



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXXI ciclo

Tesi di Dottorato

**GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLE
CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE**

Relatore

Prof. Sergio Bonini

Dottorando

Vincenzo Ciliberti

anno accademico 2017/2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: Vincenzo Ciliberti

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione

Relatore Prof. Sergio Bonini

Anno Accademico 2017/2018

Indirizzo specialistico: Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXXI ciclo

Esame finale: 8 marzo 2019

Commissione esaminatrice:

prof. Elio Belfiore, Università degli studi di Foggia

prof. Antonio Vallini, Università degli studi di Pisa

prof.ssa Ilaria Merenda, Università degli studi Roma Tre

ABSTRACT

La tesi intende rispondere alla domanda relativa all'ammissibilità degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione e conseguentemente si propone di individuare la risposta sanzionatoria più adeguata rispetto all'impianto costituzionale del diritto penale per il caso in cui non sussistano in concreto gli elementi soggettivi richiesti dalla causa di giustificazione pure oggettivamente applicabile.

La ricerca si snoda attraverso tre nuclei tematici.

In primo luogo si indaga la compatibilità della regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. con la formulazione delle singole cause di giustificazione al fine di comprendere il significato e di valorizzare il rilievo autonomo di quegli elementi delle stesse che si connotano soggettivamente.

Successivamente si indaga l'origine della teorica dell'imputazione soggettiva delle scriminanti in Germania e la successiva polemica italiana sulla antigiuridicità soggettiva per comprendere se dalla nozione di illecito o di antigiuridicità, così come elaborate dalla dottrina, si possa ricavare una risposta al quesito oggetto della tesi.

Da ultimo si prendono in considerazione i fondamenti politico-criminali che soggiacciono alla soluzione del quesito relativo alle cause di giustificazione. Di essi si valuta il rango all'interno del sistema delle fonti e la corrispondente funzione nell'argomentazione giuridica nonché il loro contenuto particolare, onde valutarne la portata dimostrativa circa la risposta all'interrogativo posto in partenza.

I risultati di queste ricerche permettono di affermare una soluzione de iure condendo che tiene presenti i fondamenti valoriali e le funzioni del diritto penale nel sistema costituzionale.

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE	3

CAPITOLO PRIMO

GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE NEL DIRITTO POSITIVO

1. Premessa	7
2. I profili soggettivi nascosti del consenso dell'avente diritto	10
3. Limiti e abuso di diritti. La conoscibilità degli ordini e dei doveri	19
4. Profili soggettivi dell'adempimento di un dovere	39
5. Profili soggettivi della difesa legittima: costrizione e provocazione	44
5.1. <i>Origini storiche dei profili soggettivi e fondamento della scriminante</i>	44
5.2. <i>Il dibattito sulla costrizione</i>	55
5.3. <i>La provocazione</i>	64
5.4. <i>Evoluzioni recenti della difesa legittima</i>	76
5.5. <i>Note di giurisprudenza</i>	82
5.6. <i>Un bilancio parziale</i>	87
6. Il fine di adempiere un dovere dell'ufficio e la costrizione nell'uso legittimo delle armi: per un'interpretazione costituzionalmente conforme..	89
7. Vecchie eredità e dubbi ricorrenti: la costrizione nello stato di necessità.....	99
8. Il ruolo del primo comma dell'art. 59.....	114
8.1. <i>Vicende legislative e funzioni della disposizione</i>	115
8.2. <i>Interpretazione sistematica della disposizione</i>	125
8.3. <i>Il ruolo del metodo nella soluzione del problema interpretativo</i>	135
9. Conclusioni	141

CAPITOLO SECONDO
**L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELLE CAUSE DI
GIUSTIFICAZIONE E LA STRUTTURA DEL REATO**

SEZIONE I: GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE
NELLA DOMMATICA TEDESCA

1. L'evoluzione storica della teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.....	146
1.1. <i>Il rilievo dei profili soggettivi delle cause di giustificazione alla vigilia della loro scoperta</i>	148
1.2. <i>La scoperta degli elementi soggettivi e la loro prima elaborazione dommatica</i>	150
1.3. <i>L'evoluzione del pensiero dommatico dopo la scoperta degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. In particolare la riflessione di Mezger</i>	159
1.4. <i>La teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione dopo Mezger</i>	162
1.5. <i>Influenze del pensiero welzeliano sullo sviluppo della teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione</i>	170
1.6. <i>Alcuni appunti conclusivi</i>	173
2. Il dibattito attuale nella dottrina tedesca: argomenti pro e contra il rilievo soggettivo delle scriminanti.....	175
2.1. <i>La tesi oggettivista</i>	177
2.1.1. <i>La tesi di Oehler</i>	177
2.1.2. <i>La posizione di Spindel</i>	178
2.1.3. <i>La posizione di Rohrer</i>	182
2.1.4. <i>La tesi di Runte</i>	183
2.1.5. <i>La tesi di Nowakowski</i>	184
2.1.6. <i>Un profilo riassuntivo</i>	185
2.2. <i>La tesi soggettivista</i>	187
2.2.1. <i>L'argomento letterale</i>	187
2.2.2. <i>Argomento ex teoria degli elementi negativi della fattispecie</i>	189

2.2.3. <i>L'argomento ex § 16 StGB</i>	189
2.2.4. <i>Il richiamo al tentativo inidoneo</i>	190
2.2.5. <i>L'argomento a partire dalla ratio della giustificazione</i>	192
2.2.6. <i>Welzel e la teoria finale dell'azione</i>	193
2.2.7. <i>Il concetto personale di illecito dopo Welzel: il modello della compensazione</i>	195
2.2.8. <i>La posizione di Zielinski</i>	203
2.2.9. <i>Gli elementi soggettivi nel pensiero di Schmidhäuser</i>	205
2.2.10. <i>La tesi di Rath</i>	206
2.2.11. <i>Il ruolo dell'interpretazione delle singole cause di giustificazione..</i>	209
2.2.12. <i>Un secondo profilo riassuntivo</i>	210
2.3. <i>Una annotazione conclusiva</i>	212
3. (segue): <i>il contenuto dell'elemento soggettivo</i>	213
3.1. <i>L'elemento conoscitivo nelle cause di giustificazione (Wissen)</i>	215
3.2. <i>L'elemento volitivo (Wollen)</i>	218
3.2.1. <i>La motivazione come perseguimento di uno scopo futuro (Um-zu- Motiv)</i>	219
3.2.2. <i>La motivazione tratta da circostanze contingenti (Weil-Motiv)</i>	223
3.2.3. <i>La motivazione ipotetica (Als-ob-Motiv)</i>	224
3.2.4. <i>Il concorso di motivi (Motivbündel)</i>	225
3.2.5. <i>Il proposito difensivo nelle cause di giustificazione "in due tempi" (unvollkommen-zweiaktigen Rechtfertigungsgründe)</i>	227
3.2.6. <i>L'argomentazione a favore dell'elemento volitivo a partire dalla disciplina delle singole scriminanti</i>	230
3.2.7. <i>La posizione di Rath</i>	232
3.3. <i>Alcune osservazioni</i>	233
4. (segue): <i>conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento soggettivo</i>	235
4.1. <i>Giustificazione completa</i>	235
4.2. <i>Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento conoscitivo</i>	236
4.2.1. <i>Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato non giustificato</i>	236

4.2.2. <i>Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato giustificato</i>	236
4.2.3. <i>Punizione a titolo di delitto consumato</i>	242
4.2.4. <i>Sussistenza di un reato putativo (Wahndelikt)</i>	244
4.3. <i>Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento volitivo</i>	246
4.4. <i>L'assenza di elementi soggettivi delle cause di giustificazione come esclusione dell'illecito: la tesi di Rath</i>	248
4.5. <i>Annotazioni riassuntive</i>	249
5. (segue): <i>gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nei delitti colposi</i>	250

SEZIONE II: L'ANTIGIURIDICITÀ SOGGETTIVA IN ITALIA

6. <i>Il dibattito sull'antigiuridicità soggettiva e sul criterio psicologico di imputazione delle esimenti in Italia. Dalle origini della scienza criminale moderna al secondo dopoguerra</i>	261
6.1. <i>Dal XIX alla prima metà del XX secolo: manualistica e primi lavori di commento al codice del '30</i>	262
6.1.1. <i>Un profilo sintetico</i>	262
6.1.2. <i>Una annotazione a margine</i>	277
6.2. <i>La riflessione sull'antigiuridicità a partire dalla metà del secolo</i>	279
6.2.1. <i>La monografia di Petrocelli sull'antigiuridicità</i>	279
6.2.2. <i>La manualistica degli anni '40</i>	282
6.2.3. <i>Le monografie successive: Moro, Nuvolone, Valletta</i>	286
6.2.4. <i>Gli anni '50 e '60</i>	290
7. (segue) <i>Il dibattito contemporaneo</i>	303
7.1. <i>Gli anni '70 e '80</i>	304
7.2. <i>gli anni '90: aperture sistematiche all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione</i>	311
7.3. (segue) <i>Il contributo della scuola napoletana</i>	318
7.4. <i>Gli anni 2000</i>	324
7.5. <i>La manualistica</i>	331
7.6. <i>Alcune note di sintesi</i>	332

8. La dommatica alla prova degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.....	333
8.1. <i>Caveat in tema di antigiuridicità</i>	333
8.2. <i>Una annotazione circa la partizione fra disvalori nella costruzione dell'illecito penale</i>	337
8.3. <i>Il ruolo dell'istituto del tentativo nella soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione</i>	341
8.1. <i>Il principio di colpevolezza e il concetto di antigiuridicità</i>	344
8.1. <i>Un profilo riassuntivo</i>	346

CAPITOLO PRIMO

FONDAMENTI POLITICO-CRIMINALI E PROSPETTIVE DI LEGISLAZIONE

1. I termini politico-criminali di un fondamento dell'imputazione soggettiva delle scriminanti	353
2. Il concetto di principio.....	356
2.1. <i>La riflessione dei penalisti sul concetto di principio</i>	356
2.2. <i>Note di scetticismo sul concetto di principio</i>	361
2.2.1. <i>La distinzione fra principi e regole</i>	361
2.2.2. <i>Struttura analogica del ragionamento per principi</i>	370
2.2.3. <i>Principi e Costituzione</i>	376
2.3. <i>Le ragioni dello scetticismo</i>	380
3. La valutazione degli argomenti di principio. La soluzione <i>de iure condito</i>	381
3.1. <i>Oggettivismo e soggettivismo dell'ordinamento penale</i>	381
3.2. <i>Materialità e offensività di fronte all'imputazione soggettiva delle scriminanti</i>	389
3.3. <i>L'insufficienza dell'argomento letterale alla luce delle esigenze fondamentali dell'ordinamento penale</i>	399
4. <i>De iure condendo</i>	401
4.1. <i>Indirizzo politico-criminali di rilievo e istanze di risposta penale</i>	401

<i>4.2. Le ragioni del quasi-reato</i>	407
CONCLUSIONI	413
BIBLIOGRAFIA	415

INTRODUZIONE

La domanda relativa al criterio di imputazione delle cause di giustificazione nell'ordinamento italiano sembra a prima vista trovare una agile soluzione: il primo comma dell'art. 59 c.p. è perentorio nello stabilire l'applicazione oggettiva delle circostanze che escludono la pena; la difesa legittima, lo stato di necessità, l'esercizio di un diritto o qualsiasi altra esimente possono cioè essere invocati anche da chi non sa di agire legalmente e persegue obiettivi delittuosi o addirittura da chi intende sfruttare la situazione scriminante per realizzare un intento criminoso.

La soluzione, benché consacrata dal crisma del legislatore, non resiste però ad uno sguardo che indagli sotto la superficie del nudo dato positivo.

Molteplici sono infatti i quesiti a cui la disposizione non è in grado di rispondere adeguatamente: come coordinare la regola dell'imputazione oggettiva con disposizioni che richiedono una partecipazione soggettiva nella forma di un fine da perseguire o di una costrizione all'azione? Come garantire che l'art. 59 c.p. non comporti interpretazioni abroganti di elementi soggettivamente connotati? E, non appena dal piano letterale si passi al ragionamento sistematico, quale collegamento stabilire fra la regola e il concetto di antigiuridicità? Quale relazione vi è fra l'imputazione soggettiva delle scriminanti e il concetto di illecito? Quale valore è poi da attribuire nel ragionamento giuridico e specificamente nell'ermeneutica delle disposizioni di legge ai concetti di antigiuridicità e di illecito? Ancora: che governo fare di istanze tanto imprescindibili quanto indeterminate come la garanzia contro la punizione di mere attitudini psicologiche e la difesa sociale? Che pregnanza argomentativa attribuire loro? Quale l'esito sanzionatorio dell'assenza del profilo soggettivo richiesto dalla singola causa di giustificazione, se deve esserci, che meglio le soddisfa entrambe?

Nel rispondere in tutto o in parte a questi interrogativi le ricostruzioni operate dalla (scarsa) dottrina finora confrontatasi con il tema, che sia favorevole o contraria al rilievo soggettivo delle cause di giustificazione, ripercorrono le orme lasciate dalla riflessione tedesca la quale rappresenta nel panorama europeo l'elaborazione più profonda e ricca sul tema.

Introduzione

L'impostazione del problema nella letteratura italiana in termini di importazione o di rifiuto del modello tedesco di illecito e di imputazione soggettiva delle cause di giustificazione ha causato tuttavia una sclerotizzazione del dibattito nostrano e al contempo una sua riduzione allo scontro, difficilmente componibile proprio perché ricondotto ai massimi sistemi penalistici, fra le opposte opzioni valoriali, spesso non troppo meglio definite, dell'oggettivismo e del soggettivismo; ciascuno dei due termini del binomio è stato così quasi degradato, complice la riproposizione del perenne confronto culturale Italia-Germania, al ruolo di bandiera ideologica e di conseguenza è cessato lo sforzo di una loro comprensione.

Da una parte i soggettivisti, affermata la natura del reato quale illecito di condotta e di lesione, sostengono la necessità di imputare soggettivamente le cause di giustificazione glissando tuttavia agilmente sull'obiezione che sorge spontanea: il divieto di punire mere intenzioni; essi corroborano inoltre la loro tesi generalmente facendo leva sulle note debolezze del bene giuridico e della concezione realistica del reato o addirittura giovandosi paradossalmente proprio di questi ultimi concetti per sostenere che la disciplina più coerente con l'impianto "realista" della teoria dell'illecito sia proprio l'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. Gli oggettivisti dal canto loro rifiutano di subordinare l'applicazione delle cause di giustificazione al ricorrere del profilo soggettivo giacché il dogma del bene giuridico o in alternativa quello della struttura tripartita classica vietano di indagare il profilo soggettivo della condotta scriminata al di fuori dell'indagine della colpevolezza.

In entrambi i casi l'arroccarsi su opzioni sistematiche, come nel caso dei soggettivisti che privilegiano la struttura personale dell'illecito, o valoriali, come nel caso degli oggettivisti che difendono il dogma del bene giuridico, non ha reso un buon servizio allo studio dell'argomento dell'imputazione soggettiva delle scriminanti il quale è divenuto un campo ove ciascuna fazione ha finito per riproporre le proprie convinzioni senza operare uno sforzo di coordinamento fra le diverse istanze sistematiche e valoriali sottese dalla questione. Questo esito è stato agevolato dal fatto che l'analisi della tematica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione ha una vocazione, per così dire, teorica e didattica innegabile dal momento che coinvolge non solo il concetto di antigiuridicità, centrale per la costruzione dell'illecito, ma anche un contenuto valoriale fondamentale per l'intero

Introduzione

sistema penale quale è il principio di materialità. Tutto ciò ha probabilmente allontanato da una comprensione equanime dei termini del problema.

È possibile invece affrontare proficuamente questo studio se si assume un atteggiamento di comprensione per le posizioni opposte che rifugge dalla volontà di vedere confermata a tutti i costi nella disciplina dell'imputazione soggettiva delle scriminanti un assioma teorico di qualsiasi specie.

I mezzi necessari per uno studio siffatto consistono innanzitutto nel tenere sempre presente e valorizzare il dato positivo della legge, in ragione della salvaguardia dei contenuti garantistici del principio di legalità che esso realizza. Occorre inoltre investigare l'origine storica di talune categorie (principalmente l'antigiuridicità e l'illecito) giacché tracciare le genealogie delle idee è l'unico rimedio alla carenza strutturale del linguaggio ad afferrarne la sostanza. Infine è necessario approfondire l'essenza del concetto di principio per poter comprendere il meccanismo teoretico che sottostà al ricorso ai fondamenti politico-criminali e valutarne i limiti di compatibilità con le finalità del diritto penale.

L'attitudine demolitrice di questi tre strumenti (la lettera della legge; l'indagine storica dei concetti; la ricerca del contenuto e del significato del concetto di principio) permette di meglio soppesare la portata di talune argomentazioni spese *pro* e *contra* il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione; gli stessi strumenti hanno inoltre un valore euristico giacché corrispondono al rifiuto di perpetuare nella argomentazione giuridica sul tema del profilo soggettivo delle cause di liceità quelle idee e quegli usi linguistici, talvolta prossimi al luogo comune, che hanno alimentato nello scorso decennio il dibattito italiano.

Il risultato finale è un ridimensionamento di strumenti ermeneutici e una critica di dogmi che però lascia emergere dati sistemici e argomentativi, seppure meno appariscenti di quelli finora utilizzati per la soluzione del quesito, dei quali è possibile fare un uso franco in un ragionamento circa una disciplina futuribile.

Introduzione

CAPITOLO PRIMO

GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE NEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. Premessa 2. I profili soggettivi nascosti del consenso dell'avente diritto 3. Limiti e abuso di diritti. La conoscibilità degli ordini e dei doveri 4. Profili soggettivi dell'adempimento di un dovere 5. Profili soggettivi della difesa legittima: costrizione e provocazione 5.1 Origini storiche dei profili soggettivi e fondamento della scriminante 5.2 Il dibattito sulla costrizione 5.3 La provocazione 5.4 Evoluzioni recenti della difesa legittima 5.5 Note di giurisprudenza 5.6 Un bilancio parziale 6. Il fine di adempiere il dovere dell'ufficio e la costrizione nell'uso legittimo delle armi: per un'interpretazione costituzionalmente conforme 7. Vecchie eredità e dubbi ricorrenti: la costrizione nello stato di necessità 8. Il ruolo del primo comma dell'art. 59 8.1 Vicende legislative e funzioni della disposizione 8.2 Interpretazione sistematica della disposizione 8.3 Il ruolo del metodo nella soluzione del problema interpretativo 9. Conclusioni

1. Premessa

Il capitolo a cui si dà inizio ha per oggetto il versante legislativo del problema. Si intende, cioè, affrontare il tema dei profili soggettivi delle cause di giustificazione a partire dall'analisi delle disposizioni contenute nell'ordinamento italiano.

La domanda a cui si vuole rispondere è se il diritto positivo italiano ammetta margini per l'imputazione soggettiva delle scriminanti; se, cioè, le disposizioni contenute nel codice penale – a queste principalmente si dedica la ricerca – consentano di ritenere che, per invocare una causa di giustificazione, sia necessario avere riguardo al profilo psicologico dell'agente.

La risposta al quesito “di diritto positivo” impone di procedere all'indagine delle singole disposizioni che prevedono cause di giustificazione, nonché del primo comma dell'art. 59 c.p., il quale a prima lettura potrebbe sembrare una risposta soddisfacente al quesito.

Prima di iniziare l'analisi occorre tuttavia premettere alcune note.

In primo luogo bisogna da subito mettere in chiaro che il paradigma dommatico di cui si farà uso in questo lavoro è quello tripartito. Pur tenendo ovviamente in conto anche le opinioni espresse dalla fiorente tradizione italiana che

Capitolo I

ha costruito e costruisce l'illecito scomponendolo in elemento oggettivo ed elemento soggettivo, il metodo analitico che divide il reato nei tre elementi della tipicità, antigiuridicità e colpevolezza sembra ormai difficilmente discutibile. Esso coincide con quello adottato dalla maggioranza della dottrina italiana attuale, e permetterà successivamente di confrontarsi agevolmente con l'ordinamento tedesco, scelto quale metro di comparazione. Ovviamente non si tratta di accettare modelli e soluzioni già proposte, senza esercitare il dovuto vaglio critico: l'adozione del modello tripartito tuttavia consente per il momento di ragionare utilizzando un arsenale linguistico ben affinato e consolidato, che risparmia al lavoro il laborioso compito di ricostruzione del passato dommatico da cui derivano le categorie utilizzate. La questione della costruzione dell'illecito non rimarrà però ignorata nel prosieguo del lavoro; essa sarà invece centrale nel capitolo successivo, dedicato al concetto di antigiuridicità.

In secondo luogo occorre dare ragione dell'ordine espositivo scelto. Si è deciso di non partire, come potrebbe sembrare naturale, dall'analisi dell'art. 59 c.p.; ma di prendere invece le mosse dalle singole cause di giustificazione di parte generale. Si tratta dell'ordine seguito dal primo lavoro monografico italiano sul tema¹. Al di là del precedente, quest'ordine, che segue poi quello del codice, sembra adatto a mettere in luce l'attitudine delle singole disposizioni che prevedono cause di giustificazione a essere lette anche soggettivamente; esso limita peraltro nell'interpretazione delle singole scriminanti qualsiasi precomprensione che di necessità deriverebbe da una precedente lettura della parte del lavoro relativa all'art. 59, co. 1, c.p.

Da ultimo bisogna dare conto di una questione che rimarrà sottesa a tutto il lavoro e che merita attenzione, maggiore di quella che le è stata finora dedicata nei lavori sull'elemento soggettivo delle cause di giustificazione.

Si allude alla dicotomia oggettivo-soggettivo sul cui significato e sulla cui reale pregnanza è doveroso soffermarsi. Oggettivo, secondo quanto insegna un noto vocabolario, è quanto concerne l'oggetto, specialmente in quanto simbolo di una sussistenza autonoma o generalizzata, e quindi estraneo a qualsiasi possibilità di intervento da parte dell'individuo. Al contrario soggettivo è quanto riflette l'ambito

¹ Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

individuale considerato nelle sue reazioni nei confronti della realtà². Le definizioni, apparentemente chiare, sembrano appagare il penalista; non si può tuttavia fare a meno di notare, insieme ad una delle più autorevoli voci della dottrina contemporanea, come sia un dovere dello studioso, specie in riferimento a concetti che riguardano la componente psicologica dell'agire umano, interrogarsi sulla opportunità di usare i detti concetti nell'accezione «paleoscientifica», che ad essi veniva attribuita all'epoca della loro nascita e del loro sviluppo; ovvero se sia più consona cercare per gli stessi un significato più coerente con gli sviluppi della scienza³. Le due tendenze, tuttavia, non si pongono nei termini di una alternativa secca, in quanto è decisivo il ruolo dell'interprete che deve fungere da mediatore fra le esigenze della scienza giuridica e le nuove acquisizioni scientifiche, individuando il significato maggiormente adatto ai fini politico-criminali perseguiti dal diritto penale⁴.

È dunque corretto interrogarsi sulla pregnanza della dicotomia oggettivo-soggettivo. La risposta che sembra più corretta è che la distinzione può essere mantenuta se i due termini del binomio vengono intesi semplicemente come evocativi rispettivamente di ciò che attiene alla realtà, a prescindere dalla volontà, dalla conoscenza, o comunque dalla partecipazione cognitiva dell'agente (l'oggettivo); e di ciò che, al contrario, implica una partecipazione cognitiva dell'agente per potersi dire sussistente, in altre parole: ciò che non può esistere senza il riferimento all'agente, come essere senziente (il soggettivo). In definitiva, posta l'alternativa fra prospettiva separatista e prospettiva dialogica, sembra in questo caso corretto fare riferimento al senso comune, stante anche il valore meramente classificatorio, e non definitorio, del binomio ai fini della ricerca intrapresa.

² DEVOTO-OLI, *Nuovo vocabolario illustrato della lingua italiana. Selezione del reader's digest*, II, Milano, 1987.

³ FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, p. 151 e ss. Il Maestro panormita distingue fra una prospettiva «separatista», secondo la quale la logica del diritto penale è in fin dei conti la logica del senso comune, per cui non vi è necessità di una ricerca di una “verità” scientifica da riversare nel discorso giuridico; e una prospettiva «dialogica», che ricerca, al contrario, di immettere nel sapere giuridico i risultati raggiunti in ambiti extra-giuridici.

⁴ Afferma Fiandaca: «al giudice, e più in generale al giurista (e prima ancora al legislatore), spetta infatti pur sempre il compito di stabilire quale tipo di rilevanza i dati scientifici assumano ai fini delle decisioni (legislative o giudiziarie) da prendere, in ultima istanza, in base agli scopi e ai canoni della coercizione penale»; al contrario della scienza giuridica, infatti, le scienze empiriche non perseguono scopi sociali, e sono anzi neutrali sul piano valoriale (*ivi*, p. 156).

Capitolo I

A partire dunque dal consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.) fino allo stato di necessità (art. 54 c.p.) e poi fino al primo comma dell'art. 59 c.p. le disposizioni concernenti le cause di giustificazione saranno oggetto della prossima indagine.

2. I profili soggettivi nascosti del consenso dell'avente diritto

Qualsiasi discorso sul consenso dell'avente diritto non può prescindere dall'interrogativo circa la qualificazione giuridica di questo istituto. Al pari dello stato di necessità, infatti, il consenso dell'avente diritto è l'esimente che a questo riguardo pone i maggiori dubbi fra quelle ricondotte al *genus* delle cause di giustificazione.

L'ambivalenza del consenso dell'avente è un risultato ormai chiaro in dottrina⁵. Si ritiene che il consenso escluda la tipicità, quando la fattispecie prevede che il fatto sia commesso contro la volontà del soggetto passivo (si pensi agli esempi classici della violazione di domicilio e la violenza sessuale); ovvero che il consenso escluda l'antigiuridicità della condotta quando il fatto tipico non prevede l'elemento della contrarietà alla volontà del soggetto passivo e dunque esso interviene a rendere lecito una condotta di per sé tipica (si pensi per esempio al danneggiamento)⁶.

⁵ Per una ricognizione delle posizioni presenti nella dottrina italiana e tedesca e per l'evoluzione dottrinale della questione si veda TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 165 nonché ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, in particolare il saggio *Sul consenso nel diritto penale*, trad. it. a cura di A. Cavaliere. La distinzione fra consenso incidente sul fatto tipico (*Einverständnis*) e consenso giustificante (*Einwilligung*) si fa risalire all'opera di GERDS, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1954, p. 262 e ss. ed è stata poi accolta in Germania dalla dottrina prevalente. Come sottolineato nel lavoro di Tordini Cagli, tuttavia, anche la dottrina italiana conosceva sin da tempi risalenti la distinzione fra i due tipi di consenso se è vero che in opere addirittura precedenti alla codificazione del '30 chiari Autori (Grispigni, Battaglini, Delogu e lo stesso Rocco) sottolineavano la differenza fra casi in cui nel fatto tipico fosse implicito l'agire contro la volontà del soggetto passivo e casi nei quali invece il consenso incidesse su un fatto già tipico a prescindere dalla sussistenza eventuale di un consenso. Nella dottrina attuale il dato trova accoglimento: cfr. per tutti SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 147 e ss; ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, in *Novis. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 116; GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 72; ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995, p. 13 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 276.

⁶ Isolata e – si può ritenere – relegata ad una dimensione di mero interesse storico è la soluzione che colloca il consenso dell'avente diritto fra le cause che escludono il profilo soggettivo dell'agente: cfr. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, IV ed., Milano, 1934, p. 548. l'Autore nega che si possa trattare di una causa oggettiva di esclusione della pena perché a punire o no è lo Stato, non la volontà del singolo consenziente.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Questa distinzione, collocando il consenso anche nella famiglia delle scriminanti, spinge l'interprete ad ammettere che questa categoria non comprende solo casi in cui l'ordinamento procede a un bilanciamento di interessi, ma annovera fra le *rationes* possibili anche l'indifferenza dell'ordinamento al sacrificio di un bene giuridico (la cosiddetta giustificazione per interesse mancante)⁷. Anche avendo riguardo alle difficoltà simili incontrate in materia di stato di necessità, ormai da tempo la dottrina⁸ avverte l'interprete sulla difficoltà e sulla limitata importanza della ricerca di un fondamento comune per la cause di giustificazione, ammettendo dunque che il principio di giustificazione non è unico.

Recenti riflessioni sul tema hanno chiarito per altro verso i limiti della qualificazione del consenso come causa di giustificazione. Le ragioni della difficoltà di inquadrare il consenso fra le cause di giustificazione risiedono non solo in motivi formali⁹, ma anche e soprattutto nel riconoscimento che l'autodeterminazione del soggetto è il vero fondamento dell'esimente in questione. In altre parole: si ritiene che l'assetto costituzionale e anche sovranazionale ormai sanciscano la rilevanza dell'autodeterminazione, intesa come proiezione della persona, quale uno dei valori di maggior rilievo dell'ordinamento. Sempre nell'ottica dell'esclusione della natura scriminante del consenso, si è anche osservato che questa esimente non corrisponde in alcun modo allo "schema di funzionamento" delle cause di giustificazione, dal momento che i beni coinvolti nell'ipotetico conflitto sono entrambi appartenenti al soggetto consenziente e proprio per questo motivo si ritiene che il bilanciamento operato fra di essi sia indifferente all'ordinamento. Ancora una volta – si osserva – ciò che determina la liceità della condotta dell'agente è il suo fungere da strumento

⁷ L'elaborazione del fondamento dualistico della giustificazione si deve a Mezger che introdusse, accanto al principio dell'interesse prevalente, valido per tutte le altre cause di giustificazione, quello dell'interesse mancante, valido per il consenso: cfr. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 131 e s. Per ulteriori rilievi bibliografici si veda: ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 38 e s.; TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 180 e ss. Parte della dottrina italiana individua il fondamento del valore esimente del consenso proprio nell'assenza di interesse dello Stato alla punizione: per esempio, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di Conti, XVI ed., Milano, 2003, p. 290; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 277; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015, p. 248; FIORE – FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2016, p. 343.

⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 269.

⁹ Non è dato di rilievo trascurabile il fatto che il consenso dell'avente diritto non sia menzionato fra le esimenti per le quali è prevista la disciplina dell'eccesso colposo, benché la manualistica tenda ad estendere anche al consenso l'ammissibilità della punibilità dell'eccesso colposo palesemente *praeter se non contra legem*.

Capitolo I

per la realizzazione della volontà del consenziente, non un bilanciamento tutto interno alla volontà di quest'ultimo¹⁰.

Queste conclusioni, sintetizzate con sacrificio inevitabile della profondità delle argomentazioni addotte, possono essere spinte forse ancora oltre, fino a sostenere che in presenza del consenso dell'avente diritto espresso validamente in riferimento a beni disponibili l'ordinamento arretri rimettendo all'individuo qualsiasi valutazione e caricando il consenziente del peso di tutte le conseguenze giuridiche derivanti dall'agire consentito. In altre parole, in presenza di diritti disponibili l'ordinamento penale incontra un limite invalicabile giacché l'avente diritto esprime la sua volontà, e si riserva di intervenire con lo strumento repressivo solo in caso di consenso non valido. Questa sistemazione della materia spiegherebbe anche la mancata menzione del consenso nell'insieme delle ipotesi a cui si applica la disciplina dell'eccesso: essendo ogni valutazione rimessa al consenziente non vi

¹⁰ L'ordine di queste ragioni è tolto da TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 165 e ss.; p. 273 e ss. Similmente, v. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit., p. 31 e ss., il quale però ritaglia uno spazio per un valore scriminante del consenso. La matrice delle posizioni che negano il rilievo giustificante del consenso può essere ravvisata nel saggio già citato di Roxin nel quale l'autore sostiene la qualifica del consenso come causa di esclusione della tipicità in ogni caso. Sebbene i riferimenti operati siano allo *Strafgesetzbuch* essi, operati gli adattamenti necessari, conservano validità anche nell'ordinamento italiano. Plurime sono le ragioni addotte dall'Autore a sostegno della tesi. In primo luogo egli pone l'accento sulla «concezione liberale del bene giuridico, orientata all'individuo [...] Se i beni giuridici servono al libero sviluppo della personalità del singolo, non può esserci lesione di un bene giuridico quando un'azione si fonda su un atto di disposizione del titolare del bene giuridico, che non ostacola il libero sviluppo della sua personalità, ma, al contrario, ne è espressione». In secondo luogo, Roxin sottolinea come sostenere la natura scriminante del consenso equivalga a ritenere che nelle singole fattispecie il bene che viene protetto non è l'autodeterminazione del singolo, bensì il preteso bene dello stesso; l'ordinamento assumerebbe così un atteggiamento schiettamente paternalistico volto alla tutela non del bene giuridico in riferimento all'autodeterminazione del singolo, bensì al perseguimento di un preteso «vero interesse» del singolo. In terzo luogo l'Autore contesta la possibilità di immaginare un bilanciamento fra beni, dal momento che non è dato individuare dei beni confliggenti, quanto piuttosto solo l'affermazione dell'autodeterminazione del consenziente per mezzo dell'agente. Da ultimo si osserva come sia difficile segnare un vero discrimine fra situazioni in cui operi un consenso escludente la tipicità e casi in cui opera il consenso scriminante. Cfr. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 126-138.

Anche nella monografia di Riz si individua il fondamento della scriminante nel fatto di «attribuire maggiore rilievo alla libertà e al diritto di autodeterminazione», sebbene questo rilievo sia mediato dal concetto di bene giuridico: cfr. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979, p. 5.

Occorre da ultimo segnalare la posizione di Santamaria, il quale riconduce tutte le esimenti al concetto di necessità e ritiene che anche nel caso del consenso il fondamento dell'esimente sia da individuare nel fatto che la lesione giustificata sia necessaria al raggiungimento del fine che il consenziente si pone (cfr. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 147). Rimane tuttavia il dubbio che il concetto di necessità non sia che una riedizione dell'idea di realizzazione dell'individuo attraverso l'azione altrui; secondo l'Autore infatti più che da una vera necessità l'azione è giustificata principalmente in ragione della titolarità del bene leso.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

sarebbe alcun interesse dell'ordinamento alla repressione dell'azione che ecceda i limiti del consenso.

Secondo quanto sottolineato da Tordini Cagli¹¹ sulla base di un filone dottrinale ben sviluppato in Germania e che si va affermando anche in Italia¹², gli ambiti particolarmente sensibili sul profilo etico, quali ad esempio la regolazione del fine vita, sarebbero tuttavia presidiati dalla presenza di scriminanti procedurali, come avviene nel nostro ordinamento già oggi in materia di interruzione volontaria di gravidanza. In questo modo in situazioni in cui le categorie giuridiche sono insufficienti a discernere fra il lecito e l'illecito l'ordinamento si limiterebbe a impedire scelte avventate, preferendo una soluzione formalmente corretta ad una soluzione materialmente giusta.

Così ricostruiti i tratti distintivi del consenso non vi sarebbe spazio per la rilevanza del profilo psicologico dell'agente che realizza la lesione consentita: quand'anche egli ignori la sussistenza del consenso, il disinteresse dell'ordinamento rispetto a quanto realizzato conformemente alla volontà del titolare del bene renderebbe del tutto oziosa qualsiasi ricerca sul suo profilo psicologico. In questa direzione non si avrebbe motivo di ritenere inefficace la ratifica dell'azione in origine non consentita; né si avrebbe ragione di richiedere la sussistenza del consenso al momento dell'azione o la sua conoscibilità.

A ben vedere tuttavia una siffatta caratterizzazione in senso oggettivo della scriminante può essere raggiunta anche classificando la fattispecie prevista dall'art. 50 c.p. fra le cause di giustificazione come avviene in forza di una risalente tradizione dottrinale e giurisprudenziale. È difatti opinione generalmente condivisa che il consenso dell'avente diritto non sollevi questioni in riferimento alla tematica della possibile rilevanza degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione¹³.

¹¹ TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 279 e ss.

¹² Sul punto cfr. ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1269 e ss.

¹³ È significativo che nella prima monografia apparsa sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione si osservi: «Contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina tedesca, orientata a ritenere giustificato il fatto solo quando l'agente abbia avuto conoscenza del consenso, la dottrina italiana è generalmente concorde nel ritenere l'operatività oggettiva della causa di non punibilità prevista dall'art. 50 c.p. Tale orientamento deve essere condiviso» (SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980, p. 87). Si tratta peraltro di un'affermazione già apparsa in uno dei primi studi in argomento di cause di giustificazione, in cui si afferma: «Difficoltà di particolare rilievo non presenta la causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p.», dal momento che

Capitolo I

Questa affermazione è suffragata tanto nella dottrina¹⁴ quanto nella (esigua) giurisprudenza¹⁵ che si è espressa sul punto.

La domanda che corrisponde al quesito proposto suona grosso modo nel seguente tenore: si deve richiedere che il soggetto agente conosca il consenso prestato che rende lecito il suo agire? E la risposta data è – appunto – generalmente negativa.

La base logica di questo assunto è rappresentata talvolta dal richiamo al primo comma dell'art. 59 c.p. talaltra dalla considerazione della *ratio* della fattispecie in questione, individuata nell'autodeterminazione¹⁶ o in alternativa nel bilanciamento degli interessi¹⁷. In forza di questi due argomenti, talvolta combinati, ovvero considerati singolarmente, si afferma che non è necessaria la conoscenza nell'agente della sussistenza del consenso.

In merito al richiamo operato all'art. 59, co. 1, c.p. si potrebbe a prima vista credere dimostrata la vitalità di una disposizione che viene generalmente ridimensionata da chi affronta il tema degli elementi soggettivi delle scriminanti. In realtà il richiamo alla disposizione riveste un ruolo comunque limitato: non si può ritenere che il consenso vada applicato oggettivamente solo perché il primo comma dell'art. 59 c.p. dispone in questo senso giacché le declinazioni applicative delle singole scriminanti possono essere validamente dedotte solo dalla loro struttura e alla

l'operatività della scriminante è oggettiva per effetto della sola legge (cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 115). Cfr. anche MANNA, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: «gli arresti giurisprudenziali»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3609, nt. 51.

¹⁴ Cfr. anche PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 149; GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 80; MARINI, *Consenso dell'avente diritto*, in *Novis. dig. it.*, App. II, Torino, 1980, p. 405 e s.; GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 6.

¹⁵ In argomento è possibile rintracciare solo due risalenti pronunce della Corte di cassazione: Cass., sent. 8 luglio 1954, in *Giust. pen.*, 1955, II, 546; Cass., sent. 23 marzo 1973, in *Giust. pen.*, 1974, II, 116.

¹⁶ Cfr. per esempio ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, p. 92; DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Torino, 2012., p. 529; PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, p. 240; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2016, p. 368.

¹⁷ Cfr., fra gli altri, PLANTAMURA, *Consenso dell'avente diritto*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale. II. Il reato*, Torino, 2013, p. 250; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 2016, p. 524 e s.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 368. Come si può notare e come accennato nel corpo del testo, molto spesso le due *rationes* sopra individuate non costituiscono i termini di una alternativa secca, ma possono anche concorrere nel pensiero di alcuni autori a fondare la scriminante in questione. Un esempio di questo è la pagina di Palazzo menzionata in questa nota e in quella precedente; in essa l'Autore definisce chiaramente il consenso come scriminante di natura «ancipite».

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

luce dei principi sui quali si decide di fondare il sistema penale, come si vedrà in seguito. In altre parole, appare un'inversione metodologica il richiamo della disposizione citata come esplicazione di un carattere ritenuto consustanziale alla scriminante in questione; esso non avrebbe comunque alcun valore euristico di fronte alla constatazione che è la "vera natura" del consenso, cioè la sua corretta fisionomia costituzionale, a non richiedere il rilievo del profilo soggettivo dell'agente¹⁸.

Si ripropongono così le osservazioni già esposte in riferimento all'esclusione dei profili soggettivi in riferimento alla fondazione del consenso dell'avente diritto sulla salvaguardia dell'autodeterminazione dell'agente. Soprattutto il richiamo alla *ratio* dell'esimente possiede una notevole capacità euristica: esso spiega come non ci sia ragione di interrogarsi sulla psiche dell'agente dal momento che l'ordinamento considera la volontà dello stesso l'unico discrimine di liceità. In altre parole, se di fronte ad un diritto disponibile l'ordinamento ha riguardo della sola validità del consenso espresso dal soggetto, si deve dedurre che per la giustificazione basti la sussistenza di questo consenso, senza alcun bisogno che venga in questione anche la consapevolezza nell'agente di agire in modo scriminato. Anche scegliendo quale fondamento dell'esimente il bilanciamento di interessi (nonostante a ciò ostino le criticità sopra sintetizzate) il rilievo dei profili soggettivi rimarrebbe giustamente estraneo a questa logica che ha riguardo solo del dato formale del consenso.

Osservazioni ugualmente consuete in tema di consenso dell'avente diritto sono la necessità della manifestazione del consenso, seppure anche *per facta concludentia* e dunque in modo tacito¹⁹; la sussistenza del consenso al momento

¹⁸ Ad ogni modo il riferimento a questa disposizione appare per esempio nei seguenti lavori: DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 533; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 373; PLANTAMURA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 250.

¹⁹ In riferimento alla questione della manifestazione del consenso è doveroso accennare al dibattito sviluppatosi in seno alla dottrina tedesca e che ha visto fronteggiarsi tre tesi: la cosiddetta "teoria del negozio giuridico", che considerava il consenso quale negozio giuridico di diritto privato e pertanto richiedeva che esso venisse espresso nelle forme che il diritto civile richiede per la validità dei negozi bilaterali; la tesi opposta della "direzionalità della volontà", che riteneva il consenso un fatto del tutto interno al soggetto; e infine la teoria, ormai maggioritaria di là e di qua delle Alpi, cosiddetta "mediatrice", per la quale il consenso necessita di una manifestazione esterna, seppure non nelle forme di un negozio giuridico, essendo dunque sufficiente un consenso manifestato anche per fatti concludenti (per i necessari riferimenti bibliografici e maggiori dettagli, cfr. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 146 e ss.). Nella dottrina italiana questa conclusione è generalmente accolta: cfr. ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 116; GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 81; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 96; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 297; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 430; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova,

Capitolo I

dell'azione consentita²⁰; l'irrilevanza della ratifica²¹. Il requisito della necessaria manifestazione del consenso viene, però, in genere temperato dalla considerazione per cui non è rilevante che l'agente sia a conoscenza del consenso prestato. Questa affermazione è generalmente giustificata od operando un rimando al primo comma dell'art. 59 c.p. o semplicemente richiamando la natura di scriminante del consenso²².

I tre enunciati, corollari, o meglio: declinazioni del consenso, disegnano tuttavia un consenso dell'avente diritto che si discosta dai caratteri eminentemente oggettivi ad esso attribuiti in sede di ricostruzione della *ratio* esimente e della qualificazione giuridica.

Si ritiene, infatti, che il consenso sussista oggettivamente, ma si richiede che esso sia presente all'inizio dell'azione, segno che questa azione, pur corrispondente

2005, p. 388; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 533; CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 527 e s.; FIANDACA -MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 269; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2015, p. 291; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 250. Richiedeva invece una conformazione del consenso più vicina al negozio di diritto civile (nonostante le proteste di autonomia avanzate dall'Autore in questione) una antica opinione per la quale era necessario che il consenso fosse manifestato: cfr. SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, Torino, 1934, p. 105 e 107.

²⁰ A mo' di saggio, cfr. SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 105; ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 119; GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 80; PLANTAMURA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 250; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 297; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 269; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 250; FIORE-FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 346.

²¹ In merito all'inefficacia della ratifica occorre precisare che la dottrina, italiana e tedesca, ha fondato il diniego in questione anche sulla base della considerazione per la quale, al di fuori dell'istituto della remissione della querela, al privato non è dato alcun modo per arrestare il decorrere del procedimento penale che si impronta al carattere dell'obbligatorietà (ufficialità in Germania) (cfr. ALTAVILLA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 119; ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 150). Soprattutto in riferimento alla posizione espressa da Roxin si può però forse obiettare che il principio di autodeterminazione, individuato quale fondamento dell'esimente del consenso, gode dello stesso rango costituzionale attribuito al principio di obbligatorietà, il quale mostra peraltro di essere cedevole e non assoluto, nella misura in cui si ammette nell'ordinamento l'istituto della querela. Ad ogni modo l'affermazione dell'inefficacia della ratifica è diffusa nella nostra dottrina: per esempio cfr., oltre alla voce di Altavilla sopra citata, GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 5; RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., p. 497-500; GALLISAI PILO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 80; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 96; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 346, i quali ammettono che al più la ratifica possa servire a provare un consenso presunto; FIANDACA -MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 269; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 373.

²² Cfr. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 6; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 430; PLANTAMURA, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 250; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 533; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 269; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 528; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 373. Per più ampi riferimenti anche alle posizioni dogmatiche tedesche cfr. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, cit., p. 131-139.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

alla volontà del consenziente, se intrapresa prima del momento autorizzativo, è considerata come illecita.

Coerentemente a questo, inoltre, si afferma l'irrilevanza della ratifica, della quale si predica da parte di alcuni Autori al più un'efficacia indiziante del consenso dell'avente diritto in materia di consenso presunto.

Questi due elementi da ultimo ricordati sembrano improvvisamente dirottare il consenso dell'avente diritto verso in direzione del rilievo dei profili psicologici dell'agente. Se infatti il consenso dell'avente diritto fosse qualificato in senso schiettamente oggettivo non si dovrebbero incontrare ostacoli nell'ammissione della ratifica, la quale non farebbe altro se non accertare *ex post* la corrispondenza di quanto realizzato dall'agente con il volere del consenziente.

Affermazioni simili possono essere infine fatte riguardo al requisito della manifestazione del consenso da parte del consenziente. Non è infatti chiaro per quale fine si chieda la manifestazione del consenso, per quanto ciò possa avvenire anche in modo tacito, come pacificamente ammesso, se non perché l'agente possa essere messo in grado di conoscerlo e di agire conseguentemente. È infatti paradossale che tutti i consociati possano sapere della sussistenza del consenso, meno colui che agisce²³.

Due sono dunque astrattamente i modelli possibili di consenso dell'avente diritto che vengono in questione: da una parte un consenso che rileva in quanto sussistente oggettivamente, perché espressione dell'arretrarsi dell'ordinamento di fronte all'autonomia del singolo, considerata prevalente su qualsiasi altra considerazione di politica del diritto; dall'altra un consenso che produce effetti solo nella misura in cui sia percepito e che rende non bisognevole di repressione penale la

²³ È proficuo riportare l'opinione di due Autori. Il primo di essi, dopo aver abbracciato la teoria della direzione della volontà, si domanda: «Questa seconda opinione [la *Willensrichtungstheorie*, appunto] ci sembra più aderente alla logica dell'istituto: in fin dei conti il bene protetto diventa insuscettibile di aggressione anti-giuridica proprio per effetto dell'atteggiamento di intimo distacco assunto dall'avente diritto. D'altro canto, assodato che il consenso opera anche ad insaputa del destinatario, a che prò esigere che la volontà del consenziente venga palesata a terzi estranei? L'esigenza di una manifestazione non si giustifica in funzione dell'affidamento di chicchessia, e neppure si regge sull'opportunità che l'impegno del consenziente venga tangibilmente suggellato» (cfr. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 149). Similmente Grosso, aderendo alla teoria della irrilevanza della manifestazione del consenso, afferma: «Questa [...] tesi mi sembra più rispondente alla logica dell'istituto che non richiedendo che l'agente sappia che il consenso è stato prestato, dimostra che il legislatore ha inteso dare rilievo al distacco fra il titolare e la *res*, senza che la manifestazione a terzi di tale stato psicologico possa essere considerata essenziale alla *ratio* della scusante» (cfr. GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, cit., p. 5).

Capitolo I

condotta dell'agente, pur lesiva per i beni del consenziente, quale riconoscimento della *recta intentio* dell'agente.

Qualsiasi qualifica giuridica venga attribuita al consenso dell'avente diritto, all'esito della breve analisi condotta si può riconoscere come, nell'interpretazione consueta che di essa si fa, nonostante le affermazioni di principio, l'esimente riveli tratti di ambiguità in riferimento al profilo della sua caratterizzazione in senso oggettivo invece che soggettivo. Si tenga da parte questo risultato: e cioè che emerge, sebbene a costo di un approfondimento ermeneutico e non dalla piana lettura della disposizione, se non una rilevanza del profilo psicologico dell'agente, quantomeno una colorazione anche soggettivistica della fattispecie.

Una siffatta tesi soggettivamente connotata potrebbe essere astrattamente sostenuta. Il consenso valido solo in forza della percezione corretta e della corretta intenzione dell'agente tuttavia allontanerebbe il fulcro della scriminante dalla tutela dell'autodeterminazione che, invece, come è stato notato in dottrina, è la nota caratteristica principale, se non l'unico cardine possibile, dell'istituto alla luce dell'attuale quadro costituzionale²⁴.

Se non si vuole accedere alla tesi per la quale in ogni caso il consenso esclude la tipicità del fatto consentito, l'individuazione della *ratio* corretta della scriminante nella tutela dell'autodeterminazione sposta la connotazione del consenso in maniera incontrovertibile (e condivisibile) verso il versante oggettivo. In altri termini: in presenza di beni indisponibili le ragioni della tutela penale, attuate per mezzo dell'onerosa macchina del processo penale, sono attenuate e rimesse al concetto formale di validità dell'atto dispositivo. Lo Stato indietreggia in questi casi davanti al

²⁴ Cfr. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, cit., p. 49 e ss. Connessa alla riflessione sull'autodeterminazione del singolo è la riflessione sui limiti dell'intervento statale nei riguardi del singolo. I temi complessi dei limiti morali della legge, e nello specifico della legge penale; della punibilità di comportamenti autolesivi; dei limiti del ruolo promozionale del diritto sono oggetto del pensiero di quegli autori che, sulla scia di una vasta letteratura anglosassone risalente al pensiero di Stuart Mill, si interrogano sul paternalismo. Sul punto v. per un ragguaglio dello stato dell'arte e per l'ammissibilità del solo paternalismo cosiddetto "debole": FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 283 e ss.; DONINI, *"Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 e ss.; CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 223 e ss.; SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1209 e ss.; DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 938 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

consenso, rimettendo ai singoli la definizione dei loro interessi confliggenti, demandando ai rapporti interpersonali il criterio risolutivo dei contrasti individuati.

Così configurato il significato giuridico del consenso dell'avente diritto, non si ravvisano motivi per negare che possa avere rilievo la ratifica, significativa per se stessa della sussistenza di quella volontà di fronte alla quale l'interesse punitivo dello Stato cessa; né sussistono motivi per richiedere la manifestazione del consenso. Così non si vedono ragioni in ragione delle quali si dovrebbe negare la liceità della condotta del soggetto che abbia per esempio disposto del patrimonio altrui quando il proprietario privato del bene esprima a mezzo della ratifica un sostanziale disinteresse al bene. La punizione in questo caso interverrebbe in un campo in cui lo Stato ha ritenuto di non intervenire, demandando al singolo la gestione dei suoi interessi e si sostanzierebbe in definitiva nella punizione di una mera intenzione negativa²⁵.

3. Limiti e abuso di diritti. La conoscibilità degli ordini e dei doveri

Secondo lo schema consueto seguito dalle trattazioni e dalla manualistica, anche con riferimento alla scriminante dell'esercizio di un diritto è proficuo partire dall'individuazione della *ratio* dell'esimente. Strettamente collegato al quesito se ne pone in modo ugualmente preliminare uno ulteriore, conseguenza della risposta data al primo, relativo al ruolo stesso giocato dall'art. 51, co. 1, c.p. nel sistema delle cause di giustificazione²⁶.

Si consideri il primo tema. La soluzione quasi universalmente adottata è quella che fonda la non punibilità di quanto commesso nell'esercizio di un diritto sul

²⁵ Sono questi gli stessi motivi che rendono a prima vista poco comprensibile la soluzione data da Roxin al quesito della ratifica. L'Autore sostiene, infatti, che «quando è realmente presente solo un'accettazione interiore, si deve punire l'autore per reato consumato anche nei casi di assenso». Questa soluzione è conseguente al rigetto della tesi della *Willensrichtung*, a favore della teoria mediatrice; peraltro essa è conferente con la soluzione data in ambito tedesco al quesito degli elementi soggettivi del reato. Come in quel caso, e più in generale in caso di tentativo inidoneo, sussistendo il solo disvalore di azione, si ritiene non possibile condannare per reato consumato, e si adotta la soluzione della condanna a titolo di tentativo: cfr. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 148 e s.

²⁶ Al netto di quanto a breve si dirà, e a cui si è già accennato, circa la necessità *tout court* della scriminante dell'art. 51 c.p. all'interno del quadro delle esimenti, la collocazione dell'esercizio del diritto fra le cause di giustificazione non pare oggetto di discussione.

Capitolo I

principio di non contraddizione dell'ordinamento²⁷. Si sostiene infatti che ciò che l'ordinamento consente per un verso, per altro verso non può dallo stesso ordinamento essere vietato. Ad un siffatto richiamo al principio di non contraddizione segue poi, quale corollario del principio appena nominato, il classico brocardo, citato secondo le differenti varianti disponibili, secondo il quale *qui iure suo utitur neminem laedit*²⁸.

Non appare questa le sede per interrogarsi sulla effettiva non contraddittorietà del sistema, si può però ritenere che questa ipotesi, almeno nel settore del diritto penale, possa fungere da valido postulato per affermare la liceità di azioni che, pur tipiche, appaiono riferibili all'esercizio di un diritto²⁹.

²⁷ Cfr. per esempio la manualistica più diffusa: CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 531; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 270; MANNA, *Corso di diritto penale*, p. 304; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015, p. 246; NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2008, p. 331; PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, p.154; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 235; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 98. All'infuori della manualistica, valga, per tutti, citare il decano dei penalisti italiani: GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, p. 304, nonché il più recente lavoro monografico sul tema: SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009, p. 4 e ss.

²⁸ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.283; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 531; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 243; MARUOTTI, *Esercizio di un diritto*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale* diretto da, II, Torino, 2013, cit. p. 273, p. 272; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 433; ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2013, p. 322. Contro questa opinione Marcello Gallo nota che l'indifferenza dell'ordinamento è l'effetto della scriminante, non la sua *ratio* (cfr. GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 306). Bisogna tenere conto poi della posizione di SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 147, il quale, come già avvertito, riconduce le esimenti al concetto di necessità. Nel caso dell'esercizio di un diritto la lesione sarebbe lecita perché strumentale all'esplicazione della facoltà riconosciuta dall'ordinamento. Si può notare tuttavia come la strumentalità della lesione al godimento del diritto in questione sia una conseguenza dell'ordinamento. In altre parole: ove non fosse rinvenibile nell'ordinamento una regola che sancisse questa strumentalità non vi sarebbe alcuna base per affermare la supposta necessità della lesione in questione. Pare dunque che prima della necessità venga la conformazione dell'ordinamento quale fondamento della scriminante in questione.

²⁹ La tesi della non contraddittorietà dell'ordinamento, peraltro, è stata recentemente messa in discussione; come pure è stato messo in discussione il giudizio tratatizio di superfluità della disposizione in questione (cfr. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008). L'Autore ritiene invece che l'art. 51 c.p. abbia un significato di rilievo in quanto rappresenta la regola applicativa discendente dal più generale principio del *favor libertatis*. Un'indagine sulla reale condizione dell'ordinamento, infatti, rende persuasi del fatto che lo stesso non possa dirsi caratterizzato da coesione e non contraddittorietà né d'altra parte sarebbe corretto riferire l'ordinamento giuridico al principio di non contraddizione, giacché esso non sarebbe un atto del pensiero, bensì un insieme di enunciati (*ivi*, p. 59 e ss.). La conseguenza di questa situazione è la condizione di fisiologico contrasto fra norme incriminatrici e norme permissive, in riferimento al quale l'art. 51 c.p. stabilirebbe un chiaro principio di prevalenza della liceità sulla proibizione. La fattispecie in questione non presupporrebbe dunque un conflitto già risolto dalla logica, ma stabilirebbe essa stessa un criterio dirimente. In altre parole la disposizione in questione stabilirebbe «una meta-norma, [...] chiamata a governare i conflitti (reali) fra norme extra-penali permissive e norme incriminatrici» (*ivi*, p. 2).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Alcuni autori ritengono che all'esercizio di un diritto corrisponda anche un bilanciamento di interessi risolto da parte del legislatore con la posizione della norma di liceità. In altre parole, si ritiene che la soluzione del contrasto fra norma di liceità e norma di divieto corrisponda alla scelta operata dall'ordinamento a favore di un bene giuridico e a scapito di un altro³⁰.

A ben vedere questo corollario della necessaria presenza di un conflitto di beni risolto dalla disposizione facoltizzante non discende strettamente dalla natura della scriminante, la quale si atteggia in modo strettamente formale, mercé la centralità rivestita al suo interno dal concetto di diritto. Nel caso dell'esercizio di un diritto dunque non vengono in questione beni giuridici, ma diritti.

Tutto ciò appare evidente se si considerano i seguenti casi: si pensi al consueto bucolico esempio dell'inseguimento di sciami d'api e di animali mansuefatti, in riferimento al quale appare francamente eccessivo richiamare il bene giuridico del patrimonio (dell'inseguitore in riferimento al bestiame e del proprietario del fondo invaso) onde individuare i beni fra i quali il legislatore avrebbe operato il bilanciamento e molto più semplice sembra riconoscere nell'inseguimento permesso al proprietario semplicemente una delle facoltà connesse al suo diritto dominicale, sancite dal legislatore agli articoli 924 e 925 c.c.; si pensi ora, invece, al direttore di banca che, in forza di una clausola contrattuale che glielo consente, proceda a compensazione volontaria, e prelevi dal conto di un cliente somme da questi percepite sullo stesso da terzi; si vedrà come più speditamente si può giustificare la condotta del direttore di banca, pur conforme al tipo legale dell'appropriazione indebita, con il riferimento alla facoltà discendente dal contratto concluso fra le parti e sancita dalla legge all'art. 1252 c.c., che non ipotizzando un bilanciamento fra i beni giuridici che, in questo caso, dovrebbero essere individuati nel patrimonio della banca e in quello del cliente. In entrambi gli esempi si rende evidente come in realtà chi agisce in modo *prima facie* conforme alle fattispecie previste dagli art. 637³¹ e 646 c.p. in realtà sta esercitando una facoltà che

³⁰ Si vedano, per esempio: MARUOTTI, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 273; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 304. Più ampiamente sul tema cfr. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., p. 136 e ss.

³¹ È ben vero che in questa disposizione si fa riferimento all'ingresso senza necessità, e che in un caso come quello prospettato la necessità di ingresso sarebbe costituita dal recupero del bestiame, ma si finga che questo elemento non vi sia, per poter cogliere il senso vero dell'esempio proposto.

Capitolo I

l'ordinamento gli attribuisce, a prescindere da qualsiasi contrasto effettivo fra interessi giuridici.

A questo riguardo, inoltre, si deve constatare che la frequente omogeneità dei beni che dovrebbero essere bilanciati, e l'assenza dei requisiti della necessità e della proporzione rendono difficile ipotizzare che l'essenza dell'esimente consista nel contemperamento della garanzia di beni giuridici fra loro in conflitto³².

Più semplicemente, il fatto tipico giustificato *ex art. 51 c.p.* corrisponde ad una facoltà connessa al diritto riconosciuto dall'ordinamento all'agente. In altre parole: il riferimento alla effettività dell'ordinamento, *sub specie* della sua non contraddittorietà, sembra un fondamento sufficiente a dare conto del funzionamento della scriminante in questione.

La caratterizzazione formale dell'esercizio di un diritto, conseguenza diretta del concetto di diritto che è il perno della scriminante, ha portato alcuni studiosi a negare un vero rilievo alla scriminante³³. Essa, infatti, non sarebbe che la mera (e pletorica) riaffermazione di un canone ermeneutico interno al sistema e, a riprova dell'affermazione, si porta l'esempio di ordinamenti stranieri, come quello tedesco, i quali non prevedono alcuna fattispecie assimilabile al nostrano art. 51 c.p.³⁴.

L'assunto espresso non è da liquidare con troppa facilità in nome della sola tradizione dommatica italiana: esso esprime la differenza di sostanza che vi è fra l'esercizio del diritto (e l'adempimento del dovere) da una parte e le più "appariscenti" ipotesi scriminanti della difesa legittima e dello stato di necessità, dalle quali si mutuano i tratti che vengono poi estesi, non senza forzature del dato letterale e del sistema, anche alle altre ipotesi scriminanti previste dal codice. La differenza – lo si ribadisce – risiede proprio nel fatto che mentre l'esercizio del diritto corrisponde all'implementazione dell'ordinamento e alla sua effettività,

³² Per tutti, SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, cit., p. 34 e ss.

³³ Cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, p. 304; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 374; ROMANO, B., *Diritto penale*, cit., p. 322. *Contra* LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, pp. 3-12; nello specifico l'Autore, affrontando l'esimente da un profilo costituzionale, sottolinea il rilievo dell'art. 51 c.p. come «*valvola di sicurezza* grazie alla quale nell'ordinamento giuridico penale ordinario trovano applicazione i principi di una Costituzione per la massima parte ad esso successiva» (p. 11). La disposizione servirebbe, in altre parole, ad agevolare il coordinamento fra il livello costituzionale e quello ordinario, evitando l'imbarazzo di creare molteplici conflitti di costituzionalità fra singole disposizioni incriminatrici e le disposizioni costituzionali.

³⁴ Cfr. per l'ordinamento tedesco FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 300 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

garantita anche nonostante la minaccia della sanzione, le scriminanti previste dagli articoli 52, 53 e 54 c.p. sono fondate sulla salvaguardia di interessi che è rimessa nel momento del concreto bisogno – si pensi ai requisiti della necessità, dell'attualità, e alla enucleazione dei delitti per i impedire i quali è concesso al pubblico agente l'uso delle armi – alla decisione oculata – e si pensi qui, invece, alla proporzione, alla non volontarietà della causazione del pericolo, alla non evitabilità altrimenti – dell'agente³⁵.

È essenziale, allora, ribadire il carattere peculiare dell'esercizio del diritto e cioè il suo essere riconoscimento di una facoltà dell'agente alla stregua dell'intero ordinamento³⁶.

È giunto ora il momento di ritornare al tema del presente lavoro. Ai fini di chiarire il modo con cui l'elemento soggettivo si attegga nell'esercizio di un diritto, non sembra inopportuno fare tesoro di una partizione già elaborata dalla dottrina italiana che si è occupata dell'argomento³⁷. Si è, infatti, individuata una possibile alternativa ermeneutica: da una parte quegli autori che hanno ritenuto (o ritengono) che in ogni diritto esercitato, ai fini penali, debba essere indagato un *animus* conforme agli scopi che l'ordinamento attribuisce al diritto esercitato³⁸; dall'altra

³⁵ Cfr. LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1973, p. 80 e s.; LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 30 e s.

³⁶ Riprova di ciò è il carattere formale con cui si risolve il problema dell'individuazione della norma prevalente nel contrasto fra quella di liceità e quella di divieto. Si fa infatti riferimento a concetti mutuati dalla teoria generale del reato di carattere formale: gerarchia, specialità, successione temporale. Cfr. a mo' di esempio, FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 344; MARUOTTI, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 272 e s.; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p.154; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 378; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 98.

³⁷ Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., pp. 11-19.

³⁸ LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, cit., p. 78 e ss.; LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 35; in modo più "sfumato", REGINA, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere in Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, p. 4 e ss. Sembra di poter collocare in questa schiera anche l'opinione di Manzini, benché egli non si esprima esplicitamente. L'Autore, infatti, fa riferimento ad una corrispondenza fra la volontà del soggetto agente e i doveri o le facoltà giuridiche che l'ordinamento gli attribuisce con il singolo diritto; aggiunge poi che in nessun caso l'esercizio può mutarsi in abuso. A questo riguardo egli individua come esempio della punibilità dell'abuso l'art. 833 c.c., mentre come veri limiti universali, validi per qualsiasi ipotesi di esercizio del diritto, gli articoli 392 e 393 c.p. e come ipotesi speciali di limiti penale all'esercizio del diritto singole fattispecie quali alcune contravvenzioni di polizia (artt. 659 e 660 c.p.): cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V. ed., II, Torino, 1982, p. 331 e ss. L'idea della corrispondenza, quanto a modalità e fini perseguiti, fra quanto operato dall'agente e quanto l'ordinamento intende tutelare sembra ritornare nella dottrina successiva: cfr. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto in Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1989, p. 325 (posizione dallo stesso Autore ripresa in seguito: ID., *Diritto penale*, cit., p. 236). Sembra opportuno collocare in questa schiera anche SANTORO, *Esercizio di un diritto*, in *Novis. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, p. 825 e ss. il quale collega il concetto di abuso alla disposizione dell'art. 833 c.c., intesa – pare di capire – come mera esemplificazione di un più vasto principio, tanto che

Capitolo I

quegli autori (la maggioranza) che, invece, prediligono un taglio, per così dire, induttivo, in forza del quale vengono in considerazione di volta in volta i singoli diritti esercitati con l'eventuale rilievo di elementi soggettivi³⁹.

