

La loro operatività è, infatti, intrinsecamente soggettiva.

L'agente viene scusato dall'ordinamento proprio in ragione dei riflessi psicologici della situazione esistenziale in cui si è venuto a trovare e non avrebbe, allora, alcun senso una rilevanza della causa scusante dei cui presupposti l'agente avesse concretamente ignorato la presenza.

La naturale soggettività delle cause scusanti determina l'impossibilità della loro comunicabilità ai correi nel fatto tipico ed antigiuridico del soggetto a cui si riferiscono.

Romano¹⁴⁸ sostiene che in linea di principio non sia inammissibile che l'ordinamento consideri scusato anche chi si trovi a prestare consapevole aiuto ad una persona per la quale la legge, in forza della sua situazione

¹⁴⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 233.

¹⁴⁷ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 140 ss.

¹⁴⁸ ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 68.

esistenziale, preveda una causa di esclusione della colpevolezza, se soltanto si prospetti un riflesso soggettivo analogo, o quasi, anche in chi non sia direttamente ed in prima persona coinvolto¹⁴⁹; ma, al di fuori di un'estensione espressa di questo genere, l'intrinseca natura soggettiva delle scusanti non ne consentirà mai il riconoscimento a beneficio del concorrente.

Quanto alle cause di non punibilità in senso stretto, vige una operatività oggettiva.

Fermo il disvalore del fatto tipico, antiggiuridico e colpevole, infatti, le ragioni della non punibilità sono, diversamente da quanto avviene per le cause di esclusione della colpevolezza, estranee all'atteggiamento dell'agente.

Problematico è l'aspetto della riferibilità di tali cause ai diversi correi nel reato.

Sul punto, si è soliti porre in risalto il carattere personale delle cause originarie o sopravvenute di non punibilità in senso stretto: quando esse risultino da una particolare condizione dell'agente, o dal suo rapporto con la vittima, è certo che tale condizione determinerà un effetto, l'esenzione da pena, che riguarderà lui solo¹⁵⁰.

Non è, tuttavia, impensabile che le ragioni di opportunità criminale, estranee al disvalore oggettivo o soggettivo del fatto, possano talvolta valere per se stesse e siano da riferire a tutti coloro che abbiano preso parte al reato¹⁵¹.

La non punibilità in senso stretto, fondata su situazioni ed accadimenti esterni alla meritevolezza della pena, sarà da collegare ad un

¹⁴⁹ Così, nel caso di colui che, in uno stato di necessità scusante, concorra nell'azione antiggiuridica necessitata di un terzo a lui estraneo, che da solo non riuscirebbe ad allontanare il pericolo perché portatore di *handicap*.

¹⁵⁰ Se la non punibilità del furto del figlio ai danni del padre si spiega con una conservazione del rapporto familiare, non avrebbe senso mandare esente da pena anche il correo che abbia collaborato con il figlio nella realizzazione del reato.

¹⁵¹ Si pensi alla ritorsione nel delitto di ingiuria: ammessa dalla legge, per la rappacificazione degli offensori e per la normale lievità del fatto, la non punibilità anche di entrambe le offese (art. 599, c. 1, c.p.), non si vede perché chi abbia istigato l'amico ad ingiuriare l'avversario da cui è stato poco prima offeso non possa essere a sua volta dichiarato dal giudice non punibile.

singolo soggetto, ma non implica, di per sé, necessariamente un riferimento e, quindi, una rilevanza espressamente personale.

Ultima tematica da affrontare riguarda l'operatività dell'errore dell'agente su ciascuna delle ipotesi di non punibilità in esame.

Quanto alle cause di giustificazione, l'erronea supposizione dell'esistenza di una causa non prevista dall'ordinamento o l'errore sulla sua esatta estensione sono da trattare come errori sul divieto.

L'erronea supposizione degli elementi di una causa di giustificazione prevista dalla legge, invece, è sempre valutata a favore dell'agente.

Nel nostro sistema, egli non risponde mai a titolo di dolo, ma soltanto a titolo di colpa, se l'errore è dovuto a colpa ed il reato è previsto come colposo.

L'art. 59, c. 3, c.p. è esplicito in tal senso: esclude sempre una colpevolezza dolosa, lasciando soltanto una eventuale responsabilità colposa.

Romano¹⁵² osserva come l'opzione del Codice sia plausibile: poiché se è vero che l'agente ha la rappresentazione e la volontà corrispondenti al fatto costitutivo del reato, crede, tuttavia di agire in una situazione che, se fosse realmente presente, secondo l'ordinamento farebbe considerare lecito il suo comportamento.

Anche se l'agente ignorasse la liceità o credesse erroneamente illecita la condotta nella situazione ritenuta presente, il contenuto di quella rappresentazione e volontà coinciderebbe pur sempre con quello sufficiente a giustificare alla stregua della oggettiva valutazione dell'ordinamento.

Quando, invece, l'errore di identificazione degli elementi della causa di giustificazione sia dovuto a colpa, è logico che trovi luogo un rimprovero per reato colposo.

L'errore sulle cause di esclusione della colpevolezza è da considerare in termini essenzialmente analoghi.

Quanto all'errore su una causa scusante non prevista dall'ordinamento o sui suoi esatti confini, spesso è totalmente irrilevante.

¹⁵² ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 69.

Quanto all'errore sugli elementi di una causa scusante prevista, invece, se incolpevole esso non consente una responsabilità dolosa.

Problematica è la soluzione del caso di errore colpevole, in cui restano aperte le possibilità di una responsabilità dolosa o di una responsabilità colposa.

Romano¹⁵³ afferma che la soluzione più corretta sia quella della responsabilità dolosa, poiché l'agente non soltanto ha il dolo del fatto, ma, diversamente dal caso corrispondente dell'errore sulla causa di giustificazione, non si rappresenta neanche di agire in un contesto che l'ordinamento considera lecito.

Tale soluzione appare, però, eccessivamente rigorosa.

Profondamente diverso, infine, è il caso dell'errore sulle cause di non punibilità in senso stretto.

Poiché cade su fattori estranei al reato, infatti, esso non potrà essere valutato a favore dell'agente.

¹⁵³ ROMANO, ult. loc. cit., 70.

– *CAPITOLO II* –

L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

SOMMARIO: 1. Il ruolo dell'art. 59, c. 1, c.p. nel sistema della disciplina delle cause di giustificazione. – 2. La tesi della rilevanza puramente obiettiva delle cause di giustificazione. – 3. La problematica degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione. – 3.1 Il ruolo del bene giuridico e delle funzioni della pena nella struttura dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. – 3.2 Le situazioni di costrizione della volontà dell'agente. – 3.2.1 La problematica degli elementi soggettivi nello stato di necessità. – 3.2.2 La problematica degli elementi soggettivi nella legittima difesa. – 3.3 La problematica degli elementi soggettivi nel consenso dell'avente diritto, nell'uso legittimo delle armi, nell'esercizio di un diritto e nell'adempimento di un dovere. – 3.4 Il problema del trattamento sanzionatorio del fatto commesso in presenza dei soli elementi oggettivi di una causa di giustificazione. – 4. La soluzione adottata nell'ordinamento tedesco. – 5. Considerazioni conclusive.

§ 1. IL RUOLO DELL'ART. 59, C. 1, C.P. NEL SISTEMA DELLA DISCIPLINA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

La disciplina delle circostanze di esclusione della pena è contenuta nell'art. 59 c.p.

Esso non descrive il materiale costitutivo delle scriminanti, ma, sul presupposto della esistenza di altre disposizioni descrittive degli elementi costitutivi delle singole cause di giustificazione, fissa due regole fondamentali: quella della rilevanza oggettiva e quella della rilevanza

putativa delle circostanze di esclusione della pena¹⁵⁴.

Per la prima, la scriminante è valutata a favore dell'agente anche quando da lui ignorata o ritenuta inesistente per errore; per la seconda, invece, deve essere valutata a favore dell'agente la situazione scriminante obiettivamente inesistente, in tutto o in parte, e che egli per errore abbia ritenuto esistente (art. 59, ult. co., c.p.), sempre che l'errore non sia determinato da colpa ed il fatto non sia previsto dalla legge come delitto colposo.

Queste due regole consentono di distinguere le cause di giustificazione in due gruppi, quello delle scriminanti reali e quello delle scriminanti putative, secondo che gli elementi costitutivi della causa di giustificazione reale esistano obiettivamente oppure siano erroneamente supposti.

Anche nella nuova formulazione introdotta con l'art. 1, l. 19/1990, la disposizione di cui al primo comma suscita non pochi dubbi e perplessità sotto un duplice punto di vista: innanzitutto, in ordine ad una disciplina che definisce "circostanze" anche quelle che sono considerate "cause" di esclusione della pena, e poi in relazione allo stesso accostamento della loro sede normativa a quella delle circostanze propriamente dette¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Così CONCAS, voce *Scriminanti*, cit., 795. In senso conforme, cfr., tra gli altri, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 274: "La disposizione del primo comma dell'art. 59 c.p. si spiega col valore in grande prevalenza oggettivo che l'Ordinamento Giuridico attuale attribuisce al reato, il quale non viene considerato come sintomo della personalità del reo, ma per quello che effettivamente è nella vita sociale"; FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 228; FIORE, *Diritto Penale*, cit., 351: "Questa disposizione assoggetta le c.d. circostanze di esclusione della pena alla regola della rilevanza oggettiva. Ciò significa che la punibilità del fatto rimane esclusa, in presenza degli elementi oggettivi della situazione esimente, anche se l'agente non se li rappresenta affatto o, addirittura, sia convinto della loro inesistenza"; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 272: "Il Codice sottopone le scriminanti alla regola della rilevanza oggettiva. Poiché le scriminanti escludono l'offesa, nell'ambito di un ordinamento a base oggettivistica, incentrato sul principio di offensività, il fatto scriminato non può costituire reato, anche quando l'agente, ignorando l'esistenza della situazione scriminante, credeva di commettere un fatto criminoso". *Contra*, tra gli altri, SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1994, 1003 ss.

¹⁵⁵ Così SCHIAFFO, ult. loc. cit., 1007.

Nel Progetto preliminare al Codice Rocco era prevista la definizione, esplicita e lapidaria, delle circostanze, individuate, secondo la loro funzione, in quelle che aggravano o diminuiscono o escludono la pena¹⁵⁶.

Appare, invece, chiaro che i compilatori del Codice non hanno ritenuto di individuare le circostanze esclusivamente in riferimento alla loro attitudine a decidere del *quantum* e non dell'*an* della pena in senso stretto¹⁵⁷: ma che le circostanze, comprese quelle che escludono la pena, conservino immutata, anche nelle intenzioni del legislatore del 1930, la loro natura di *accidentalia delicti*, risulta evidente se ci si pone nella prospettiva di un codice che al reato collega, quanto ad effetti sanzionatori, non solo pene in senso stretto (Titolo II, Libro I), ma anche misure di sicurezza (Titolo VIII, Libro I).

Non sorprende, allora, che l'attuale art. 59, c. 1, c. p., ancora nella formulazione che dava il Progetto definitivo, prevedeva l'attribuzione al giudice della facoltà di ordinare una misura di sicurezza proprio nelle ipotesi in cui avesse trovato applicazione una circostanza di esclusione della pena non conosciuta dall'agente o per errore da lui ritenuta inesistente¹⁵⁸.

L'art. 59, c. 1, c.p. recita: "Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti".

A seguito della legge 7 febbraio 1990, n. 19, che sopprime la clausola "salvo che la legge disponga altrimenti", originariamente contenuta nell'art. 59, c. 1, è divenuta ancora più difficile la soluzione dei casi in cui,

¹⁵⁶ Il Progetto preliminare del Codice Rocco, prima della elencazione delle singole circostanze, ne prevedeva la espressa definizione in base alla loro funzione: in seguito, fu proposta la soppressione della elencazione delle singole circostanze per limitarsi alla loro definizione, arricchita del riferimento alla loro natura oggettiva e soggettiva, cfr. *Lavori preparatori*, IV, Roma 1929, 207 ss.

¹⁵⁷ Cfr. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino 1952, 205.

¹⁵⁸ Da tali considerazioni traspare chiarissima la consapevolezza che i compilatori del Codice avevano del disvalore che residua all'applicazione di una circostanza di esclusione della pena non conosciuta dall'agente: un'adeguata spiegazione trova, in questa prospettiva, anche il fatto che si sia voluto che tali circostanze vadano non applicate, ma valutate a favore del reo, al pari di quanto accade per tutte le altre circostanze che, aggravanti o attenuanti, influiscono sul *quantum* della pena, ossia sul *quantum* del disvalore del fatto. Cfr. SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1008.

nella struttura della esimente, figuri un elemento di carattere soggettivo, che concorra a qualificare l'ipotesi¹⁵⁹.

La presenza di elementi soggettivi delle cause di giustificazione, decisamente sostenuta e condivisa dalla dottrina tedesca¹⁶⁰, è decisamente rifiutata e negata in Italia¹⁶¹.

Dal mero esame della manualistica, si deduce che l'interpretazione dell'art. 59, c. 1, c.p., condivisa a larghissima maggioranza dalla dottrina, è quella secondo cui le cause di giustificazione vengono valutate a favore dell'agente in virtù della loro esistenza, a prescindere dalla consapevolezza che quest'ultimo ne abbia¹⁶².

Solo da vaghi riferimenti traspare, nelle argomentazioni della manualistica, tutto il dibattito che ha impegnato sul tema la dottrina: si tratterebbe, comunque, di eccezioni così rare che nemmeno il riferimento alla "costrizione" di cui agli artt. 52, 53 e 54 c.p. sarebbe idoneo a configurare¹⁶³.

La riconoscibilità di componenti di ordine soggettivo, ad ogni modo, nella struttura delle fattispecie scriminanti è generalmente ammessa.

¹⁵⁹ Si pensi al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, nell'art. 53, c. 1, c.p., o allo scopo scientifico o di cura, quale ipotesi di non punibilità del fatto previsto dall'art. 728 c.p.; ma anche ad altre situazioni di condizionamento della volontà di azione, in particolare alle ipotesi di costrizione ad agire, di cui agli artt. 52 e 54 c.p., in cui la legge sembra voler attribuire rilevanza, nel delineare la fattispecie, non solo a dati oggettivi, ma, altresì, a dati di carattere soggettivo, in particolare a determinati processi motivazionali ed atteggiamenti della volontà.

¹⁶⁰ Fondamentale per un approccio alla dottrina tedesca degli elementi soggettivi dell'illecito, WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselement für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin 1970. Sono pochissime le voci contrarie a quello che risulta l'indirizzo pressochè unanime della dottrina tedesca: OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin 1959, 165 ss.; SPENDEL, *Gegen den Verteidigungswillen als Notwehnerfordernis*, in *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, 245 ss.

¹⁶¹ Sostengono la rilevanza degli elementi soggettivi nelle cause di giustificazione, tra gli altri: FIORELLA, voce *Reato*, in *Enc. dir.* XXXVIII, 770; MARINUCCI, voce *Antigiuridicità*, cit.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit.; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit.

¹⁶² FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 228; FIORE, *Diritto Penale*, cit., 351; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 272; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1988, 362 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 437 ss.; PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano ult. ed., 179 ss.

¹⁶³ Così SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1005.

La dottrina è, però, divisa per quanto attiene alla concreta rilevanza da attribuire agli elementi “soggettivi” delle esimenti.

L’opinione dominante propende, si ripete, per l’irrelevanza dell’atteggiamento psicologico dell’agente, facendo leva essenzialmente sul tenore letterale dell’art. 59, c. 1.

La base teorica di quest’assunto è costituita dal richiamo al carattere rigorosamente oggettivo dei criteri valutativi dell’antigiuridicità.

Poiché le scriminanti escludono l’offesa, nell’ambito di un ordinamento a base oggettivistica, incentrato sul principio di offensività, il fatto scriminato non può costituire reato, anche quando l’agente, ignorando l’esistenza della situazione scriminante, credeva di commettere un fatto criminoso¹⁶⁴.

Fiore¹⁶⁵ osserva come la regola della rilevanza oggettiva delle cause di esclusione della punibilità indichi che, per la loro applicabilità, non sia necessaria la consapevolezza dell’agente circa l’esistenza dei presupposti oggettivi dell’esimente; ma non può, certo, risultare eversiva della struttura di ipotesi normative che, esplicitamente o implicitamente, sono contrassegnate da un elemento di carattere soggettivo, in assenza del quale è la stessa “circostanza di esclusione della pena” che viene a mancare, e non semplicemente la percezione di essa da parte dell’agente¹⁶⁶.

In realtà, laddove non esiste una disposizione come l’art. 59, c. 1, c.p., non si dubita minimamente che ad integrare una causa di giustificazione

¹⁶⁴ Così, il Pubblico Ufficiale che fa uso “legittimo” delle armi, non dovrebbe ritenersi giustificato per aver agito al fine di adempiere un dovere, ma perché, in presenza della situazione obiettiva descritta dalla norma (necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza), l’uso delle armi è conforme agli scopi dell’ordinamento e, quindi, obiettivamente lecito.

¹⁶⁵ FIORE, *Diritto penale*, cit., 360.

¹⁶⁶ Ciò è del tutto evidente nei casi in cui l’essenza stessa della causa di non punibilità risiede nello “scopo” dell’azione, come nell’ipotesi dell’art. 728, cpv, c.p.; ma è altrettanto innegabile, quando la struttura dell’ipotesi normativa di non punibilità include il riferimento ad un dato psicologico – motivazionale, che si rivela essenziale per il con figurarsi dell’esimente.

Si pensi all’art. 348 c.p., che stabilisce la non punibilità di buona parte dei delitti contro l’amministrazione della giustizia, quando chi li commette vi è “costretto” dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto “da un grave ed inevitabile nocimento nella libertà o nell’onore”.

concorra necessariamente un elemento soggettivo, corrispondente alla conoscenza dei presupposti di fatto della causa di giustificazione.

È questo, ad esempio, il punto di vista praticamente unanime della dottrina tedesca, motivato dalla coerente considerazione che una condotta può risultare giustificata, allorché non solo il disvalore di evento, ma anche il disvalore di azione del fatto tipico risultino “compensati” dagli elementi della fattispecie giustificante.

Anche nella dottrina italiana sono state avanzate serie perplessità, motivate, in radice, dalla incongruenza politico – criminale di una regola da cui dovrebbe farsi derivare, ad esempio, la non punibilità di chi abbia ucciso taluno dolosamente e magari con premeditazione, se, per avventura, a sua insaputa, l'azione omicida abbia “oggettivamente” salvato lui stesso o un terzo dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta o di un danno grave alla persona¹⁶⁷.

In particolare, è stato osservato¹⁶⁸ come l'attuale art. 59, c. 1, c.p. non possa fungere da valido referente normativo per la teoria che nega la presenza di elementi anche soggettivi nelle cause di giustificazione, se non a costo di palesi forzature motivabili soltanto sulla base di una scelta operata *a priori* in ordine alla struttura delle scriminanti.

Se la struttura che si vuole dare alle cause di giustificazione è esclusivamente oggettiva, costituita, cioè, soltanto da elementi materiali, esteriori e, comunque, percepibili dai sensi, non è alla disposizione di cui al primo comma dell'art. 59 c.p. che ci si può rifare.

La convinzione che ne deriva è che l'art. 59 c.p. sia applicabile esclusivamente a ciò che con esso risulti compatibile¹⁶⁹; laddove la fattispecie della circostanza preveda anche elementi soggettivi, questi

¹⁶⁷ Così FIORE, *Diritto Penale*, cit., 351; cfr., sul punto, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 203 ss; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit.

¹⁶⁸ SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1008 ss.

¹⁶⁹ Cfr., sul punto, SCHIAFFO, *ult. loc. cit.*, 1006; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 95 ss.

dovranno essere conosciuti dal soggetto agente e, d'altra parte, sarebbe superflua ogni previsione legislativa che, quale eccezione alla regola, ne chieda espressamente le conoscenze.

Va tenuta nel debito conto anche un'ulteriore possibile interpretazione dell'art. 59, c. 1, c.p. che, riproposta recentemente proprio in riferimento al problema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione¹⁷⁰, sposta la considerazione della norma della rappresentazione della situazione di fatto a quella della realtà giuridica: l'art. 59, c. 1, c.p. sarebbe nient'altro che una specificazione, in riferimento alle scriminanti, di quanto disposto dall'art. 49, c. 1, c.p.; in altre parole, la norma starebbe a ribadire l'irrilevanza del putativo, rendendo operante la scriminante, completa dei suoi elementi, a prescindere dall'opinione che il soggetto abbia della liceità della propria condotta.

Più precisamente, la ricostruzione in chiave soggettiva delle cause di giustificazione non è confutata, secondo tale impostazione, dall'argomento della rilevanza obiettiva delle scriminanti, dedotto dalla regola generale sancita dall'art. 59, c. 1, c.p.