La prima posizione ricordata considera l'esercizio del diritto racchiuso fra i due termini della necessità e dell'abuso⁴⁰. In forza di ciò, si finisce per ritenere sempre possibile l'abuso del diritto e di conseguenza si conclude per l'impossibilità di collocare sotto lo scudo dell'art. 51 c.p. qualsiasi fatto astrattamente corrispondente all'esercizio di un diritto. A partire dal divieto degli atti emulativi previsto come limite del diritto di proprietà (art. 833 c.c.), si riconosce come centrale la liceità dello scopo dell'azione perseguita, in tale maniera che «[l]a corrispondenza tra fine sociale dell'esercizio di un diritto [...] e lo scopo dell'agente può essere quindi assunta ad elemento di condizionamento dell'esimente in esame⁴¹».

Il fondamento recondito (tale mantenuto dall'Autore citato) è una concezione dell'azione umana che fa capo al paradigma finalistico welzeliano. Si deve dunque innanzi tutto avvertire che la costruzione dell'azione come perseguimento di fine non è priva di criticità, fatte emergere ormai da tempo risalente da parte della dottrina. Anche ammettendo che si agisca sempre perseguendo un fine, è però il concetto di abuso del diritto che merita di essere approfondito.

In tempi risalenti⁴² di esso si sottolineava l'incapacità di esplicitare effetto fuori dell'ambito ristretto del diritto di proprietà o, al più, dalla materia dei diritti reali, stante il tenore letterale dell'art. 833 c.c. Si riteneva poi significativo il fatto che una disposizione contenente una clausola generale di divieto dell'abuso del diritto fosse stata accantonata sia in sede di redazione del codice civile che in seno all'Assemblea

all'Autore pare opportuno citare una risalente pronuncia della Cassazione la quale ha ritenuto illegittimo l'esercizio del diritto di credito in maniera vessatoria, come nel caso di un'esecuzione forzata in danno di un debitore durante una sventura a questi occorsa.

³⁹ Cfr. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, p. 100 e ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 116; CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, p. 138 e ss.; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 14 e s.

⁴⁰ Esiste una vecchia pronuncia della Corte di cassazione che pare ammettere l'abuso del diritto come clausola generale che preclude la possibilità di invocare in ogni caso l'art. 51 c.p. Essa stabiliva la punibilità di condotte diffamatorie, affermando che «l'abuso doloso [tramuta] l'atto da lecito in illecito, per la falsità della causa» e aggiungendo che «la falsità della causa impone all'atto stesso quella nota di anti giuridicità che assume rilevanza, rispetto al delitto di diffamazione» (Cass., sent. 4 dicembre 1935, in *Giust. pen.*, 1936, II, 1317).

⁴¹ Si veda LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, cit., p. 84

⁴² Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 13 e s. Posizione ribadita più recentemente da BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, p. 351.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Costituente⁴³. D'altra parte la giurisprudenza si mostrava compatta nel ritenere estraneo al concetto di diritto il limite generale dell'abuso.

Molte di queste posizioni oggi possono dirsi, se non superate, sicuramente "addolcite"⁴⁴. E difatti, sebbene priva di una clausola generale esplicita sul punto, la Costituzione pone a taluni diritti limiti espressi, come il ben noto fine della funzione sociale del diritto di proprietà (art. 42 Cost.), o quello dell'utilità sociale, della tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana nel caso dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.); d'altra parte la Carta richiede nell'art. 2 l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale, i quali parrebbero porsi decisamente in contrasto, non che con un uso del tutto strumentale del diritto, anche con il semplice uso egoistico delle posizioni di vantaggio, siano esse variamente qualificate, che l'ordinamento riconosce ai singoli.

In secondo luogo sembra farsi sempre più luogo nella giurisprudenza l'ammissibilità della figura dell'abuso del diritto. La Corte di cassazione, infatti, pare ormai essere giunta, attraverso la valorizzazione di concetti quali la funzione economico-sociale del diritto esercitato, la buona fede contrattuale, o la correttezza nell'esecuzione del contratto, ad ammettere che l'abuso del diritto trovi posto nell'ordinamento italiano⁴⁵.

A una analisi più ponderata tuttavia questa teorica ormai sancita dalla giurisprudenza della Cassazione civile non sembra essersi del tutto purgata dalle ipoteche che su di essa da sempre gravano. Non è questa la sede per una trattazione

⁴³ Si veda LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 34.

⁴⁴ Cfr. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., agg. IX, Torino, 2016, p. 2 e s.

⁴⁵ Per l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sull'abuso del diritto: cfr. *ivi*, p. 3 e s. Può dirsi ormai che il lemma dell'abuso del diritto è entrato nel lessico della Cassazione civile, all'esito di un'evoluzione storica di cui la stessa Corte di cassazione ha dato conto, per esempio, in una sentenza della III sez. del 2009: «si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso». In applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto (cfr. Cass., sez. III, sentenza del 18 settembre 2009, nr. 20106).

Capitolo I

dell'abuso del diritto ma si può accennare, quali punti critici, alla intrinseca ambiguità del concetto di abuso del diritto; al rischio di attribuire al giudice un arbitrio eccessivo nell'interpretazione del contratto e del comportamento delle parti; allo svilimento della volontà formalmente espressa col mezzo del contratto dalla volontà dei paciscenti o in modo generale ed astratto dalla legge⁴⁶, la quale, invece, è un valore funzionale, nel civile, alla garanzia dei valori superiori della certezza del diritto e della cosiddetta sveltezza del traffico giuridico, e nel penale, al temperamento delle opposte esigenze della difesa sociale e della tutela del singolo. Su questo secondo versante infatti, secondo quanto già sottolineato da alcuni studiosi che si sono interrogati sul punto, il concetto di abuso del diritto si pone in contrasto con la tassatività che deve connotare le fattispecie penali per l'ambiguità a cui si è accennato. Si osserva peraltro che in ambito penale il concetto di abuso rileva o quale *ratio* di talune figure di reati (solo per fare esempi di pronta comprensione: l'abuso dei mezzi di correzione in riferimento allo *ius corrigendi*; i delitti cosiddetti di ragion fattasi, limiti di esercizio di qualsiasi preteso diritto; la diffamazione e l'apologia di reato in riferimento all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero; la calunnia quale limite del diritto di difesa; l'arresto illegale per la facoltà di arresto riconosciuta al pubblico ufficiale...), oppure arrivando talvolta a concretizzarsi nel requisito del dolo specifico⁴⁷.

Come è facilmente intuibile, è difficile ipotizzare la tipizzazione di nuove fattispecie penali incriminatrici sul paradigma dell'abuso del diritto, né il divieto di analogia permette di fare del concetto di abuso uno strumento ermeneutico; meno problematico apparirebbe invece far entrare il concetto di abuso dalla finestra della scriminante dell'art. 51 c.p., come tenta di fare questo primo filone dottrinale che si

⁴⁶ Questa della volontà della legge è, ovviamente, una metafora. Non esiste infatti alcun monumentale idolo che, similmente alla Natura di memoria leopardiana, sieda in qualche parte del territorio nazionale e dica un diritto nato nella sua volontà imperscrutabile. La metafora tuttavia è efficace e, per la sua icasticità, economica, tanto più che, per il momento, l'esposizione si aggira ancora nei terreni del diritto civile e non ha ancora varcato il confine del diritto penale.

⁴⁷ Cfr. SANTORIELLO, *Abuso del diritto (profili penali)*, cit., pp. 4 e ss. L'unico ambito in cui il concetto di abuso del diritto pare aver fatto breccia nella giurisprudenza di legittimità in ambito penale è quello della materia tributaria, ma la specialità del settore che soggiace ad evidenti e peculiari esigenze non permette di poter ritenere decisive queste "aperture". La voce appena citata si incentra proprio sui profili di ammissibilità del concetto di abuso del diritto nella materia tributaria ed è volta a sostenere la potenziale rilevanza penale di condotte elusive degli obblighi tributari. L'Autore sostiene che la rilevanza di queste condotte, però, deve accompagnarsi a contrassegni di fraudolenza ridondanti sul profilo della condotta. Nel lavoro non si fa menzione dei rapporti del concetto di abuso del diritto con l'art. 51 c.p.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

sta analizzando. Le scriminanti, infatti, secondo una posizione maggioritaria⁴⁸ non soggiacerebbero ai rigidi canoni strutturali ed ermeneutici delle fattispecie incriminatrici, dal momento che la loro origine è in tutto l'ordinamento. Una tale posizione è sostenuta e rimane sostenibile senza eccessive complicazioni quando i suoi effetti siano *in bonam partem*, cioè avendo riguardo alla possibilità di allargare l'ambito di liceità, come avviene nella maggior parte dei casi; l'introduzione di un divieto di abuso del diritto in materia penale in riferimento all'esercizio di un diritto, invece, comporterebbe un ampliamento dell'ambito del penalmente rilevante oltre il tenore letterale della disposizione incriminatrice di volta in volta ricorrente nel caso concreto, con un sostanziale *vulnus* al principio di legalità⁴⁹.

Incaminarsi sul sentiero sdruciolevole del concetto di abuso del diritto, dunque, appare significativamente gravoso, per la quantità delle questioni sollevate e non tutte univocamente risolvibili alla stregua dell'ordinamento vigente. Di questi maggiori oneri lo studioso non dovrebbe curarsi e, al contrario, dove maggiore è l'angustia del percorso, sarebbe suo dovere intellettuale più cogente farsi carico del peso delle questioni che vengono in risalto. Un ostacolo sulla via dell'abuso del diritto pare tuttavia difficilmente superabile: la vaghezza del concetto e il suo contrasto con la nozione formale di diritto che, almeno in ambito penale, deve essere accolta in ragione della *ratio* che si è individuata quale fondamento dell'art. 51 c.p.

In altre parole, se diritto è ciò che l'ordinamento nelle sue diverse articolazioni consente di fare al singolo, non pare che ci siano altre evidenze che di esso chiariscano l'identità al di fuori delle forme giuridiche (la legge, il contratto, l'uso...), attraverso le quali – sembrerà un paradosso, ma la sapienza delle generazioni passate conforta l'assunto⁵⁰ – la sostanza giuridica della realtà si rende

⁴⁸ Cfr., per esempio, due manuali fra i più diffusi: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 200; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, p. 67 e s. Sulla questione, che ha conosciuto anche autorevoli posizioni contrarie, v. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 7 e ss.

⁴⁹ La vastità della produzione scientifica su questo tema, a seguito di note vicende giurisprudenziali da qualche anno in cima alle preferenze della comunità penalistica italiana, consente di celare la vistosa lacuna bibliografica di questa nota dietro la citazione del solo IV capitolo, significativamente intitolato *Tra legge e giudice*, dell'ultimo libro di Fiandaca. In questo capitolo infatti lo studioso sintetizza le origini storiche del principio di legalità; le vicende recenti sul punto; le criticità di vecchi e nuovi paradigmi con i quali si cerca di leggere il tema; le possibili soluzioni *pro futuro* (cfr. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 114 e ss).

⁵⁰ Cfr. SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, p. 70 e ss., nello specifico p. 72: «[...] altro non essendo il diritto che forma. Esso anzi è l'unica forma di conoscenza che noi abbiamo, perché è l'esperienza stessa che si fissa nelle forme giuridiche, e

Capitolo I

conoscibile all'interprete. E contro questo vero bisogno di forma, tanto più avvertito quando si tratta di delitti e pene, si pone un concetto dirompente, e tanto più efficace quanto più si connota in senso sostanziale e non formale, come quello di abuso che però nella materia penale rischia di usurpare il ruolo della legge nel difficile temperamento fra le opposte esigenze della difesa della società e della libertà del singolo e di deviare in modo indebito il colpo di quella spada a doppio taglio che la legge penale impugna da von Liszt in poi.

Oltre a ciò il concetto di abuso sembra inappropriato a descrivere il fenomeno del temperamento dei diritti esercitati poiché esso si basa sul concetto di non corrispondenza fra voluto dall'agente e gli scopi che si suppone la legge persegua (o voglia far perseguire all'agente)⁵¹. In diritto penale una simile operazione, che porterebbe a punire una condotta conforme ad un diritto, sebbene esercitato per motivi vietati o nutrendo la recondita speranza di illeciti vantaggi, è vietata dal principio di materialità in forza del quale non si possono punire che le azioni⁵².

conoscere la forma significa conoscere l'esperienza. Si sarebbe tentati di dire che il diritto è nel mondo delle forme visibili quel che l'arte è nel mondo delle forme invisibili».

⁵¹ Cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 351; VIGANÒ, *Articolo 51*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, I, IV ed., Milano, 2015, p. 881. Gli autori riferiscono l'abuso ad un esercizio formalmente corrispondente alle forme del diritto esercitato, ma nella sostanza piegato a finalità estranee a quelle desumibili dall'ordinamento.

⁵² In chiusura sul punto occorre dare conto della posizione espressa da Spina sul concetto di abuso. L'Autore parte, come si è già evidenziato, da una concezione materiale dell'art. 51 c.p., giacché esso consisterebbe pur sempre nella soluzione di un contrasto fra interessi. La presenza di un interesse confliggente segna un limite alla regola della prevalenza del *favor libertatis*: «riconoscere l'esistenza del PED [Principio di esercizio del diritto] non significa [...] affermarne l'assolutezza» (cfr. SPINA, *Diritti e responsabilità penale*, cit., p. 132 e ss.). L'abuso del diritto si verifica – secondo l'Autore – proprio quando l'esercizio della facoltà impone un sacrificio indebito dell'interesse, per così dire, antagonista. Spina individua due figure di abuso: uno consistente nel fare più di ciò che il diritto permette, e l'altro nell'imporre un costo eccessivo ai titolari dell'interesse concorrente. Le condotte realizzate in questi casi configurerebbero ipotesi di eccesso ai sensi dell'art. 55 c.p. Peraltro – a quanto è dato inferire dalla lettura – questa conclusione risulta parzialmente contraddetta da quanto dopo sostenuto da Spina in riferimento alla figura di abuso che impone un costo eccessivo alla controparte. In questo caso, infatti, «la condotta che costituisca abuso di diritto rientra pur sempre nella fattispecie del diritto, ma, per dirla topograficamente, si trova *ai margini di questa*, ossia: *in una zona nella quale il diritto è meno pesante*, meno stringente, meno garantito. L'abuso del diritto è bensì un esercizio del diritto, privo però [...] delle garanzie giuridiche (e, tra queste, quella di cui all'art. 51 c.p.) al diritto tipicamente, normalmente, accordate»: dunque non di eccesso si tratterebbe, ma – con un ossimoro – di condotta lecita e al contempo non scriminata (p. 140 e s.). L'Autore non fa menzione dei casi, oggetto invece di queste pagine, in cui la condotta non ecceda “di misura”, ma nell'intenzione. In questi casi il taglio “materiale” del concetto non sembra aiutare, perché non vi è una condotta eccedente la misura imposta dalla fisionomia del diritto esercitato; né vi è un peso eccessivo imposto al titolare dell'interesse in contrasto. Piuttosto vi è un esercizio “apparente” del diritto. Cogliendo il suggerimento dell'Autore, si potrebbe ipotizzare la figura dell'eccesso doloso, ma sul piano sistematico la soluzione coinciderebbe con la punizione di un fatto che pure consegue la tutela dell'interesse in questione. Si noti infine come, per quanto Spina sostenga la natura materiale della

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Dovrebbe dunque l'interprete stare contento al *quia* della legge formalmente intesa?

La domanda è senza dubbio retorica, e attende risposta positiva, ma avveduta. La legge, infatti, caso per caso impone limiti ai diritti esercitati, come per esempio il limite negativo degli atti emulativi per il diritto di proprietà; ovvero impone uno scopo specifico all'esercizio della facoltà, come si è visto negli esempi agresti sopra riportati dell'inseguimento di sciame d'api e di altro bestiame fuggitivo.

In questi casi il diritto non può dirsi incondizionato⁵³: esso è dato per perseguire alcune finalità specifiche; ovvero dal fascio di possibili facoltà esercitabili ne sono espunte talune, quelle in contrasto con l'esercizio di altri diritti. Nella dottrina penalistica questo concetto è espresso attraverso l'etichetta del «limite interno⁵⁴».

Secondo la definizione data da Lanzi – a quanto consta primo autore ad usare l'espressione in questione – il diritto esercitato, nonostante la conformità al tipo delittuoso, ha una fisionomia che è evincibile proprio dai limiti che l'ordinamento ad esso pone. Esso, efficacemente rappresentato dall'immagine del fascio di facoltà attribuite al singolo, consiste in ciò che il soggetto può fare, senza incontrare conseguenze penali e ciò che al singolo è concesso fare dipende da cosa l'ordinamento, sulla base delle valutazioni espresse dalla legge, gli consente. Ancora una volta l'interprete è posto di fronte al necessario formalismo, meglio: di fronte alla necessità della forma, per poter attingere alla sostanza del diritto esercitato.

fattispecie in questione giacché essa consiste pur sempre in un bilanciamento di interessi, anche nella sua visione finisce per essere centrale il requisito del limite, in riferimento al quale si deve valutare se una condotta è o meno eccessiva.

⁵³ Il termine usato non allude all'istituto civilistico della condizione.

⁵⁴ Fanno riferimento al concetto di limite, fra gli altri: BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 353; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2015, p. 310; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 389; DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 263 e s.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 285; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 347; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 304; LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, p. 27 e ss.; MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966; p. 664 (posizione ribadita anche nel manuale); MARUOTTI, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 290; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 339 e s., che cita vasta giurisprudenza, anche risalente, sul tema; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 378; REGINA, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, cit., p. 4; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, I art. 1-84, III ed., Milano, 2004; SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, cit., p. 24 e ss.; ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, cit., p. 99. È usuale fra essi imbattersi nella distinzione fra limite interno e limite esterno, che si è diffusa nel ragionamento sul consenso a partire dalle pagine di Lanzi appena citate. I limiti esterni derivano al diritto dal contesto normativo in cui questo si inserisce; quelli interni, invece, derivano dalla configurazione che il diritto riveste, secondo la volontà del legislatore.

Capitolo I

Si potrà obiettare che il concetto di abuso del diritto e quello di limite interno, in riferimento al singolo diritto esercitato, sono più vicini di quanto possa sembrare⁵⁵; ciò che però fa la differenza è che mentre il primo si assume essere una clausola generale comunque e ovunque valida, il secondo è concetto che non fa a meno della forma, con la quale il singolo diritto viene espresso dalla legge. Il concetto di limite, dunque, permette di non forzare il dato letterale nei casi in cui la legge non prevede condizioni particolari all'esercizio del diritto; solo a costo di una forzatura al tenore letterale della causa di giustificazione l'interprete potrebbe porne appellandosi al concetto di abuso.

Si pensi difatti al diritto di credito attribuito da un contratto; o a una compensazione volontaria, conformemente a situazioni già prospettate in questo paragrafo. Se il creditore azionasse il suo credito, ingiungendo per mezzo di decreto il pagamento dello stesso solo per malanimo nel momento della più nera crisi finanziaria del suo debitore, la sua condotta, biasimevole dal punto di vista umano, non meriterebbe però il rimprovero penale. Il diritto penale, infatti, non si preoccupa della cattiveria e della malvagità umane, ma applica pene per la realizzazione di condotte penalmente rilevanti, e in un caso simile, messo da parte il biasimo morale, altro non vi è di giuridico che l'esercizio di un diritto⁵⁶.

⁵⁵ Se ne trova una riprova nella seguente massima della Corte di cassazione: «per la configurazione dell'esimente dell'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p., il diritto - il cui esercizio può escludere la punibilità di un fatto sanzionato penalmente - deve essere un vero e proprio diritto soggettivo protetto in modo diretto ed individuale, tale da comportare il sacrificio di tutti gli altri interessi in contrasto con esso. È necessario, altresì, che l'attività posta in essere costituisca una corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione, poiché - in caso contrario - si superano i confini dell'esercizio lecito e si configurano ipotesi di abuso del diritto stesso, che ricadono al di fuori della sfera di operatività dell'art. 51 c.p. (Nella specie la S.C. ha ritenuto che abitare un immobile anteriormente al rilascio della licenza di abitabilità significa non "esercitare" il diritto di proprietà, ma "abusare" di esso, ed a nulla rilevano l'inerzia o il ritardo della p.a.)» (Cass., sez. III, sent. 8 maggio 1996, nr. 5889). Come si nota, il concetto di abuso è messo in relazione, e serve in realtà ad indicare, quello sostanziale di limite di esercizio del diritto.

⁵⁶ Santoro nella sua voce già citata riferisce di una non meglio specificata sentenza (che non è stato possibile rintracciare, data l'assenza di qualsiasi riferimento nel testo) in cui i giudicanti condannavano (non è noto per quale reato) il creditore che aveva promosso l'esecuzione relativa a un credito nei confronti di un debitore che in quel momento versava in condizioni di disagio. Il giudicante, infatti, basava la condanna sul carattere vessatorio dell'esecuzione intervenuta sul debitore mentre questi pativa una sventura (che non è dato conoscere, né compatire in modo più appropriato). Un *decisum* come questo, francamente, non andrebbe immune da critiche alla luce dei fondamenti attuali del sistema penale: vi si opporrebbe primo fra tutti il principio di materialità, dal momento che, essendo l'azione lecita, ad essere punita sarebbe solo l'intenzione deplorabile del soggetto agente (cfr. SANTORO, *Esercizio di un diritto*, cit., p. 827).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Simili considerazioni valgono riguardo all'esempio a cui inizialmente si è fatto cenno: il direttore della banca procede a compensazione di una passività che grava sul conto di un correntista, prelevando da questo conto somme ottenute dal correntista *iure successionis*, pur ignorando che nel contratto stipulato fra cliente e banca molti decenni prima vi era una clausola precisa che rendeva possibile agire in compensazione. Ebbene in questo caso non sembra sostenibile che l'ignoranza, anzi: la consapevole volontà di appropriarsi della somma, parte del patrimonio del correntista, possa spogliare il direttore della banca di un diritto riconosciuto gli dall'ordinamento e corrispondente alla volontà di entrambe le parti, originariamente consacrata nel contratto.

Bisogna dunque necessariamente fare riferimento ai singoli diritti che vengono in questione; non vi è modo, infatti, di ridurre ad unità le numerose ipotesi di esercizio di un diritto le quali derivano dalle varie parti dell'ordinamento.

La necessità di riferirsi alla singola disposizione che viene in questione attraverso la clausola dell'art. 51 c.p. è considerazione condivisa dalla maggior parte della dottrina la quale ha contribuito a formulare limiti, assenti nella legge, a diritti, anche di rango costituzionale, al fine di raggiungere un contemperamento ottimale fra gli interessi opposti⁵⁷.

Si consideri, in primo luogo, il diritto di cronaca, che, come noto, è sottoposto dalla giurisprudenza ai limiti della verità, continenza e rilevanza⁵⁸.

Il diritto di cronaca offre un esempio di come vi sia necessità di declinare ciascun diritto, in questo caso una libertà costituzionale, nell'insieme delle concrete facoltà da attribuire al soggetto che ne usi. La vicenda del diritto di cronaca a ben vedere si offre ad una ulteriore riflessione. La necessità di contemperare il diritto di

⁵⁷ Si è sostenuta la necessità di conservare un profilo formale nella determinazione del concetto di diritto e sembra che in riferimento ai limiti della libertà di espressione (a cui ci si accinge ad accennare) invece si faccia riferimento agli interessi spostando nuovamente il *focus* su un aspetto sostanziale di contemperamento di interessi, nello specifico la manifestazione del pensiero e l'onore. Oltre la constatazione degli ineliminabili limiti di ogni sistemazione teorica raggiunta a mezzo di generalizzazioni inevitabili, si può però sottolineare che il carattere di libertà rivestito dalla manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*, rifuggendo definizioni formali, non si può ridurre al concetto formale di diritto. Per questa ragione è giocoforza che la sua declinazione, avvenga essa per mezzo del legislatore o della giurisprudenza, necessiti dell'individuazione di limiti non desumibili da alcuna disposizione positiva. In altre parole, è fatto carico all'interprete di individuare in quali facoltà si declini la libertà costituzionale in questione e, di conseguenza, verificarne il ricorrere nel singolo caso di specie.

⁵⁸ Per tutti, oltre alla manualistica, cfr. MANNA, *Il diritto di cronaca, di denuncia e la diffamazione*, cit., p. 360 e ss.; SEMERARO, *L'esercizio di un diritto*, cit., p. 67 e ss.

Capitolo I

cronaca, necessità cioè di non offrire tutele giuridiche anche a condotte sostanzialmente abusive, si è espressa nella creazione di un catalogo di requisiti formali, i quali fanno a meno di considerare l'*animus* del soggetto agente. Verità, continenza e rilevanza, infatti, non sono ricercati nell'intenzione dell'agente, *sub specie* dell'elemento soggettivo, sia esso riversato in sede di indagine sul dolo del diffamatore, ovvero in sede di intenzione del cronista, bensì nel fatto, quali caratteri della notizia propalata dall'agente, sicché il diritto di cronaca, nonostante i riferimenti allo scopo da perseguire, si configura libero da connotazioni psicologiche, nella specie da particolari finalità da conseguire.

Un riscontro se ne ha sfogliando i massimari della Corte di cassazione. La suprema Corte infatti si riferisce al concetto di finalità del diritto di cronaca o quando vaglia il requisito della verità o quando considera quello della rilevanza della notizia⁵⁹.

Nella giurisprudenza più recente è dato trovare solo pochi riferimenti all'*animus iniurandi*, sempre in sede di indagine dell'elemento soggettivo del reato previsto dall'art. 595 c.p. e sempre per affermare che l'indagine sullo scopo

⁵⁹ In riferimento alla giurisprudenza degli ultimi anni, ormai assestata sulle tre coordinate della verità, continenza e rilevanza, si considerino le seguenti massime nelle quali la Suprema Corte allude allo scopo lecito dell'informazione ma ne tratta riferendosi a parametri materiali, evitando un'indagine psicologica sul soggetto: in riferimento alla verità dell'informazione, cfr. Cass., sez. V, sent. 10 dicembre 1997, in *Giust. pen.*, 1998, II, 466 (non si deve perseguire il fine dell'appagamento della mera curiosità); Cass., sez. V, sent. 12 maggio 1999, *ivi*, 2000, II, 661 (lo scopo perseguito deve essere solo quello della corretta informazione); Cass., sez. V, sent. 18 febbraio 2002, *ivi*, 2003, II, 199 (non rientrano nel concetto di diritto di cronaca espressioni inutilmente – si noti l'avverbio – volgari, dileggianti). Sono più significative di questa “materializzazione” del fine lecito dell'esercizio del diritto di cronaca le massime in tema di continenza e rilevanza: Cass., sez. V, sent. 5 settembre 1997, *ivi*, 1998, II, 162 (non si deve trasmodare nell'attacco personale o nella contumelia); Cass., sez. V, sent. 17 giugno 2002, *ivi*, 2003, II, 468 (in riferimento alla diffamazione commessa dal parlamentare, si afferma la necessità di un nesso fra quanto detto e l'esercizio delle funzioni in questione, escludendo, dunque, qualsiasi ulteriore fine; si badi però che il concetto di riferimento rimane quello della pertinenza); Cass., sez. V, sent. 5 marzo 2004, *ivi*, 2005, II, 65 (non sono scriminate le condotte finalizzate allo scopo unico di aggredire la sfera morale altrui; il riferimento è alla rilevanza); Cass., sez. V, sent. 16 marzo 2003, *ivi*, 2005, II, 145 (il diritto di cronaca è strumentale alla corretta informazione dei cittadini; anche qui sembra che ad essere declinato sia il requisito della pertinenza); Cass., sez. V, sent. 20 aprile 2005, *ivi*, 2006, II, 501 (la continenza è garanzia della finalità informativa); Cass., sez. V, sent. 6 febbraio 2007, *ivi*, 2007, II, 633 (non si possono scriminare gli attacchi personali, finalizzati all'aggressione della sfera morale altrui; viene qui in risalto il requisito della continenza); Cass., sez. V, sent. 11 settembre 2008, *ivi*, 2009, II, 523 (non si deve trasmodare nel dilleggio); Cass., sez. V, sent. 25 settembre 2008, *ivi*, 2009, II, 523 (sono punibili le espressioni gratuite non necessarie all'esercizio del diritto *ex art. 21 Cost.*). L'assunto è poi confermato da Cass., sez. V, sent. 12 ottobre 2004, nr. 42643, in *Cass. pen.*, 2005, I, 95, secondo cui: «in tema di diritto di cronaca e di satira, ciò che determina l'abuso del diritto è la gratuità delle modalità del suo esercizio non inerenti al tema apparentemente in discussione, ma tese a ledere esclusivamente la reputazione del soggetto interessato». Come è facilmente rilevabile, l'abuso è posto in diretta connessione con la modalità di esercizio del diritto.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

perseguito dal soggetto è estranea alla sussistenza del delitto di diffamazione e, dunque – si deve dedurre – anche all’eventuale giustificazione dello stesso⁶⁰.

Altro esempio è il diritto di satira, anch’esso discendente dalla libertà di manifestazione del pensiero. Anche in questo caso la dottrina ha cercato di operare un temperamento fra il livello costituzionale, che permette questa forma di manifestazione del pensiero, e quello della legge ordinaria, che invece pone il limite della diffamazione.

A differenza del diritto di cronaca, ad avviso della dottrina il diritto di satira non potrebbe prescindere dalla considerazione dell’*animus iocandi*, cioè dell’intento «scherzoso, concretamente verificabile, in capo a chi diffonde valutazioni, che in astratto sarebbero lesive dell’onore altrui⁶¹». Al contrario, la giurisprudenza, similmente a quanto osservato per il diritto di cronaca, fa riferimento a requisiti formali che debbono riscontrarsi nel discorso in questione, affinché esso possa ritenersi espressione della libertà di manifestazione del pensiero e non una diffamazione⁶².

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. V, sent. 11 maggio 1999, in *Giust. pen.*, 2000, II, 308; nonché Cass., sez. V, sent. 4 novembre 2014, *ivi*, 2015, II, 101. Queste due sentenze fanno riferimento all’*animus iniurandi* ma in riferimento all’elemento psicologico del delitto di diffamazione e allo scopo di escluderne il rilievo, data la sufficienza del dolo generico.

⁶¹ Cfr. MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 295 e ss., nello specifico p. 314 e ss. Nelle pagine di Mantovani citate, l’Autore fa discendere il rilievo dell’*animus iocandi* dall’ammissione degli elementi soggettivi delle scriminanti, nonostante il tenore del primo comma dell’art. 59 c.p. La soluzione viene derivata dall’accoglimento della concezione normativa della colpevolezza, consacrato nella sent. 364/1988 della Corte costituzionale: postulando la detta pronuncia che la colpevolezza coincida con una dimensione di giudizio normativo, l’Autore, collocandosi nel solco di coloro che sostengono la cosiddetta *Doppelstellung*, ritiene che il rilievo naturalistico degli elementi psicologici del reato si debba collocare in sede di illecito, con il conseguente rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Egli ritiene che non abbia potenzialità euristica il concetto di limite. Ritiene, infatti, che l’argomento della costruzione in chiave anche soggettiva dell’illecito sia sufficiente ad ammettere quale requisito sostanziale del diritto di satira l’*animus iocandi*, cioè l’attitudine dileggiante e non diffamante che caratterizza la satira. Le argomentazioni svolte da Mantovani in riferimento alla costruzione personale sono preziose e di esse si farà tesoro nel prosieguo quando anche in questo lavoro verrà trattata la costruzione dell’illecito. Qui si può notare come l’Autore, benché rifiuti il concetto di limite, il quale altro non è che una manifestazione dell’essenza del diritto di volta in volta esercitato, introduca attraverso la nozione di *animus iocandi* un concetto di natura anch’essa materiale, che consiste in un appello alla sostanza (*sit venia verbo!*) della satira. In poche parole, pare di poter affermare che il concetto di limite, che viene adoperato dalla giurisprudenza anche in riferimento al diritto di satira, possa esplicitare una efficacia euristica, che coincide negli effetti con il richiamo al concetto di satira operato dall’Autore.

⁶² Cfr., per esempio, Cass., sez. V, sent. 14 febbraio 2013, nr. 41869; Cass., sez. V, sent. 27 ottobre 2010, nr. 3676; Cass., sez. V, sent. 27 ottobre 2010, nr. 3356; Cass., sez. V, sent. 11 maggio 2006, nr. 23712. Un filone giurisprudenziale di legittimità pare tuttavia adombrare un criterio di tipo psicologico escludendo la sussistenza del diritto di satira nel caso in cui l’agente abbia agito con «ostilità o malanimo personale»; è tuttavia difficile stabilire quanto questo elemento possa essere

Capitolo I

Sono stati infatti elaborati criteri quali la verità dei fatti presi come base della satira ovvero la inverosimiglianza palese e «leale», cioè facilmente riconoscibile dal pubblico, dei fatti riferiti allo stesso; la continenza, intesa come *moderamen* in forza del quale sono esclusi meri attacchi dileggiatori, è inteso in modo meno stringente che nel diritto di cronaca; ovviamente assente è il riferimento alla rilevanza della notizia, dal momento che nel concetto di satira è sottinteso il rilievo pubblico del soggetto oggetto di satira.

Altro esempio elaborato dalla dottrina a favore della rilevanza dello scopo in riferimento alla disciplina dell'art. 51 c.p. è quello del diritto di correzione, il quale non trova alcuna formulazione diretta nell'ordinamento ma può essere ricondotto all'art. 30, co. 1 Cost., nonché all'art. 315 *bis* c.c. e, sul versante penale, *e contrario* dall'art. 571 c.p. La dottrina osserva che non si potrebbe concepire il diritto di correggere all'infuori del perseguimento di uno scopo educativo⁶³. Il padre – all'evidenza snaturato – che malmenì il figlio per un qualsiasi motivo, astrattamente riconducibile ad un bisogno educativo dello stesso, non potrà dunque invocare il diritto di educare se in realtà ha solo sfogato su questi le sue personali frustrazioni. L'esempio in linea teorica è accoglibile; la giurisprudenza ha però ormai da tempo abbandonato la tesi della liceità *tout court* dell'uso della violenza, qualificandola sempre e comunque abuso ai sensi dell'art. 571 c.p.⁶⁴.

Anche in questo caso, dunque, si assiste, come nel caso del diritto di cronaca, ad una “oggettivizzazione” di contrassegni originariamente psicologicamente caratterizzati, in questo caso, peraltro, in modo assoluto: rimane infatti da chiedersi cosa rimanga dello *ius corrigendi* di fronte al recepimento da parte della

accostato al concetto di *animus iocandi* individuato come carattere psicologico fondante dell'esimente (cfr. Cass., sez. V, sent. 28 gennaio 2005, nr. 15236).

⁶³ MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, cit., p. 653 e ss.; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 17.

⁶⁴ Il rifiuto della violenza è un dato ormai pacifico, sin dal 1996 almeno, nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass., sez. VI, sent. 24 settembre 1996, in *Giust. pen.*, 1998, II, 84; secondo la sentenza la violenza non può essere considerata un mezzo di correzione). È dato rintracciare alcune sentenze che fanno riferimento al concetto di fine educativo perseguito dall'agente (cfr. una risalente pronuncia del Pretore di Genova, sent. 28 febbraio 1984, in *Giur. mer.*, 1985, 679; una più recente pronuncia della suprema Corte in riferimento ad ingiurie pronunciate contro la persona offesa per pretesi scopi educativi: Cass., sez. V, sent. 18 aprile 1997, nr. 6603, in *Riv. pen.*, 1997, 923; e una più recente sentenza del Tribunale di Trento, in materia di potestà disciplinare nelle carceri, nella quale si esclude qualsiasi margine per l'uso della violenza: Trib. Trento, 29 maggio 2013, nr. 444, in *Guida dir.*, 2013, 33, 78). Sembra però, come nel caso della penultima sentenza citata, che il riferimento al fine perseguito si tramuti in un carattere materiale della condotta. Peraltro l'esiguo numero delle pronunce non permette di concludere in modo approfondito sul tema.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

giurisprudenza di istanze giustamente contrarie all'uso della violenza contro i minori o contro qualsiasi soggetto sottoposto al potere disciplinare altrui e di fronte alla perdita di rilevanza penale di altre fattispecie penali che astrattamente potevano venire in questione quali l'ingiuria⁶⁵.

Come nel caso del diritto di satira, anche in altre situazioni l'ordinamento riconosce la sussistenza di un diritto esclusivamente in riferimento ad uno scopo perseguito: si pensi alla facoltà di inseguimento degli animali sul fondo altrui, cui si è già accennato; o al diritto di ingresso sul fondo altrui sancito dall'art. 843 c.c.; o ancora a quelle ipotesi in cui il pubblico ufficiale, in veste di agente provocatore, è autorizzato ad effettuare attività pur corrispondenti ad illeciti ma solo per il fine di agevolare le indagini, come avviene in materia di repressione del fenomeno pedopornografico alla stregua dell'art. 14, co. 1, l. 269/1998⁶⁶.

In questi casi il diritto o la facoltà esercitati sono leciti in forza del solo scopo perseguito: nella fattispecie infatti non vi sono altri elementi, a parte la qualifica rispettivamente di proprietario, o di pubblico ufficiale preposto a determinate indagini.

⁶⁵ I modi con cui un genitore, o un insegnante, o un soprastante potrebbe fare del male al minore al sottoposto possono essere molteplici. Eppure pare di poter ipotizzare che prima che esclusi sul profilo psicologico, queste vessazioni (riconducibili per esempio alla fattispecie del sequestro o della violenza privata) non sarebbero nemmeno riconducibili al diritto di correggere già sul profilo oggettivo. Si conferma così l'assunto sopra riportato: che, cioè, si preferisca risolvere su un profilo oggettivo questioni astrattamente ipotizzabili anche sul piano soggettivo.

⁶⁶ Il quale recita: «Nell'ambito delle operazioni disposte dal questore o dal responsabile di livello almeno provinciale dell'organismo di appartenenza, gli ufficiali di polizia giudiziaria delle strutture specializzate per la repressione dei delitti sessuali o per la tutela dei minori, ovvero di quelle istituite per il contrasto dei delitti di criminalità organizzata, possono, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, al solo fine di acquisire elementi di prova in ordine ai delitti di cui agli articoli 600 *bis*, primo comma, 600 *ter*, commi primo, secondo e terzo, e 600 *quinqies* del codice penale, introdotti dalla presente legge, procedere all'acquisto simulato di materiale pornografico e alle relative attività di intermediazione, nonché partecipare alle iniziative turistiche di cui all'articolo 5 della presente legge. Dell'acquisto è data immediata comunicazione all'autorità giudiziaria che può, con decreto motivato, differire il sequestro sino alla conclusione delle indagini». Come è noto, la tematica dell'agente provocatore ha sollevato in dottrina due problemi: la possibilità di ritenere lecita la condotta *tour court*; il modo per giungere all'affermazione di liceità della condotta in questione. Data una risposta positiva al quesito (sebbene la questione sia stata dibattuta: per l'opinione negativa cfr. BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Padova, 1986, p. 653), le vie percorse per escludere la responsabilità dell'agente sono due: o il riconoscimento della sussistenza di una scriminante, sia essa genericamente l'art. 51 c.p. o una specifica disposizione dell'ordinamento, ovvero l'esclusione del dolo (limitandosi alla manualistica, cfr. per la prima CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 551; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 306; per l'opinione contraria: PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 569. Per una sintesi efficace delle posizioni, per tutti: PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 299).

Capitolo I

Come sottolinea Marco Mantovani, in questi casi, la mancanza del requisito psicologico in esame non può essere altrimenti surrogata: «l'alternativa [...] è secca: o viene accertato il requisito psicologico, consistente nell'intenzione effettiva di riprendere la cosa propria; ovvero la scriminante non sussiste. Pertanto, chi entri nel fondo altrui ad esempio per prendere conoscenza, ad es., dei modi di produzione impiegati dal proprietario di esso [...] non potrà strumentalizzare il fatto che qui si trovi occasionalmente una cosa di sua proprietà per poter invocare [...] a posteriori e cioè in base all'art. 59, co. 1, c.p. l'efficacia scriminante che deriva dal combinato disposto dell'art. 51 c.p. e dell'art. 843, co. 3, c.c.⁶⁷».

Benché, come si è visto, l'autore rifiuti il concetto di limite del diritto, che invece si è individuato come quello più idoneo a descrivere il fenomeno dell'esercizio del diritto in riferimento ai profili soggettivi, la conclusione riportata sembra accoglibile.

La riflessione, infatti, rende evidente come il fronte dell'esercizio del diritto, scriminante da taluno qualificata come “più generale” rispetto alle più appariscenti cause di giustificazione contenute dagli articoli 52 e 54 c.p.⁶⁸, sia necessariamente frastagliato e comprenda al suo interno fattispecie di diritti ritagliati nel modo più diverso, a seconda delle esigenze perseguite dal legislatore e, più in generale, della realtà giuridica.

È dunque da respingere la posizione che oppone un rifiuto totale dell'eventuale rilievo degli elementi soggettivi⁶⁹ e si deve allora convenire con l'indirizzo più antico e diffuso sul tema⁷⁰ il quale, astenendosi da definizioni

⁶⁷ Cfr. MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 323.

⁶⁸ L'espressione è in LANZI, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 12 e s.

⁶⁹ Si tratta di una posizione che, pure minoritaria e datata, vanta illustri sostenitori: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 287, il quale rifiuta qualsiasi rilievo dell'elemento soggettivo, dal momento che lo scopo non può rendere illecito ciò che è oggettivamente lecito (in forza di ciò, l'Autore nega che lo stesso art. 833 c.c. possa esplicare efficacia in ambito penale e afferma che gli unici limiti all'esercizio di un diritto sono i limiti penali imposti dalle singole disposizioni di parte speciale); FROSALI, *L'esercizio di un diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 221 e ss., il quale non fa alcun accenno a possibili profili soggettivi; MANTOVANI F., *Esercizio di un diritto*, cit., p. XX, che sostiene non abbia senso interrogarsi in alcun caso sulle intenzioni dell'agire, con la significativa eccezione dei casi in cui al diritto esercitato sia consustanziale uno scopo perseguendo (eccezione talmente significativa da mettere in crisi l'assunto iniziale); e sullo stesso tenore MARUOTTI, *Esercizio di un diritto*, cit., pag. 290.

⁷⁰ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 116; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 12. Nella successiva manualistica: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 285; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 266; SEMERARO, *L'esercizio del diritto*, cit., p. 36 e ss., p. 153 e s.; VIGANÒ, *Articolo 51*, cit., p. 881.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

generali, pure incoraggiate dal tenore del primo comma dell'art. 59 c.p., da tempo richiede un prudente metodo induttivo che dall'analisi del caso concreto individui la fisionomia del diritto e l'oggetto della singola facoltà esercitata dall'agente onde valutare la liceità dell'azione nel singolo caso.

Il panorama che si profila è vasto: da una parte si hanno diritti o facoltà che sussistono solo in forza della finalità perseguita, i quali nemmeno vengono ad esistere senza che l'agente persegua il fine individuato e nei quali sembra che il fine perseguito sostanzi da solo la scriminante⁷¹; da un'altra vi sono fattispecie di liceità in cui il diritto non sussiste se esso viene piegato a perseguire determinate finalità, estranee a quelle stabilite dalla legge⁷²; infine vi sono diritti, in riferimento ai quali valutazioni di scopo sono del tutto estranee⁷³.

In riferimento al primo gruppo, il perseguimento di un fine diverso da quello previsto dalla legge non permette di qualificare la condotta come esercizio del diritto in questione; di conseguenza non sussiste nemmeno la scriminante dell'art. 51 c.p. Nel secondo caso, un diritto astrattamente esisterebbe, ma l'atto tipico commesso non corrisponde ad alcuna delle facoltà concesse all'agente e perciò si è fuori dell'ambito del diritto e, giacché si tratta di perseguire un fine illecito, pare potersi configurare in questo caso la figura dell'eccesso doloso che nel nostro ordinamento è punibile; in alternativa, con soluzione sostanzialmente equivalente, la punibilità della

⁷¹ Si è fatto riferimento, per esempio, all'art. 14, co. 1 l. 269/1998, ovvero alla facoltà di arresto concessa ai privati dall'art. 383 c.p.p.

⁷² Si pensi al già ricordato diritto di accesso *ex art. 843 c.c.*, o agli atti emulativi vietati dall'art. 833 c.c. Nel diritto di proprietà trova ragione, secondo la dottrina tradizionale, la facoltà di apporre i cosiddetti *offendicula*. Riguardo a questi ultimi, Spagnolo nel suo studio sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione sostiene che non si possa invocare l'esercizio del diritto di proprietà nel caso fossero stati predisposti in modo consapevole per procurare la morte di un soggetto che si sapeva intenzionato a invadere la proprietà (l'esempio è quello ovidiano del padre che odia e decide di eliminare predisponendo micidiali offendicoli il giovane amante della figlia, il quale, invece che colloquiare come Piramo dalla crepa nel muro di cinta della proprietà, aveva preso l'abitudine di scavalcarlo). Nell'esempio, tuttavia, invocare l'esercizio di un diritto in un caso del genere pare francamente eccessivo: il dolo è talmente evidente che nessun giudice potrebbe dare credito alla scusa puerile della difesa della proprietà. Non mancherebbero tuttavia ragioni giuridiche per concordare con quanto affermato dall'Autore: la stessa proprietà, infatti, non è – lo si è ricordato – un vero *ius utendi et abutendi re propria*, giacché nell'attuale assetto costituzionale essa incontra i limiti, interni ed esterni, a cui si è accennato, ragion per cui in nessun caso la si potrebbe ritenere un titolo per uccidere. La metafora del limite aiuta dunque anche a inquadrare l'esempio proposto (cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p 18 e s.).

⁷³ Vengono in questione gli esempi aventi ad oggetto i diritti di credito. In riferimento a questi casi occorre ribadire che sul piano penale si è ritenuto escludere qualsiasi rilievo del concetto di abuso, principalmente in ragione del principio di materialità, benché sia ormai assodata sul piano civile la rilevanza del concetto di abuso del diritto anche in riferimento alla materia creditizia.

Capitolo I

condotta può essere argomentata sostenendo che quest'ultima, esorbitando dai limiti del diritto in questione, non può qualificarsi come esercizio dello stesso⁷⁴. Nell'ultimo caso, infine, qualsiasi riflessione di natura finalistica e, più in generale, sull'*animus* dell'agente è preclusa, perché esterna al *munus* del diritto penale.

Il confronto con talune fattispecie di esercizio di diritto ha così fatto indicato nella tutela del foro interno dell'agente la ragione che rende il concetto di limite più adatto di quello di abuso a spiegare il meccanismo di funzionamento della scriminante dell'esercizio di un diritto. Il vero motivo della ricostruzione in termini formali della scriminante, a parte le prospettate questioni concernenti la tassatività, è da ravvisare infatti nel divieto dell'indagine e della punizione conseguente delle nude intenzioni dell'agente; al contrario il concetto di abuso, inteso come esercizio formalmente perfetto di un diritto ma intimamente teso ad un profitto personale e diverso da quello che si presume la legge intenda perseguire, sembra proprio spingere l'indagine del penalista nel sacello precluso dell'intimità dell'agente. In altre parole: è il principio di materialità che preclude il rilievo penalistico dell'abuso del diritto, il non poter patire pene per meri pensieri o modi di essere dell'agente.

Il successo di cui la categoria dell'abuso gode nella giurisprudenza e nella dottrina extra-penalistiche non devono trarre in inganno. Si deve infatti ricordare che in ambito civile l'abuso, per esempio nel caso dei diritti di credito, si tramuta in regola di proporzione, e perde così la connotazione che invece si attribuirebbe allo stesso in ambito penale, e cioè un tratto eminentemente psicologico. Nulla vieta peraltro in ambito civile che l'abuso si connoti in modo soggettivo giacché la finalità della giurisdizione civile (sebbene le differenze con la giurisdizione penale si vadano assottigliando a partire dall'introduzione delle sanzioni pecuniarie civili *ex d. lgs. 7/2016*) non consiste nella applicazione di una pena in conseguenza di un giudizio di responsabilità; al contrario sono la necessità di limitare la violenza insista nello strumento penale e la laicità dell'ordinamento che impediscono di applicare pene per ciò che al più può dirsi biasimevole.

⁷⁴ Sembra inclinare per questa seconda opzione LANZI, *la scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, cit., p. 46.

4. Profili soggettivi dell'adempimento di un dovere

Più semplice pare la trattazione del problema dei profili soggettivi dell'adempimento di un dovere.

Come è noto, il dovere può discendere o da una disposizione di legge, ovvero dall'ordine dell'Autorità.

Anche in questo caso l'individuazione della *ratio* della scriminante permette di fare luce sull'interpretazione della stessa. Il fondamento in questione può essere individuato di nuovo nella coerenza del sistema come ragione intima della liceità di quanto commesso in conformità ad un dovere. È facile ammettere l'assunto tanto con riferimento al dovere di fonte legislativa quanto discorrendo di quello discendente dall'ordine dell'autorità come espressione del principio di non contraddizione. L'ordine dell'autorità infatti specie in uno Stato improntato a criteri di legalità e informato in ogni sua parte al principio democratico può essere inteso come nient'altro che il completamento dell'ordinamento legislativo in settori in cui vi è necessità di spendita della discrezionalità amministrativa⁷⁵.

Nonostante il fondamento appena individuato sembri connotare oggettivamente la causa di giustificazione vi è spazio per la rilevanza di profili psicologici. L'utilizzo del concetto di "ordine" in riferimento all'adempimento del dovere proveniente dall'autorità sembra infatti connotare psicologicamente questa figura di adempimento del dovere. L'impressione è peraltro confermata dalla disciplina dell'ultimo comma dell'articolo che, come è noto, riguarda l'esecuzione di un ordine insindacabile. Il sindacato presuppone infatti la conoscenza dell'ordine da eseguire: è difficile ipotizzare infatti che un ordine gerarchico venga eseguito "inconsapevolmente", per errore, o addirittura in modo strumentale.

La dottrina, appuntandosi su chiari riferimenti legislativi⁷⁶, ha da tempo sottolineato come nel nostro ordinamento non sussistano ordini insindacabili, dal momento che anche nei rapporti di subordinazione gerarchica militare il sottoposto

⁷⁵ Per il riconoscimento del principio di non contraddizione quale *ratio* dell'esimente cfr. CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p.543; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 311; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 288; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 348; INFANTE, *Adempimento di un dovere*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 319; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 238; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 237; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 101.

⁷⁶ Per gli impiegati civili la regola è stabilita dall'art. 17, co. 1 e 3 d.p.R. 3/1957; per i militari la regola è stabilita dall'art. 4 l. 382/1979.

Capitolo I

che riceve l'ordine è sempre tenuto almeno alla verifica della sussistenza dei presupposti formali dell'ordine ricevuto, essendogli precluso solo il sindacato sul merito dell'ordine.

Tutto ciò porta a ritenere, sulla base di elementi legali positivi, che almeno nel sottoinsieme dell'adempimento degli ordini provenienti dall'autorità⁷⁷, la consapevolezza dell'agire scriminato è elemento dell'esimente stessa⁷⁸.

Differente è chiedersi, come avverrà di fare in occasione dell'analisi dei profili psicologici dell'uso legittimo delle armi, se abbiano rilievo penale le motivazioni che animano l'esecutore. Ci si chiede, in altri termini, se possa avere rilevanza penale il fatto che il subordinato esegua un ordine per finalità intime non corrispondenti agli scopi cui è preposto l'ordine eseguito.

Un tale vaglio pare francamente eccessivo, in quanto debordante nell'indagine di una sfera dell'individuo preclusa al diritto penale e, più in generale, all'ordinamento giuridico. D'altra parte, a differenza della disciplina dell'art. 53 c.p., nel caso dell'adempimento del dovere non c'è nemmeno un appiglio testuale nell'art. 51 c.p. che possa giustificare un'indagine sui motivi. Inoltre la considerazione della *ratio* dell'esimente correttamente individuata, ancora un volta, porta a connotarla in senso formale e ciò equivale ad escludere che all'ordinamento possa interessare altro se non l'esecuzione dell'ordine, a prescindere dalle motivazioni intime dell'esecutore e dal suo grado di fedeltà all'autorità che gli comanda l'azione; anzi: se anche l'esecutore si dissociasse intimamente dall'ordine impostogli, questo – salva la possibilità di obiezione – nemmeno interesserebbe l'ordinamento, il cui unico scopo è l'esecuzione dell'ordine.

L'esclusione del rilievo penale delle motivazioni interne dell'agente non infirma però l'assunto secondo cui almeno nei casi di esecuzione di ordine imposto dall'autorità dalla sindacabilità sempre doverosa dell'ordine si debba ricavare la necessaria conoscenza della sussistenza dell'ordine in capo all'esecutore. D'altra parte, la mera conoscenza dell'ordine da eseguire è un dato, relativo sì alla sfera

⁷⁷ Si ricorda che l'art. 51 c.p. per pacifica acquisizione della dottrina e per il concorde riconoscimento della giurisprudenza non si ritiene esteso ai rapporti di diritto privato.

⁷⁸ Della stessa opinione anche argomentando dagli ultimi due commi dell'art. 51 c.p. SPAGNOLO, *L'elemento soggettivo nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 86 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

psichica del soggetto, ma ben distinto dall'indagine sugli intimi convincimenti dell'agente.

Per altro verso è lo stesso uso piano del criterio ermeneutico stabilito dall'art. 12 prel. che conferma i rilievi sin qui svolti: il concetto di ordine infatti presuppone un rapporto bilaterale in cui il subordinato riceva dal superiore le istruzioni alla cui esecuzione è obbligato⁷⁹.

Si può dunque concludere che chi obbedisce inconsapevolmente non può essere in tutto equiparato al subordinato che obbedisce al comando ricevuto.

Caso differente è l'adempimento di un dovere non discendente da un ordine, ma dalla legge. In questo caso infatti il metro di valutazione della condotta dell'agente è rappresentato, similmente a quanto avviene nel caso dell'esercizio del diritto, dalla nuda formulazione della disposizione di legge che ordina la condotta all'agente.

Se dunque l'agente adempisse un dovere di cui ignora l'esistenza, il fondamento squisitamente formale della scriminante gli permetterebbe comunque di invocare a suo vantaggio la scriminante.

Si pensi, ancora una volta, al bancario e all'appropriazione indebita apparente, consumata *sub specie* di compensazione volontaria. Quel bancario, ove fosse per esempio il direttore di una filiale, sarebbe verosimilmente tenuto dalle regole interne all'organizzazione di cui fa parte nonché dal contratto concluso con l'istituzione a compiere quegli atti che nei limiti della legalità conseguono il maggior utile della stessa. Il procedere alla compensazione sarebbe dunque nell'esempio un suo preciso dovere e, quantunque egli possa procedervi nella piena ignoranza dei suoi doveri, resterebbe ferma la liceità dell'azione nel complesso.

Si pensi altrimenti ai doveri che gravano sugli esercenti la potestà genitoriale. L'ordinamento (art. 30, co. 1 Cost; art. 316, co. 1 c.c.; art. 316 *bis*, co. 1 c.c.) impone ai genitori il mantenimento dei figli. Ebbene: si ipotizzi un coniuge che per puro astio contro l'altro coniuge realizzi con beni di questi spese effettivamente necessarie

⁷⁹ La tesi trova conforto nell'opinione espressa, con dovizia di dettagli e pur a partire da differenti presupposti ideologici e metodologici, in due delle prime monografie sul tema, nonché nella voce enciclopedica di Delitala: cfr. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale* (1934), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 125 e ss.; DELITALA, *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 567 e ss.; SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957, p. 37 e ss. Sottolinea la necessaria struttura "a due" della scriminante in questione anche PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 280.

Capitolo I

all'educazione della prole e che integrino il reato di appropriazione indebita o di furto. Anche in questo caso il malanimo personale non è rilevante per l'ordinamento giuridico e il fatto, almeno sotto questo profilo⁸⁰, può dirsi lecito.

L'esempio portato, per quanto artificioso, rivela però che anche il dovere, al pari del diritto, conosce dei limiti, dati sia dalla configurazione interna del diritto in questione sia dal complesso delle disposizioni che interagiscono con quella che impone il dovere. Un esempio dei primi è stato appena offerto: l'art. 316 *bis* c.c. impone un dovere di mantenimento della prole secondo le possibilità economiche del singolo genitore. Un esempio dei secondi può essere il primo comma dell'art. 54 Cost: il dovere di fedeltà, insieme al principio di indivisibilità della Repubblica sancito dall'art. 5 Cost., non potrà essere invocato per giustificare fatti di omicidio da taluno commessi contro cittadini secessionisti e questo perché nella stessa Costituzione la vita è garantita quanto – se non più, giusta l'art. 2 Cost. – l'integrità territoriale dello Stato. Acquisito il dato che anche per il dovere sono configurabili limiti eventuali, teoricamente nulla vieterebbe di estendere allora a questo concetto quanto detto in riferimento al diritto: e, cioè, che possono sussistere in astratto limiti interni di carattere psicologico validi anche nell'esplicazione del dovere imposto dalla legge.

Un tale assunto, tuttavia, è difficilmente confutabile proprio perché al di sopra di una verificabilità. Non ci si può, infatti, nascondere la difficoltà di immaginare esempi che rendano plasticamente immaginabile un dovere sviato dai fini imposti dall'ordinamento. Questo imbarazzo è legato probabilmente al fatto che il dovere è tendenzialmente un fare imposto per uno scopo specifico, rimanga esso implicito nell'azione comandata o si renda manifesto, mentre il diritto è libertà di fare riconosciuta all'individuo, solo eventualmente subordinata ad un fine particolare; di conseguenza è più facile ipotizzare un abuso nel caso di un diritto che non nel caso di

⁸⁰ Si può tuttavia forse dubitare della liceità complessiva della condotta del coniuge dell'esempio se si considera che l'art. 316 *bis* c.c. impone un dovere di mantenimento e assistenza della prole, per così dire, proporzionale alle sostanze del singolo coniuge («secondo le rispettive sostanze» dice la legge). Se dunque il regime patrimoniale della famiglia è quello della separazione dei beni, sembra di poter escludere che il primo coniuge possa invocare l'art. 51 c.p., giacché il dovere di mantenimento che egli ha nei confronti del figlio si estende solo nei limiti delle sue sostanze; nel caso in cui egli vi adempia con sostanze altrui vi saranno piuttosto i margini per invocare lo stato di necessità, ovvero per invocare la pur controversa categoria del conflitto di doveri. Laddove il regime fosse, invece, quello della comunione dei beni, verrebbe invece meno la stessa tipicità del fatto appropriativo, astrattamente sussumibile nella fattispecie dell'art. 646 c.p.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

un dovere. La partizione proposta senza dubbio è oltremodo esemplificativa e corrisponde ad un concetto “proprietaristico” del diritto – come cioè se tutti i diritti si atteggiassero ad essere, secondo la definizione classica di proprietà, un *uti* e un *abuti* privo di condizioni – che in realtà non corrisponde alla fisionomia costituzionale e attuale del diritto di proprietà; essa tuttavia corrisponde all’idea di uno Stato costituzionale di diritto che tende più a riconoscere ambiti di libertà al singolo che non a penetrare ogni rapporto interpersonale creando obblighi di diritto pubblico in capo ai consociati.

Si può dunque ritenere, nonostante le precisazioni operate, che anche la disciplina dell’adempimento di un dovere ammette margini di rilievo soggettivo.

Si è visto infatti come proprio il carattere formale della scriminante, se da una parte induce inevitabilmente ad inclinare in direzione di un giudizio oggettivo, da un’altra permette di valorizzare la formulazione dei singoli diritti esercitati e quindi di dare risalto al profilo psicologico laddove il diritto esercitato consista in un agire finalizzato ad uno scopo positivizzato (come nel caso degli agenti infiltrati nelle attività di pedo-pornografia, o in quello del diritto di accesso al fondo *ex art. 843 c.c.*) ovvero non possa essere esteso oltre taluni limiti di natura psicologica (come nel caso del diritto di proprietà, in riferimento all’*art. 833 c.c.*). Anche con riferimento all’adempimento del diritto è dunque preferibile non adoperare la categoria dell’abuso del diritto sia per la vaghezza intrinseca del concetto, poco raccordabile con i caratteri del diritto penale, sia per la maggiore capacità esplicativa rivestita dal concetto di limite del diritto.

Tanto nell’esercizio del diritto quanto nell’adempimento del dovere dunque la possibilità che rilevino elementi soggettivi è connessa all’ampiezza delle facoltà desumibile dalla formulazione positiva del diritto o del dovere che vengono in questione, ricostruita facendo governo delle regole che presiedono i rapporti fra i vari livelli normativi e all’esito dell’ermeneutica della singola disposizione che prevede il diritto o il dovere in questione.

5. Profili soggettivi della difesa legittima: costrizione e provocazione

5.1. Origini storiche dei profili soggettivi e fondamento della scriminante

Come ormai consueto è utile partire nell'analisi delle problematiche relative al profilo soggettivo della difesa legittima dalla considerazione della *ratio*, meglio: delle possibili *rationes* sottese alla disciplina della scriminante.

Gli autori che hanno trattato della difesa legittima si sono confrontati con il tema più di quanto non sia avvenuto in riferimento alle scriminanti finora analizzate: l'antichità – un istituto senza storia, lo chiama Padovani nella sua voce⁸¹ – delle questioni e l'apparizione della difesa legittima fanno sì che sia alto il numero delle possibili spiegazioni della non punibilità della reazione difensiva.

Prima di affrontare l'analisi del panorama attuale della dottrina in riferimento al fondamento della scriminante è utile soffermarsi sull'evoluzione storica della stessa. Da questa ispezione emergeranno interessanti elementi di connessione fra la difesa e il profilo psicologico dell'agente.

La storia dell'istituto è stata più volte chiarita in dottrina⁸² e si rivela uno strumento utile per l'indagine della *ratio*, per capire cioè quali siano le finalità sociali e le motivazioni intime del perché non si debba punire la difesa di sé, nonostante ciò implichi la commissione di fatti penalmente rilevanti. Un'analisi approfondita dell'evoluzione storica esula dai fini di questo lavoro e peraltro è stata già efficacemente svolta con dovizia di dettagli nei lavori appena citati. Nel prosieguo, quindi, si farà cenno ai soli momenti di emersione del profilo psicologico dell'istituto.

Non è possibile individuare un momento genetico preciso dell'istituto nella storia del diritto, dal momento che esso nasce connaturato con l'uomo e si lega all'istinto naturale di autoconservazione⁸³. Non è tuttavia solo questa la scaturigine della difesa legittima. Essa, infatti, è connessa anche alla pulsione vendicativa insita altrettanto istintivamente nella natura umana⁸⁴.

⁸¹ Cfr. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, III, IV ed., Torino, 1989, p. 496 e ss.

⁸² SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003, p. 3 e ss.; BELLINI, *La difesa legittima*, Torino, 2006, p. 7 e ss.; CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto». *Riflessione de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1382 e ss.

⁸³ BELLINI, *La difesa legittima*, cit., p. 1 e ss.

⁸⁴ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 6.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Si è efficacemente proposta una lettura dell'evoluzione storica dell'istituto attraverso la contrapposizione di due cosiddetti paradigmi, elaborati già in epoca romana: quello del *fur nocturnus*; e quello del duello. Volendo soffermare la nostra attenzione sull'evoluzione storica della connotazione soggettiva dell'istituto, occorre riferirci al primo dei due⁸⁵.

La legittimità della reazione del derubato nottetempo era legata nel diritto romano alla considerazione che questi, in occasione di una aggressione al suo patrimonio, potesse legittimamente temere per la propria vita, giacché le possibilità di difesa in condizioni simili sono diminuite dalla imprevedibilità delle conseguenze dell'azione del ladro introdottosi nell'abitazione altrui. La legittimità dell'azione del derubato è cioè fondata principalmente sulla considerazione del timore per la vita del derubato stesso, reso più grave dall'ora notturna che non gli consente una difesa efficace. Il diritto romano, attraverso la regola stabilita dalle XII Tavole creava infatti «a favore del derubato e a svantaggio del *fur* una presunzione assoluta di un determinato atteggiamento psicologico⁸⁶», quello appunto del timore giusto per la propria vita, il quale «fa sì che la bilancia della proporzione penda completamente dalla parte del primo⁸⁷».

È tuttavia solo con lo sviluppo del diritto canonico che la difesa legittima viene fondata maggiormente su basi psicologiche, laddove il diritto altomedievale di matrice germanica si connotava attraverso l'istituto del guidrigildo per il disinteresse nei confronti di qualsiasi indagine ulteriore rispetto alla considerazione del danno prodotto alla *Sippe* dall'evento lesivo⁸⁸.

⁸⁵ *Ivi*, p. 14 e ss. Il paradigma del duello trova il suo archetipo nella figura romanistica della difesa contro l'aggressione che si caratterizzi per essere imminente e ingiusta e che rende necessaria la reazione dell'agredito secondo un parametro di proporzionalità: «la situazione di conflitto alla base di questa concezione è quella di uno scontro in campo aperto, tra soggetti di pari età, *status*, sesso e vigore fisico». A differenza di questo caso, in cui il diritto romano rimette la soluzione del conflitto ai contendenti, in riferimento al caso di furto notturno con possibile aggressione anche al bene della vita (*fur nocturnus*), il diritto romano «non è imparziale, non attribuisce alle due posizioni, quella del ladro e quella del proprietario, un identico valore, ma, al contrario, creando a favore del derubato e svantaggio del *fur*, la presunzione assoluta di un determinato atteggiamento psicologico, fa sì che la bilancia della proporzione penda completamente dalla parte del primo».