Anche la versione derivante dalla modifica del 1990, in cui manca la clausola di salvezza "salvo che la legge disponga altrimenti", che poteva risultare agevolmente funzionale al riconoscimento della fattispecie scriminante soggettiva¹⁷¹, adottando un'interpretazione sistematica, non esclude affatto la necessità della presenza della presenza degli elementi soggettivi al fine di una completa "tipicità" delle fattispecie scriminanti: la loro presenza è richiesta sia sul piano strutturale – normativo, che sul piano teleologico – funzionale.

Tale norma, al di là della *mens legis*, si limita a ribadire l'irrilevanza del putativo quando ridonda in *malam partem*.

¹⁷⁰ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. 208 ss.; cfr., sul punto, anche FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma 1933, 496 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 380 ss.

¹⁷¹ Cfr. RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.* 198, 697.

In altri termini, il primo comma dell'articolo 59 c.p. opera, in rapporto a cause di giustificazione che, per esigenze di "conformità al tipo giustificante" devono essere complete, sia, quindi, degli elementi oggettivi, che di quelli soggettivi, di cui, però, l'agente, per ignoranza o per errore, non conosce la realtà scriminante: in questo caso, a prescindere dall'opinione di costui, la norma dell'art. 59, c. 1, c.p. rende operante la scriminante¹⁷².

Interessante appare la posizione di Spagnolo¹⁷³.

L'Autore affronta il problema della compatibilità del principio dell'efficacia oggettiva delle scriminanti ignorate con le fattispecie a struttura soggettiva, concludendo per la operatività della scriminante anche se gli elementi a struttura non necessariamente soggettiva sono ignorati dall'agente o da lui per errore ritenuti inesistenti.

¹⁷² In tema di legittima difesa, ad esempio, il soggetto deve agire per difendersi, conoscendo la situazione di pericolo effettivamente presente, non sapendo, però, che la sua condotta risulti scriminata: la norma richiamata ribadisce in questo caso l'irrelevanza del putativo, rendendo operante la scriminante, completa nei suoi elementi, a prescindere dall'opinione che il soggetto agente abbia sulla liceità della propria condotta. Cfr., in proposito, FROSALI, *L'errore nella teoria del dirittopenale*, cit., 229; BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova 1982, 514; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 380 ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 72.

¹⁷³ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scrimini*, cit., 93 ss. Cfr., inoltre, CONCAS, voce *Scriminanti*, cit., 795: "la disposizione che descrive la scriminante reale può avere tra gli elementi costitutivi anche momenti di natura psicologica. Questa precisazione è importante anche per determinare se ed in quali limiti possa configurarsi una scriminante putativa ogniqualvolta la corrispondente scriminante reale sia costituita anche da elementi psicologici.

Quando essi consistono nella conoscenza di un determinato momento oggettivo che concorra a costituire la circostanza, la soluzione è assai semplice: se l'agente ritiene per errore che esso esista, la scriminante reale di cui quell'elemento obiettivo sia momento essenziale, dovrà ritenersi inesistente; potrà concretarsi, invece, la corrispondente scriminante putativa.

Tuttavia, la scriminante può essere costituita anche da elementi soggettivi, in relazione ai quali l'errore sarebbe inconcepibile. Elementi siffatti, pertanto, o esistono realmente, ed in tal caso può concretarsi non solo la scriminante reale, ma anche la scriminante putativa, sempre che l'errore concerna gli altri elementi della scriminante reale rispetto ai quali esso sia ammissibile; oppure non potrà sussistere la scriminante, né quella reale, né quella putativa. Naturalmente, quando l'agente ritenga per errore esistenti alcuni degli elementi costitutivi della scriminante reale suscettivi di rappresentazione erronea, ed ignori l'esistenza degli altri, non si perfezionerà né la scriminante reale, né quella putativa. Non la scriminante reale, perché essa presuppone la obiettiva coesistenza di tutti gli elementi che la costituiscono; e neppure quella putativa perché per essa si richiede che il soggetto si rappresenti tutti gli elementi costitutivi della scriminante reale che siano suscettivi di rappresentazione, ancorché erronea. Invece, quando questa rappresentazione vi sia, in tal caso, indubbiamente la scriminante putativa sarà perfetta, e quando l'oggetto della rappresentazione non esista del tutto e quando esso esista soltanto in parte".

Questo, in sintesi, il ragionamento dell'Autore.

Le cause di non punibilità, come le fattispecie previste da norme incriminative, possono richiedere elementi a struttura necessariamente soggettiva ed elementi a struttura "neutra", capaci di esistere anche solo oggettivamente.

Tali elementi potrebbero essere rilevanti, in astratto, sia in quanto conosciuti dal soggetto agente, sia in quanto da lui non conosciuti o da lui per errore ritenuti inesistenti.

Una causa di non punibilità, di conseguenza, ancorché costituita soltanto da elementi a possibile struttura oggettiva, potrebbe essere prevista dal legislatore come operante, solo se ed in quanto conosciuta dall'agente¹⁷⁴.

Questo problema di politica criminale è stato risolto dal nostro Codice nell'art. 59, c. 1, c.p. con la regola della rilevanza oggettiva.

Ma tale regola e la relativa deroga possono essere riferite solo alle cause di non punibilità costituite da elementi a possibile struttura oggettiva, o alle cause di non punibilità a struttura mista, limitatamente a detti elementi¹⁷⁵.

Perché possa parlarsi di eventuale valutazione oggettiva di un dato, è necessario che tale dato possa almeno in astratto vivere di vita propria; le scriminanti a struttura necessariamente oggettiva, perché un elemento di tal fatta non ha e non può mai avere un'esistenza oggettiva, esiste nella psiche del soggetto o non esiste, ne deriva evidentemente che tali elementi e le cause di non punibilità che solo da essi sono costituite non hanno nulla a che vedere con l'art. 59, c. 1, c.p.

¹⁷⁴ Ritenuta, per ipotesi, la natura "neutra" del consenso dell'avente diritto, nulla impedirebbe al legislatore, ad esempio, di richiedere nell'agente la conoscenza dell'esistenza del consenso per l'operatività della scriminante.

¹⁷⁵ Non è possibile, invece, pensare che tanto la regola, quanto l'eccezione, si riferiscano agli elementi che sono strutturalmente incompatibili con la situazione di ignoranza dell'agente disciplinata dall'art. 59. tali elementi, così come le cause di non punibilità consistenti in meri atteggiamenti psicologici, sono fuori dalla regola dell'art. 59, essendovi un'assoluta incompatibilità logica e di struttura tra essi, e la possibilità della loro valutazione oggettiva.

Sarebbe, conseguentemente, inesatto considerarli come “eccezioni” alla regola ivi stabilita, poiché non rientrano affatto nella regola, come pure deve essere possibile, almeno in astratto, perché si possa configurare un rapporto di regola – eccezione.

L’eccezione, infatti, non può che riguardare una materia che, in difetto della disposizione derogante, rientrerebbe nell’ambito di applicazione della regola generale¹⁷⁶.

Viceversa, gli elementi a struttura necessariamente soggettiva non potrebbero mai rientrare nella regola stabilita nel primo comma dell’articolo 59.

Il primo comma dell’art. 59, dunque, si riferisce soltanto alle cause di non punibilità costituite, in tutto o in parte, da elementi a possibile struttura oggettiva.

Con riferimento soltanto a tali cause ed a tali elementi è possibile che la legge richieda che debbano essere conosciuti dall’agente.

In conclusione, il principio che, ad avviso dell’Autore, si deve desumere dall’art. 59, c. 1, c.p. è il seguente: tutti gli elementi delle cause di non punibilità, che siano naturalmente suscettibili di una valutazione oggettiva, sono da valutarsi oggettivamente.

Non vi è, quindi, un criterio guida in favore della operatività oggettiva, valido per tutte le cause di non punibilità ed utilizzabile come strumento nei casi di dubbio.

Un criterio guida in favore dell’operatività oggettiva si registra limitatamente alle cause di non punibilità costituite da elementi “neutri”, suscettibili di una valutazione oggettiva.

Le scriminanti a struttura interamente soggettiva e gli elementi necessariamente psicologici sono retti da un proprio canone logico insuperabile: quello per cui non possono esistere se non nella psiche dell’agente.

¹⁷⁶ Così, nel rapporto di specialità, la legge speciale regola fatti che, in difetto di applicazione della legge speciale, rientrano automaticamente nella legge generale.

Ne consegue la conclusione che anche le fattispecie scriminanti c.d. miste potranno operare oggettivamente, quando se ne siano configurati almeno gli elementi a struttura subiettiva: ma non c'è ragione di sottrarle alla regola dell'art. 59 c.p., se siano ignorati, o erroneamente valutati, gli altri requisiti, in rapporto ai quali tali situazioni psicologiche siano, di fatto, possibili.

Spagnolo ritiene, pertanto, che requisiti, come l'attualità del pericolo, l'ingiustizia dell'offesa, la gravità del danno alla persona, il tipo di danno tutelati dall'azione necessitata, l'inevitabilità del pericolo, possano dall'agente essere ignorati o ritenuti insussistenti, senza che ciò impedisca la non punibilità del fatto¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Cfr. FIORE, *Diritto penale*, cit., 353 ss.: "La causa di non punibilità dovrà essere ugualmente applicata quando il fatto sia commesso per coprire un estraneo, o per un malanimo verso un terzo, solo perché esso si risolva in un salvataggio di un prossimo congiunto?"

Al riguardo, sembra doversi condividere il punto di vista di chi ritiene che in tutte le fattispecie esimenti impiegate sull'elemento della costrizione ad agire non si possa mai prescindere dal condizionamento motivazionale in cui si concreta l'elemento della costrizione.

In questi casi, dovrà dunque escludersi l'applicabilità della causa esimente delle condotte offensive che deliberatamente abbiano mirato alla realizzazione dell'evento, al di fuori di ogni situazione di costrizione: l'art. 242, c. 2, c.p. esclude la punibilità del cittadino il quale presta servizio nelle forze armate di uno Stato straniero in guerra con lo Stato italiano, quando vi è costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato medesimo, non potrà conseguentemente essere applicato al cittadino che tale scelta abbia compiuto liberamente, addirittura ignorando l'esistenza della norma straniera e l'obbligo che ne deriva.

Vi sono, naturalmente, ipotesi di esimenti costruite su basi interamente oggettive, come l'esercizio di un diritto o di una facoltà legittima, o il consenso dell'avente diritto, rispetto alle quali le conoscenze e le motivazioni dell'agente risultano totalmente irrilevanti: anche il furto tra prossimi congiunti o quello del socio o coerede nei limiti della quota restano non punibili, indipendentemente dal fatto che l'autore si rappresenti o meno i presupposti della causa di non punibilità.

Irrilevante è anche l'eventuale concorrere per uno scopo, o motivazione individuale, con quello che costituisce il nucleo dell'elemento soggettivo della causa di non punibilità.

Il Pubblico Ufficiale che faccia uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica contro una folla in tumulto, resterà non punibile ex art. 53 c.p., salvi i profili di eccesso, altrimenti rilevanti, anche se agirà con particolare accanimento contro i dimostranti in forza di sue personali opzioni ideologiche. Naturalmente, spetta al difficile magistero dell'interprete individuare, in concreto, quando si è di fronte alla mancanza di un elemento soggettivo della fattispecie scriminante, e, quindi, alla oggettiva esistenza della stessa causa di non punibilità, e quando, invece, si tratti puramente e semplicemente di applicare la regola dell'art. 59, c. 1, c.p."

§ 2. LA TESI DELLA RILEVANZA PURAMENTE OBIETTIVA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

La dottrina italiana prevalente, muovendo dalla disposizione di cui all'art. 59, c. 1, c.p., ritiene che le cause di giustificazione contenute nella parte generale del Codice operino su di un piano meramente oggettivo: esse vengono, in altre parole, valutate a favore del soggetto agente in virtù della loro mera esistenza¹⁷⁸.

Le cause di giustificazione, dunque, operano per il solo fatto che esistono, qualunque sia l'opinione dell'agente in proposito.

Così, se taluno crede di compiere una azione illecita, mentre esercita un diritto, non commette reato.

L'efficacia oggettiva delle cause di giustificazione si spiega col valore in grande prevalenza oggettivo che l'ordinamento giuridico attuale attribuisce al reato, il quale non viene considerato come sintomo della personalità del reo, ma per quello che effettivamente è nella vita sociale (valore causale e non sintomatico del reato)¹⁷⁹.

Poiché le scriminanti escludono l'offesa, in altri termini, nell'ambito di un ordinamento a base oggettivistica, incentrato sul principio di

¹⁷⁸ Così, anche lo stato di costrizione, che la legge menziona nella legittima difesa e nello stato di necessità, va interpretato, secondo quest'impostazione, come condizione obiettiva accertabile da un osservatore esterno: il reato esulerebbe anche nel caso in cui Tizio spari al suo nemico senza accorgersi che in quel preciso momento questi sta per sparare su di lui. Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 229.

¹⁷⁹ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 274: "Non può essere seguita l'opinione di quegli autori che ritengono che le cause di liceità incidano sull'elemento soggettivo del reato, escludendo l'intenzione, lo scopo o il movente criminoso. Senza dubbio, quando ricorrono, manca la volontà colpevole (la c.d. colpevolezza), ma la ragione per cui il fatto non è punito va al di là del momento soggettivo del reato ed investe il fatto stesso nella sua materialità, perché in questo non si riscontra quel danno sociale che solo può giustificare l'intervento dello Stato con la sanzione punitiva".

offensività, il fatto scriminato non può costituire reato, anche quando l'agente, ignorando l'esistenza della situazione scriminante, credeva di commettere un fatto criminoso.

Esse, pertanto, operano anche a favore dei non imputabili, oltre che di tutti i correi.

Si osserva che la regola della rilevanza oggettiva delle cause di esclusione della punibilità non significhi altro se non che, per la loro applicabilità, non si richiede la consapevolezza dell'agente circa l'esistenza dei presupposti oggettivi dell'esimente; ma che non possa risultare eversiva della struttura di ipotesi normative che, esplicitamente o implicitamente, sono contrassegnate da un elemento di carattere soggettivo, in assenza del quale è la stessa circostanza di esclusione della pena che viene a mancare, e non semplicemente la percezione di essa da parte del soggetto agente¹⁸⁰.

Vi sono, naturalmente, ipotesi di esimenti costruite su basi interamente oggettive, quali l'esercizio di un diritto o di una facoltà legittima, o il consenso dell'avente diritto, rispetto alle quali le conoscenze e le motivazioni dell'agente risultano totalmente irrilevanti; anche il furto tra prossimi congiunti (art. 649 c.p.), o quello del socio o coerede nei limiti della quota (art. 627 c.p.) restano non punibili, indipendentemente dal fatto che l'autore si rappresenti o meno i presupposti della causa di non punibilità.

Irrilevante è anche l'eventuale concorrere di uno scopo, o motivazione individuale, con quello che costituisce il nucleo dell'elemento soggettivo della causa di non punibilità.

Il Pubblico Ufficiale che faccia uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica contro una folla in tumulto, resterà non punibile ex art. 53 c.p., salvi i profili di eccesso, altrimenti rilevanti, anche se reagirà con

¹⁸⁰ Ciò è del tutto evidente nei casi in cui l'essenza stessa della causa di non punibilità risiede nello scopo dell'azione, come nell'ipotesi dell'art. 728, cpv., c.p.; non punibilità include il riferimento ad un dato psicologico – motivazionale che si rivela essenziale per il configurarsi della esimente. Si pensi all'art. 348 c.p., che statuisce la non punibilità di buona parte dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, quando chi li commette vi è costretto dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

particolare accanimento contro i dimostranti in forza di sue personali opzioni ideologiche.

Naturalmente, spetta al difficile magistero dell'interpretazione individuare, in concreto, quando si è di fronte alla mancanza di un elemento soggettivo della fattispecie scriminante, e, quindi, alla oggettiva inesistenza della stessa causa di non punibilità, e quando, invece, si tratti puramente e semplicemente di applicare la regola di cui all'art. 59, c. 1, c.p.¹⁸¹.

Mantovani¹⁸² osserva come l'opzione tra la soluzione della rilevanza oggettiva delle scriminanti e la soluzione della necessaria consapevolezza della loro esistenza e della volontà di realizzarne le specifiche finalità (ad esempio, di difendersi e non di offendere) vada effettuata in base al tipo di ordinamento, oggettivistico o soggettivistico, con il passaggio, così, da un diritto penale dell'offesa ad un diritto penale della volontà, punita in presenza di un fatto oggettivamente non offensivo; e la conclusione, per coerenza, della punizione anche del reato impossibile e putativo.

La rilevanza oggettiva vale anche per le scriminanti con i cosiddetti coefficienti psicologici.

Quale la costrizione degli artt. 52 e 54 c.p., rispetto alla quale va accolta l'interpretazione oggettivistica, che la intende come oggettiva situazione necessitante la difesa o il fatto lesivo, apprezzabile da un osservatore esterno, anche se non conosciuta o non sentita come tale dall'agredito.

L'Autore respinge, pertanto, l'interpretazione soggettivistica, richiedente la consapevolezza del pericolo in atto ed il suo effetto motivante, senza i quali non troverebbero applicazione gli artt. 52 e 54 c.p. rispetto all'agredito, al terzo soccorritore, al concorrente.

Come anche obiettivamente interpreta il fine di adempiere un dovere del proprio ufficio dell'art. 53 c.p., in quanto la rilevanza oggettiva delle

¹⁸¹ FIORE, *Diritto penale*, cit., 353 ss.

¹⁸² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 273.

scriminanti trova conferma nell'abrogazione della clausola di riserva "salvo che la legge disponga altrimenti" che apriva l'originario art. 59, c. 1, c.p.¹⁸³.

L'effetto delle cause di giustificazione di escludere l'antigiuridicità del fatto tipico, dunque, ne segnala subito la fondamentale operatività oggettiva: il fatto è oggettivamente lecito, in una prima accezione di oggettività, nel senso che non è necessaria, e, di conseguenza, se presente non rileva, la conoscenza da parte dell'agente dei presupposti della causa di giustificazione¹⁸⁴.

¹⁸³ Cfr. FIORE, *Diritto penale*, cit., 353 ss.: "La causa di non punibilità dovrà essere egualmente applicata quando il fatto sia commesso per coprire un estraneo, o per malanimo verso un terzo, solo perché esso si risolva nel salvataggio di un prossimo congiunto, magari all'insaputa dell'autore? Al riguardo, ci sembra, in verità, doversi condividere il punto di vista di chi ritiene che in tutte le fattispecie esimenti imperniate sull'elemento della costrizione ad agire non si possa mai prescindere dal condizionamento motivazionale in cui si concreta l'elemento della costrizione. In questi casi, dovrà, dunque, escludersi l'applicabilità della causa esimente alle condotte offensive che deliberatamente abbiano mirato alla realizzazione di un evento, al di fuori di ogni situazione di costrizione: l'art. 242, c. 2, c.p., che esclude la punibilità del cittadino il quale presti servizio nelle forze armate di uno Stato straniero in guerra con lo Stato italiano, quando vi è stato costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato medesimo, non potrà conseguentemente essere applicato al cittadino che tale scelta abbia compiuto liberamente, addirittura ignorando l'esistenza di una norma straniera e l'obbligo che ne deriva".

Contra, cfr. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1991, 43 ss.: "Lo stato di necessità nel nostro sistema è concepito in un'unica versione, avente alla base un bilanciamento sostanzialmente oggettivo di interessi o beni giuridici (ancorché da effettuare secondo un criterio omnicomprendente, e quindi in qualche misura più elastico, di proporzionalità tra fatto e pericolo) e che pertanto a ragione, a mio avviso, si ritiene possieda natura di causa di giustificazione. Malgrado sia stata talvolta posta in dubbio, la natura di causa di liceità dello stato di necessità risulta certa, soprattutto ove si consideri che nell'art. 54 c.p. è previsto, accanto e sullo stesso identico piano del salvataggio di un terzo ad esso totalmente estraneo (necessità di salvare sé o altri), non legato al primo da alcun vincolo di parentela o affetto: dove allora emerge con evidenza che la norma rifugge propriamente dalla considerazione dei riflessi psicologici di una situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere, ovvero di una reale o potenziale distorsione del normale processo di motivazione, per fondarsi invece su un oggettivo soppesamento di interessi. Non solo. Tale fondamento oggettivo dello stato di necessità si riverbera anche sull'elemento della costrizione che compare nella descrizione dell'art. 54. Allo stesso modo che per la legittima difesa di cui all'art. 52, la costrizione, della quale sarebbe bensì plausibile un'interpretazione soggettiva, come sensazione psicologica del soggetto costretto, viene intesa generalmente in un'accezione puramente oggettiva. Non si richiede pertanto nel soggetto il fine di difendere il diritto proprio o altrui (nella legittima difesa), né il fine di salvare sé o altri (nello stato di necessità), ma soltanto una situazione di ingiusta aggressione (nella legittima difesa) o di pericolo attuale, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, di un danno grave alla persona (nello stato di necessità): situazione che nell'uno e nell'altro caso potrebbe anche essere ignorata o ritenuta per errore inesistente dall'agente senza che per questo il suo comportamento risulti illecito (art. 59, c. 1, c.p.)".