⁸⁶ Cfr. FALCHI, *Diritto penale romano. Dottrine generali*, II ed., Padova, 1937, p. 176.

⁸⁷ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 17.

⁸⁸ Per maggiori rilievi sintetici sul diritto germanico relativamente alla composizione delle faide, cfr. DIURNI, *Il medioevo*, in AA.VV., *Profilo di storia del diritto penale. Dal medioevo alla restaurazione. Lezioni raccolte da Maria Rosa Di Simone*, Torino, 2012, p. 9 e ss.

Capitolo I

Come è stato notato⁸⁹, la difesa legittima si pone in opposizione netta all'insegnamento evangelico dal momento che autorizza il singolo a reagire invece che a porgere la seconda guancia all'offensore. Per questo motivo i canonisti qualificarono l'istituto come di diritto naturale⁹⁰, benché riconosciuto anche nella legge veterotestamentaria; essi dunque individuarono nel movente legittimo la ragione di liceità del fatto, pure lesivo, commesso da chi si difendeva⁹¹ ed elaborarono, conformando l'istituto al principio di *charitas christiana*, i requisiti ulteriori, divenuti poi capitali nella cultura giuridica italiana, della attualità della difesa e della proporzione; quest'ultimo qualificò così tanto la difesa che essa fu anche chiamata *moderamen inculpatae tutelae*⁹².

La connotazione anche in chiave soggettiva dell'istituto fu mantenuta per tutta l'età di mezzo e poi nel diritto moderno, cristallizzandosi nell'affermazione del Claro per cui *moderamen circa tria constitit, scilicet modum, tempus et causam*⁹³. Rimase peraltro saldo il principio che stabiliva la legittimità della difesa, anche a costo della vita del ladro, nel caso dell'introduzione notturna nell'abitazione; in questo caso, infatti, il timore della morte in capo al proprietario che si difende ovvero una presunzione di volontà anche omicida in capo al ladro giustificavano la sproporzione oggettiva realizzata⁹⁴.

La presenza del paradigma del ladro notturno sopravvisse a lungo, fino all'epoca delle codificazioni del XIX secolo. Le parti speciali dei primi codici prevedevano infatti in riferimento al delitto di omicidio singole figure di difesa legittima relative all'omicidio commesso da chi si fosse difeso nella propria abitazione contro l'intromissione di terzi⁹⁵. Nella dottrina italiana del XIX secolo, infatti, era ancora molto forte l'opinione, patrocinata dal padre dei criminalisti

⁸⁹ BELLINI, *La difesa legittima*, cit., p. 3.

⁹⁰ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 28. L'Autrice ricorda la teorizzazione operata da Tommaso d'Aquino il quale, fondando la difesa sull'autoconservazione, la connotava quale strumento di garanzia dell'ordine stabilito nella natura dalla mente di Dio. Per questo motivo l'azione del difensore obbedisce ad un comando divino.

⁹¹ Insegnamento dei canonisti è che la difesa debba essere *non ad sumendam vindictam, sed ad iniuriam propulsandam* (ivi, p. 29).

⁹² SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 32.

⁹³ Ivi, p. 41. L'Autrice si sofferma sulla sistemazione data da Claro all'istituto sottolineando anche i caratteri psicologici fondanti del *iustus timor*, turbamento emotivo in ragione del quale non è possibile pretendere dall'agredito una reazione esattamente proporzionata (*sic turbatus non potest semper habere staderam in manu*).

⁹⁴ Ivi, cit., p. 45

⁹⁵ CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto», cit., p. 1384 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

italiani, che l'omicidio commesso nella difesa di sé all'interno del proprio domicilio dovesse essere scriminato e questo «fissando sempre il pensiero sulla situazione soggettiva dell'uccisore». Per questo motivo il Carrara riteneva che non si dovesse distinguere in base all'orario dell'aggressione domestica, né in ragione di altre circostanze: l'aggressione in casa, «nella paurosa e repentina costernazione causata» rendeva tollerabile l'omicidio e financo l'eccesso di difesa avrebbe dovuto rimanere impunito, avendo «l'imputato agito soltanto per effetto di sbigottimento, timore o spavento⁹⁶».

La figura del *fur nocturnus* trovò espressione nel primo codice penale unitario italiano, dopo aver avuto espressione anche nei codici preunitari, come si è detto⁹⁷. Il codice Zanardelli, infatti, stabiliva la non punibilità dell'omicidio commesso dal proprietario nottetempo al fine di respingere gli autori di scalata, rottura o incendio della casa. A questa figura di difesa domiciliare fu affiancata anche un'altra, diurna, la quale però poteva essere invocata solo se il luogo dell'aggressione fosse isolato e vi fosse fondato timore per la sicurezza personale di chi si trovava all'interno dell'abitazione assalita⁹⁸.

Questa seconda figura chiarisce il fondamento dell'esimente: lo stato d'animo del difensore e la sua “minorata difesa”. Entrambi gli elementi, presunti nell'ipotesi dell'irruzione notturna, dovevano invece essere provati nel caso di assalto diurno.

Il codice Rocco, come è noto, contiene un'unica disposizione concernente la difesa legittima nella quale si ritenne ricompresa ogni altra ipotesi precedentemente collocata nella parte speciale del codice previgente⁹⁹. L'unico contrassegno psicologico attualmente presente nel primo comma dell'art. 52 c.p. – disposizione a cui si limitava tutta la disciplina penalistica della difesa fino al 2006 – è il participio passato «costretto», il quale a breve sarà oggetto di indagine.

Da ultimo la riforma del 2006 ha reintrodotta l'antica figura della difesa domiciliare la quale, dunque, sarebbe idonea a portare alla ribalta della discussione penalistica il rilievo di stati psicologici: condizionale d'obbligo tuttavia giacché della figura contenuta nei commi secondo e terzo dell'art. 52 c.p. ciò che è al centro del

⁹⁶ Cfr. le Osservazioni di Carrara sullo scalamiento: CARRARA, *Lineamenti di una pratica legislativa penale* (1873), Bologna, 2007, p. 139 e ss.

⁹⁷ Cfr. CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto», cit., p. 1386 e ss.

⁹⁸ Art. 376 c.p. 1889.

⁹⁹ CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto», cit., p. 1385 e s.

Capitolo I

dibattito non è l'*animus* di chi si difende, né la qualifica giuridica di scriminante, bensì l'interpretazione, con finalità di emenda del testo della legge non sempre encomiabili, dei contrassegni oggettivi richiesti (presenza legittima di chi si difende; detenzione legittima dell'arma; mancata desistenza; pericolo d'aggressione; nozione di domicilio).

Come si è potuto notare in questo volo d'uccello su un'evoluzione più che millenaria, al discorso sulla difesa legittima non sono estranei riferimenti all'elemento psicologico. Sarebbe tuttavia erroneo concludere, semplicemente sulla base di questo dato storico, che l'interpretazione della fattispecie debba tener conto necessariamente anche dell'intenzione di difendersi dell'agente. Bisogna, infatti, considerare il ruolo giocato dalla *ratio* attribuita alla causa di non punibilità in questione. Da essa, e prima ancora dal suo essere qualificata quale causa di giustificazione, sono state fatte derivare conseguenze interpretative di rilievo. È dunque doveroso ora dare conto delle differenti posizioni che è dato rintracciare in dottrina in riferimento alla *ratio* dell'istituto.

Anche in questo caso un'indagine che volesse essere seria impegnerebbe lo studioso in un poderoso lavoro di ricostruzione della letteratura riguardo la (probabilmente) più antica causa di non punibilità che gli ordinamenti giuridici conoscano. Sono di aiuto anche in questo caso i minuziosi lavori che sono stati appena citati¹⁰⁰, nonché altre opere¹⁰¹ che hanno affrontato la questione.

In sintesi estrema le spiegazioni della non punibilità di quanto commesso in stato di difesa legittima possono essere divise in due tipologie¹⁰².

In un primo gruppo si possono inserire le cosiddette teorie soggettive le quali spiegavano la difesa o in ragione della coazione morale che spinge alla difesa; o in ragione della mancanza di imputabilità; ovvero in ragione del motivo lecito. L'insufficienza delle ultime due spiegazioni alla luce del diritto attuale è evidente dal momento che il concetto di imputabilità attualmente è riferito ai presupposti della

¹⁰⁰ SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 73 e ss.; nonché BELLINI, *La difesa legittima*, cit., p. 27 e ss.

¹⁰¹ ALTAVILLA, *Difesa legittima*, in *Novis. Dig. it.*, V, Torino, 1964, p. 620 e ss.; PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p. 510; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, p. 5 e ss.

¹⁰² Nello specifico, v. ALTAVILLA, *Difesa legittima*, cit., p. 620, con la dottrina *ivi* citata in riferimento a ciascuna opinione ricordata, nonché BROCCA-MINGRONE, *La legittima difesa*, Padova, 2003, p. 29 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

colpevolezza e non al “nudo” profilo psicologico dell’agente; mentre il riferimento ai motivi leciti si rivela pressoché sprovvisto di una reale capacità euristica.

Da altro lato si collocano le teorie oggettive. In base ad esse la difesa viene spiegata o attraverso il concetto retributivo di ascendenza kantiana ed hegeliana; o con il riferimento al conflitto fra beni; o con il concetto di difesa pubblica sussidiaria. In modo simile si è individuata la *ratio* della scriminante ancora nell’esercizio privato di una funzione; nell’esercizio di un diritto soggettivo pubblico; nel diritto-dovere di provvedere all’autoconservazione; o infine nell’annullamento dell’ingiustizia ad opera dell’azione di chi si difende.

Più modernamente, scartate le posizioni incompatibili con la natura di Stato costituzionale di diritto e con la moderna teoria del reato, il fondamento della difesa legittima viene individuato dalla dottrina maggioritaria in due dimensioni, l’una privata e l’altra pubblica, le quali talvolta sono ritenute cumulativamente presenti¹⁰³.

La dimensione privata della difesa legittima è immancabilmente ammessa in qualsiasi contributo sul tema. Essa, non diversamente da quanto affermato dai canonisti antichi, e sarebbe difficile trovare altre spiegazioni, consiste nell’autotutela che è riconosciuta al singolo, discendente dalla natura umana. Non pare, infatti, seriamente dubitabile che la difesa attenga all’essere l’uomo un animale, prima che una persona. Questa considerazione è espressa abitualmente con il brocardo classico *vim vi repellere licet*, sebbene esso non sia molto di più che una tautologica constatazione della liceità dell’autotutela, ma d’altra parte è difficile trovare altre parole per descrivere questa semplice verità. L’imbarazzo tuttavia è limitato dal riscontrare come la dottrina maggioritaria, in verità, non spenda molte parole in più su questo punto¹⁰⁴ e come talvolta su di esso taccia addirittura¹⁰⁵.

¹⁰³ L’affermazione è comune in molti autori: NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 347; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 163; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 104; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 350; SIRACUSANO F., *Legittima difesa*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 362; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 384.

¹⁰⁴ Per il riferimento all’autotutela e all’uso del brocardo indicato v. GROSSO, *Legittima difesa*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 46; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 299; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 347; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 163; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 104; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 350; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., p. 328; SIRACUSANO, *Legittima difesa*, cit., p. 362; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 295; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 312; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 251; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 273; p. 312; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V ed., Torino, 2015, p. 309; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 387.

¹⁰⁵ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 443

Capitolo I

La dimensione pubblica, che parte della dottrina ravvisa nella difesa legittima, coincide in definitiva con l'idea che l'ordinamento non solo tollera la difesa del singolo – a questo risultato sarebbe sufficiente la constatazione della *ratio* di autotutela – ma approva anche l'azione del singolo considerandola lecita, cioè conforme all'ordinamento, come si spiega in genere. Il precipitato¹⁰⁶ di questa considerazione è la qualifica dell'offesa come ingiusta: nell'ingiustizia dell'aggressione si trova la ragione di liceità della risposta. Più complesso è spiegare la ragione della liceità riconosciuta alla difesa.

È dato scorgere forse un bivio, giunta al quale la dottrina incamminatasi per questa via si divide: da una parte, infatti, si sostiene che la difesa legittima realizzi un bilanciamento di interessi¹⁰⁷, approvato dall'ordinamento in ragione della ingiustizia dell'attacco subito da chi si difende, secondo lo schema della ponderazione di interessi contrastanti riconosciuta quale anima della categoria delle scriminanti cui è ascritta universalmente la difesa legittima¹⁰⁸.

Altra parte della dottrina (più consistente), invece, ritiene che la dimensione “pubblica” della scriminante si scorga nella presenza, per così dire in forma mediata, dell'ordinamento nel momento in cui si realizza la difesa, dimodoché il soggetto che si difende con la sua reazione necessitata riafferma il diritto sancito dall'ordinamento e violato dall'iniziativa dell'aggressore¹⁰⁹.

Questa seconda posizione presente in dottrina si allinea all'opinione espressa dalla dottrina tedesca pressoché unitaria. La *Notwehr*, infatti, è stata intesa tradizionalmente dalla dottrina tedesca classica non solo come strumento di preservazione del singolo di fronte alla necessità. Di essa si è fin da subito affermata

¹⁰⁶ Si fa qui riferimento alla metafora del precipitato, ma è molto difficile capire cosa venga prima, se la considerazione dello scopo sociale della regola (la cosiddetta *ratio*) ovvero il dato testuale. La risposta non è, come avvertito, nel senso di una alternativa secca; essa va piuttosto ricercata nel concetto di interpretazione, secondo quanto accorta dottrina ormai avverte da tempo; un concetto di interpretazione che, attenta non all'ossequio delle forme, ma al significato concreto delle regole nella città degli uomini, si giostra fra il livello costituzionale dei principi, il rango della legge ordinaria che disciplina i singoli istituti e infine il significato sociale delle regole. V. *infra* ultimo paragrafo del capitolo.

¹⁰⁷ Cfr. RONCO, *Legittima difesa*, in *Dig. disc. pen.*, IV agg., 2006, p. 641; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 171; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 384.

¹⁰⁸ Anche qui è difficile comprendere cosa venga prima: se il concetto di antiggiuridicità, da cui si deriva l'idea del bilanciamento di interessi, ovvero la difesa legittima che scrimina, realizzando un bilanciamento di interessi che la colloca nella categoria delle cause di giustificazione.

¹⁰⁹ Cfr. NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 347; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 163; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 104; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 350; SIRACUSANO, *Legittima difesa*, cit., p. 362.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

la natura di strumento di riaffermazione dell'ordinamento: la massima di ascendenza kantiana ed hegeliana «*das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen*», assunto generale dell'ordinamento intero, in materia di difesa legittima portò a stabilire che «*auch ein geringfügiger Gegenstand darf mit einer größten Gewalt, selbst mit der Tötung des rechtswidrigen Angreifers, verteidigt werden*¹¹⁰».

Pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità tedesca fino a tempi recenti¹¹¹, il principio continua ad avere seguito nella dottrina tedesca, la quale, fondandosi su una disposizione codicistica (il § 32 *StGB*) che non prevede la proporzione, afferma convintamente che sia giusto che l'agente non desista pressoché in alcun caso di fronte all'aggressione che lo sovrasta¹¹².

Dal canto suo, non convince nemmeno la riedizione del principio esasperatamente pubblicistico della difesa del diritto sostenuta da Roxin¹¹³. L'Autore individua due finalità a cui il principio dell'affermazione del diritto sarebbe servente:

¹¹⁰ L'affermazione è tratta dal manuale di Albert Friedrich Berner (1898). Per questo riferimento e per gli altri relativi alla dottrina tedesca sul punto cfr. MAIWALD, *Das Prinzip der Verhältnismässigkeit zwischen Angriff und Verteidigung im Recht der Notwehr*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1579 e ss., nello specifico p. 1580 e ss.; nonché ROXIN, *Le 'limitazioni etico-sociali' del diritto di legittima difesa. Tentativo di bilancio* (1981), in *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, p. 243 e ss., nello specifico, pp. 245-253.

¹¹¹ ROXIN, *Le limitazioni etico-sociali del diritto di legittima difesa*, cit., p. 246

¹¹² È interessante notare la coppia di interrogativi che Maiwald pone nel suo saggio sopra indicato; essi, infatti, rendono la misura della distanza dell'ordinamento tedesco da quello italiano. L'Autore si chiede in primo luogo: «*Die entscheidende Frage bei der Ausgestaltung der Notwehrbefugnisse ist die, ob man es zulassen will, dass ein Angreifer, der sich über die Recht anderer hinwegsetzt, wenigstens bei bestimmten Fallgestaltungen mit seiner bewusste Verletzung der Recht anderer soll Erfolg haben können, nämlich dann, wenn der Preis zur Verhinderung eines bewussten Rechtsbruch ein Menschenleben ist, und zwar das Leben des Angreifers*» e la risposta ad un italiano è chiara e positiva: stante l'altissimo posto ricoperto dalla vita umana nella gerarchia dei valori, non vi è quasi alcun altro bene che possa vincerla, giustificando una difesa sproporzionata nei fatti. Ancora si chiede l'Autore: «*ist der Wert, den die Gesellschaft dem Prinzip der Geltung des Recht beimisst, so groß, dass man dem Opfer einer Straftat zugesteht, sich um jeden Preis wehren zu dürfen?*» e la risposta – anche qui scontata alla luce dell'ordinamento italiano – è negativa, per le ragioni sopra riportate. Questi interrogativi si pongono proprio per l'accentuato valore riconosciuto in ambito tedesco al principio della salvaguardia del diritto che investe il difensore di un potere tale da adoperare anche la tutela estrema, a seconda delle circostanze del caso (almeno questo!), per la tutela di qualsiasi bene. Non lo nasconde Roxin che afferma in merito alla possibilità della fuga: «il principio dell'affermazione del diritto, che normalmente fa cadere l'obbligo di fuga, è un presupposto necessario dell'ordinamento giuridico: lo spazio di vita in libertà dei cittadini onesti verrebbe intollerabilmente ridotto se l'aggressore violento potesse proseguire senza pericolo per la propria strada. La popolazione pacifica – paradossalmente – dovrebbe vivere in fuga continua davanti a coloro che violano il diritto. E questo nessun diritto può permetterlo» (cfr. ROXIN, *La situazione di legittima difesa provocata* (1963), in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 230). A questa annotazione si deve però rispondere che la vita e la personalità dell'aggressore sono, meno che i medesimi beni dell'agredito, sacri per l'ordinamento, e che la soccombenza dei primi è dettata solo dalla necessità per l'individuo che si difende di salvare se stesso.

¹¹³ ROXIN, *Le limitazioni etico-sociali del diritto di legittima difesa*, cit., p. 249.

Capitolo I

il principio della prevenzione speciale, in forza del quale il difensore impedirebbe al singolo aggressore di delinquere; e il principio della prevenzione generale, in ragione del quale l'azione del difensore servirebbe da monito agli altri eventuali malintenzionati. I due riferimenti non convincono perché, come da tempo in Italia è avvertito, la difesa legittima non è una sanzione, ragion per cui essa non si carica di alcuna funzione tipicamente rivestita dalla sanzione criminale inflitta pubblicamente e, soprattutto, all'esito di un processo. La prevenzione speciale non appare convincente, nello specifico, perché il difensore più che agire per impedire un delitto, agisce per salvaguardare se stesso. Per altro verso, l'appello alla prevenzione generale appare non conferente perché la general-prevenzione, già inficiata dalle fondamenta da dubbi circa la sua opportunità quale fondamento della pena, è funzione che legittimamente può essere esercitata solo dal potere pubblico con le forme del procedimento legislativo.

In breve, l'idea di un profilo pubblicistico nella difesa legittima non convince, qualsiasi veste gli venga dato. Esso corrisponde all'idea di uno Stato che, pervadendo ogni settore della vita, si serve del singolo, strumentalizzandone la condotta a fini di governo. Col concedere al singolo il potere di rappresentare lo Stato nella singola necessità la stessa concezione dell'esimente rischia di veicolare maggiormente l'idea che di fronte all'attacco ingiusto (peraltro anche solo putativo) al singolo sarebbe concesso pressoché tutto; né sono sfuggiti alla dottrina più attenta gli effetti criminogenetici di una posizione del genere¹¹⁴.

Una concezione etica, o quantomeno connotata in senso pubblicistico, peraltro appare incompatibile anche con i principi costituzionali dell'ordinamento italiano i quali consacrano la libertà personale al di sopra di ogni altro bene, con la conseguenza che la tutela di nessun diritto, al di fuori naturalmente della vita dell'agredito, può spingersi oltre le la lesione dell'integrità fisica¹¹⁵: nel nostro ordinamento infatti più forte di qualsiasi idea di giustizia e di legalità rimane la tutela della vita dei singoli.

¹¹⁴ Cfr. VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, p. 2036.

¹¹⁵ Viganò ha giustamente elaborato un criterio del tutto coerente con siffatte premesse: egli ritiene, infatti, che, anche laddove insieme al patrimonio si attenti alla vita del soggetto in modo serio e cogente, sia sempre doveroso praticare da parte dell'agredito il *commodus discessus* che si concreta nel sacrificio del proprio patrimonio: più del patrimonio dell'agredito vale una vita umana, benché sia quella di un ladro (cfr. *ivi*, p. 2046).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

È dunque opportuno depurare la difesa legittima da significati eccessivi, di natura eticizzante¹¹⁶ in modo che essa, da atto eclatante di manifestazione della giustizia “fatta in casa” con l’avallo dell’ordinamento statale, divenga nel discorso dei giuristi e di conseguenza in quelli del pubblico, l’atto estremo di una dolorosa necessità.

La considerazione della difesa legittima quale concessione al privato della facoltà di difendersi da sé, peggio se slegata come è in Germania dall’idea della proporzione, è, come detto, foriera della strumentalizzazione da parte del potere costituito in Stato della vita e delle vicende dei singoli, specie della morte del ladro. Invece di predisporre vie efficaci di prevenzione al crimine lo Stato accorda margini di manovra sempre più ampi al singolo, permettendo di fatto il dilagare della violenza¹¹⁷, e consegue per questa via l’obiettivo di riaffermare la percezione (solo questa) della sua presenza nella opinione pubblica, a prescindere da qualsiasi impegno concreto di lotta seria alla delinquenza.

L’unico fondamento della difesa legittima dovrebbe rimanere invece l’autotutela: la difesa è, infatti, la possibilità riconosciuta dall’ordinamento al singolo

¹¹⁶ L’aggettivo non è casuale. Il nesso fra l’istituto della difesa legittima e la concezione etica dello Stato è schizzato velocemente da NORDIO nella prefazione a SARNO-SARNO, *L’evoluzione della legittima difesa*, Milano, 2008, p. X. L’Autore ritiene che la struttura della difesa legittima del codice penale italiano corrisponda in pieno all’idea totalitaria dello Stato fascista, il quale regolando in modo oltremodo stringente – questa l’opinione dell’Autore – l’istituto avrebbe inteso “entrare” sin nell’intimo recesso della contesa “corpo a corpo” dei suoi sudditi. Se è suggestiva la connessione possibile della difesa legittima con il concetto di Stato etico, non convince la conclusione trattata dall’Autore. A ben vedere non si può che encomiare la scelta del legislatore del ’30 di porre salde fondamenta alla costruzione della legittima difesa, specie facendo proprio e riproponendo il *moderamen* e non si vede invece come si possa deprecare la posizione di limiti dal forte valore comunicativo che ambiscono a giustificare quelle sole azioni che non costino un sacrificio inutile della vita e dei beni altrui. A questo riguardo si veda anche MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 831: «[...] anche a considerare la particolare situazione materiale e psicologica in cui si trova l’agredito che si difende, l’aggressore non perde ogni diritto di fronte alla reazione altrui, finendo per esserne mero “oggetto”. Entrambi rimangono invece “soggetti” di diritto nell’ordinamento considerato, il quale, mediante la previsione di specifici limiti al riconoscimento della situazione di liceità, definisce i termini in cui nello scontro fra le due posizioni soggettive una possa legittimamente prevalere e l’altra debba inevitabilmente soccombere».

¹¹⁷ Come ricorda Viganò, infatti, il risultato sicuro dell’allargamento della possibilità di difesa violenta è l’aumento del numero dei morti. Non è invece detto che si consegua l’effetto correlato della deterrenza generale. Piuttosto coloro che sono dediti ai crimini violenti contro il patrimonio è probabile che si predispongano ad azioni dagli effetti maggiormente micidiali, essendo pronti ad affrontare anche le reazioni violente (cfr. VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, p. 2034 e ss.).

Capitolo I

di rimediare da solo quando non c'è nessun altro modo efficace¹¹⁸. Di conseguenza fra tutti gli elementi che compongono la scriminante sono la necessità, la costrizione, il pericolo attuale e la proporzione che debbono giocare un ruolo maggiore, ma è soprattutto la proporzione che è chiamata a garantire la conformità della difesa legittima all'assetto costituzionale.

A questa stregua, infatti, si potrà correttamente decidere se l'azione di chi si difendeva sia stata rispettosa delle gerarchie che la Costituzione stabilisce fra beni serviti (la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, l'autodeterminazione...) e beni serventi (il patrimonio), senza che possa bastare la qualifica di aggredito a legittimare qualsiasi tipo di risposta. Così configurata, la legittima difesa risulta dunque finalizzata alla garanzia dei soli attributi più preziosi della persona umana (vita, libertà, integrità fisica), giacché i beni patrimoniali non potrebbero in alcun modo giustificare il sacrificio della vita, della libertà e dell'integrità fisica dell'aggressore, e ciò nonostante l'ampia dicitura dell'art. 52 c.p. che fa riferimento al concetto non meglio circoscritto di diritto. A livello costituzionale questa soluzione pare necessitata non solo dall'ordine gerarchico dei beni che si contrappongono, ma anche dal generale dovere di solidarietà imposto ad ogni cittadino, dovere che implica anche la possibilità (e la necessità) che talvolta le conseguenze di un'azione illecita rimangano in capo al danneggiato¹¹⁹.

Se dunque il fondamento della difesa legittima è da individuare nella sola autotutela si può ritenere che non rimangano estranei all'istituto tratti psicologici i quali corrispondano all'indagine circa la consapevolezza della sussistenza di reali esigenze di autotutela¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 295; nonché FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 350.

¹¹⁹ Peraltro la tutela penale non è esclusa come pure quella civile: ciò che si vuole impedire è che si sacrifichi una vita umana senza reale necessità.

¹²⁰ A questo riguardo, quale conclusione sul punto, pare significativo riportare la ricostruzione della *ratio* operata da Pulitanò, il quale nel suo manuale giustamente individua come fondamento della scriminante, nel caso della difesa di se stessi, la tutela dell'individuo, diritto inviolabile solo riconosciuto dall'ordinamento, seppure regolato e nel caso del soccorso di necessità il dovere di solidarietà: nient'altro dunque che non sia strettamente connesso alla persona dell'individuo, alla sua inviolabilità (cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 253; nonché MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 202 il quale esprime l'auspicio che vengano superata «prospettive repressive, tendenti ad esaltare il principio della prevalenza del diritto»).

5.2. Il dibattito sulla costrizione

Individuato così anche alla luce delle disposizioni costituzionali il fondamento della difesa legittima, è giunto il momento di considerare le questioni relative ai profili soggettivi della legittima difesa.

A questo riguardo i temi di ricerca sono due: l'analisi del concetto di costrizione e la problematica della provocazione; ad essi si aggiunge la valutazione dell'impatto delle recenti proposte di modifica della disciplina della difesa legittima.

L'interpretazione del concetto di costrizione ha dato luogo nella dottrina italiana ad una piccola *querelle* non priva di interesse. Il testo dell'art. 52 c.p. infatti consente di invocare la difesa legittima all'agente che «costretto dalla necessità» commette il fatto, in presenza degli altri requisiti della disposizione. Il concetto di costrizione da parte sua si presta ad essere inteso come perturbamento dell'animo tale da determinare l'agente all'azione ovvero anche come semplice contrassegno del nesso di causalità psicologica fra l'aggressione e la successiva reazione difensiva. Entrambi i significati connoterebbero la scriminante in senso soggettivo, giacché la possibilità di invocarla non prescinderebbe dalla partecipazione intellettuale, e nel primo caso anche emotiva, dell'agente alla situazione necessitante.

Posta l'alternativa ermeneutica in questione, parte della dottrina più risalente optò per la soluzione soggettivista¹²¹. Altavilla, nella sua voce apparsa sul *Novissimo digesto*, per esempio, suffragava questa scelta, nonostante il tenore letterale del primo comma dell'art. 59 c.p., basandosi in primo luogo sull'accezione, per così dire, naturale dei concetti di costrizione e di difesa, in forza della quale non è possibile

¹²¹ Si sono già ricordate le pagine di Carrara relative all'aggressione domestica. Prima del Maestro lucchese anche Carmignani aveva collocato sulla scorta della tradizione precedente la difesa legittima nella classe delle cause «*quae in delicto imputationem vel minuunt vel perimunt quoad voluntatem, ac libertatem agentis*». Nello specifico l'Autore inseriva il *moderamen* nella categoria delle cause che consistendo in una *vis moralis* incidono sulla libertà e sulla volontà dell'agente (cfr. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, Editio V, I, Pisis, MDCCCXXXIII, p. 54 e s.). Per lo sviluppo successivo di questa impostazione nella vigenza del codice Rocco si vedano: FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 531; ALTAVILLA, *Legittima difesa*, cit., p. 632; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, p. 501 il quale afferma: «Ora, la necessità è una situazione oggettiva la quale esiste anche indipendentemente dalla coscienza che ne abbia il soggetto necessitato [...] Però, la legge, in tutte e tre le situazioni necessitate di cui agli art. 52, 53, 54, dà efficacia scriminante non allo stato di necessità in sé, bensì alla circostanza che il soggetto, per tale necessità, sia costretto a reagire. Questo elemento – essenziale per l'esistenza delle scriminanti qui considerate – rende impossibile che le stesse possano essere valutate a favore del soggetto se egli ignora o crede inesistente la necessità; e ciò perché non è possibile essere psicologicamente costretti da una necessità che non si conosce o che si crede non esista». Per maggiori ragguagli sulla connotazione soggettiva e sulle origini soggettive della scriminante, oltre alle fonti prima citate, v. RONCO, *Legittima difesa*, cit., p. 647.

Capitolo I

ritenere difensiva un'azione che realizza questo scopo in modo inconsapevole, giacché è necessario che la difesa realizzi un intento a sua volta aggressivo. Con un ragionamento teleologico *ante litteram* l'Autore napoletano sottolineava la pericolosità sociale di chi nell'ignoranza della causa di giustificazione agisce «[ispirato] da moventi antisociali». Infine – e l'argomento troverà fortuna presso i sostenitori dell'interpretazione soggettiva a venire – il primo comma dell'art. 59 c.p., «norma di cui auspichiamo l'abrogazione» dice francamente Altavilla, deve essere riferito ai soli elementi oggettivi delle cause che escludono la punibilità, giacché gli elementi soggettivi richiesti dalle stesse per definizione non esistono che nella mente dell'agente¹²².

Più fortuna ha avuto la tesi oggettivista, sostenuta in primo luogo da Grosso. Alla luce dell'impianto oggettivistico della disciplina delle cause di giustificazione, nella sua monografia sull'errore nelle cause di giustificazione egli dà al termine un significato altrettanto oggettivo¹²³. Postosi l'alternativa fra interpretazione soggettiva ed oggettiva, l'Autore opta per la seconda in base a tre argomenti: il tenore del primo comma dell'art. 59 c.p.; la *communis opinio doctorum* sull'argomento; il principio dell'*in dubio pro reo*. In base a questi argomenti egli perviene ad attribuire un significato oggettivo alla disposizione in forza del quale la costrizione non deve essere valutata sul parametro della psiche dell'agente, ma piuttosto su quella di un osservatore esterno.

A ben vedere i tre argomenti non sono dirimenti. Il primo è intrinsecamente debole per la semplice constatazione che l'art. 59 c.p. non è norma sovraordinata rispetto alle singole fattispecie scriminanti che eventualmente contengano elementi soggettivi e d'altronde va incontro ai limiti che affliggono qualsiasi disposizione che pretenda di dettare canoni ermeneutici di altre disposizioni. Il riferimento alla opinione più diffusa, oltre ad essere soggetta alla verifica della sussistenza di tale reale maggioranza (all'epoca molto meno consistente che oggi, in verità), come noto, non conferisce alcuna validità intrinseca all'asserto *demonstrandum*. Infine il canone

¹²² Simili argomentazioni in riferimento all'ermeneutica della disposizione in questione sono svolte a favore della tesi soggettiva da RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 619.

¹²³ Cfr. GROSSO, *L'errore sulle cause scriminanti*, cit., p. 120 e ss., nonché ID., *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 236 e ss. e ID., *Legittima difesa*, cit., p. 43 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

del *favor rei* ha natura processuale e l'interpretazione che ne dà Grosso esprime un indirizzo ragionevole sì, ma potenzialmente contrario alla *voluntas legis*¹²⁴.

Più in generale il risultato ottenuto – il criterio cioè per cui si debba fare riferimento al terzo osservatore – non pare scevro da dubbi, i quali si appuntano, come in ogni situazione in cui si faccia riferimento ad un terzo osservatore, alla stessa possibilità di coniugare nella persona del mitico terzo il tratto intrinsecamente soggettivo dell'oggetto di giudizio (la costrizione) con il carattere oggettivo del giudizio stesso. In altre parole: ci si chiede in base a cosa il terzo possa decidere della sussistenza della costrizione, se non in riferimento alla sua nozione di costrizione, anch'essa soggettivamente determinata. Osta poi sempre la lettera della legge la quale, riferendosi ad un agente costretto dalla necessità, sembra con ciò alludere ad una condizione personale di coinvolgimento dell'agente, se non emotivo, almeno conoscitivo.

La questione è stata in seguito oggetto del lavoro di Spagnolo del 1980¹²⁵. La posizione dell'Autore a sostegno del rilievo soggettivo è molto articolata. Essa si svolge lungo differenti direttrici: il piano metodologico; il livello del raccordo con la disciplina generale delle cause di giustificazione; il significato letterale del termine costrizione.

La prima questione sollevata dall'Autore concerne in sostanza il concetto di *ratio*. Egli lamenta infatti il fatto che essa venga ricostruita sulla base di opzioni di valore precedenti il tenore letterale della disposizione e che con metodo deduttivo da essa poi si facciano derivare interpretazioni dei singoli elementi delle disposizioni. A questo riguardo, a una quarantina d'anni di distanza dal momento in cui queste pagine furono composte, si deve però richiamare l'attenzione sulla complessità del metodo ermeneutico, a cui si allude. Non pare ormai possibile sostenere né un metodo induttivo, come quello proposto dall'Autore, né uno deduttivo, che faccia discendere i significati vincolanti delle disposizioni da un *a priori* scelto nel mondo delle possibili opzioni logiche. È invece un dato ormai acquisito, a cui già si è fatto

¹²⁴ I limiti dell'impiego dell'argomento sono presenti in BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale* (1937), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 307 e ss. Replicando alla posizione di Bettiol, Grosso ritiene che quando si dà alternativa ermeneutica di un elemento di una fattispecie legale si debba sempre preferire l'interpretazione più favorevole al reo (cfr. GROSSO, *L'errore sulle cause scriminanti*, cit., p. 125, nota 72).

¹²⁵ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 32 e ss. e poi p. 52 e ss.

Capitolo I

cenno, la natura “compromissoria” del lavoro ermeneutico il quale deve giostrarsi fra varie esigenze – il principio di legalità, che è garanzia dei consociati; l’assetto costituzionale, che stabilisce princìpi di valore non disponibili all’interprete; le esigenze della contemporaneità, la quale richiede un diritto vivo e non morto, affogato dalla riproposizione di consueti schemi ermeneutici non più validi – esigenze tutte che si pongono tutte con la stessa forza alle porta dello studio dell’interprete, il quale non può comodamente rifugiarsi in schemi esegetici astratti¹²⁶.

In secondo luogo, riguardo al ruolo giocato dal canone imposto dal primo comma dell’art. 59 c.p. Spagnolo ricorda la non decisività della disposizione, stante l’ambiguità ad essa intrinseca che impegna l’interprete in un «attento esame delle disposizioni che prevedono le varie esimenti¹²⁷». Sul punto non si può che concordare, nonostante l’abrogazione della clausola di sussidiarietà che faceva salve le disposizioni contrarie.

Resta infine il riferimento al significato letterale del termine costrizione che costituisce l’argomento di maggiore rilievo svolto dall’Autore. L’Autore, riprendendo considerazioni già svolte da Altavilla e da Frosali, fa ancora una volta riferimento al senso comune delle parole, ammonendo non a torto lo studioso di non distaccarsi troppo dal significato di senso comune, non solo delle parole ma più in generale degli istituti¹²⁸.

La svolta nel dibattito sulla costrizione è stata segnata dalla voce enciclopedica *Difesa legittima* redatta da Padovani nel 1989. La ricostruzione dell’Autore ha infatti trovato molta fortuna nella dottrina che si è poi confrontata sul

¹²⁶ Lo stesso Autore d’altra parte sembra esserne consapevole quando afferma che «le scelte del legislatore non sono mai così nette; [...] il legislatore è per lo più costretto ad “inventare” soluzioni capaci di soddisfare esigenze diverse, estremamente articolate e complesse, talvolta addirittura contraddittorie. Di guisa che il dato normativo finisce col non ritrovarsi del tutto, né nell’uno né nell’altro principio e rifiuta di lasciarsi contenere in schemi logici prefissati» (v. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, p. 35 e ss.). La questione metodologica è oggetto di trattazione separata nel presente lavoro (v. *infra* l’ultimo paragrafo di questo capitolo).

¹²⁷ *Ivi*, p. 57. Anche su queste tematiche si ritornerà quando sarà trattato il problema dell’ermeneutica dell’art. 59, co. 1 c.p.

¹²⁸ *Ivi*, p. 34 e s. afferma Spagnolo: «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. Solo se tale tentativo dovesse fallire, saremo costretti ad accettare la interpretazione corrente, spostando eventualmente il discorso nell’ambito delle prospettive di riforma».

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

tema nel prosieguo, la quale ha difatti riproposto di volta in volta la soluzione da questi elaborata¹²⁹.

Padovani parte dalla constatazione dell'ambiguità del tenore letterale del primo comma dell'art. 52 c.p.¹³⁰, peraltro già sottolineata a suo tempo da Grosso nel libro sopra citato, e inclina infine per la soluzione oggettiva in vista del contrasto che si verificherebbe fra i caratteri oggettivi dell'ordinamento e la costrizione soggettivamente intesa¹³¹.

Le motivazioni addotte per il rigetto della tesi soggettivista sono due: il tenore del primo comma dell'art. 59 c.p., che verrebbe stravolto se si ritenesse che rilevi l'opinione (negativa) del soggetto circa la sussistenza della situazione scriminante; e il controsenso che si verificherebbe, in quanto si sfornirebbe di una tutela l'agente, che dovrebbe continuare a «lasciarsi motivare dalla norma incriminatrice», astenendosi così dalla condotta salvifica, pure quando la possibilità di agire gli è riconosciuta dall'ordinamento.

Le due ragioni sono, come si vede, la riproposizione seppure in altra veste dell'argomento letterale *ex* primo comma dell'art. 59 c.p. e, se si vuole, dell'argomento *in favorem rei* già editi da Grosso.

Il vero pregio della tesi di Padovani è un altro. Esso risiede nel legame che l'Autore instaura fra il concetto di bilanciamento di beni, che nella visione di Padovani sottende la scriminante, e la costrizione. Se infatti un conflitto fra beni è dato non si vede perché a prevalere debba essere quello dell'aggressore e non quello dell'agredito che non ha dato causa alla situazione di pericolo: «il bene dell'agredito non diventa meno degno di tutela sol perché l'atteggiamento di costui

¹²⁹ PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p. 509 e s.; nonché ID., *Diritto penale*, cit., p. 165 e ss.; poi ripreso da NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 353; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 105; SIRACUSANO, *Legittima difesa*, cit., p. 373; VIGANÒ, *Articolo 52*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, I, IV ed., Milano 2015, p. 926 e ss.; BOScareLLI, *Legittima difesa*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., p. 330; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 561. Cfr. poi PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 386, il quale prospetta l'alternativa interpretativa e sembra inclinare per l'opzione oggettiva.

¹³⁰ Un vero «*punctum dolens*», secondo l'Autore (cfr. PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p. 509).

¹³¹ Afferma l'Autore: «inteso in questo modo, il concetto di costrizione rischia di avviare la scriminante lungo il viscido crinale dell'atteggiamento interiore, facendo dipendere l'applicazione non soltanto dalla percezione effettiva del pericolo, ma dal riscontro del peso da essa esercitato sul processo di motivazione» (*ibidem*).

Capitolo I

risulti “riprovevole”»); d'altronde – osserva ancora – il compito del diritto penale non è la promozione di atteggiamenti interiori.

Il significato della costrizione è allora individuato da Padovani nel non aver concorso l'autore della condotta alla causazione della situazione di necessità: «L'alternativa si esprime come “costrizione” solo quando risulti subìta e non certo quando sia programmaticamente suscitata». La costrizione coincide dunque con la non causazione dell'evento e di fatto consente il recupero *praeter legem* di un requisito presente nell'attiguo stato di necessità¹³².

L'argomentazione tuttavia non è priva di criticità per varie ragioni. Essa rivela l'insufficienza – come ormai è sempre più chiaro – del dato testuale, sia dell'art. 52 sia dell'art. 59 c.p., onde l'Autore, come altri, risolve la questione sul piano del fondamento della esimente, soluzione invece, come visto, rigettata da Spagnolo.

Più rilevanti sono però le perplessità ulteriori da essa destinate. In primo luogo si deve osservare come il richiamo al concetto di bene non sia sufficiente, giacché bisogna considerare che, stante l'attuale impianto costituzionale, si deve riconoscere dignità anche ai beni dell'aggressore che soccombe: se per esempio si tratta di difendersi da un'aggressione mortale, non è la vita del difensore ad essere più meritoria di tutela; è piuttosto legittima la difesa esplicata in ragione di quella facoltà di autotutela che l'ordinamento consacra nell'art. 52 c.p. A ben vedere il tratto discriminante fra lecito e illecito, prima che nel rango dei beni, risiede nella possibilità di qualificare le condotte l'una come aggressiva e l'altra come difensiva.

In secondo luogo la teorica in questione pare criticabile sul profilo formale nel momento in cui realizza un recupero *praeter legem* dell'elemento dell'involontaria causazione dell'evento che non è previsto dalla disposizione e che viene da Padovani letto nella costrizione, intesa oggettivamente¹³³.

Infine, come rileva Viganò, la costrizione così intesa non si riferirebbe al momento della situazione di pericolo per il bene difeso ma arretrerebbe «nella fase

¹³² Cfr. per la stessa opinione PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 443.

¹³³ È forte nella dottrina la tentazione di recuperare per fini equitativi il requisito della non volontaria causazione dell'evento. Fiandaca e Musco, per esempio, nel loro manuale propongono una via alternativa per sancire la non applicazione della difesa legittima nei casi di concorso nella causazione dell'evento che consiste nel fare riferimento al concetto di necessità: cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 297. Più estesamente si veda oltre in questo paragrafo a proposito della provocazione.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

della genesi dell'alternativa tra subire e agire, ossia ad un momento anteriore a quello in cui concretamente quell'alternativa si presenta come tale agli occhi del soggetto¹³⁴», il che contrasterebbe con il requisito dell'attualità della difesa.

In epoca più recente il tema della costrizione e dell'elemento soggettivo è stato oggetto di due contributi.

Nel primo¹³⁵ l'Autore sostiene il rilievo soggettivo della scriminante in questione. Egli fonda il suo convincimento sulla considerazione per cui sarebbe doveroso distinguere fra i requisiti presenti nelle singole cause di giustificazione tra elementi oggettivamente connotati, elementi soggettivi ed elementi neutri: mentre per i primi l'interpretazione sarebbe vincolata dalla natura rispettivamente oggettiva e soggettiva, negli ultimi l'ambiguità ermeneutica verrebbe sciolta proprio dalla regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. Angelini sostiene anche – e non paiono considerazioni prive di senso, ma su di esse ci si soffermerà oltre nel prosieguo del lavoro, giacché investono il concetto di antigiusuridicità che è momentaneamente messo da parte – che la natura di causa oggettiva di esclusione del reato, riconosciuta senza meno alla difesa legittima, non viene meno per la presenza al suo interno di un requisito inequivocabilmente soggettivo¹³⁶.

Sulla scorta del rilievo metodologico già sollevato da Spagnolo, l'Autore rigetta l'individuazione di una *ratio* che sia un *a priori* rispetto alla disposizione in questione e ritiene piuttosto che sia doveroso partire dall'indagine dei singoli elementi contenuti nella disposizione, i quali debbono fungere da basi inferenziali della *ratio* stessa, successivamente ricostruita¹³⁷. Non si ripeteranno le considerazioni già svolte poco fa riguardo a questo argomento.

Più acutamente Angelini osserva come pur individuando il fondamento della scriminante nel bilanciamento di interessi – è la tesi pur semplificata di Padovani – il concetto di aggressione non è eliminabile dall'interpretazione della fattispecie; esso anzi è il punto centrale della scriminante, giacché è il criterio in base al quale è individuato il bene prevalente. In poche parole: per capire quale sia il bene prevalente occorre fare riferimento a quale sia il soggetto aggredito e una simile

¹³⁴ VIGANÒ, *Articolo 52*, cit., p. 928

¹³⁵ ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 191 e ss.

¹³⁶ *Ivi*, p. 201.

¹³⁷ *Ivi*, p. 202-203.

Capitolo I

indagine non è distinta dal rilievo anche dell'*animus defendendi* che caratterizza uno dei due protagonisti della vicenda¹³⁸. In sostanza ciò coincide con l'affermazione della prevalenza nella definizione della *ratio* del concetto di aggressione su quello di bilanciamento di interessi. Alla luce di quanto affermato circa la necessità di scrostare dalla difesa legittima le sovrastrutture pubblicistiche, l'operazione intentata dall'Autore non è da sottovalutare.

Angelini spende infine l'argomento dell'allarme sociale¹³⁹. Si tratta di un argomento caro agli autori che hanno affrontato più recentemente in Italia il tema del rilievo oggettivo delle scriminanti¹⁴⁰. Egli giudica socialmente riprovevole l'azione del soggetto che per quanto dipende da lui abbia commesso tutto ciò che integra una fattispecie penale. Questo argomento sarà oggetto della parte del lavoro in cui, ragionando di illecito, si affronterà la distinzione fra il caso della scriminante ignorata e quello del reato impossibile e, più in generale, la necessità della sussistenza accanto al disvalore di condotta presente in questi due casi anche del disvalore di evento per poter ritenere sussistente una responsabilità penale. Qui basti osservare che il concetto di allarme sociale appare suggestivo ma paradossalmente infido, anche per il penalista il quale pure sulla necessità della difesa sociale fonda almeno metà del suo impegno scientifico¹⁴¹.

Nel complesso l'Autore riprende in sostanza l'argomento letterale che intende la costrizione in modo soggettivo sebbene non come "pressione emotiva", ma semplicemente come conoscenza della situazione, onde aderire al significato comune della difesa legittima come reazione consapevole ad un attacco¹⁴².

¹³⁸ *Ivi*, p. 205.

¹³⁹ *Ivi*, p. 210 e ss.

¹⁴⁰ Si avrà modo di affrontare la questione nel paragrafo relativo all'interpretazione del primo comma dell'art. 59 c.p. Gli Autori a cui si allude ad ogni modo sono MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.; SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998; FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996. Di essi si avrà modo di parlare diffusamente nel prosieguo del lavoro.

¹⁴¹ L'altra metà essendo destinata, come ci avverte – pur con la consapevolezza dei limiti dell'espressione, per i quali si rinvia a VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione* (2009), traduzione italiana di G. Oss e S. Porro, Padova, 2013, p. 177 e s. – da più di un secolo von Liszt, alla tutela del reo.

¹⁴² Il resto del saggio sarà spunto per ulteriori riflessioni in tema di analisi dell'illecito nonché di regime sanzionatorio del caso in cui di una scriminante sussista il solo profilo oggettivo.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Da ultimo si prenda in considerazione il contributo all'indagine del tema offerto da Bellagamba¹⁴³.

A seguito di un'analisi efficace l'Autore giunge ad affermare che il concetto di costrizione è intrinsecamente ambiguo¹⁴⁴. Per questo motivo la soluzione circa il rilievo oggettivo o soggettivo della costrizione nella legittima difesa, come del resto nelle altre fattispecie scriminanti previste dal codice, è da trovare su un piano sistematico¹⁴⁵.

All'esito dell'indagine delle voci più rilevanti che si sono levate sulla questione dell'interpretazione della costrizione presente nell'art. 52 c.p. si può ritenere che la maggior parte della dottrina italiana inclina per la considerazione oggettiva dell'elemento e questo, come si avrà modo di apprezzare, in forza del predicato oggettivismo del nostro ordinamento nonché per l'intuitiva affinità di questo canone ermeneutico con l'idea del bilanciamento degli interessi che è generalmente connessa al fenomeno della giustificazione.

L'opinione della rilevanza anche del profilo soggettivo della difesa legittima è al contrario poco diffusa nella dottrina benché ben argomentata, come si è cercato di dare conto¹⁴⁶.

Senza passare ancora alle argomentazioni relative alla struttura dell'illecito, che saranno oggetto del prosieguo del lavoro, e rimanendo dunque sul piano dell'ermeneutica del dato legislativo, si deve osservare come la versione più diffusa, quella cioè che vuole la costrizione intesa in senso oggettivo, sia un'opzione che, fondata sul bilanciamento di interessi, trascura di considerare altri dati, pure rilevanti. In primo luogo, il fatto che la soluzione del bilanciamento, intorno a cui si ricostruisce la scriminante, venga risolto in base all'individuazione del soggetto aggredito porta a ritenere che sul piano ermeneutico più rilevante del concetto di bilanciamento sia la nozione di aggressione. Questa nozione, tuttavia, non sembra

¹⁴³ BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, p. 495 e ID., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 333 e ss.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 348 e s. «la posizione preferibile sembra, tuttavia, quella sostenuta da coloro che, a prescindere dalla specifica conclusione cui ritengono di approdare, concordano nel riconoscere al requisito della “costrizione”, se isolato dal contesto in cui viene a collocarsi, una connotazione di *ambiguità* ermeneutica e di *bivalenza* tra un'accezione oggettivistica e l'idea di un nesso psicologico tra la realtà oggettiva e la determinazione ad agire, non risolvibile senza il “contributo” di elementi argomentativi ulteriori, *condiciones sine quibus non* per poter sciogliere l'alternativa»

¹⁴⁵ Anche di questo Autore saranno oggetto di attenzione nel prosieguo del lavoro.

¹⁴⁶ Oltre agli autori citati, cfr. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 35; MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, p. 90.

Capitolo I

che si possa declinare a prescindere dalla considerazione del profilo soggettivo: chi potrà dire che Tizio si difendeva, se non si avrà riguardo al significato della sua azione che necessariamente passa dalla valutazione della sua intenzione?

D'altra parte l'accento posto sul bilanciamento dei beni nell'interpretazione del criterio della proporzione, vero contrassegno della disciplina italiana e argine rispetto a derive pericolose, non necessariamente contrasta con l'ammissione del rilievo anche soggettivo della causa di giustificazione.

Da ultimo, l'interpretazione soggettiva della costrizione, oltre ad essere la più vicina al senso letterale, salvaguarda anche l'autonomo significato dell'elemento in questione; le letture alternative che la qualificano o come un tutt'uno rispetto alla necessità o che la considerano il corrispondente della non volontaria causazione dell'evento presente nell'art. 54 c.p., infatti, finiscono per operare o un'interpretazione contraria al principio di economia legislativa ovvero si risolvono in un'interpretazione *praeter legem*.

Il tenore testuale dell'art. 52 c.p. dunque offre più che un appiglio alla imputazione soggettiva della difesa legittima e non si scorgono vere ragioni ermeneutiche che ostino all'ammissione di un simile significato.

Altra questione – che rimane ancora sospesa – è quella del significato sistematico dell'eventuale ammissione del rilievo soggettivo della scriminante.

5.3. La provocazione

Il profilo soggettivo della difesa legittima, *sub specie* dell'intenzione difensiva necessaria alla sussistenza della scriminante, è stato valorizzato da alcuni Autori come soluzione per la questione relativa alla provocazione. Situazione di riferimento è quella in cui il provocatore risponda a sua volta alla reazione del provocato conseguente alla provocazione. Ci si chiede se in questi casi il provocatore possa invocare la difesa legittima per rispondere alla reazione del provocato¹⁴⁷.

Dato che l'art. 52 c.p. a differenza dell'art. 54 c.p. non contiene il requisito della non volontaria causazione dell'evento, la questione prospettata si presenta quantomeno controvertibile. Da una parte il tenore letterale dell'art. 52 c.p. non permetterebbe, a prima vista, di recuperare *praeter legem* questo requisito non

¹⁴⁷ Per una sintesi completa ed efficace delle posizioni presenti in dottrina cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 458 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

scritto; dall'altra il sentimento di giustizia, *rectius*: il senso comune richiederebbe che il provocatore non debba avvalersi della scriminante, dal momento che egli avrebbe ben potuto astenersi dalla provocazione.

In dottrina si sostiene con argomentazioni differenti sia la possibilità che il provocatore invochi la legittima difesa contro la reazione del provocato sia che questa gli sia negata. È utile ripercorrere in sintesi il panorama delle opinioni espresse per una comprensione maggiore del problema.

Un gruppo cospicuo di Autori ritiene che la non volontaria causazione della situazione di pericolo possa essere recuperata valorizzando altri elementi dell'art. 52 c.p., nello specifico la necessità o la costrizione, intesa in senso oggettivo¹⁴⁸.

Occorre a questo riguardo dare conto nello specifico dell'opinione di Padovani.

Nella voce già citata l'Autore fa discendere dal concetto oggettivo di costrizione, intesa come alternativa subita dall'agente, la regola per cui il provocatore, e chiunque più in generale concorra a causare la situazione di pericolo di cui poi sia vittima, non può invocare a suo vantaggio la difesa legittima¹⁴⁹. Conseguentemente sono escluse dal raggio di applicazione della difesa legittima la strumentalizzazione di una aggressione altrui per soddisfare intenti violenti personali; il duello nelle sue varie versioni possibili, da quello rusticano di verghiana memoria e quello cavalleresco; la rissa infine. È salva naturalmente la possibilità di reagire se «l'alternativa conflittuale originariamente programmata subisca un'alterazione nei suoi termini»¹⁵⁰.

Questa risposta al quesito della provocazione a ben vedere può essere condivisa solo se si accetta il presupposto da cui essa prende le mosse e cioè quel

¹⁴⁸ Ritengono che la provocazione escluda il requisito della necessità della difesa: PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 886; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 354; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 329 e s. Ripercorrendo le tappe dell'*iter* che fra breve si sintetizzerà, i seguenti autori ritengono invece che ad essere incisa dalla provocazione sia la costrizione: NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., 353 e s.; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 105.

¹⁴⁹ «[...] La costrizione sembra esclusa ogni qualvolta l'alternativa conflittuale risulti, o intenzionalmente provocata dal soggetto, o da lui consapevolmente accettata. In entrambi i casi al soggetto deve essere negata l'autotutela sussidiaria, perché l'ordinamento non può proteggerlo da pericoli ch'egli stesso appronta preordinatamente, o ch'egli accetta di correre. L'alternativa si esprime come costrizione solo quando risulti subita, e non certo quando sia programmaticamente suscitata» (PADOVANI, *Difesa legittima*, cit., p. 510).

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Capitolo I

particolare concetto di costrizione che, però, come si è visto, non è univoco e non va esente dalle perplessità già ricordate che la dottrina ha sollevato.

La negazione in radice al provocatore della possibilità di difendersi inoltre comporta che si debba introdurre apoditticamente il temperamento della possibilità di difesa nel caso di reazione soverchiante da parte dell'agredito. Questo rimedio, tuttavia, si fonda solo su ragioni equitative, comprensibili ma in contrasto con l'idea per cui il provocatore assume su di sé ogni conseguenza della sua scelta di esporsi al pericolo, idea che pare essere il fondamento dell'esclusione della difesa legittima per il provocatore.

Altri Autori negano la possibilità di invocare la difesa legittima nel caso di preordinazione sulla base di una incompatibilità "fra le sostanze" della difesa legittima e della provocazione. Fiandaca e Musco per esempio fanno riferimento alla *ratio* di tutela sussidiaria della esimente in questione e affermano che non si possa ritenere compatibile con essa il caso di chi cagioni egli stesso il pericolo da cui vorrebbe poi difendersi¹⁵¹.

Da un'altra parte si collocano gli Autori che, principalmente alla luce del tenore testuale dell'art. 52, primo comma c.p., non negano la possibilità che il provocatore possa giovare della legittima difesa contro la reazione del provocato¹⁵².

Questa posizione trova la sua origine nella monografia di Grosso sul tema della difesa legittima e dello stato di necessità¹⁵³. L'Autore articola un ragionamento molto chiaro che individua nella mancata introduzione nel tenore dell'art. 52, co. 1 c.p. da parte del legislatore del requisito della non volontaria causazione del pericolo

¹⁵¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 297. Similmente MARCONI, *Provocazione*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1988, p. 833.

¹⁵² Si vedano PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 443; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 301; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 2015, p. 316 (in riferimento alla compatibilità fra difesa legittima e rissa); FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1399 e ss.; si vedano poi – «nonostante il disagio» che l'Autore prova nel pervenire a questa conclusione – VIGANÒ, *Articolo 52*, cit., p. 926; nonché ROMANO, M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 523. Con limpidezza di argomentazione e sintesi fulminea, in riferimento a un sanguigno evento di vita rurale calabrese di settant'anni fa giudicato dalla Corte di cassazione del Regno, v. per tutti la nota a sentenza di NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 503 e ss. Sembra "rassegnarsi" all'impotenza del dato testuale attuale anche Moccia, il quale auspica la riformulazione del testo dell'esimente, onde comprendere il requisito della non volontaria causazione dello stato di pericolo. L'Autore argomenta principalmente sulla necessità che l'ordinamento risponda alle «carenze sul piano dell'adeguamento del comportamento alle regole» manifestate dal provocatore, e ritiene una soluzione auspicabile l'introduzione del requisito della non volontaria causazione del pericolo (cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 200 e ss.).

¹⁵³ Cfr. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 100 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

una obiezione non superabile per alcuna via ermeneutica, proprio in ragione della contiguità con la disposizione dell'art. 54 c.p. Egli d'altra parte ritiene senza dubbio non praticabili vie alternative per il recupero del requisito in questione¹⁵⁴: esse costituirebbero tutte applicazioni analogiche di altri istituti di parte generale. L'Autore conclude in modo chiaro sostenendo che «al di fuori degli schemi della analogia introdurre il requisito negativo *de quo* significa dunque “creare” un elemento di fattispecie, significa pertanto svolgere una attività che verosimilmente esula dai compiti dell'esegeta¹⁵⁵».

Fino a questo momento la sistemazione della problematica prescinde dal riferimento ad elementi soggettivi. Questa via tuttavia è stata una delle prime praticate dalla dottrina per escludere la possibilità che il provocatore potesse giovare della scriminante in questione ed è stata ripresa più recentemente. Coerentemente all'indirizzo ermeneutico seguito in riferimento all'interpretazione della difesa legittima, Altavilla, giovandosi di massime giurisprudenziali della Corte di Cassazione, sostenne l'incompatibilità fra difesa legittima e provocazione giacché «l'elemento psicologico della provocazione è costituito dalla volontà di offendere e di reagire, mentre nella legittima difesa la volontà è diretta soltanto ad allontanare un danno, ed a mettere l'avversario in condizione di non più offendere¹⁵⁶».

In tempi più recenti la posizione è stata ripresa da Spagnolo nel suo studio già citato. In riferimento alla provocazione l'Autore opera un distinguo – del quale sarà utile giovare – fra i casi di volontaria causazione dell'evento e quelli di preordinazione. Per questi ultimi egli ritiene che non sia possibile invocare la difesa legittima, giacché «il fine aggressivo è infatti normalmente inconcepibile con l'elemento della costrizione¹⁵⁷».

¹⁵⁴ Grosso ipotizza, in via meramente teorica, l'applicazione dell'istituto dell'*actio libera in causa* (art. 86 e 87 c.p.): cfr. *ivi*, p. 107 e s. L'argomento, d'altra parte, ha un precedente nobile: cfr. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco (i titoli III e IV del Progetto)* (1927) in *ID.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 279 e ss., p. 293.

¹⁵⁵ V. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 108. L'Autore ritiene peraltro che i margini affinché un provocatore possa invocare la difesa legittima sono comunque esclusi giacché «nella maggior parte dei casi contraddistinti dalla preordinazione della aggressione, il provocatore reagente non potrebbe comunque, per difetto di taluno dei requisiti espressi della scriminante, andare impunito» e il discorso volge, prevedibilmente, sul requisito oggettivo per eccellenza della proporzione, secondo un argomento che si vedrà godere di fortuna presso la dottrina italiana.

¹⁵⁶ ALTAVILLA, *Difesa legittima*, cit., p. 623.

¹⁵⁷ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 77. Posizioni simili sono espresse da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 264; FROSALI, *Sistema di diritto*

Capitolo I

Analogamente, e in maniera più estesa, ancora più recentemente si è ritenuto che in ogni caso non si debba argomentare sulla direttrice della non volontaria causazione dell'evento bensì sulla natura squisitamente soggettiva della difesa legittima. Quest'ultima permette di non qualificare come difensive azioni sostanzialmente «aggressive, tendenti sin dall'inizio alla sopraffazione dell'altro¹⁵⁸». La costrizione, intesa soggettivamente, manca in chi provochi in qualsiasi modo, come pure in chi partecipa ad una rissa o si batta in duello, a meno che non vi sia coinvolto contrariamente alla sua volontà¹⁵⁹.

Da ultimo, in prospettiva *de iure condendo*, si è sostenuto che una futuribile disposizione relativa alla difesa legittima debba prevedere la non applicabilità dell'esimente alla situazione in cui l'agente abbia colpevolmente provocato l'aggressione con la propria condotta precedente¹⁶⁰. Si ritiene in questo modo di risolvere il disagio che si prova attualmente di fronte alla impunità del provocatore. Nello specifico l'Autore, nonostante la convinzione espressa in più punti nel suo contributo e in altri lavori sull'argomento che la costrizione nella legittima difesa sia da intendere oggettivamente, risolve la situazione della provocazione con il criterio eminentemente soggettivo della colpevolezza, «requisito che, da un lato, comprende sia la provocazione intenzionale sia quella non diretta specificatamente a provocare l'aggressione; ma che, dall'altro, evidenzia la necessità che la condotta provocatoria sia essa stessa rimproverabile, per la sua contrarietà al dovere e la sua prevedibile idoneità a scatenare l'aggressione¹⁶¹». L'appello al concetto di colpevolezza si risolve di fatto nell'adozione di un taglio soggettivo¹⁶² nella soluzione del quesito della provocazione, contrariamente all'intento prima perseguito dall'Autore di connotare esclusivamente in senso oggettivo la scriminante¹⁶³.

Al quesito della provocazione non sembra che si possa dare una soluzione univoca. Per non tradire il tenore letterale dell'art. 52, co. 1 c.p. e volendo fare così applicazione fedele del principio di legalità, sembra innanzi tutto importante non

penale, I, Torino, 1958, p. 305; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 326; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 408.

¹⁵⁸ ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, cit., p. 215.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 216.

¹⁶⁰ VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, cit., p. 2062.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 2071.

¹⁶² Specie se si tiene presente che l'Autore citato aderisce alla costruzione tripartita dell'illecito che confina ogni rilievo soggettivo nell'elemento della colpevolezza.

¹⁶³ *Ivi*, p. 2070.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

liquidare la questione con un giudizio sbrigativo di insufficienza circa la formulazione attuale che porta ad attività interpretative indebite. Il silenzio del legislatore non può essere superato per vie indirette sfruttando l'intrinseca ambiguità di altri concetti usati nella disposizione: se al *quavis de populo* necessità, costrizione, involontarietà possono suonare sinonimi, non così deve essere per il giurista il quale nell'interpretazione della legge deve fare un uso del linguaggio quasi sacramentale. Per questo motivo non sembra corretto introdurre surrettiziamente il requisito della involontarietà del pericolo causato attraverso gli elementi della costrizione e della necessità, talvolta considerati come un'endiadi. In questo senso i rilievi mossi da Grosso sembrano a tutt'oggi insuperabili.

In secondo luogo, la tesi dell'*animus*, inteso come finalità perseguita dall'agente, da parte sua ha un difetto grande che inficia sul nascere il potenziale euristico che essa pare inizialmente esplicitare. Il concetto di intento aggressivo infatti è connotato da una vaghezza intrinseca che lo rende poco utile ai fini di un impiego certo quale quello necessitato dall'interpretazione legale, specie se si pone l'attenzione al riverbero sul piano probatorio. In che modo si può dimostrare infatti un'intenzione? Solo induttivamente e a partire da emergenze fattuali le quali, fuori dei casi macroscopici di preordinazione, saranno verosimilmente difficili da rinvenire nella fattispecie concreta. Al di là delle difficoltà probatorie – che tutto sommato non appaiono particolarmente superiori a quelle generalmente affrontate nell'indagine dei profili soggettivi – è però una ragione intrinsecamente di diritto penale “sostanziale” a ostare all'accoglimento del criterio finalistico in questione: richiedere un profilo psicologico consistente nel perseguimento di un fine corrisponde infatti ad una indebita indagine delle motivazioni personali dell'agente e determina la punizione di un intento del tutto interno.