¹⁸⁴ ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 65 ss.

Resta impregiudicata la possibilità che la legge costruisca taluna di queste cause introducendovi anche un elemento soggettivo – psicologico, il cui riscontro renda socialmente più accettabile il comportamento materiale lesivo del bene giuridico tutelato¹⁸⁵.

L'operatività oggettiva delle cause di giustificazione, in una seconda accezione di "oggettività", significa anche che il fatto tipico è in questi casi lecito per tutti coloro che vi abbiano concorso¹⁸⁶.

Considerata questa efficacia oggettivo – generale, la dottrina maggioritaria propende per l'assenza di cause di giustificazione personali¹⁸⁷.

La soluzione oggettivistica, in definitiva, fonda su due principi, l'uno che concerne specificamente le scriminanti, e l'altro che informa il sistema penale nel suo complesso¹⁸⁸.

Il primo è espresso dall'art. 59 c.p.

Al di là del significato da attribuire all'abrogazione della clausola di riserva, non vi è dubbio che ci si trovi di fronte ad un'affermazione di principio che, pur non impedendo la verifica della ricorrenza di requisiti psicologici nella struttura delle singole ipotesi scriminanti, sancisce un modo

¹⁸⁵ L'inserzione di una "effettiva" volontà di difendersi da un'aggressione, per esempio, implicherebbe per il futuro, se non necessariamente un fine specifico di esercitare il diritto di difesa, quantomeno una conoscenza dell'offesa ingiusta attuale, che, invece, la semplice costrizione di cui all'art. 52 c.p. vigente tende a non far riconoscere.

¹⁸⁶ Cfr. ROMANO, ult. loc. cit., 66: "La portata delle cause di giustificazione in questa direzione è, anzi, tale che qualora si individuassero già ora o si introducessero un domani al loro interno uno o più elementi soggettivo – psicologici, riterrei preferibile una soluzione secondo cui, presente la conoscenza (o il fine specifico) di uno degli autori del fatto, la causa di giustificazione valga anche per gli altri che pure detta conoscenza (o detto fine) non abbiano avuto".

¹⁸⁷ *Contra*, MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in Dig. disc. pen., II, 137, che ravvisa una causa di giustificazione personale nell'ordine illegittimo vincolante, che dovrebbe, pertanto, portare alla giustificazione del subordinato che lo ha eseguito.

ROMANO, ult. loc. cit., 66 osserva che la tesi si fonda sulla prevalenza del dovere di obbedienza al superiore, come criterio essenziale di organizzazione dell'attività statutale, sui doveri imposti dalle norme dell'ordinamento. Prevalenza non accettabile neanche nei casi di minore importanza, perché, per quanto essenziali siano il criterio gerarchico ed il dovere di obbedienza, la fonte primaria alla cui stregua valutare la liceità o meno delle condotte è sempre, negli stati democratici, la volontà dell'ordinamento. Quando il subordinato esegue l'ordine illegittimo vincolante del superiore, quindi, il fatto tipico resta anche per lui antiggiuridico e la sua esenzione da pena dovrà essere ricondotta soltanto alla sua situazione personale – soggettiva.

¹⁸⁸ Per un'ampia disamina sull'argomento, cfr. BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in Dir. pen. proc. 2001, 495 ss.

di concepire la rilevanza delle cause di giustificazione, che può essere sovvertito soltanto da esplicite controindicazioni, siano esse normative o ermeneutiche.

Il secondo è indicato dalla massima *in dubio pro reo*, che sta a significare che, ogniqualvolta vi sia reale incertezza tra diverse interpretazioni possibili, è bene scegliere quella più favorevole al reo, che, nella specie, non vi è dubbio sia rappresentata da quella oggettiva¹⁸⁹.

Le argomentazioni decisive da porre a fondamento della concezione oggettivistica devono essere ricercate alla luce delle caratteristiche di fondo del nostro ordinamento penale, tenendo conto del “tipo” di sistema penale cui esso è riconducibile.

A tal proposito, va rilevato: a) che il nostro ordinamento costituisce un sistema penale misto, ma a base innanzitutto oggettiva: come complesso di norme a tutela di beni giuridici, in cui si combinano e si contemperano le istanze oggettivistiche e soggettivistiche, funzionando la norma della duplice

¹⁸⁹ Non va trascurata, a tal proposito, l’obiezione di chi ha osservato come non sia possibile trasfondere nel diritto penale una regola, come quella del *favor rei*, che ha natura tipicamente processuale, concernendo l’interpretazione e la valutazione della prova nell’accertamento del fatto. Cfr. BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo”*, in riv. it. dir. proc. pen. 1937, 247 ss.

Da altra parte di dottrina si osserva che tale affermazione sarebbe vera se se detto principio non stesse ad indicare, nel caso di specie, l’esigenza sostanziale del *favor libertatis* che, sottesa ai principi di legalità, materialità ed offensività del fatto, non può ritenersi estranea al diritto penale.

Si deve, quindi, rimanere ancorati ad un’interpretazione oggettivistica, che nega che le scriminanti possano operare subordinatamente alla presenza di un requisito di natura psicologica, la cui mancanza, nell’agente, impedirebbe la qualificazione del fatto realizzato come lecito.

direttrice sia della tutela sia del comando e garanzia¹⁹⁰; che esso si incentra sul principio di offensività, il quale viene assunto dalla dottrina prevalente a direttrice fondamentale di politica criminale perché baricentro di un diritto penale non autoritario e non totalitario, con il conseguente radicale rifiuto di ogni modello penale a base oggettivistica (sia esso repressivo o della volontà, o preventivo o della pericolosità sociale¹⁹¹ e dalla Coste Costituzionale¹⁹² come canone ermeneutica per l'interpretazione delle fattispecie criminose; c) che, pertanto, il reato è e deve essere, quanto meno rispetto ai reati di offesa, offesa del bene giuridico; d) che, in assenza dell'offesa, il reato non sussiste.

Ciò che va, in particolar modo, evidenziato è che, in presenza della scriminante, l'offesa, se può esistere sul piano naturalistico, viene meno su quello giuridico, perché le cause scriminanti operano come "limite" alla tutela del bene giuridico, sulla base della prevalenza o della equivalenza dell'interesse da queste salvaguardato e della sussistenza o meno di un danno sociale.

In questo ambito oggettivistico trova il proprio logico inquadramento la indiscriminata previsione legislativa dell'operatività obiettiva delle scriminanti, non assumendo rilievo la consapevolezza di ovviare, con la propria condotta, ad una situazione di pericolo realmente percepita: ciò che interessa al Legislatore sono soltanto le conseguenze che derivano da quel comportamento, che devono essere valutate *ex post* rispetto al momento in cui l'agente cagiona l'evento lesivo.

¹⁹⁰ Sulla struttura dei sistemi penali oggettivi, soggettivi e misti, cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 140 ss., che distingue tra un sistema penale oggettivo puro, che funziona come un sistema di norme poste a tutela di determinati beni e si incentra sull'obiettiva lesione di essi, uno soggettivo puro, che suddivide, a sua volta, in diritto penale repressivo, o della volontà, che funziona essenzialmente come un sistema di norme – comando, e si incentra sulla volontà, ed un diritto penale preventivo, o della pericolosità, che funziona essenzialmente come un sistema di norme – garanzia e si incentra sulla pericolosità del soggetto e quelli misti.

¹⁹¹ In tal senso, MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1997, 313 ss.

¹⁹² C. Cost., 26 marzo 1986, in Foro it. 1986, 2380 : "Può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio di offensività, ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accettato".

Lo svolgimento delle indagini sull'atteggiamento psicologico del soggetto, in definitiva, oltre a presentarsi come complicate o, addirittura, impraticabili, produrrebbero, tra l'altro, disuguaglianza di trattamento in presenza di fatti di identica offensività.

§ 3. LA PROBLEMATICA DEGLI ELEMENTI SOGGETTIVI NELLA STRUTTURA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

Decisamente sostenuta e condivisa dalla dottrina penalistica tedesca, la struttura soggettiva di specifici elementi delle singole fattispecie di non punibilità in relazione alle cause di giustificazione viene riconosciuta soltanto da parte minoritaria di dottrina in Italia.

Secondo tale filone interpretativo, all'interno della struttura delle scriminanti, fanno ingresso requisiti di natura soggettiva, la conoscenza dei quali si rivela necessaria affinché la causa di giustificazione operi a favore del soggetto agente¹⁹³.

¹⁹³ Cfr. GROSSO, voce *Cause di giustificazione*, cit. : “L’art. 59, c. 1, c.p. enuncia la regola secondo cui ignorare o ritenere per errore inesistente una causa di giustificazione che è presente nella realtà non esclude la efficacia esimente; in altre parole, dispone che le cause di giustificazione operino oggettivamente.

Lo stesso art. 59, c. 1, c.p. ammette tuttavia che l’ordinamento possa contemplare eccezioni alla regola: ciò si verifica quando nel descrivere il modello di una singola causa di esclusione della responsabilità penale la legge prevede uno o più elementi costitutivi incompatibili con una efficacia meramente oggettiva.

Se vi sono scriminanti la cui natura oggettiva non può essere messa in dubbio (es. consenso dell’aveute diritto previsto dall’art. 50 c.p.) e figure in cui è altrettanto sicuro che non si può prescindere dalla considerazione di dati di natura psicologica (es. la provocazione esimente prevista dall’art. 599, c. 2, c.p.), vi sono altre ipotesi in cui la deroga all’art. 59, c. 1, c.p. può apparire dubbia. In questa situazione si possono annoverare fattispecie marginali quali ad esempio la reazione agli atti arbitrari del Pubblico Ufficiale, ma anche scriminanti importantissime, quali la difesa legittima e lo stato di necessità, nelle quali figura l’espressione *essere costretto dalla necessità*, che potrebbe indurre a ritenere che l’efficacia esimente si attivi soltanto se vi sia stata pressione psicologica sulla mente dell’agente esercitata dalla situazione di necessità in cui egli si trova.

Se si ritiene che una scriminante presenti un elemento a struttura soggettiva, sono poste le premesse, necessarie, ma, si badi, non sufficienti, per proiettare tale figura sul terreno delle cause che escludono la colpevolezza: circostanze, cioè, che anziché operare sul piano dell’elemento oggettivo del reato come elementi negativi del fatto o condizioni della qualifica di antigiuridicità, rilevano sul piano dell’elemento soggettivo rendendo non punibile l’agente a causa della anormalità della formazione della sua volontà (inesigibilità)”.

La questione dell'esistenza degli elementi soggettivi nelle cause di giustificazione è risolto da parte della dottrina¹⁹⁴ alla luce di principi costituzionali di offensività e materialità, nonché delle funzioni di prevenzione (sociale e generale) della pena.

Il problema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, si osserva, va preso in considerazione alla luce del ruolo che i principi costituzionali devono svolgere nella elaborazione degli istituti e delle categorie del diritto penale¹⁹⁵.

Grazie ad un dettato costituzionale che, in materia penale, risulta molto più esplicito di quello tedesco, la scienza penalistica italiana ha potuto trovare nella legge fondamentale un referente normativo per ognuno dei principi tradizionalmente posti alla base del moderno sistema penale; così è accaduto non solo per il principio di legalità e di tutela della libertà, ma anche per quello di sussidiarietà, offensività e materialità: le stesse funzioni della pena hanno trovato nella nostra Costituzione una precisa definizione.

Nel rispetto delle fondamentali acquisizioni del cd. "diritto penale del fatto", ossia dell'impossibilità di prescindere, ai fini della legittimità di un qualsiasi intervento penale, dall'esistenza di un fatto materialmente verificabile, lesivo di un bene penalmente protetto (principi di materialità e di offensività), le funzioni della pena, individuate non più nella retribuzione, ma nella risocializzazione del condannato (prevenzione speciale) e nella aggregazione di consensi intorno all'ordinamento giuridico (prevenzione generale), devono orientare anche la soluzione del problema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

¹⁹⁴ Cfr. SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, cit., 1010 ss.

¹⁹⁵ Quelli che per la dottrina tedesca sono stati soltanto i "principi di politica criminale dello stato sociale di diritto", sono stati letti, dalla migliore dottrina italiana, come la necessaria rivalutazione del significato tipicamente penalistico di ben precise norme costituzionali. Cfr. ROXIN, *Kriminal politik und Strafrechtssystem*, Berlin – New York 1973, trad. in italiano a cura di MOCCIA, Napoli 1986; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in Nss. dig. it. XIX, 7 ss.; ID, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1988, 3 ss.; MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema teleologicamente orientato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1989, 1006 ss.; ID, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 32 ss.

In considerazione del fatto che, nel momento in cui ci si pone il problema degli elementi soggettivi delle scriminanti, un fatto tipico, con la sua necessaria lesività, è da ritenere, in ipotesi, già dato, per cui sono proprio considerazioni legate alla funzione della pena, che, data la loro rilevanza costituzionale, impongono la rivalutazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione ed il recupero del ruolo che pacificamente viene ad essi riconosciuto dalla parte più qualificata della dottrina europea del diritto penale: bisogna riflettere sul fatto che la condotta giustificata realizza pur sempre l'offesa ad un bene giuridico e ciò implica, da un lato, la possibilità di allarme sociale, e dall'altro, la possibilità di una considerazione in termini di risocializzazione di chi ha provocato l'offesa¹⁹⁶.

Nel sistema penale di uno stato sociale di diritto, libero, quindi, dai condizionamenti propri dello stato etico, le funzioni di prevenzione della pena si identificano necessariamente con l'interesse dei consociati a che nessuno violi l'integrità dei beni penalmente rilevanti: per quanto concerne il singolo individuo, tutto ciò si traduce nell'interesse della comunità alla sua capacità ad autodeterminarsi in tal senso e non, quindi, al suo atteggiamento interiore rispetto agli stessi beni.

L'assenza di tale capacità suscita allarme sociale e la collettività chiede, perciò, l'intervento rieducativi dello Stato, teso alla risocializzazione dell'individuo, ossia al suo reinserimento in quella stessa comunità che ha valutato quei beni degni di tutela penale.

Cardine dello stesso sistema è anche il principio di offensività: l'assenza della suddetta capacità individuale può, quindi, essere presa in considerazione solo a seguito di una lesione, dolosa o colposa, di un bene giuridico; dove, però, il bene giuridico leso, per circostanze particolari, le cause di giustificazione, non è più protetto dall'ordinamento, l'unico indice della capacità dell'autore del fatto ad autodeterminarsi alla non – lesione di beni penalmente protetti ci è dato non dai momenti meramente oggettivi ed esteriori della sua condotta, quanto, piuttosto, da quegli elementi soggettivi

¹⁹⁶ Così MOCCIA, loc. ult. cit., 205.

della stessa che, diversi dal dolo, o dalla colpa, del fatto tipico sono stati alla base dell'azione giustificante.

Dato che la realizzazione di un fatto tipico, e, quindi, la presenza di una lesione, funge da indizio dell'assenza della capacità di autodeterminarsi a non ledere beni giuridici, in simili ipotesi è la necessità di verificare la possibile smentita di tale indizio che porta alla rivalutazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

Le cause di giustificazione sono, dunque, caratterizzate dalla presenza di elementi oggettivi e soggettivi.

Perché operino, non può, allora, essere sufficiente la sola presenza di elementi scriminanti oggettivi, ma occorre anche che l'agente conosca la loro presenza ed agisca per realizzare le specifiche finalità giustificanti¹⁹⁷.

Tali conclusioni appaiono obbligate secondo tale impostazione: dal momento che l'illecito di azione si fonda soltanto su di una condotta che è orientata alla realizzazione di una condotta che è orientata alla realizzazione di un evento disapprovato dal diritto.

Se sono presenti oggettivamente circostanze giustificanti, ma l'agente non ne è a conoscenza, egli agisce per la realizzazione di un evento che, nella situazione da lui prevista, è disapprovata dal diritto.

In effetti, la tipicità di un fatto, comprensiva di un disvalore oggettivo o soggettivo, per risultare neutralizzata attraverso l'azione di una causa di giustificazione, necessita della presenza di elementi di valore sia di tipo oggettivo che di tipo soggettivo.

Se, pertanto, per paralizzare il disvalore di evento, è necessario che sia presente obiettivamente la situazione giustificante, perché cada il

¹⁹⁷ Pertanto, per la legittima difesa o lo stato di necessità, l'agente deve conoscere la situazione giustificante, l'attualità del pericolo di un'offesa ingiusta o di un danno grave alla persona, e deve agire con la volontà di difendersi o di salvare sé od altri.

Alla stessa stregua, dovrà agire per l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere in rapporto alle ipotesi di cui all'art. 51 c.p., dovrà avere una finalità educativa nello *jus corrigendi* e così via.

Unicamente per il consenso dell'avente diritto, data la sua struttura finalisticamente neutra, appare necessario il solo requisito della conoscenza del consenso o della sua ragionevole rappresentazione. Cfr. MOCCIA, loc. ult. cit., 204.

disvalore di azione, e con esso, dunque, l'intero disvalore del fatto, dovrà essere presente, altresì, l'elemento soggettivo giustificante.

Un fatto risulta, perciò, conforme al diritto solo se vengano a cadere disvalore di evento e disvalore di azione.

La sola presenza dell'elemento oggettivo giustificante non elide il disvalore di azione¹⁹⁸.

L'opzione per una soluzione soggettivistica è, in sintesi, imposta da due diversi ordini di considerazioni.

1. Dalla constatazione della struttura dell'illecito penale, che, comprensivo del disvalore di azione, accanto al disvalore di evento, viene neutralizzato nella sua tipicità anche dalla presenza degli elementi soggettivi

¹⁹⁸ Sulla compatibilità tra la teoria degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione e la teoria tripartita degli elementi del reato, cfr, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 122 ss.: "La dottrina più attenta ha già da tempo notato che sussiste o può sussistere una categoria degli elementi subiettivi delle cause di giustificazione.

Così come non vi sono particolari resistenze nell'ammettere che, in determinati casi, il giudizio di anti giuridicità oggettiva, pur restando tale, possa essere condizionato dalla necessaria verifica della sussistenza di taluni elementi subiettivi, così pure può e deve ammettersi, con pari ed equivalente validità dogmatica, che talune cause di esclusione dell'anti giuridicità, pur restando tali, possano e debbano essere, a loro volta, condizionate dal riscontro di specifici elementi di fattispecie a struttura subiettiva.

Nessuna incompatibilità, dunque, anche sul terreno dogmatico, può rinvenirsi tra la tesi della rilevanza soggettiva degli elementi nella struttura delle cause di giustificazione ed i postulati fondamentali della teoria tricotomica: onde, in conclusione, può veramente riaffermarsi il ruolo primario e decisivo che, nelle indagini di diritto positivo, compete all'interpretazione sulla pura dogmatica, così come può, per altro verso, ottenersi una interessante conferma della legittimità di più ipotesi dogmatiche sulla teoria generale del reato, ancorché i dati normativi siano i medesimi.

Anzi, proprio la possibilità di una coesistenza, ugualmente ammissibile sul piano logico e su quello della aderenza alle effettive esigenze espresse dalle norme, di più teorie, è, in definitiva, un risultato di non lieve interesse, che vale a ribadire, alla fine, il valore delle indagini di tipo dogmatico: che hanno significato, e sono di effettivo ausilio per l'operatore del diritto, solo in quanto valgono, appunto, a chiarire, sempre di più e meglio, nei suoi termini generali, i modelli teorici di funzionamento del sistema, ma non possono pretendere di deformare la realtà, né di piegarla a malintesi scopi di coerenza con le proprie personali vedute.

In quest'ordine di idee, può agevolmente comprendersi come e perché sia possibile immaginare una sistemazione delle scriminanti anche diversa da quella loro assegnata dalle teorie della cd. concezione tripartita e da quella degli elementi negativi della fattispecie; e, si può aggiungere, può comprendersi anche come, pur rispetto ad eventuali diverse ipotesi dogmatiche, che sono state formulate in dottrina, i risultati interpretativi non siano destinati a mutare".

delle scriminanti, non essendo sufficiente che la situazione giustificante risulti obiettivamente.

Perché un fatto risulti conforme al diritto è necessario, cioè, che vengano a cadere sia il disvalore di azione che quello di evento.

2. Dal fondamento della pena, che deve essere individuato non più nella retribuzione, bensì nella risocializzazione e non – descializzazione del condannato e nell’aggregazione di consensi intorno all’ordinamento giuridico.