Più corretto appare dunque qualificare l'eventuale profilo soggettivo della scriminante in questione quale mera conoscenza della situazione di pericolo. Questo aspetto psicologico, come si è già accennato, sarebbe peraltro in grado di dare un significato autonomo all'elemento della costrizione, che in questo modo non finirebbe più assorbito dal requisito della necessità, né gli verrebbe attribuito il significato, differente da quello letterale e *praeter legem*, di involontaria causazione.

Capitolo I

Ricostruito in questo modo il contenuto soggettivo della difesa legittima, non si può negare che anche il provocatore che risponda alla reazione del provocato agisca nella consapevolezza dell'aggressione in corso ai suoi danni.

Un simile risultato, che renderebbe invocabile la difesa legittima anche dal provocatore, non appare a ben vedere estraneo alla figura dell'esimente in questione, così come configurata dal codice penale. Nonostante ciò possa apparire in contrasto con il senso comune, nel non richiamare il requisito della non volontaria causazione è chiara la scelta del legislatore di rendere invocabile la difesa legittima ogni volta che l'agente percepisca («costretto») che è in corso un attacco («pericolo attuale di un'offesa ingiusta») ai suoi interessi («diritto proprio o altrui»), sempre che non sia possibile una scelta meno lesiva per il soggetto a cui si rivolge la violenza difensiva («necessità») e che sussista proporzione, secondo quanto ormai maggiormente richiesto, fra i beni in questione («difesa proporzionata all'offesa»). Anche chi provoca, dunque, nel momento in cui deve difendersi dalla reazione del provocato percepisce un pericolo in corso e se non ha altri mezzi può difendersi attaccando, purché lo faccia con proporzione.

Si deve ritenere, infatti, che il provocato ha d'altra parte un obbligo di sopportazione che si spinge fino al momento in cui la provocazione subita non diventi essa stessa un pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Non solo: anche il provocato soggiace al *moderamen* caratteristico della difesa, come peraltro finiscono per opinare tutti gli studiosi, i quali pure propendono per l'esclusione della difesa legittima del provocatore. Essi, infatti, ritengono in ogni caso salvo il diritto di costui a difendersi nel caso in cui la reazione risulti sproporzionata, salvo dover pervenire a questo risultato su basi eminentemente equitative¹⁶⁴.

D'altronde, così configurati, i rapporti fra provocatore e provocato corrispondono al volto costituzionale dell'istituto come sopra ricostruito. Il provocatore, infatti, non può abdicare alla sua tutela solo per il suo comportamento imprudente o comunque in forza di un suo intento malvagio. La questione della difesa deve infatti essere allontanata dall'astratta configurazione del giusto e dell'ingiusto assoluti e deve piuttosto avvicinarsi alla comprensione del singolo caso. Per parte sua la dimensione della giustizia astratta è infatti sufficientemente garantita

¹⁶⁴ D'altra parte la provocazione è solo un'attenuante nel nostro ordinamento: segno che l'illiceità della condotta non è esclusa in alcun modo.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

dal requisito della proporzione, la quale sicuramente escluderà situazioni distanti dal senso comune di giustizia – se esso deve davvero avere un ruolo nell’ermeneutica giuridica – dall’ambito di applicazione della difesa legittima. Il senso comune infatti da solo non ha un rango tale da assurgere ad elemento dirimente nell’individuazione del significato delle disposizioni di legge: molto spesso il sentimento istintivo della giustizia e quello opposto dell’ingiustizia appaiono ad un’indagine più profonda destituiti di validi motivi a sostegno, come avviene per esempio proprio con riferimento alla provocazione, appurato che non si può ritenere il provocatore spogliato di ogni tutela per la sola sua provocazione e che la legge pone il discrimine della liceità delle reazioni pur sempre nel requisito della proporzione.

Diverso è il caso della preordinazione della difesa legittima. Qui, come evidenziato da Spagnolo nelle pagine sopra citate, non vi è che un simulacro di diritto, tanto che in area tedesca non si esita ad usare l’etichetta di abuso del diritto¹⁶⁵. In questi casi l’intenzione delittuosa si spinge fino alla creazione artificiosa di una situazione di difesa legittima del tutto posticcia. Si pensi per esempio all’amante che, volendosi sbarazzare del marito, faccia di tutto per farsi scoprire da questi nel letto coniugale e per coronare il suo disegno porti con sé l’arma, onde rispondere prontamente all’eventuale attacco da parte del marito tradito¹⁶⁶. Parrebbe allora esserci in questo uno spiraglio per un rilievo dirimente del profilo soggettivo della difesa legittima, e tuttavia non si può fare a meno di notare che, come nel caso degli *offendicula* micidiali cui si è già fatto riferimento, in casi come questi invocare la difesa legittima apparirebbe francamente eccessivo anche alla difesa più spregiudicata, stante l’evidenza della macchinazione.

In conclusione è dunque necessario distinguere il caso in cui la difesa legittima è preordinata da quelli di semplice provocazione. Nella prima evenienza il diritto di difesa è una mera lustra e l’intento dell’agente vale ad escludere in modo reciso la possibilità di invocare la scriminante¹⁶⁷; negli altri casi l’elemento

¹⁶⁵ ROXIN, *La situazione di legittima difesa provocata*, cit., p. 216.

¹⁶⁶ Si noti che in un caso simile tuttavia l’amante provocatore a ben diritto potrebbe difendersi giacché si deve ritenere che l’onore del marito tradito è un bene di gran lunga inferiore alla vita dell’amante provocatore, almeno nella nostra epoca ormai lontana dalle scene ottocentesche dei melodrammi e dalle ambientazioni rurali della letteratura verista. L’amante quindi a ben diritto reagirebbe contro quella che si rivela senza meno un’aggressione ingiusta per sproporzione dei beni.

¹⁶⁷ V. le chiare parole di NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, cit., p. 509: «nessuna provocazione, per quanto grave, giustifica un’aggressione da parte del provocato contro il

Capitolo I

soggettivo deve essere ritenuto sussistente se il provocatore percepisce la reazione del provocato, ma esso – si deve ammettere – non gioca alcun ruolo determinante nell'esclusione della possibilità di invocare la difesa legittima. Sono infatti i requisiti oggettivi dell'ingiustizia e della proporzione a determinare la liceità della reazione del provocato e l'eventuale risposta del provocatore¹⁶⁸.

Il modello italiano, connotato principalmente dal requisito della proporzione nella risoluzione di una situazione di pericolo attuale, prescinde dalle motivazioni che spingono l'agente. A ben vedere l'ordinamento ha considerazione del momento del contrasto fra i beni; non pone mente invece alle motivazioni precedenti, se non

provocatore; salvo che si tratti, per il provocato, di uno stato di legittima difesa, reale o putativa; nel qual caso la provocazione si sostanzia nella minaccia attuale di un'offesa ingiusta. E, in questa ipotesi, il provocatore che uccide il provocato per difendersi a sua volta, dovrà rispondere di omicidio doloso o di omicidio colposo, o sarà scriminato dalla legittima difesa, a seconda che la sua minaccia iniziale mirava realmente alla realizzazione dell'evento mortale, o vi mirava solo apparentemente o non vi mirava affatto, nemmeno in apparenza. Se invece si tratta di una reazione meramente vendicativa del provocato, il provocatore che, per difendersi, lo uccide viene scriminato dalla legittima difesa, e non deve, pertanto, rispondere di omicidio colposo». Per Nuvolone, dunque, non vi sono dubbi: la preordinazione della difesa legittima, cioè la provocazione al fine di offendere, vale la punibilità per delitto doloso. Il concetto è espresso in modo analogo, sebbene con riferimento alla costrizione, da SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 77: «Il fine aggressivo è infatti normalmente incompatibile con l'elemento della costrizione».

¹⁶⁸ L'opinione trova il conforto del parere autorevole di Santamaria (cfr. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit.). Afferma l'Autore: «E la giustificazione dipende non tanto dalla specie dell'atteggiamento psicologico dell'agente di fronte alla nuova situazione [...] quanto dal valore che assume il fatto nuovo in cui si sostanzia il pericolo da scongiurare» (p. 150). È chiaro dunque come l'Autore stabilisca la necessità di non fermare il giudizio sulla situazione al dato iniziale della provocazione, e affermi il bisogno di valutare la natura ingiusta di ciascun attacco, e la proporzione di ogni conseguente risposta. Questo concetto è appoggiato all'elaborazione di Nuvolone, espressa nella nota a sentenza sopra ricordata. Santamaria fa suo il concetto di causalità giuridica espresso da Nuvolone (NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore*, cit., p. 509) come nesso, ulteriore rispetto a quello materiale, necessario alla sussistenza della responsabilità giuridica. L'Autore prosegue affrontando il caso del duello rusticano e giunge ad escludere in questo caso il rilievo della difesa legittima sulla base del significato sociale della rissa e del duello, incompatibili con il senso della difesa legittima, prima che con il profilo soggettivo dell'esimente. Nel momento in cui però le reazioni si ripropongano come aggressioni maggiori rispetto a quelle cui rispondono ancora una volta è la proporzione che dirime fra la reazione lecita e quella illecita. Afferma l'Autore napoletano: «così che [sic] non appena il comportamento il comportamento di uno dei due contendenti superi il limite dei rapporti particolari che si instaurano nel tipo della lotta si pone il problema della efficacia esimente della necessità di respingere una sopraffazione che eccede la portata delle violenze proposte. Ma anche qui la condizione di necessità trova il suo valore esimente nella logica della proporzione che racchiude in sé l'essenza e i limiti della legittima reazione» (p. 160). La centralità dell'elemento oggettivo della proporzione si rivela poco oltre quando, trattando della possibilità di ammettere la difesa legittima in caso di rissa, Santamaria ritiene che il soggetto coinvolto nella rissa possa invocare l'esimente non perché «il rissante si trova di fronte ad una violenza più grave di quella che egli ha accettato», come era stato espresso dalla giurisprudenza di legittimità che l'Autore cita, ma piuttosto «per il fatto che viene meno proprio il tipo di fatto della rissa per il sorgere di una situazione in cui si delineano chiaramente da un lato l'aggressione che predomina nel nuovo episodio e dall'altro la necessità ineluttabile di respingerla nella misura di un criterio di proporzione relativo alle diverse dimensioni degli avvenimenti» (p. 163).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

eventualmente per negare che si possa abusare della scriminante nel caso di preordinazione.

L'esclusione della difesa legittima nel caso della provocazione costruita ad arte per poter offendere è sostenuta anche nella dottrina tedesca. Il confronto con le posizioni espresse dalla dottrina tedesca è utile per rafforzare le ragioni che si sono svolte a favore della soluzione in chiave maggiormente soggettivista al quesito della provocazione.

In Germania infatti tramite il ricorso al concetto di abuso del diritto ovvero attraverso la costruzione dell'*actio illicita in causa* si esclude la possibilità di invocare la *Notwehr* nel caso del provocatore che agisca al fine di preordinarsi una scusa¹⁶⁹. Alternativamente al concetto di abuso si fa anche riferimento alla nozione di comando contenuta dalla legge (il §32 *StGB* stabilisce l'agire non antigiusdittico di chi commette un fatto comandato dalla difesa legittima: *durch der Notwehr geboten*). Non è senza ricadute la sussistenza di un criterio "pubblicistico" quale quello di comando in luogo del nostro concetto psicologico-naturalistico di costrizione: il primo, in modo del tutto conforme alla natura eticizzante della scriminante, introduce nella valutazione dell'agire scriminato un parametro di giustizia esterno all'agente; al contrario, come si è visto, la disciplina italiana condensa qualsiasi criterio esterno all'agente nella proporzione e fa dipendere per il resto la valutazione della legittimità della difesa dalla sussistenza di un pericolo attuale. Un altro dato da sottolineare, di rilievo forse maggiore, è l'assenza dell'elemento della proporzione che porta la dottrina e la giurisprudenza tedesche a calcare l'accento sull'elemento dell'*animus* difensivo dell'agente e a risolvere i casi di provocazione avendo riguardo principalmente ai moventi che spingono l'agente.

Messi da parte i casi che la dottrina tedesca riconduce al *genus* della provocazione ma che alla luce dell'ordinamento italiano configurano ipotesi di esercizio di diritto o di adempimento di doveri¹⁷⁰, la materia della provocazione è sistemata secondo una partizione che combina elementi oggettivi e soggettivi.

¹⁶⁹ Cfr. ROXIN, *La situazione di legittima difesa provocata*, cit., p. 203.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 206-214. Si fa riferimento a condotte provocatorie giuridicamente comandate, ovvero condotte provocatorie oggettivamente conformi al diritto; si tratta dunque di casi che, con l'alfabeto italiano, si qualificerebbero appunto di adempimento di doveri e di esercizio di diritti. Di esse la dottrina tedesca esclude il rilievo penale, sempre che l'agente abbia avuto presente anche il fine

Capitolo I

In primo luogo si presenta il caso della provocazione intenzionale anti-giuridica. Sotto questa etichetta si collocano i casi in cui il provocatore offende per indurre il provocato ad una reazione anti-giuridica, in modo da poter rispondergli (secondo le sue aspettative) lecitamente¹⁷¹. La dottrina tedesca nega in questi casi la legittima difesa al provocatore sulla base delle due *rationes* a cui è ricondotta l'esimente e cioè l'autotutela del singolo e la difesa del diritto. Si ritiene infatti che il provocatore non possa in alcun caso porsi di fronte al provocato come «rappresentante e tutore dell'ordinamento giuridico. E chi, senza approvazione, si colloca in una situazione di legittima difesa per offendere altri [...] non ha bisogno della tutela e del sostegno dell'ordinamento giuridico».

Una simile argomentazione tuttavia difficilmente potrebbe fare ingresso nel nostro ordinamento. Vi osterebbe quanto sopra si è argomentato in riferimento alla *ratio* costituzionale della difesa legittima e a livello della legge ordinaria il fatto che la reazione del provocato è legittima e quindi non può essere resistita dal provocatore solo se a sua volta necessaria e proporzionale. È dunque erroneo escludere *a priori* che il provocatore possa giovare della difesa legittima. Il discrimine infatti è nel rapporto di proporzione fra la provocazione e la reazione del provocato: solo se la provocazione arriva ad essere una aggressione ingiusta, il provocato può legittimamente rispondere; se così non è, egli è tenuto a sopportare e ogni sua reazione è resistibile a sua volta dal provocatore nei limiti della proporzione. Escludere che il provocatore debba in qualsiasi caso spogliarsi della difesa legittima equivale a considerare la sua semplice intenzione interna come dirimente ai fini del diritto penale. L'obbligo di sopportazione del provocato, peraltro, è conforme all'impianto solidaristico della nostra Costituzione e più in generale alla tutela della persona umana. Le ragioni pubblicistiche, quali la difesa dell'ordinamento e di un ideale non meglio precisato di giustizia, sovraccaricano la difesa legittima e corrono il rischio di determinare la soccombenza della persona umana, per quanto sia quella di un provocatore.

Argomentazioni simili valgono per la soluzione *more italico* della successiva classe di casi, che riguarda la provocazione, perpetrata con intento offensivo,

pubblico perseguito dalla sua condotta, in quanto opinando diversamente si finirebbe per punire la sola intenzione interiore (la mera *Gesinnung*).

¹⁷¹ *Ivi*, p. 214 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

consistente non in condotte antigiusuridiche bensì in comportamenti contrari a valori etico-sociali¹⁷², nonché per il caso di provocazione cosiddetta dolosa, per la verità difficilmente distinguibile da quella intenzionale¹⁷³.

Viene poi presentato il caso della provocazione colposa¹⁷⁴, cioè quella che non persegue né si prospetta di trarre profitto dalla reazione del provocato, e il caso della provocazione altrimenti prodotta¹⁷⁵. In questi casi, giudicando assente il disvalore di intenzione nell'agire del provocatore, Roxin ritiene che «chi non ha preso in considerazione l'aggressione antigiusuridica [...] ha bisogno di tutela» sempre però che egli non possa fuggire. L'Autore ritiene infatti che in un caso come questo sia escluso che «l'agente [possa] affermare la maestà del diritto contro l'illecito». Questa espressione rivela il difetto dell'argomentazione in questione. Essa infatti, come si è già detto più volte, risolve il quesito della provocazione attraverso un parametro in sostanza etico che appare difettoso per due ragioni: lo strumentalizzare il singolo (l'uomo che si difende) per i fini della maestà del diritto, divinità della quale tuttavia non è dato scorgere il volto e che pertanto pare pericoloso invocare; e l'intrinseca vaghezza del concetto di bisogno di tutela. In sostanza l'Autore sembra procedere ad una valutazione equitativa basata sul minor rimprovero che si può muovere all'intenzione del provocatore, se egli semplicemente non si sia accorto di cagionare l'irritazione altrui.

Più saldi appaiono i parametri italiani della attualità, costrizione, necessità e proporzione. Essi infatti permettono di non escludere *a priori* che taluno possa invocare la difesa legittima solo in ragione delle sue recondite aspettative o dei suoi desideri malvagi dal momento che la difesa sarà legittima in ogni caso in cui chi si

¹⁷² *Ivi*, p. 219 e ss. A questo riguardo, invece, Roxin distingue: si dovrà negare la difesa legittima al provocatore se la sua condotta si connota di disvalore sociale; mentre si dovrà riconoscere la difesa legittima se la provocazione non si connota di disvalore. Altri autori, peraltro, sostengono il diverso criterio della evitabilità dell'aggressione da parte del provocatore. L'argomento prospettato da Roxin non appare compatibile con l'ordinamento italiano oltre che per le ragioni sopra addotte per il fatto che il criterio del disvalore sociale è di difficile penetrazione per l'interprete.

¹⁷³ *Ivi*, p. 221 e ss. Roxin stesso dà atto della difficoltà di distinguere fra la presente situazione e quelle precedenti. Se bene si distingue, questi casi si differenzerebbero da quelli precedenti perché la provocazione non sarebbe assimilabile ad un dolo intenzionale, bensì ad un dolo eventuale: il provocatore mette in conto che si possa verificare la reazione e per l'evenienza predispone una reazione micidiale. Anche qui, ragionando con il modello italiano non vi sarebbe motivo di abdicare alla ricerca in riferimento tanto alla reazione del provocato quanto alla difesa del provocatore, della necessità dell'aggressione e della proporzione. Ancora una volta l'*animus* non pare un criterio dirimente.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 226 e ss.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 231 e ss.

Capitolo I

difende abbia percezione di un'aggressione ingiusta, agisca immediatamente e secondo una regola di proporzione. Essi consentono anche che si tenga conto sempre del fatto che in linea di massima tutti i beni giuridici sono rilevanti per l'ordinamento ed è solo l'aggressione ingiusta che consente il sacrificio di alcuni di essi, non le astratte esigenze di un diritto assiso in maestà.

Le peculiarità della soluzione tedesca al quesito della provocazione si legano alla conformazione della disciplina positiva contenuta nel § 32 *StGB*. L'assenza della proporzione come parametro necessario, carattere questo rivendicato quasi con orgoglio dalla dottrina d'oltralpe¹⁷⁶, fa sì che i casi dubbi vengano risolti sul piano del profilo soggettivo. La soluzione paga però il prezzo sicuramente eccessivo di una indagine psicologica che rasenta la violazione del foro interno dell'agente e la strumentalizzazione del singolo per i fini del governo dello Stato.

5.4. Evoluzioni recenti della difesa legittima

La scriminante della difesa legittima è fatta periodicamente oggetto di interesse da parte della pubblica opinione e conseguentemente rientra fra le priorità della cosiddetta agenda del legislatore. Per la verità non sempre gli sforzi di riforma di quest'ultimo trovano una concreta espressione ed è infatti noto che l'ultima modifica che è stata in grado di pervenire all'esito dell'*iter* parlamentare, nonostante i plurimi tentativi successivi, risale ormai a più di un decennio fa.

Da ultimo, nel 2017 e nello stesso 2018, nuovi venti di riforma si sono levati in direzione di un'ulteriore modifica della disciplina della difesa legittima anche nella figura dell'eccesso.

Le istanze che richiedono la modifica della difesa legittima sono rivolte generalmente al riconoscimento di più ampi margini di ammissibilità della scriminante nei casi in cui l'aggressione avvenga in ambienti deputati al soggiorno delle persone o allo svolgimento delle attività economiche.

In conseguenza di ciò la novella del 2006, come è noto, ha operato l'introduzione di una presunzione *iuris et de iure* circa la sussistenza della proporzionalità nella reazione di chi nel domicilio, nel luogo deputato alla dimora privata o nel luogo di esercizio commerciale faccia uso di un'arma legittimamente

¹⁷⁶ MAIWALD, *Das Prinzip der Verhältnismässigkeit zwischen Angriff und Verteidigung im Recht der Notwehr*, cit., p. 1592 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

detenuta per difendere la propria incolumità o quella altrui; ovvero per difendere i propri beni, quando sussista un pericolo di aggressione o l'aggressore non abbia desistito.

Il progetto di riforma elaborato nel corso della XVII legislatura prevedeva l'aggiunta in un comma (che sarebbe divenuto il secondo) all'articolo 52, e di un altro in coda all'art. 59. La novella dell'art. 52 comportava la difesa legittima a quanti avrebbero reagito all'aggressione notturna perpetrata da chi si fosse introdotto in un luogo di privata dimora o vi fosse rimasto contro la volontà del dimorante. Sarebbe stata del pari difesa legittima la reazione del proprietario – qui si usa questa forma sineddolica per brevità – all'introduzione nei luoghi di dimora perpetrata con violenza, minaccia o frode. Il comma aggiunto all'art. 59 da parte sua escludeva l'errore – l'errore, cioè, che dà luogo alla scriminante putativa – nel caso in cui chi si fosse difeso ai sensi dei commi secondo e terzo dell'art. 52 (nuova e vecchia difesa domiciliare) fosse caduto in errore per effetto di turbamento psichico cagionato dal pericolo corso nella vita, integrità fisica, libertà personale e sessuale, in forza dell'aggressione.

Non è questa la sede per commentare l'opportunità delle riforme in questione; né per valutare quale sia la portata applicativa al netto, per quello che riguarda la novella del 2006, delle possibili interpretazioni “correttive” intentate da più parti; e, per ciò che riguarda la riforma successiva, del necessario coordinamento con la “vecchia” difesa cosiddetta domiciliare. L'intento delle note che seguono è infatti analizzare la natura delle ipotesi introdotte con le novelle in questione, onde capire quale sia il profilo psicologico che esse richiedono. Non ci si può tuttavia esimere da notare, sulla scorta delle osservazioni fatte da più parti in dottrina¹⁷⁷, come sia erroneo procedere all'ermeneutica della fattispecie muovendo da un pregiudizio negativo sull'utilità sociale delle riforme realizzate o in corso di approvazione, rifiutando quindi un confronto con le esigenze espresse dalla società, per quanto non corrispondenti alle aspettative dell'interprete; e come sia altrettanto erroneo assumere

¹⁷⁷ CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, cit., p. 1381; NORDIO, *Prefazione*, cit., p. IX; VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, cit., p. 2004; MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 433 e s.

Capitolo I

in partenza che le aggiunte nulla dicano in più rispetto a quanto già previsto dalla fattispecie precedentemente vigente.

D'altra parte sembra abbastanza evidente che le riforme in questione – e si tralasciano in questa sede quelle proposte in seno alle varie commissioni di riforma del codice penale, tutte riposte nel cassetto dei sogni irrealizzati del legislatore – qualcosa di nuovo aggiungono alla disciplina originaria della difesa legittima. Esse infatti militano, come detto, in direzione dell'ampiamiento dell'istituto e raggiungono questo scopo principalmente incidendo sui requisiti materiali tradizionali della difesa legittima.

Nella riforma del 2006 la proporzione è stata infatti presunta in modo assoluto; mentre, secondo quanto sostenuto in dottrina¹⁷⁸, i requisiti dell'attualità e della necessità sono da ritenersi tutt'ora vigenti; d'altra parte nuovi requisiti di carattere oggettivi sono stati introdotti: si pensi alla delimitazione del luogo in cui è possibile invocare la difesa *ex* comma secondo e terzo; al requisito di legittima detenzione dell'arma; alla mancata desistenza, nel caso di aggressione al patrimonio. È evidente tuttavia come sia differente il peso dell'assenza della proporzione rispetto ai nuovi elementi materiali inseriti e come di conseguenza l'introduzione di questi nuovi requisiti non muti il giudizio di maggiore caratterizzazione in senso soggettivo della figura in questione.

La riforma travolta dalla fine della XVII legislatura dal canto suo prevedeva come unici dati obiettivi il fatto che l'aggressione avvenisse nel luogo del domicilio, eventualmente con la violenza o la frode nell'ingresso da parte dell'aggressore, nonché il carattere notturno dell'aggressione.

Emerge, dunque, una volontà di maggiore comprensione per la reazione dell'agredito che avvenga in luoghi legati alla sua sfera privata o all'esercizio del suo lavoro. Questa maggiore apertura potrebbe essere motivata facendo leva sul carattere privato dei luoghi, intesi come proiezione dell'individualità del singolo; in alternativa essa sarebbe conseguenza della valorizzazione della situazione di perturbazione psichica che vive chi è colto dall'aggressione nell'intimità della sua casa.

¹⁷⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 299

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Entrambe le spiegazioni non mancano di argomenti. La prima si poggerebbe su basi costituzionali rinvenibili negli artt. 13 e 14 Cost. e sarebbe in linea con la *ratio* pubblicistica della difesa legittima, qui più facilmente sostenibile che altrove giacché l'inviolabilità del domicilio riconosciuta dalla Costituzione potrebbe in qualche modo qualificare il singolo come signore del proprio domicilio; né mancherebbero peraltro spiegazioni più consone all'impianto personalistico della Carta: basterebbe infatti appellarsi alla nozione di domicilio come proiezione dell'individualità e come spazio strumentale all'esplicazione della vita del singolo aggredito. La seconda spiegazione, dal canto suo, corrisponde al significato antico della difesa legittima come *perturbatio animi* che con l'andare del tempo è stato sostituito, come si è visto, dal significato di difesa dell'individuo nonché dalla sovrastruttura pubblicistica che intende la difesa legittima come difesa del diritto.

Un contrassegno della caratterizzazione soggettiva della novella del 2006 è ravvisabile nel requisito del «fine di difendere» la vita, l'incolumità fisica o i beni previsto dal secondo comma. Si affaccia così per la prima volta il problema dell'interpretazione di questo sintagma che si avrà modo di incontrare nuovamente nell'interpretazione dell'art. 53 c.p. Il perseguimento del fine difensivo corrisponde *prima facie* ad un contenuto psicologico attinente ai propositi dell'azione difensiva. Questa interpretazione è presente nella dottrina¹⁷⁹, sebbene non manchino anche posizioni contrarie, maggiormente legate alla interpretazione tradizionale in chiave oggettiva¹⁸⁰.

Altri contrassegni dello spostamento in direzione soggettivista vengono rinvenuti nella specificazione dell'ambito domestico e del novero dei soggetti che

¹⁷⁹ Cfr. NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 364, il quale attribuisce all'*animus* un significato soggettivo, benché sostenga lo scarso rilievo dell'elemento in questione, data la presenza in ogni caso del requisito della necessità e le difficoltà probatorie legate al carattere soggettivo della finalità da perseguire; CERASE, *Articolo 52*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2010, p. 890; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 301; da ultimo FALCINELLI, *Legittima difesa. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, 2006, p. 2, la quale ritiene che il requisito soggettivo bilancerebbe l'eliminazione della proporzione dalla difesa legittima domiciliare.

¹⁸⁰ Cfr. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 312; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 171, il quale ritiene che si debba avere riguardo ad una aggressione obiettivamente data altrimenti non vi sarebbe alcuna differenza fra scriminante realmente esistente e scriminante putativa e non si potrebbe distinguere fra aggressione all'individuo e aggressione ai beni; e che in ogni caso la menzione della finalità difensiva significhi in sostanza l'esclusione della liceità di condotte meramente ritorsive; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 400 che, pur non affrontando la questione della natura soggettiva, caratterizza il fine difensivo in senso oggettivo come sinonimo sostanziale della necessità e dell'attualità del pericolo.

Capitolo I

possono invocare la difesa legittima, elementi tali da qualificare l'agente in una situazione di debolezza, meritoria di tutela rafforzata da parte dell'ordinamento. La mancata desistenza, che – si dice – implica un seppur elementare dialogo fra aggressore e difensore e dunque presuppone che il primo abbia percepito la situazione di pericolo; la stessa eliminazione di fatto della proporzione sono dal canto loro ricondotti all'impossibilità di porre una stadera in mano all'agredito a causa del turbamento del suo animo¹⁸¹.

Come si è accennato all'inizio del paragrafo, un'interpretazione in chiave soggettiva del fine difensivo non sarebbe estranea alla tradizione giuridica dell'ordinamento penale italiano.

Si deve sottolineare come la difesa esplicita nel domicilio corrisponda, come già accennato, all'antica figura della difesa contro il *fur nocturnus*, la cui uccisione era lecita in ragione di un timore accresciuto dal contesto notturno, poi trasfusa negli statuti medievali di molte città italiane e infine giunta fino alle codificazioni moderne¹⁸². Carrara sosteneva convintamente il fondamento della difesa legittima, specie consumata nel domicilio, nel profilo soggettivo, «fissando sempre il pensiero sulla situazione soggettiva dell'uccisore¹⁸³». Sulla scorta del suo insegnamento il codice Zanardelli prevedeva nella parte speciale, la figura della difesa legittima contro l'aggressore notturno se l'abitazione si fosse trovata in luogo isolato e l'agente avesse avuto fondato timore per la sicurezza personale di chi lì si trovasse. Secondo Cadoppi il codice Rocco ha poi ricondotto le ipotesi in questione nell'alveo della difesa legittima *ex art. 52 c.p.*¹⁸⁴.

Questa origine soggettiva della difesa legittima, come si è avuto modo di segnalare nelle pagine precedenti, stante il tenore letterale dell'art. 52 c.p., si è persa. La difesa cosiddetta domiciliare sembra però riecheggiare quell'antica figura di difesa concessa in considerazione anche della condizione di “minorata difesa” di chi viene aggredito nottetempo, venendo sorpreso nella tranquillità domestica.

¹⁸¹ NOTARO, *La legittima difesa: una scriminante “sensibile” ad istanze scusanti?*, in *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. De Francesco e E. Marzaduri, Torino, 2016, p. 163 e s.

¹⁸² Cfr. CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto*», cit., p. 1382 e ss; MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, cit., p. 848 e ss.

¹⁸³ Cfr. CARRARA, *Lineamenti di una pratica legislativa penale*, cit., p. 139 e ss.

¹⁸⁴ Si veda CADOPPI, «*Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto*», cit., p. 1388.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Anche l'intervento additivo nell'art. 59 c.p. dal canto suo avrebbe spostato l'istituto della difesa legittima su un piano maggiormente soggettivo. La disposizione infatti, come visto, stabiliva l'irrelevanza della colpa, pure sussistente, se la reazione fosse stata ingenerata dal turbamento psicologico. La collocazione nell'art. 59 c.p. portava a ritenere che la colpa in questione fosse quella a titolo della quale si risponde in caso di difesa legittima putativa, dimodoché nei casi di difesa domiciliare e domiciliare notturna se si fosse commesso il fatto nell'erronea convinzione della sussistenza della scriminante non sarebbe residuata più alcuna responsabilità colposa. Non è da escludere, tuttavia, che la *mens legis* fosse rivolta anche (o forse solo?) ai casi di eccesso colposo. È evidente, infatti, che l'intento era quello di preservare l'agente da qualsiasi conseguenza penale, anche solo di tipo economico, come si evince anche dall'ultima modifica compresa nel testo della riforma relativa alle spese di difesa dell'imputato; di conseguenza è ipotizzabile che, nonostante la modifica insista nella sede della disciplina del putativo, essa in realtà si indirizzi anche a regolare la materia dell'eccesso. Il prezzo di questa estensione sarebbe stato il ricorso all'analogia, che però, questa volta si sarebbe esplicato *in bonam partem*.

Il rilievo del turbamento psicologico, benché agli occhi del penalista italiano attuale appaia esotico in riferimento alla scriminante in questione¹⁸⁵, non è sconosciuto al panorama europeo. Per limitarsi all'ordinamento con cui è più consueto il confronto, basterà ricordare il § 33 *StGB* che non punisce l'eccesso di difesa se determinato da panico, paura o turbamento¹⁸⁶. La figura che potrebbe venire introdotta nel corpo dell'art. 52 c.p. si collocherebbe quindi nel solco di una tradizione storica e continentale, rispetto alla quale attualmente la disciplina italiana fa eccezione.

È indubbio che l'introduzione di questa figura di esclusione della punibilità in ragione del turbamento avrebbe cambiato la fisionomia dell'istituto che si sarebbe connotato per avere due anime: l'una privata, fortemente centrata sulla comprensione dell'agente, e sulla tutela dei suoi beni; l'altra pubblica, valida per le offese che

¹⁸⁵ Cfr. CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto», cit., p. 1388-1394; NOTARO, *La legittima difesa*, cit., p. 161 e s.

¹⁸⁶ Discipline simili sono stabilite dai codici spagnolo (art. 20, n.6); portoghese (art. 32); norvegese (§ 48). In ambito di *common law* la tematica non è sconosciuta e ricade nell'apprezzamento discrezionale delle giurie, alle quali si chiede di non avere riguardo ad un concetto stretto di proporzione, nonché dei *prosecutor*, stante la discrezionalità dell'azione penale, secondo quanto sottolinea CADOPPI, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto», cit., p. 1390 e s.

Capitolo I

avvengono “all’aperto” e nella quale, data la normalità del contesto dell’aggressione, l’ordinamento pretenderebbe dal difensore riguardi maggiori¹⁸⁷.

Al discorso appena svolto si accompagna la formulazione della domanda circa la natura della difesa legittima. La scriminante si allontana – ma forse essa porta nella sua intima natura ragioni intrinseche che concorrono a segnare questa distanza – da un placido inquadramento nella casella dell’antigiuridicità, materialmente connotata e corrispondente al tipo (allo stereotipo) del bilanciamento di interessi¹⁸⁸. D’altronde ciò non deve stupire, se si considera che si tratta di un istituto pre-giuridico, di diritto naturale, verrebbe da dire, che l’ordinamento riceve dallo stato delle cose e regola secondo esigenze sociali¹⁸⁹.

5.5. Note di giurisprudenza

Una volta schizzato il quadro dottrinario relativo ai possibili profili psicologici della difesa legittima è opportuno analizzare gli orientamenti della giurisprudenza in riferimento al rilievo del profilo psicologico dell’esimente nonché le posizioni relative alla tematica della provocazione¹⁹⁰.

Chi pensasse di trovare nella giurisprudenza della Corte di cassazione un indirizzo evidente sulla questione dell’*animus defendendi* nella difesa legittima verrebbe deluso. D’altra parte la dottrina stessa¹⁹¹ è ben conscia della rarità che un caso di difesa inconsapevole si verifichi nella realtà, specie in considerazione della diminuzione del numero dei crimini di sangue e più in generale dei crimini violenti anche in Italia¹⁹².

¹⁸⁷ Ed è probabile che questa connotazione in chiave duplice e marcatamente soggettivista si realizzi con l’approvazione del disegno di legge concernente la difesa legittima attualmente all’esame della Camera dei deputati della XVIII legislatura.

¹⁸⁸ «Si tratta allora di domandarsi se la configurazione dell’ipotesi speciale, evocando profili emotivo-soggettivi della persona, corrisponda a una diversa natura giuridica dell’esimente e se, in particolare, questa attinga la categoria e i criteri ascrittivi delle scusanti»: così come osserva NOTARO, *La legittima difesa*, cit., p. 163.

¹⁸⁹ «È grazie all’analisi storica di tale esimente che la “semplicità apparente” e la “eleganza formale” della legittima difesa vengono superate e, al di là della superficie levigata del linguaggio giuridico, si scorgono energie profonde, principi morali, ideologici persino religiosi che combattono tra di loro nel tentativo di imporre, ciascuno, una propria visione della *ratio* della norma» cfr. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 421.

¹⁹⁰ Cfr. MANTOVANI, M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 85 e ss. per un quadro riassuntivo; nonché CERASE, *Articolo 52*, cit., p. 881 e ss.

¹⁹¹ VIGANÒ, *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, cit., p. 2069.

¹⁹² Sono disponibili facilmente sulla rete statistiche in merito al tasso di criminalità. Si rinvia, per esempio, al sito www.ec.europa.eu.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

A livello delle affermazioni di principio circa il rilievo soggettivo della scriminante sono rinvenibili precedenti (alquanto risalenti), di cui i sostenitori della tesi della necessità della rilevanza dell'*animus defendendi* hanno naturalmente fatto tesoro¹⁹³.

Si consideri per esempio questa massima: «Non è configurabile l'esimente della legittima difesa reale né putativa quando l'*animus* dell'agente sia di approfittare di una situazione di fatto, anche se da lui non causata, per offendere più che per difendersi, contribuendo volontariamente e consapevolmente al crearsi di una situazione di pericolo attuale al quale egli liberamente si espone, oppure quando si tratti di sfida liberamente accettata in cui ciascuno assume contemporaneamente la qualità di aggressore e di aggredito in cui non vi è spazio neanche per la provocazione¹⁹⁴».

Oppure si consideri questa massima più recente: «È da escludere che la sfida possa ricondursi al quadro della legittima difesa, per la reciproca accettazione del rischio che inevitabilmente essa comporta: in tal caso, infatti, ciascuno dei partecipanti risulta animato da volontà aggressiva nei confronti dell'altro e, quindi, nessuno può invocare la necessità di difesa in una situazione di pericolo che ha contribuito a determinare e che non può avere il carattere di inevitabilità¹⁹⁵».

La sentenza da ultimo citata, tuttavia, lascia insoddisfatti quanti vorrebbero trovare in essa la conferma schietta del rilievo del profilo soggettivo: come si vede, la Cassazione, infatti, si affretta a ricondurre il discorso sul piano della necessità e dell'inevitabilità, surrettiziamente introdotta nella disciplina della difesa legittima. Si deve notare a questo riguardo che nella giurisprudenza di merito il requisito della costrizione, segnacolo del profilo soggettivo della scriminante, non sembra dotato di

¹⁹³ Cfr. Cass., sent. 24 novembre 1980, in *Riv. it.*, 1981, 445; Cass., 16 novembre 1979, *ivi*, 1980, 588, Cass., sez. I, sent. nr. 1333/91, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Forti, Seminara, Zuccalà, Padova, 2017: «l'esimente in oggetto non è configurabile quando l'*animus* dell'agente sia di approfittare di una situazione di fatto, anche se da lui non causata, per offendere più che difendersi». Si vedano poi le pronunce riportate da RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana*, cit., p. 614 e ss.

¹⁹⁴ Cass., sez. I, sentenza 12 novembre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, pag. 1217 e similmente Cass., sez. I, sent. 23 gennaio 1978, nr. 1827, in *Riv. pen.*, 1978, 498: «Non può riconoscersi l'esimente della legittima difesa, né reale né putativa, quando l'*animus* dell'agente sia di utilizzare la situazione di fatto, anche se da lui non causata, per offendere più che per difendersi, dando volontariamente e consapevolmente un contributo decisivo al crearsi di un pericolo attuale sia per gli altri che per sé al quale egli liberamente si espone».

¹⁹⁵ Cass., sent. 20 febbraio 2015, in *Giust. pen.*, II, 654.

Capitolo I

un'autonomia vera rispetto all'elemento della necessità e finché non si avvererà il fatidico caso dell'uccisore inconsapevole difensore di sé o di altri non si potrà apprezzare il vero valore che la Cassazione attribuisce alla costrizione. Di fatto sull'elemento della costrizione, per sé considerato, non esiste giurisprudenza.

La partita tuttavia non si gioca solo sul terreno dell'*animus defendendi*. Basterebbe infatti porre mente a quanto la stessa Cassazione afferma in riferimento alla difesa legittima putativa, la quale *prima facie* dovrebbe essere completamente basata sulla percezione soggettiva dell'agente. Così tuttavia non è: la Corte infatti è compatta nel ritenere insufficiente la semplice percezione del singolo e aggiunge nella norma ricavabile dal disposto dell'art. 59, ultimo comma c.p. *praeter legem* il requisito della ragionevolezza, oggetto di critiche in dottrina¹⁹⁶. È infatti massima tralatizia quella per cui: «Nella legittima difesa putativa la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente sulla base di un errore scusabile nell'apprezzamento dei fatti, determinato da una situazione obiettiva atta a far sorgere nel soggetto la convinzione di trovarsi in presenza del pericolo attuale di un'offesa ingiusta; sicché, in mancanza di dati di fatto concreti, l'esimente putativa non può ricondursi a un criterio di carattere meramente soggettivo identificato dal solo timore o dal solo stato d'animo dell'agente¹⁹⁷». Sono chiare le preoccupazioni general-preventive di cui la Cassazione si fa carico; non si può tuttavia fare a meno di notare che la Corte finisce per esercitare una funzione di indebita supplenza del legislatore¹⁹⁸.

Se dunque in riferimento alla figura putativa della difesa legittima, per la quale il legislatore pure non richiede nulla di più che l'apparenza della giustificazione e la *recta intentio* dell'agente, la Cassazione richiede che sussistano elementi oggettivi, ulteriori al mero *animus*, tali da dare adito alla supposizione

¹⁹⁶ Si veda per esempio SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa*, cit., p. 515 e ss. L'Autrice auspica, invece, una lettura più vicina al sentire comune della scriminante putativa, ritenendo sufficiente in astratto il disposto del quarto comma dell'art. 59 c.p. a dare ragione delle ipotesi problematiche di difesa legittima che costituiscono l'oggetto del suo prezioso lavoro.

¹⁹⁷ Cfr. Cass., sez. I, sent. 25 febbraio 2014, nr. 28802 in *Guida al diritto*, 2014, 28, 46. In termini analoghi, e sempre a mo' di esempio di un più esteso orientamento: Cass., sez. IV, sent. 14 novembre 2013, nr. 691, in *Diritto e Giustizia*, 2014, 13; Cass., sez. V, sent. 04 aprile 2013, nr. 22015, in *Diritto e Giustizia*, 2013; Cass., sez. I, sent. 24 novembre 2009, nr. 3464, in *Diritto e Giustizia*, 2010.

¹⁹⁸ Cfr. in riferimento a questa tendenza: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 261.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

erronea, si deve ritenere che nella dimensione giurisprudenziale della difesa legittima non sia sufficiente l'*animus defendendi*.

Per poter scorgere la valorizzazione dell'intento difensivo all'interno della giurisprudenza della Corte di cassazione si deve fare riferimento anche alle pronunce in materia di provocazione e di rissa.

In riferimento alla provocazione o, per essere più precisi, alla preordinazione della difesa legittima e alla causazione del pericolo si deve registrare, come più volte notato nei lavori che affrontano il tema della provocazione¹⁹⁹, l'introduzione surrettizia del requisito della non volontaria causazione dell'evento per mezzo della valorizzazione del requisito della necessità²⁰⁰.

A questo riguardo viene tuttavia operato talvolta un distinguo fra la preordinazione dolosa o la volontaria creazione del pericolo e l'esposizione a situazione pericolose. In conseguenza di questa distinzione si è ritenuto giustificabile ex art. 52 c.p. l'agente che non abbia creato il pericolo (cosiddetta provocazione intenzionale) ma si sia semplicemente esposto a iniziative aggressive altrui possibili e non assolutamente certe²⁰¹. Per la Corte di cassazione l'atteggiamento psicologico di chi si pone da sé nella situazione di pericolo è dunque dirimente: se l'agente si espone al pericolo dolosamente, con un'intensità di intenzione che pare andare da una situazione assimilabile al dolo intenzionale sino al dolo eventuale, non potrà giovare della difesa legittima. Se invece il suo atteggiamento rispetto al pericolo è assimilabile alla colpa cosciente, la mancanza di una volontà "di mettersi nei guai" o peggio di creare il pericolo rende sussistente la difesa legittima²⁰². Non si può tuttavia trarre una regola giacché gli indirizzi in materia sono contrastanti. Più restrittiva infatti era stata una precedente pronuncia che escludeva dal campo della difesa legittima l'esposizione al pericolo che fosse anche solo prevedibile, difatti

¹⁹⁹ Per tutti, v. VIGANÒ, *Articolo 52*, cit., p. 928.

²⁰⁰ «L'uso della parola necessità nella formulazione legislativa dei requisiti della legittima difesa [...] ha una portata perentoria che esclude, dal suo rigoroso orizzonte applicativo, qualsiasi caso di volontaria determinazione di una situazione di pericolo, ivi compreso quello in cui l'agente abbia contribuito ad innescare una sorta di duello o sfida» Cass., sez. I, sent. nr. 12740/2012, in *Commentario breve al codice penale*, cit. Similmente: Cass., sez. I, sent. nr. 2654/2012, *ibidem*.

²⁰¹ Cass., sez. I, sent. nr. 9606/2004, *ibidem*.

²⁰² Considerazione confermata da Cass., sez. VI, sent. nr. 7627/1996, *ibidem*, la quale afferma che la difesa legittima si deve escludere solo se chi reagisce ha scientemente e volontariamente provocato la situazione di pericolo che si verifica. La definizione del profilo psicologico, come si vede, coincide con quella del dolo ex art. 43 c.p.

Capitolo I

permettendo la difesa legittima solo a chi avesse involontariamente creato la situazione di pericolo con un atteggiamento assimilabile alla colpa incosciente²⁰³.

Secondo quanto affermato da parte della dottrina maggioritaria, infine, si deve ritenere tuttavia giustificata la reazione che intenda porre rimedio a una reazione superiore a quella che il provocatore intendeva cagionare²⁰⁴

A proposito di questa costellazione di casi affrontati dalla giurisprudenza in materia di provocazione si deve sottolineare, sulla base delle osservazioni già svolte, come la sopravvalutazione del criterio dell'intenzione offensiva, porti a dover introdurre surrettiziamente nella disciplina della difesa legittima la possibilità della difesa di fronte all'aggressione che sorpassa il pericolo inizialmente causato. Come si è notato sopra, non vi è tuttavia necessità di introdurre questa regola, che nasce come una Minerva dalla testa di Giove, per rimediare su un piano equitativo all'inconveniente creato dalla regola, altrettanto equitativa, del rilievo dell'intenzione come fattore di esclusione della difesa legittima del provocatore. Se invece non si negasse a questi l'esimente e si facesse governo dei requisiti della necessità e della proporzione, non si incorrerebbe nell'imbarazzo di dover recuperare un requisito oggettivo, dopo aver fatto uso di un criterio di natura soggettiva.

La considerazione dell'intento offensivo è argomento usato dalla Corte di cassazione per escludere che la difesa legittima sia applicabile al reato di rissa, previsto dall'art. 588 c.p: «È inapplicabile al reato di rissa la causa di giustificazione della legittima difesa, considerato che i corrisanti sono ordinariamente animati dall'intento reciproco di offendersi e accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si pongono». La questione dell'*animus* non è però riconosciuta come un requisito autonomo della fattispecie difensiva né viene ricondotto alla costrizione: esso viene infatti connesso al requisito della necessità, come si legge nel prosieguo della massima: «con la conseguenza che la loro difesa non può dirsi necessitata²⁰⁵».

Spazi per la concessione della difesa legittima ad un rissante si aprono nel caso in cui egli deponga l'intento offensivo e si trovi ad agire al solo scopo di

²⁰³ Cass., sez. II, sent. nr. 13151/2001, *ibidem*.

²⁰⁴ Per esempio, cfr. Cass., sez. I, sent. 14 dicembre 1992, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, 122.

²⁰⁵ Cass., sez. V, sent. nr. 32381/2015, *ibidem*.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

respingere gli ulteriori assalti altrui²⁰⁶, ovvero di resistere sin dall'inizio agli attacchi altrui²⁰⁷. Non bisogna però dimenticare che in altri casi la situazione è stata risolta senza che si sia fatto ricorso al criterio del fine dell'azione, rimanendo così su un piano meramente oggettivo con riguardo alle sole condotte e verificando che esse fossero o no difensive²⁰⁸.

Non consta invece che la Cassazione si sia pronunciata sul fine difensivo nella legittima difesa domiciliare.

5.6. Un bilancio parziale

L'indagine relativa ai profili soggettivi della difesa legittima ha toccato la questione dell'ermeneutica dell'elemento della costrizione contenuto nell'art. 52 c.p.; il problema della provocazione; e infine le novelle legislative, comprese quelle al momento ancora per la via.

In riferimento all'ermeneutica della costrizione si può ritenere che il senso più corretto da attribuire alla parola sia quello di percezione della situazione di pericolo che agisce come elemento determinante sulla volontà difensiva dell'agente. A questo risultato si giunge sia percorrendo il cammino storico della scriminante; sia facendo governo della regola di economia legislativa, secondo la quale l'interpretazione legale deve evitare di giungere a risultati che lascino i *verba legis* privi di significato autonomo, ovvero li renda sinonimi di altri elementi della fattispecie. In questo senso la legittima difesa richiede un profilo soggettivo che consiste nella percezione del pericolo, per la ragione che non si difende chi non sa di essere attaccato.

La tematica della provocazione è stata sistemata da taluno proprio alla luce del criterio finalistico, ritenendo incompatibili con la difesa legittima le condotte di chi creasse una situazione di pericolo allo scopo di approfittarne; ovvero semplicemente intendesse trarre profitto da una situazione difensiva. Il diniego della difesa legittima, motivato secondo questo schema argomentativo o secondo gli altri che si sono visti, tuttavia non soddisfa nella misura in cui escluderebbe la possibilità

²⁰⁶ Cass., sez. I, sent. 15 maggio 1988, *ibidem*, nonché Cass., sez. V, sent. nr. 10080/1980.

²⁰⁷ Cass., sez. V, sent. nr. 8159/1981, *ibidem*, sempreché il soggetto non ecceda il *moderamen* della proporzione.

²⁰⁸ Cass., sez. V., sent. nr. 4098/1981, la quale ritiene inapplicabile la scriminante in tutti i casi in cui l'agente si impegni attivamente – si deve ritenere dunque – anche nel caso in cui con la condotta attiva risponda allo scopo di stornare da sé l'attacco.

Capitolo I

di difendersi del provocatore anche di fronte a reazioni ingiuste del provocato. E esso peraltro corrisponde ad un'idea non compatibile con l'assetto personalistico della nostra Costituzione. Per questo motivo si ritiene che alla provocazione si debba trovare risposta facendo governo dei canoni ordinari della difesa legittima.

Si è peraltro ridimensionato il ruolo dell'elemento soggettivo nella soluzione della scriminante preordinata, quella cioè che è in realtà un simulacro posto a copertura di un'intenzione assolutamente criminosa. Si è infatti notato come in questo caso la predisposizione degli elementi che possano simulare la difesa legittima altro non sia che la prova della premeditazione del delitto commesso.

Da parte sua la rissa sembra contenere nella sua definizione un germe di incompatibilità con la difesa legittima; eppure, come si è visto, la giurisprudenza recupera all'occasione la difesa legittima per giustificare una partecipazione difensiva alla colluttazione. Non pare dunque che in linea di principio si debbano abbandonare le regole generalmente valide in materia di difesa legittima nel caso in cui si ravvisino gli estremi della sussistenza dell'esimente.

Le recenti modifiche della difesa legittima da parte loro sembrano infine confermare che la scriminante abbia una componente soggettiva della quale il legislatore si sta facendo carico, onde dare risposte alla domanda di maggiore sicurezza posta dai cittadini.

La proposta interpretativa del profilo soggettivo dell'esimente finisce così per scontentare tanto i "soggettivisti" spinti, che rinvengono nell'analisi dell'intenzione la chiave per la soluzione delle situazioni problematiche in materia di difesa legittima, quanto i tradizionalisti oggettivisti, che chiudono la via a qualsiasi rilievo soggettivo delle scriminanti in ragione della natura oggettiva dell'antigiuridicità. Ciononostante sul piano dell'interpretazione letterale questa interpretazione appare la più corretta²⁰⁹.

Cosa fare dunque se si dovesse verificare la situazione in cui l'agente a sua insaputa realizza la difesa di sé o di altri?

²⁰⁹ Cfr. sul concetto di correttezza delle soluzioni giuridiche proposte: PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, p. 108 e ss. L'Autore sottolinea come non esistano interpretazioni "ontologicamente" corrette della legge, bensì ricostruzioni possibili, tutte plausibili, finché siano dotate di logica intrinseca e non contrastino con i principi fondamentali e le regole del diritto positivo.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

È presto per delineare una proposta risolutiva. Incomincia però a delinearsi l'insufficienza del solo dato letterale, il quale, peraltro si scontra con il primo comma dell'art. 59 c.p. La risposta va dunque ricercata a livello sistematico e costituzionale, come peraltro alcuni Autori fra quelli citati finora, hanno ben chiarito.

Questa insufficienza del dato testuale si rende evidente prestando ancora attenzione a un'ultima annotazione.

È stato notato come fra la preordinazione di una scriminante e la provocazione esista una distanza colmata da una serie di casi intermedi. Spagnolo²¹⁰ nel suo volume porta due esempi: nel primo caso Tizio odia Caio e ne conosce la gelosia feroce; per sbarazzarsi di lui lo avvisa di un convegno galante che sua moglie avrà con un terzo e lo accompagna sul posto a sorprendere gli amanti; giunto sul posto, proprio mentre Caio si accinge a lavare l'onta nel sangue, Tizio fa fuoco e, così facendo soddisfa il suo odio e salva i due amanti. Nel secondo caso la situazione è la stessa, con la differenza che Caio non fa da ruffiano ma si limita a seguire da lontano le mosse del marito geloso e far fuoco al momento opportuno per gli stessi motivi. Questi esempi di gusto melodrammatico (è pressappoco ciò che avviene nei *Pagliacci* di Leoncavallo!), macchinosi, ma non del tutto inverosimili, pongono ancora una volta in risalto l'impotenza del solo dato letterale della scriminante. Nelle fattispecie infatti l'intento biasimevole realizza purtuttavia lo scopo di tutela apprezzato dall'ordinamento. Di fronte al quesito la lettera dell'art. 52 c.p. è impotente e può solo constatare il paradosso di uno scopo difensivo raggiunto, pur in assenza dei requisiti previsti dalla legge. Una soluzione dunque si può trovare solo con l'indagine della struttura dell'illecito e dei fondamenti costituzionali del sistema penale.

6. Il fine di adempiere il dovere dell'ufficio e la costrizione nell'uso legittimo delle armi: per un'interpretazione costituzionalmente conforme

La fattispecie prevista dall'art. 53 c.p. è stata fatta bersaglio di numerosi strali da parte della dottrina. Tra i contributi più recenti infatti si avanzano dubbi²¹¹ i quali

²¹⁰ SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 75 e ss.

²¹¹ «La scriminante dell'uso legittimo delle armi è, dunque, la coerente espressione di scelte ordinamentali autoritarie, ispirate a criteri di tipo repressivo-deterrente; una volta, però, accolte prospettive di integrazione sociale, la presenza di questa figura assume caratteri aporetici tali, da

Capitolo I

riguardano tanto la necessità stessa dell'esimente quanto la sua struttura. Sotto questo secondo profilo è ormai scontata in dottrina e giurisprudenza l'operazione ermeneutica di ortopedia volta ad introdurre surrettiziamente nella fattispecie la proporzione. Nonostante i difetti, la fattispecie gode del favore del legislatore il quale ne ha fatto addirittura modello per discipline di settore²¹².

D'altra parte la fattispecie, a dispetto del coro unanime di critiche, conserva una sua vitalità nella aule di giustizia del Paese, forse anche a ragione del fatto che essa viene intesa, nonostante la clausola di sussidiarietà che pure contiene, come una scriminante inequivocabilmente connessa alla qualifica di pubblico ufficiale di chi l'invoca. Questa stessa vitalità comporta la riproposizione periodica del dubbio circa il carattere a tutt'oggi autoritario del diritto penale italiano nelle parti non ancora oggetto di una seria volontà di revisione da parte del legislatore e della Corte costituzionale.

Che la scriminante debba essere qualificata come autoritaria non vi sono d'altra parte dubbi. Voluta da Rocco come disposizione che avrebbe fugato ogni dubbio sulla liceità dell'azione violenta della pubblica amministrazione²¹³, fu poi salutata proprio come disposizione autoritaria da uno dei primi commentatori, il quale attribuì all'aggettivo in questione un significato intrinsecamente positivo²¹⁴.

Nell'assetto costituzionale attuale essa si connota sostanzialmente come un privilegio della pubblica amministrazione, la quale può ricorrere all'uso di qualsiasi tipo di forza per vincere gli ostacoli umani che si frappongono al raggiungimento dei

renderla dal tutto incompatibile con il sistema» (cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 197). In modo riassuntivo, v. MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 2006, p. 136 e ss.

²¹² Cfr. BRUNELLI, *L'uso legittimo delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 783 e ss. il quale prende spunto per la sua analisi proprio dall'introduzione dell'art. 4, co. 1 *sexies*, d.l. 4 novembre 2009, nr. 152, relativo alle missioni militari all'estero, il quale prevede la liceità dell'uso delle armi, conforme alle direttive, alle regole di ingaggio, agli ordini, da parte di pubblici agenti nell'ambito di operazioni militari. Si deve poi ricordare l'art. 41 c.p.m.p. in tutto corrispondente all'art. 53 c.p.

²¹³ Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte I. Relazione sul Libro I*, Roma, 1929, p. 96.

²¹⁴ In riferimento al requisito soggettivo della qualifica di pubblico ufficiale, e sostenendo la tesi della estensione a qualsiasi pubblico ufficiale della possibilità di usare la violenza, in un primo contributo apparso sul tema si osservava: «Non possiamo meravigliarci di una tale concezione, perché il punto importante e decisivo secondo lo Stato e specialmente dello "Stato autoritario" è quello di vincere l'opposizione contro l'Autorità con tutti i mezzi disponibili» (cfr. STEIN, *Usa legittimo delle armi*, in *Riv. pen.*, 1936, p. 1303). È evidente come il discorso verta su un piano di mera disobbedienza del soggetto allo Stato autoritario: non si fa più questione di abbattere un ostacolo che si frappone al raggiungimento di un fine; è piuttosto in questione il principio per cui il suddito non può opporsi in alcun modo all'autorità, con la a maiuscola.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

suoi obiettivi. La scriminante, come è stato correttamente notato infatti ha senso nell'ordinamento su un piano di economia legislativa solo se le si conferisce il più ampio margine di applicazione: solo in questo modo si valorizza la clausola di sussidiarietà con cui si apre²¹⁵. In altri termini il legislatore sembra aver voluto provvedere la pubblica amministrazione – e si noti: non vi è nella lettera della legge alcun elemento positivo che limiterebbe il suo impiego alle sole forze dell'ordine²¹⁶ – dell'uso della forza in qualsiasi evenienza. L'unico contrassegno oggettivo che caratterizza la fattispecie è infatti la necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza: non si ha riguardo a misure o di mezzi²¹⁷; né vi sono limitazioni concernenti i mezzi di coazione usati; né si ha riguardo alle ragioni di chi resiste o esercita una violenza. Le ragioni di perplessità aumentano non appena si pone poi mente al «comunque» introdotto dalla novella del '75 che potenzialmente rende l'art. 53 c.p. ragione di liceità dell'esercizio della forza diretta a colpire condotte anche solo preparatorie di crimini pur gravi, ma non ancora giunti neppure allo stadio del tentativo²¹⁸.

Plurimi sono dunque i punti di potenziale contrasto con l'assetto costituzionale della fattispecie in questione: a citarne alcuni, l'art. 3 in riferimento all'assenza del metro della proporzione, la cui assenza permette astrattamente il sacrificio di beni gerarchicamente superiori al buon andamento della pubblica amministrazione; il primo comma dell'art. 13 il quale stabilisce una riserva di provvedimento per le singole limitazioni delle libertà, mentre l'art. 53 conferisce una licenza, nient'affatto sufficientemente determinata, di usare sempre e comunque la violenza contro chiunque; il quarto comma dello stesso articolo che vieta l'uso di violenza fisica e morale su quanti soggetti a limitazione della libertà e dunque

²¹⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 282. Sul tema del rapporto fra uso legittimo delle armi, difesa legittima e adempimento di un dovere si veda BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 385 e ss.

²¹⁶ La più antica dottrina sosteneva che questo fosse uno dei tratti distintivi della disciplina, intesa dal legislatore proprio come strumento dalle più ampie potenzialità in mano alla amministrazione pubblica (cfr. STEIN, *Uso legittimo delle armi*, cit., p. 1290 e ss.). Oggigiorno è più frequente un'interpretazione restrittiva del requisito soggettivo in forza della quale si intende che di essa possano usufruire solo gli agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria e i militari (cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 312).

²¹⁷ In questo consistono, secondo un chiaro Autore, il vero significato e il vero intento legislativi (cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 194).

²¹⁸ Questa conclusione è l'unico esito possibile dell'ermeneutica della fattispecie, orientata ad un canone di economia legislativa (cfr. *ivi*, p. 195).

Capitolo I

sembra *a fortiori* bandire l'uso della violenza fuori del necessario; l'art. 2 infine, il quale impedisce in sostanza la strumentalizzazione della persona umana a qualsiasi fine e vieta dunque il suo sacrificio per il raggiungimento di qualsiasi scopo della pubblica amministrazione. Più in generale è la indeterminatezza accentuata dell'art. 53 c.p. che desta preoccupazione: proprio perché si tratta di una scriminante l'effetto della disposizione è la concessione al potere pubblico di margini di impunità ampi, laddove uno dei tratti dello Stato di diritto è al contrario proprio la giustiziabilità dell'attività dello Stato, secondo i parametri di legalità discendenti dalla Costituzione. A questo riguardo si pensi inoltre che le potenzialità espansive dell'impunità del potere pubblico sono moltiplicate dalla regola della rilevanza del putativo, nonché dalla scarsa potenzialità limitatrice del requisito della necessità, la quale per se stessa significa solo che non ci sia alternativa all'intervento²¹⁹.

Il contrasto con la Carta impone dunque una interpretazione rigorosa della fattispecie in modo che l'agire lecito della pubblica amministrazione risulti definito nel migliore modo possibile.

L'operazione di stretta interpretazione si rende peraltro tanto più cogente in ragione della vitalità di cui, come detto, la disposizione gode. I motivi del successo sono peraltro comprensibili. La fattispecie infatti, recuperato il requisito della proporzione o attraverso la porta della necessità ovvero attraverso il concetto di giustificazione²²⁰, si presta in modo eccellente a coprire l'azione delle forze

²¹⁹ Appare poi seriamente dubbio che si possa mai fare questione della praticabilità di ipotetici *commodi discensus* da parte delle forze di pubblica sicurezza le quali, se vengono chiamate, è proprio affinché intervengano attivamente.

²²⁰ Si tratta dell'operazione di adeguamento della scriminante posta in essere da dottrina e giurisprudenza, del tutto *praeter legem*. Come esempio di "recupero" della proporzione si consideri la seguente massima: «La necessità di respingere una violenza o vincere una resistenza ovvero di impedire determinati delitti costituisce presupposto oggettivo per la legittimità dell'uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica, ai fini, quindi, dell'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 53 c.p. Tale requisito va inteso, anzitutto, come applicazione del principio per cui l'uso delle armi o di altri mezzi di coazione deve costituire *extrema ratio* nella scelta dei metodi necessari per l'adempimento del dovere: diventa cioè legittimo solo ove non vi sia altro mezzo possibile. Va interpretato, inoltre, come espressione dell'esigenza di una gradualità nell'uso dei mezzi di coazione (tra più mezzi di coazione ugualmente efficaci, occorrerà scegliere allora quello meno lesivo). È infatti regola di condotta irrinunciabile quella di graduare l'uso dell'arma secondo le esigenze specifiche del caso e sempre in ambito di proporzione, giacché è sempre il criterio della proporzione – non espressamente nominato nell'art. 53 c.p., ma implicitamente deducibile dalla disposizione e, comunque, applicabile quale principio generale dell'ordinamento giuridico, valido anche nella disciplina delle cause di giustificazione – che deve guidare il pubblico ufficiale, al quale si chiede, senza che debba rinunciare all'adempimento del dovere di ufficio, di conseguire lo scopo con il minor sacrificio del contrapposto interesse» (cfr. Cass., sez. V, sent. 16 giugno 2014, nr. 41038). La Corte intende la proporzione come scelta dello strumento meno lesivo possibile; essa dunque è proporzione fra mezzi ed è volta sempre a

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

dell'ordine nella gestione di situazioni pericolose quali cortei, manifestazioni, agitazioni di piazza nelle quali l'uso della forza pubblica è necessario a contenere possibili degenerazioni²²¹.

L'interpretazione "stretta" della fattispecie si raggiunge anche attraverso la valorizzazione del profilo soggettivo in essa contemplato. Più che altrove, su questo versante la caccia è grossa. L'art. 53 c.p. infatti prevede ben due elementi che rimandano a possibili significati psicologici: la costrizione e il fine di adempiere un dovere dell'ufficio.

Sono pochi gli autori che si soffermano sul requisito della costrizione; in genere ci si limita ad un rimando al significato riconosciuto al termine in occasione dell'indagine dello stesso in seno alla fattispecie della difesa legittima²²² e ciò implica che esso possa essere assorbito dalla considerazione della sussistenza (oggettiva) della situazione di violenza o di resistenza²²³.

Al contrario il fine di adempiere il dovere dell'ufficio ha attirato maggiormente l'attenzione degli studiosi. Il tema anche questa volta vede due gruppi contrapposti e, benché con qualche defezione di rilievo, gli opposti schieramenti sono nella composizione grosso modo coincidenti con quelli che si sono affrontati in tema di interpretazione della costrizione *sub* art. 52 c.p.

L'alternativa si pone fra un'esegesi soggettivista e una oggettivista.

Come nel caso della difesa legittima l'interpretazione più antica e dunque più vicina alla temperie culturale in cui è nato il codice Rocco propendeva per il rilievo soggettivo, nonostante la chiusura della *Relazione al codice penale* al rilievo

garantire che non vi fosse altro modo di adempiere il dovere. È quest'ultimo in sostanza il concetto di necessità. In dottrina si vedano sul tema della proporzione *ex multis*: DELOGU, *L'uso legittimo delle armi*, in *Arch. pen.*, 1972., p. 192 e s.; MARINI, *Uso legittimo delle armi*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1964, p. 266.

²²¹ Tuttavia non si può fare a meno di notare che, come sottolineato dalla dottrina, a questa necessità farebbe fronte l'esimente dell'adempimento del dovere, sebbene ciò comporti la perdita del privilegio indiscriminato di azione violenta, in forza di una disciplina che richiede almeno la sussistenza di un provvedimento di autorizzazione, nonché meccanismi di chiusura del sistema come quelli previsti nei capoversi dell'art. 51 c.p. che impediscono vuoti di responsabilità.

²²² Cfr. STEIN, *L'uso legittimo delle armi*, cit., p. 1296, nonostante – come a breve si vedrà – l'Autore affermi decisamente la sussistenza di un profilo soggettivo nella difesa legittima; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 142; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 369. Dal versante soggettivistico: SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 81.

²²³ Cfr. RIPAMONTI, *Articolo 53*, in DOLCINI–GATTA, *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, I, IV ed., Milano, 2015, p. 974: sebbene l'Autrice faccia riferimento alla necessità e non propriamente alla costrizione, è comunque chiaro che ella esclude qualsiasi necessità di indagine sulla consapevolezza dell'agire scriminato.

Capitolo I

soggettivo delle scriminanti. Il fine di perseguire il dovere dell'ufficio era inteso infatti come stato d'animo dell'agente consistente nel perseguimento di un fine pubblico con esclusione di qualsiasi finalità incompatibile con l'ufficio esercitato²²⁴.

Nel dibattito (relativamente) più recente ha invece preso piede la tesi oggettivista, sebbene in modo meno compatto che nel caso della difesa legittima²²⁵. Secondo questa visione il fine di adempiere il dovere d'ufficio denoterebbe esclusivamente la sussistenza di una situazione che richiede l'effettivo intervento della forza pubblica. Per altro indirizzo, sostenuto da studiosi autorevoli, l'indagine sul fine di adempiere un dovere dell'ufficio, inteso in senso oggettivo, coinciderebbe invece con il chiedersi se la reazione del pubblico ufficiale fosse necessaria o no²²⁶.

Contro questa posizione si collocano i soggettivisti²²⁷. Costoro ritengono che il fine di adempiere un dovere dell'ufficio debba essere interpretato come requisito di carattere soggettivo, nello specifico come fine perseguito dall'agente, sulla base della consapevolezza della situazione che richiede l'uso della forza²²⁸. Il fondamento

²²⁴ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 244; STEIN, *L'uso legittimo delle armi*, cit., p. 1298; ALTAVILLA, *Uso legittimo delle armi*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, p. 768; nonché CAVALLO, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale. Volume secondo. L'oggetto del diritto penale*, Napoli, 1955, p. 680.

²²⁵ DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, cit., p. 188 e s., il quale ritiene che il requisito in oggetto corrisponda semplicemente alla oggettiva realizzazione di interessi pubblici nonostante sia descritto in termini soggettivi; ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979, p. 73 e ss.; LAURO, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, II ed., Roma, 1988, p. 119 e s.; PULITANÒ, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1994, p. 4; MUSACCHIO, *L'uso legittimo delle armi*, cit., p. 56; NAPPI A., *Guida al codice penale*, cit., p. 373; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 174; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 113; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 268, che ritiene il fine perseguendo come mero contrassegno della sussistenza di una situazione di fatto che richiede l'intervento della forza pubblica, giacché il fondamento della scriminante sta nell'adempimento di pubblici poteri; RIPAMONTI, *Articolo 53*, cit., p. 972, la quale argomenta sulla base della *ratio* della disposizione e del primo comma dell'art. 59 c.p.; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 371; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 284.

²²⁶ Cfr. GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 324; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., p. 281, il quale specifica che si tratta di interrogarsi sul mezzo di coazione scelto dall'agente.

²²⁷ Si considerino: SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 19; FORTE, *Uso legittimo delle armi*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 456, il quale esplicita la necessità di fare eccezione all'art. 59, co. 1 c.p.; MARINI, *Uso legittimo delle armi*, cit., p. 266, il quale specifica che il pubblico ufficiale che non si rappresenta o non è motivato dalla finalità pubblica non si giova della scriminante; BRUNELLI, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, cit., p. 789, il quale ritiene indiscutibile il carattere soggettivo della fattispecie e ritiene che il carattere soggettivo sia talmente forte da determinare una natura quasi-scusante dell'uso legittimo delle armi, tesi non del tutto comprensibile.

²²⁸ Fa eccezione Grosso il quale, sostenendo un concetto oggettivo di costrizione, riconosce al fine di adempiere il dovere dell'ufficio un significato soggettivo difficilmente decifrabile. Non si riesce infatti ad immaginare come si possa perseguire uno scopo lecito, senza che sia presupposta la conoscenza della situazione: cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 143.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

principale di questa posizione è la locuzione usata dal legislatore: il «fine di» che riecheggia in modo irresistibile la consueta epifania del dolo specifico; ciò che tuttavia porta a ritenere dirimente il fine perseguito è la considerazione, di natura equitativa, per la quale non è tollerabile che venga legittimato l'esercizio di forza pubblica per il perseguimento di fini privati.

Conseguentemente a quanto fin qui sostenuto si ritiene che sicuramente non rientri nell'ambito di applicazione della disposizione l'uso della forza per scopi del tutto personali ed estranei alla funzione esercitata. Non vi è autore tra questi appartenenti alla schiera soggettivista tuttavia che si spinga ad escludere dall'applicazione della scriminante il soggetto che accanto a quello pubblico, per il quale vi è necessità, persegua anche scopi personali²²⁹.

Nell'unico e risalente precedente di Cassazione che è dato rintracciare sul tema, sembra che la Corte abbia fatto propria la tesi della sussistenza di un elemento soggettivo. Afferma infatti la Corte: «l'uso delle armi da parte del pubblico ufficiale, o di chi, legalmente richiesto, gli presta assistenza, in tanto può essere considerato legittimo, in quanto non sia dovuto a risentimento o a motivi inerenti alla persona dell'agente, bensì diretto al fine di respingere una violenza o di vincere una resistenza per difendere e affermare l'autorità²³⁰». L'affermazione è però forse troppo poco per ritenere che la giurisprudenza di legittimità abbia accolto l'indirizzo (se non altro) in ragione della vetustà della pronuncia e di quanto si dirà a breve.

La questione del concorso di motivazioni personali con quelle pubbliche preposte all'ufficio non sfugge tuttavia nemmeno a coloro che sostengono il profilo oggettivo della scriminante in questione. Il rilievo anzi è funzionale nell'economia dei loro lavori a sostenere la tesi per cui non si possa attribuire al fine di adempiere il dovere dell'ufficio un significato soggettivo. Gli autori in questione ritengono che le finalità eventuali personali perseguite dall'agente non escludano l'applicabilità della scriminante in questione. L'assunto può essere giustificato anche solo dalla semplice constatazione che nella pratica è impossibile distinguere il fine pubblico da quello eventuale privato quando questi siano concorrenti fra loro²³¹. D'altra parte, è facile

²²⁹ Cfr. per esempio MARINI, *Uso legittimo delle armi*, cit., p. 266

²³⁰ Cass., sez. I, sent. 30 gennaio 1936, in *Giust. pen.*, 1936, II, 556. Non si rinvencono nella giurisprudenza recente altri riferimenti al tema trattato.

²³¹ Cfr. ARDIZZONE, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 981.

Capitolo I

argomentare che le nude intenzioni sono estranee all'ambito di azione della potestà penale. In modo non del tutto conseguente a quanto appena sostenuto, tuttavia, si ritiene che nel caso in cui il pubblico ufficiale persegua solo scopi personali questi non possa giovare della causa di giustificazione in questione²³². Il motivo per cui gli autori citati si premurano di escludere la possibilità che in un caso siffatto possa trovare applicazione la scriminante è chiaro: si tratta di prevenire l'impiego distorto degli strumenti giuridici di cui la pubblica amministrazione è fornita; la ritenuta concezione oggettivista del fine di adempiere il dovere dell'ufficio dovrebbe tuttavia portare a concludere che in ogni caso è indebito interrogarsi dei propositi e delle motivazioni interne dell'agente. Inoltre, anche il motivo determinante del tutto personale in quanto mero fatto interiore dovrebbe esulare dall'indagine del penalista.

A ben vedere la soluzione non è sul piano letterale, bensì su uno sistematico e di esso si darà conto a suo tempo. Per il momento non si può fare a meno di notare la coincidenza – d'altra parte già da tempo risalente non sfuggite alla dottrina²³³ – fra le soluzioni proposte: tanto i soggettivisti quanto gli oggettivisti di fatto affermano la stessa cosa e cioè che la scriminante vada negata a quanti, pubblici ufficiali o soggetti richiesti, usino violenza perseguendo finalità estranee all'utilità pubblica, per ragioni evidenti che sarebbe stucchevole cercare di tradurre in parole. Sia i soggettivisti che gli oggettivisti d'altra parte hanno evidentemente presente quanto sia difficile separare intenti personali e intenti pubblici e soprattutto quanto sia eccessivo negare la scriminante se il fine di tutela è in effetti realizzato.

Non si devono però nascondere le difficoltà applicative di questa regola, che afferma l'incompatibilità fra art. 53 c.p. e l'esclusivo perseguimento di un fine personale. Si ipotizzi infatti un agente di pubblica sicurezza che è preposto al servizio di ordine pubblico relativamente ad un corteo di una certa parte politica, avversa alle sue convinzioni personali. Si immagini che questi da giorni sapesse del suo incarico e bramasse da tempo di sfogare il suo rancore di parte, intento che

²³² Cfr. per esempio MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 268, il quale deriva la possibilità di escludere la scriminante in presenza di soli motivi personali direttamente dalla nozione oggettiva di fine di adempiere, con un evidente circolo logico; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 371. Gli Autori citati affermano tutti la regola per cui il motivo concomitante personale è irrilevante e che invece il motivo personale esclusivo impedisce di invocare l'art. 53 c.p.

²³³ Cfr. ARDIZZONE, *Usa legittimo delle armi*, cit., 1992, p. 981, il quale evidenzia la comunanza di risultati raggiunta sia percorrendo la via soggettivista che quella oggettivista; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 406; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 313.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

peraltro ha incautamente svelato con *post* sulla pagina personale di *Facebook* affermando che, qualsiasi cosa sarebbe successo, il suo intento sarebbe stato solo quello di picchiare i suoi avversari politici. Si ipotizzi infine che i fatti della manifestazione degenerino e che vi sia necessità di usare la forza per vincere la resistenza della folla dopo che è stato inutilmente intimato lo sgombero con il fatidico squillo di tromba. Come si potrà affermare che la violenza esercitata da quell'agente non è lecita se essa ha contribuito ad ottenere lo sgombero? E si può d'altra parte lasciare impunito un soggetto che ha manifestamente usato quella violenza solo per picchiare²³⁴?

Una prima risposta – che attiene al profilo letterale e al sistema della disciplina positiva, senza attingere ancora il piano risolutivo degli indirizzi dei principi dell'ordinamento – si può tentare seguendo l'indirizzo, costante in dottrina e giurisprudenza e già ricordato, che tende a recuperare l'elemento della proporzione *praeter legem*.

Se infatti si ritenesse che anche nell'uso legittimo delle armi opera un *moderamen*, sarebbe scriminato solo ciò che sarebbe proporzionato all'esigenza peculiare del singolo caso. La violenza che ecceda la necessità manifestandosi come sproporzionata, per quantità o intensità potrebbe essere qualificata come eccesso doloso, punibile nel nostro ordinamento. La soluzione lascia però insoddisfatti per due motivi: in primo luogo è necessario supporre la presenza della proporzione, contro il chiaro disposto della legge; in secondo luogo essa non permette di dare soluzione al caso in cui l'agente usi la forza nella misura strettamente necessaria al perseguimento della finalità pubblica, pur essendo motivato diversamente. Ancora una volta, come nel consenso ignorato e nella difesa inconsapevole, il raggiungimento dello scopo di tutela si scontra con l'intento sostanzialmente lesivo, e dunque intrinsecamente abusivo che motiva l'agente.

²³⁴ Se si riflette, la situazione non è poi dissimile a quella in cui l'agente usi la sua qualifica di agente di polizia per farsi consegnare dall'ufficio anagrafe del comune presso il quale è in servizio informazioni necessarie al lancio pubblicitario dell'impresa della moglie e le ottenga, fingendo che le stesse siano necessarie ad una inesistente indagine penale in corso affidato alle sue cure. Un caso del genere è stato giudicato dalla Cassazione come tentato abuso di ufficio (cfr. Cass., sez. VI, sent. nr. 20094/2011 in FORTI-SEMINARA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, cit., p. 1567) e difatti dietro l'apparenza dell'esercizio della funzione pubblica non vi è altro se non il perseguimento di un fine privato. La differenza con la casistica che si va affrontando risiede solo nel fatto che nell'abuso d'ufficio tentato la facoltà esercitata non corrisponde ad una scriminante specifica, ma piuttosto rientra nelle attribuzioni dell'ufficio a cui è preposto l'agente in questione.

Capitolo I

Il recupero della proporzione non aiuterebbe nemmeno nel caso in cui l'agente ignori *tout court* la sussistenza della necessità di vincere la resistenza altrui o di difendere se stesso e adoperi le armi per altri fini, realizzando inconsapevolmente lo scopo di tutela giuridicamente rilevante²³⁵. Anche in questa situazione si verifica una scissione tra il risultato oggettivo conseguito dall'azione del soggetto e il suo *animus* che comporta la riproposizione del quesito già posto in materia di difesa legittima e di consenso ignorato. La soluzione conseguente allo stretto tenore dell'art. 53 c.p. sarebbe addirittura il diniego della operatività della scriminante per difetto del requisito psicologico richiesto; questo risultato sarebbe tuttavia in contrasto con la tutela realizzata. Ancora una volta il tenore testuale della scriminante è insufficiente al raggiungimento di una soluzione soddisfacente.

De iure condito resta di fatto che il fine di adempiere un dovere dell'ufficio insieme alla necessità sono i soli argini alla potenzialità dilagante di liceità dell'azione violenta della pubblica amministrazione. A questo riguardo non si vede ragione per sostenere che la costrizione significhi nell'art. 53 c.p. qualcosa di diverso da ciò che essa significa nell'art. 52 c.p.; è dunque corretto che essa designi il fatto che l'agente agisce consapevole della situazione che richiede l'uso delle armi. Altrettanto corretto è interpretare il fine di adempiere un dovere dell'ufficio in senso conforme al senso letterale che tramite il riferimento al concetto di scopo allude alla sfera volitiva dell'agente. Una diversa definizione degli elementi in questione – quella cioè che li fa coincidere secondo un'interpretazione oggettiva con la sussistenza di una situazione in cui vi sia bisogno di usare la forza ovvero con la scelta del mezzo meno afflittivo – finirebbe per ridurre l'elemento del fine ad un mero doppione della necessità e della proporzione, recuperata *praeter legem*.

²³⁵ Ipotesi francamente poco realistica giacché si dovrebbe ipotizzare un pubblico ufficiale che faccia uso di armi o di mezzi di coazione in modo oggettivamente sconsiderato e per avventura consegua proprio lo scopo di tutela dell'ordinamento, colpendo quanti oppongono resistenza o stiano usando violenza. Diventa invece quasi impossibile immaginare che una tale situazione possa estendersi al privato richiesto dal pubblico ufficiale perché il primo deve essere richiesto e la richiesta implica che tanto il pubblico ufficiale quanto il privato richiesto siano consapevoli della situazione corrente che richiede l'uso della forza.

7. Vecchie eredità e dubbi ricorrenti: la costrizione nello stato di necessità

La questione della sussistenza *de iure condito* di un profilo soggettivo nello stato di necessità e quella relativa all'interpretazione dell'elemento della costrizione presente nel primo comma dell'art. 54 c.p. si presentano più complesse rispetto a quanto accade nelle altre scriminanti di parte generale.

I motivi di questa maggiore varietà di opinioni sul tema sono due: in primo luogo, ci si riferisce al fatto che la natura dello stato di necessità per lungo tempo è stata al centro di un dibattito il quale, lungi dal trovare una soluzione, è attualmente una brace placidamente quiescente sotto la coltre di cenere delle molte pagine scritte sul tema; in secondo luogo, si deve tenere presente che l'interpretazione della costrizione è uno snodo logico da cui è stata fatta transitare la questione della natura dell'esimente, non sempre secondo percorsi lineari. A questi due temi si lega infine quello ulteriore dell'individuazione della *ratio* della scriminante; si tratta di un quesito che sul piano logico risulta talvolta precedere, talaltra seguire quello della natura giuridica dello stato di necessità.

Il riferimento alla costrizione come elemento dirimente della problematica della natura dello stato di necessità è diffuso in dottrina²³⁶. A seconda della volontà di ricondurre la fattispecie alla famiglia delle scriminanti ovvero a quella delle scusanti, la costrizione assume un differente significato sul quale si tornerà a breve.

Sono tuttavia più profonde le ragioni di questa ambiguità ed è riduttivo pensare che esse possano esaurirsi nell'alternativa interpretativa dell'elemento della

²³⁶ Si vedano come esempi i seguenti Autori, i quali pongono l'interpretazione della costrizione come chiave di volta del ragionamento relativo alla natura dello stato di necessità: per i "soggettivisti", che qualificano l'istituto come scusante, GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, p. 59; nonché SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 48, il quale definisce l'inciso relativo alla costrizione il vero «vero nodo esegetico» della fattispecie. Da altro punto di vista, oggettivista: PERDONÒ, *Stato di necessità*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, p. 413, il quale propende per la qualificazione di scriminante, sulla base della interpretazione oggettiva della costrizione; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 292. A parte si colloca NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 378, il quale non si riferisce direttamente al concetto di costrizione come dirimente per la soluzione del quesito relativo alla natura dello stato di necessità, ma piuttosto all'art. 59, co. 1, c.p., oltre che all'art. 2045 c.c.; il risultato tuttavia è il medesimo: si tratta di far transitare l'iter argomentativo dalla tappa del profilo soggettivo, onde pervenire all'individuazione della natura della scriminante. Similmente: ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 116, il quale ritiene argomenti dirimenti la regola stabilita dall'art. 59, co. 1, c.p. e il soccorso di necessità. Sul punto cfr.: SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1005 e ss.

Capitolo I

costrizione. L'ambiguità della natura e dell'aspetto di questa fattispecie non dipendono esclusivamente né si limitano al tenore testuale della stessa. Infatti, più scopertamente che in riferimento alla difesa legittima, lo stato di necessità risente della antica sua *ratio* di scusa del soggetto in ragione della particolare situazione emotiva in cui agisce.

La storia dello stato di necessità è stata già tracciata da importanti studi sul tema²³⁷; qui è utile ricordare con sintesi estrema quanto risalente sia la caratterizzazione dell'istituto in chiave soggettiva.

Già nel diritto romano la coazione psicologica agente sul soggetto era ragione di esenzione da responsabilità come dimostrano due esempi riportati nel Digesto: quello del proprietario che abbatte la casa altrui spinto da *metus* per l'incombere di un incendio; e quello dei marinai che gettano in mare casse contenenti oggetti preziosi di proprietà dell'armatore onde scampare a un naufragio. Con lo sviluppo del diritto canonico l'istituto venne concepito come limite intrinseco del diritto di proprietà, limite derivante dalla legge divina. Il caso emblematico presente nella trattatistica del tempo è quello del furto per fame il quale, nonostante l'accento posto dai canonisti sul concetto (oggettivo) di limite al diritto di proprietà, mostra con evidenza la ragione "umanitaria" della fattispecie.

La fondazione dello stato di necessità sul singolo e sulla sua volontà coartata invece che su una situazione fattuale di necessario sacrificio di un bene fu operata anche dai giusnaturalisti moderni. Pufendorf ritenne, concependo il reato come espressione della volontà, che lo stato di necessità incidesse proprio sulla formazione di una libera volontà di delinquere e per questo motivo escluse la responsabilità penale. Oltre a ciò l'Autore sostenne che la necessità fosse anche un limite del dovere di obbedienza discendente dalla stessa volontà del diritto.

I codici ottocenteschi sia italiani che stranieri fecero propria la configurazione dello stato di necessità come causa di esclusione della componente soggettiva del

²³⁷ Questi accenni storici sono tratti principalmente da GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 95 e ss.; nonché più recentemente VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano, 2000, p. 36 e ss. Si vedano poi: FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 244 e ss.; MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" e "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000; VENAFFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, p. 14 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

reato, ritenendo che esso agisse sulla libertà del volere necessaria alla sussistenza dello stesso.

È tuttavia in area tedesca che si devono cercare gli sviluppi decisivi per la posizione dell'alternativa circa la natura dello stato di necessità fra comprensione della debolezza umana e considerazione del risultato di tutela realizzato.

Come sottolineato da un Autore attento²³⁸, la svolta decisiva si ebbe con l'opera di Kant. Questi, ponendo la sorgente della morale nel singolo e connotando lo stesso come elemento della società, finì per qualificare la necessità come valvola di sfogo di qualsiasi contrasto fra l'ordinamento morale e quello legale, ampliando oltremodo l'ambito applicativo della fattispecie. Di conseguenza divennero fatti leciti il duello e l'infanticidio per causa d'onore²³⁹.

Lo stesso Autore ritiene che fu la portata applicativa molto estesa dell'istituto ad imporre ad Hegel la necessità di trovare un correttivo che fu rinvenuto nel principio del bilanciamento dei beni. Il filosofo idealista concepì lo stato di necessità non come *Billigkeit*, cioè come strumento di equità del caso particolare, bensì come un vero diritto quiescente che determina la soccombenza di qualsiasi altro diritto gerarchicamente inferiore nel caso di verifica dei presupposti dello stato di necessità stesso²⁴⁰.

Da questo momento in poi la dottrina tedesca fece propria l'idea che lo stato di necessità rispondesse a due *rationes*: la garanzia della vigenza del diritto oggettivo, anche a costo della soppressione dei diritti gerarchicamente inferiori; e la comprensione per la condizione di dissidio e di patimento interno all'animo dell'agente. La concezione dimidiata dello stato di necessità fu consacrata per la prima volta nel codice imperiale del 1871 al § 52 e al § 54²⁴¹. Con l'introduzione nel

²³⁸ Cfr. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 101 e ss.

²³⁹ Sul concetto di diritto in Kant e sui rapporti con la morale, v. anche VORMBAUM, *Storia del diritto penale tedesco moderno*, cit., p. 47 e ss.

²⁴⁰ È evidente l'importanza dell'elemento gerarchico come vero criterio risolutivo dei conflitti nel caso di necessità, così immaginato. Nel conflitto fra più beni la prevalenza di quello gerarchicamente superiore realizza il momento di sintesi fra diritto e negazione del diritto che, secondo il consueto schema triadico hegeliano, riafferma il diritto e promuove la realizzazione e la manifestazione dello Spirito. Cfr. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 60 e ss.

²⁴¹ Il § 52 prevedeva che non fosse punibile l'azione resa necessaria da una forza irresistibile ovvero da una minaccia all'integrità fisica o alla vita dell'agente o di un prossimo congiunto che si caratterizzasse per l'essere attuale e non altrimenti evitabile. Il § 54, fuori del caso appena visto, dichiarava non punibile l'azione necessaria per stornare da sé o da un prossimo congiunto un pericolo attuale alla vita o all'integrità fisica incolpevole e non altrimenti evitabile.

Capitolo I

BGB (1900) del § 228 (stato di necessità difensivo) e del § 904 (stato di necessità aggressivo) si ritenne che queste due ipotesi incarnassero invece lo stato di necessità scriminante e si attribuì a quelle previste dallo *StGB* la natura di ipotesi scusanti.

L'elaborazione delle categorie dogmatiche della antigiuridicità e della colpevolezza fece sì che il problema dello stato di necessità in Germania non fosse più disgiunto da quello della sistematica del reato²⁴². L'elaborazione da una parte della antigiuridicità materiale ad opera di Graf zu Dohna e dall'altra del concetto normativo di colpevolezza dovuto a Franck, pur con il persistere fisiologico di opinioni contrastanti, portò ad una sistemazione astrattamente accettabile: nel caso di sacrificio di un bene gerarchicamente inferiore strumentale al godimento di un bene ritenuto superiore veniva in questione l'antigiuridicità (materiale, secondo la definizione del giusto mezzo per un giusto scopo, ovvero secondo le formulazioni differenti successive); nel caso in cui invece il fatto fosse stato commesso in una situazione d'animo di patimento ad essere elisa era l'esigibilità della condotta, e dunque la colpevolezza. Si deve notare che il riferimento ad un concetto materiale di antigiuridicità era necessario a superare lo scoglio dell'assenza nelle due disposizioni del codice penale imperiale citate di una formulazione "neutra" dello stato di necessità, di una formulazione cioè che prescindesse da contrassegni spiccatamente soggettivisti.

La soluzione della struttura bipartita dello stato di necessità, come noto, fu consacrata con la famosa sentenza del *Reichsgericht* dell'11 marzo 1927 che riconobbe la sussistenza di uno stato di necessità cosiddetto sovraleale connotato oggettivamente²⁴³.

La successiva riforma del codice penale del 1975 ha mantenuto questa distinzione – forse uno dei tratti più caratteri più identificativi della cultura penalistica tedesca – prevedendo due paragrafi che già nelle loro rubriche manifestano la differente natura della fattispecie: il § 34 (stato di necessità

²⁴² Per ragioni di economia del lavoro si deve sorvolare sulla diatriba relativa alla natura dello stato di necessità e alla costruzione del reato che ha visto coinvolta la dottrina tedesca nei decenni a cavallo del XIX e del XX secolo. Su questi temi si rimanda ai tre testi da ultimo citati.

²⁴³ Il caso era quello di un aborto terapeutico commesso in situazione mortale per la donna. Definito il principio, se ne fece applicazione anche in caso di delitti a sfondo politico e nell'ambito della circolazione stradale, come per esempio nel caso del soggetto colto in contravvenzione per eccesso di velocità che aveva aumentato la sua velocità di marcia per segnalare al conducente del veicolo che lo precedeva un'anomalia dello stesso (cfr. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., p. 277).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

giustificante), che menziona apertamente il bilanciamento di interessi e qualifica come lecito il fatto; il § 35 (stato di necessità scusante) che invece limita tanto l'ambito di applicazione a solo alcuni beni, individuati nella vita e nell'integrità fisica, quanto la cerchia dei soggetti interessati e soprattutto, dichiarando esclusa la colpevolezza, si appella al concetto di esigibilità.

Questi veloci cenni storici hanno permesso di evidenziare come – e si tratta di un dato sempre molto sottolineato in quella letteratura italiana che tende a rigettare la qualificazione dello stato di necessità come scriminante – la natura di causa di giustificazione sia in qualche modo “artificiale”, legata ad una precisa temperie culturale (quella idealista-hegeliana), che ha reso generale una causa di non punibilità che la tradizione giuridica aveva configurato come misura eccezionale di comprensione della fragilità umana²⁴⁴.

La tradizione giuridica italiana del XIX secolo, cristallizzata nel pensiero di Carrara, al contrario²⁴⁵ collocava saldamente lo stato di necessità nell'elemento soggettivo del reato, secondo l'insegnamento classico di origine giusnaturalistica per il quale la necessità cogente incide sulla libertà d'azione del singolo. Il codice Zanardelli ammise conseguentemente una disposizione sullo stato di necessità (art. 49, terzo alinea) la quale prevedeva fra i suoi elementi la non volontaria causazione, l'imminenza del pericolo e la gravità dello stesso, la necessità della condotta difensiva. Il dibattito tedesco non aveva evidentemente fatto in tempo a valicare le Alpi: lo stato di necessità del primo codice penale del Regno d'Italia era ancora connotato come rimedio attuale al pericolo e come comprensione delle ragioni del singolo.

Solo nei primi decenni del XX secolo, probabilmente in conseguenza dell'opera di Arturo Rocco, si fece strada la concezione di uno stato di necessità

²⁴⁴ Rilievo caro a GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 111: «Lo stato di necessità fu considerato un istituto eccezionalissimo prima di Kant, divenne un limite logico dell'ordinamento nel pensiero del filosofo di Königsberg. È da Kant che inizia l'espansione del concetto di stato di necessità che doveva alla fine essere addirittura scambiato con una causa di giustificazione, avente carattere generalissimo». Similmente SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 39: «Come si vede, un principio, che era stato formulato per giustificare la liceità del c.d. soccorso di necessità nei soli casi di marcata sproporzione fra il bene sacrificato e quello salvato (sproporzione naturalmente in favore del bene salvato), che non potevano rientrare né nel § 54 dello *StGB*, né nel § 904 *BGB*, è stato dalla dottrina italiana accolto, ma profondamente trasformato nel contenuto, per giustificare qualunque situazione di stato di necessità».

²⁴⁵ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Lucca, 1871, p. 186: «Il fondamento di fatto di questa scriminazione è nel timore».

Capitolo I

basato sulla considerazione del risultato di salvezza del bene giuridico e non sulla comprensione della motivazione dell'agire del singolo di fronte alla necessità. L'esito di questa nuova fisionomia fu l'introduzione nell'art. 54 del nuovo codice penale del requisito della proporzione e la regola della non estendibilità dell'esimente a chi è tenuto da un dovere giuridico particolare ad esporsi al pericolo. Nella disposizione rimasero tuttavia elementi di indubbia natura soggettivista: il *numerus clausus* dei beni in riferimento ai quali è ammessa la reazione difensiva e la costrizione all'agire necessitato.

Nel dibattito successivo, soprattutto nel dopoguerra, si fece strada e si impose come opinione principale la fondazione dello stato di necessità sul bilanciamento di interessi e di conseguenza la sua qualificazione come scriminante²⁴⁶. Gli argomenti che militano a favore di questa soluzione furono rinvenuti nel soccorso di necessità, nella proporzione, nonché nel primo comma dell'art. 59 c.p.

Non è tuttavia rimasto deserto il campo opposto di coloro che hanno ritenuto e ritengono, sulla base degli elementi di natura soggettivista presenti nell'art. 54 c.p. che sono stati riportati poco sopra, di poter scorgere nello stato di necessità una scusante, fondata sull'inesigibilità di una condotta alternativa²⁴⁷.

²⁴⁶ Cfr. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. I. Parte generale*, II ed., 1950, p. 540; Torino, GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 240; MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 92 e poi 97 e ss.; AZZALI, *Stato di necessità*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 360; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale* (1947), Padova, 1972, p. 127 e ss.; ROMANO M., *Liberazione e scusa da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 44; DE VERO, *Corso di diritto penale I*, cit., p. 555; accordandosi all'opinione tradizionale ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 116; infine GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 335, il quale, pur riconoscendo la possibilità di qualificare lo stato di necessità come scusante, ritiene che la fattispecie sia scriminante in ragione della comunanza di terminologia usata nella difesa legittima nonché per differenza rispetto all'art. 384 c.p. e infine in ragione della *ratio* di bilanciamento che presiede la fattispecie. Occorre tenere presente tuttavia che nel discorso sulla natura dello scriminante si aggiunge un fattore ulteriore, consistente nell'opzione a favore della bipartizione o della tripartizione. Conseguentemente l'alternativa che si proponeva in quei decenni (più fortemente di quanto accada ora) era fra caratterizzazione dello stato di necessità come elemento di esclusione dell'elemento materiale del reato ovvero dell'elemento soggettivo. A questo riguardo basti citare una delle prime monografie sul tema: GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 304, nella quale l'Autore ritiene che la fattispecie in questione escluda l'elemento oggettivo del fatto, caratterizzandosi, come si vedrà a breve, in senso oggettivo. È singolare tuttavia che l'Autore, nonostante le sue premesse sistematiche bipartite, si sforzi di individuare nel bilanciamento di interessi la *ratio* dello stato di necessità. Concepisce lo stato di necessità come elemento negativo del fatto anche PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 446.

²⁴⁷ Si vedano tra gli autori più antichi: FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 502; ALTAVILLA, *Stato di necessità*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 966, il quale fonda esplicitamente l'istituto sull'inesigibilità di una diversa condotta e considera la fattispecie un'eccezione all'imperio legislativo; FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 538, che riteneva lo stato di necessità fondato sull'istinto di conservazione. Fra gli Autori contemporanei:

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Più recentemente si è fatta avanti una terza via, più cauta, secondo la quale di fronte alla riconosciuta ambiguità dell'art. 54 c.p. sarebbe possibile ricondurre ad esso tanto ipotesi di conflitti di interessi, da risolvere secondo lo schema del bilanciamento, quanto situazioni di inesigibilità²⁴⁸.

A breve si affronterà il tema della interpretazione del requisito della costrizione e si avrà modo con ciò di lambire ancora quelli della natura e della *ratio* dell'istituto. Si noti però, all'esito di questa panoramica sull'evoluzione storica dell'istituto, come la qualificazione dello stato di necessità – se scriminante, o scusante; se fondato sull'inesigibilità, ovvero sul bilanciamento di interessi – può non essere del tutto decisivo per la soluzione del quesito che ci si è prefissi, quello cioè relativo alla necessaria o meno consapevolezza della situazione esimente nell'agente.

Si considerino infatti i seguenti dati. Nell'ordinamento tedesco, che separa lo stato di necessità nelle due ben note ipotesi, il *rechtfertigender Notstand*, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, implica pacificamente la consapevolezza della situazione necessitante; di conseguenza nessuno potrà invocare la scriminante se non era consapevole della necessità. D'altro canto il disposto del primo comma del nostro articolo 59 c.p., a volerlo applicare nel suo pieno tenore letterale, non farebbe

GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 57; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 44; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 328; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 470 e ss.; ID., *Articolo 54*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato*, cit., p. 1023; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 287 e ss. Si deve notare però che Manna e Giuliani ritengono doveroso distinguere i casi di soccorso di necessità, nei quali riconoscono la natura di scriminanti, come pure sostenuto da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 317.

²⁴⁸ Si tratta della posizione attualmente più consistente. Gli autori si astengono da affermazioni nette e riconoscono l'ambiguità strutturale della scriminante italiana, talvolta spingendosi fino ad affermare che in essa possano ricondursi tanto situazioni scriminanti quanto scusanti. Si vedano: DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 69; MEZZETTI, *Stato di necessità*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, p. 675, che qualifica lo stato di necessità come scriminante «ad efficacia complessiva», che, cioè, richiede sia elementi escludenti l'offensività, che elementi incidenti sulla riprovevolezza, stante la sua ambiguità strutturale; DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 302; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 377; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 175 e ss., che ritiene il fondamento della scriminante quanto mai problematico e definisce insoddisfacente la sistemazione operata dall'art. 54 c.p.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 317; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 261, il quale riconosce la *ratio* nell'istinto di conservazione ma, ritenendo anche rilevante il bilanciamento nell'economia dello stesso, afferma la natura di scriminante «al limite» e definisce lo stato di necessità una scriminante amorale, che non è immorale solo perché rigorosamente limitata; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 377; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 402.

Capitolo I

distinzioni riguardo la natura delle cause di non punibilità, sebbene ciò comporti una contraddizione in termini nel caso delle scusanti²⁴⁹.

Occorre dunque tenere ben presente che le questioni della natura della fattispecie e dell'eventuale rilievo soggettivo si toccano ma non è detto che si implicino a vicenda. Non è d'altra parte chiaro in quale rapporto di successione logica si collochino gli elementi finora venuti in questione: natura della fattispecie, *ratio*, interpretazione dell'elemento della costrizione, a cui si aggiunge la regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p., l'applicazione della quale a dispetto del tenore letterale si presenta essa stessa controversa.

È giunto quindi il momento di rendere conto di come la dottrina affronti il tema del profilo soggettivo nello stato di necessità.

È doveroso a questo riguardo avere come riferimento il dato della ambiguità della fattispecie in questione e convenire sul fatto che, secondo quanto sostenuto dalla dottrina attualmente maggioritaria, l'art. 54 c.p. dà adito a ricomprendere in sé sia situazioni in cui si realizza la garanzia di un diritto prevalente a scapito di uno servente sia i casi in cui è la comprensione per il patimento psicologico a determinare la non punibilità²⁵⁰.

²⁴⁹ In una delle prime monografie sulla fattispecie in questione veniva notato come il primo comma dell'art. 59 c.p. impone a rigore di logica che anche in riferimento alle cause di esclusione della colpevolezza ci si interroghi sugli elementi soggettivi: cfr. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 293 e ss. Non è da nascondere tuttavia che l'Autore in questione partisse da intenti critici nei confronti della costruzione tripartita; un discorso simile faceva dunque buon gioco alla tesi, da lui sostenuta, dell'assenza di una reale differenza, anche *de iure condito*, fra le scriminanti e le scusanti. Nello specifico l'Autore notava come anche in riferimento alle cause di esclusione della colpevolezza, intesa in senso normativo, si riproponesse la questione dell'ammissibilità degli elementi soggettivi e cioè se queste esimenti dovessero essere intese come discendenti da una pressione psicologica. La soluzione proposta dall'Autore si basa sulla preminenza dell'art. 59, co. 1, c.p. nella soluzione del problema: egli infatti ritiene che ci si debba in primo luogo chiedere se la scriminante in questione si sottragga o meno alla regola del rilievo oggettivo (si ricordi che all'epoca vi era l'inciso che faceva salve le disposizioni di legge che prevedevano esimenti con elementi soggettivi) e in secondo luogo chiedere se la fattispecie in questione escluda la liceità ovvero la riprovevolezza dell'azione. Come è stato già accennato, Grosso rigetta però la tesi della tripartizione e preferisce considerare le fattispecie di esclusione della punibilità come incidenti volta a volta o sull'elemento materiale ovvero su quello soggettivo del reato (cfr. p. 289).

²⁵⁰ Sia concesso ancora un riferimento bibliografico sul punto: DEMURO, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale e analisi comparata*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 297 e ss. Nella nota a sentenza l'Autore commenta una pronuncia del Pretore di Avellino (sent. 9 marzo 1994) la quale stabilisce la liceità dell'occupazione di locali senza il certificato di abitabilità da parte di persone gravemente malate, costrette a vivere in un *container* umido. Tra le altre cose, la sentenza afferma: «l'ordinamento giuridico non può acconsentire alla concezione autoritaria e statolatrica di una "legge" che pretende fedeltà e obbedienza per il solo fatto di esserci, indifferente alle ragioni degli individui, pur di fronte a comportamenti necessitati. [...] Questa norma del codice penale [...] è stata appunto predisposta per la estrema salvaguardia della persona umana, dei suoi diritti inviolabili [...]. Di fronte

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Come nella difesa legittima e nell'uso legittimo delle armi, il contrassegno letterale dell'elemento soggettivo è l'elemento della costrizione.

A partire dai lavori di Grosso e di Molari l'interpretazione maggioritaria nel dopoguerra ha inteso il requisito, similmente all'interpretazione data all'analogo elemento della difesa legittima, in senso oggettivo; si tratterebbe cioè di valutare la costrizione necessitante alla stregua del giudizio di un osservatore medio. Come già in riferimento all'art. 52 c.p., Grosso²⁵¹, partendo dalla constatazione per cui «nessuno degli elementi costitutivi della difesa legittima e dello stato di necessità fornisce [...] un indizio veramente decisivo circa il fondamento, oggettivo o soggettivo, della esimente», basa la sua opzione su di tre argomenti: la diffusione dell'opinione presso la dottrina maggioritaria (per la verità all'epoca molto meno maggioritaria di quanto avvenga oggi); il *favor libertatis*²⁵² garantito da una scelta oggettivista, che sicuramente permetterebbe di applicare la scriminante ad un numero maggiore di casi; il primo comma dell'art. 59 c.p. A questi argomenti l'Autore aggiunge *ad adiuvandum* il richiamo al soccorso di necessità che dovrebbe confermare l'interpretazione oggettiva della scriminante in questione. Conseguentemente alla configurazione oggettiva dello stato di necessità Grosso ritiene che questa fattispecie escluda il fatto, configurandosi come un elemento negativo dello stesso²⁵³.

Nel suo lavoro Molari²⁵⁴ parte dalla constatazione della ambiguità della disposizione nonché dall'impotenza ermeneutica degli elementi in essa compresi. Di conseguenza ritiene di poter fondare la natura di scriminante dell'istituto sulla *ratio* del bilanciamento di interessi. È poi la presenza del soccorso di necessità a

ad un grave pericolo incombente sulla persona umana, secondo una logica di proporzione, può anche recedere la potestà imperativa della legge e può anche sacrificarsi un bene minore, pur tutelato dall'ordinamento, per darsi attuazione all'aspirazione di sempre, di una Giustizia [*sic*] capace di applicarsi al caso concreto». Come osserva De Muro nella nota, la sentenza in oggetto sovrappone piani differenti: la mancanza della anti giuridicità, laddove il pretore si sofferma sul valore della legge e sulla tutela costituzionalmente garantita della persona e l'inesigibilità, nella parte in cui afferma che lo stato di necessità dà ragione delle esigenze dei singoli e mira alla realizzazione di una giustizia del caso concreto. Tuttavia è un dato di fatto che, dovendo discorrere di stato di necessità, il confronto con istanze personalistiche sia inevitabile.

²⁵¹ Cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 120 e ss.; nonché ID., *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 253 e ss., da cui è tratta la citazione seguente nel testo.

²⁵² Per la verità l'Autore, come si è avuto modo di sottolineare nelle pagine sulla difesa legittima, utilizza il canone dell'*in dubio pro reo*.

²⁵³ *Ivi*, p. 303.

²⁵⁴ Cfr. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 98 e ss.

Capitolo I

confortare l'Autore nella sua opinione, fondata peraltro sullo storico esempio dell'aborto terapeutico e in genere dell'attività sanitaria. Tutto ciò porta Molari a ritenere senza meno che la scriminante sia fondata oggettivamente e perciò «fallisce ogni altro tentativo inteso a valorizzare l'elemento psicologico».

L'opinione oggettivista in seguito ha riscosso e continua a riscuotere successo²⁵⁵. La soluzione, da parte sua, si poggia su due ben noti elementi in apparenza indipendenti dalla partecipazione psicologica dell'agente: la proporzione fra pericolo e reazione e il soccorso di necessità.

Non si deve però tacere il fatto che in dottrina è emerso il potenziale soggettivo di entrambi gli elementi. In riferimento alla proporzione è stato osservato da G.V. de Francesco come in riferimento all'interpretazione dello stato di necessità e in particolare del requisito della proporzione vige un pregiudizio che tende ad escludere il rilievo di qualsiasi elemento psicologico. Tuttavia, osserva l'Autore, la proporzione richiesta dall'art. 54 c.p. non si limita al confronto fra il rango dei beni che vengono in questione ma piuttosto essa è determinabile solo all'esito di un giudizio di sintesi che soppesa gli elementi positivi e quelli negativi che si esprimono nella fattispecie concreta²⁵⁶.

L'Autore porta due esempi significativi: si consideri il padre alla guida della sua vettura che fermi di colpo la marcia mentre il figlio gioca pericolosamente sull'argine di un fiume e provochi il tamponamento con conseguente ferimento del conducente dell'auto che segue. Il significato della situazione è differente a seconda che il genitore abbia agito per la salvezza del figlio ovvero sia disceso dall'auto semplicemente per recarsi nella vicina rivendita di tabacchi per comprare delle sigarette. Non vi è dubbio che l'intenzione perseguita dal genitore è dirimente per istituire o meno il giudizio di proporzione fra i beni in questione. Il secondo esempio

²⁵⁵ Posizioni analoghe sono espresse dai seguenti autori: MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Milano, 1954, p. 163 e ss.; BRICOLA, *Fatto del non imputabile* (1961), in ID., *Scritti di diritto penale* a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I, Milano, 2000; AZZALI, *Stato di necessità*, cit., p. 360, che sostiene la natura oggettiva della costrizione sulla base del rilievo per cui «[essa] non fa che ribadire *sub specie subjecti*, il requisito rappresentato dal rapporto di incompatibilità fra interesse attivo e quello passivo»; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 384, il quale si appoggia al soccorso di necessità per affermare il rilievo oggettivo della scriminante; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 177, che intende la costrizione similmente a quanto affermato riguardo alla difesa legittima come una situazione subita dall'agente; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 117; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 379; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 317, secondo cui «la regola dell'art. 59, co. 1 c.p. non lascia spazio alla valutazione del processo di motivazione».

²⁵⁶ Cfr. DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 121 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

da parte sua conduce a un esito opposto: egli immagina un giovanotto che per puro divertimento rompa i vetri di una casa, senza sapere che all'interno si è sviluppata una fuga di gas la quale non risulta letale per gli occupanti dell'appartamento solo grazie alla rottura dei vetri in questione. In una situazione come questa ancora una volta è il significato complessivo della vicenda che stabilisce una precomprensione positiva che determinerà, una volta disposto "a freddo" il giudizio di bilanciamento, la prevalenza del bene della vita nonostante l'assenza della costrizione (psicologicamente intesa). De Francesco nota conclusivamente che «non vi sono davvero ragioni per cui la considerazione della realtà psichica dell'azione non debba poter modificare, anche qui, il risultato della comparazione dei beni: soprattutto se si riflette che, anche qui, essa non rimane priva di ripercussioni sull'aspetto materiale dell'episodio²⁵⁷».

A ben vedere d'altra parte il disposto dell'art. 54 evita di fare riferimento esplicito ai beni giuridici; esso al contrario si riferisce in modo neutro alla proporzione fra fatto e pericolo, in guisa tale che non è erroneo sostenere che ciò che viene in questione non sono i beni giuridici, distillati a freddo dalla vicenda verificatasi, quanto piuttosto due giudizi di valore: uno su ciò che è stato e l'altro su ciò che si è evitato²⁵⁸.

Da parte sua anche il soccorso di necessità non è un argomento dirimente. Si dice generalmente che sia difficile ipotizzare una tale pressione sull'animo

²⁵⁷ *Ivi*, p. 133. L'Autore fa tuttavia salva la regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. ma in realtà, una volta affermato correttamente un concetto talmente ampio di proporzione, intesa come attribuzione alla vicenda di un significato positivo o negativo a carattere sintetico, appare francamente una lustra il sostenere la vigenza della regola del rilievo oggettivo della scriminante, come invece fa l'Autore (p. 132). Di questo sembra dare testimonianza anche egli quando in chiusa del paragrafo sostiene che il ruolo della disposizione è semplicemente quello di precludere la considerazione dei sintomi della personalità del soggetto come dirimenti per la definizione della responsabilità penale (p. 136 e s.).

²⁵⁸ La questione coinvolge a questo punto lo stesso concetto di bene giuridico. Di esso si continuano a sottolineare gli aspetti problematici, nonostante sia divenuto un efficiente e spedito mezzo di comunicazione nella penalistica. Difatti il suo uso rappresenta senza meno un vantaggio, stante la capacità evocatrice della metafora del "bene"; dietro questa immediatezza comunicativa, tuttavia, è ancora da capire quali siano i meccanismi che permettono di individuare i beni giuridici in gioco nelle norme incriminatrici, ovvero giustificanti: il problema si muove sul piano ermeneutico, giacché coinvolge l'interpretazione della disposizione, la realtà fattuale e le finalità preposte al diritto penale (in senso negativo circa il rilievo della categoria: v. ZUCCALÀ, *Due questioni sul bene giuridico la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 791 e ss.; nonché recentemente FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 59 e ss.).

Capitolo I

dell'agente da far ritenere inesigibile una differente condotta²⁵⁹. Se però si lascia da parte il linguaggio colorito che lumeggia lo stato di necessità con i tratti dell'eroismo sovraumano e si fa invece riferimento a un piano concettuale più mite, quello cioè della semplice fratellanza, fortunatamente non del tutto assente nella società, non è così arduo immaginare che il soccorso di necessità possa essere motivato anche dalla conoscenza della condizione di sofferenza o di pericolo altrui, che non lascia indifferente l'agente e lo spinge all'azione, a prescindere da qualsiasi ponderazione di interessi.

Un ultimo aspetto di criticità dell'assetto oggettivista delineato è ancora una volta²⁶⁰ legato al principio di economia legislativa. Ci si deve chiedere infatti quale sia la differenza fra la costrizione intesa come situazione subita dall'agente, come sostenuto da parte delle dottrine oggettivista²⁶¹, e la involontaria causazione del pericolo, criterio espressamente previsto dall'art. 54 c.p.; le due espressioni alludono infatti alla irresponsabilità del singolo di fronte al pericolo, con la conseguenza che si dovrebbe concludere per la ridondanza di uno dei due termini. La riflessione non è sfuggita peraltro alla dottrina più attenta la quale ha sottolineato al contrario l'effetto di valorizzazione dell'elemento della costrizione che sortirebbe da una interpretazione soggettiva della costrizione²⁶². Questa soluzione permetterebbe peraltro di poter sostenere la medesimezza di significato della costrizione nelle fattispecie, peraltro attigue, in cui è usata e cioè nella difesa legittima, nell'uso legittimo delle armi e nello stato di necessità. In realtà si deve convenire²⁶³ che la coerenza semantica non è un requisito essenziale della legge, giacché da una parte

²⁵⁹ Cfr. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 55 e ss.; DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 28; e nella manualistica FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 318.

²⁶⁰ Si tratta di profilo che era già emerso in riferimento alla difesa legittima e sempre in relazione alla tesi dello stesso Autore, che tra poco si citerà.

²⁶¹ PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 177. È da precisare però che l'Autore è ben conscio del problema e ritiene che il significato autonomo della costrizione sia da ricercare nell'imposizione di un vaglio ancora più severo dell'estraneità della situazione causata alla volontà dell'agente dimodoché il soggetto agente, non solo non deve aver causato l'evento, ma deve anche essere chiamato a risolvere personalmente la situazione.

²⁶² Cfr. già in tempi risalenti FROSALI, *L'errore nella teoria generale del reato*, cit., p. 502; più recentemente MEZZETTI, *Stato di necessità*, cit., p. 687, il quale sottolinea l'autonomia del concetto di costrizione anche rispetto al diverso elemento della necessità; egli ritiene inoltre che, anche conferendo al concetto un significato oggettivo, l'autonomia del concetto di costrizione si perderebbe; v. poi PERDONÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 413. La connessione fra costrizione oggettivamente intesa e necessità è anche adombrata da MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 39.

²⁶³ Cfr. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., p. 39; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 559; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 334.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

l'interpretazione è soggetta a finalità ulteriori rispetto alla semplice corrispondenza fra significato legale e significato "naturale" delle parole e per altro verso è il linguaggio stesso ad essere intrinsecamente vago; non è tuttavia da disprezzare il valore della coerenza dei significati in riferimento al medesimo significante, specie in riferimento a disposizioni attigue, dal momento che da ciò discendono innegabili vantaggi ermeneutici²⁶⁴.

L'opzione interpretativa soggettivista non è dunque da sminuire; essa di fatto spiegherebbe la presenza dell'elemento della costrizione nell'economia della disposizione e darebbe ragione di quella congerie di casi, pure ricorrenti nella vita ordinaria, di coinvolgimento psicologico.

L'opzione che interpreta la costrizione come correlativo linguistico della necessaria partecipazione psicologica al fatto è stata, come è prevedibile, molto praticata nella dottrina a ridosso della metà del secolo scorso, grazie anche al *background* sistematico offerto dalla concezione bipartita del reato. Successivamente, come si è visto, si è sviluppata e ha preso sempre più piede la concezione oggettivista della scriminante, la quale si rivelava maggiormente rispondente alla sistematica tripartita. La tesi soggettivista ha però trovato da ultimo nuovo seguito nella dottrina.

All'indomani dell'entrata in vigore del codice nella sua monografia del 1933 Frosali attribuisce alla necessità un significato oggettivo e alla costrizione uno soggettivo²⁶⁵. La tesi, ancora prima della guerra, fu sostenuta da Altavilla in ragione della *ratio* dell'istituto individuata nella «volontà di salvamento²⁶⁶».

Nei lavori monografici dedicati allo stato di necessità dal dopoguerra in poi l'esigenza dell'interpretazione soggettivista della fattispecie è stata connessa ai tentativi di sostenere la natura scusante della fattispecie. Così Giuliani nel suo lavoro sui rapporti fra stato di necessità e omissione di soccorso riteneva che, messa da parte

²⁶⁴ Sostengono la necessità di attribuire il medesimo significato alla costrizione: FROSALI, *L'errore nella teoria generale del reato*, cit., p. 502 GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 215; parzialmente differente la posizione di MEZZETTI, *Stato di necessità*, cit., p. 687, che ritiene la costrizione della difesa legittima sinonimo di conoscenza della situazione in cui si opera, mentre nello stato di necessità sostiene significchi determinazione dell'agente; in sostanza tuttavia l'Autore attribuisce ad entrambi gli elementi un significato pur sempre soggettivo.

²⁶⁵ Cfr. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 502.

²⁶⁶ Cfr. ALTAVILLA, *Stato di necessità*, cit., p. 967. Aggiunge l'Autore: «[è necessario che] si conosca il pericolo e che si voglia sottrarre ad esso sé od altri, mentre se si agisce per il terzo, non è necessario che di esso sia avvertito il pericolante».

Capitolo I

la disposizione del primo comma dell'art. 59 c.p., la costrizione, intesa soggettivamente, rivelasse la *ratio* di inesigibilità connessa all'istituto della necessità²⁶⁷. Movenze in sostanza simili prende il ragionamento di Autori che in tempi più vicini hanno sostenuto la necessità di interpretare psicologicamente il requisito della costrizione²⁶⁸.

Dal canto suo, nel lavoro sugli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti, Spagnolo rigetta l'individuazione del fondamento dello stato di necessità nel bilanciamento di interessi. La tesi è ampiamente argomentata: si contesta innanzi tutto la stessa possibilità di una commensurabilità fra beni come pre-condizione del bilanciamento; si passa poi a valorizzare alcuni elementi quali l'irrinunciabilità al giudizio sull'azione del terzo soccorritore nel caso in cui questi intervenga a dirimere una situazione; il limite del danno grave alla persona; il rilievo per l'eventuale contributo dell'agente alla causazione dello stato di pericolo; la presenza della figura collaterale della coazione morale (terzo comma dell'art. 54 c.p.), con il meccanismo di traslazione della responsabilità penale in capo al minacciante. In ogni caso, come si è ricordato, per Spagnolo è dirimente l'elemento della costrizione richiesto, in riferimento al quale egli sottolinea come l'unico significato possibile sia quello soggettivo, sulla base del significato comune del sostantivo, desunto anche da numerosi paradossi a cui condurrebbe l'accezione oggettiva della costrizione²⁶⁹.

Più recentemente prevale, come ricordato, un atteggiamento di insoddisfatta rassegnazione alla ambiguità sostanziale dell'art. 54 c.p. All'interno di questo modo di vedere la costrizione assume un significato soggettivo più vicino all'accezione "naturalistica", senza che ciò provochi gli stessi imbarazzi che si registrano in tema di difesa legittima, proprio in ragione della natura anfibia dello stato di necessità²⁷⁰.

²⁶⁷ Cfr. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, cit., p. 59.

²⁶⁸ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 292, i quali danno tuttavia conto della ambiguità del termine e ad esso collegano la risoluzione dell'alternativa relativa alla natura dell'istituto. In termini simili: VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 470 e ss., nonché ID., *Articolo 54*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato*, cit., p. 1024.

²⁶⁹ Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 38 e ss.

²⁷⁰ Cfr. MEZZETTI, *Stato di necessità*, cit., p. 681, ove l'Autore designa la costrizione quale nesso di causalità psichica fra situazione necessitante e azione dell'agente, e p. 682, in cui si cerca di individuare un parametro di valutazione della costrizione che sia intermedio fra il rilievo della mera percezione dell'agente, che rilevarebbe piuttosto in relazione allo stato di necessità nella sua forma putativa, e il metro del terzo osservatore (la soluzione di Grosso, se si ricorda), che frusterebbe qualsiasi significato soggettivo della costrizione. L'Autore individua questo canone valutativo nella richiesta che l'agente sia stato motivato dalla situazione necessitante. Similmente: ID., «*Necessitas non habet legem*»?», cit., p. 204 e s. Sulla ammissibilità di un significato soggettivo della costrizione,

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Da ultimo occorre dare atto della giurisprudenza recente sul tema; essa restituisce un quadro non corrispondente alle posizioni che si confrontano in dottrina sulla questione della costrizione nello stato di necessità.

Sul requisito della costrizione infatti è dato trovare pronunce che nella maggior parte dei casi connotano questo elemento in termini di necessità: si è cioè costretti quando non si hanno alternative per stornare il male minacciato. Si considerino le seguenti massime che rimontano a due sentenze del 2015: «in tema di stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, deve escludersi la configurabilità della scriminante quando il soggetto minacciato abbia la possibilità di sottrarsi alla costrizione ricorrendo alla pubblica autorità²⁷¹». In termini più espliciti: «l'esimente di cui all'art. 54 c.p. postula un pericolo imminente di danno grave alla persona, e, quindi, individuato e circoscritto nel tempo e nello spazio, di intensità tale che non possa essere evitato se non ricorrendo all'illecito penale. La costrizione a violare la legge penale viene, pertanto, a mancare tutte le volte che con altri mezzi si possa ottenere quanto è indispensabile per evitare il danno²⁷²».

Nello stesso anno però la Suprema Corte ha interpretato la costrizione in un modo più vicino ad un significato soggettivistico; essa infatti ha ravvisato la costrizione nella condizione di timore per la incolumità propria o dei familiari²⁷³. Sembra dunque che la Corte abbia accolto un'accezione dello stato di necessità soggettivamente connotato che si riverbera nella considerazione della costrizione come stato di “pressione” psichica determinata da timore.

stante l'ambiguità strutturale della fattispecie, v. DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 559; nonché PERDONÒ, *Stato di necessità*, cit., p. 413.

²⁷¹ Cfr. Cass., sez. IV, sent. 09 gennaio 2015, nr. 15167, in *Riv. pen.*, 2015, 6, p. 536. La sentenza non innova il panorama della giurisprudenza sul tema: Cass., sez. VI, 02 luglio 2014, nr. 45065; Cass., sez. V, 30 gennaio 2004, nr. 8855 in *Cass. pen.*, 2005, p. 3003; Cass., sez. VI, 29 novembre 1993, in *Cass. pen.* 1995, 1534; Cass., sez. III, 06 maggio 1983, in *Giust. pen.* 1984, II, 2; Cass., sez. I, 14 marzo 1978, in *Cass. pen.* 1980, 108; Cass., sez. I, 14 febbraio 1978, in *Giust. pen.*, 1979, 50, II.

²⁷² Cass., sez. V, 18 marzo 2015, nr. 38914, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, I, p. 295.

²⁷³ Cass., sez. III, sent. 16 luglio 2015, nr. 40270: «è configurabile la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.) nei confronti di soggetto straniero, ridotto in condizione di schiavitù e obbligato a prostituirsi, il quale sia costretto a commettere il reato di atti osceni in luogo pubblico per il timore che, in caso di disobbedienza, possa essere esposta a pericolo la vita o l'incolumità fisica dei suoi familiari. (In motivazione, la Corte ha osservato che la condizione di asservimento, collegata a ripetute condotte di costrizione mediante violenza e minaccia ed al permanere dello sfruttamento nei suoi confronti, impedisce al soggetto di sottrarsi all'esercizio della prostituzione con le modalità, anche pubblicamente oscene, imposte dagli sfruttatori o dal cliente occasionale, precludendogli altresì di rivolgersi alle Forze dell'Ordine o anche solo di collaborare all'attività di polizia)».

Capitolo I

Anche la giurisprudenza sembra dunque riflettere l'ambiguità sostanziale dello stato di necessità, attribuendo di volta in volta alla costrizione un significato oggettivo o soggettivo; quando si verifica quest'ultimo caso si rende palese la natura soggettiva della fattispecie. All'interprete non resta allora che constatare che nel primo dell'art. 54 c.p. convivono due anime le quali rendono la fattispecie talvolta una scriminante connotata da profili soggettivi e talaltra una scusante la cui applicabilità è subordinata al ricorrere di una situazione di oggettiva necessità. Ciò che si può affermare con sufficiente sicurezza, oltre il banale rilievo della "salomonicità" della scelta del legislatore italiano, è la sua volontà di restringere l'ambito di applicabilità dello stato di necessità, volontà rispondente ad una certa diffidenza nutrita dal legislatore nei confronti di clausole di liceità fondate su formule aperte²⁷⁴.

Si noti da ultimo come nello stato di necessità si rende più evidente la necessità di un approfondimento del metodo ermeneutico da applicare nelle fattispecie scriminanti affinché si stabilisca un corretto ordine di precedenza logica fra i diversi elementi del sistema che vengono in questione: natura della fattispecie, che rimanda alla complessa questione della costruzione dell'illecito; *ratio* dell'istituto, che corrisponde alla scelta politica su ciò che si vuole rendere lecito; *littera legis* infine, che delimita l'insieme dei significati possibili attribuibili all'istituto. Di queste questioni ci si occuperà a breve.

8. Il ruolo del primo comma dell'art. 59 c.p.

All'interprete che si interroghi sulla questione del profilo soggettivo delle cause di giustificazione il codice penale italiano offre una risposta apparentemente decisiva, quasi *tranchant*. Il primo comma dell'art. 59 c.p. infatti stabilisce che le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute non sussistenti. Perdonata al legislatore la consapevole sbavatura terminologica consistente nell'uso del termine «circostanze»

²⁷⁴ Simili ragioni per esempio avevano spinto il legislatore a rinunciare nella redazione del codice penale alla storica fattispecie della forza irresistibile, presente in molti codici preunitari, che nel corso del XIX e sotto la vigenza del codice Zanardelli aveva funto da valvola di sfogo per casi in chi aveva commesso il fatto era stato spinto da imperativi morali contrastanti con la lettera della legge. Della forza maggiore, infatti, si provvide subito a dare un significato oggettivo che ne faceva un fattore esterno all'azione e incidente sulla causazione dell'evento. Sulla forza maggiore e sulla forza irresistibile cfr. SANTAMARIA, *Forza irresistibile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1987.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

con riferimento a ciò che più propriamente avrebbe dovuto essere definito come causa di esclusione del reato o della punibilità, la maggior parte della dottrina ravvisa nella disposizione in questione la decisa affermazione del rilievo esclusivamente oggettivo delle scriminanti.

È tuttavia il caso di indagare la correttezza dell'affermazione alla luce tanto della storia della disposizione quanto dell'intero ordinamento.

8.1. Vicende legislative e funzioni della disposizione

Prima che l'analisi sistematica, già l'indagine sull'origine storica della fattispecie, infatti, contribuisce a ridimensionare questa *vulgata*.

La disposizione appare per la prima volta nel panorama legislativo italiano nel codice del '30. La sistemazione della questione fu meno lineare di quanto lascia supporre la placida *communis opinio* formatasi in seguito sul punto, proprio a partire dal rassicurante disposto dell'art. 59, co. 1, c.p.

La disposizione entrata in vigore nel 1930, infatti, non corrisponde all'originale impianto del codice penale.

Il testo del *Progetto definitivo*²⁷⁵ contemplava per il caso dell'ignoranza o della supposizione erronea dell'insussistenza della circostanza elidente la pena la possibilità che all'agente venisse inflitta una misura di sicurezza. La volontà originaria del legislatore era dunque di caratterizzare il caso di chi avesse inconsapevolmente agito in modo lecito come un quasi-reato, non diversamente dal reato impossibile, o dall'accordo non seguito da realizzazione; in tutti e tre i casi l'impianto oggettivo del codice coerentemente negava la pena come risposta al fatto, stante l'inoffensività materiale della condotta, ma lasciava al giudice la possibilità di neutralizzare l'eventuale pericolosità sociale dell'agente con una misura di sicurezza.

²⁷⁵ Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte III. Testo del progetto definitivo*, Roma, 1929, p. 64. V. art. 63, co. 1: «Le circostanze che aggravano, attenuano, ovvero escludono la pena, sono valutate, rispettivamente, a carico o a favore dell'agente, anche se da lui non conosciute o da lui per errore ritenute insussistenti. Nondimeno se la causa escluda la pena, il giudice può ordinare una misura di sicurezza». Precedentemente, con eguale tenore letterale, la disposizione costituiva il terzo comma dell'art. 61 del testo del Progetto preliminare (cfr. ID., *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, 1927, p. 27).