Il riconoscimento della rilevanza degli elementi soggettivi nelle scriminanti comporta che l’indagine si sviluppi sotto il duplice ulteriore versante della definizione¹⁹⁹:

a) della struttura degli elementi soggettivi, che i sostenitori di suddetta tesi tendono a ravvisare nell’*equivalente negativo del dolo specifico*, nel senso che il soggetto vuole o accetta, come conseguenza eventuale, accessoria della sua azione, una lesione ad un bene giuridico al *fine* di salvarne un altro²⁰⁰, anche se, conformemente ai principi in tema di dolo specifico, non è necessario che l’effetto salvezza venga effettivamente raggiunto, oltre che perseguito, affinché la scriminante possa ritenersi operante. E come, poi, l’evento ulteriore, nei reati a dolo specifico, non deve per forza coincidere con lo scopo finale dell’autore, allo stesso modo non rilevano le ragioni per cui si vuole l’evento coperto dalla causa di giustificazione, in modo tale da lasciare fuori dalla struttura del reato i momenti di mera *Gesinsung* e giungere, quindi, a confondere diritto e morale.

b) del trattamento sanzionatorio da riservare al fatto tipico solo parzialmente giustificato, per la presenza dei soli elementi scriminanti e non anche di quelli soggettivi.

Se non vi è dubbio alcuno che ci si trovi di fronte ad un fatto antiggiuridico, altrettanto innegabile è la sua minore dannosità sociale, ossia

¹⁹⁹ *Infra* paragrafi. 3.1 e 3.4.

²⁰⁰ Cfr., sul punto, SCHIAFFO, *L’elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, cit., 1012.

la sua attenuata illiceità rispetto all'ipotesi in cui difettino anche gli elementi oggettivi.

Pertanto, aderendo ad una concezione gradualistica dell'illecito, che ipotizza la presenza di diversi sottotipi, di differente gravità all'interno dell'illecito, legati sia al disvalore di azione che a quello d'evento, si ritiene adeguata al caso di specie, ove ricorre soltanto il disvalore di azione, la sanzione prevista per il tentativo²⁰¹.

Se, invece, la condotta obiettivamente scriminata dovesse tradursi, essa stessa, in un'ipotesi di mero delitto tentato, non ne potrebbe che conseguire una sanzione ancor più attenuata rispetto a quella prevista per il tentativo, come accade, ad esempio, in presenza degli estremi del ravvedimento operoso.

²⁰¹ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 211, che precisa che “la mancanza di un elemento soggettivo scriminante e la mancata verifica dell'evento, sul piano naturalistico, danno vita a situazioni profondamente diverse, che, però, appaiono omologabili sotto il profilo assiologico, dal momento che in entrambi i casi viene a mancare il disvalore di evento”.

§ 3.1 IL RUOLO DEL BENE GIURIDICO E DELLE FUNZIONI DELLA PENA NELLA STRUTTURA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE.

La ricostruzione della struttura delle cause di giustificazione in chiave soggettivistica è orientata dai criteri della funzione della pena e del bene giuridico, criteri, peraltro, che hanno portato una parte della dottrina alla rivalutazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

Considerazioni legate alla funzione della pena, intesa sia come prevenzione generale, che come prevenzione speciale, vanno proposte in continuo riferimento all'interesse dei consociati per la capacità del singolo ad autodeterminarsi a non offendere beni giuridici.

A tal proposito, non si deve dimenticare che la condotta giustificata realizza pur sempre, da un punto di vista naturalistico, un'offesa ad un bene giuridico e, quindi, comporta, da un lato, la possibilità di allarme sociale qualora il soggetto agente orienti la propria condotta al perseguimento di finalità sue personali, in contrasto con quelle dell'ordinamento e, dall'altro, la possibilità che necessiti un intervento in termini di risocializzazione dell'autore, e, quindi, problemi di prevenzione speciale, nell'ipotesi in cui costui non sia a conoscenza di taluni elementi della situazione giustificante o agisca animato da uno scopo socialmente non apprezzabile.

La realizzazione di un fatto tipico, e cioè la presenza di una lesione, funge da indizio della incapacità del soggetto di autodeterminarsi nel senso della non – lesione di beni giuridici.

Nel momento in cui ci si muove all'interno della categoria dell'antigiuridicità, l'assenza di tale capacità è fortemente indiziata

dall'offesa ad un bene giuridico, reale ed attuale, come quella che è stata già oggetto del giudizio di tipicità, con la necessità di verificare l'eventuale presenza di elementi capaci di smentire tale indizio vanno confrontate le diverse teorie che sono state proposte in ordine al contenuto dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione²⁰².

Sotto questo aspetto, poco funzionale appare la teoria che lo identifica con un momento meramente conoscitivo.

Trovando, infatti, il suo oggetto nella sola situazione giustificante, un simile concetto di conoscenza sembra limitarsi alla mera percezione dell'esistente, senza arrivare a comprendere anche la rappresentazione del futuro, delle possibili conseguenze, in altre parole, della propria azione e, quindi, dell'evento stesso.

Neanche una simile rappresentazione, tuttavia sarebbe in grado, da sola, di fornire chiari indici circa la capacità dell'autore del fatto ad autodeterminarsi alla non – lesione di beni giuridici: la decisione di attivarsi e di portare, dunque, una lesione al bene, infatti, potrebbe essere già stata presa, precedentemente alla stessa rappresentazione, o, comunque, la rappresentazione potrebbe non aver influito in alcun modo sulla decisione stessa.

Ai fini della prevenzione, generale e speciale, dunque, non può essere di alcun aiuto la conoscenza della situazione giustificante in quanto tale: risulterà, invece, determinante il modo in cui tale conoscenza si ripercuote sulla determinazione della volontà, intesa in senso ampio quale previsione ed accettazione di un evento quale conseguenza della propria condotta.

Trattandosi della capacità di autodeterminazione alla non – lesione di beni giuridici, fondamentale importanza assume il concetto di “motivo”.

Il problema della struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione, infatti, può essere risolto nel modo più adeguato al sistema

²⁰² Così SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, cit., 1017 ss.

penale di uno stato sociale di diritto in riferimento al momento del giudizio positivo espresso sulla meta d'azione nel processo motivazionale²⁰³.

Nel giudizio positivo sulla meta d'azione è possibile distinguere l'oggetto su cui cade il giudizio, dai criteri in base ai quali il giudizio viene espresso.

Il sistema penale di uno stato sociale di diritto che, nel rispetto dei principi di legalità, offensività, materialità e frammentarietà, attribuisce alla pena funzioni preventive, si preoccuperà di accertare soltanto il fatto che la salvezza del terzo (stato di necessità), come conseguenza della propria azione, mediata dall'offesa al bene giuridico, sia stata oggetto di rappresentazione e che esclusivamente tale circostanza abbia determinato il giudizio positivo sulla meta, quindi, la volontà, o anche solo l'accettazione dell'evento lesivo del fatto tipico²⁰⁴.

I sostenitori di suddetta tesi tendono a ravvisare, dunque, la struttura degli elementi soggettivi nell'equivalente negativo del dolo specifico.

Dal momento che l'autore del fatto tipico, rappresentandosi la relativa offesa al bene giuridico, deve essersi determinato ugualmente all'azione soltanto per la consapevolezza che tra gli effetti della lesione derivante dalla propria azione rientrerà anche l'evento a cui fa riferimento la scriminante, accade necessariamente che tale evento viene preso di mira dall'autore stesso nel volere o nell'accettare la lesione come conseguenza della sua azione.

Egli vorrà, o accetterà, in altre parole, una lesione ad un bene giuridico per salvarne un altro.

L'impostazione del problema in termini di equivalente negativo del dolo specifico, permette di porre luce, secondo tale impostazione, su altri aspetti ad esso connessi.

²⁰³ Cfr. MEUEMANN, *Intelligenz und Wille*, Leipzig 1908, 188, distingue tre fasi nel processo motivazionale: quella della rappresentazione della meta d'azione, quella del giudizio positivo espresso sulla stessa meta e quella della cosciente determinazione all'azione prodotta dai primi due elementi.

²⁰⁴ In questi termini, SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione. Prospettive di riforma*, cit., 1020.

Grazie ad essa trova adeguata spiegazione anche la giustificazione del fatto tipico nelle ipotesi in cui la produzione dell'evento lesivo, pur realizzata con le migliori intenzioni, non riesce a far fronte alla situazione di necessità a cui fa riferimento la causa di giustificazione.

Come, infatti, per la fattispecie del furto non è necessario che il ladro tragga realmente impossessamento dalla cosa altrui, così non è necessario per la configurazione della scriminante che l'effetto salvezza, per esempio nella legittima difesa, venga effettivamente raggiunto.

Come, inoltre, l'ulteriore evento nei reati a dolo specifico non deve necessariamente identificarsi con lo scopo finale dell'autore, così, come è opportuno che restino al di fuori di ogni considerazione le ragioni per cui si vuole l'evento di cui alla causa di giustificazione, siano esse meri sentimenti o rappresentazioni di ulteriori azioni casualmente collegate all'evento stesso.

§ 3.2 LE SITUAZIONI DI COSTRIZIONE DELLA VOLONTÀ DELL'AGENTE.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, non appare possibile negare aprioristicamente cittadinanza agli elementi soggettivi nelle scriminanti.

Non sembra revocabile in dubbio, ad ogni modo, che qualunque sia la soluzione che si intende condividere o prospettare, il problema non possa essere risolto esclusivamente facendo leva sul disposto dell'art. 59 c.p.

Il problema dell'esistenza degli elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione, infatti, impone che si proceda ad una attenta analisi delle singole fattispecie scriminanti, tesa a verificare se queste operino indipendentemente o condizionatamente alla sussistenza di un determinato substrato rappresentativo.

Pare opportuno prendere le mosse dal concetto di costrizione, che ricorre nelle cause di giustificazione della difesa legittima, dello stato di necessità e dell'uso legittimo delle armi²⁰⁵, che richiedono tutte che il fatto sia stato commesso per essere stato il soggetto "costretto ad agire dalla necessità di".

I problemi interpretativi che si pongono in relazione a tale requisito si presentano particolarmente complessi.

La dottrina è, in proposito, profondamente divisa.

²⁰⁵ Quanto alla causa di giustificazione dell'uso legittimo delle armi, cfr. *infra*, sub par. 3.3 "La problematica degli elementi soggettivi nel consenso dell'avente diritto nell'uso legittimo delle armi, nell'esercizio di un diritto e nell'adempimento di un dovere".

Secondo una prima posizione²⁰⁶, un soggetto può essere costretto ad agire in quanto la situazione lo abbia condizionato psicologicamente, determinandolo a commettere il fatto che, altrimenti, non avrebbe realizzato.

Di conseguenza, tale rapporto di causalità psicologica tra una situazione ed una condotta umana presuppone che costui si sia rappresentato la situazione oggettiva condizionante.

Poiché, naturalmente, un siffatto rapporto psicologico può sussistere solo in quanto il soggetto si sia rappresentato la situazione oggettiva condizionante, le suddette cause di non punibilità rientrerebbero tra quelle che si sottraggono all'applicabilità della regola prevista dal primo comma dell'art. 59 c.p.²⁰⁷.

²⁰⁶ ALTAVILLA, *Difesa legittima*, in Nov. dig. it, V, 632 ss.; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, in Studi in onore di F. Antolisei, vol. III, Torino 1965, 547 ss; GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano 1970, 215 ss.

Sul punto, FIORE, *Diritto penale*, cit., 360 ss. : "Ci sembra di condividere il punto di vista di chi ritiene che in tutte le fattispecie esimenti imperniate sull'elemento della costrizione ad agire non si possa mai prescindere dal condizionamento motivazionale in cui si concreta l'elemento della costrizione.

In questi casi dovrà, dunque, escludersi l'applicabilità della causa esimente alle condotte offensive che deliberatamente abbiano mirato alla realizzazione dell'event, al di fuori di ogni situazione di costrizione: l'art. 242, c. 2, c.p., che esclude la punibilità del cittadino il quale presta servizio nelle forze armate di uno Stato straniero in guerra con lo Stato italiano, quando vi è costretto da un obbligo impostogli dalle leggi dello Stato medesimo, non potrà, conseguentemente, essere applicato al cittadino che tale scelta abbia compiuto liberamente, addirittura ignorando l'esistenza della norma straniera e l'obbligo che deriva".

²⁰⁷ Si è replicato che, innanzitutto, dall'interpretazione sistematica del concetto di costrizione non possono ricavarsi indicazioni decisive, come dimostrato dal fatto che non vi è dubbio che la legittima difesa operi anche senza coartazione del volere, come nel caso di colui che, di fronte all'aggressione, non perda la padronanza di se stesso e reagisca con piena calma. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 270 ss.

In secondo luogo, l'interpretazione soggettiva del concetto di costrizione risulterebbe inconciliabile con gli istituti del soccorso difensivo o di necessità, che escludono la punibilità per il fatto commesso da un soggetto che è intervenuto a salvare un estraneo da una situazione di pericolo imminente. Cfr. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova 1964, 99.

Secondo la maggior parte di dottrina²⁰⁸, invece, l'inciso "per essere stato costretto dalla necessità" esprime semplicemente la situazione oggettiva in cui il soggetto viene a trovarsi per la sussistenza della situazione di necessità.

Si opta per una interpretazione oggettiva del concetto in esame, intendendosi per costrizione quella situazione in cui un soggetto viene a trovarsi per la sussistenza di un pericolo, che deve essere valutata obiettivamente, secondo il parametro di un osservatore esterno, indipendente da una sua rappresentazione da parte dell'autore del fatto²⁰⁹.

In tal caso, sarebbe configurabile la "ignoranza" della situazione di

²⁰⁸ *Ex multis*, GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit. 122 ss.; ID, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano 1964, 240; ID, *Legittima difesa (dir. pen.)*, in Enc. dir. XXIV, 43 ss.

Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 273: "La rilevanza oggettiva vale anche per le scriminanti coi c.d. coefficienti psicologici.

Quale la costrizione degli artt. 52 e 54 c.p., rispetto alla quale va accolta l'interpretazione oggettivistica, che la intende come oggettiva situazione necessitante la difesa o il fatto lesivo, apprezzabile da un osservatore esterno, anche se non conosciuta o sentita come tale dall'agredito.

E va respinta l'interpretazione soggettivistica, richiedente la consapevolezza del pericolo in atto ed il suo effetto motivante, senza i quali non troverebbero applicazione gli artt. 52 e 54 rispetto all'agredito, al terzo soccorritore, al concorrente.

La rilevanza oggettiva delle scriminanti trova conferma nell'abrogazione della clausola di riserva, salvo che la legge disponga altrimenti, che apriva l'originario art. 59/1".

Sul punto, cfr., inoltre, ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, cit., : "Il fondamento oggettivo dello stato di necessità si riverbera anche sull'elemento della costrizione, che compare nella descrizione dell'art. 54.

Allo stesso modo che per la legittima difesa, la costrizione, viene intesa in un'accezione puramente oggettiva.

Non si richiede pertanto nel soggetto il fine di difendere il diritto proprio o altrui, né il fine di salvare sé o altri, ma soltanto una situazione di ingiusta aggressione o di pericolo attuale, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, di un danno grave alla persona: situazione che, nell'uno e nell'altro caso, potrebbe anche essere ignorata o ritenuta per errore inesistente dal soggetto agente, senza che per questo il suo comportamento risulti illecito".

²⁰⁹ Senza, tuttavia, escludere che tale concetto possa richiamare anche l'idea di un nesso psicologico tra la realtà oggettiva e la determinazione ad agire, per il sostanziale riconoscimento della sua equivocità ed ambiguità ermeneutica e della necessità di rinvenire altrove le argomentazioni decisive per orientare verso la soluzione più conforme alla struttura del nostro Ordinamento.

necessità e, quindi, possibile la operatività oggettiva delle scriminanti²¹⁰.

Univocità di vedute si riscontra, invece, nel riconoscere la compatibilità di entrambe le interpretazioni con gli altri elementi della fattispecie.

²¹⁰ *Contra* cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 32 ss. : “La rilevanza oggettiva delle scriminanti di cui agli artt. 52 e 54 c.p., oltre che con una prima lettura del dato normativo, sembra contrastare anche con il senso comune.

Credo che poche persone, al di fuori della ristretta cerchia degli studiosi del diritto penale, siano disposte a comprendere o a condividere la logica per la quale un soggetto, che abbia voluto uccidere un uomo, magari con premeditazione, e lo abbia ucciso, non debba essere punito nel caso in cui, a sua insaputa, questa sua azione lo abbia oggettivamente salvato, o abbia salvato altri, dal pericolo attuale di un’offesa ingiusta o di un danno grave alla persona.

Né appare sufficiente la semplice conoscenza della situazione.

La soluzione della non punibilità sembra, infatti, irragionevole, se si prescinde dal condizionamento della volontà che è insito nel concetto di costrizione, anche nei casi in cui il soggetto si rappresenta soltanto la situazione di pericolo, senza essere mosso da essa ad agire.

Facciamo degli esempi, con riferimento proprio alla legittima difesa che, tra le scriminanti, è quella la cui rilevanza oggettiva è più comunemente accolta in dottrina.

Tizio, Caio e Sempronio sono i capi di tre cosche mafiose in guerra aperta tra loro. Tizio, che attende l’occasione propizia per eliminare Caio, suo maggiore rivale, viene a sapere che lo stesso ha organizzato un’imboscata per uccidere Sempronio nei pressi della sua abitazione. Si reca sul posto con il programma di eliminare Caio, subito dopo che costui avrà ucciso Sempronio, in modo da restare il padrone incontrastato della zona. Senonchè gli eventi precipitano, le circostanze non gli consentono di attendere ed egli è costretto ad uccidere Caio, mentre costui si accingeva ad eliminare Sempronio.

Ora, in un caso del genere, non mi sembra che avrebbe senso lasciare impunito Tizio. Eppure egli ha avuto conoscenza della situazione ed ha oggettivamente salvato la vita di Sempronio.

Si può fare un altro esempio. Un gruppo terroristico ha deciso la condanna a morte di Caio, un associato sospettato di essere un delatore. Si stabilisce che sarà eliminato da Mevio al termine di un’azione di sabotaggio, già preparata, alla quale avrebbe dovuto partecipare la vittima, in modo da simulare una disgrazia. Ma, mentre Caio si accinge a far brillare una potente carica di dinamite alla base del traliccio, Mevio è costretto da impellenti circostanze sopravvenute ad uccidere Caio prima che il sabotaggio sia consumato.

Nel primo esempio, se si ritiene che la causa di non punibilità operi in modo del tutto oggettivo, il fatto non sarà punibile e ciò malgrado che la morte di Sempronio, impedita dall’azione difensiva di Tizio, fosse un evento da lui desiderato.

Nel secondo, poi, il terrorista Mevio dovrebbe essere chiamato a rispondere per eccesso colposo di legittima difesa, a causa della sproporzione esistente tra la difesa (sabotaggio del traliccio) e l’offesa (morte di un uomo) e ciò malgrado sia chiaro che egli non ha assolutamente ucciso per evitare il sabotaggio, che aveva preordinato.

Quanto ciò sia in contrasto con il più elementare buon senso e con il comune sentimento di giustizia, non è il caso di sottolineare oltre.

Tale trattamento di favore risulta ancora più incomprensibile se si considera che, nelle ipotesi di eccesso doloso di legittima difesa, l’agente risponde a titolo di dolo, pur avendo agito per finalità di difesa. La necessità di trovare un’interpretazione più credibile della legge, che non può e non deve essere sentita dai suoi destinatari come una regola tortuosa ed incomprensibile, suggerisce un riesame della questione, per vedere se sia possibile leggere le disposizioni normative in modo diverso”.

Si concorda nel negare che indicazioni significative circa la sussistenza o meno di un coefficiente psicologico nelle fattispecie scriminanti della legittima difesa e nello stato di necessità possano essere offerte dai requisiti della proporzionalità, della necessità del pericolo, della sua inevitabilità e non volontaria causazione, della limitazione della tutela a beni personali di particolare rilievo e dell'applicazione della norma, nello stato di necessità, soltanto a chi non abbia un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo²¹¹.

I requisiti della proporzione, della necessità del pericolo, della sua inevitabilità e non volontaria causazione, sono elementi a contenuto oggettivo, conciliabili sia con un'interpretazione psicologica della costrizione, che con quella della efficacia meramente obiettiva, perché trattasi di limiti entro cui assume rilevanza il condizionamento psichico.

Quanto, infine, alla limitazione della salvaguardia dei soli interessi personali, da un lato, potrebbe rilevare l'intenzione del Legislatore di attenersi a quel dato dell'esperienza comune secondo cui l'uomo non è normalmente in grado di resistere all'istinto di conservazione, e, quindi, porsi come indizio per una interpretazione soggettivistica delle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità; dall'altro, potrebbe essere spiegata come volontà di conferire tutela a determinati interessi, piuttosto che ad altri, e come necessità di evitare che terzi innocenti siano troppo spesso esposti al rischio di vedere lesa un proprio interesse in conseguenza di un'azione necessitata altrui (nello stato di necessità).

²¹¹ Per un'approfondita analisi sul tema, cfr. BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit. 498.

§ 3.2.1 LA PROBLEMATICA DEGLI ELEMENTI SOGGETTIVI NELLO STATO DI NECESSITÀ.

Occorre, questo punto, procede nell'analisi delle singole ipotesi scriminanti.

Quanto allo stato di necessità, il problema relativo al suo operare subordinatamente alla presenza di un sostrato psicologico, o indipendentemente dalla conoscenza, da parte del soggetto agente, della conoscenza della situazione necessitante è stato affrontato dalla dottrina in modi diversi.

Da taluni²¹², si è cercato di intuire, a seguito di un primo approccio con il dato normativo, la *ratio* dello stato di necessità, per poi dedurre da essa l'esistenza o meno del requisito psicologico²¹³.

Così, individuata la ragion d'essere nell'impossibilità di esigere dall'agente una condotta diversa da quella effettivamente tenuta, la causa di non punibilità viene intesa come avente natura soggettiva ed operare, quindi, solo in presenza di un sostrato psicologico.

²¹² *Ex multis*, AZZALI, *La causa e lo scopo nella teoria dei limiti scriminanti*, in Boll. ist. dir. proc. pen. Università di Pavia, 1960, 58 ss.

²¹³ Scettico sulla utilità di tale metodo ai fini della risoluzione del problema relativo alla esistenza o meno di un elemento soggettivo nelle cause di giustificazione caratterizzate dal requisito della costrizione si mostra Spagnolo.

L'Autore sostiene che non sia possibile individuare la *ratio* dello stato di necessità *a priori*, indipendentemente, cioè dalla risoluzione del punto relativo all'esistenza di un requisito a struttura soggettiva.

Ritenere di poter risolvere in senso oggettivo il nodo esegetico dell'espressione "per essere stato costretto dalla necessità" attraverso un riferimento alla *ratio* della causa di non punibilità significherebbe fare arbitrariamente astrazione, nella ricostruzione della stessa *ratio*, dal requisito stesso che, a prima vista, appare senz'altro, soggettivo.

Tali riflessioni dovrebbero portare, ritiene l'Autore, l'interprete a guardare, e comunque a praticare, con molta cautela, tale metodologia, evitando di individuare la ragion d'essere della scriminando a prescindere dalla considerazione di un fondamentale elemento di fattispecie cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 35 ss.

Individuata, viceversa, la *ratio* nel bilanciamento degli interessi, e nella conseguente assenza di danno sociale, allo stato di necessità viene riconosciuta valenza oggettiva²¹⁴.

Altra parte di dottrina²¹⁵, invece, ritiene che, per risolvere il problema relativo alla sussistenza o meno di un coefficiente psicologico nella struttura dello stato di necessità, sia necessario analizzarne il dato normativo, in modo da verificare se tutti gli elementi in esso enunciati consistano in dati oggettivi, o se tra essi alcuno si sostanzia un requisito a struttura soggettiva.

Alla luce della *ratio* della non esigibilità, le cause di giustificazione operano solo in presenza di un sostrato psicologico.

In base al principio della non esigibilità, non può essere considerato colpevole colui dal quale non si può umanamente pretendere un comportamento conforme alla legge.

Lo stato di necessità ne rappresenterebbe un'applicazione particolare, in quanto il soggetto agente non potrebbe, umanamente, in tale circostanza, agire altrimenti.

Posto nell'alternativa di dover scegliere senza indugio tra il sacrificio del bene altrui ed il pericolo della propria integrità personale, il soggetto agente preferisce la propria salvezza al sacrificio di beni inerenti a persone, che non determinarono la situazione pericolosa.

²¹⁴ Cfr., sul punto, BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit. 498: "Non può ritenersi decisiva, per orientare nel senso di riconoscere allo stato di necessità un fondamento oggettivo, neppure la considerazione dell'esclusione della sua operatività in presenza di soggetti giuridicamente obbligati a tenere condotte non esigibili dall'uomo normale, che si porrebbe in insanabile contrasto con la possibilità, riconosciuta dal Legislatore, di scusare il comportamento di chi, cittadino comune, fosse indotto ad agire per ovviare al pericolo di un danno anche meno grave, o, addirittura, concernente un estraneo.

Infatti, la limitazione prevista dall'art. 54, c. 2, c.p. trova la sua ragion d'essere nella circostanza che la comunità ha bisogno, affinché vengano assolti determinati servizi, che certi soggetti si impegnino a tenere un atteggiamento che comporti un pericolo, e quindi si presenta come un ulteriore requisito limitativo a cui deve essere subordinata la rilevanza della coercizione della volontà":

²¹⁵ Per tutti, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 52 ss.

Contro la possibilità di ritrovare nel principio di non esigibilità la *ratio* dello stato di necessità sono state mosse varie obiezioni.

Si è osservato che l'art. 54 c.p., prevedendo l'inapplicabilità della scriminante a chi abbia un dovere giuridico di esporsi al pericolo non consente di fondare lo stato di necessità sulla non esigibilità.

Anche in tali soggetti si ha, a causa della situazione eccezionale, un'anormale formazione della volontà e non sarebbe, pertanto, possibile esigere un comportamento conforme al dovere.

Analoga obiezione è stata mossa con riferimento all'impossibilità di applicare la causa di giustificazione a chi abbia volontariamente causato il pericolo.

La situazione psicologica in cui si trova il soggetto, di fronte al pericolo di un danno grave alla persona, è la medesima per chi abbia dato e per chi non abbia dato causa al pericolo.

Nondimeno, l'Ordinamento, negando nel primo caso la possibilità di applicare la sciminante e, quindi, rimanendo indifferente di fronte alla situazione di non esigibilità, mostrerebbe di prevedere lo stato di necessità in vista di una ragione oggettiva.

Analogamente, si è sostenuto che una concezione dello stato di necessità in chiave psicologica non sopporta il limite della proporzione, posto che l'anormale motivazione può sussistere anche nei casi in cui tra i beni in conflitto risulta una rilevante sproporzione.

A tali obiezioni, si è opposto il rilievo che l'inesigibilità presuppone, ma non si identifica, con l'anormalità della motivazione; che questa, costituente l'oggetto della valutazione normativa, non è sempre in grado, di per sé, di escludere l'esigibilità del comando; e che è l'ordinamento a valutare se, quando ed in quale misura, l'anormalità della motivazione escluda la pretesa normativa.

Le limitazioni alla sfera di applicabilità dell'art. 54 c.p., di conseguenza, non impedirebbero di spiegare lo stato di necessità alla luce della non esigibilità²¹⁶.

Altra parte di dottrina ricorre alla *ratio* del bilanciamento degli interessi per risolvere il problema della operatività delle cause di giustificazione.

Ravvisando la *ratio* dello stato di necessità nel bilanciamento degli interessi, e nella conseguente assenza di danno sociale, a tale causa di giustificazione viene riconosciuta valenza oggettiva.

Il principio del bilanciamento degli interessi trae origine dal connesso principio dell'interesse prevalente, secondo il quale, in caso di conflitto tra due beni, non può essere considerato contrario, ma è conforme al diritto, che

²¹⁶ Cfr., sul punto, SPAGNOLO, ult. loc. cit., 47 ss. : “Si è rilevato che vi sarebbe almeno un caso in cui lo stato di necessità si applica, benchè sia possibile individuare uno stato di anormalità del volere.

Ciò si verificherebbe nei casi in cui l'agente, per salvare un estraneo dal danno grave alla persona, agisce.

Se, nel c.d. soccorso di necessità di un congiunto, l'idea dell'anormale motivazione può reggere, essa non regge nel caso di soccorso in favore di uno sconosciuto.

Ne deriva che il principio di non esigibilità sarebbe quantomeno insufficiente a spiegare tutti i comportamenti rientranti nel dettato normativo dell'art. 54; e che dovrebbe, pertanto, accogliersi necessariamente il principio del bilanciamento e ritenere oggettiva la struttura della scriminante.

L'obiezione, a prima vista, sembra decisiva.

A ben guardare tuttavia, si deve riconoscere che essa parte già dal presupposto secondo il quale tutti i comportamenti offensivi che abbiano salvato da un danno grave alla persona rientrino nell'ambito dello stato di necessità.

Tale premessa, che indica una aprioristica opzione per la concezione oggettiva dello stato di necessità, non considera che l'art. 54 richiede sempre che, anche in tali casi, il soggetto sia costretto dalla necessità.

Ecco, dunque, che il nodo esegetico resta sempre lo stesso. Occorre interpretare in un certo modo l'inciso per esservi stato costretto dalla necessità per poter valorizzare l'obiezione ed approdare correttamente verso la *ratio* del bilanciamento degli interessi.

Se, invece, l'inciso in questione viene interpretato nel senso opposto, si dovrà riconoscere che il comportamento offensivo che salva altri da un danno grave è giustificato, a norma dell'art. 54, solo se il soggetto si è rappresentato la situazione di pericolo e si è lasciato condizionare da essa.

La qualità di prossimo congiunto del terzo ha un valore relativo.

L'agente, infatti, può essere costretto in determinate circostanze anche nel caso di soccorso prestato, con il sacrificio di un terzo, ad un soggetto che è del tutto a lui estraneo, mentre ciò può non avvenire in concreto, quando il pericolo incombe su un prossimo congiunto, con il quale, ad esempio, non sussista più alcun vincolo affettivo, o addirittura sussistano rapporti di grave inimicizia; e può, forse, avvenire in concreto anche quando il pericolo incombe su se stessi, in casi di particolare assuefazione al pericolo e nei casi in cui l'agente non abbia alcun desiderio di vivere”.

venga salvato il bene qualitativamente o quantitativamente di maggiore rilievo a danno di quello di minore importanza.

Le osservazioni che possono essere mosse al principio del bilanciamento degli interessi ed alla possibilità di porlo a fondamento dello stato di necessità sono molteplici.

È stato sottolineato, in linea generale, che è estremamente difficile determinare la prevalenza di un bene o di un valore su di un altro, specie quando si trovino in rapporto di eterogeneità; che attraverso la misura della pena, complicata nel confronto tra i reati contro il patrimonio e reati contro l'integrità fisica per il grande divario delle sanzioni previste per questi ultimi a seconda che siano commessi a titolo di dolo o di colpa, si può determinare il valore del bene giuridico solo in generale, non nella sua situazione individuale; e che, pertanto, il principio del bilanciamento degli interessi sarebbe sufficiente a spiegare da solo la *ratio* della scriminante e ad orientare l'interprete²¹⁷.

È stato rilevato, poi, che non vi possa essere indifferenza dell'ordinamento giuridico tra la posizione del naufrago che possiede la zattera e la posizione di colui che cerca di sottrarla per salvarsi.

Entrambi cercano di tutelare il bene della propria vita.

L'interferenza nel decorso degli eventi, già orientati in favore di un soggetto, rappresenterebbero un dato di disvalore che altera l'apparente equilibrio della situazione²¹⁸.

In linea di fatto, le due esistenze umane si equivalgono; in linea di diritto, non si può dimenticare che un soggetto è in possesso della zattera e l'altro no; e che il nostro è un sistema giuridico che tutela indiscutibilmente gli stati di fatto, considerandoli meritevoli di protezione sino alla prova della

²¹⁷ Così SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961, 256.

²¹⁸ In tal senso, NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW, vol. 77, 10.

loro illiceità²¹⁹.

Secondo un terzo orientamento, per risolvere il dilemma relativo all'esistenza o meno di un coefficiente psicologico nello stato di necessità, così come nelle altre cause di giustificazione in cui è presente il requisito della "costrizione", è, di conseguenza, per risolvere il problema della operatività della scriminante subordinatamente alla presenza dell'elemento psicologico, ovvero anche indipendentemente dalla conoscenza della situazione necessitante, è necessario ripiegarsi sul dato normativo e verificare esegeticamente se tutti gli elementi in esso enunciati consistano in dati oggettivi, o se tra gli stessi alcuno si sostanzia in un requisito a struttura soggettiva.

Primo tra tutti il dato della costrizione: soltanto attribuendo il dovuto significato all'espressione "essere stati costretti dalla necessità", infatti, si

²¹⁹ Si individuano una serie di indicazioni contrarie alla possibilità di spiegare lo stato di necessità alla luce della *ratio* del bilanciamento degli interessi.

La disciplina positiva dello stato di necessità contrasta apertamente col principio del bilanciamento degli interessi anche nel terzo comma dell'art. 54 c.p., laddove è stabilito che, in caso di costringimento psichico, del fatto necessitato risponde l'autore della minaccia.

Nessuno, infatti, potrebbe mai rispondere di un fatto intrinsecamente lecito, come dovrebbe essere considerato un fatto carente di danno sociale.

Secondo la logica del bilanciamento degli interessi, l'autore della minaccia avrebbe dovuto rispondere di violenza privata, aggravata, ma mai del fatto lecito commesso dal terzo in stato di necessità.

Alla luce del bilanciamento degli interessi, non si potrebbe spiegare la responsabilità a titolo di colpa prevista nei casi disciplinati dall'art. 55 c.p.

L'eccesso è sproporzionale.

Se la base logica dello stato di necessità è la proporzione che porta al bilanciamento e, quindi, all'assenza di danno sociale, parlare di fatto necessitato eccessivo è una *contradictio in adiecto*.

Se, insomma, il fondamento della disciplina di favore dell'eccesso colposo è nella sussistenza del fatto necessitato, evidentemente, il fatto è necessitato per una ragione diversa dal bilanciamento degli interessi.

Altrettanto inspiegabile appare, alla luce della *ratio* in parola, la non punibilità, ex art. 55 c.p., dell'eccesso, quando il fatto commesso è punibile solo a titolo di dolo.

Si pensi al caso di colui che, per salvare sé o un figlio da un danno grave alla persona, accetta di partecipare ad un sequestro di persona a fini di terrorismo, reato indubbiamente più grave di quello minacciato di lesioni personali.

In tal caso, il principio dell'equivalenza degli interessi non è assolutamente in grado di spiegare la prevalenza del bene salvaguardato di minor valore, rispetto a quello sacrificato, di importanza maggiore.

Ancora una volta, il diritto positivo rifiuta la *ratio* oggettiva in esame. Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 42 ss.

risolvono i problemi relativi alla operatività della causa di giustificazione in esame.

Quanto alla nozione di costrizione ed alle dispute dottrinali in merito alla sua natura, si rimanda a quanto trattato sub par. 3.2; ai fini della rappresentazione del filone interpretativo in esame è sufficiente sottolineare quanto segue.

Attraverso l'analisi del significato lessicale e tecnico – giuridico delle parole ed attraverso l'indagine sistematica è stato accertato che l'espressione “costretto dalla necessità” dev'essere intesa in senso soggettivo.

Per la sussistenza della costrizione, è necessario: a) che il soggetto abbia avuto la rappresentazione di pericolo e della necessità di attivarsi per neutralizzarlo; b) che tale rappresentazione abbia, altresì, condizionato la volontà dell'agente, spingendolo a realizzare il comportamento offensivo, che, altrimenti, non avrebbe posto in essere; c) che il soggetto abbia perduto la padronanza di sé, trascinato dall'intensità della carica emotiva.

Si deve, quindi, ritenere che l'inciso “costretto dalla necessità” esprima la situazione di chi, non soltanto ha percepito la situazione come pericolosa, ma sia stato da essa motivato a realizzare il comportamento teso a neutralizzarla.

Non sono sufficienti, quindi, il fatto necessitante e la volontà condizionata.

È necessario che tra i due termini sussista un rapporto di consequenzialità psicologica.

La rappresentazione della situazione deve aver avuto rilievo condizionante nella deliberazione dell'azione, almeno in concorso con altri

motivi, perché possa dirsi che il soggetto sia stato costretto²²⁰.

La causa di giustificazione dello stato di necessità, dunque, opera subordinatamente alla conoscenza della situazione necessitante.

Chiariti i termini di soluzione del problema, resta da precisare che cosa il soggetto debba necessariamente conoscere per essere condizionato psicologicamente ad agire.

Se normalmente il soggetto che agisce costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo di un danno alla persona si rappresenta per intero la situazione e, quindi, si rende perfettamente conto dell'attualità del pericolo, della proporzione, della ingiustizia dell'offesa, della gravità del danno, della inevitabilità del pericolo, è possibile che non si rappresenti, o si rappresenti erroneamente, uno o più degli elementi richiesti.

Può accadere, ad esempio, che il soggetto agisca nell'erronea convinzione che il pericolo non sia ancora attuale o che la sua reazione sia sproporzionata al pericolo, da lui sottovalutato, o che l'aggressione non sia ingiusta.

Degli elementi costitutivi dell'art. 54 c.p., di per sé suscettibili di valutazione oggettiva, devono essere necessariamente conosciuti dall'agente solo quelli necessari, in via strumentale, alla configurazione dell'elemento psicologico della costrizione.

Così, l'agente viene costretto dalla necessità in quanto si rende conto della idoneità di una certa azione a neutralizzare il pericolo incombente sulla

²²⁰ Così, nel caso dello stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, se quest'ultima non è stata percepita o se non ha avuto alcuna incidenza sulla psiche dell'agente, del fatto risponderà certamente l'agente, non l'autore della minaccia.

Analogamente, se la situazione di necessità per avventatezza, per una completa svalutazione della pur reale situazione di pericolo, per una totale assuefazione a quel pericolo non ha in alcun modo condizionato il soggetto, che ha agito in quel modo indipendentemente da essa, non vi è davvero alcun motivo di ritenere che sia stato costretto ad agire dalla situazione e non vi è, di conseguenza, alcuna ragione per applicare la causa di non punibilità.

persona²²¹.

Non è richiesta, invece, la conoscenza dell'ingiustizia dell'offesa, dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo, della proporzione, del tipo di offesa o del tipo di danno alla persona, elementi tutti, la conoscenza dei quali non è incompatibile con il condizionamento psicologico del soggetto a porre in essere il fatto.

Così, secondo tale filone interpretativo, vi sarà costrizione nel caso in cui il soggetto agisca nella convinzione di difendere un diritto diverso da quello effettivamente esposto a pericolo, e nel caso in cui ritenga di difendere una persona amica dal pericolo di un'offesa, ancorché non ne conosca l'ingiustizia ed anche se ritenga tale offesa giustificata.

²²¹ Analogamente, nella legittima difesa, il condizionamento della volontà postula la conoscenza, nel soggetto, del pericolo per un diritto proprio o altrui derivante da una offesa neutralizzabile con l'azione difensiva.

Nell'uso legittimo delle armi, il pubblico ufficiale, il pubblico ufficiale è costretto dalla necessità di fare uso delle armi in quanto si rappresenta e percepisce la violenza, la resistenza o la consumazione di determinati reati.

§ 3.2.2 LA PROBLEMATICA DEGLI ELEMENTI SOGGETTIVI NELLA DIFESA LEGITTIMA.

I problemi interpretativi che si pongono in relazione all'elemento della costrizione nello stato di necessità, si propongono, e si intendono integralmente riportati, in relazione alla causa di giustificazione della legittima difesa.

In questa sede, giova sottolineare come il filone interpretativo²²² che propende sulla operatività soggettiva delle cause di giustificazione caratterizzate dal requisito della costrizione, giungendo a tale convinzione attraverso l'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, adduce, a conferma dell'esigenza di interpretare in chiave soggettiva il termine "costrizione", l'ipotesi della preordinazione nella legittima difesa.

Nella preordinazione è il fine illecito che muove il soggetto ad agire, non la costrizione, che manca.

Al pericolo, cui l'agente volontariamente si espone, è voluto perché rientra nelle modalità di esecuzione, dallo stesso preordinate, per l'attuazione del programma criminoso. La necessità di sottrarsi al pericolo, pur obiettivamente presente, non lo costringe ad agire.

In tali casi, la legittima difesa, come lo stato di necessità, non si applicano, non perché non sussista l'elemento obiettivo della necessità, che, invece, è presente, ma perché non sussiste l'elemento della costrizione per il soggetto agente a commettere il fatto.

Soltanto, però, costruendo l'elemento della costrizione in chiave soggettiva sarà possibile punire il preordinatore che agisce

²²² *Ex multis*, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 69 ss.

indipendentemente da ogni condizionamento psicologico derivante dalla situazione di pericolo.

Il fine aggressivo, infatti, è incompatibile con l'elemento della costrizione.

Naturalmente, nel momento in cui il programma aggressivo iniziale viene travolto da una reazione imprevista e sproporzionata del provocato, il provocatore potrà invocare la scriminante se ed in quanto sia stato costretto ad agire.

La considerazione in chiave meramente oggettiva di tutti gli elementi richiesti dalla legge dagli artt. 52 e 54 c.p. porta, secondo tale filone interpretativo, alla non punibilità del preordinatore.