Capitolo I

Mentre la disciplina non aveva suscitato particolari reazioni nel ceto giuridico a seguito della divulgazione del *Progetto preliminare*²⁷⁶, in sede di Commissione parlamentare per il codice penale nella seduta del 14 gennaio '30 della prima Sottocommissione furono sollevate alcune obiezioni alla applicabilità della misura di sicurezza. Fu osservato infatti come il ritenere la misura di sicurezza non una pena *strictu sensu*, ma solo una conseguenza del reato, non valesse a vincere il timore che nel caso di una esimente ignorata si punisse in assenza di una previsione legale. L'*impasse* venne peraltro superata constatando la similarità fra la situazione in questione e quella del reato impossibile, la necessità di una risposta all'allarme sociale provocato dalla condotta solo inconsapevolmente lecita, il carattere infine non automatico della misura di sicurezza irroganda²⁷⁷.

Le intenzioni del Guardasigilli circa la disposizione in questione, tuttavia, non mutarono; esse sono oggi facilmente conoscibili grazie alla *Relazione del guardasigilli*, che accompagna il testo definitivo del progetto²⁷⁸.

²⁷⁶ Cfr. ID., *Lavori preparatori del codice penale. Volume III. Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale. Parte I. Articoli 1-80*, Roma, 1928, p. 466 e ss. Le osservazioni e le proposte relative all'art. 61 del Progetto preliminare riguardarono principalmente la regola dell'imputazione oggettiva delle aggravanti, fortemente avversata da magistratura, foro e accademia, nonché la disciplina del putativo, ritenuta dai più oltremodo vaga e bisognosa di maggiore determinazione quanto a definizione del concetto di colpa e di errore. Quanto all'ignoranza di una esimente, il solo Delitala, dalla cattedra dell'Università cattolica del S. Cuore, dedicò poche righe alla constatazione del rilievo oggettivo delle circostanze, da lui meglio indicate come «elementi dirimenti veri e propri» e non come circostanze, sembrando con ciò implicitamente accogliere la regola stabilita dal Progetto preliminare, comprensiva di misura di sicurezza.

²⁷⁷ Cfr. ID., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VI. Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale*, Roma, 1930, p. 114 e ss. L'obiezione in questione fu espressa dai commissari parlamentari De Blasio e Stoppato. Ad essi rispose il consigliere di Cassazione Aloisi («Le disposizioni dell'art. 63 sono collegate a tutto il sistema del Codice. La prima parte dell'articolo, cui il sen. De Blasio si riferisce, prevede una misura di sicurezza, che il Progetto considera nettamente distinta dalla pena»), cui fece seguito la risposta decisa dello stesso De Blasio: «Quando una misura di sicurezza può fare rimanere taluno detenuto per anni, diventa una pena». D'Amelio, presidente, propose dunque il paragone fra reato impossibile e ignoranza del carattere lecito della condotta; concluse sul punto Aloisi: «Quando funziona una esimente, l'agente non è punibile e il reato non esiste, ma costui ha dimostrato una tale pericolosità che la società deve preoccuparsene. Del resto, in tal caso, le misure di sicurezza non si applicano automaticamente, ma debbono essere precedute da un giudizio di pericolosità». La discussione proseguì quindi sul criterio di imputazione delle aggravanti e sulla scriminante putativa. A due mesi esatti di distanza (14 marzo 1930) nel prosieguo dei lavori della Commissione, in sede plenaria, il dubbio sul regime sanzionatorio della esimente ignorata non venne ulteriormente coltivato; d'altra parte le stesse perplessità, ben maggiori, sul regime di imputazione delle aggravanti e sulle nozioni di colpa ed errore nel putativo pur nuovamente sollevate da più parti, finirono per annegare in una approvazione unanime del testo del Progetto (*ivi*, p. 486 e ss.).

²⁷⁸ Cfr. ID., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte I. Relazione sul Libro I*, cit., p. 104 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

In essa Rocco osservò anzitutto come non si dovesse attribuire troppo peso alla dicitura «circostanze che escludono la pena», ritenendo pacifico che essa si riferisse alle cause di esclusione del reato o della pena. A chiarire il primo caso Rocco porta ad esempio la difesa legittima: chi attacchi l'altro, ma realizzi inconsapevolmente la difesa di se stesso, avrà agito lecitamente; d'altra parte è altrettanto chiaro secondo il guardasigilli che il custode negligente che procuri in seguito la cattura dell'evaso realizzerà un fatto non punibile a prescindere dalla sua opinione sulla sussistenza della disposizione che stabilisce la non punibilità della condotta di colpa del custode in un caso siffatto.

Nell'intenzione del legislatore, esplicitata nella *Relazione*, la regola del rilievo oggettivo insieme a quella dell'efficacia esimente del putativo derivano dalla struttura bipartita dell'illecito che richiede per l'esistenza del reato un elemento oggettivo e uno soggettivo. Nel caso in cui si realizzi inconsapevolmente una causa di giustificazione non verrebbe in essere la componente oggettiva del reato: l'autore, secondo le parole del Relatore, «in effetti, agisce nell'ambito del diritto»; mentre nel caso della condotta putativamente scriminata a mancare è la componente soggettiva²⁷⁹.

I ragionamenti svolti nella *Relazione* tuttavia portano a ritenere che la ragione assorbente della disciplina, poi confluita nel primo comma dell'art. 59 c.p., sia piuttosto da ricercare nella concezione formale dell'antigiuridicità, appoggiata a sua volta all'autoritarismo statalista di marca fascista.

A ben vedere infatti dalla constatazione per la quale è necessaria la presenza di tutti gli elementi del reato per la sussistenza della responsabilità penale non discende in alcun modo la regola del rilievo oggettivo delle «circostanze» in questione, ben potendo il legislatore richiedere per l'efficacia della esimente la sussistenza della consapevolezza della scriminante (come di fatti accadrebbe, ove si

²⁷⁹ *Ivi*, p. 105. Dagli esempi che Rocco adduce a chiarimento della sua posizione si deduce come egli, pur protestando l'estraneità delle dispute definitorie rispetto alla funzione legislativa e nonostante il riferimento all'illecito costruito oggettivamente e soggettivamente, in realtà ammettesse il rilievo autonomo della punibilità, in quanto passibile di essere elisa a prescindere dalla sussistenza di un illecito completo di tutti i suoi elementi; Rocco sembra inoltre ritagliare un ambito di autonomia per la categoria dell'imputabilità ritenendo naturale escludere dall'ambito di validità della regola del rilievo oggettivo delle esimenti le cause incidenti la stessa. Quest'ultimo asserto trova un'eco nelle affermazioni della dottrina che espunge dall'ambito di rilevanza dell'attuale primo comma dell'art. 59 c.p. le cause di esclusione della colpevolezza o più genericamente fondate eminentemente su uno stato d'animo.

Capitolo I

accedesse alla lettura soggettivista dei requisiti della costrizione e del fine di adempiere il dovere dell'ufficio). L'affermazione contenuta nella *Relazione* peraltro dà per scontato che le «circostanze che escludono la pena» in questione incidano sulla presenza dell'elemento oggettivo del reato fuori dei casi in cui esse si atteggiino ad essere cause di esclusione della sola punibilità. L'assunto, di chiara matrice bipartita, era però tutt'altro che pacifico già all'epoca dell'emanazione del codice e oggidì si presenta come minoritario nel panorama dottrinale italiano.

Il vero fondamento, più o meno consapevolmente radicato nella coscienza del legislatore del '30, della regola in questione è da rintracciare nella concezione formale della antigiuridicità. Senza anticipare quanto si avrà modo di costatare nel prosieguo del lavoro, è evidente lo schema ideologico che sostiene l'impalcatura del codice penale con riferimento all'antigiuridicità: è illecito ciò che è contrario alla legge; dato poi che solo lo Stato deteneva (e detiene) il potere di definire ciò che è legge, un'azione è lecita o illecita a prescindere dalla opinione del singolo agente e da qualsiasi considerazione circa l'effettiva lesività della condotta; conseguentemente il fatto è lecito oggettivamente. Non si deve sottovalutare peraltro un altro dato, a cui anche si avrà modo di accennare, quello relativo all'importanza del bene giuridico nel pensiero di Rocco e nell'impianto del codice penale. L'identificazione del reato nella lesione di un bene giuridico comporta l'inevitabile ridimensionamento del valore della psiche del soggetto agente, dimodoché reato è solo ancora una volta ciò che tale appare agli occhi dell'ordinamento, e non a quelli dell'individuo.

All'inconveniente conseguente, rappresentato dalla doverosità dell'assoluzione dell'omicida che si fosse difeso inconsapevolmente, il *Progetto* rispondeva coerentemente sul piano soggettivo azionando il binario della misura di sicurezza, previa verifica della sussistenza di una concreta pericolosità dell'agente. Questa risposta insomma era intesa quale rimedio alla pericolosità del singolo e non come repressione di un'infrazione, come poi è rimasto nelle altre due ipotesi di quasi-reato sopravvissute nella versione definitiva del codice. È da notare che a questo riguardo la misura di sicurezza in questione avrebbe potuto essere o l'assegnazione ad una colonia agricola ovvero ad una casa di lavoro, secondo il

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

disposto dell'art. 222, comma quarto dell'articolato del *Progetto*; oppure quella della libertà vigilata, ex art. 235, secondo alinea dello stesso.

Sebbene presente nel testo definitivo pubblicato dal Ministero nel 1929, la disposizione poi entrata in vigore nel 1930 sotto la rubrica dell'art. 59 c.p. («circostanze non conosciute o erroneamente supposte») non ha più previsto la possibilità di applicazione della misura di sicurezza. Il testo definitivo della disposizione infatti prevedeva solo che le circostanze che escludono la pena, come le attenuanti, dovessero essere applicate a favore dell'agente anche se da questi ignorate o ritenute per errore non sussistenti, salvo che la legge non avesse disposto diversamente.

Le modifiche al testo del *Progetto* sono dunque due: l'eliminazione della possibilità di misura di sicurezza e l'inserimento della clausola di sussidiarietà.

Come è stato notato dalla dottrina²⁸⁰, l'eliminazione della possibilità di applicazione della misura di sicurezza non fu dovuta ad una volontà di mitigare la disciplina originariamente prevista, né ad un improvviso disinteresse del legislatore per il caso in cui si fosse realizzata una fattispecie di liceità in modo inconsapevole. Al contrario nella relazione finale che accompagnò la pubblicazione del codice definitivo nel 1930²⁸¹ Rocco si assunse la piena responsabilità della decisione avvenuta all'ultimo momento, aggiungendo subito, onde fugare qualsiasi dubbio sulla possibile creazione di una lacuna inimmaginabile al cospetto del mito della completezza del codice penale, che la risposta dello Stato per ipotesi siffatte dovesse essere rintracciata nel diritto di polizia, inteso quale strumento del tutto complementare rispetto al complesso della tutela penale. Il motivo della delega di queste funzioni al controllo di polizia, secondo l'ammissione contenuta nella *Relazione* definitiva, risiede nella marginalità delle ipotesi in questione, ritenute talmente remote nella reale verificabilità da non giustificare una previsione contenuta nel codice penale. Evidentemente il guardasigilli non nutriva dubbi circa la

²⁸⁰ Cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 176.

²⁸¹ Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume VII. Relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli*, Roma, 1929, p. 54. È da notare che in sede di redazione finale del codice penale Rocco eliminò anche la misura di sicurezza originariamente prevista per il caso di reato putativo per errore di fatto, come richiesto dalla Commissione parlamentare (*ivi*, p. 48). Entrambi i quasi-reati furono espunti dal testo definitivo in quanto, a parere di Rocco, si sarebbero applicati in «[...] ipotesi rarissime, nelle quali può intervenire efficacemente, se occorre, coi mezzi di cui dispone, l'Autorità di Pubblica Sicurezza».

Capitolo I

doverosità di una risposta statale di fronte ad un fatto astrattamente conforme al tipo legale; solo ritenne che sarebbe bastata la reazione del diritto di polizia.

Sebbene meno appariscente dell'eliminazione della misura di sicurezza, sembra significativa anche l'introduzione della clausola di sussidiarietà inizialmente assente nel *Progetto*. Essa infatti sembra corrispondere alla presa di coscienza *in extremis* da parte di Rocco – se è vero che le modifiche dell'ultimo minuto siano state tutte frutto del suo lavoro di revisione – del contrasto della disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 59 c.p. con quelle fattispecie di liceità contenute nel codice caratterizzate da un profilo psicologico incompatibile con un rilievo meramente oggettivo. Si è ricordato d'altra parte come già nella *Relazione* che accompagnava il progetto definitivo del '29 Rocco aveva escluso che la regola del rilievo oggettivo potesse valere anche per le «circostanze» psicologicamente caratterizzate; è dunque agevole motivare l'inserimento della clausola di sussidiarietà in questione con la volontà di recuperare una coerenza formale nella parte generale del diritto penale.

La presenza dell'inciso in questione è stata infatti subito messa in correlazione con la presenza nel sistema del codice penale di svariate ipotesi di cause di esclusione della pena connotate soggettivamente. I pochi Autori interrogatisi sul punto si sono divisi fra quanti hanno ritenuto che la clausola «salvo che» facesse salve le ipotesi di cause di esclusione della pena connotate soggettivamente e quanti hanno sostenuto che un'affermazione simile fosse in sostanza implicita nella natura delle cose e che dunque il senso della formula in questione andasse ricercato altrove.

Al primo gruppo di opinioni si ascrive Grosso²⁸². Questi ritenne che l'inciso che faceva salvi i casi espressamente previsti dalla legge si riferisse naturalmente alle fattispecie di liceità caratterizzate dalla presenza di elementi soggettivi incompatibili con la struttura oggettiva stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. Conseguentemente la clausola venne intesa quale espressione di un rapporto regola-eccezione stabilito fra il canone oggettivo e l'eventuale rilievo soggettivo delle cause di esclusione della pena. Peraltro l'Autore si dimostrò subito diffidente circa la

²⁸² Cfr. GROSSO, *L'errore nelle scriminanti*, cit., p. 114.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

possibilità di rinvenire nell'ordinamento siffatte ipotesi rilevanti soggettivamente²⁸³. Nella stessa direzione si colloca l'opinione espressa da Marinucci nella sua voce *Cause di giustificazione*; in essa l'Autore connota il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione come eccezionale, proprio in forza della clausola di sussidiarietà all'epoca presente nel disposto del primo comma dell'art. 59 c.p.²⁸⁴.

Era invece tipica degli Autori propensi ad ammettere il rilievo soggettivo delle scriminanti la seconda opinione, quella cioè per la quale il «salvo che» non riguardasse in realtà la presenza di elementi soggettivi, bensì gli elementi oggettivamente caratterizzati ovvero quelli neutri²⁸⁵. Secondo Spagnolo (il ragionamento è in sostanza lo stesso poi svolto da Riz) la disposizione del primo comma dell'art. 59 c.p. stabilisce un principio oggettivo di imputazione delle scriminanti valido con riferimento solo agli elementi neutri delle fattispecie in questione, quelli cioè passibili di essere intesi sia oggettivamente che soggettivamente; ovvero solo con riguardo alle cause di esclusione della pena con struttura cosiddetta mista, limitatamente agli elementi oggettivi. Gli elementi a struttura soggettiva infatti non possono che esistere nella mente dell'agente, pertanto le cause di esclusione della pena esulano dall'ambito di applicazione della disposizione in questione, comprensiva (all'epoca) anche di eccezione. In altre parole: il rilievo soggettivo di alcune cause di esclusione della pena non si atteggia come eccezione rispetto alla regola dell'imputazione oggettiva, pertanto la clausola di sussidiarietà non allude alle cause di esclusione della pena soggettivamente connotate. Quest'ultima clausola si riferirebbe dunque a quelle con struttura oggettiva per le quali il legislatore avrebbe fatto salvo un possibile rilievo soggettivo.

La lettura in questione colpisce a prima vista perché, proprio in ossequio esteriore alla forma della disposizione in questione, giunge ad un risultato potenzialmente opposto al disposto del primo comma dell'art. 59 c.p. che *ictu oculi* parrebbe essere stato concepito proprio per sancire il rilievo di regola oggettivo delle cause di esclusione della pena. A ben vedere, tuttavia, ci sono almeno due passaggi

²⁸³ Solo nella successiva voce sulle cause di giustificazione composta per l'*Enciclopedia giuridica*, Grosso ha poi ammesso la possibilità di rintracciare cause di esclusione della pena soggettivamente connotate (cfr. ID., *Cause di giustificazione*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 6).

²⁸⁴ Cfr. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., II, Torino, 1987, p. 142.

²⁸⁵ Cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 93 e ss.; RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana*, cit., p. 629 e s.

Capitolo I

che non convincono di questa interpretazione: in primo luogo la definizione di elementi neutri e di cause di esclusione della pena a struttura mista; in secondo luogo il fatto che, all'esito del ragionamento, si perviene al quasi-assurdo di dover ammettere che il legislatore ha posto un principio oggettivo, riservandosi la possibilità di derogarlo, proprio in riferimento agli elementi oggettivamente connotati. E ciò a voler tacere del quesito ermeneutico più difficile, quello cioè relativo alla possibilità di distinguere tra oggettivo e soggettivo e ai canoni da scegliere per operare questa distinzione, di cui si è detto in apertura del capitolo.

Nella vigenza della vecchia formulazione del primo comma dell'art. 59 c.p. aveva dunque più *chance* di validità l'opzione ermeneutica che vedeva la possibilità eccezionale di far valere soggettivamente le cause di esclusione della pena laddove la struttura delle stesse non permettesse di essere interpretata oggettivamente. L'altra lettura, pure possibile a rigore di logica, si palesa francamente in contrasto con la stessa utilità della posizione da parte del legislatore di una regola quale il primo comma dell'art. 59 c.p.: ci si chiede, in altre parole, perché mai il legislatore del '30 avrebbe dovuto stabilire la regola del rilievo esclusivamente oggettivo delle scriminanti, se poi con la clausola di sussidiarietà ha inteso riservarsi la possibilità di stabilire il rilievo soggettivo *contra litteram* degli elementi oggettivi, considerando comunque fuori dell'ambito di applicazione della regola del rilievo oggettivo le cause di esclusione della pena a struttura soggettiva. Si deve ammettere che molto più lineare è ritenere che quel «salvo che» servisse semplicemente a coordinare la regola ermeneutica stabilita dal primo comma dell'art. 59 con eventuali disposizioni contenenti elementi soggettivamente interpretabili.

Ad ogni modo la piccola polemica interpretativa apertasi sul punto ha cessato di avere interesse dall'entrata in vigore della legge 19/1990 con la quale nell'ambito della riforma della disciplina di imputazione delle circostanze, il legislatore ha novellato l'art. 59 c.p. abrogando l'inciso in questione, dimodoché attualmente la regola del rilievo oggettivo si presenterebbe inderogabile²⁸⁶. Sembrerebbe dunque che, di qualsiasi natura esse siano, le cause escludono la pena debbano essere

²⁸⁶ Più ampiamente sulle vicende dell'art. 59 c.p. v., prima della riforma, MELCHIONDA, *La «rilevanza oggettiva» delle circostanze del reato nella prospettiva di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1376 e ss. e dopo la riforma ID., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1432 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

applicate a prescindere dalla conoscenza dell'agente, dunque potenzialmente in contrasto con la presenza di elementi strutturali quali la costrizione o il perseguimento di un fine di tutela che richiedono letteralmente una partecipazione cognitiva di costui rispetto alla condotta posta in essere²⁸⁷.

In realtà, a dispetto del carattere decisivo dell'intervento legislativo, poco sembra essere cambiato. Il contrasto infatti continua a porsi fra la regola che impone il canone ermeneutico oggettivo e le singole fattispecie escludenti la pena, e non risiedeva invece nelle diverse parti di questa disposizione.

A ben vedere, la ragione del permanere del contrasto in questione si riscontra nel carattere di regola interpretativa rivestito dalla disposizione in questione. Essa infatti non impone una definizione legale da cui discende la fisionomia di un istituto, come per esempio fa l'art. 56, co. 1, c.p. in riferimento al concetto di tentativo; né impone una regola di disciplina, come, per rimanere in tema, gli ultimi due commi dello stesso articolo. Il primo comma dell'art. 59 c.p. stabilisce al contrario una regola di imputazione che si risolve nell'imposizione di un canone ermeneutico in riferimento a quegli elementi delle singole cause di esclusione della pena che alludono alla partecipazione cognitiva dell'agente alla fattispecie di volta in volta in questione²⁸⁸. Qui risiede la debolezza intrinseca della disposizione. Infatti dal momento che il primo comma dell'art. 59 c.p. ha rango di legge ordinaria non si vede come essa possa prevalere sulla lettera delle singole fattispecie quando, facendo applicazione dell'art. 12 delle cosiddette preleggi, il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore» imponga di interpretare soggettivamente gli elementi di una causa di esclusione della pena. Per questo motivo in uno dei più recenti contributi sul tema degli elementi soggettivi si è affermato giustamente che il primo comma dell'art. 59 c.p. riveste un ruolo effettivo ridotto e che la clausola di sussidiarietà abrogata

²⁸⁷ Alcuni Autori hanno ritenuto di derivare proprio dall'abolizione della clausola di sussidiarietà elementi a favore della tesi dell'oggettività delle cause di esclusione della pena (cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 653, il quale interpreta l'abolizione come una dimostrazione dell'inutilità della clausola anche prima dell'entrata in vigore della legge 19/90; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 525). Tuttavia non si può fare a meno di notare come questa opinione non tenga conto del fatto che il primo comma dell'art. 59 c.p. non stabilisce una regola di struttura, ma al più di imputazione; e di conseguenza se le singole disposizioni prevedono elementi soggettivi, non vi è motivo di far prevalere il primo comma dell'art. 59 c.p. sulla disposizione in questione.

²⁸⁸ Cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 172, con la bibliografia ivi citata sul punto.

Capitolo I

esplicava un potenziale euristico scarso già nella vigenza della vecchia formulazione²⁸⁹.

Accanto all'importanza nell'ermeneutica delle singole cause di giustificazione la disposizione in questione è stata impiegata dalla dottrina anche per altri fini, sebbene meno appariscenti.

Si allude in primo luogo al ruolo giocato dal primo comma dell'art. 59 c.p. in relazione alla ricostruzione della fisionomia dell'illecito penale nell'ordinamento italiano. Insieme ad altre disposizioni "vessillo" la disposizione ha assolto il compito di manifestare il carattere oggettivo dell'ordinamento italiano. Su di esso come sulla non punibilità del tentativo inidoneo, del reato impossibile e dell'accordo non eseguito, si è basata l'affermazione della peculiarità del sistema italiano che fonda l'edificio dell'illecito non su una volontà lesiva, bensì su un danno sociale, giuridicamente qualificato²⁹⁰. La disposizione dunque, lontana da una spendibilità per così dire concreta²⁹¹, che le era preclusa – come visto – dal suo rango di legge

²⁸⁹ *Ivi*, p. 170 e s., ove l'Autore, basandosi anche sull'affermazione di dottrina precedente (nella specie: GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 240), sottolinea come «l'art. 59 co. 1 c.p. non ha mai assunto un valore superiore a quello di un mero "indizio" della struttura oggettiva dell'elemento». Difatti, secondo Schiaffo e la dottrina da lui citata, anche nella vigenza della clausola di sussidiarietà prima della riforma del 1990, le singole disposizioni prevedenti elementi soggettivi erano in grado a prescindere dal tenore della clausola in questione di fare eccezione, quali *leges speciales*, al disposto dell'art. 59, co. 1, c.p. L'opinione peraltro trova una conferma in lavori precedenti quali GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 238, nota 2; nonché DONINI, *L'errore sulle scriminanti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e G. Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, p. 733. Tutto ciò porta l'Autore a ritenere che «a prescindere da quelle che possono essere state le intenzioni del legislatore del 1990 [...] non sembra infondato concludere nel senso che sia proprio l'inutilità della clausola la ragione della sua soppressione». Similmente BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., p. 495, il quale ritiene che l'abrogazione della clausola di per sé non sia affatto significativa di una opzione a favore del rilievo oggettivo a causa del permanere del riferimento a elementi soggettivi nelle singole disposizioni scriminanti.

²⁹⁰ Un utile ed efficacissimo sunto della visione oggettivista del diritto penale in parola, tipica dell'ordinamento italiano, è offerta da un recente saggio di Giorgio Marinucci comparso sulla *Rivista italiana*. L'Autore parte dalla «modellistica del diritto penale: puniamo l'uomo per quello che *fa*, oppure per quello che *ha intenzione di fare*, ovvero *per quello che è* [...]?». L'opzione di Marinucci è indiscutibilmente (e ovviamente) in favore della prima possibilità, e l'Autore ricorda gli elementi positivi che nel nostro ordinamento fondano questa soluzione: anzitutto il rango costituzionale del principio di offensività; da cui, quali corollari, discendono la disciplina del tentativo; la punibilità solo eccezionale dei reati di attentato, giustificata dal rango elevato del bene giuridico tutelato; la disciplina del concorso di persone; interpretazione oggettivista della finalità perseguita nei reati a dolo specifico; infine il rilievo oggettivo delle cause di giustificazione *ex* primo comma dell'art. 59 c.p. (cfr. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1 e ss.

²⁹¹ Si consideri la giurisprudenza citata nei paragrafi precedenti in materia di costrizione, relativamente alla difesa legittima e allo stato di necessità che ha rivelato come non siano estranee alle pronunce di legittimità le accezioni soggettive dell'elemento in questione.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

ordinaria, ha trovato fortuna nella dottrina che ne ha fatto un appoggio significativo per la ricostruzione “a freddo” del sistema penale italiano²⁹².

Di quanto l'ordinamento italiano possa dirsi oggettivo ci si occuperà ampiamente nel prosieguo del lavoro; è però significativo annotare sin da ora come la disposizione oggetto di questo lavoro inevitabilmente porti a confrontarsi con le scelte fondanti di politica del diritto oltre il livello della mera esegesi letterale del testo. È infatti sul piano delle opzioni di valore operate dall'ordinamento, tanto nella componente costituzionale e legislativa quanto in quella giurisprudenziale, che andrà ricercata la soluzione relativa al problema del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

Infine, onde dare conto di tutti gli “impieghi” di cui l'art. 59, co. 1, c.p. è stato fatto oggetto, si deve ricordare come la disposizione abbia giocato un certo ruolo in riferimento alla individuazione della natura dello stato di necessità. Il ragionamento a questo riguardo in genere partiva dalla constatazione dell'ambiguità dell'art. 54 c.p. che si risolveva attribuendo un significato oggettivo alla costrizione in modo tale che l'intera fattispecie si connotasse come una causa di giustificazione²⁹³.

8.2. Interpretazione sistematica della disposizione

Il tenore attuale del primo comma dell'art. 59 c.p. prevede che le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da questi non conosciute o per errore ritenute insussistenti.

Occorre dunque innanzi tutto interrogarsi sull'accezione di circostanza utilizzata dal legislatore. Vi è parte della dottrina che ha ritenuto di profittare dall'utilizzo non del tutto ortodosso di questo termine derivandone un argomento a sostegno dell'interpretazione per la quale la disposizione farebbe salvo l'eventuale rilievo soggettivo delle scriminanti²⁹⁴. L'Autore infatti ritiene che il termine non sia stato usato casualmente dal legislatore del '30, il quale invece ha voluto intendere che le circostanze in ogni caso sono *accidentalia delicti*, sia che esse incidano solo

²⁹² Cfr. per esempio DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 525, il quale sottolinea la notevole importanza assiologica rivestita dal primo comma dell'art. 59 c.p.

²⁹³ Cfr., per esempio, G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 26; SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 170.

²⁹⁴ Cfr. *Ivi*, p. 174 e ss.; nonché ID., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., p. 1007.

Capitolo I

sul *quantum* del disvalore penale sia che si dimostrino determinanti anche circa l'*an* della punibilità, come nel caso della scriminante ignorata. L'interpretazione, secondo Schiaffo, sarebbe inoltre confermata dall'uso del participio del verbo "valutare", in luogo del probabile alternativo "applicare". Tutto ciò conforterebbe l'assunto per il quale nel caso in cui l'agente realizzi inconsapevolmente la fattispecie di esclusione della pena la rilevanza penale della vicenda rimanga intatta, proprio come, al ricorrere di una attenuante, nessuno farebbe discussione del rilievo penale del fatto.

Questa lettura non convince. In primo luogo si è già ricordato come il guardasigilli redattore non avesse dato particolare rilievo alla dicitura «circostanze». Ben conscio dell'imprecisione della terminologia usata, egli nel passo sopra ricordato della *Relazione* lascia intendere che la parola in questione vale semplicemente come indicazione complessiva dell'insieme risultante dall'unione di quello delle circostanze *stricto sensu* considerate e da quello delle cause di esclusione della pena.

D'altronde sembra problematico affermare che la causa di esclusione della pena ignorata non incide sulla rilevanza penale dell'azione ma ne elide di fatto la sola punibilità. Dal momento infatti che il testo attuale della disposizione non ripropone la misura di sicurezza originariamente immaginata da Rocco, il tenore del primo comma dell'art. 59, co. 1, c.p. lascia supporre *prima facie* la irrilevanza penale *tout court* dell'azione oggettivamente non punibile.

D'altra parte la dottrina pressoché maggioritaria non attribuisce rilievo eccessivo a questa sbavatura terminologica del legislatore essendo evidente la sua intenzione di usare semplicemente una formula comprensiva di qualsiasi ipotesi di esclusione della pena²⁹⁵. Si deve dunque ritenere che questo termine debba essere inteso come semplice sinonimo dell'espressione «cause che escludono la pena», come suggerito dalla stessa *Relazione* del Guardasigilli al passo sopra riportato.

La questione che sorge in riferimento alla locuzione «circostanze» dà piuttosto modo di apprezzare una differenza fra costruzione bipartita e tripartita del reato²⁹⁶. Aderendo alla costruzione bipartita del reato infatti non sorgono particolari

²⁹⁵ Cfr. per esempio ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 653; MANNA, *L'antigiuridicità e le scriminanti*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, Torino, 2013, p. 229; GALLO M., *Diritto penale italiano*, cit., p. 343.

²⁹⁶ Per una efficace sintesi diacronica delle differenti posizioni circa la classificazione delle esimenti cfr. VIGANÒ, *Articolo 59. Sub A*), in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, I, IV ed., Milano, 2015, p. 1183 e s.; nonché, sulla distinzione fra

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

problemi, dal momento che la compatibilità delle cause di esclusione della pena con il primo comma dell'art. 59 c.p. dipende semplicemente dalla struttura (oggettiva o soggettiva) della singola esimente che viene in questione. Al contrario, aderendo ad una concezione tripartita del reato, la differente caratterizzazione delle singole cause di esclusione della pena, a seconda cioè che esse escludano antigiuridicità, colpevolezza o punibilità, fa sì che si debba preliminarmente comprendere quale fra questi tre elementi sia riconducibile al disposto del primo comma dell'art. 59, co. 1, c.p. La risposta che viene pressoché univocamente data alla domanda consiste nella individuazione delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto come referenti "naturali" della disposizione in questione²⁹⁷. Il risultato principale che si raggiunge in questo modo è dunque l'esclusione delle scusanti dall'ambito di validità del primo comma dell'art. 59 c.p.

L'argomentazione sviluppata per l'esclusione in linea di principio delle scusanti dall'ambito di validità della disposizione in questione fa leva sulla incompatibilità fra il fondamento psicologico di inesigibilità delle prime e il canone oggettivo imposto dall'ultima: è difatti logicamente inammissibile versare in stato di inconsapevolezza rispetto a situazioni che richiedono la partecipazione psicologica del soggetto agente. Si pensi per esempio alla causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.²⁹⁸: si deve ammettere che è logicamente inammissibile agire nell'inconsapevolezza di essere costretti dalla necessità di salvare il congiunto.

scriminanti e scusanti, FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 326 e ss. Si sottolinea a questo riguardo come la distinzione fra cause di esclusione della pena (le «circostanze» cui fa riferimento il primo comma dell'art. 59 c.p.) e cause di estinzione del reato o della pena sia ben chiara in dottrina a differenza delle partizioni interne alla prima categoria nominata (cfr. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 148 e ss.).

²⁹⁷ Cfr. per esempio: ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 652 con la dottrina *ivi* citata; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 525; VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1183. Parzialmente di diverso avviso sono FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 326, i quali ritengono che con la locuzione in questione il legislatore avrebbe ritagliato una categoria comprendente tutte le cause di esclusione della pena che presuppongono il fatto tipico e non attengono all'imputabilità né ad altri fattori soggettivi. Quest'ultima posizione in realtà non sembra differire di molto da quanto in sostanza è affermato dagli altri Autori che muovono dalla base tripartita e in definitiva coincide con quanto sostenuto da Rocco nella stessa *Relazione* (cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte III. Testo del progetto definitivo*, cit., p. 106).

²⁹⁸ La causa di non punibilità in questione è generalmente qualificata come una causa di esclusione della colpevolezza, dal momento che si basa sulla costrizione del soggetto ad agire in soccorso di un prossimo congiunto. Sebbene ricalchi grosso modo la struttura dello stato di necessità l'esimente si trova così a difettare del contrassegni oggettivi più spiccati: la proporzione e la non volontaria causazione dell'evento; d'altra parte sono maggiormente marcati gli estremi soggettivi, in ragione del

Capitolo I

L'analisi delle singole fattispecie scriminanti di parte generale tuttavia comporta che la asserita corrispondenza biunivoca fra scriminanti e cause di non punibilità in senso stretto e comma primo dell'art. 59 c.p. permanga *sub condicione* della struttura oggettiva delle cause di esclusione della pena in questione. Laddove infatti la singola causa di giustificazione sia caratterizzata da elementi soggettivi non sarà sufficiente ai fini dell'applicazione del primo comma dell'art. 59 c.p. appellarsi alla sua natura di scriminante in quanto è solo il tenore letterale della singola disposizione esimente che determina la sua struttura.

In definitiva, dunque, non si può trarre dall'individuazione del significato della dicitura «circostanze che escludono la pena» alcun ausilio dirimente per chiarire se in un caso l'interpretazione di una causa di esclusione della pena debba procedere oggettivamente o soggettivamente: in ogni caso rimane essenziale riferirsi alla struttura della singola esimente di cui si fa applicazione. A ben vedere infatti la stessa esclusione delle scusanti dal raggio di azione del primo comma dell'art. 59 c.p. dipende in definitiva dalla struttura soggettiva delle stesse.

Nonostante quanto appena detto sembri portare all'affermazione della sostanziale superfluità della disposizione (se non addirittura del suo carattere fuorviante) il primo comma dell'art. 59 c.p., come detto, gode di stima nell'opinione dei teorici soprattutto nella ricostruzione della fisionomia delle cause di giustificazione.

Gran parte della dottrina (che aderisce alla costruzione tripartita dell'illecito), infatti, fa leva proprio sul tenore letterale della disposizione per annoverare nell'elenco delle caratteristiche delle cause di giustificazione anche il rilievo oggettivo delle stesse²⁹⁹.

In questo senso nel primo comma dell'art. 59 c.p. viene letta la regola per cui le cause di giustificazione (e le cause di non punibilità in senso stretto) debbono essere applicate anche all'agente che ne ignori la presenza a prescindere dunque da qualsiasi sua opinione circa la liceità della condotta.

novero ristretto dei beni per i quali è ammesso il soccorso di necessità (la libertà e l'onore) e il numero ristretto dei soggetti in favore dei quali è ammessa la liceità del soccorso. Cfr. sulla natura giuridica della fattispecie di cui al primo comma dell'art. 384 c.p. FORNASARI, *Casi di non punibilità*, in FORNASARI-RIONDATO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, II ed., Torino, 2017, p. 279 e ss.

²⁹⁹ Cfr. per esempio VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1183.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

L'affermazione in questione è funzionale a sostenere che sia positivamente fondato nell'ordinamento italiano un concetto obiettivo di anti giuridicità, sia esso inteso quale giudizio generale di contrasto dell'intero fatto di reato con l'ordinamento come previsto dalla teoria "bipartita" o sia esso valutato alla stregua di un elemento del reato secondo la ormai più diffusa concezione "tripartita" dell'illecito³⁰⁰. Il primo comma dell'art. 59 c.p. costituisce dunque in queste ricostruzioni una felice riconferma dell'assunto iniziale per cui l'anti giuridicità si sostanzia in un giudizio obiettivo di bilanciamento fra interessi³⁰¹, o in una altrettanto oggettiva risoluzione di un concorso di norme risolto in favore della norma di liceità³⁰². In ogni caso si ritiene che la disposizione in questione confermi il carattere dell'anti giuridicità come valutazione dell'ordinamento oggettiva in quanto indipendente dalla opinione personale dell'agente³⁰³.

³⁰⁰ Cfr. ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 652.

³⁰¹ V. DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., p. 254, il quale sottolinea come il giudizio di bilanciamento sia indifferente all'opinione dell'agente; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 149; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 243

³⁰² Per questa opinione cfr. NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 321, il quale, tuttavia, tiene presente anche la dimensione sostanziale dell'anti giuridicità individuata nel concetto di bilanciamento di beni in conflitto; con riferimento al principio di non contraddizione v. FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 326.

³⁰³ Cfr. nella dottrina più risalente MAGGIORE, *Diritto penale. Volume I. Parte generale*, V ed., Bologna, 1951, p. 290, il quale riconosce la difficoltà di distinguere componenti oggettive e componenti soggettive del reato, affermando però che «la illiceità resta un rapporto oggettivo»; MALINVERNI, *Scopo e movente nel reato*, cit., p. 164 e ss., che sembra affermare il prevalere dell'art. 59, co. 1, c.p. sulle singole disposizioni scriminanti, nonostante esse prevedano scopi o moventi da perseguire, argomentano *a fortiori* a partire dalla non necessità della consapevolezza dell'agire scriminato stabilito dalla disposizione in questione; CAVALLO, *Diritto penale*, cit., p. 66 e ss., il quale, pur nell'ambito di una complessa concezione dell'anti giuridicità, sembra ribadire il valore del tenore letterale della disposizione in questione, salvo valorizzare i profili soggettivi degli art. 51, 52, 53 e 54 c.p. (p. 615 e ss.); CONCAS, *Scriminanti*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, sebbene l'Autore non escluda del tutto il rilievo di elementi soggettivi, come si dirà; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 176; RANIERI, *Manuale di diritto penale. I. Parte generale*, IV ed., Padova, 1968, p. 145 e ss., per quanto l'Autore muova da una concezione bipartita del reato e intenda quindi l'anti giuridicità come giudizio complessivo avente ad oggetto il fatto; DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale. Ristampa con note di aggiornamento del dott. Manlio Mazzanti*, Napoli, 1969, p. 227, che però in altro luogo della stessa opera da una parte rileva l'importanza del motivo, e dall'altra qualifichi l'anti giuridicità come «carattere autonomo del fatto, che mette capo ad elementi talora obiettivi, talora subiettivi» (p. 150 e ss.). Fra i contemporanei v. MARINUCCI, *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., I, Torino, 1987, p. 183, che in questo vede peraltro un tratto di distinzione fra anti giuridicità e colpevolezza; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 274: «[la disposizione dell'art. 59, co. 1, c.p.] si spiega col valore in prevalenza oggettivo che l'ordinamento giuridico attribuisce al reato, il quale non viene considerato come sinonimo della personalità del reo, ma per quello che effettivamente è nella vita sociale»; v. pure CONTENTO, *Corso di diritto penale*, II, Bari-Roma, 2002, p. 372; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 91; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 283; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 256

Capitolo I

Oltre che con il concetto di anti giuridicità la disposizione in questione tuttavia è stata anche posta in relazione con il concetto di reato putativo, disciplinato al primo comma dell'art. 49 c.p. Si è ritenuto da più parti, infatti, che il primo comma dell'art. 59 c.p. non costituisca altro che una declinazione del principio di irrilevanza dell'opinione dell'agente rispetto alla condotta perpetrata con riferimento, questa volta, alle cause di liceità³⁰⁴. Di conseguenza, la condotta commessa nella ignoranza della sussistenza della causa di liceità sarebbe lecita in forza del principio di stretta legalità, per il quale nessuna influenza sulla punibilità può avere l'opinione dell'agente, e per il principio oggettivo, in forza del quale la base della punibilità non è la manifestazione di una volontà colpevole, ma la causazione di un danno sociale³⁰⁵.

Così ricostruita la fisionomia del primo comma dell'art. 59 c.p. si pone tuttavia il problema di coordinamento con le singole disposizioni che prevedono cause di esclusione della pena caratterizzate da elementi soggettivi (si pensi alla costrizione nella difesa legittima e nello stato di necessità; il fine di adempiere un dovere dell'ufficio; la finalità reattiva nella reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale *ex art. 393 bis c.p.*³⁰⁶). Questo, come si è avuto modo di anticipare più volte, è infatti il vero *punctum dolens* della questione: il tenore letterale della disposizione

³⁰⁴ Cfr. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 505; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 205 e ss.; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 111 e ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 746; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 451 e similmente ID., *Il reato*, in GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, p. 283; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 652; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 384, sebbene gli Autori muovano da una costruzione bipartita dell'illecito; CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 372; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., p. 335; VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1184.

³⁰⁵ Alla prima ipotesi corrisponde il reato putativo per errore sul precetto; alla seconda il reato putativo per errore sul fatto. È utile proporre due esempi: sussiste reato putativo per errore di diritto nel caso in cui l'agente sia convinto che sia reato danneggiare una cosa propria; ovvero, passando al lato delle cause di giustificazione, nel caso in cui l'agente sia convinto che si possa invocare la difesa legittima solo per difendere la propria vita e non un qualsiasi diritto proprio o altrui, e agisca di conseguenza. Sussiste invece reato putativo per errore di fatto (assimilabile a quello previsto dal terzo comma dell'art. 47 c.p.) nel caso in cui il coniuge, sposato in comunione di beni, sottragga dalla casa familiare beni da lui ricevuti in eredità e sia convinto di aver commesso appropriazione indebita, errando sul regime patrimoniale dei beni ereditari rispetto alla comunione legale. Cfr. per questo punto e più in generale per la definizione del concetto di reato, con i dovuti riferimenti bibliografici cui si fa rimando, la sintesi efficace di LAGO, *Articolo 49*, in DOLCINI-GATTA, *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, I, IV ed., Milano, 2015, p. 761 e s. V. poi FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 488 e ss.; CAVALLO, *Diritto penale*, cit., p. 602 e ss.

³⁰⁶ Per la qualifica della causa di esclusione della pena quale scriminante v., per tutti BORSARI, *Causa di non punibilità (art. 393 bis)*, in FORNASARI-RIONDATO, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, cit., p. 350.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

infatti stabilisce un canone in contrasto con la formulazione delle singole fattispecie escludenti la pena.

La dottrina si è dunque impegnata nella ricerca di una soluzione spendibile nell'interpretazione delle singole fattispecie.

Un criterio interpretativo individuato fra i primi e che ha riscosso successo nella dottrina è quello escogitato da Grosso nei suoi lavori sulle cause di giustificazione. Esso consiste nell'interpretare gli elementi che appaiono *prima facie* caratterizzati soggettivamente sostituendo all'indagine della psiche dell'agente la valutazione alla stregua dell'agente medio. Si dirà così che vi è costrizione nella difesa legittima non se l'agente in carne ed ossa è stato mosso alla violenza difensiva dalla percezione del pericolo che grava su di lui ma se un osservatore terzo può affermare che nella situazione creatasi il soggetto può dirsi costretto. In riferimento per esempio alla interpretazione del concetto di costrizione, l'Autore ritiene preferibile l'accezione oggettivista, in funzione della quale la costrizione sarebbe da intendere: «come una mera circonlocuzione figurata, con la quale si specifica che il soggetto per essere scusato deve trovarsi in una situazione data la cui presenza a giudizio dell'osservatore esterno non avrebbe potuto tenere, per difendere il diritto o il bene aggredito, un comportamento diverso da quello tenuto³⁰⁷».

In questa sede basti osservare che il criterio proposto in realtà non supera l'ostacolo. Si tratta infatti di rinunciare alla (apparentemente) gravosa indagine psicologica della *mens* del soggetto agente per sostituirvi il giudizio dell'interprete, esterno alla vicenda, parametrato su un "agente modello". Se però una operazione siffatta può essere giustificata in riferimento a giudizi normativi, del tipo di quelli relativi alla definizione della colpa, diversamente si deve opinare con riferimento alle cause di giustificazione. In queste infatti si tratta di trovare una corrispondenza fra le

³⁰⁷ Cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 123. Similmente: PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 451, il quale afferma che è sempre possibile rintracciare e che è preferibile un significato oggettivo dei termini che si presentano *prima facie* come subiettivi; ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 653; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 149, che sostiene la necessità di interpretare i termini soggettivamente connotati «in termini impersonali» in rapporto alle esigenze di tutela dell'ordinamento; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 524 e s., il quale aggiunge alle considerazioni sin qui svolte anche quella secondo cui l'attenzione al profilo psicologico-motivazionale dell'agente può caratterizzare solo le scusanti, pacificamente escluse dall'ambito di azione del primo comma dell'art. 59 c.p., e non anche le scriminanti, ammonendo l'interprete da qualsiasi operazione ermeneutica che possa «ibridare la categoria delle vere e proprie cause di liceità»; ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 91; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 283.

Capitolo I

condotte dell'agente e i concetti legali di carattere descrittivo, attinenti al senso comune³⁰⁸. Tanto è vero che l'interprete, chiamato a verificare se nel caso concreto costrizione ci sia stata, ovvero se l'agente abbia perseguito un fine consentito, pur partendo da elementi di giudizio differenti dalla psiche dell'agente come vuole l'interpretazione "correttiva" in questione, dovrà riferirsi ad un concetto di costrizione che inevitabilmente ha un riferimento psicologico, sebbene astratto e non riferito alla concreta personalità dell'agente. L'operazione non sembra in ultima analisi differente da quella che si compirebbe partendo da posizioni soggettiviste: anche operando in questo modo infatti l'indagine della psiche del soggetto agente giocoforza si muoverà da contrassegni oggettivi della condotta alla ricerca della corrispondenza di ciò che è stato compiuto con i concetti di volta in volta di costrizione, di fine di adempiere, ovvero di reazione difensiva, comunque intesi in senso naturalistico. La differenza potrebbe trovarsi nelle possibili qualità ulteriori dell'agente specifico: qualità che possono per esempio renderlo più o meno "resistente" alle pressioni esteriori; a questo riguardo, però, non può farsi a meno di sottolineare come anche la definizione dell'uomo medio cui andrebbe parametrato l'agire concreto, offre, come noto, le medesime difficoltà: quale è infatti il grado di resistenza dell'uomo medio, oltre cui è irrilevante la differente "conformazione psichica" del singolo agente?

In definitiva non è possibile staccarsi da un riferimento al significato naturalistico dei concetti usati dal legislatore. Questi peraltro consentono di fare applicazione del canone di economia legislativa, in quanto corrispondono al significato più prossimo a quello letterale e consentono di non sovrapporre i requisiti in questione con altri elementi della fattispecie.

A fronte di questa posizione, per così dire, "massimalista" sbilanciata sul profilo oggettivo e sulla valorizzazione massima del disposto del primo comma dell'art. 59 c.p., si sono sviluppate in dottrina posizioni più "morbide", tese a cercare un compromesso fra il tenore della disposizione appena citata e le singole disposizioni che prevedono cause di esclusione della pena in considerazione

³⁰⁸ Sulla possibilità e sull'opportunità di distinguere fra normativo e descrittivo, pur nella dolorosa coscienza della difficoltà dell'operazione, cfr. BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016, p. 185 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

dell'importanza del criterio ermeneutico letterale e del rango ordinario della regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p.

Si fa riferimento a questo riguardo al concetto di eccezione: si ritiene cioè che il primo comma dell'art. 59 c.p. stabilisca una regola la quale sia suscettibile di eccezione nel caso in cui la singola scriminante che viene in questione presenti elementi soggettivi³⁰⁹. È evidente che il ricorso al concetto di regola passibile di eccezione ha un valore evocativo, dal momento che permette di salvare (a parole) la preminenza della regola del rilievo oggettivo, ammettendo che solo in pochi casi, che trovano ragione nella volontà del legislatore, si debba assumere il criterio alternativo oggettivo.

Se è apprezzabile lo sforzo di conciliazione che muove questi Autori, permane tuttavia un dubbio di fondo. Ci si chiede cioè se sia possibile individuare un rapporto di regola-eccezione tenendo conto del fatto che, a voler fare uso del criterio letterale di ermeneutica, già nel Libro I del codice penale esistono vistosissime ipotesi di cause di esclusione della pena con elementi soggettivi, *in primis* la difesa legittima. Non si tratta dunque tanto di eccezioni, quanto piuttosto di concrete possibilità di formulazione delle disposizioni in questione, che non vi è ragione di posporre logicamente al primo comma dell'art. 59 c.p.³¹⁰.

Dei limiti della coppia regola-eccezione sembra accorgersi quella dottrina che non richiama il concetto di eccezione, ma, enunciato il contenuto dell'art. 59 c.p., dà

³⁰⁹ Cfr. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., 142, il quale afferma il carattere eccezionale del rilievo di elementi soggettivi, dimodoché si rende indispensabile l'indagine delle singole disposizioni contenenti cause di esclusione della pena, «nulla [però] può autorizzare a privare di peso il chiaro rapporto ermeneutico regola-eccezione», con la conseguenza che nel dubbio gli elementi in questione debbono essere interpretati oggettivamente; IADECOLA, *Articolo 59*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2000, p. 683; NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 322, che afferma *praeter legem* come l'eventuale rilievo soggettivo eventuale possa rilevare solo *in bonam partem*; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 256, che però individuano come eccezione possibile solo l'art. 51 c.p., nel caso in cui il diritto esercitato preveda la presenza di limiti soggettivi; VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1184, il quale sottolinea che altrimenti la disposizione in questione verrebbe sostanzialmente abrogata.

³¹⁰ La considerazione non è sfuggita in dottrina: è interessante quanto nota Bellagamba riguardo alla posizione assunta da Viganò riguardo all'interpretazione dell'art. 59, co. 1 c.p. L'Autore da ultimo citato nel commento all'art. 59 c.p. appena menzionato, pur stabilendo la preminenza della regola del rilievo oggettivo rispetto alle eccezioni delle singole scriminanti strutturate soggettivamente, fa salvo del pari il criterio letterale di interpretazione delle singole fattispecie, sostenendo la necessità di un'interpretazione caso per caso. A questo proposito Bellagamba osserva appunto che si tratta di un ragionamento fallace perché l'affermazione della necessità dell'indagine della struttura delle singole fattispecie equivale al rifiuto concreto di qualsiasi preminenza logica del primo comma dell'art. 59 c.p. (cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 336, specialmente nota nr. 801). V. anche MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? cit., p. 200 e ss.

Capitolo I

conto poi di una realtà legislativa differente, connotata dalla presenza anche di cause di esclusione della pena – nello specifico, di cause di giustificazione – soggettivamente connotate. Di conseguenza si afferma che solo le cause di giustificazione oggettivamente connotate possono soggiacere alla regola del rilievo oggettivo stabilita nell'art. 59 c.p.³¹¹.

Bisogna da ultimo menzionare l'opinione autorevole di Moccia. Essa si colloca all'ideale estremo finale della parabola che da posizioni recisamente negatorie della sussistenza degli elementi soggettivi nelle scriminanti si conclude, appunto nel pensiero del Maestro napoletano, il quale ritiene che il primo comma dell'art. 59 c.p. non abbia a che fare con la tematica della consapevolezza dell'agire anti giuridico.

Tenendo da parte i più poderosi argomenti di carattere sistematico elaborati dall'Autore a favore della tesi del rilievo soggettivo delle scriminanti, ci si limita qui a ricordare l'opinione dell'Autore sulla corretta interpretazione e sulla funzione della disposizione in questione. Dopo aver sottolineato come la valorizzazione degli elementi soggettivi non comporta alcuno sconvolgimento della costruzione analitica,

³¹¹ Cfr. CONCAS, *Scriminanti*, cit., p. 795; BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 332 e ss., il quale, pur sostenendo la costruzione tripartita del reato, ritiene che l'antigiuridicità sia connotata da un coefficiente soggettivo che consiste nella volontarietà, e non è confondibile con la colpevolezza della condotta; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 803, il quale specifica che l'antigiuridicità ha una struttura soggettiva (p. 810); LE PERA, *Cronaca e verità oggettiva: un equivoco che si perpetua nei giudizi di diffamazione a mezzo stampa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 411; CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 373 e s., il quale sottolinea come la regola del primo comma dell'art. 59 c.p. può funzionare solo con scriminanti a struttura oggettiva, dal momento che gli elementi soggettivamente connotati possono esistere solo nella psiche del soggetto agente, e, individuata nell'art. 50 c.p. l'unica scriminante oggettivamente connotata, afferma di molto ridotto il portato della regola in questione; PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di Perini-Consulich, Milano, 2006, p. 131 e ss.; CAPUTO, *Articolo 59*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, II, Milano, 2010, p. 10 e s.; MANNA, *L'antigiuridicità e le scriminanti*, cit., p. 229, che afferma la regola in questione essere smentita dal tenore delle singole fattispecie scriminanti; ID., *Corso di diritto penale*, cit., cit., p. 343; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 271, i quali fanno l'esempio dell'art. 393 bis c.p.; DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 719 e ss., il quale afferma la necessità che si distingua fra scriminanti che non contengono elementi soggettivi (art. 50 e 51 c.p.), per le quali non è necessaria la conoscenza da parte dell'agente, e scriminanti che si basano sulla costrizione, le quali non possono prescindere dall'agire consapevole dell'agente. Un risultato simile sembra raggiungere Marco Mantovani il quale, all'esito di un'*actio finium regondurom* con la figura del reato putativo, afferma che l'unico effetto del primo comma dell'art. 59 c.p. sia in definitiva l'esclusione dell'indagine sui profili soggettivi dell'azione nel caso in cui la fattispecie scriminante non richieda elementi soggettivi (cfr. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore d'azione*, cit., p. 85). Alludono alla struttura eventualmente soggettiva delle scriminanti e affermano la necessità della consapevolezza dell'agire anti giuridico nel soggetto anche CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 503 e 515.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

tenuta ben ferma dall'Autore³¹², si osserva come il rilievo soggettivo è conseguente al tenore letterale delle singole fattispecie di liceità ed è necessitato dall'adozione del metodo di analisi teleologico.

Il primo comma dell'art. 59 c.p. non pare d'altra parte all'Autore un ostacolo significativo all'ammissibilità degli elementi soggettivi delle scriminanti: la fattispecie, infatti, si limiterebbe a ribadire in riferimento alle scriminanti il principio dell'irrelevanza dell'opinione dell'agente rispetto alla liceità ovvero all'illiceità della condotta, quando ridondi *in malam partem*. Di conseguenza, ribadita la necessità della conoscenza di ogni elemento richiesto dalla fattispecie per la sussistenza della scriminante, la liceità della condotta è indipendente dalla opinione del soggetto³¹³.

Questa lettura del primo comma dell'art. 59 c.p., che in pratica limita il significato della norma alla sola *species* dell'errore di diritto³¹⁴, compresa nel *genus* del reato putativo, ha trovato seguito nei lavori che a partire dagli anni '90 sono stati editi in Italia in sostegno del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione³¹⁵.

Non è mancato tuttavia chi, sostenendo il pieno valore della regola del rilievo oggettivo sancito dall'art. 59 c.p., ha osservato come una interpretazione siffatta della disposizione costituirebbe una interpretazione *abrogans* della stessa. A ciò si aggiunge l'ulteriore osservazione, per il vero difficilmente superabile, secondo la quale non si vedrebbe come giustificare la limitazione del concetto di errore al solo errore diritto, stanti l'assenza di qualsiasi indicazione di legge a riguardo e l'assenza di qualsiasi differenza fra il concetto di errore utilizzato nel primo comma e quello adoperato nell'ultimo comma dell'art. 59³¹⁶. Per il vero l'obiezione in questione sta e cade con il concetto di putativo comprensivo anche di un errore di fatto; d'altra parte sembra però difficilmente superabile l'incongruenza che la lettura proposta da Moccia produrrebbe fra i due concetti di errore richiamati nell'art. 49 c.p.

³¹² È da osservare, tuttavia, che Moccia muove da una premessa teleologica, derivata dal pensiero di Roxin (cfr. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), a cura di S. Moccia, Napoli, 1986) in ragione della quale la differenza fra le categorie dell'illecito si misura sul differente scopo che l'ordinamento intende perseguire con le stesse, più che su caratteri ontologici: cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 17 e ss.

³¹³ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 209.

³¹⁴ Similmente sembra opinare MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione*, cit., p. 84.

³¹⁵ Esso rappresenta uno dei punti di partenza del ragionamento che poi prosegue, generalmente, su un tracciato teleologico (cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 173; FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 27).

³¹⁶ Cfr. VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1184.

Capitolo I

8.3. Il ruolo del metodo nella soluzione del problema interpretativo

L'analisi dell'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p. praticata dalla dottrina ha reso evidente come non appena ci si allontani da una esegesi superficiale del dato positivo la disposizione in questione si rivela più problematica di quanto non sembri a prima vista.

Sono due le questioni che vengono sollevate: l'individuazione esatta della classe di fattispecie a cui la disposizione si riferisce e il problema del coordinamento della disposizione con la struttura delle singole fattispecie che prevedono cause di non punibilità. La risposta ai due quesiti dipende in realtà dalla portata che si attribuisce alla disposizione in questione.

L'individuazione di questa portata dipende a sua volta dall'impiego di un corretto metodo di interpretazione legale.

La questione, come si è già notato, si rende manifesta non appena si osservi come la regola stabilita dall'art. 59 c.p. non può per rango prevalere sulle singole disposizioni che prevedono cause di non punibilità; e che per altro verso le singole fattispecie che prevedono cause di esclusione della pena, ad una analisi attenta a valorizzare ogni elemento delle disposizioni legali, possono rivelare una struttura soggettiva difficilmente confutabile.

Si tratta dunque ancora una volta di garantire a ciascuna disposizione un ruolo che il prevalere di una sola di esse farebbe venire meno.

Il punto non è sfuggito in dottrina a quanti hanno affrontato il problema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, lontano dalla riproposizione dei luoghi comuni formati in seguito all'interpretazione consolidata del primo comma dell'art. 59 c.p. Gli studiosi in questione hanno in genere sottolineato come sia corretto partire dalla valorizzazione delle singole disposizioni che escludono la pena non riconoscendo una prevalenza logica alla disposizione del primo comma dell'art. 59 c.p.³¹⁷. A questa osservazione (peraltro non ulteriormente motivata) si unisce la

³¹⁷ Cfr., nell'imminenza dell'entrata in vigore del codice penale, FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 495 e ss.; nella dottrina successiva: GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 114 e 122, sebbene poi nel prosieguo dell'opera, come si è visto, l'Autore propenda per una interpretazione oggettiva dei contrassegni potenzialmente soggettivi delle scriminanti; ID., *Difesa legittima e stato di necessità*, cit., p. 238; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 208; FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 27 e s.; SCHIAFFO, *L'elemento soggettivo*

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

considerazione meno diffusa della natura di mera disposizione di imputazione e non di struttura rivestita dalla disposizione da ultimo nominata³¹⁸.

A ben vedere tuttavia si tratta forse solo di constatare come la disposizione in questione non possa dirsi preordinata alle singole disposizioni che prevedono cause di esclusione della pena. Questo vale tanto sul piano logico, giacché il canone oggettivo si pone in contrasto, come più volte detto, con le singole esimenti soggettivamente connotate; quanto sul piano giuridico, dal momento che il primo comma dell'art. 59 c.p., come già accennato, non riveste un rango gerarchicamente sovraordinato rispetto alle singole disposizioni del codice penale che si collocano a livello della legge ordinaria.

La prevalenza delle singole disposizioni sulla regola generale che stabilisce il rilievo oggettivo tuttavia non potrebbe basarsi sulla constatazione della mera eguaglianza di rango nella gerarchia delle fonti: ben si potrebbe infatti predicare la prevalenza della seconda sulle prime. In effetti l'uguaglianza di rango non permette di stabilire una precedenza logica fra le disposizioni in questione. Il criterio risolutivo in un caso come quello da ultimo delineato sembrerebbe così poter consistere la prevalenza della struttura sull'imputazione.

Anche questa divisione non è però esente da dubbi. Innanzi tutto si incontra la difficoltà di distinguere logicamente fra struttura e imputazione: la distinzione in questione sembrerebbe alludere col concetto di struttura ad una "sostanza", ad una "ontologia" della fattispecie che viene di volta in volta in questione (la difesa legittima, lo stato di necessità e così via) desumibile dalla singola disposizione di legge; mentre col concetto di imputazione sembrerebbe che si alluda ad un comando che impone di considerare questa "sostanza" in un certo modo, invece che in un altro, possibilmente anche contro la struttura dell'istituto. Si deve osservare, però, che questa prospettiva

nelle cause di giustificazione, cit., p. 1005 e s.; e ancora ID., *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 170 e ss., che propone come *iter* alternativo, per giungere all'affermazione della prevalenza logica delle singole disposizioni sul disposto dell'art. 59 c.p., anche l'argomento della *lex specialis* che però non convince del tutto, giacché non si ravvisa un rapporto di specialità fra questa disposizione e le singole cause di esclusione della pena; DONINI, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 733; BELLAGAMBA, *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., p. 495 e, più ampiamente, ID., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 336 e s.; CAPUTO, *Articolo 59*, cit., p. 11, anch'egli ricorrente in alternativa all'argomento della specialità.

³¹⁸ Cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 172; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 337.

Capitolo I

ermeneutica risente di uno schema ormai superato anche nella penalistica³¹⁹. Non si tratta, infatti, di applicare un linguaggio definitorio a degli oggetti ideali pre-esistenti rispetto allo stesso; né perciò di desumere la fisionomia degli istituti in questione (la difesa legittima, l'uso legittimo delle armi e così via) dall'insieme delle parole, di cui ha fatto uso il legislatore per definirli e di far prevalere i significati desumibili da questa supposta struttura "ontologica" degli stessi su una regola in contraddizione letterale con le disposizioni in questione. Piuttosto il volto degli istituti in questione si determina all'esito di un procedimento a cui molti attori prendono parte: le cosiddette disposizioni di struttura, cioè le fattispecie definitorie delle cause di giustificazione; quelle di imputazione, come possono essere il primo e l'ultimo comma dell'art. 59, ovvero l'art. 119 c.p.; la *ratio* degli istituti che vengono in questione; e non da ultimo le categorie con le quali si costruisce l'edificio del reato.

Per arrivare all'affermazione della prevalenza delle singole disposizioni contenenti elementi soggettivi sul disposto dell'art. 59 c.p. è allora preferibile percorrere un itinerario logico diverso dalla semplice affermazione della prevalenza della singola disposizione sul canone dell'art. 59 c.p. in forza di una non meglio precisata precedenza logica della prima sul secondo.

Si può innanzi tutto partire dalla constatazione che la questione del coordinamento fra il primo comma dell'art. 59 c.p. con le singole cause di esclusione della pena contenenti elementi soggettivi attiene alla ricostruzione della *voluntas legis* e dunque è rilevante il canone ermeneutico della cosiddetta economia legislativa, in forza del quale è da favorire quell'interpretazione che evita l'abrogazione implicita di una disposizione.

³¹⁹ L'affermazione appena fatta schiude un vaso di Pandora, che questa nota non può da sola richiudere, ovviamente. La questione dell'ermeneutica legale con particolare riferimento al diritto penale è stata affrontata in modo sistematico nello studio, ormai classico, di Di Giovine. L'Autrice ha reso noto alla dottrina italiana come il procedimento ermeneutico relativo al dato legale non possa più rimanere ancorato al paradigma della verità intesa come corrispondenza, ma vada necessariamente correlato al concetto di contesto. Basandosi poi anche sul pensiero di Villa, Di Giovine osserva come il significato del dato legale non sia un semplice punto di partenza del ragionamento giuridico, ma sia invece esso stesso il prodotto di un lavoro di "fabbricazione" di un senso a cui cooperano nella mente dell'interprete svariati fattori, che possono essere compresi sotto l'etichetta del contesto. L'Autrice individua un concetto di contesto che dipende in primo luogo dalla branca del diritto in cui si opera l'interpretazione; e secondariamente dalla materia specifica regolata. Il contesto è inoltre desunto dall'uso linguistico dei membri della collettività. Infine esso è determinato anche dall'aspettativa sociale nutrita dai consociati "laici". Il corollario tratto da Di Giovine è che nell'interpretazione i ruoli del legislatore e dell'interprete sono complementari, ma nessuno dei due è eliminabile (cfr. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 129 e ss. nonché da ultimo v. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 126 e ss.).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

Si è visto come le fattispecie scriminanti di parte generale contengano elementi inequivocabilmente soggettivi, che verrebbero mortificati da una interpretazione oggettivista, la quale li renderebbe doppiamente di altri elementi delle disposizioni cui appartengono. D'altra parte, il tenore dell'art. 59 in riferimento al profilo soggettivo delle cause che escludono la pena è chiaro nello stabilire l'irrilevanza del profilo psicologico dell'agente rispetto alla fattispecie di liceità. Sembra tuttavia possibile una lettura che eviti l'abrogazione della disposizione da ultimo citata. È sufficiente infatti ritenere che l'art. 59, co. 1, c.p. valga solo nei casi con esso compatibili, e cioè nei casi in cui le singole fattispecie scriminanti non contengono contrassegni soggettivi³²⁰. Il senso del primo comma dell'art. 59 c.p. sarebbe dunque quello di impedire all'interprete la ricerca di un profilo psicologico nei casi in cui la fattispecie scriminante non contenga elementi soggettivi³²¹.