Inspiegabile rimarrebbe il trattamento, tanto più sfavorevole, riservato dalla legge a colui che agisce in situazioni di eccesso doloso, il quale, se anche ha superato volontariamente i limiti, non ha preordinato il fatto ed ha agito perseguendo lo stesso fine considerato dalla legge come causa di giustificazione.

A tale impostazione è stato obiettato che non sia possibile intendere in senso soggettivo la costrizione, in quanto la difesa legittima può sussistere anche senza coartazione del volere, come nel caso di colui che, di fronte all'aggressione, non perda la padronanza di se stesso e reagisca con piena calma²²³.

In tale affermazione, però, si sottolinea²²⁴, si confonde il condizionamento della volontà con lo stato estremo della perdita di ogni possibilità di volere.

Perché ci sia costringimento psichico, non è assolutamente necessario che si sia presi dal panico e che si sia perduta la padronanza di se stessi²²⁵.

²²³ Così ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit. 250 ss.

²²⁴ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 61 ss.

²²⁵ Il congiunto della persona sequestrata, ad esempio, può benissimo trattare le condizioni del rilascio con freddezza e lucidità, evitando le interferenze della polizia e, nello stesso tempo, cercando di raggiungere il risultato alle condizioni meno vantaggiose possibili.

Egli può non perdere la padronanza di se stesso, ma nessuno dirà mai che non sia stato costretto a trattare prima ed a consegnare la somma del riscatto poi.

È stato, inoltre, osservato che l'idea di una volontà viziata per il timore suscitato da un pericolo, se può anche apparire dotata di qualche forza persuasiva nel caso di un pericolo che minacci l'agente, risulti, invece, patentemente sostenibile, perché in contrasto con la realtà, nell'ipotesi di un pericolo riguardante una persona allo stesso estranea²²⁶.

Anche in tal caso, è stata contestata l'esattezza della premessa logica del ragionamento: non potersi avere coazione morale, condizionamento psichico, nell'ipotesi in cui sia esposta a pericolo una persona estranea²²⁷.

La coazione morale non va identificata esclusivamente con la grave perturbazione d'animo, che ricorda la forza irresistibile.

Si è costretti non soltanto quando si perde il controllo su se stessi, perché è in gioco un bene proprio o di un prossimo congiunto, ma anche quando, senza perdere il controllo, si è spinti e condizionati a fare qualcosa per altre ragioni, sentite come valide: per salvare un estraneo, respingere una violenza, impedire la consumazione di determinati reati.

Alla radice di tale atteggiamento di costrizione, vi è un *quid*, sentito come giusto, che costringe all'azione, che è l'impulso di difesa e di conservazione nella difesa propria e nello stato di necessità "personale"; che costituisce la spinta a rimuovere gli ostacoli che impediscono di adempiere al dovere che il Pubblico Ufficiale si sta accingendo a compiere, nell'uso legittimo della armi; e che, nella difesa di terzi e nel soccorso di necessità, è la solidarietà umana, che non è soltanto un diritto – dovere costituzionalmente sancito, ma è anche un impulso, variabile a seconda del carattere della personalità di ciascuno, ma che esiste in tutti gli esseri

²²⁶ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova 1964, 99.

²²⁷ Per tutti, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 62 ss.

umani²²⁸.

Non vi è, in tali casi, soltanto consapevolezza della situazione; il soggetto è costretto ad agire se ed in quanto questa consapevolezza abbia determinato un condizionamento della volontà e, quindi, una coazione morale, anche se non assoluta.

Si verifica, dunque, un condizionamento psichico indipendente dall'esistenza di una esplicita minaccia, per la rappresentazione di un pericolo inevitabile di un evento che si vuole non si verifichi e per la consapevolezza di poterlo (artt. 52 e 54 c.p.), o di doverlo evitare (art. 53 c.p.).

Benchè il pericolo riguardi una persona estranea, tale condizionamento è evidente.

Naturalmente, la qualità di prossimo congiunto del terzo in favore del quale si agisce, è un dato che normalmente favorisce l'impulso ad intervenire per deviare il corso degli eventi.

In tali casi, il vincolo di solidarietà si esalta in ragione delle relazioni affettive esistenti con la persona in pericolo.

Il limite soggettivo della costrizione, dunque, elimina dall'ambito della non punibilità ogni condotta offensiva che, deliberatamente, abbia voluto realizzare l'evento al di fuori di ogni situazione di costrizione.

²²⁸ Cfr., sul punto, SPAGNOLO, ult. loc. cit. : "Se io incontro per strada un ubriaco, che percuote selvaggiamente un bambino, che pur non conosco, sento imperioso l'impulso di intervenire in sua difesa.

Posso non farlo, perché quell'impulso può essere sopraffatto da altri impulsi o dalla paura o dall'egoismo; ma se il primo prevale ed io intervengo, posso ben dire di essere stato costretto ad intervenire dalla situazione, di essere stato obbligato a far qualcosa di spiacevole, mio malgrado, che non avrei certamente fatto se non fosse sorta la situazione necessitante.

Benchè il pericolo riguardi una persona estranea, il condizionamento psichico è evidente.

Io so che, se non intervengo, in qualche modo l'ubriaco continuerà a colpire selvaggiamente il bambino.

Questa prospettiva, che mi pare ineluttabile, mi addolora, non la voglio; per acquietare questo impulso di solidarietà, io agisco.

Agisco nello stesso tempo volontariamente ed involontariamente.

Voglio, ma questa volontà è coartata dalla necessità. *Coactus, sed volui*".

**§ 3.3 LA PROBLEMATICHE DEGLI ELEMENTI SOGGETTIVI
NEL CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO, NELL'USO LEGITTIMO
DELLE ARMI, NELL'ESERCIZIO DI UN DIRITTO E
NELL'ADEMPIMENTO DI UN DOVERE.**

Insussistenza di contrasti in dottrina si registra in relazione alla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto, la cui operatività oggettiva, a prescindere dalla conoscenza che l'agente abbia di esso, è da ritenersi indiscutibile tenendo conto sia della formulazione dell'art. 50 c.p., che non contiene elementi che possano far pensare ad un diverso tipo di imputazione, sia della *ratio* della scriminante, già sottoposta a limiti ben precisi, rappresentati dalla disponibilità del bene oggetto del consenso.

Ci troviamo, pertanto, nell'ambito dell'operatività della regola posta dal primo comma dell'art. 59 c.p.

In dottrina si registra un'isolata autorevole opinione²²⁹ contraria, secondo cui è esclusivamente la consapevolezza della rinuncia, effettiva o verosimile, del titolare a rendere accettabile l'offesa al bene giuridico, sia pur nei limiti della disponibilità del diritto.

Riconoscendo, così, ai fini della configurabilità della causa di giustificazione in esame la necessità della presenza del requisito soggettivo della conoscenza della rinuncia alla tutela del diritto da parte del suo titolare.

Quanto alla scriminante sancita dall'art. 53 c.p., si rimanda ai paragrafi precedenti per quanto concerne la problematica natura dell'elemento della costrizione.

²²⁹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. 206 ss.

Pare opportuno sottolineare, in questa sede, come il fine di adempiere un dovere d'ufficio sia locuzione che, analogamente al requisito della costrizione, ha sollevato tra gli Autori che si sono occupati della scriminante dell'uso legittimo delle armi non pochi dubbi interpretativi, che la dottrina ha tentato di dissipare dando vita a due tesi contrapposte

La tesi *oggettivistica*, secondo cui il significato di tale elemento sarebbe quello di operare come "limite oggettivo funzionale", volto a circoscrivere l'uso delle armi entro i confini dell'oggettiva realizzazione di interessi pubblici²³⁰.

Ad escludere la punibilità, dunque, sarebbe sufficiente che il fine pubblico fosse soddisfatto oggettivamente.

La constatazione che l'uso delle armi risponda effettivamente alla funzione di adempiere un dovere d'ufficio sarebbe sufficiente a rendere legittimo il comportamento violento del rappresentante della Pubblica Amministrazione.

Interpretare soggettivamente tale inciso significherebbe paralizzare l'efficacia dell'art. 53 c.p., se è vero che il Pubblico Ufficiale è pur sempre un uomo, con le sue virtù ed i suoi difetti e non infrequentemente può trovare soddisfazione personale nel compimento di doveri d'ufficio²³¹.

La tesi *soggettivistica*, secondo cui il fine di adempiere un dovere d'ufficio rappresenterebbe un elemento a carattere psicologico, idoneo a connotare la direzione finalistica della volontà²³².

Se il Legislatore avesse voluto richiedere che l'uso delle armi rispondesse solo oggettivamente alla funzione di adempiere un dovere d'ufficio, si sarebbe espresso in modo diverso.

²³⁰ Così, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 291; MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in Dig. disc. pen., Torino 1999, 134; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I Milano 1995, 528.

²³¹ In tal senso, DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in Arch. pen., 1972, I, 189.

²³² In questi termini, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 20.

Avrebbe usato, ad esempio, l'espressione "nell'adempimento di un dovere del proprio ufficio" e non quella prescelta, che fa esplicito richiamo alla direzione finalistica del comportamento.

Se ne deduce che l'elemento finalistico colora di significato psicologico la scriminante in esame.

Il fine, infatti, è il risultato di un'attività che un individuo si propone di raggiungere ed esige sempre la consapevolezza dell'agente.

Non si richiede nel soggetto una particolare ponderazione, né si esige che l'adempimento del dovere d'ufficio rappresenti il fine unico della condotta posta in essere dal Pubblico Ufficiale.

Si vuole sottolineare come non sia possibile applicare la causa di giustificazione in questione nel caso in cui il rappresentante della Pubblica Amministrazione abbia fatto uso delle armi esclusivamente per uno scopo diverso da quello di adempiere un dovere del proprio ufficio.

Appare opportuno sottolineare, a questo punto, che la distanza tra i due orientamenti tende ad assottigliarsi nel momento in cui i sostenitori della tesi soggettivistica ammettono che l'azione possa essere *co-motivata*, nel senso di un riconoscimento anche di interessi privati (ad esempio, motivi di rancore o di risentimento), purchè non esclusivi o configgenti con quelli di natura pubblicistica.

Tale divaricazione di opinioni dà conferma della non decisività del dato letterale come punto di riferimento per giungere alla soluzione della questione della sussistenza, e conseguente rilevanza, di elementi soggettivi all'interno delle cause di giustificazione²³³.

Ancora più difficoltoso risulta l'accertamento della presenza di elementi di natura psicologica nell'ambito della scriminante dell'esercizio di un diritto.

²³³ In questi termini, BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., 499.

La disposizione di cui all'art. 51 c.p., formalmente unitaria, raggruppa, in realtà, un considerevole numero di situazioni scriminanti, che hanno struttura eterogenea.

L'Ordinamento Giuridico, nel prevedere condizioni e limiti dell'esercizio di un diritto può richiedere soltanto la sussistenza di elementi a struttura oggettiva, prescindendo del tutto dall'*animus* dell'agente.

L'esame delle varie fattispecie autorizzative consente, tuttavia, di rilevare che spesso esse richiedono elementi a contenuto psicologico.

Ciò accade tutte le volte in cui la legge attribuisce la facoltà di tenere un comportamento dannoso o pericoloso solo, se ed in quanto il soggetto, che si trovi in determinate condizioni, agisca perseguendo un determinato fine.

In questi casi, evidentemente, è proprio la finalità tipica che sposta l'ago della bilancia, ribaltando il rapporto tra i due interessi in contrasto a favore di quello dell'agente, che, altrimenti, sarebbe rimasto soccombente.

La dottrina, dunque, è generalmente concorde nel prendere atto della rilevanza del fine dell'esercizio di un diritto.

Le posizioni divergono nella determinazione della estensione di tale rilevanza.

Si individuano, in proposito, tre orientamenti dottrinali.

L'orientamento che attribuisce rilevanza allo scopo dell'azione, distinguendosi tra titolarità (oggettiva) ed esercizio (sempre soggettivo), sicchè, laddove il soggetto si determinasse ad esercitare il diritto per fini diversi da quelli stabiliti dalla legge e per cui ne ha la titolarità, si integrerebbe l'ipotesi dell'abuso, fuoriuscendo, pertanto, dai limiti della scriminante²³⁴.

Il fine di esercitare un diritto soggettivo, in altri termini, rappresenterebbe un elemento costitutivo necessario della causa di giustificazione.

²³⁴ Così, LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli 1970, 83 ss.

Si verserebbe nell'ipotesi dell'abuso, e si porrebbe fuori dell'esercizio di un diritto, il soggetto che, pur nella sussistenza delle condizioni oggettive, si determinasse ad agire per fini diversi da quelli stabiliti dalla legge.

In particolare, partendo dalla teoria degli atti di emulazione, centrata sullo scopo dell'azione, e sottolineando la distinzione tra titolarità ed esercizio del diritto, si è fissato il principio che la corrispondenza tra fine sociale dell'esercizio di un diritto e scopo dell'agente debba essere assunta ad elemento di condizionamento della sciminante in esame.

A tale tesi sono stati mossi tre ordini di obiezioni.

Sotto il profilo terminologico, si sottolinea la contraddittorietà del concetto stesso di abuso.

Non può esservi diritto se c'è abuso e viceversa²³⁵.

Non si rinviene, nel sistema, una norma di carattere generale che contempra l'abuso del diritto, al di là del divieto di compiere atti emulativi, che, concernendo il diritto di proprietà, potrebbe trovare estensione attraverso il procedimento analogico, al più, altre situazioni soggettive reali, ma non certo a diritti di natura obbligatoria o personale²³⁶.

Il divieto di atti emulativi, che sembra indicare la rilevanza, almeno in alcune ipotesi, dello scopo per cui un diritto viene esercitato, in realtà si limita ad una previsione di esso in negativo, e non in positivo, nel senso che enuncia quale scopo non debba essere perseguito, affinché l'esercizio del diritto non si trasformi in abuso.

Ne deriva che il Legislatore non ha inteso la corrispondenza tra fine sociale e scopo dell'agente un requisito costitutivo dell'esercizio del diritto di

²³⁵ In questi termini, MANTOVANI, *Esercizio di un diritto*, in Enc. dir., XV, 1966, 665.

²³⁶ *Ex multis*, ROMANO, *Abuso del diritto*, in Enc. dir. I, 1958, 167 ss., il quale nega che gli atti emulativi, che si fondano sul criterio soggettivo dello scopo, possano ricondursi alla categoria generale dell'abuso, che si fonda, invece, sul criterio oggettivo della funzione, con cui si intende il necessario rapporto di corrispondenza tra potere di autonomia conferito a quel soggetto e atto di esercizio di quel potere.

proprietà, essendo lecito qualsiasi comportamento tenuto dal soggetto, anche afinalistico, purchè non teso a nuocere o recare molestia a terzi²³⁷.

L'orientamento opposto, che nega possa darsi rilievo al fine per cui l'agente esercita un diritto²³⁸.

Lo scopo dell'agente avrebbe rilievo eccezionalmente, nei soli casi nei quali venga previsto e richiesto espressamente dalle norme che attribuiscono il diritto soggettivo, come avverrebbe, appunto per gli atti emulativi, posto che, in linea di massima, dalla disciplina dettata dal primo comma dell'art. 59 c.p., sarebbe possibile dedurre la regola generale dell'irrelevanza dello scopo ai fini dell'applicabilità dell'art. 51 c.p.

L'orientamento intermedio, che ritiene non sia possibile fornire una risposta in termini generali alla questione, per il rinvio che l'art. 51 c.p. opera nei confronti di una molteplicità di norme autoirizzative extrapenali per la determinazione delle singole ipotesi di diritti²³⁹.

Soltanto l'analisi di queste, volta per volta, potrà permettere di stabilire se esigano o meno un coefficiente psichico cui subordinare la giustificazione²⁴⁰.

²³⁷ Così, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 14: "Il divieto di atti emulativi più che rendere in positivo una specifica direzione finalistica per il legittimo esercizio del diritto, si limita a prevedere in negativo lo scopo, in presenza del quale l'esercizio del diritto si trasforma in abuso.

Sicché se normalmente l'azione sarà mossa da una direzione finalistica diversa da quella vietata, si può tuttavia ipotizzare un comportamento tenuto senza la finalità vietata e nel contempo senza uno scopo preciso; e comunque senza che rilevi la individuazione di alcun'altra finalità particolare. Sicché sarebbe legittimo affermare, sia pure con riferimento a casi limite, che in realtà il legislatore non ha richiesto come requisito necessario, nella situazione in esame, la corrispondenza tra fine sociale e scopo dell'agente, essendo lecito il comportamento comunque tenuto, purchè non motivato dallo scopo di nuocere o recare molestia ad altri".

²³⁸ CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, Milano 1965, 138 ss.

²³⁹ Per tutti, cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 115 ss.

²⁴⁰ Cfr., sul punto, BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., 55: "Questa pare l'impostazione più corretta, perché l'eventuale sussistenza di un elemento psicologico viene ad incidere sull'esistenza del diritto stesso e, conseguentemente, della scriminante: l'art. 51 c.p., nell'affermare che l'esercizio del diritto rende lecito il c comportamento che altrimenti costituirebbe reato, fa riferimento all'ambito operativo del diritto (e, quindi anche dei suoi limiti), così come delineato dalle disposizioni che ne attribuiscono la titolarità".

E' possibile, infatti, individuare nel nostro Ordinamento altri casi di comportamenti dannosi considerati illeciti in considerazione dello scopo perseguito dall'agente, benché nell'ambito dell'esercizio di un diritto.

Significativa e, ad esempio, l'ampia fattispecie prevista dall'art. 660 c.p.

Si ritiene giustamente che integri il reato di molestie il pedinamento metodico ed incessante, fatto per petulanza o altro biasimevole motivo, senza che l'autore del fatto possa utilmente invocare a propria scusa l'esercizio del diritto di libertà di locomozione.

Anche in tal caso, come per gli atti emulativi, di fronte alla medesima situazione di fatto, l'elemento finalistico, lo scopo dell'agente conforme o difforme rispetto al fine sociale, distingue il danno ingiusto dal danno giustificato, il fatto illecito dall'esercizio del diritto.

Si fa, inoltre, riferimento allo *jus corrigendi* del genitore esercente la potestà nei riguardi del figlio, o dell'educatore nei confronti dell'allievo lui affidato.

La liceità di tale comportamento è condizionata dall'*animus* con il quale il soggetto agisce.

Solo in presenza di un preciso atteggiamento psicologico la misura correzionale, di per sé lesiva, potrà qualificarsi tale ed essere, quindi, giustificata.

L'educatore che dovesse porre in essere ingiurie, minacce o percosse nei confronti della persona sottoposta alla sua autorità per motivi di personale malanimo, e non per fini educativi, dovrà rispondere penalmente del suo operato, senza poter invocare la pretesa efficacia oggettiva della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Analogo discorso può farsi per quanto riguarda il c.d. diritto di cronaca e di critica.

I resoconti giudiziari pubblicati sulla stampa, o diffusi attraverso la radio o la televisione, le narrazioni di qualsiasi altro avvenimento offensivo dell'onore altrui, che possa essere ritenuto di interesse per il pubblico, ed i

relativi commenti, che il giornalista aggiunge alla narrazione, sono fatti capaci di sconvolgere la vita di un uomo e della sua famiglia, e sono leciti solo se il giornalista ha agito nell'intento di adempiere alla funzione di informazione.

Accanto all'interesse pubblico, deve esistere anche l'*animus*, corrispondente, senza il quale la cronaca o la critica diffamatoria, fatta al solo scopo di sfogare i propri personali rancori, deve essere punita.

Sarà, certo, difficile l'accertamento del reato, in tali casi.

Se, in ipotesi, dovesse risultare che il giornalista è stato motivato esclusivamente da ragioni personali, sarà giusto punirlo, così come colui che strumentalizza la legittima difesa a scopi aggressivi.

Anche nel caso dei c.d. *offendicela*, è necessario che i mezzi di difesa siano predisposti con finalità difensiva, perché la facoltà di predisporre i mezzi diretti alla tutela dei propri diritti risulti esercitata legittimamente.

Intendendo, invece, l'esercizio di un diritto come una scriminante interamente oggettiva, sarebbe difficile andare oltre la responsabilità per eccesso colposo ex art. 55 c.p.

Si osserva, infine, che, se non è possibile ritenere che il fine rappresenti un elemento necessario e costante della causa di giustificazione, non è egualmente possibile stabilire una regola inversa.

In particolare, nulla dispone l'art. 59, c. 1, c.p., che non può in alcun modo alterare la struttura di composizione delle singole cause di non punibilità, tanto meno quella contenuta nell'art. 51 c.p.

La disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 59 c.p., infatti, presuppone le fattispecie scriminanti, le quali sole stabiliscono gli elementi costitutivi per ciascuna causa di non punibilità.

Le relative norme, quindi, precedono logicamente l'art. 59 c.p. e non possono da esso venire in alcun modo influenzate.

Ciò appare particolarmente evidente nel caso della scriminante prevista dall'art. 51 c.p., poiché tale norma presuppone, a sua volta, le varie norme autorizzative extrapenali.

Solo queste ultime possono stabilire in presenza di quali condizioni (oggettive e soggettive) il soggetto è legittimato ad agire ed in presenza di quali altre non lo è.

Analogamente a quanto rappresentato in riferimento all'esercizio di un diritto, anche al problema della presenza o meno di elementi soggettivi nella struttura dell'adempimento di un dovere è possibile dare una risposta in termini generali.

Per le problematiche relative ai contrasti che si registrano in dottrina in ordine alla natura dell'operatività della causa di giustificazione, si rinvia a quanto in precedenza trattato.

In questa sede, pare opportuno evidenziare come i sostenitori del c.d. orientamento intermedio, sostengano che l'accertamento della sussistenza di elementi di natura psicologica debba essere effettuato attraverso l'esame delle singole norme costitutive del dovere.

L'art. 51, infatti, si presenta come una norma in bianco, nel senso che tale disposizione non indica espressamente le condizioni per la sua applicazione, ma si limita a rinviare, si ripete, per la loro individuazione, a disposizioni ad essa estranee, stabilendo il principio per cui non è punibile il fatto commesso, se costituisce adempimento di un dovere imposto al soggetto da un'altra norma dell'ordinamento e se sussistono le condizioni richieste da quest'ultima.

Bisogna, quindi, esaminare di volta in volta queste ultime, al fine di stabilire se esse esigano o meno un coefficiente psichico tra le condizioni alla quali è subordinata la scusa²⁴¹.

Tra le ipotesi comunemente ricondotte nell'alveo della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere imposto da norma giuridica, non è difficile rinvenire fattispecie che richiedono, tra gli elementi costitutivi del dovere, un dato conoscitivo.

²⁴¹ Così, GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., 116; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 84 ss.

Si pensi al dovere di soccorso: esso sorge nei soli casi in cui il soccorritore sia cosciente del pericolo in cui versa una persona.

Ciò comporta, come ovvia conseguenza, la subordinazione dell'operatività della scriminante al requisito soggettivo del dato conoscitivo.

Se l'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica solleva problematiche non dissimili rispetto a quelle relative all'esercizio del diritto, stante la natura di norma in bianco dell'art. 51 c.p. e l'ambiguità ermeneutica del termine imposto, non sembra possa giungersi a conclusioni diverse neppure nell'ipotesi in cui esso trovi la sua fonte in un ordine della pubblica autorità, con cui si intende quella manifestazione di volontà che ha per contenuto l'imposizione di una determinata condotta, in forza di una potestà che autorizza un soggetto a porre il comando ed obbliga un altro soggetto ad eseguirlo sotto minaccia di una sanzione.

È ormai pacifico in dottrina²⁴², che l'ordine dell'autorità non sia fonte normativa del dovere, ma solo la fattispecie concreta cui una norma giuridica riconnette un dovere di esecuzione: la fonte ultima del dovere rimane, pertanto, la norma giuridica, sebbene, in tal caso, l'attuazione della volontà pubblica avvenga mediante l'esercizio di un potere di imperio della Pubblica Amministrazione, in termini generali o particolari.

Si registra, però, un altro filone interpretativo²⁴³, secondo cui, dalla lettura dell'art. 51 c.p., si evince chiaramente che l'ordine dell'Autorità, in tanto può far sorgere il dovere in capo ad un determinato esecutore, in quanto questi abbia avuto conoscenza dell'ordine costitutivo del dovere.

L'ordine, anzi, oltre che essere conosciuto, deve normalmente essere anche sindacato dal subordinato.

Ed, in realtà, in tali casi, il fondamento della non punibilità presuppone certamente un rapporto di soggezione tra soggetti, che può anche

²⁴² Per tutti, cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 515; PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in Dig. disc. pen. IV, 1990, 327.

²⁴³ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 86.

non avere carattere permanente, ma consiste fundamentalmente nel fatto che il soggetto ha agito avendo ricevuto un ordine ed in obbedienza ad esso.

L'obbedienza non può, dunque, prescindere la conoscenza: indipendentemente dalla conoscenza dell'ordine, non sorge alcun dovere in capo al subordinato²⁴⁴.

Maggiori difficoltà interpretative si pongono, infine, in relazione al secondo, terzo e quarto comma dell'art. 51 c.p. ove si contempla l'ipotesi dell'emanazione di un ordine illegittimo.

L'ordine illegittimo, in quanto non esplicitazione dell'ordinamento, non determina la liceità del fatto che ne ha dato esecuzione, che resta obiettivamente anti-giuridico.

E se, in via di principio, il subordinato che non si oppone all'esecuzione è a sua volta responsabile del reato commesso in concorso con il superiore gerarchico, può essere, tuttavia, scusato in due ipotesi tassative.

Nel caso in cui abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo per errore sul fatto²⁴⁵.

Nel caso fosse precluso dalla legge il sindacato sulla legittimità dell'ordine.

Si tratta di situazione in cui il Legislatore non prende in considerazione la natura del fatto commesso, che, essendo reato per il superiore, non può non esserlo oggettivamente anche per l'inferiore, per un principio di unitarietà del fatto realizzato dai concorrenti: bensì la situazione

²⁴⁴ In senso conforme, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. 206: "Per le ipotesi di adempimento di un dovere, se si considera, ad esempio la fattispecie dell'ordine dell'autorità, il dovere scriminante può sorgere unicamente se il subordinato è a conoscenza dell'ordine, in caso contrario, si avrebbe il paradosso della liceità di un fatto offensivo di un bene giuridico, realizzato autonomamente per conseguire finalità esclusivamente personali, contrarie al diritto, in virtù della sola presenza obiettiva dell'ordine di un superiore, di cui, però, l'agente non era a conoscenza e dal quale non era stato, dunque, motivato nella sua condotta.

Inoltre, tutta la problematica connessa alla sindacabilità dell'ordine, presuppone, logicamente, la conoscenza dello stesso ordine".

²⁴⁵ Cfr., sul punto, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 87: "La necessità della conoscenza dell'ordine è indiscutibile altresì nel caso, previsto dal terzo comma dell'art. 51 c.p., di chi esegue un ordine illegittimo, ritenendo, per errore di fatto, di obbedire ad un ordine legittimo.

Non si può, infatti, ritenere di obbedire ad un ordine che non si conosce".

personale in cui quest'ultimo si trova ad agire, essendo, nel primo caso, incorso in errore, che l'ordinamento valuta come scusabile, sulla legittimità dell'ordine, ed essendo, nel secondo, vincolato ad una pronta obbedienza e, di conseguenza, privo di quella normale libertà di autodeterminazione necessaria per esigere un comportamento diverso, conforme al diritto²⁴⁶.

Pertanto, in entrambe le ipotesi, l'esecutore non viene punito non in applicazione di una scriminante, bensì di una causa di esclusione della colpevolezza.

Se non vi è dubbio che l'obbedienza all'ordine ne presupponga la conoscenza, non potrà, tuttavia, parlarsi di elemento soggettivo di una scriminante, in quanto manca la scriminante stessa.

La previsione della non punibilità di chi esegue un ordine illegittimo, quando la legge non consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine, non può assolutamente trovare giustificazione senza il riferimento alla situazione psicologica dell'agente.

In tal caso, l'impunità del fatto non può certo derivare da una sua oggettiva conformità all'ordinamento, posto che di ordine illegittimo si tratta ed un ordine illegittimo non può mai considerarsi attuazione, nel concreto della volontà implicita della legge.

Bisogna riconoscere che il subordinato, che ha eseguito un ordine illegittimo vincolante, non viene punito perché ha agito sapendo di obbedire ad un ordine, non perché esisteva, oggettivamente, un ordine illegittimo.

Sono, dunque, la conoscenza dell'ordine e la necessità di obbedire ad esso che giustificano la non punibilità.

In conclusione, la *ratio* dell'istituto, la necessità di un sindacato sull'ordine da parte del subordinato e la disciplina prevista nell'art. 51,

²⁴⁶ In questi termini, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 294; FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 243; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973, 182; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 517; *contra* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 247; DELITALIA, voce *Adempimento di un dovere*, in Enc. dir. I, 1958, 569; MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, cit., 136 ss., che affianca alle cause di giustificazione assolute, o generali, quelle personali, che non si comunicano a tutti coloro che concorrono alla realizzazione del fatto, trovando applicazione l'art. 119, c. 1, c.p.

commi 3 e 4, c.p., fanno ritenere che l'ordine dell'Autorità debba essere conosciuto dal subordinato, perché il fatto da lui commesso sia lecito.

Non si comprende, d'altronde, perché un reato, frutto di autonoma deliberazione delittuosa, debba divenire lecito per la semplice esistenza di un ordine non pervenuto e, perciò, incapace di costituire una situazione soggettiva di dovere.

Se, comunque, dubbi, in ordine alla soluzione prospettata, possono sussistere con riferimento all'ipotesi di ordine illegittimo, disciplinata dal primo comma dell'art. 51 c.p., la necessità di un dato conoscitivo è incontestabile nelle ipotesi previste dal terzo e quarto comma dello stesso articolo.

§ 3.4 IL PROBLEMA DEL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DEL FATTO COMMESO IN PRESENZA DEI SOLI ELEMENTI OGGETTIVI DI UNA CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE.

Una volta appurato che, per la giustificazione di un fatto tipico, non sono sufficienti i soli elementi oggettivi di una causa di giustificazione, ma occorrono anche quelli soggettivi, occorre affrontare il problema relativo alla sanzione da applicare qualora siano presenti esclusivamente gli elementi oggettivi della scriminante.

Tale problema non ha trovato soluzione univoca in Germania.

La dottrina tedesca si trova divisa tra chi ritiene adeguata, in tali ipotesi, la sanzione prevista per il tentativo²⁴⁷, e chi, invece, ritiene che il migliore trattamento sia quello previsto per qualsiasi fatto di reato portato a consumazione²⁴⁸.

La prima posizione viene comunemente motivata con la considerazione che, nel caso in ipotesi, risulta giustificato il solo disvalore di evento: resta, invece, il disvalore di azione a svolgere un ruolo fondamentale, riconducibile a quello svolto dallo stesso nella fattispecie del tentativo.

La tesi del trattamento sanzionatorio a titolo di reato consumato, invece, trae, il più delle volte, la sua origine da una concezione estremamente soggettivistica dell'illecito, o, comunque, da considerazioni di carattere meramente formale che tradiscono, a monte, il rifiuto della possibilità di una

²⁴⁷ Così JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin 1996, 296; MAURACH – ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wolfenbüttel – Hannover 1948, 350; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, II ed., Berlin 1970, 402; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, III ed. Köln – Berlin – Bonn – München 1981, 151.

²⁴⁸ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin 1969, 92; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen 1951, 18.

graduazione dell'antigiuridicità: il fatto non assistito dall'elemento anche soggettivo della causa di giustificazione non realizza il tipo giustificante; resta, invece, la sua conformità alla fattispecie del reato, che, da sola, non potrà non condurre a quel giudizio di antigiuridicità che sul fatto ricade ogni volta che non è presente alcuna causa di giustificazione.

Tale soluzione non sembra assiologicamente corretta, in quanto, a differenza di quel che si verifica in presenza di un fatto tipico e totalmente scoperto dal punto di vista della scriminante, il disvalore oggettivo, l'obiettiva dannosità sociale dell'evento viene a mancare²⁴⁹.

Autorevole parte di dottrina italiana²⁵⁰ ha ritenuto opportuno distinguere, nella posizione del problema, un giudizio di tipo classificatorio da uno di tipo di tipo ordinario.

Dal primo punto di vista appare evidente che ci trova davanti ad un fatto che è antigiuridico.

Ciò, tuttavia, non toglie che, se lo si prende in considerazione in una prospettiva ordinaria, il grado della sua illiceità, ossia della dannosità sociale, non ha nulla a che vedere con quello dello stesso fatto commesso, in ipotesi, quando non ricorrono neanche gli elementi oggettivi della causa di giustificazione.

Questa concezione gradualistica dell'illecito sembra fornire una solida base argomentativa, per inquadrare adeguatamente, sotto il profilo sistematico, la mancanza degli elementi soggettivi delle scriminanti nella struttura del reato, quale ipotesi minore di illiceità a cui, coerentemente, dovrà corrispondere una sanzione attenuata.

Pertanto, se appare corretta la punizione di un fatto coperto solo dagli elementi oggettivi di una scriminante, perché antigiuridico, la sanzione, tuttavia, dovrà essere inferiore a quella normalmente prevista per il reato consumato.

²⁴⁹ In questi termini, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 210.

²⁵⁰ MOCCIA, ult.loc. cit.

Accolta la possibilità che anche l'antigiuridicità subisca una graduazione, resta da fare i conti con un sistema penale che, al di là delle singole fattispecie di reato di parte speciale, è "fermo" quanto ai tipi di illecito, a quelli della consumazione e del tentativo: a questi bisogna ricondurre tutti i gradi di illiceità riscontrabili da un punto di vista ordinatorio.

Solo in questi termini, appare pienamente condivisibile la soluzione del tentativo.

Va, tuttavia, precisato che la mancanza di un elemento soggettivo scriminante e la mancata verifica dell'evento, sul piano naturalistico danno vita a situazioni profondamente diverse, che, però, appaiono omologabili sotto il profilo assiologico, dal momento che in entrambi i casi viene a mancare il disvalore di evento.

Nell'un caso, perché non si è realizzato affatto, nell'altro, invece, perché esso è risultato obiettivamente giustificato.

In tutte e due le ipotesi, è presente il disvalore di azione, e, cioè, la volontà di offendere il bene giuridico, che dà fondamento, per entrambe, all'intervento punitivo.

Se, invece, la condotta, solo obiettivamente scriminante, dovesse sfociare in un mero tentativo, si configurerebbe una ipotesi ancora minore di illecito, a cui dovrebbe conseguire una sanzione attenuata rispetto a quella prevista per il delitto tentato.

Un utile criterio di riferimento potrebbe essere dato dalla sanzione prevista per il ravvedimento operoso che è il risultato di una diminuzione della pena predeterminata per il delitto tentato.

Va, infine, posta in evidenza la profonda differenza che esiste, da un lato, tra tentativo e fatto tipico assistito dai soli elementi oggettivi di una scriminante; dall'altro, anche in relazione e considerazioni di valore²⁵¹.

²⁵¹ In questi termini, SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1023 ss.

Va, infatti, tenuto presente che il disvalore complessivo del tentativo comprende, oltre al mero disvalore di azione, anche il disvalore proprio della realizzazione di un evento di pericolo.

Lo stesso evento non ricorre, ontologicamente, nell'ipotesi del fatto realizzato nella ignoranza della situazione oggettiva della scriminante, ed anche una sua eventuale rilevanza esclusivamente giuridica subirebbe, comunque, gli effetti derivanti dalla parziale presenza della causa di giustificazione²⁵².

²⁵² Per un'approfondita analisi sull'argomento, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 210 ss; SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1023 ss.

Entrambe gli Autori auspicano l'intervento di una riforma che tenga conto del ruolo che svolgono gli elementi soggettivi nelle cause di giustificazione, la previsione di una disposizione normativa che disciplini chiaramente la mancanza dell'elemento soggettivo delle scriminanti e l'elaborazione di ulteriori criteri sanzionatori.

§ 4. LA SOLUZIONE ADOTTATA NELL'ORDINAMENTO TEDESCO.

A questo punto, appare essenziale procedere alla disamina delle posizioni dottrinarie nell'ambito dell'Ordinamento in cui si è sviluppato il problema della sussistenza di elementi soggettivi nella struttura delle cause di giustificazione.

Secondo la concezione largamente prevalente in Germania, perché un fatto tipico possa essere giustificato, non è sufficiente che sussistano tutti i requisiti oggettivi necessari per l'applicazione della scriminante, ma occorre che il soggetto agente si renda conto di agire in presenza della situazione giustificante²⁵³.

Non è sufficiente, cioè, che l'azione sia obiettivamente coperta da una situazione scriminante se il soggetto agente non la conosce o, comunque, non è da essa motivato alla realizzazione della fattispecie²⁵⁴.

Siffatto orientamento, volto ad attribuire rilevanza agli elementi soggettivi delle scriminanti, è l'espressione e la diretta conseguenza del *Personale Unrechtslehre*, dominante in Germania, che tende a concentrare

²⁵³ *Ex multis*, BOCKELMANN – VOLK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, IV ed. 1987, 92 ss.; STRATENWERH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 149 ss.; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg XVIII ed., 1998, 80 ss.

²⁵⁴ I casi esemplificativi della ricorrenza di elementi soggettivi riguardano, per lo spiù, la legittima difesa.

Ad esempio, nell'ipotesi della moglie arrabbiata che, di notte colpisce uno scassinatore armato che sta aprendo la porta dell'abitazione, nell'erronea convinzione che si tratti del marito, reduce, per l'ennesima volta, dal bar.

Possono presentarsi anche in altre scriminanti, come lo stato di necessità, nell'ipotesi del soggetto che induce i fedeli ad abbandonare la chiesa, durante la celebrazione di una funzione religiosa, perché nella zona sta propagandosi un incendio, riferendo una notizia vera, che, tuttavia, costui ritiene falsa e che provvede a diffondere per il gusto di una bravata. Cfr., sul punto, ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli 1999, 75 ss.

l'attenzione sui momenti soggettivi del fatto di reato e sul disvalore di azione, che non può essere trascurato rispetto a quello di evento e che, pur venendo meno quest'ultimo, continuerebbe a sussistere laddove ricorressero soltanto i requisiti oggettivi della causa di giustificazione²⁵⁵.

Non può, in altri termini, ritenersi conforme al diritto una condotta che, secondo la rappresentazione dell'autore, costituisce realizzazione di un delitto.

Va, tuttavia, osservato come sia possibile individuare tre differenti linee di pensiero all'interno della medesima impostazione.

La prima, sostenuta dalla dottrina prevalente, reputa sufficiente, ai fini della giustificazione, che l'autore agisca, obiettivamente, nei limiti della scriminante e, soggettivamente, nella conoscenza di essa²⁵⁶.

Conoscenza che si risolve nel proposito (*Vorsatz*) di realizzare qualcosa di conforme al diritto, non nell'intenzione (*Absicht*).

È sufficiente, cioè, che il soggetto abbia la consapevolezza di compiere qualcosa di obiettivamente lecito per eliminare il disvalore di azione e, di conseguenza, l'illiceità, senza, tuttavia, assurgere a finalità dell'azione.

Di conseguenza, chi uccide il proprio aggressore, essendo consapevole dell'aggressione in atto, viene giustificato anche se la sua reazione è stata determinata dalla rabbia e non dalla volontà di difendersi.

La seconda, seguita dalla giurisprudenza dominante e da altra parte della dottrina²⁵⁷, si spinge a richiedere che l'agente sia motivato all'azione anche o solo dallo scopo scriminante.

Pertanto, sebbene chi si difende possa essere animato a reagire, di fronte all'aggressione, anche la rabbia o il desiderio di vendetta deve far

²⁵⁵ Per tutti, cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin XI ed., 1969, 83 ss.

²⁵⁶ JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin – New York 1991, 295; STRATENWERH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cit., 150; ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 80 ss.

²⁵⁷ BLEI, *Strafrecht I*, XVIII ed., 1983, 153 ss.; JESCHEK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco ed italiano*, in *Ind. pen.* 1988, 185 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 83 ss.

passare in secondo piano lo scopo primario del comportamento del soggetto, che è quello di opporsi alla violazione della legge.

Al che si è replicato²⁵⁸ con un triplice ordine di argomentazioni.

L'inutilità della distinzione tra volontà difensiva e motivazioni personali, stante l'impossibilità di dimostrare, in concreto, il peso reale dell'una o delle altre all'interno della psiche del soggetto agente.

L'inaccettabilità delle conseguenze da essa derivanti, perché punire colui che ha realizzato intenzionalmente, ma per stimoli diversi da quelli contemplati dal diritto, una condotta con esso compatibile, significherebbe non rinunciare a sanzionare la *nuda cogitatio*, gli atteggiamenti volontari puramente interni (*Gesinnung*), che, viceversa, devono rimanere estranei all'ambito applicativo del diritto penale.

La non necessità ai fini della giustificazione, essendo la coscienza di realizzare qualcosa di conforme al diritto, e, quindi, di produrre un evento giuridicamente non disapprovato, già sufficiente ad eliminare il disvalore di azione.

La terza, prospettata da pochi Autori²⁵⁹ e che si colloca a metà strada tra le due impostazioni menzionate, fa leva sull'assunto in base al quale il soggetto agente deve agire non in vista di un fine scriminante, ma perché è data una situazione giustificante.

Ne deriva che la condotta è scriminata se l'agente, che uccide colui che ha maltrattato un suo congiunto, reagisce all'aggressione in corso, anche se spinto dalla volontà di recar danno all'aggressore.