Il ruolo della disposizione sarebbe di molto ridotto rispetto a quanto il suo tenore letterale sembra promettere a prima vista ma d'altra parte già da tempo vi sono Autori che sottolineano lo scarso portato del primo comma dell'art. 59 c.p., definito di volta in volta anodino³²², ovvero connotato di «*innegabile ambiguità*³²³»

³²⁰ Soluzione, peraltro, già proposta in dottrina: cfr. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 495; ALTAVILLA, *Legittima difesa*, cit., p. 632; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 96 e s., che sottolinea come «*tutti gli elementi delle cause di non punibilità, che siano naturalmente suscettibili di una valutazione oggettiva, sono da valutarsi oggettivamente, se non vi è una deroga espressa*» (vigevo all'epoca la clausola di sussidiarietà) e prosegue «*Non abbiamo quindi – come pur spesso si afferma – un criterio guida in favore dell'operatività oggettiva, valido per tutte le cause di non punibilità ed utilizzabile come strumento nei casi di dubbio. Abbiamo un criterio guida in favore dell'operatività oggettiva limitatamente alle cause di non punibilità costituite da elementi “neutri”, suscettibili di 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 mente dell'agente*»; RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana*, cit., p. 619; SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 172; MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione*, cit., p. 85.

³²¹ La proposta non è scontata: nella dottrina italiana, infatti, sono presenti voci che, sulla scorta di un importante filone dottrinale tedesco, sostengono la necessità che il ricorrere di ogni scriminante debba essere accompagnato da un profilo psicologico nell'agente: cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 206, che esclude solo il consenso dell'avente diritto; FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 29, in cui si trova, forse, la formulazione “più forte” dell'idea: «*il risultato a cui [si giunge] è sempre lo stesso: tutte le volte in cui all'oggettiva esistenza degli elementi di una causa di giustificazione non corrisponde una direzione soggettiva dell'agire orientata al raggiungimento di scopi conformi all'ordinamento giuridico viene meno la ragione stessa di riconoscere la scriminante*».

³²² BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 334: «*[...] non è difficile scorgere come una siffatta impostazione si riveli fuorviante, finendo per sovraccaricare di significato una norma dal tenore assai più modesto e anodino di quanto indebitamente riconosciutele*».

³²³ SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 173

Capitolo I

e in sostanza fonte di una complicazione ulteriore nello scioglimento del quesito relativo al profilo psicologico delle giustificazioni.

È così risolta una delle due domande poste all'inizio di questo paragrafo, quella relativa al coordinamento fra le diverse previsioni di legge.

La soluzione dell'altra domanda proposta – quella relativa al novero delle cause di esclusione della pena comprese nel disposto dell'art. 59, co. 1, c.p. – appare connessa al ruolo che si è individuato per la disposizione in questione. Il riferimento alla struttura della singola causa di esclusione della pena permette infatti di affermare che alla disposizione in questione sono estranee di fatto le classificazioni operate dalla dottrina fra le differenti tipologie di cause di esclusione della pena³²⁴. Facendo proprie le categorie della teoria “tripartita” del reato, quanto appena affermato permette di escludere dall'ambito di validità del primo comma dell'art. 59 c.p. al pari delle cause di giustificazione soggettivamente connotate le scusanti, che per loro natura si fondano sulla partecipazione psicologica del soggetto³²⁵, e di ammettere le cause di non punibilità in senso stretto che generalmente non implicano la partecipazione psicologica del soggetto.

Rimane da sciogliere il nodo del rapporto fra il primo comma dell'art. 59 c.p. e il primo comma dell'art. 49 c.p. La regola stabilita dal primo, anche restrittivamente intesa come si è visto, potrebbe comunque essere ancora interpretata come specificazione del principio di irrilevanza del putativo; come rovescio, cioè, per le cause di esclusione della pena del disposto del primo comma dell'art. 49 c.p. In questo modo essa sancirebbe, come esplicitazione del principio di stretta legalità,

³²⁴ Posizione coincidente con quella che si intravede nelle pagine della *Relazione* (cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Volume V. Progetto definitivo di un nuovo codice penale con relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco. Parte I. Relazione sul Libro I*, Roma, 1929, p. 105) e subito accolta successivamente dalla dottrina (cfr. FROSALI, *L'errore nella teoria generale del reato*, cit., p. 506 e s.).

³²⁵ È tuttavia doveroso precisare che si tratta di un giudizio necessariamente approssimato. Anche nel caso delle scusanti, infatti, ciò che è determinante è la formulazione legislativa. Alla dottrina non è peraltro sfuggito che anche le scusanti possono essere connotate da elementi oggettivi nonostante la *ratio* soggettiva: cfr. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 326 e ss., con la dottrina ivi citata, il quale peraltro ha osservato come l'inserimento di elementi oggettivi è strumentale alla realizzazione di un contemperamento di interessi tra il *telos* della comprensione della fragilità umana proprio delle scusanti e il perseguimento del fine della difesa sociale. D'altra parte proprio il riconoscimento del fatto che il primo comma dell'art. 59 c.p. non conosce distinzioni categoriali comporta come conseguenza l'estensione del principio di tendenziale rilievo oggettivo anche alle scusanti.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

l'irrelevanza dell'errore di diritto cosiddetto rovesciato, quello cioè relativo alla illiceità di una condotta.

Non si può nascondere tuttavia che, così, opinando non viene superata l'obiezione di Viganò sopra ricordata, che lamenta in sostanza l'indebita esclusione dall'ambito di azione della disposizione del caso di putativo per errore di fatto, da sempre ricompreso nell'istituto del putativo. Questa opzione ermeneutica "minima" del primo comma dell'art. 59 c.p., sebbene corroborata dal tenore letterale della disposizione, comporterebbe inoltre una interpretazione *abrogans* della fattispecie giacché la tradizionale interpretazione primo comma dell'art. 49, co. 1, c.p. infatti già ritiene compreso in questa disposizione l'errore di diritto relativo alle scriminanti.

L'interpretazione che attribuisce alla disposizione un "ruolo" negativo al primo comma dell'art. 59 c.p. permette invece di ridimensionare la portata del primo comma dell'art. 59 c.p.: esso smette di essere un ostacolo positivo all'ammissibilità dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. Di fatti la disposizione se rettammente intesa non implica, al contrario di come è stata intesa dall'indirizzo maggioritario di cui si è cercato di dare conto, l'imposizione di un criterio ermeneutico oggettivo. Essa, più modestamente, può significare che un'indagine sull'elemento soggettivo è ultronea nei casi in cui la formulazione della disposizione è schiettamente oggettiva.

9. Conclusioni

L'indagine svolta nel capitolo che si va a concludere ha dimostrato come il rilievo soggettivo delle scriminanti non sia del tutto lontano dall'ordinamento italiano. Al contrario: la lettura soggettivista delle cause di giustificazione di parte generale appare una possibile e soprattutto coerente lettura delle fattispecie scriminanti contenute nel codice penale.

Si è visto infatti come l'interpretazione corrente del consenso dell'avente diritto nonostante l'asserita estraneità della scriminante a qualsiasi rilievo psicologico dia risalto alla conoscenza del consenso da parte dell'agente nell'escludere la possibilità della ratifica e nell'affermare l'importanza della conoscibilità del consenso. Queste regole applicative elaborate dalla prassi sono un segno del fatto che

Capitolo I

un'azione penalmente tipica e inconsapevolmente consentita per l'ordinamento conserva il suo carattere di rilevanza penale.

Si è poi notato in riferimento alle due scriminanti previste dall'art. 51 c.p. come, messo da parte il concetto di abuso del diritto, la disciplina del singolo diritto esercitato possa prevedere limiti di natura soggettiva quali un fine da perseguire o implicare la necessaria conoscenza della situazione scriminante. Per questa ragione si deve ritenere che la giustificazione della condotta non possa prescindere dalla valutazione del profilo psicologico dell'agente. Per altro verso l'adempimento dell'ordine della pubblica autorità non può prescindere, dato il rapporto che si crea fra superiore e subordinato, dalla conoscenza che questi abbia dell'ordine. Al contrario l'adempimento del dovere può prescindere dalla rilevanza di profili soggettivi.

La difesa legittima dal canto suo vanta a favore della tesi del rilievo soggettivo tanto argomenti di tipo storico quanto argomenti legati all'ermeneutica del dato positivo dell'art. 52. Nello specifico si è ritenuto che l'interpretazione soggettiva dell'elemento della costrizione evita che esso diventi sinonimo dell'elemento della necessità o che agevoli l'introduzione surrettizia dell'elemento dell'inevitabilità altrimenti, assente nel dato positivo della disposizione. Si è invece escluso, contrariamente ad un indirizzo pure diffuso nella dottrina contemporanea, che l'interpretazione soggettiva della fattispecie possa essere risolutiva per il problema della provocazione.

Dal canto suo, il rilievo soggettivo dell'uso legittimo delle armi, oltre a valorizzare il dato testuale della fattispecie in questione, consentirebbe di operare una lettura restrittiva della stessa maggiormente compatibile con lo statuto costituzionale dell'azione della pubblica amministrazione.

Da ultimo, anche in riferimento alla costrizione menzionata nello stato di necessità si deve affermare l'opportunità di una lettura soggettiva dell'elemento che valorizzi maggiormente il dato testuale della disposizione, conformemente ad una consolidata tradizione ermeneutica dell'istituto.

Riguardo al primo comma dell'art. 59 c.p. si è ritenuto che l'unico significato compatibile con il sistema penale positivo vigente è quello che attribuisce alla disposizione il solo effetto di precludere l'indagine sul profilo soggettivo dell'azione

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nel diritto positivo

scriminata nel caso in cui la fattispecie giustificante sia composta di soli elementi oggettivi.

Questo può essere il quadro relativo al diritto positivo, limitatamente alle fattispecie scriminanti di parte generale; la risposta al quesito iniziale che da esso si trae sembra essere positiva: l'ordinamento italiano non preclude il rilievo soggettivo delle scriminanti.

Tutto ciò però non permette ancora però di liquidare la questione degli elementi soggettivi delle scriminanti in senso affermativo.

Come si è avuto modo di accennare in più punti nelle pagine precedenti anche in riferimento a quanto si è ricordato in tema di ermeneutica giuridica, nell'interpretare le disposizioni legali, e più in generale nel cercare risposte ai quesiti giuridici, bisogna essere coscienti del ruolo giocato da istanze sovra- e pre-legali quali le *ratio* dei singoli istituti, le categorie dommatiche attraverso le quali viene costruito l'edificio dell'illecito, il livello costituzionale dell'ordinamento positivo.

Si tratta cioè di prendere atto che il procedimento di estrazione di un significato dalla fattispecie significativa non si limita al coordinamento di più disposizioni legali³²⁶. Essa invece tiene conto di altre esigenze: di politica del diritto, le quali si sostanziano nella ricostruzione delle cosiddette *rationes* dei singoli istituti, e di coerenza sistematica, che si esprimono nella necessità di partire il reato in categorie serventi a specifiche esigenze politiche.

La individuazione dei casi in cui si debba fare applicazione delle disposizioni contenenti cause di esclusione della pena e la ricostruzione della fisionomia delle stesse non è altro infatti che la risposta al perenne quesito politico-criminale: cosa

³²⁶ Sul ruolo della *ratio* in riferimento agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 337, il quale sottolinea il rischio della creazione di un circolo ermeneutico (vizioso) consistente nella induzione della *ratio* dal tenore letterale e dalla successiva deduzione da questa della disciplina o del modo di interpretare il dato positivo, fingendo che la *ratio* in questione sia un *a priori* estraneo alla disciplina analizzata. Al contrario l'Autore marca la natura (virtuosamente) circolare del processo ermeneutico. Nello specifico, la *ratio*, intesa come funzione sociale del singolo istituto che viene di volta in volta in questione, partecipa sia di una natura induttiva, consistente nel continuo raffronto della funzione individuata dall'interprete con il dato testuale, sia di una natura teleologica indiscutibile, che la pone in comunicazione con le ulteriori componenti dell'ordinamento, tanto a livello di legge ordinaria quanto a livello costituzionale, e con le esigenze della vita sociale cui il diritto deve necessariamente riferirsi. È questa l'accezione con cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti al concetto di *ratio*: con la consapevolezza cioè che le formule elaborate per la comodità dell'esposizione sono in realtà segnapoli di esigenze strutturali più profonde che l'interprete deve coniugare in modo coerente così da garantire che il diritto rimanga *proportio hominis ad hominem*.

Capitolo I

deve essere punito? La risposta a questa domanda non può essere rintracciata solo a livello letterale (e già questa operazione è più problematica di quanto possa sembrare, come si è visto) ma coinvolge anche l'intenzione legislativa e il contesto sistematico in cui la singola fattispecie si colloca.

Al primo dei due elementi si è accennato, in riferimento alle singole disposizioni di parte generale che sono state analizzate precedentemente; occorre ora volgere l'attenzione al sistema del diritto penale, onde verificare se il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione sia sostenibile nel quadro del reato, così come definito dalla Costituzione e dalla legge ordinaria.

L'operazione non è immediata e implica che ci si impegni dapprima nell'indagine del concetto di antigiuridicità e quindi nell'indagine della relazione fra *animus* dell'agente e lesività oggettiva; queste sono infatti le due precomprensioni che operano nella mente del penalista italiano quando si accinge all'analisi della questione del profilo soggettivo delle scriminanti.

Il primo oggetto di indagine che si pone come ulteriore passo nell'indagine del problema è dunque il concetto di antigiuridicità la quale permetterà di comprendere quale influenza è esercitata nell'interpretazione delle singole cause di giustificazione dalla funzione attribuita alle stesse all'interno della costruzione del reato. Anche questo è un passaggio doveroso per la soluzione della domanda relativa alla ammissibilità di profili soggettivi delle scriminanti. In questa indagine il confronto con l'ordinamento tedesco sarà illuminante sia per la profondità storica del dibattito sul tema sia per le soluzioni raggiunte dalla dottrina d'oltralpe.

CAPITOLO SECONDO

L'IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E LA STRUTTURA DEL REATO

SEZIONE I: GLI ELEMENTI SOGGETTIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE NELLA DOMMATICA TEDESCA

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione 1.1 Il rilievo dei profili soggettivi delle cause di giustificazione alla vigilia della loro scoperta 1.2 La scoperta degli elementi soggettivi e la loro prima elaborazione dommatica 1.3 L'evoluzione del pensiero dommatico dopo la scoperta degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. In particolare la riflessione di Mezger 1.4 La teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione dopo Mezger 1.5 Influenze del pensiero welzeliano sullo sviluppo della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione 1.6 Alcuni appunti conclusivi 2. Il dibattito attuale nella dottrina tedesca: argomenti pro e contra il rilievo soggettivo delle scriminanti 2.1 La tesi oggettivista 2.1.1. La tesi di Oehler 2.1.2. La posizione di Spindel 2.1.3. La posizione di Rohrer 2.1.4. La soluzione di Runte 2.1.5. La tesi di Nowakowski 2.1.6 Un profilo riassuntivo 2.2. La tesi soggettivista 2.2.1 L'argomento letterale 2.2.2 Argomento *ex* teoria degli elementi negativi della fattispecie 2.2.3 L'argomento *ex* § 16 *StGB* 2.2.4 Il richiamo al tentativo inidoneo 2.2.5 L'argomento a partire dalla ratio della giustificazione 2.2.6 Welzel e la teoria finale dell'azione 2.2.7 Il concetto personale di illecito dopo Welzel: il modello della compensazione 2.2.8 La posizione di Zielinski 2.2.9 Gli elementi soggettivi nel pensiero di Schmidhäuser 2.2.10 La tesi di Rath 2.2.11 Il ruolo dell'interpretazione delle singole cause di giustificazione 2.2.12 Un secondo profilo riassuntivo 2.3 Una annotazione conclusiva 3. (segue): il contenuto dell'elemento soggettivo 3.1 L'elemento conoscitivo nelle cause di giustificazione (*Wissen*) 3.2 L'elemento volitivo (*Wollen*) 3.2.1 La motivazione come perseguimento di uno scopo futuro (*Um-zu-Motiv*) 3.2.2. La motivazione tratta da circostanze contingenti (*Weil-Motiv*) 3.2.3. La motivazione ipotetica (*Als-ob-Motiv*) 3.2.4 Il concorso di motivi (*Motivbündel*) 3.2.5 Il proposito difensivo nelle cause di giustificazione "in due tempi" (*unvollkommen-zweiaktigen Rechtfertigungsgründe*) 3.2.6 L'argomentazione a favore dell'elemento volitivo a partire dalla disciplina delle singole scriminanti 3.2.7 La posizione di Rath 3.3 Alcune osservazioni 4. (segue): conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento soggettivo 4.1 Giustificazione completa 4.2 Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento conoscitivo 4.2.1 Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato non giustificato 4.2.2 Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato giustificato 4.2.3 Punizione a titolo di delitto consumato 4.2.4 Sussistenza di un reato putativo (*Wahndelikt*) 4.3 Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento volitivo 4.4 L'assenza di elementi soggettivi delle cause di giustificazione come esclusione dell'illecito: la tesi di Rath 4.5 Annotazioni riassuntive 5. (segue): gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nei delitti colposi

1. L'evoluzione storica della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione

I lavori monografici tedeschi dedicati al profilo soggettivo delle cause di giustificazione affrontano la questione attribuendo particolare attenzione all'evoluzione storica sia delle singole cause di giustificazione sia dei concetti di parte generale quali le nozioni di illecito e giustificazione³²⁷.

Come si avrà modo di valutare nelle pagine che seguono, lo sviluppo del concetto degli elementi soggettivi è strettamente connesso all'elaborazione del concetto di reato avvenuta fra la seconda metà del secolo XIX e completata in Germania negli anni '60 del secolo scorso. Nello specifico gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione sono emersi nell'ambito di due "questioni capitali" della dommatica: la separazione fra illecito e colpevolezza, che poi ha portato alla nascita della categoria dell'antigiuridicità, e l'elaborazione del concetto di azione.

Nonostante questi nobili natali vantati dagli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, non è mancato fra i penalisti tedeschi chi ha negato un effettivo loro rilievo, ritenendo la questione da una parte in sostanza superata e riferibile quasi esclusivamente alla temperie culturale finalista e per altro verso mai realmente di interesse per la dommatica³²⁸. Il fiorire di studi dedicati al tema fino, si può dire, ai

³²⁷ Il metodo storico già in tempi risalenti ha rappresentato il primo strumento di studio della materia: cfr. MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, in *GS*, 1924, p. 207 e ss., specialmente p. 270 e ss. Si vedano nella letteratura più recente WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin, 1970, p. 1-6 e successivamente JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtsfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personale Unrechtslehre*, Göttingen, 1987, pp. 1-66; nonché STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenzen*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris, 1987, pp. 14-41. Nella dottrina italiana si veda SCHIAFFO, *Le situazioni quasi scriminanti nella sistematica teleologica del reato*, cit., pp.103-168.

³²⁸ Cfr. LANGE, *Irrtumsfrage bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in *Juristenzeitung*, 1953, p. 9 e s. il quale, nell'ambito della critica della teoria degli elementi soggettivi dell'illecito, evoca la metafora delle cariatidi che in epoca guglielmiana adornavano i palazzi, sostenendo plasticamente interi piani di edifici o balconi, e che rimasero in piedi dopo i bombardamenti, sopravvivendo al crollo delle case all'intorno, rivelando così che non avevano mai realmente retto il peso dell'edificio. Critiche simili più in generale all'ammissibilità di profili soggettivi dell'illecito sono state formulate anche da MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbüttel, 1948, p. 19, il quale è ricorso da parte sua alla metafora dell'ospite indesiderato. Più in generale, e con specifico riferimento agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, v. WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 182, e poi specialmente p. 231 e ss. L'Autore da ultimo citato sostiene che la teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non abbia mai avuto l'importanza che le si attribuisce; a suo giudizio il rilievo degli elementi soggettivi è sostanzialmente da escludere sia sul

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

nostri giorni basta a smentire questa opinione, come per altro verso la presenza discreta ma costante nei repertori giurisprudenziali tedeschi di giudizi risolti in base al richiamo agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione³²⁹.

L'ultima nota di premessa alla sintesi storica riguarda il termine con cui si suole indicare nella letteratura tedesca l'inizio dell'interesse scientifico al tema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Si fa uso a questo riguardo del termine «*Entdeckung*³³⁰», il quale però viene contestato polemicamente da quanti sottolineano la sostanziale superfluità e la “artificialità” del concetto³³¹. Al lettore italiano la diatriba terminologica, nonostante un recente contributo di Donini che ambisce a fare ordine fra il concetto di scoperta e invenzione³³², probabilmente dice poco. È dunque possibile usare il concetto di scoperta che, per essere invalso nell'uso della letteratura di riferimento, pare quello più economico per una sintesi snella della problematica.

piano metodologico sia su quello dei risultati ottenuti dallo sviluppo dogmatico della teoria, tanto che la soluzione riguardo all'interpretazione delle singole cause di giustificazione sarebbe inevitabilmente rimessa al singolo e alle sue personali opzioni di politica del diritto.

³²⁹ Il costante confronto con la giurisprudenza fa anzi parte del metodo di lavoro scelto dagli autori da un sessantennio a questa parte: cfr. BLANKE, *Die subjektive Rechtfertigungselemente*, Bonn, 1960, p. 51 e ss., 78 e ss., 112 e ss., 116 e ss., STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., *passim*, il quale sottolinea il ruolo “maieutico” di alcune sentenze del *Reichsgericht* e poi del *Bundesgerichtshof* per lo sviluppo della teoria (p. 92 e ss.) e passa in rassegna la giurisprudenza relativa a ciascuna causa di giustificazione rilevante per l'affermazione del rilievo soggettivo delle scriminanti. Similmente v. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2001, *passim*.

³³⁰ Cfr. per esempio STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 20 e s., *passim*; e JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 29, il quale sostiene, contro l'opinione contraria di Waider (v. nota successiva), che il termine scoperta sia appropriato in quanto gli elementi soggettivi non sono caratteri del reato («*Erscheinung*») che a questo derivano esternamente («*von außen vorgegebene*»), bensì sono testimoni di un momento storico evolutivo del concetto di delitto («*das Zeugnis eines bestimmten historischen Entwicklungsstandes des Verbrechensbegriffes*») (p. 33).

³³¹ WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 177.

³³² Cfr. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 121 e ss. L'autore differenzia il concetto di scoperta da quello di invenzione in base al criterio per cui inventati sono gli istituti che si pongono come strumentali al raggiungimento di un fine, sono «tecnica applicata»; mentre scoperti sono quelli che si avvicinano al concetto di elemento di struttura. Delineata questa suggestiva bipartizione, l'Autore stesso avverte subito: «però ognuno comprende che il collegamento tra scoperte ed invenzioni appare molto articolato e complesso, non essendo lineare la demarcazione tra di esse come quella naturalistica fra scienza e tecnica».

Capitolo II

1.1. Il rilievo dei profili soggettivi delle cause di giustificazione alla vigilia della loro scoperta

L'interesse dommatico per la teorica dei profili soggettivi della giustificazione rimonta all'inizio del secolo scorso: si tratta dunque di un tema che, per quanto decisamente familiare alla letteratura dei Paesi di lingua tedesca, non può dirsi appartenente al *Kern*, alla sostanza difficilmente mutabile della parte generale del diritto penale, per così dire, naturale. La domanda relativa alle motivazioni dell'agire lecito si pose tuttavia già nell'età di mezzo e nella prima modernità giuridica in maniera non dissimile da quanto accaduto in Italia³³³.

La prima epifania del tema viene dunque fatta coincidere con un passo di Paolo (D. 9, 2, 45, § 4). Il giurista nel *Liber X ad Sabinum* subordinava l'effetto esimente della difesa legittima al fatto che essa fosse possa in essere «*tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa*». Il richiamo alla fonte giustiniana è accompagnato alla sottolineatura che il passo citato ha avuto vigenza nei territori germanofoni fino alle soglie della contemporaneità giuridica sancendo l'illiceità di un'azione meramente vendicativa astrattamente qualificabile come difesa legittima³³⁴.

Si sottolinea quindi come il diritto canonico abbia subordinato, in conseguenza dell'attenzione riservata alla *mens* dell'agente, la rilevanza esimente dello *ius corrigendi*, della difesa legittima e dell'uccisione in guerra alla sussistenza di una *recta intentio* individuata rispettivamente nell'intento educativo e non nella volontà di sfogare un astio personale, nella difesa di se stessi e non nella vendetta, nella difesa della patria e non nella ricerca del bottino, secondo l'insegnamento dell'Aquinate³³⁵.

³³³ Si veda ancora quanto sintetizzato in riferimento all'evoluzione della difesa legittima nel primo capitolo (cfr. *supra*, cap. I, paragrafo 5.1). Si tratta infatti di un percorso storico sostanzialmente coincidente con quello ricordato dagli studiosi tedeschi, stanti le comuni matrici di diritto comune e diritto canonico, sviluppatasi peraltro proprio negli *studia* italiani.

³³⁴ WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 2. Da parte sua Steinbach completa il quadro delle dotte citazioni romanistiche con il passo del Digesto relativo all'eccesso doloso (D. 9, 2, 5), per quanto dal passo non sembra potersi dedurre la necessità della conoscenza e della volontà difensiva nell'agente (cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 1 e s.).

³³⁵ Cfr. WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 3; JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtsfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 10 e s.; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 2;

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

La tematica della distinzione fra esercizio della difesa legittima e soddisfazione dell'istinto di vendetta o quella relativa alla distinzione fra *ius corrigendi* e intento vendicativo ancora nell'ultima parte del XIX secolo erano affrontate come questione relativa alla disciplina di questi istituti, senza che dunque venisse sviluppata una riflessione generale in riferimento a tutte le cause di esclusione della pena. L'assenza nel vocabolario dei giuristi tedeschi dei concetti di illecito, colpevolezza e antigiuridicità rendeva oggettivamente insussistenti i termini per la riflessione circa la presenza degli elementi soggettivi nell'illecito.

Tuttavia è dato rintracciare negli Autori dell'ultimo trentennio del XIX secolo alcuni dati di interesse per il successivo sviluppo della teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Si pose già all'epoca infatti il problema della consistenza dell'elemento soggettivo che si supposeva dovesse esistere nella difesa legittima (giacché lo sviluppo dell'intera materia ha sempre trovato in quest'istituto il motore del suo sviluppo teorico), nonché il problema delle conseguenze sanzionatorie nel caso di insussistenza di detto elemento. Così Binding sostenne che fossero consustanziali alla *Notwehr* la consapevolezza della situazione scriminante e il perseguimento dello scopo difensivo nell'agente³³⁶. Mentre da altra parte, quasi una premonizione di sviluppi futuri, si avanzò l'idea che, come per i delitti si necessitasse dell'elemento psicologico per addivenire al giudizio di colpevolezza, così anche per poter invocare l'esenzione dalla pena fosse necessaria la consapevolezza della situazione esimente che veniva di volta in volta in questione³³⁷. Già si ventilava infine che l'esito della mancanza del profilo soggettivo di giustificazione dovesse essere l'applicazione non della pena prevista per il reato consumato ma quella del tentativo³³⁸.

Dal canto suo anche la giurisprudenza del *Reich* non si mostrava insensibile al problema dei motivi dell'agire lecito: per esempio, l'*Obertribunal* di Berlino

(il riferimento a Tommaso è alla *Summa*, 2, 3, 1954). Da parte sua il diritto canonico recepì il passo di Paolo nella compilazione del *Liber extra* delle Decretali di Gregorio IX (X, 5, 12, 18).

³³⁶ V. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885 e poi ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 2. Auf., Leipzig, 1877, p. 612.

³³⁷ Cfr. HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, Bonn, 1881, p. 12, nt. 1.

³³⁸ V. VON BURI, *Verursachung und unterlassene Verhinderung*, in *GS*, 1878, p. 93 e ss.

Capitolo II

aveva affermato la necessità dell'intento educativo nell'esercizio dello *ius corrigendi*³³⁹.

Come si è avvertito, l'assenza di qualsiasi elaborazione dommatica relativa ai concetti di antigiuridicità e illecito lascia tuttavia questi spunti di riflessione allo stadio di mere anticipazioni di un dibattito che solo successivamente sarà compiutamente definito. È dunque necessario indagare sull'origine di questi concetti onde poter rintracciare le scaturigini la teoria dell'imputazione soggettiva delle scriminanti.

1.2. La scoperta degli elementi soggettivi e la loro prima elaborazione dommatica

L'ultimo trentennio del XIX secolo ha rappresentato il momento di nascita della sistemazione teorica del reato. In questo contesto si può ritenere che la problematica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione sia nata dalla costola della più ampia tematica degli elementi soggettivi dell'illecito che a sua volta segnò un'incrinatura del sistema cosiddetto classico elaborato da von Liszt e poi perfezionato da Beling. È fruttuoso ripercorrere brevemente le tappe del percorso che portò all'individuazione dei concetti di illecito e colpevolezza e poi alla nascita del concetto di antigiuridicità³⁴⁰.

È ormai acquisito come il concetto di illecito sia stato elaborato da Jhering in contrapposizione alla concezione unitaria del reato elaborata da Merkel³⁴¹.

Questi aveva sostenuto che diritto civile e diritto penale implicassero un medesimo concetto di illecito costruito sulla nozione di imputazione (*Zurechenbarkeit*), la quale si costruiva sulla colpevolezza (*Schuld*), intesa come comportamento giudicato alla stregua di un giudizio di valore. Gli imperativi del diritto infatti erano concepiti da Merkel come meri comandi o divieti naturalmente

³³⁹ Decisione riportata da JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtsfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 11.

³⁴⁰ Per quadro riassuntivo delle temperie culturale penalistica tedesca negli anni della cosiddetta *Schulstreit* e della genesi della dommatica v. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 161 e ss. e p. 191 e ss. Sulla nascita del concetto di antigiuridicità v. gli ormai classici contributi di PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 532 e ss.; di MARINUCCI, *Antigiuridicità*, cit., 1987; più di recente: SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 8 e ss.

³⁴¹ Cfr. MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, p. 42 e ss. in cui l'Autore affronta il concetto di illecito e specialmente p. 50 e ss. per il concetto di imputazione.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

diretti ad una volontà destinataria e l'essenza del reato risiedeva nella contrarietà del comportamento del singolo al comando imposto dalla legge. L'illecito non si fondava dunque su una valutazione sostanziale, su un *Lebensordnung*, bensì sul *Motiv* dell'azione del singolo, oggetto del giudizio di colpevolezza. Era così di fatto annullata qualsiasi differenza fra valutazione del fatto e giudizio sull'autore. La norma si limitava corrispondentemente alla sua funzione di determinazione del comportamento dei consociati³⁴².

In contrapposizione a questa costruzione Jhering³⁴³ sottolineò come fosse necessario distinguere la realizzazione del fatto materialmente corrispondente alla previsione legale dalla considerazione del profilo psicologico: il possessore di buona fede del bene mobile altrui non poteva essere considerato al pari del ladro. Di conseguenza si imponeva la necessità di distinguere fra il concetto di illecito, corrispondente alla oggettiva realizzazione di una condotta contraria al diritto e il concetto di colpevolezza relativo all'*animus* dell'agente. Tuttavia, come già notato da Mezger a suo tempo³⁴⁴, nemmeno Jhering si allontanò dal concetto di imputazione, intesa come capacità del soggetto di rispondere al comando della legge, e nemmeno Jhering introdusse alcuna valutazione di carattere sostanziale nella fondazione del concetto di illecito: il reato rimaneva formalmente connotato come fatto "spirituale" dell'agente, non come entità lesiva dell'ordine giuridico.

Legato al concetto di imputazione appare ancora Binding nella sua prima produzione³⁴⁵. Per ciò che riguarda la costruzione dell'illecito, l'Autore concepiva la legge penale come comando indirizzato alla volontà dei consociati per la salvezza degli interessi scelti dal legislatore. Concetto chiave rimane quello, di stampo merkeliano, di imputabilità (*Handlungsfähigkeit*), valutato tuttavia sia *a parte obiecti*

³⁴² Cfr. sul punto le pagine dense di MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, cit., p. 208 e ss., in particolare p. 210: «Wir haben es in den Ausführungen von A. Merkel mit dem Prototyp aller das Unrecht und die Schuld identifizierenden Auffassungen zu tun. Ihnen allen liegt eine eigentümliche Ansicht vom Wesen des Rechts zugrunde: das Recht ist ihnen keine objektive Lebensordnung, sondern ein Motiv menschlichen Handelns, keine Bewertungsform, sondern stets und von vornherein eine Bestimmungsnorm. Das Recht ist nach dieser Ansicht eine geistige, ideale Macht [...]. Das Recht trägt also ganz „persönlichen“ Charakter; seine sachliche Bedeutung, der Bestand des Rechtsobjekts, der Rechtsgegenstand tritt vollkommen zurück». V. anche JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtsfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 15.

³⁴³ JHERING, *Das Schuldmoment im Römischen Recht*, Giessen, 1867, pp. 4-8 (p. 5 per il riferimento a Merkel).

³⁴⁴ Cfr. MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, cit., p. 212 e s.

³⁴⁵ Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, cit., p. 41 e ss. riguardo al concetto di imputazione; p. 192 e ss. riguardo al concetto di colpevolezza.

Capitolo II

(*Zurechnungsfähigkeit des Handlung*) che *a parte subiecti* (*Zurechnungsfähigkeit des Handelnden*). Un'azione contraria al diritto poteva dunque sussistere nella misura in cui fosse imputabile ad una volontà, dolosa o colposa che essa fosse. Nel pensiero del primo Binding dunque il concetto unitario di imputazione comporta la permanenza di una sostanziale identità fra illecito e colpevolezza. Adoperando il concetto di imputabilità-capacità di azione, l'Autore affrontò il quesito dei profili soggettivi delle cause di giustificazione sotto il profilo del sopraggiungere di un motivo di liceità e ritenne che il perseguimento del fine lecito, benché sopravvenuto, potesse rendere lecita l'azione intrapresa³⁴⁶. Sempre riconducendo la questione alla sussistenza o meno di una *Handlungsfähigkeit* Binding ritenne che i motivi egoistici perseguiti dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni (*Amts- e Dienstbefugnisse*) non inficiassero la liceità dell'azione intrapresa.

Solo nel 1910 Binding acquisirà al proprio sistema la separazione fra illecito e colpevolezza elaborata da Jhering e di conseguenza concepirà per la prima volta l'illecito come l'insieme dei presupposti oggettivi della fattispecie e confinerà ogni rilievo soggettivo al concetto di colpevolezza³⁴⁷. Questo cambiamento significativo, tuttavia, non muterà la portata del suo contributo alla teorica degli elementi soggettivi.

Da questi presupposti ha preso avvio l'evoluzione del concetto di reato che ha portato alla costruzione del cosiddetto sistema "classico"³⁴⁸. Il merito dell'elaborazione è ascritto generalmente a von Liszt³⁴⁹ il quale ha per primo distinto componenti oggettive e componenti soggettive del reato assegnando le prime al concetto di illecito e le seconde a quello di colpevolezza e ripartendo a sua volta l'illecito in fatto tipico e antigiridicità. Quest'ultima, assunta a secondo elemento

³⁴⁶ L'esempio portato da Binding è quello del figlio, esasperato dai soprusi del patrigno stabilitosi in casa, che sentendo una sera degli schiamazzi provenienti dalla camera della madre decide di ucciderlo. Recatosi nella camera da letto dei coniugi scorge il patrigno in atto di colpire a morte la madre. Vista la scena egli si decide a colpire a morte il patrigno con una scure (cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, cit., p. 194 e ss.).

³⁴⁷ L'Autore riconobbe che «*die verbrecherische Handlung auch [...] unter Ausschaltung der Schuld, also des ganzen subjektiven Tatbestandes*» conservava rilievo giuridico (cfr. BINDING, *Der objektive verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das künftige Strafgesetzbuch*, in *GS*, 1910, p. 2 e ss.). Successivamente, in modo ancora più esplicito Binding sosterrà che la fattispecie oggettiva consiste nella realizzazione di ogni elemento della fattispecie con esclusione della considerazione degli aspetti relativi al rimprovero di colpevolezza (cfr. ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 2. Auf., Leipzig, 1914, p. 228 e ss.).

³⁴⁸ Cfr. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 191 e s.

³⁴⁹ Cfr. VON LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, Berlin-Leipzig, 1881, p. 64 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

del reato, corrispondeva alla valutazione del fatto alla stregua dell'ordinamento risolvendosi in un giudizio anch'esso oggettivo. Il verificarsi dell'evento previsto nella singola causa di giustificazione è sufficiente dunque a realizzare l'effetto di eccezione alla forza imperativa del precetto penale. Conseguentemente a questa caratterizzazione marcatamente formale, von Liszt escludeva che i profili soggettivi eventuali delle cause di giustificazione potessero condizionare l'esito di un giudizio che rimaneva infine una valutazione legata al piano delle norme, indipendente dunque dalle valutazioni personali dell'agente. L'unico possibile rilievo dei profili soggettivi dell'azione era per von Liszt in sede del giudizio di colpevolezza; nessuna importanza era peraltro attribuita né alla consapevolezza dell'agire lecito né al rilievo putativo delle cause di giustificazione.

Non si deve credere tuttavia che l'opera di von Liszt riscontrasse subito il favore dei penalisti di area tedesca: permanevano infatti voci contrarie, legate al modello impostato sul concetto di imputazione, caratteristico dello sviluppo iniziale della dottrina tedesca della fine del XIX secolo.

Ancora nel 1903, per esempio, Kohlrausch³⁵⁰ articolava il concetto merkeliano di *Zurechnungsfähigkeit* in *Zurechnungsfähigkeit des Normadressaten*, dunque come partecipazione fisica consapevole dell'agente alla condotta e capacità dell'agente di recepire il comando, e *Zurechnungsfähigkeit der Handlung*, cioè titolo di imputazione psicologica della condotta, dimodoché presupposto dell'illecito stesso rimaneva ancora la colpevolezza dell'agente. Conseguentemente la volontà di salvamento che animava l'intervento del medico incideva non sul carattere di illiceità della condotta, bensì il sostrato psicologico dell'azione, presupposto dell'illecito.

Nello stesso anno Hold von Ferneck³⁵¹ compiva il suo tentativo di riprendere il concetto merkeliano di azione e di scardinare l'impostazione lisztiana, sostenendo una definizione di delitto basata sulla contrarietà dell'azione o dell'omissione al dovere stabilito dal precetto positivo. L'essenza del reato veniva dunque ancora individuata non alla stregua di un ordine giuridico oggettivo ma di un atto di disobbedienza. La colpevolezza era dunque ancora indivisa dall'illiceità.

D'altra parte la considerazione della dimensione lesiva come contrassegno della condotta delittuosa ulteriore rispetto al mero dato della disobbedienza veniva

³⁵⁰ KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903, p. 51 e ss.

³⁵¹ HOLD VON FERNECK, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, II, Jena, 1903, p. 277.

Capitolo II

raggiunta autonomamente da Löffler³⁵² in risposta alla caratterizzazione merkeliana dell'illecito come disobbedienza, senza che questo implicasse l'adesione al modello oggettivo di illecito³⁵³

Un impulso rilevante allo sviluppo del concetto di anti giuridicità fu dato dal Graf zu Dohna³⁵⁴ che, come noto, elaborò la formula del giusto mezzo per giusto scopo, riferita dalla *vulgata* successiva senza mediazioni al concetto di anti giuridicità. È però doveroso ricostruire in maniera più completa, sebbene in sintesi, il sistema articolato da Dohna. L'Autore ritiene che l'anti giuridicità sia il presupposto dell'illecito e la definisce mediante il concetto di scopo. La combinazione di questi due elementi logici fa sì che la condotta dell'agente possa dirsi lecita solo quando orientata ad un fine di giustizia e intrapresa con mezzi anch'essi connotati dallo stesso predicato. La connotazione materiale della anti giuridicità e il suo essere presupposto dell'illecito riecheggiano la struttura dello stesso elaborata dalla dommatica del secolo precedente intorno ad un concetto unitario (all'epoca era quello di imputazione) che fungesse da perno dell'intera costruzione del reato. Il conseguente avviso che ravvisa nell'anti giuridicità di Dohna analogie col concetto di colpevolezza è confermato dalle stesse parole usate dall'Autore secondo il quale il concetto del giusto mezzo per il giusto scopo contiene «*eine Pflichtwidrigkeit in dem Sinne, daß dadurch jene Pflichten vernachlässigt werden, welche die soziale Gemeinschaft dem Individuum auferlegt*³⁵⁵» il reato dunque sussiste se il comportamento tipico sostanzia in primo luogo il venir meno ad un dovere³⁵⁶. Ridimensionato il portato del pensiero di Dohna in riferimento all'autonomia categoriale dell'anti giuridicità, fermo comunque l'indiscutibile apporto dato alla storia del concetto materiale della stessa, si deve anche sottolineare come l'Autore non abbia in alcun modo favorito lo sviluppo della tesi degli elementi soggettivi, avendo scelto di qualificare l'anti giuridicità pur sempre in senso oggettivo: lo scopo perseguito è un fine dell'azione, non un proposito dell'agente; e,

³⁵² LÖFFLER, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1901, p. 537 e ss.

³⁵³ Cfr. MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, cit., p. 217.

³⁵⁴ GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S., 1903, *passim*, soprattutto p. 38 e ss.

³⁵⁵ *Ivi*, p. 71.

³⁵⁶ Cfr. le annotazioni contenute in JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtsfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 21 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

a ben vedere, la stessa qualificazione della condotta oggetto della causa di giustificazione come “mezzo” non può che condurre ad un esito siffatto.

L'anno successivo alla pubblicazione del lavoro di Graf zu Dohna apparve l'opera di Beling che consacrò il sistema classico elaborato inizialmente da von Liszt³⁵⁷. Il concetto di antigiuridicità in esso accolto si connota materialmente, in quanto il giudizio di illiceità che porta al predicato di antigiuridicità è un giudizio di corrispondenza formale al precetto legale indipendente dai profili psicologici dell'azione quali i motivi dell'azione giustificata. La conoscenza della situazione scriminante è non solo superflua, ma contraria in principio alla nozione di antigiuridicità appena sintetizzata. A differenza di quanto sostenuto da von Liszt tuttavia Beling ammette il rilievo esimente dell'errore sulla causa di giustificazione, qualificandolo come motivo di esclusione del dolo, in ragione del difetto conoscitivo da cui procede. Nella sua opera Beling riconobbe tuttavia come talune cause di giustificazione in via eccezionale si fondassero esclusivamente sull'elemento soggettivo: gli esempi portati dall'Autore sono l'esercizio del diritto, limitato soggettivamente dallo *Schikaneverbot* (divieto di atti emulativi) previsto dal § 226 *BGB*; la facoltà di arresto concessa ai privati nel § 127 *StPO*, subordinata al proposito di consegna dell'arrestato all'Autorità giudiziaria.

Con l'elaborazione di Beling il modello classico “tripartito” fu accolto come paradigma di riferimento dalla penalistica tedesca. L'accettazione della separazione fra il momento valutativo dell'apparenza materiale della condotta e il momento della valutazione personale del soggetto pose però ben presto problemi di coordinamento con l'esegesi delle singole disposizioni legali. Queste spesso impedivano di poter confinare ogni aspetto psicologico all'ambito della colpevolezza, dal momento che il significato illecito della condotta dipendeva spesso dagli elementi soggettivi in questione.

È a questo punto dell'evoluzione dottrinale tedesca, intorno agli anni '10 del XX secolo, che prese corpo la teoria degli elementi soggettivi dell'illecito e, per “gemmazione” quella degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

³⁵⁷ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 110 e ss. e, successivamente, p. 142.

Capitolo II

Nagler³⁵⁸, come già Beling, fa ricorso al concetto di eccezione al rilievo oggettivo dell'antigiuridicità, mutuato dalla dommatica a cavallo dei due secoli, per spiegare la presenza in alcune cause di giustificazione di elementi soggettivi (il riferimento è alla *negotiorum gestio* e alla cosiddetta *Wahrnehmung berechtigter Interessen*, corrispondente grossomodo all'esercizio della libertà di espressione in ambito scientifico o artistico, all'epoca prevista dal § 193 e oggi dal § 199 *StGB*).

La palma della scoperta degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è però attribuita dalla storiografia a Fischer³⁵⁹. Questi, un civilista che si occupò di antigiuridicità in riferimento alla responsabilità civile, espresse per primo l'opinione che la considerazione degli elementi psicologici non fosse estranea alla giustificazione dell'illecito civile e ripropose, in riferimento all'illecito aquiliano sancito dal § 823 *BGB*, la figura dello *Schikaneverbot*, qualche anno prima già individuata da Beling, come eccezione al concetto di antigiuridicità oggettiva. L'Autore compì l'ulteriore passo consistente nell'affermazione della consustanzialità del perseguimento del fine riprovevole al giudizio di antigiuridicità. Fischer individuò anche altre cause di giustificazione alle quali era essenziale il perseguimento di un fine lecito: la difesa legittima (§ 227 *BGB*), a cui era necessario lo scopo di difesa, nonché le due forme di stato di necessità (aggressivo: § 904 e difensivo: § 228 *BGB*). Egli tuttavia non affermò mai che quello soggettivo dovesse essere considerato come un elemento necessario a qualsiasi causa di giustificazione.

La figura degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non trovò però subito accoglimento nella dottrina tedesca.

In un lavoro del 1915 Hegler³⁶⁰ sostenne per la prima volta in modo sistematico la necessità che fra gli elementi dell'illecito venissero anche compresi a pieno diritto quegli elementi di natura psicologica che contribuivano in modo considerevole alla definizione dello stesso tipo legale. L'esempio esplicativo è individuato nei cosiddetti *Delikte mit überschießender Innentendenz*, cioè nei delitti a dolo specifico, primi fra tutti furto e truffa: senza il riferimento all'intento di conseguire il vantaggio personale non è in alcun modo possibile definire il contenuto

³⁵⁸ NAGLER, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Karl Binding*, II, Leipzig, 1911, p. 286 e s., nt. 8.

³⁵⁹ FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* (1911), Frankfurt a. M., 1966, p. 117 e ss.

³⁶⁰ HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in *ZStW*, 1915, p. 19 e ss., particolarmente p. 31.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

lesivo della fattispecie. Il presupposto metodologico, nonché substrato culturale³⁶¹, della posizione appena espressa è da rinvenire nell'abbandono del metodo formale di analisi del reato proprio della *Begriffsjurisprudenz*, in favore del metodo teleologico tipico della *Interessenjurisprudenz*³⁶²: il reato non è costruito in riferimento al sistema formale delle disposizioni, ma di ogni sua componente si indaga una funzione alla luce degli scopi ultimi attribuiti al diritto penale. All'abbandono della prospettiva formale corrisponde nel pensiero di Hegler l'elaborazione di un criterio definitorio dell'illecito alternativo al ricorso al concetto formale di oggettività, contrapposto a quello di soggettività riferito invece alla colpevolezza, individuato nella dannosità sociale (*Unrecht als Gesellschaftsschädlichkeit*). Proprio il riferimento ad un concetto materiale di dannosità come sostanza dell'illecito impedì a Hegler, come già a suo tempo a Dohna, di ammettere il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Il riferimento al concetto di dannosità sociale contenuto nelle disposizioni legali avrebbe potuto agevolmente essere infatti inteso come mera idoneità oggettiva del fatto commesso a conseguire il risultato di tutela preposto dall'ordinamento alla singola causa di giustificazione.

La prima elaborazione consapevole degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione giunse con l'opera di Mayer datata anch'essa 1915. L'Autore individua il discrimine fra elementi soggettivi delle cause di giustificazione ed elementi della colpevolezza, entrambi sicuramente connotati in modo psicologico, nella loro differente qualità: si tratta di elementi della colpevolezza nel caso in cui essi si appellino ai motivi personali dell'agente; al contrario si tratta di contrassegni delle cause di giustificazione nel caso in cui essi descrivano scopi che l'agente deve perseguire per connotare l'azione in senso conforme al diritto³⁶³. I motivi dell'azione

³⁶¹ Cfr. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 214 e ss., il quale sottolinea la presenza proprio negli ultimi anni del XIX e nei primi anni del XX secolo di avanguardie del successivo orientamento teleologico proprio del movimento neokantiano diffusosi negli anni della Repubblica di Weimar ad opera della cosiddetta scuola sudoccidentale.

³⁶² Cfr. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte*, cit., p. 29 e soprattutto p. 30.

³⁶³ MAYER M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (1915), 2. unveränderte Aufl., Heidelberg, 1923, p. 10 e ss., nonché p. 185 e ss.: «Gerade dadurch daß die Zwecke des Täters relevant werden, geraten diese Elemente der Rechtswidrigkeit in den Verdacht, Schuldmerkmale zu sein; aber ihre Eigenart bleibt gewahrt: Eine Handlung wird zur Schuld zugerechnet, wenn sie aus tadelnswerten Motiven entstanden ist; die Zurechnung ist, soweit sie das psychologische Schuldmerkmal feststellt, eine kausale Betrachtung. Sowenig der Zweck mit dem Motiv identisch ist, sowenig eine teleologische Betrachtung mit einer kausalen zusammenfällt, ist das subjektive Element der Rechtswidrigkeit eine Schuldmerkmal».

Capitolo II

si riferiscono dunque al concetto di colpevolezza, connotato ormai non più psicologicamente, bensì fondato normativamente sul concetto di contrarietà al dovere giuridico. Gli elementi della coppia si contrappongono non solo su un piano descrittivo ma corrispondono anche al binomio *Sein-Sollen*: il concetto di motivo, che connota la colpevolezza infatti è considerato quale espressione di un procedimento psicologico biasimevole; al contrario il concetto di scopo appare come un'espressione del dover-essere, tipico del piano normativo su cui riposa il concetto di anti-giuridicità³⁶⁴. La differenza delineata, per quanto suggestiva, non rimane tuttavia esente da perplessità che consistono principalmente, come già da tempo avvertito dalla dottrina³⁶⁵, nel dubbio circa la stessa praticabilità della distinzione fra motivo e scopo e, più in profondità, nel significato della contrapposizione fra essere e dovere. Il pregio dell'opera di Mayer è tuttavia da rintracciare nell'aver posto la questione della presenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione su un piano non più intuitivo e casistico, come ancora avviene nell'opera di Fischer, ma al contrario su un piano sistematico, come già aveva fatto Hegler per gli elementi soggettivi, superando nel complesso la contrapposizione naturalistica di matrice lisztiana fra oggettivo e soggettivo. Come già accadeva nell'opera coeva di Hegler questo superamento fu possibile solo con l'abbandono del fondamento naturalistico delle categorie interne al reato, in favore dell'adozione di definizioni sostanziali che cercavano di cogliere l'essenza degli istituti di cui si andava componendo l'illecito. Nel caso di Mayer l'operazione fu possibile grazie alla definizione del concetto di *Kulturnormwidrigkeit* quale essenza "normativa" dell'illecito cui indirizzare l'attività interpretativa a carattere teleologico³⁶⁶.

³⁶⁴ Con le parole dell'Autore: «*das Motiv repräsentiert die Welt des Seins wie der Zweck die des Sollens*» (ivi, p. 107).

³⁶⁵ Cfr. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte*, cit., p. 32.

³⁶⁶ MAYER M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, cit., p. 51 e p. 179, in cui l'Autore afferma la dipendenza del concetto di anti-giuridicità dal fattore, esterno all'ordinamento, della cultura: il diritto penale assume il contenuto dell'illecito dal mondo delle valutazioni culturali diffuse nella comunità dei consociati. È evidente come il meccanismo sia simile a quello sanzionatorio descritto da Binding, con la capitale differenza ben marcata da Mayer (p. 177) che per il primo la sostanza del precetto, la norma primaria sanzionata dal divieto della norma penale, è essa stessa creazione dell'ordinamento, laddove per il secondo è inevitabile che l'ordinamento formale si agganci alla realtà della vita "extra giuridica" attraverso un collegamento individuato proprio nel concetto di *Kulturnorm* che funge da referente sostanziale dell'intera costruzione dell'illecito.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

1.3 L'evoluzione del pensiero dottrinale dopo la scoperta degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. In particolare la riflessione di Mezger.

La presenza dei primi due lavori sugli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non valse ovviamente l'accoglimento immediato della teoria.

Nel 1917 tuttavia Köhler propose nel suo manuale³⁶⁷ la prima distinzione fra elemento conoscitivo ed elemento volitivo relativamente alla struttura delle cause di giustificazione sostenendo inoltre la compatibilità con l'effetto giustificante della sussistenza di motivi concorrenti giacché la giustificazione non richiede un elemento psicologico paragonabile al dolo specifico («*Es genügt dazu einfacher Wille, das Recht auszuüben, keine darauf zielende Absicht*»).

Permanevano, come detto, tuttavia voci contrarie all'ammissibilità degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Nel suo manuale Sauer³⁶⁸ avanzò una proposta interpretativa per gli elementi delle cause di giustificazione espressi mediante ricorso a complementi di fine o attraverso proposizioni subordinate finali che successivamente troverà un seguito in Germania, e successo in Italia. L'Autore considerava cioè questi elementi soggettivamente connotati come espressione di una tendenza oggettiva dell'azione, non come il fine perseguito dell'agente. In aggiunta venivano espresse anche altre perplessità destinate ad accompagnare il futuro percorso degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione: le difficoltà probatorie che connotano la prova degli elementi soggettivi e il rischio di confondere indebitamente considerazioni di natura giuridica e istanze etiche, estranee all'interesse giuridico.

Nel frattempo, nonostante il permanere di voci di dissenso nel panorama dottrinale tedesco, l'ammissione di elementi soggettivi dell'illecito aveva ormai trovato un certo accoglimento. La diffusione di questo risultato teorico rese sicuramente più agevole la strada al riconoscimento di elementi soggettivi delle cause di giustificazione, per quanto un pieno riconoscimento della loro ammissibilità

³⁶⁷ KÖHLER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1917, p. 286 e ss., particolarmente p. 287 in cui l'Autore stabilisce che di regola è sufficiente la sussistenza oggettiva della situazione scriminante per produrre l'effetto esimente, ma subito fa eccezione: «*Es gibt aber auch Rechtfertigungsgründe, welche nur gelten wollen, wenn sie in der Psyche des Täters erkannt sind; so die Notwehrlage, bei manchen Delikten auch das Vorliegen einer Einwilligung des Verletzten*». La posizione è ribadita con forza nella pagina successiva in cui l'Autore chiarisce che «*Die Rechtfertigungsgründe treten zum Teil dem einengesetzlichen Tatbestand Verwirklichenden nur dann zur Seite, wenn er von den Tatumstände ihres Vorliegens weiß*».

³⁶⁸ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921, p. 346 e ss.

Capitolo II

poté avvenire solo a seguito di un cambiamento di paradigma che coinvolse l'intera dommatica tedesca, rifondando la costruzione del reato a partire dal concetto di azione. Per il momento (cioè negli anni '20) continuano a comparire contributi che riconoscono il rilievo degli elementi soggettivi almeno nell'illecito.

Primo fra questi, per l'ampiezza dell'indagine in esso contenuta e per la eco notevole che era destinato ad avere, comparve nel 1924 il saggio di Mezger a cui si è già più volte fatto riferimento³⁶⁹. Il punto di partenza della riflessione dell'Autore è la individuazione delle due funzioni del precetto penale: l'individuazione di un interesse meritorio di tutela (*Bewertungsnorm*), e la determinazione del soggetto destinatario del precetto (*Bestimmungsnorm*)³⁷⁰. Alla prima di queste due funzioni corrisponde il concetto di illecito inteso come lesione (in realtà è usato il concetto di *Störung*) della relazione giuridica che coinvolge l'interesse materiale della vittima. Al contrario è la colpevolezza che corrisponde alla funzione di determinazione svolta dal precetto e si sostanzia in un giudizio di riprovevolezza (*Vorwerfbarkeit*) dell'agire dell'agente, connotato in senso non esclusivamente psicologico ma anche normativo secondo il significato ormai fatto chiaro da Frank.

Benché valga in linea di principio l'assunto per cui all'illecito corrisponde l'insieme dei contrassegni oggettivi della fattispecie e alla colpevolezza l'insieme di quelli soggettivi, Mezger afferma la necessità di riferirsi al tenore testuale della disposizione per comprendere se la singola fattispecie disegni un illecito connotato anche soggettivamente. Come già si è notato in riferimento all'opera di Mayer, il vero presupposto di questo mutamento di paradigma non consiste nell'avere l'Autore improvvisamente visto ciò che finora tutti avevano ignorato: il cambiamento in questione è invece la conseguenza precisa dell'adozione di un metodo differente. È infatti solo l'introduzione del metodo teleologico che ha permesso, come già si è sottolineato, di superare un criterio di separazione fra le categorie del reato meramente formale e di poter dunque ascrivere all'illecito anche elementi di natura soggettiva. Nel caso di Mezger è il concetto di interesse leso che circonda l'oggetto dell'illecito e permette di comprendere che il significato lesivo di una

³⁶⁹ MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit., p. 270 e ss.

³⁷⁰ In tempi recenti è stato sottolineato il merito di Mezger di aver individuato ed espresso con la formula in questione gli scopi del diritto penale: cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 49 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

condotta, referente del concetto di illecito, può risiedere talvolta anche solo nell'elemento soggettivo della fattispecie.

La riflessione di Mezger si spinge oltre e individua un contenuto sostanziale anche per il concetto di antigiuridicità: essa corrisponde alla perdita di rilievo dell'interesse individuato dalla disposizione penale. Le singole cause di giustificazione vengono poi raggruppate nelle due famiglie della giustificazione per interesse prevalente (*Prinzip des überwiegenden Interesses*), quali la difesa legittima o lo stato di necessità, e della giustificazione per interesse mancante (*Prinzip des mangelnden Interesses*), come il consenso dell'avente diritto, la *negotiorum gestio* e la *Wahrnehmung berechtigten Interessen*. L'Autore non si ferma alla mera sistemazione delle cause di giustificazione nelle due famiglie individuate; egli infatti impiega questa partizione direttamente per risolvere il quesito relativo ai profili soggettivi delle cause di giustificazione. Egli ritiene che nelle cause di giustificazione per interesse mancante si possa dare luogo al rilievo degli elementi soggettivi; al contrario in riferimento alle cause di giustificazione in cui si ottiene la salvaguardia di un interesse prevalente non sia sempre possibile sostenere il rilievo di elementi soggettivi: opinando diversamente verrebbe oltrepassato il confine fra diritto e morale³⁷¹.

³⁷¹ MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit., p. 270 e ss. Nella famiglia della giustificazione per interesse mancante Mezger pone il consenso nelle sue varie forme (effettivo e presunto) e la *negotiorum gestio* (*Geschäftsführung ohne Auftrag*). In riferimento al profilo soggettivo del consenso l'Autore si pone due domande: in primo luogo, si chiede se l'agente deve essere consapevole del consenso in atto; secondariamente si chiede se l'agente debba perseguire uno scopo di salvezza. La risposta alla prima domanda è negativa, sulla scorta della cosiddetta *Einrichtungstheorie* (p. 278); al contrario è necessario che la condotta dell'agente, pur inconsapevolmente consentita, persegua uno scopo di tutela rilevante per l'ordinamento (p. 280) che qualche pagina dopo viene definito su un parametro soggettivo (p. 282 e poi ribadito a p. 286). Mezger specifica che non è possibile a questo riguardo confondersi: la liceità della condotta non è legata solo al proposito soggettivo dell'agente («um eine rein subjektive Unrechtsbegründung bzw. einen rein subjektiven Unrechtsausschluß kann es sich für uns auch hier nicht handeln») (p. 284). Anche rispetto alle altre due cause di giustificazione ricondotte all'interesse mancante Mezger ritiene che sia essenziale avere riguardo al profilo soggettivo, che funge da garanzia («Die Rechtsordnung kann [...] die psychische Gewähr des guten Willens auf seiten des Handelnden nicht entbehren. [...] Nur der treue Diener des Rechts darf in anderer Leute Interessen wider deren Willen eingreifen») (p. 296). Anche con riferimento alla giustificazione per interesse prevalente Mezger afferma in principio la necessità che liceità dell'azione oggettivamente presente sia garantita anche da un profilo psicologico adeguato nell'agente. Passando all'analisi delle singole cause di giustificazione, tuttavia, l'Autore, come detto, adotta un atteggiamento più cauto: così ammette la necessità di un profilo soggettivo nel caso del conflitto dell'adempimento di un dovere pubblico (*Amts- und Berufspflichten*) (p. 299) e dello *ius corrigendi* (p. 301); mentre ritiene che il conflitto di doveri (p. 301), la difesa legittima (p. 308 e s.), lo stato di necessità (p. 311) non ammettano un profilo soggettivo, essendo sufficiente la direzione oggettiva dell'azione allo scopo giuridicamente lecito.

Capitolo II

Il lavoro di Mezger delinea un profilo della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione distante da quella che poi verrà consolidata dalla dottrina tedesca principalmente per via della rinuncia a ravvisare la necessità dell'elemento soggettivo in ogni causa di giustificazione; esso tuttavia è il primo lavoro in cui viene portata a termine una sistemazione coerente della materia a seguito di uno sforzo concettuale volto alla individuazione della sostanza delle categorie dogmatiche coinvolte nel ragionamento giuridico.

1.4. La teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione dopo Mezger

Dopo il lavoro di Mezger la materia degli elementi soggettivi dell'illecito e delle cause di giustificazione conobbe uno sviluppo che condusse, oltre che alla comparsa dei primi lavori monografici sul tema, alla considerazione del problema come tema oggetto di un approfondimento necessario da parte di quanti si dedicavano alla parte generale del diritto penale. Non si può tuttavia sostenere che si fosse già formato un generale consenso sulla questione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

Un impulso allo sviluppo della riflessione sul tema provenne nel frattempo anche dalla comparsa delle prime sentenze delle giurisdizioni superiori che riconoscevano pieno valore sistematico alla categoria dell'antigiuridicità. Sono da menzionare a questo riguardo sicuramente la sentenza del *Reichgerichtshof* dell'11 marzo 1927³⁷² che riconobbe la presenza dello stato di necessità sovraleale, di fatti "sdoganando" la nozione di giustificazione e di antigiuridicità basata sul bilanciamento di interessi; e la sentenza del 20 aprile 1928 della medesima Corte³⁷³, la quale riconobbe la necessità che l'agente in *Notstand* procedesse, prima di risolversi all'aggressione necessaria, ad una *gewissenhafte Prüfung*, cioè ad una scrupolosa verifica della sussistenza dei presupposti dello stato di necessità scriminante³⁷⁴.

³⁷² Cfr. *Reichgericht, Strafsenat*, sent. 11 marzo 1927, imp. Dr. St., in *RGSt*, 1928, p. 242 e ss.

³⁷³ Cfr. *Reichgericht, Strafsenat*, sent. 20 aprile 1928, imp. B., in *RGSt*, 1929, p. 137 e ss.

³⁷⁴ Questa sentenza era destinata ad avere una eco rilevante: fino ai lavori più recenti nella letteratura tedesca si discute infatti se sia necessario annoverare questa verifica fra i presupposti soggettivi non solo dello stato di necessità, ma di ogni causa di giustificazione (cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 242

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Nel 1928 Zimmerl pubblicò il suo lavoro in cui proponeva la teoria, poi divenuta nota e di successo in Italia, degli elementi negativi della fattispecie³⁷⁵: le cause di giustificazione venivano incasellate nella categoria del *Tatbestand* come elementi che necessariamente dovevano mancare per definire la rilevanza penale del fatto. Questa sistemazione comportava di necessità la caratterizzazione oggettiva di queste esimenti, del tutto conformemente alla natura oggettiva dell'intero illecito, connotato ormai come lesione obiettiva di un interesse giuridicamente rilevante. Il riconoscimento del rilievo del profilo psicologico della giustificazione comporterebbe inoltre secondo Zimmerl un'effettiva insignificanza della concreta esistenza della situazione scriminante, essendo difatti sufficiente la mera dimensione putativa all'ottenimento dello scopo giustificante.

Nello stesso anno Finger³⁷⁶ sostenne la necessità del rilievo del profilo soggettivo delle cause di giustificazione per la definizione di casi problematici di difesa legittima. Sottolineò inoltre come nel caso della difesa legittima fosse lo stesso concetto di aggressione a richiedere la considerazione del profilo soggettivo dell'azione giustificata, in quanto nessuna difesa può essere concepita a prescindere dalla percezione di un'aggressione.

Sulla scorta della sistemazione operata da Mezger, anche Arndt in un lavoro del 1929³⁷⁷ sostenne la necessità del rilievo soggettivo della difesa legittima e sottolineò come questo elemento soggettivo comprendesse tanto un elemento conoscitivo quanto un elemento volitivo; similmente si espresse per l'evidenza di un fondamento soggettivo dello stato di necessità, inteso come bilanciamento fra i beni collidenti, attraverso i requisiti della conoscenza della situazione necessitante e della volontà di soccorso.