Non lo è se la reazione avviene in un secondo momento, sebbene la legittima difesa risulti obiettivamente adeguata.

Al che si è obiettato²⁶⁰ che tale impostazione finisce per cancellare l'unica distinzione essenziale ai fini della giustificazione, che è quella di aver agito con o senza la consapevolezza della sussistenza della situazione

²⁵⁸ ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 79.

²⁵⁹ ALWART, *Der Begriff des Motivabundels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier*, in GA, 1983, 433 ss.

²⁶⁰ ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 80.

scriminante, spostando il problema sull'attualità o meno del pericolo e sulla conseguente legittimità di una condotta difensiva non contestuale all'offesa.

In sintesi, quanto al problema della esatta definizione della struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione, la dottrina penalistica tedesca gravita intorno a due posizioni estreme: a chi ritiene sufficiente la semplice conoscenza della concreta situazione giustificante, si oppone chi considera imprescindibile, ai fini della completa giustificazione, che il soggetto agente sia animato dallo stesso fine per il quale la norma autorizza la realizzazione del fatto tipico.

Un'attenta considerazione delle singole posizioni, tuttavia, raramente giustifica una simile generalizzazione, la quale, invece, in molti casi, sembra dettata unicamente dall'esigenza di operare una *summa divisio* tra chi ritiene che per la giustificazione sia rilevante anche l'atteggiamento interiore dell'agente, e chi, invece, nega tale rilevanza.

Il problema della struttura dell'elemento soggettivo delle scriminanti viene, allora, confuso con quello della sua intensità.

Da tale ultimo criterio, ossia dalla posizione assunta sulla rilevanza di momenti di mero atteggiamento interiore del soggetto agente, viene fatta derivare la posizione da assumere in ordine alla struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione²⁶¹.

Immune da tale confusione, appare la posizione di Claus Roxin.

Mentre, da un lato, l'Autore nega esplicitamente ogni rilevanza a considerazioni tipiche di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, per cui non si ritiene necessario che l'autore del fatto tipico abbia agito per "amore dello scopo di giustificazione", dall'altro lato, invece, altrettanto esplicitamente, afferma che, ai fini della giustificazione è sufficiente, in via di principio, che l'autore agisca oggettivamente nei confini del giustificato, e soggettivamente nella conoscenza della situazione giustificante²⁶².

²⁶¹ In questi termini, SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1012.

²⁶² ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, III ed., München 1997, 399.

Conoscenza che si risolve nel proposito (*Vorsatz*) di realizzare qualcosa di conforme al diritto.

Ciò che viene rifiutato è, dunque, la rilevanza dell'intenzione (*Absicht*).

Posta accanto al *Vorsatz* quasi a negare la possibilità di ricondurla a quest'ultimo in un rapporto di specie a genere, l' *Absicht* assume dignità di considerazione separata in tutte quelle ipotesi in cui, come elemento soggettivo del *Tatbestand*, caratterizza il tipo di illecito in modo equivalente a quello del nostro dolo specifico, e nelle ipotesi in cui sta semplicemente a sottolineare l'insufficienza del mero dolo eventuale ai fini della realizzazione della fattispecie concreta.

Il negare ad essa rilevanza nella configurazione dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione trova adeguata motivazione nella considerazione che, se il disvalore di azione presuppone solo il proposito dell'autore, non si vede perché per la sua neutralizzazione debba chiedersi più di un proposito che comprenda le circostanze giustificanti.

La struttura del valore di azione della scriminante viene ricavata, dunque, *a contrario*, dalla struttura del disvalore di azione del fatto tipico, della quale diviene immagine speculare, e non, quindi, da una funzione peculiare riconosciuta, autonomamente, alle cause di giustificazione.

La posizione in tali termini del problema della struttura degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione appare perfettamente consequenziale alla funzione politico – criminale che, in via esclusiva, è assegnata all'antigiuridicità, quale autonoma categoria utile alla sistemazione dommatica delle scriminanti e, quindi, quale sede privilegiata per la soluzione dei conflitti sociali.

Tale ricostruzione può trovare un valido punto di riferimento soltanto nel concetto di azione emerso nel fatto tipico²⁶³.

La trasposizione di questo nella scriminante si traduce nella trasposizione nell'antigiuridicità di una struttura determinata da funzioni

²⁶³ In questi termini, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 209.

politico – criminali, quelle del *Tatbestand*, che non le appartengono, o, meglio, che per l'antigiuridicità si atteggiavano in maniera tutta diversa²⁶⁴.

²⁶⁴ Cfr., sul punto, SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., 1014: "Siamo dell'opinione che il disvalore di azione sia determinato dal fine al quale la volontà è diretta.

Tale volontà, per il diritto penale, è anche mera accettazione dell'evento quale conseguenza (probabile) della propria azione (dolo diretto di secondo grado e dolo eventuale).

Se gli scopi di questa volontà – accettazione si fermano alla mera offesa del bene giuridico, oppure, andando oltre, si identificano con la realizzazione di eventi penalmente indifferenti (ossia penalmente inesistenti, almeno fino a quando non vengono presi in considerazione in relazione alle circostanze del reato), esiste, in entrambe le ipotesi, il disvalore di un'azione retta dalla volontà o dall'accettazione di una lesione fine a se stessa, disvalore che solo secondo categorie economiche o meramente matematiche, ma certamente non penalistiche (pensiamo alla funzione di prevenzione generale e speciale della pena) potrà essere compensato da un qualsiasi altro valore di azione.

Se, invece, andando oltre l'offesa, gli scopi ulteriori della volontà – accettazione si identificano con l'evento a cui fa riferimento la causa di giustificazione, si realizza un valore di azione che, ontologicamente, non permette l'esistenza di una azione diretta alla mera lesione di un bene giuridico.

Giuridicamente annulla quel disvalore di azione che, come realtà esclusivamente giuridica, è emerso dalla considerazione di quella proporzione di fattispecie complessiva (*Gesamttatbestand*) che è il *Tatbestand* in senso stretto, ma che non trova più alcuna ragion d'essere nel momento in cui passa a considerare, appunto il *Gesamttatbestand* in tutta la sua ampiezza".

§ 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Appare opportuno analizzare le conseguenze giuridiche connesse al riconoscimento o meno dell'esistenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione.

Dall'interpretazione del dato letterale delle disposizioni normative sancite dagli artt. 50 – 54 c.p., ed in particolare del concetto di “costrizione”, su cui la dottrina ha maggiormente incentivato la propria attenzione, sono derivate due conclusioni di opposta natura.

Quella *soggettivistica*, che, considerando la costrizione un elemento a struttura soggettiva, richiede che l'agente se lo rappresenti, se vuole beneficiare della scriminante che lo contempla.

Quella *oggettivistica*, che, ritenendolo un elemento a struttura oggettiva, conclude per l'operatività della scriminante anche nella ipotesi della sua ignoranza da parte dell'autore della condotta.

Quest'ultima soluzione, accolta dalla dottrina maggioritaria italiana, non comporta alcuna difficoltà di individuazione delle conseguenze in termini di disciplina, per la presenza, nel sistema, dell'art. 59, c. 1, c.p., che, riferendosi alle cause di giustificazione, ne sancisce l'operatività oggettiva, per il solo fatto di esistere, con i seguenti corollari.

L'applicazione dell'art. 59, c. 4, c.p., nel caso di erronea supposizione dell'esistenza della causa di giustificazione, che sancisce l'equivalenza tra putativo e reale.

L'applicazione dell'art. 119, c. 2, c.p., nel caso di scriminante relativa ad un fatto commesso da più commesso da più soggetti in concorso tra loro, che ne sancisce la comunicabilità a tutti partecipi.

Prospettive diverse si aprono, invece, per coloro che optano per la soluzione soggettivistica, essendo percorribili due distinti itinerari.

Il primo, che riconduce le esimenti caratterizzate dalla presenza di elementi soggettivi alla categoria delle cause di esclusione della colpevolezza, con la conseguente incompatibilità di esse con il principio di cui all'art. 59, c. 1, c.p. e l'inapplicabilità degli artt. 59, c. 4, c.p. e 119, c. 2, c.p. in quanto riservati alle scriminanti²⁶⁵.

Il secondo che, invece, considera la presenza di elementi di natura psicologica come *quid* idoneo a differenziare le scriminanti a struttura oggettiva, da quelle c.d. miste o a struttura soggettiva, le quali, pur non perdendo la loro originaria natura di cause di giustificazione, soggiacciono ad una disciplina parzialmente diversa²⁶⁶.

Si collocano, infatti, in posizione intermedia tra quella di un'integrale incompatibilità con il dettato dell'art. 59, c. 1, c.p., come accadrebbe se fossero qualificate scusanti, e quella di una piena operatività dell'imputazione oggettiva.

Non potrà trovare applicazione il principio della rilevanza obiettiva soltanto con riferimento a quegli elementi a struttura soggettiva, i quali, non

²⁶⁵ Così, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. 400; FROSALI, *L'errore nel diritto penale*, cit., 501 ss.; MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo 1960, 266 ss.; SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948, 119 ss.; DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957, 27.

Tali Autori giungono a tale conclusione non come risultato di un'accezione soggettiva del termine "costrizione", ma quale conseguenza dell'individuazione della *ratio* dello stato di necessità, e non anche della legittima difesa, nell'inesigibilità di un comportamento diverso da quello tenuto dall'agente nel caso concreto.

²⁶⁶ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., 97; FIORELLA, *Responsabilità penale*, in Enc. dir., XXXIX, 1988, 1329.

Tale Autore parla di scriminanti ad "efficacia complessiva", riferendosi a quelle ipotesi che rappresentano un *quid compositum*, in quanto necessitano, per l'esclusione della responsabilità, tanto di elementi oggettivi, che producono una parziale neutralizzazione dell'offensività del fatto in senso stretto, quanto di elementi soggettivi, che producono una parziale neutralizzazione della sua riprovevolezza.

Solo la somma di tali momenti porta all'integrale esclusione del reato.

esistendo “oggettivamente”, ma esclusivamente nella psiche dell’agente, sono in suscettibili di essere ignorati o di essere ritenuti insussistenti²⁶⁷.

Pertanto, laddove l’agente si rappresenti gli elementi soggettivi, già strutturalmente di natura psicologica, la causa di giustificazione potrà essere imputata oggettivamente a prescindere dalla consapevolezza che questi abbia della presenza di quelli a carattere oggettivo o di una corretta valutazione di essi.

Quanto alla disciplina dell’errore, avendo lo stesso ad oggetto dati esterni alla psiche, troverà applicazione l’art. 59, c. 4, c.p. qualora ricorrano due presupposti: che gli elementi oggettivi esistano putativamente, che quelli soggettivi esistano effettivamente.

Quanto, poi, alle locuzioni “circostanze soggettive ed oggettive” ricorrenti nei primi due commi dell’art. 119 c.p., la parte di dottrina che riconosce la sussistenza di scriminanti miste, sostiene che, in linea di massima, viga il principio della correlazione tra struttura e qualificazione.

Di conseguenza, a queste non sarà applicabile l’art. 119, c. 2, c.p., come confermato dal ruolo essenziale che svolgono nella definizione del significato della situazione scriminante, che impedisce che si possa ritenere sufficiente la sussistenza in capo all’esecutore e non anche ai correi.

Analogo discorso vale per le scriminanti oggettive²⁶⁸.

Resta, in ogni caso, aperto il problema di una riformulazione migliorativa delle cause di giustificazione.

Questa esigenza è stata avvertita da alcuni Autori²⁶⁹ in relazione allo stato di necessità, per il quale si è proposto di procedere ad un ricostruzione differenziata, in modo da qualificarlo come scriminante o come scusante, a seconda che l’azione necessitata sia lesiva di un interesse prevalente o equivalente rispetto a quello da essa salvaguardato.

²⁶⁷ Così per il requisito della costrizione di cui agli artt. 52, 53 e 54 c.p., per il fine per cui viene attribuita la titolarità di un determinato diritto, o imposto l’adempimento di un certo dovere, o autorizzato l’uso delle armi di cui agli artt. 51 e 53 c.p.

²⁶⁸ Per un’approfondita analisi sul tema, cfr. BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., 495 ss.

²⁶⁹ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., 259; FIORE, *Diritto penale*, cit., 336.

In questa direzione si è orientato il Progetto di legge – delega per un nuovo Codice Penale, che ha operato una netta distinzione tra stato di necessità giustificante e stato di necessità cogente, alla stessa stregua dell'ordinamento tedesco.

Nel primo caso, si configurerebbe una scriminante, per cui è esclusa l'antigiuridicità della condotta necessitata posta in essere per la salvezza di interessi superiori rispetto a quelli offesi, in quanto la possibile comparazione tra essi conduce alla neutralizzazione del significato criminoso del fatto.

Nel secondo caso, ci si trova di fronte ad una scusante, che non elimina l'offensività del fatto, ma determina un notevole affievolimento del disvalore di condotta per il difetto di riprovevolezza del contegno tenuto dal soggetto agente per la salvaguardia di un interesse personale o equivalente rispetto a quello leso, non potendosi esigere dall'agente un comportamento diverso in quella particolare situazione, salvo invocare eroismi che, però, non appartengono al diritto, ma alla morale²⁷⁰.

La necessità di operare la suddetta distinzione e, quindi, di limitare l'ambito applicativo della scriminante viene ravvisata nell'esigenza di evitare che l'indifferenza dello Stato per la perdita di uno degli interessi contrapposti, che, inevitabilmente deve soccombere a vantaggio dell'altro che sopravvive, si riveli come uno stimolo deplorabile all'utilizzo, in presenza di situazioni critiche, della forza e dell'astuzia, legittimato dall'Ordinamento perché da essa giustificato.

Ciò, soprattutto, laddove sia in gioco il bene personale più rilevante, la vita.

Una cosa è, infatti, che l'Ordinamento sorvoli sulla lesione del bene della vita di un soggetto, a tutela della vita di un altro, non infierendo sul sopravvissuto mediante l'inflizione di una sanzione penale, sulla base della considerazione dell'irripetibilità della situazione e dell'anormalità delle circostanze concomitanti in cui si è formata la volontà del soggetto agente.

²⁷⁰ In questi termini, BETTIOL, *Non esigibilità e collaborazionismo*, in Giur. It., 1946, II, 121.

Altra cosa è astenersi, da parte dell'Ordinamento, dall'intervenire con l'irrogazione di una pena, collocandosi in una posizione di indifferenza per la perdita di una o dell'altra vita ed incentivando, in tal modo, l'egoismo ed un'applicazione senza limiti dell'istinto di conservazione²⁷¹.

²⁷¹ In questi termini, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit.,

BIBLIOGRAFIA

ALWART, *Der Begriff des Motivabundels im Strafrecht—am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals Habgier*, in GA, 1983, 433 ss.;

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano XVI ed.;

AZZALI, *La causa e lo scopo nella teoria dei limiti scriminanti*, in Boll. ist. dir. proc. pen. Università di Pavia, 1960, 58 ss.;

ID, *Eccesso colposo*, Milano 1965;

BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in Dir. pen. proc., Torino 2001, 495 ss.;

BETTIOL, *La regola “in dubio pro reo”*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1937, 247 ss.;

ID, *Non esigibilità e collaborazionismo*, in Giur. It., 1946, II, 121 ss.;

ID, *Diritto penale*, XI ed., Padova 1982

BLEI, *Strafrecht I*, XVIII ed., 1983;

BOCKELMANN – VOLK, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, IV ed.
1987;

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in Nss. dig. it.,
XIX, Torino 1974, 7 ss.;

ID, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in Riv. it.
dir. proc. pen. 1988, 3 ss.;

CARACCIOLI, *L'esercizio di un diritto*, Milano 1965;

CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria
dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*,
Napoli 2000;

CONCAS, voce *Scriminanti*, in Nov. dig. it., XVI, Torino
1969, 793 ss.;

CONTENTO, *La condotta susseguente*, Bari 1965;

DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova
1931;

ID, voce *Adempimento di un dovere*, in Enc. dir. I, Milano
1958, 569;

DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di
coazione fisica*, in Arch. pen., 1972, I, 189;

DELL' ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in Enc. Dir., II, Milano 1950, 542 ss.;

ID, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956

DE MARSICO, *Questioni in tema di legittima difesa putativa e di eccesso di difesa*, in Riv. pen. 1949, 548;

DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1998, 773 ss.;

DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano 1957;

ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung (1935)*, r.a. Darmstadt 1987;

FIANDACA – MUSCO, *Diritto Penale*, parte generale, Bologna IV ed.

FIORE, *Diritto Penale*, Torino, vol. II, II ed.;

IORELLA, voce *Reato*, in Enc. dir. XXXVIII, Milano 1988, 770 ss.;

ID, *Responsabilità penale*, in Enc. dir., XXXIX, Milano 1988, 1329;

- FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma 1933;
- ID, *Sistema penale italiano*, vol. II, Torino 1958;
- ID, *L'errore nella teoria del diritto penale*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, vol. III, Torino 1965;
- GALLO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950;
- ID, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951;
- ID, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano 1953;
- ID, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano 1954, 750 ss.;
- ID, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano 1957;
- GALLO – SEVERINO, voce *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988;
- GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1960;
- ID, voce *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma 1989 ;
- GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano 1970;
- GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano 1960;

ID, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano 1964;

ID, *Legittima difesa (dir. pen.)*, in Enc. dir. XXIV, Milano
1965, 43 ss.;

GÜNTHER, *Strafwürdigkeit und Strafunrechtstauschluss*,
Köln 1983;

HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, XI ed., a cura di Jähnke –
Laufhütte – Oderky;

JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, II ed., Berlin – New
York 1991

JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco ed
italiano*, in Ind. pen. 1988, 185 ss.;

ID, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin
1996;

LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*,
Napoli 1964;

LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli 1970;

MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in Enc. dir., XIV, Milano
1980, 117;

MANTOVANI, Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, in Riv. it. dir. proc. pen. 1997, 313 ss.

ID, *Diritto penale*, parte generale, Padova, V ed.;

MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino 1988;

MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in Dig. disc. pen. II, Torino 1980, 131 ss.;

ID, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico – criminali*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 1228 ss.;

MAURACH – ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wolfenbüttel – Hannover 1948;

MAZZON, *Le cause di giustificazione*, Padova 2006;

MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema teleologicamente orientato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1989, 1006 ss.;

ID, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992;

MEUEMANN, *Intelligenz und Wille*, Leipzig 1908;

MEZZETTI, *Uso legittimo delle armi*, in Dig. disc. pen., Torino 1999, 134;

MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova 1964;

MUSOTTO, *Corso di diritto penale*, parte generale, Palermo 1960;

NIESE, *Finalität, Vorsat und Fahrlässigkeit*, Tübingen 1951;

NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW, vol. 77, 10;

ID, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, Basel 1955;

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo 1960;

OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin 1959;

ONIDA, *Note su un dibattito in tema di "rilevanza" delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in G. C. 1978, 1104 ss.;

PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano 1973;

ID, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità oggettiva*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1983, 532 ss.;

ID, *Diritto penale*, Milano 2002;

PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1985, 630 ss.;

ID, *Principi di diritto penale*, parte generale, VI ed. Milano;

PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952;

PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1963, 337 ss.;

PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976;

ID, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in Dig. disc. pen. IV, Torino 1990, 327;

ID, in *Commentario breve al Codice Penale*, Crespi – Stella – Zuccalà, Padova 2006, 10 ss.;

RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in Ind. pen. 198, 697;

ROMANO, *Abuso del diritto*, in Enc. dir. I, Milano 1958, 167 ss.;

ID, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1990, 59;

ID, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1991, 43 ss.;

ID, *Commentario sistematico del codice penale*, I Milano 2006;

ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, II ed., Berlin 1970;

ID, *Kriminal politik und Strafrechtssystem*, Berlin – New York 1973, trad. in italiano a cura di MOCCIA, Napoli 1986;

ID, *Problemi fondamentali della teoria dell'illecito*, in Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Moccia, Napoli 1996;

ID, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, III ed., München 1997;

ID, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in Politica criminale e sistema di diritto penale. Saggi di teoria del reato, a cura di Moccia, Napoli 1998;

SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli 1961;

SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948;

SCHIAFFO, L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, 1003 ss.;

SCHWEICKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Belino*, Karlsruhe 1957;

SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino 1990, 180;

SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova 1980;

SPENDEL, *Gegen den Verteidigungswillen als Notweherrerfordernis*, in *Festschrift für Bockelmann*, München 1979, 245 ss.;

STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, III ed. Köln – Berlin – Bonn – München 1981;

VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.* VI, Milano 1960, 609;

WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselement für Metodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin 1970;

WARDA, *Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen*, in Festschrift für Maurach, Berlin 1974, 143 ss.;

WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin 1969;

WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg XVIII ed., 1998;

ZICCONE, *Le cause "sopravvenute" di non punibilità*, Padova 1975;