Nel 1930 comparvero due contributi rispettivamente a favore e contro il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

e ss.; nonché RATH, *Das subjektive Rechtsfertigungselemente*, cit., p. 178 e ss. i quali però negano entrambi la necessità di individuare in questa verifica coscienziosa un vero criterio psicologico autonomo).

³⁷⁵ ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928, p. 66 e ss.

³⁷⁶ FINGER, *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit*, in *GS*, 1928, p. 391 e ss.

³⁷⁷ ARNDT, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, Breslau, 1929, p. 23 e ss.

Capitolo II

Goldschmidt³⁷⁸ sostenne che non dovesse essere riconosciuto nella struttura dell'illecito alcun elemento di natura soggettiva, ricorrendo, di fatto, alla struttura classica del reato che confinava ogni elemento soggettivo all'ambito di validità della colpevolezza. Di contrario avviso, Engisch³⁷⁹ attribuiva importanza ai profili soggettivi dell'illecito con il sottolineare la struttura psicologica del tentativo e la necessità dell'ammissione fra gli elementi della difesa legittima di uno scopo difensivo. Nello stesso 1930 arrivò il riconoscimento degli elementi soggettivi anche da parte di Beling³⁸⁰, il quale però elaborò la formula delle condizioni di carattere soggettivo necessarie per la valutazione di antigiuridicità del comportamento esterno, onde poter fare salvo il principio di omogeneità (riferito al carattere materiale) degli elementi della fattispecie già affermato in *Die Lehre von Verbrechen*.

L'insegnamento mezgeriano relativo alla antigiuridicità, tanto relativamente al fondamento sostanziale della stessa quanto in riferimento alla partizione delle cause di giustificazione, era destinato tuttavia a trovare seguito nella dottrina tedesca. Risale al 1932 il lavoro di Humbert³⁸¹ nel quale l'Autore riprende la *summa divisio* concettuale fra interesse mancante e interesse prevalente sostenendo tuttavia che il fondamento di entrambi i gruppi di scriminanti si rivelasse nei semplici contrassegni oggettivi delle stesse, con la conseguente indifferenza tendenziale dei profili soggettivi delle cause di giustificazione. Nella sua trattazione tuttavia Humbert attribuisce importanza ai momenti soggettivi delle cause di giustificazione in quei casi di confine nei quali nell'accadimento oggetto del giudizio di illiceità si rende evidente una intenzione nemica all'ordinamento statale (*staatfeindliche Gesinnung*). Declinando i casi in cui un simile atteggiamento interiore si può rendere evidente, l'Autore fa riferimento alla evenienza della realizzazione inconsapevole dei presupposti oggettivi di una causa di giustificazione ma fa tuttavia eccezione a questa regola il caso dell'adempimento di un dovere giuridico per il quale è sufficiente al

³⁷⁸ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, a cura di von A. Hegler, I, Tübingen, 1930, p. 457 e ss.

³⁷⁹ ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930), 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen, 1995, p. 62.

³⁸⁰ BELING, *Die Lehre von Tatbestand*, Tübingen, 1930, p. 12, nt. 1.

³⁸¹ HUMBERT, *Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe*, Freiburg i. B., 1932, p. 19 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

raggiungimento dello scopo di tutela il ricorrere dei soli elementi oggettivi³⁸². Nello specifico Humbert individuò quali cause di giustificazione necessitanti un profilo soggettivo la difesa legittima e lo stato di necessità, per le quali è necessario il perseguimento di uno scopo di tutela; l'esecuzione di doveri militari, incompatibili con il perseguimento abusivo di fini personali; l'esercizio di interessi rilevanti (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*), subordinato all'intento di garanzia perseguito dall'agente; lo *ius corrigendi* infine, coincidente con la finalità pedagogica dell'agente.

Allo stesso 1932 risale l'ammissione finale da parte di Dohna³⁸³ della presenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione, come ad esempio nell'adempimento di un dovere dell'ufficio (*Amtsausübung*).

Un altro frutto diretto della sistemazione teorica operata da Mezger si può ravvisare nella *Dissertation* di Vollmann risalente al 1933³⁸⁴. L'Autore riprende infatti la divisione fra giustificazione per interesse mancante e quella per interesse prevalente, giungendo però ad un risultato opposto rispetto a quello prospettato da Mezger nove anni prima. Vollmann ritiene che nelle cause di giustificazione per interesse mancante, quali per esempio il consenso dell'avente diritto, non sia necessario richiedere la sussistenza di un profilo soggettivo di giustificazione giacché la liceità della condotta è rimessa *in toto* alla presenza di un elemento formale quale ad esempio il consenso; al contrario, nel caso della giustificazione per interesse prevalente è necessario richiedere la presenza di un profilo soggettivo conforme a diritto dal momento che solo con la garanzia del corretto *animus* il danno inferto all'interesse oggetto della tutela penale è il più piccolo possibile («*eine gerigstmögliche Beeinträchtigung des durch die Strafdrohung geschützten Interesses*»).

³⁸² Sebbene il concetto non sia stato ulteriormente approfondito dall'Autore (per questo rilievo cfr. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte*, cit., p. 47).

³⁸³ GRAF ZU DOHNA-GRÜNHUT, *Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1932, p. 96 e ss., in particolare p. 101 in cui Dohna si pronuncia a favore della sussistenza di un profilo psicologico nelle cause di giustificazione (fa gli esempi della *Wahrnehmung berechtigter Interessen* e della *Notwehr*), pur sottolineando la differenza di posizioni in riferimento allo stato di necessità.

³⁸⁴ VOLLMANN, *Die subjektive Unrechtselemente im Strafrecht*, Erlangen, 1933, p. 20 e ss.

Capitolo II

Nello stesso anno Class registra il tramonto dell'ideale classico del *Tatbestand* connotato oggettivamente in modo omogeneo in ogni sua componente³⁸⁵, esprimendo un'opinione ormai consolidata in dottrina³⁸⁶.

Negli anni '30 si colloca anche l'elaborazione principale degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione messa a punto da von Weber³⁸⁷. L'Autore parte dalla constatazione dell'insufficienza del concetto classico di illecito, connotato in chiave solo oggettiva. Al contempo egli assume una concezione di colpevolezza di carattere normativo fondata sull'esigibilità della condotta dell'agente (*Zumutbarkeit*) e consistente nella riprovevolezza della stessa (*Vorwerbarkeit*). Così definita la colpevolezza, ad essa possono essere ricondotti solo quegli elementi di natura psicologica che concorrano alla formulazione di un giudizio di rimprovero per la condotta; qualsiasi altro elemento, benché di carattere soggettivo, deve essere riferito all'illecito, in riferimento alla funzione da quest'ultimo svolta di definizione della condotta portatrice del significato di disvalore sociale punito dal legislatore. Più in generale, lo stesso dolo viene per la prima volta ritenuto un elemento integrante della condotta illecita, e così oggetto del giudizio di tipicità, secondo lo schema, qui solo abbozzato, che diventerà il nocciolo della concezione personale dell'azione, fondamento dello sviluppo successivo della dottrina tedesca. Per ciò che concerne le cause di giustificazione, von Weber prende le mosse dalla teoria degli elementi negativi della tipicità e afferma la sostanziale omogeneità di struttura fra le scriminanti e il fatto tipico, dal momento che le prime funzionano da eccezioni alla pretesa punitiva statale.

Al 1934 risale l'importante monografia di Sieverts in tema di costruzione soggettiva dell'illecito³⁸⁸. In riferimento alle cause di giustificazione l'Autore

³⁸⁵ CLASS, *Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestanstheorie*, I, Breslau-Neukirche, 1933, p. 133 e ss. in particolare p. 134 ove l'Autore contesta i due caratteri dell'illecito belinghiano (omogeneità e congruenza degli elementi costitutivi) e fa professione di metodo teleologico, ritenuto essenziale al superamento del modello esclusivamente formale.

³⁸⁶ Cfr. gli Autori riportati da JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte*, cit., p. 50, tra i quali MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Leipzig-München, 1931, p. 170; Eb. SCHMIDT, in VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., Berlin-Leipzig, 1932, p. 183; GRAF ZU DOHNA, *Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Mon. Krim. Straf.*, 1934, p. 177 e ss.

³⁸⁷ VON WEBER, *Die garantierende Funktion der Strafgesetze*, in *DJZ*, 1931, p. 664; ID., *Zum Aufbau des Strafrechtssystem*, Jena, 1935, p. 10 e ss.

³⁸⁸ SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg, 1934, p. 128 e ss., nonché p. 199 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

sottolinea come non sollevi particolari difficoltà l'ammissione del rilievo soggettivo delle stesse laddove il tenore testuale della disposizione o l'interpretazione teleologica della stessa portino all'individuazione di un profilo soggettivo. Nei casi in cui la formulazione della singola disposizione contenente la causa di giustificazione invece non sia di ausilio alla corretta ermeneutica e allo scioglimento del dubbio circa la sussistenza di un profilo soggettivo soccorre l'applicazione del criterio elaborato da Dohna del giusto mezzo per un giusto scopo, riferiti entrambi alla connotazione culturale dominante nella società («*in der Gemeinschaft herrschende Kulturanschauung*»), o, con formula simile («*aus den herrschenden Kulturanschauungen der staatstragenden Volksschicht*»)³⁸⁹. Il parametro di opportunità sociale in cui si concreta questo metro meta-testuale permette a Sieverts di risolvere caso per caso la questione relativa alla sussistenza di un profilo soggettivo nelle cause di giustificazione e di attribuire importanza allo scopo lecito perseguito dal pubblico ufficiale nell'adempimento di un dovere, allo scopo pedagogico nell'azione correttiva, alla volontà di difesa nella *Notwehr*. Sieverts ritenne al contrario di escludere qualsiasi rilievo soggettivo per lo stato di necessità, in riferimento alla *ratio* della causa di giustificazione, individuata nella mera prevalenza oggettiva di un bene giuridico³⁹⁰.

³⁸⁹ La posizione dell'Autore merita di essere sinteticamente approfondita. Nemmeno Sievert nasconde la necessità che la soluzione dei problemi sistematici debba passare dalla adozione di un criterio teleologico, soprattutto quando vi è necessità di colmare le lacune linguistiche delle disposizioni di legge («*Hier wandelt sich die teleologische Methode in eine "lückend-füllende Begriffsbildung"*») (p. 130). Prospetta a questo punto l'alternativa fra il concetto di anti-giuridicità inteso come bilanciamento di interessi, alla stregua dell'allora recente giurisprudenza del *Reichsgericht*, ovvero come considerazione dello scopo adeguato al fine giusto, secondo la formula del Graf zu Dohna. Il dubbio è sciolto, come detto, a favore del secondo termine (p. 132), sebbene l'Autore vivifichi la definizione di Dohna con il riferimento alla *herrschende Kulturanschauung* (p. 138) e, nei casi in cui questa non sia ravvisabile perché un giudizio sociale sulla materia non si è ancora formato, al giudizio equitativo del giudice («*mag es ihm persönlich noch so unbillig erscheinen*») (p.138), ritenendo nel dubbio il fatto tipico non giustificato. Il passo riportato non abbisogna di troppi commenti. La prospettiva dell'Autore contrasta chiaramente con il principio di legalità in due passaggi del ragionamento: la avvertita necessità di colmare le lacune legislative e il richiamo all'equità del giudice. Inoltre pare anche discutibile la scelta di Sieverts di riconoscere in sostanza la validità di un canone generale contrario all'*in dubio pro reo*, per i casi di conflitto fra norma incriminatrice e norma di liceità. Le pagine ricordate tuttavia hanno importanza per comprendere come il sistema elaborato dall'Autore sia incentrato sulla concezione materiale dell'anti-giuridicità, intesa secondo la formula di Dohna, sulla scorta dell'adozione del metodo teleologico. Ancora più significativo è il fatto che Sieverts abbia compiuto l'ulteriore passo che rimaneva, forse, implicito nelle trattazioni a lui precedenti: egli infatti ha compreso che il richiamo alla formula di Dohna per se stesso non era sufficiente e ha riempito questa definizione pur sempre formale con il contenuto della *Kulturanschauung der staatstragenden Volkssicht*.

³⁹⁰ *Ivi*, p. 199 e ss.

Capitolo II

La teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione destò interesse alla metà degli anni '30 nei membri della cosiddetta *Kieler Schule*, fautori, come noto, di una svolta nazionalsocialista del pensiero penalistico tedesco. Secondo il pensiero espresso da questi Autori il reato si sostanzia in un ente unitario consistente nel tradimento del sentimento popolare (*Volksgesinnung*), nel decadimento morale del reo o infine nella manifestazione di una volontà nemica alla comunità³⁹¹. L'ammissione di elementi soggettivi nel concetto di illecito, tanto nel *Tatbestand* quanto nell'antigiuridicità, costituiva polemicamente la prova della vanità degli sforzi analitici della concezione classica e dello sviluppo successivo ad essa della teoria del reato.

Nello specifico Schaffstein³⁹² sostenne che, al contrario degli elementi soggettivi dell'illecito, i profili soggettivi delle cause di giustificazione non potessero in alcun modo essere riferiti al carattere socialmente dannoso della condotta che si individuava quale fondamento dell'illecito. L'ammissione dei profili soggettivi nella costruzione delle cause di giustificazione poteva dunque essere chiarita solo ammettendo che il diritto penale riconosceva quale fondamento la *Gesinnung* del soggetto agente. Conseguentemente alla ammissione dell'importanza della volontà anche con riferimento al fenomeno della giustificazione Schaffstein ritenne di avere dimostrato la insostenibilità di un concetto di antigiuridicità autonomo. Nello specifico l'Autore ritenne essenziale alla difesa legittima il perseguimento dello scopo difensivo e proprio la considerazione dell'essenzialità del profilo soggettivo portò Schaffstein a rigettare la possibilità di una distinzione fra illecito e colpevolezza.

Posizioni simili furono sostenute da Braun³⁹³ il quale ritenne che, eccettuata l'azione del medico e il consenso nei quali il profilo soggettivo non poteva essere negato in quanto essenziale alla verifica della stessa lesione del bene giuridico, le

³⁹¹ Cfr. DAHM, *Nationalistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, 1935, p. 18 e ss.

³⁹² SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1938, p. 298 e 312; nonché ID., *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, Leipzig, 1934, p. 19 e ss.: «*Indessen ist es jedoch nur in einem Teil die in Betracht kommenden Fälle möglich, die subjektiven Unrechtselemente als konstitutive Merkmale des rechtgutverletzenden, sozialschädlichen Charakters der Tat zu erklären. [...] Wer den Unrechtsausschluß bei der Notwehr und in dem Notstandsfall des 193 StGB davon abhängig macht, dass der Abwehrzweck wirklich Motiv für das Handeln des Täters war, misst damit auch der Gesinnung des Täters eine Bedeutung für den materiellen Unrechtsgehalt der Tat bei*».

³⁹³ BRAUN, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipzig, 1936, p. 20 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dogmatica tedesca

cause di giustificazione potevano essere connotate da elementi soggettivi solo ammettendo che il diritto penale si caratterizzasse per essere *Willensstrafrecht* in cui la *Gesinnung* dell'agente è parte integrante della fattispecie penale³⁹⁴.

Si impone a questo punto una considerazione.

Come è stato annotato più volte “a margine” e in nota in vari punti di questa sintesi, il fattore rilevante per l'ammissione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è da ravvisare nel cambiamento metodologico che ha interessato la dogmatica tedesca in un momento successivo alla diffusione del modello classico del delitto³⁹⁵. Il sistema classico, fondato da von Liszt e perfezionato da Beling infatti assumeva, sin dalla scelta di un concetto di azione naturalistico come punto di partenza della costruzione del reato³⁹⁶, che la scienza penalistica dovesse elaborare una costruzione teorica rispondente alle modalità di comprensione del reale secondo

³⁹⁴ Per più ampi riferimenti su Braun e, più in generale, sulla *Kieler Schule* cfr. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektive Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikte*, cit., p. 58 e ss. L'Autore ritiene che l'elaborazione dogmatica della scuola di Kiel non abbia apportato alcun risultato di rilievo allo sviluppo della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione né che abbia costruito un vero edificio dogmatico intorno allo stesso concetto di *Willensstrafrecht*, riducendosi in molti casi alla semplice rielaborazione di concetti già sviluppati dalla dogmatica precedente in una veste politicamente vicina al regime nazista.

³⁹⁵ Cfr. i rilievi puntuali di SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 115 e poi, in riferimento all'opera di Mayer, vero scopritore degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, p. 116 e s. Schiaffo individua nel pensiero neokantiano la svolta metodologica che sostituisce alla costruzione solo formale delle categorie giuridiche la considerazione dello scopo da esse rivestito alla luce delle funzioni attribuite al diritto penale. L'Autore ritiene che anche Hegler abbia fatto ricorso, nonostante il rigetto formale della *Interessenjurisprudenz* in quanto tecnica interpretativa schiettamente civilista, al metodo teleologico per la fondazione del rilievo soggettivo dell'illecito. Dal canto suo anche l'opera di Mezger, muovendo alla ricerca di un concetto non formale di giurisprudenza, secondo Schiaffo rivela la sua matrice teleologica. Sul punto cfr. poi MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 65 e ss.; nel terzo capitolo dedicato al problema del metodo, il Maestro napoletano indica nel periodo corrispondente agli anni della repubblica di Weimar il momento di nascita dell'indirizzo antiformalistico, fondato sull'abbandono della prospettiva della mera ricostruzione formale dell'ordinamento giuridico e connotato dall'idea di scopo. I natali di questa “scuola” sono da individuare nel pensiero di Jhering, sviluppatosi poi attraverso la cosiddetta *Interessenjurisprudenz*, riferibile alla Scuola sud-occidentale. Moccia individua quali esponenti di questo nuovo modo di intendere la scienza giuridica alcuni fra gli autori che sono stati nominati nel corso di questo breve *excursus*, avvertendo però come per ciascuno di essi fosse differente il concetto scelto quale fondamento teorico del ragionamento teleologico: il Graf zu Dohna; Hegler; Zimmerl; Mezger; Mayer. Sul punto cfr. anche VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., p. 214 e ss. il quale sottolinea come l'adozione del metodo teleologico coincise con l'affrancamento del diritto dall'ipoteca del positivismo scienziato e con la contemporanea presa di coscienza della natura normativa della scienza giuridica. In ambito penale, a detta dell'Autore, il maggiore apporto fu l'individuazione del concetto di bene giuridico come referente ideale di ogni costruzione dogmatica.

³⁹⁶ Cfr. in riferimento al comune paradigma del concetto naturalistico di azione che sottostà a questo iniziale sviluppo della teoria del reato, e al suo rilievo per la questione dei profili soggettivi della giustificazione STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 17 e s.

Capitolo II

schemi gnoseologici intuitivi, onde la distinzione fra oggettivo e soggettivo appariva come una scelta “naturale” anch’essa, corrispondente alla semplice verità per cui il medesimo fatto materiale poteva assumere significati giuridici differenti a seconda dell’*animus* con cui l’Autore vi partecipava.

La svolta metodologica neokantiana, consistita nell’introduzione del concetto di scopo nella costruzione del reato, ha permesso di superare l’*impasse* rappresentato dall’inevitabile esito del metodo formalistico: l’elaborazione di definizioni tautologiche³⁹⁷. Il precipitato tangibile del nuovo indirizzo fu la scomposizione del reato nelle due componenti corrispondenti alla *Bewertung-* e alla *Bestimmungsfunktion* della norma, corrispondente alla presa di coscienza che il fenomeno penale non può solo fungere da tecnica di formulazione di un comando, ma esprime scelte valoriali precise compiute dal legislatore.

La questione dei profili soggettivi delle cause di giustificazione tuttavia non poteva dirsi per ciò solo risolta: l’individuazione di uno scopo cui subordinare il concetto di antiggiuridicità, al netto delle difficoltà di individuazione dello stesso non implica infatti il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Prova di ciò è, per esempio la esclusione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione che Dohna operò nella sua opera del 1905, nonostante la sua scelta di individuare un criterio sostanziale di antiggiuridicità che superasse la definizione formale elaborata nell’ambito della teoria classica; oppure nella posizione di Hegler che, proprio sulla base del concetto sostanziale di illecito, se da una parte ammetteva l’esistenza di elementi soggettivi dell’illecito, per altro verso negava che ad un giudizio di giustificazione potessero essere essenziali elementi di natura soggettiva; o da ultimo nella critica, praticamente dello stesso tenore, che Zimmerl avanzò alla teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

1.5. Influenze del pensiero welzeliano sullo sviluppo della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione

Un nuovo fondamento per la soluzione del problema della necessità del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione può invece essere rinvenuto nell’elaborazione del concetto finalistico di azione. Si può anzi ritenere – per

³⁹⁷ SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 116.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

ammissione degli stessi Autori che hanno affrontato più di recente la tematica – che esso funga ancora nella sua veste successiva di concetto personale di azione da assioma per lo svolgimento del ragionamento giuridico che culmina nell'ammissione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

È dunque proficuo dedicare uno spazio all'evoluzione del concetto di azione.

Secondo il modello welzeliano³⁹⁸ l'azione penalmente rilevante consiste nel comportamento corrispondente al perseguimento di un fine che l'agente si pone. A questo concetto di azione corrispose nella sistematica dell'Autore la sistemazione del dolo fra i requisiti della tipicità.

La consacrazione della presenza di elementi soggettivi nella fattispecie operata da Welzel con il riconoscimento dell'appartenenza del dolo alla tipicità trovò accoglimento in seguito nelle successive elaborazioni del concetto di azione poste in essere dalla dottrina tedesca. Il concetto welzeliano di azione infatti non stentò a mostrare le sue criticità³⁹⁹ e si susseguirono nella letteratura tedesca differenti teorie dell'azione, le quali tuttavia fecero tutte tesoro del risultato raggiunto da Welzel circa la "posizione" del dolo nella struttura del reato peraltro corrispondente, come si è visto, ad un dato strutturale del pensiero penalistico tedesco sin dai lavori di Hegler e Mezger.

Così anche i sostenitori della concezione sociale di azione⁴⁰⁰ non rinunciarono a considerare il dolo un elemento della tipicità giacché socialmente

³⁹⁸ Cfr. WELZEL, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, p. 718; ID., *Studien zum System des Strafrechts*, *ivi*, 1938, p. 502 e ss.; per una sintesi "autentica" v. ID., *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten hundert Jahre und die finale Handlungslehre*, in *JS*, 1966, p. 421 e ss. *Amplius* cfr. *infra*, Cap. II, paragrafo 2.2.7).

³⁹⁹ Principalmente l'inadeguatezza a fungere da nozione di riferimento – si ricordi che al concetto di azione vengono attribuite nella dottrina tedesca le funzioni di *Grundung*, *Verbindung* e *Abgrenzung* per qualsiasi manifestazione delittuosa, e dunque è essenziale che la nozione in questione si possa "ritrovare" in ogni fattispecie delittuosa – per le fattispecie omissive e quelle colpose (cfr. per tutti, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2006, p. 238 e ss.). Alle stesse pagine appena citate si rimanda per più ampi ragguagli relativamente all'evoluzione del concetto di azione in riferimento a ciascuna dottrina sviluppatasi in Germania e a cui si fa riferimento nel corpo del testo. In ambito italiano v. le annotazioni di MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 68 e ss.; nonché: M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950; e SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, *passim* e particolarmente, p. 76 e ss.

⁴⁰⁰ Secondo questo orientamento l'azione deve essere definita secondo parametri esterni all'autore e alla sua psiche consistenti nel significato sociale della condotta e nel senso linguistico della fattispecie incriminatrice. Azione è il rapporto fra l'autore e la realtà secondo formule linguistiche attributive di significato; la legge penale è uno schema interpretativo delle condotte umane e queste ultime esistono fintantoché ad esse è attribuito un senso dalla collettività. Secondo la teorica in questione l'azione penalmente rilevante è individuata grazie al riferimento al significato sociale della stessa, desunto

Capitolo II

rilevante (dunque penalmente rilevante) poteva dirsi solo l'azione umana dominata o dominabile da una volontà umana.

Il medesimo risultato fu garantito anche dalla successiva elaborazione del concetto personale di illecito⁴⁰¹, il quale ha rappresentato la base teorica per ogni successiva elaborazione dommatica. L'illecito non si sostanzia in una semplice verifica di un evento esterno ma richiede necessariamente il rilievo di profili psicologici. Secondo la formulazione welzeliana⁴⁰², l'illecito non si connota come mera lesione del bene giuridico che dà corpo al disvalore di evento del fatto; piuttosto la nota di antiggiuridicità propria all'illecito contrassegna l'azione come opera di un autore, il quale si pone un obiettivo da realizzare che corrisponde alla violazione di un obbligo che grava su di lui. L'illecito è personale perché riguarda un autore; non si ferma alla valutazione di un fatto. Per questi motivi sono essenziali per la sua sussistenza due componenti, denominati disvalori, una riferibile al fatto considerato nel suo aspetto materiale, e l'altra corrispondente alla persona dell'autore⁴⁰³.

Posti questi contorni, le posizioni all'interno della famiglia di quanti sostengono il concetto personale di illecito differiscono fra loro. Si possono individuare due gruppi principali: da una parte coloro che sostengono la necessità di entrambi gli elementi (disvalore oggettivo e disvalore soggettivo) in pari grado; da

dalla comunità di riferimento cui appartiene l'agente (per una sintesi cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 248 e ss.). Tra i sostenitori della teorica si possono annoverare: quale fautore EB. SCHMIDT, *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1935, p. 22 e ss.; ID., *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, p. 75; nonché MAIHOFER, *Der soziale Handlungsbegriff*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, p. 178; ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung: festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag*, a cura di P. Bockelmann, G. Dahm, A. zu Dohna, K. Engisch, F. Exner, 1944, p. 160 e ss.

⁴⁰¹ Senza pretesa di esaustività, si possono annoverare fra gli Autori che sostengono questa teorica: ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *ZStW*, 1962, p. 515 e ss.; p. 256 e ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, XI Auf., Berlin, 1969, p. 59 e ss.; HIRSCH, *Die Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1981, p. 831 e ss., e 1982, p. 239 e ss.

⁴⁰² WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 62.

⁴⁰³ Cfr. su questo punto, più di recente, ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 310, che dà per ormai acquisita nella dottrina tedesca la presenza nel concetto di fattispecie, e dunque di illecito, di elementi soggettivi, primo fra tutti il dolo. Gli argomenti a favore della soluzione adottati dall'Autore sono: in primo luogo, la sostanziale impossibilità di formulare il giudizio di rilevanza penale del fatto a prescindere dal profilo soggettivo dell'agente; secondariamente, la presenza fra le forme delittuose del tentativo, il quale non può prescindere dalla considerazione del profilo personale della condotta; in terza istanza, l'uso da parte del legislatore di parole che inequivocabilmente si riferiscono alla sfera psicologica dell'agente; infine, l'individuazione della differente funzione del dolo all'interno della tipicità e nell'ambito della colpevolezza. Roxin avverte però come il concetto di azione non sia proficuo in alcun modo per il raggiungimento del risultato in questione.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dommatica tedesca

un'altra parte coloro che, portando ad estreme conseguenze la ritenuta necessità del rilievo dell'autore nel fatto illecito, considerano sufficiente il solo disvalore di condotta a fondare l'illecito, relegando la verifica dell'evento al ruolo di mera condizione di emersione del disvalore penale, nonché di punibilità⁴⁰⁴.

Questa è la base concettuale, oltremodo sintetizzata, su cui si è sviluppato poi il dibattito attuale sui profili soggettivi delle cause di giustificazione. La costruzione dell'illecito in modo binario molto spesso non è nemmeno posta in dubbio né si dubita che sia possibile la stessa divisione fra evento e azione, fra esistenza di un bene esterno alla valutazione giuridica, e comando dell'ordinamento. Poste queste premesse è possibile sintetizzare lo stato attuale del dibattito tedesco sui profili soggettivi delle cause di giustificazione.

1.6. Alcuni appunti conclusivi

La rapida scorsa che si è data alla storia della dommatica tedesca ha permesso di far emergere alcuni dati significativi. In primo luogo si può constatare come l'elaborazione della teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non appartiene ai *naturalia* della teoria dell'illecito penale. Si trovano riprove di questo assunto nel ritardo con cui gli elementi soggettivi hanno fatto la loro comparsa nel pensiero penalistico anche in riferimento alla nascita della dommatica moderna (da Merkel in poi) e nel fatto che, lungi dall'essere sempre concorde sul punto, anche la dottrina tedesca si è divisa (e forse si divide ancora) circa la loro ammissibilità. Al contrario l'unica questione che si è posta da sempre, sin dal diritto giustiniano, è stata quella – di carattere pratico ed intuitivamente risolta – sulla possibilità di giustificare condotte formalmente sussumibili sotto disposizioni scriminanti ma corrispondenti ad un intento differente da quello di tutela dell'ordinamento. Si può registrare dunque a questo riguardo tanto la presenza di un quesito giuridico abbastanza definito quanto la dipendenza della sistemazione della materia dalla diffusione di un modello di illecito peculiare.

Non è stato infatti indifferente allo sviluppo storico del tema – questo può essere un secondo appunto utile – il fatto che l'ammissione del profilo soggettivo

⁴⁰⁴ Per una sintesi delle posizioni in questione e i necessari rimandi bibliografici, cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., pp. 40-42.

Capitolo II

delle cause di giustificazione si sia avuto con il superamento del metodo descrittivo-formale e con la diffusione invece nella dottrina di strutture di pensiero teleologiche. È evidente da subito però la delicatezza dell'operazione intellettuale che è stata compiuta. L'adozione di un metodo teleologico infatti con il riferimento all'idea di scopo e il richiamo pragmatico alla realtà sociale cui si indirizza l'azione dell'ordinamento consente sì di moltiplicare le potenzialità descrittive dei concetti giuridici e di scoprirne nuovi aspetti e conseguenze; vi è però un prezzo da pagare: la scelta del paradigma di riferimento, che comporta il rischio di spingere più o meno inconsapevolmente il diritto penale verso derive allarmanti. Non è un caso che fra gli Autori che si sono brevemente analizzati alcuni adottassero per l'antigiuridicità concetti espressi con formulazioni lessicali molto prossime a quelle che poi sono diventate le famigerate etichette del *Willensstrafrecht* o del *Gesinnungstrafrecht* del diritto penale nazista⁴⁰⁵. Il quadro non sembra essere cambiato con l'elaborazione dei concetti di disvalore di evento e di azione all'interno della teoria del concetto personale di illecito. La domanda relativa al "cosa si punisce" innerva la struttura stessa del concetto di illecito: si deve punire non solo la lesione dell'interesse alla cui tutela lo Stato provvede con la posizione del precetto penale ma anche la condotta dell'agente che è il tramite necessario per l'imputazione della lesione al soggetto⁴⁰⁶. Il presupposto di questo sviluppo teorico però è sempre la ritenuta insufficienza di un metodo meramente descrittivo della categoria in questione.

Non si deve pertanto cadere nella trappola che consiste nel "credere" che gli elementi soggettivi esistano a prescindere da un preciso paradigma metodologico; mentre si può invece ritenere a ragione che altre categorie della parte generale (il nesso causale, il tentativo, il concorso di persone, la giustificazione, la distinzione fra dolo e colpa e via discorrendo) sono questioni che sempre si sono poste e si porranno finché si utilizzerà lo strumento del diritto penale, a prescindere da qualsiasi opzione ideologica e metodologica.

⁴⁰⁵ Si possono elencare, fra i concetti già visti: il richiamo operato da Sieverts alla *Anschauung* del popolo; quello di Mayer alla *Kulturnorm* da individuare in riferimento agli usi della comunità sociale; l'appello di Humbert alla *staatfeindliche Gesinnung*.

⁴⁰⁶ Si tratta, a ben vedere, della medesima idea che Mezger aveva espresso nel saggio del '24: la norma penale è valutazione (*Bewertung*), cioè scelta di oggetti di tutela, di scopi difensivi o promozionali; ma anche determinazione (*Bestimmung*), cioè per sua natura comando. Le due componenti si contemperano, ma nessuna di esse può essere eliminata, perché si finirebbe rispettivamente nella responsabilità oggettiva, o nella punizione di una mera disobbedienza; né subordinata all'altra.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Questo rilievo conduce diritto ad una considerazione ulteriore – la terza, sulla quale si chiude il paragrafo – relativa all’insufficienza del concetto di illecito e dunque di quello di giustificazione, a formulare una risposta al quesito relativo agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Il chiarimento di questo punto è l’oggetto delle prossime pagine, dedicate alla sintesi del dibattito contemporaneo (dal secondo dopoguerra) nella dottrina tedesca sulla necessità degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione.

2. Il dibattito attuale nella dottrina tedesca: argomenti *pro* e *contra* il rilievo soggettivo delle scriminanti

Come si è detto, la tematica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è avvertita dalla dottrina tedesca fino in tempi recenti come un tema, pur non centrale nel dibattito penalistico, tuttavia interessante. Il panorama offerto dalla letteratura sul punto è più frastagliato di quanto si possa ritenere; esso merita perciò di essere, pur sinteticamente, analizzato⁴⁰⁷.

Occorre avvertire preliminarmente ad ogni sviluppo ulteriore che il tema dei profili soggettivi delle cause di giustificazione è trattato in Germania (e anche in Austria) in modo unitario: non si distingue cioè fra i due temi del rilievo oggettivo delle cause di giustificazione e della sussistenza putativa delle scriminanti, come avviene in Italia sulla base della presenza di due differenti disposizioni legali. La materia è invece considerata un “paragrafo unico” all’interno del più ampio “capitolo” della necessità del rilievo soggettivo dell’illecito. Concorrono a questa situazione due dati: da una parte, l’assenza di qualsiasi disposizione dello *StGB* sul tema, a differenza del codice italiano che nella sua ansia definitoria dedica alla materia rispettivamente il primo e l’ultimo comma dell’art. 59; da un’altra, la generale ammissione da parte della dottrina tedesca della costruzione tripartita del reato e del rilievo soggettivo dell’illecito.

⁴⁰⁷ Cfr. la più recente monografia tedesca – letteralmente una enciclopedia – sul tema: RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 29-340; nonché: RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründe durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrechtsdogmatik zwischen Rechtsstaatprinzip und Kriminalpolitik*, 1991, Frankfurt a.M., p. 151 e ss.; e SCHWARZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, Hamburg, 2013, p. 79 e ss.

Capitolo II

Non contestato dai più il fatto che gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione siano da ammettere, la dottrina tedesca si interroga su quale debba essere il contenuto degli stessi, sul regime sanzionatorio in caso di assenza del profilo soggettivo e infine sulla compatibilità dell'assunto con le ipotesi colpose.

Tra gli argomenti trattati nella dottrina tedesca *sub titulo* degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione possono invece essere tralasciati, in quanto non attinenti all'argomento di questo lavoro, la questione della sussistenza putativa di una causa di giustificazione e i temi ad essa connessi del grado di conoscenza sviluppato dall'agente circa la situazione scriminante, e della cosiddetta *gewissenhafte Prüfung*, a cui si è già accennato nel paragrafo precedente. In merito a quest'ultimo si può notare come esso corrisponda in parte all'elemento della ragionevolezza dell'errore rilevante *ex* quarto comma dell'art. 59 c.p., requisito surrettiziamente introdotto dalla giurisprudenza italiana al testo della disposizione in questione. In entrambi i casi infatti si intende indagare e stabilire un parametro che funga da limite alla potenzialità esimente dell'errore sulla causa di giustificazione. Ad ogni modo il parallelo fra la *Prüfung*, richiesta dai giuristi tedeschi all'agente che versi in errore e la disciplina italiana del putativo si manterrebbe anche a prescindere dagli usi interpretativi giurisprudenziali. Nel concetto di colpa, richiesta dal quarto comma del nostro art. 59 c.p. come titolo di responsabilità residua è infatti compresa anche la considerazione della diligenza dell'agente, la medesima che è oggetto della *gewissenhafte Prüfung*. Il tema esula dunque dall'oggetto di questo lavoro.

Occorre ancora avvertire che nello schema di analisi diffuso in ambito tedesco concernente il tema del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione un ruolo importante è giocato dall'ermeneutica delle singole cause di giustificazione (specialmente *Notwehr* e *Notstand*). Si è creduto pertanto di seguire questo schema anche nel presente lavoro, includendo nelle pagine che seguono anche considerazioni relative alle singole cause di giustificazione.

La prima questione che si offre all'attenzione di chi voglia confrontarsi con la dottrina tedesca è la giustificazione del rilievo soggettivo delle scriminanti.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

2.1. La tesi oggettivista

A dispetto della sua supposta uniformità, la dottrina germanofona conosce da tempo voci difformi dall'opinione maggioritaria che opta a favore del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Gli Autori in questione sostengono l'irrelevanza del profilo soggettivo nelle scriminanti. Esse interpretano i riferimenti operati dal legislatore al perseguimento di un fine come attitudine esterna dell'azione scriminata a ottenere il risultato di liceità.

2.1.1. La tesi di Oehler

Il profilo soggettivo delle cause di giustificazione è stato oggetto di un lavoro di Oehler risalente al 1959.

L'indagine dell'Autore parte dalla considerazione della struttura e della funzione della norma penale⁴⁰⁸. La validità del precetto penale presuppone l'appello del divieto o del comando penale ad un soggetto destinatario dello stesso. Il diritto non può cioè limitarsi a stabilire un ordine di valori ma si inverte necessariamente in un insieme di comandi. In modo simile si atteggiavano anche le cause di giustificazione che rendono lecite condotte altrimenti tipiche. In entrambi i casi, sia la norma un divieto o sia essa un permesso, oggetto del precetto penale⁴⁰⁹ è una condotta che corrisponde alla individuazione di uno scopo di tutela. Per Oehler la natura di *Bestimmung* del precetto non può essere limitata alla colpevolezza in quanto la funzione coercitiva in cui si sostanzia il comando è il mezzo per conseguire lo scopo di tutela oggetto dell'illecito⁴¹⁰.

Lo scopo di tutela stabilito dall'ordinamento come termine ideale del comando penale è lesa dalla condotta dell'agente indipendentemente dal profilo soggettivo doloso o colposo; essa è cioè considerata da Oehler come mero risultato oggettivamente lesivo. L'unica componente di carattere soggettivo necessaria alla imputazione dell'evento lesivo al soggetto, pur necessaria a livello di illecito, è la

⁴⁰⁸ OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der Rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, pp. 16-50.

⁴⁰⁹ Per esso Oehler conia la formula del *Rechtssimperativ* corrispondente all'illecito e che si differenzia dal *Pflichtimperativ*, che fonda la colpevolezza (cfr. *ivi*, p. 37).

⁴¹⁰ L'illecito presuppone il semplice fatto che il destinatario sia un essere umano. Il rilievo dell'inimputabilità dell'agente è infatti conservato al sede di colpevolezza come incapacità dello stesso di essere destinatario del *Pflichtimperativ* (cfr. *ivi*, p. 42 e ss.).

Capitolo II

semplice possibilità che la condotta sia dominabile dal soggetto⁴¹¹; conseguentemente sono del tutto indifferenti sia gli scopi perseguiti dall'agente, in riferimento al delitto doloso, sia i contrassegni oggettivi della colpa, cioè quegli elementi psicologici generalmente ricondotti al concetto di illecito.

All'esito di questa concezione del fenomeno normativo penale e della corrispondente costruzione dell'illecito, Oehler nega qualsiasi rilievo soggettivo dello stesso. La questione non è dunque decidere quali siano le cause di giustificazione in cui riconoscere la sussistenza di profili soggettivi; si tratta piuttosto di individuare un metro interpretativo per le espressioni usate dal legislatore che si mostrano ambigue nel richiamare potenzialmente il profilo psicologico dell'agente⁴¹².

Lo scopo di giustificazione cui è subordinata l'efficacia scriminante delle condotte oggetto di giustificazione deve essere inteso secondo Oehler come indirizzo oggettivo, per così dire esterno dell'azione; come idoneità della stessa all'ottenimento dello scopo di tutela. Si tratta dunque di un carattere dell'azione, un insieme di elementi oggettivi che da soli connotano la condotta come giustificante.

È da notare come Oehler non neghi la presenza di contrassegni di scopo nella struttura delle scriminanti; egli tuttavia in forza della costruzione dell'illecito elaborata, ritiene che questi elementi siano contrassegni dell'azione e non contenuto di un possibile elemento psicologico dell'illecito. Unico referente soggettivo dell'illecito è infatti la capacità di indirizzo della condotta la quale non comprende ancora la valutazione dello scopo perseguito dall'agente con la sua condotta; l'indagine di un siffatto procedimento motivazionale corrisponde alla considerazione dell'atteggiamento del soggetto in relazione alla *Pflichtwidrigkeit*, concetto fondante la colpevolezza. Esso rileva dunque solo in quest'ultima sede.

2.1.2. La posizione di Spindel

Il presupposto dell'argomentazione di Spindel è costituito da una scelta valoriale in favore dell'oggettivismo dell'ordinamento penale.

⁴¹¹ «Nur soweit mit der Handlung der Erfolg objektiv steuerbar ist, kann der Ursachezusammenhang [...] bedeutungsvoll sein» (ivi, p. 72; sul punto più ampiamente, p. 65 e ss.).

⁴¹² Ivi, p. 165 e ss. Vengono analizzate dall'Autore la difesa legittima, l'intervento di salvezza del medico, lo *ius corrigendi*, la salvaguardia di interessi legittimi (*Wahrnehmung berechtigten Interessen*), il conflitto di doveri e il consenso.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

In un contributo del 1953⁴¹³ l'Autore esprime la necessità che l'ordinamento penale si caratterizzi secondo un carattere oggettivo. In questa direzione Spendel ritiene che sia inopportuna la punizione del tentativo impossibile in quanto essa si risolve nella punizione della mera *Gesinnung* dell'agente; in secondo luogo avverte come l'adozione di un metro interpretativo eccessivamente soggettivista comporti conseguenze aberranti in tema di concorso; ammonisce infine circa il ritorno del diritto penale così concepito alle forme del *Willensstrafrecht* di matrice nazionalsocialista⁴¹⁴.

Al contrario l'oggettivismo rappresenta la conseguenza necessaria della separazione fra diritto e morale che comporta il rilievo penale delle sole relazioni esterne degli uomini nei rapporti interindividuali. Esso fa sì che ogni valutazione dell'ordinamento riposi su manifestazioni esterne dell'individuo che siano sensorialmente percepibili onde pervenire ad un giudizio sicuro, più solido di quello che si otterrebbe a partire da elementi di natura psicologica. L'oggettivismo permetterebbe inoltre di valorizzare il fatto come elemento di riferimento della colpevolezza la quale altrimenti resterebbe «sospesa a mezz'aria»⁴¹⁵.

Chiarite queste premesse di valore, la risposta di Spendel al quesito relativo al profilo soggettivo delle cause di giustificazione parte dalla constatazione che il raggiungimento dello scopo di tutela, individuato dall'ordinamento nella posizione del precetto penale, può essere conseguito anche a prescindere dalla presenza di un proposito dell'agente contrario al diritto o in modo del tutto casuale. Bisogna infatti distinguere lo scopo dell'azione dal proposito perseguito dall'agente⁴¹⁶.

⁴¹³ Cfr. SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in *ZStW*, 1953, p. 519 e ss. Spendel definisce soggettivismo l'opzione valoriale che nel diritto penale dà precedenza al rilievo dei fattori soggettivi su quelli oggettivi e che privilegia il rilievo di fattori personali o soggettivi; al contrario l'oggettivismo si sostanzia secondo l'Autore nell'orientamento che pur non risolvendosi nell'attribuzione di rilievo esclusivo al solo evento privilegia necessariamente gli aspetti esteriori del fatto (p. 521).

⁴¹⁴ *Ivi*, p. 522 e ss.

⁴¹⁵ *Ivi*, p. 525 e ss.

⁴¹⁶ Cfr. ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. D. Herzberg, Berlin-Bonn-München, 1985, p. 203. V. poi p. 207: «Der objektive Zweck einer Handlung ist von der subjektive Absicht des Handelnden, bei der Notwehr die Abwehrwirkung des Tuns vom dem Verteidigungswillen des Täters zu unterscheiden. [...] Nicht aus dem Willen des Handelnden, sondern aus den Umständen des Sachverhalts und der objektiven Eigenschaft der Handlung ist somit deren Verteidigungscharakter zu erschließen, da auch hier beim Angegriffenen das Recht primär auf das äußere Verhalten, nicht auf die innere Haltung des Täters [...] zu schauen hat».

Capitolo II

L'Autore immagina quindi differenti casi in cui si paleserebbe questa distinzione fra finalità conforme a diritto dell'azione e riprovevolezza dell'intenzione.

Il primo caso è quello della donna che, appostatasi di notte presso la porta di casa armata di bastone in attesa del rientro del marito ubriacone, colpisce il ladro introdottosi in casa credendo invece di tramortire il marito⁴¹⁷. In questa situazione la difesa legittima ricorrerebbe in ragione del risultato di tutela del bene giuridico del patrimonio che è stato comunque conseguito⁴¹⁸; qualsiasi punizione, anche a titolo di tentativo inidoneo sarebbe infatti connessa alla sola intenzione aggressiva della donna e dunque si risolverebbe nella punizione di una semplice intenzione malvagia⁴¹⁹.

L'Autore propone quindi un secondo caso: vi sono due bracconieri che vanno a caccia insieme ma si accorgono della presenza di un guardaboschi; entrambi puntano allora da due posizioni differenti le loro armi contro quest'ultimo. Il primo a sparare tuttavia finisce per colpire il compagno di caccia per un errore di esecuzione, realizzando i presupposti del soccorso di necessità a favore del guardaboschi⁴²⁰. L'Autore propende per il riconoscimento della difesa legittima sposando ancora una

⁴¹⁷ Esempio proveniente da STAAB, *Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr*, Frankfurter Dissertation, 1954, p. 10 e ripreso da SPENDEL, *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, in *DRiZ*, 1978, p. 330 e ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, cit., p. 199 e s. L'argomentazione segue un percorso più complesso che coinvolge anche considerazioni di carattere meramente equitativo o concernenti l'impedibilità della condotta dello scassinatore o infine l'esito positivo per la sicurezza collettiva raggiunto attraverso l'azione della donna. Non sembra tuttavia che questo ordine di argomenti sia del tutto attinente con l'oggetto del lavoro, stante anche la natura non prettamente giuridica dei rilievi svolti.

⁴¹⁸ SPENDEL, *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, cit., p. 330 nonché ID., § 32, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, II, Berlin, 2003, p. 73.

⁴¹⁹ ID., § 32, cit., p. 74; per argomenti simili: ID., *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, cit., p. 330. Spindel specifica come la soluzione del tentativo contrasterebbe peraltro con la causazione di un fatto completo di ogni suo elemento: «*Es wäre eine Vergewaltigung der Tatsachen [...] eine vollendete Tat in eine (untauglich) versuchte umzudeuten*».

⁴²⁰ Cfr. SPENDEL, *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, cit., p. 331; ID., § 32, cit., p. 75. Il caso verrebbe agevolmente risolto alla luce dell'ordinamento italiano con l'applicazione dell'art. 82 c.p., trattandosi di *aberratio ictus*, sebbene la soluzione del codice italiano non cessi di sollevare dubbi di compatibilità con il principio di colpevolezza, consistendo in una ipotesi di responsabilità oggettiva. In un caso del genere, tuttavia, l'applicazione della regola di imputazione oggettiva prevista dal codice italiano conseguirebbe il risultato di pervenire alla punizione della reale intenzione dell'agente. Questa soluzione peraltro non è sconosciuta alla dottrina tedesca: cfr. SCHWAZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 88 e s. con la letteratura *ivi* citata.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

volta l'ottica oggettivista del raggiungimento di un risultato di tutela, che non desterebbe alcun allarme sociale tale da giustificare la punizione della condotta⁴²¹.

L'ultimo caso proposto da Spindel è quello dei due fratelli rissosi. Il fratello A scorge il fratello B coinvolto in una scazzottata; decide di intervenire al solo scopo di menare le mani e così atterra con un pugno l'avversario del fratello B senza sapere che una volta tanto questi era l'agredito e non l'aggressore⁴²². A questo riguardo l'Autore, oltre a sottolineare il conseguimento dello scopo di tutela oggettivamente sussistente, nota come a voler negare al fratello A la difesa legittima l'aggressore iniziale avrebbe diritto di colpire per difesa legittima A stesso, finendo così per giovare della situazione di illiceità che egli stesso ha creato.

A coronamento dell'argomentazione a favore del rilievo oggettivo della giustificazione nella difesa legittima Spindel nota come altri contrassegni della difesa legittima quali l'aggressione e la necessità della difesa vengano intesi oggettivamente e si chiede per quale motivo si dovrebbe opinare diversamente in riferimento al concetto di difesa⁴²³. Anche la dottrina civilista d'altra parte inclinerebbe per l'interpretazione oggettiva dei contrassegni delle cause di giustificazione in riferimento all'illecito aquiliano⁴²⁴. Infine Spindel ritiene che si debba fare utilizzo del criterio oggettivo in quanto più favorevole all'agente⁴²⁵.

⁴²¹ «*Bedrohter* [il guardaboschi in questo caso] und *Rechtsgemeinschaft können daher den Ausgang der Sache nur begrüßen und positiv bewerten*» (cfr. ID., § 32, cit., p. 75).

⁴²² ID., *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, cit., p. 332; ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, cit., p. 202; ID., § 32, cit., p. 75 e s.

⁴²³ ID., § 32, cit., p. 76.

⁴²⁴ ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, cit., p. 198.

⁴²⁵ L'uso della locuzione "imputazione oggettiva delle circostanze" richiede una precisazione, stante l'estraneità della locuzione al vocabolario dottrinale tedesco. Il lettore italiano da parte sua è agevolato dalla presenza di questa formula, derivante dal primo comma dell'art. 59 c.p. che, come è noto, si riferisce alle cause di esclusione della pena in termini di circostanze. Spindel invece non potendo giovare di un sostegno lessicale siffatto, si riferisce al concetto più concreto e intuitivo di vantaggio: «*was zuungunsten des Angegriffenen gilt (Rechtswidrigkeit der Abwehrhandlung trotz guten Glaubens an deren Erfordlichkeit), muss auch zu seinem Gunsten wirken (Rechtfertigung der Verteidigungshandlung trotz böser Absicht)*» (cfr. ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, cit., p. 208). È tuttavia evidente che una simile argomentazione, la quale sconta la provenienza da una risalente giurisprudenza civile del *Reichsgericht* (RGZ 84, 306, 307), è ben poco significativa sicuramente nell'ambito del diritto penale ma a ben vedere anche nel settore dell'illecito aquiliano. Una conseguenza dell'ammissione di un siffatto principio dovrebbe essere per esempio il rigetto della regola che stabilisce il rilievo esimente dell'errore sulle cause di giustificazione, cosa che appare francamente insostenibile. Per simili critiche cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 43 e s.

Capitolo II

2.1.3. La posizione di Rohrer

Le argomentazioni di Spindel hanno trovato un seguito in un lavoro di Rohrer apparso nel 1986⁴²⁶. Dopo aver dato conto dell'opinione maggioritaria a favore del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione, l'Autore elenca diversi motivi di biasimo di questa soluzione. Il contributo, principalmente interessato alla difesa legittima, si sofferma principalmente alla valutazione delle conseguenze sanzionatorie connesse generalmente alla mancanza del profilo soggettivo delle cause di giustificazione.

Egli ritiene dunque che la soluzione che applica il tentativo sia inappropriata al caso in questione perché nel caso della realizzazione dei soli profili oggettivi di una causa di giustificazione l'evento materiale oggetto della disposizione incriminatrice si è verificato⁴²⁷. Indagando più a fondo il fondamento di questa soluzione, Rohrer rigetta la divisione dell'illecito in disvalore di azione e disvalore di evento che fa da sfondo alla opinione maggioritaria⁴²⁸. A suo avviso infatti l'illecito non si struttura attorno ad alcun disvalore di evento, giacché esso consiste esclusivamente in una condotta che sin dal momento in cui è principiata si può qualificare come giuridica ovvero antiggiuridica in riferimento al parametro del diritto positivo. La nota di illiceità non dipende né dal risultato conseguito, né dal proposito dell'agente, ma solo dalla corrispondenza esterna del fatto alla fattispecie incriminatrice⁴²⁹.

D'altra parte nemmeno la soluzione del reato consumato convince Rohrer. L'Autore infatti sottolinea come a ritenere illecito il fatto di chi realizza inconsapevolmente gli estremi oggettivi di una causa di giustificazione si porrebbe all'assurdo di dover caratterizzare come impedibile un'azione per se

⁴²⁶ ROHRER, *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, in JA, 1986, p. 363 e ss.

⁴²⁷ *Ivi*, p. 365 e s.; l'Autore esclude peraltro che si possa arrivare alla soluzione del tentativo praticando la via dell'*aberratio delicti* dovuta ad *error in persona*: non vi è infatti alcun errore in una situazione simile giacché si realizza una congruenza fra le intenzioni dell'agente e quanto da lui realizzato.

⁴²⁸ Cfr. *infra*, cap. II, paragrafo 2.2.7.

⁴²⁹ *Ibidem*. L'Autore ripropone il vecchio argomento per cui il diritto non intenderebbe tutelare beni, ma solo vietare o permettere condotte. Ritiene inoltre che non sussista alcuna differenza quantitativa fra l'illiceità del tentativo e quella del delitto consumato, in quanto la nota di illiceità in entrambi i casi si manifesta con il primo atto contrario al diritto. Secondo Rohrer non si tratterebbe di punizione della sola *Gesinnung* perché la punizione sarebbe comunque indipendente dalla convinzione dell'agente circa il carattere di illiceità. È evidente a questo riguardo la confusione con il concetto di reato putativo.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

stessa conforme al diritto. Ad ammettere infine la necessità di un profilo soggettivo della giustificazione si dovrebbe giungere all'affermazione dell'incompatibilità della difesa legittima con la realizzazione colposa del fatto corrispondente all'illecito penale.

Il rilievo soggettivo della difesa legittima, come di qualsiasi altra causa di giustificazione, è per altro verso escluso dal fatto che ciascuna causa di giustificazione si attegga quale diritto soggettivo e come tale non dipenderebbe dal profilo psicologico dell'agente⁴³⁰.

I due assiomi del ragionamento – che cioè una condotta può essere lecita o illecita in riferimento alla sua corrispondenza esterna con il tenore testuale e che la causa di giustificazione è un diritto soggettivo, esercitabile a prescindere dal profilo soggettivo dell'agente – vengono ribaditi da Rohrer in riferimento a ogni altra causa di giustificazione⁴³¹. Nonostante il tenore letterale delle cause di giustificazione prese ad esempio⁴³² infatti Rohrer ritiene che gli elementi espressi mediante l'uso di complementi di fine o attraverso proposizioni subordinate finali non coincidano con elementi del *Tatbestand* dato il loro carattere soggettivo⁴³³.

Con piglio sicuro il giovane Autore conclude: «*Die heutige Diskussion über den Inhalt der "subjektive Rechtfertigungselemente" ist eine Diskussion über den Inhalt von etwas nicht Existierendem, kurz: über nichts*⁴³⁴».

2.1.4. La soluzione di Runte

Più recentemente la posizione oggettivista in merito al tema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione è stata riproposta da Runte⁴³⁵.

I fondamenti logici della sistemazione della materia sono individuati dall'Autore nel concetto di Stato di diritto al cui interno il diritto penale assume un

⁴³⁰ *Ivi*, p. 367 e s. Conseguentemente non ha senso secondo l'Autore porsi il problema della struttura del profilo soggettivo; d'altra parte egli ritiene che le due possibili accezioni della volontà difensiva, proposito di difesa o motivo di difesa, sono ugualmente incompatibili con la nozione di causa di giustificazione.

⁴³¹ *Ivi*, p. 368.

⁴³² Si fa l'esempio delle due disposizioni del *BGB* (§ 228 e 229) che consentono il danneggiamento in stato di necessità, nonché la facoltà di arresto riconosciuta ai privati (§ 127 *StPO*).

⁴³³ Il dato segna un ritorno alla concezione meramente oggettiva dell'illecito.

⁴³⁴ *Ivi*, p. 368.

⁴³⁵ Cfr. RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründe durch Rechtsprechung und Lehre*, cit., in particolare p. 307 e ss.

Capitolo II

volto liberale e nei conseguenti concetti di illecito oggettivo e di giustificazione oggettiva⁴³⁶.

Date queste premesse, Runte esclude l'ammissibilità del profilo soggettivo delle cause di giustificazione. Il rilievo soggettivo delle stesse infatti rappresenterebbe un momento di allentamento dei vincoli che stringono il potere punitivo statale; esso corrisponderebbe in altre parole alla scelta indebita da parte dello Stato di un profilo strettamente personale quale oggetto di riferimento per un giudizio di illiceità. Il divieto penale invece riguarda per sua natura condotte indirizzate alla lesione di beni giuridici e non dovrebbe sostanziarsi nella richiesta di una particolare attitudine spirituale.

Secondo Runte la stessa dommatica, anche in riferimento alla disciplina delle cause di giustificazione, dovrebbe informarsi ai principi dello Stato di diritto e in conseguenza di ciò liberarsi del peso della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, la quale corrisponde alla richiesta indebita di un determinato profilo psicologico e in ogni caso significa spostare l'oggetto della punizione penale dalla lesione di un bene giuridico alla disposizione d'animo del soggetto.

2.1.5. La tesi di Nowakowski

Il presupposto sistematico dell'opinione di Nowakowski circa il profilo soggettivo delle cause di giustificazione è la rifondazione del sistema belinghiano sulla base del concetto di bene giuridico⁴³⁷. In questo contesto l'antigiuridicità è intesa come giudizio che interessa quei soli elementi della fattispecie che concorrono alla lesione del bene giuridico e tali elementi debbono essere caratterizzati oggettivamente, non possono, cioè, consistere che in condotte esterne che prescindono dalla disposizione d'animo dell'agente. Il bene giuridico può essere

⁴³⁶ L'Autore poggia questa premessa strutturale sulla base normativa rappresentata dalla Costituzione tedesca la quale avrebbe riconosciuto e fatti propri i contenuti dello stato di diritto e avrebbe posto quale misura delle possibilità di intervento statali la libertà individuale (*ivi*, p. 307. L'Autore si rifà alle posizioni di RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, a cura di F.-K. Schroeder und H. Zipf, Karlsruhe, 1972, p. 71 e ss.).

⁴³⁷ Cfr. RATH, *Die subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 74.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

infatti leso solo attraverso condotte materiali; mai con intenzioni o mere disposizioni d'animo⁴³⁸.

È da notare tuttavia come in uno scritto successivo⁴³⁹ l'Autore ribadisca la posizione appena sintetizzata ma subordinandola alla insussistenza di una chiara disposizione legale contraria: se cioè il legislatore decidesse di subordinare l'efficacia scriminante di una causa di giustificazione al perseguimento da parte dell'agente di un particolare scopo o alla sussistenza di una verifica coscienziosa da parte dello stesso circa la sussistenza della situazione scriminante, non sarebbe corretto ignorare la scelta positiva del legislatore, pur potendosi in astratto configurare l'alternativa fra applicazione oggettiva della scriminante e richiesta del profilo soggettivo⁴⁴⁰. La conseguenza dell'insussistenza di un profilo soggettivo richiesto positivamente è la punizione per delitto consumato⁴⁴¹.

2.1.6. Un profilo riassuntivo

L'indagine dei contributi relativi alla posizione cosiddetta oggettivista rivela che i percorsi argomentativi seguiti sono in sostanza due.

⁴³⁸ NOWAKOWSKI, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW*, 1951, p. 312 e ss.: «*Erfasst man das Unrecht von der Rechtsgutsverletzung her und versteht man das Schutzobjekt als den geschützten Lebensbereich, so können folgerichtig Mitteln und Modalitäten des Verbrechens nur insoweit rechtswidrigkeiterheblich sein, als sie außenweltlich sind*». ID., *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, in *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, Wien-New York, 1981, p. 113 e ss.

⁴³⁹ ID., *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe* (1977), in *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, Wien-New York, 1981, p. 113 e ss.

⁴⁴⁰ *Ivi*, p. 124 e ss.; nonché p. 133: «*der Gesetzgeber durch Statuierung zusätzlicher subjektiver Rechtfertigungsvoraussetzungen die Rechtfertigung für den Fall, daß sie nicht vorliegen, schlechthin ausschließen kann*» (p. 125). Qualche pagina prima (p. 122 e ss.), l'Autore spiega la possibilità che il significato oggettivo dell'azione scriminata differisca dall'intenzione del soggetto ricorrendo alla figura elaborata dalla teologia morale: l'*actio duplicis effectus* caratterizzata dalla causazione di un evento negativo cui però è connesso un esito positivo. L'impiego di questo antico concetto è funzionale alla spiegazione del fenomeno giustificativo: Nowakowski infatti ritiene che l'azione giustificata sia connotata da una parte dal disvalore di azione (*Handlungsunwert*), connesso evidentemente alla corrispondenza dell'azione con il tipo delittuoso di parte speciale che viene in questione; e da altro lato da un valore di azione (*Handlungswert*), che corrisponde alla sussumibilità della stessa condotta sotto una fattispecie di liceità. È da notare come l'Autore utilizzi la terminologia diffusa nella dottrina a lui coeva ma in senso leggermente differente: i concetti di *Wert* e *Unwert* infatti non sono riferiti ai concetti di *Tatbestand* e *Rechtfertigung* ma alla condotta intrapresa dall'agente e corrispondono semplicemente ad una funzione descrittiva. Essi infatti vogliono significare solo che la medesima azione in sé comporta un vantaggio e uno svantaggio secondo quanto la teologia morale appunto indicava con l'etichetta dell'*actio duplicis effectus*. La intrinseca duplice possibilità interpretativa dell'azione giustificata è peraltro connessa alla coppia concettuale *Risiko-Chance*, corrispondendo il primo termine alla realizzazione dell'evento e il secondo al conseguimento dell'effetto scriminante.

⁴⁴¹ *Ivi*, p. 125.

Capitolo II

Il primo, quello battuto da Oehler e Rohrer⁴⁴², si muove all'interno della dicotomia *Bewertung-Bestimmung* privilegiando quest'ultima funzione della disposizione penale il che equivale fuori di metafora a concepire il fenomeno legale come rapporto formale fra il precetto legale e la condotta del singolo agente. Questo si rende evidente nel fatto che il referente logico del giudizio di anti giuridicità è individuato nella sola condotta, con la preclusione di qualsiasi giudizio di valore della stessa. Limitandosi alla considerazione dell'apparenza esterna, l'interprete si preclude un giudizio di valore della stessa giacché è sufficiente la mera corrispondenza della condotta alla norma di liceità.

La seconda soluzione, praticata da Spindel e da Runte, all'opposto muove da premesse valoriali. Vengono infatti definiti assiomi che corrispondono non a scelte metodologiche, come nel caso degli Autori prima citati, ma esprimono un'opzione "politica": l'inammissibilità della punizione di meri stati emotivi, che Spindel riconduce al paradigma del *Willensstrafrecht* e del *Gesinnungstrafrecht* mentre Runte riconduce al più ampio concetto di *Rechtsstaat* che si esprime dalla Costituzione. Al lettore italiano è più familiare la seconda opzione in ragione di due fattori. In primo luogo per la presenza del primo comma dell'art. 59 c.p. che apparentemente rende sostanzialmente ultronea qualsiasi riflessione attinente alla teoria delle norme per la soluzione del quesito dei profili soggettivi e più in generale per la definizione del concetto di anti giuridicità. Per altro verso, il metodo costituzionale, che comporta la lettura teleologica delle categorie dogmatiche, è stato ormai da tempo assorbito dalla dottrina italiana⁴⁴³ per la quale – e in ciò risiede una differenza culturale rilevante con la letteratura tedesca – è del tutto plausibile partire dal precetto costituzionale e non dalla categoria dogmatica per la soluzione dei quesiti giuridici.

⁴⁴² È però da notare che quest'ultimo Autore non cita il primo fra le fonti del suo lavoro, quindi sarebbe indebito stabilire un rapporto di "filiazione" scientifica fra i due.

⁴⁴³ È sufficiente qui richiamare BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in ID., *Scritti di diritto penale* a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I, tomo II, Milano, 1997, p. 1585 e ss. e il già richiamato MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, Napoli, 1992. Più recentemente v. CAVALIERE, *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistematica teleologica del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, p. 521 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

La posizione di Nowakowski, nella sua versione più recente, corrisponde da parte sua all'atteggiamento che assume parte della dottrina italiana⁴⁴⁴ quando viene messa di fronte al dilemma di contemperare il dettato apparentemente rigido del primo comma dell'art. 59 c.p. con il tenore delle singole cause di giustificazione che richiedono contrassegni psicologici. Come Fiandaca e Musco o come lo stesso Marinucci opinano, anche Nowakowski si rimette in sostanza alla scelta caso per caso operata dal legislatore.

Da parte sua, parte della dottrina tedesca, adusa a fondare la soluzione dei problemi dommatici su opzioni per così dire filosofiche, ritiene insoddisfacente la soluzione oggettivista comunque argomentata, in quanto essa ignorerebbe l'individualità dell'agente e il suo rapporto con il comando legale. La soluzione oggettivista sarebbe insufficiente perché non terrebbe in debito conto l'essenza del diritto, inteso quale relazione inter-soggettiva, né il suo "meccanismo di funzionamento" sui destinatari⁴⁴⁵.

2.2. La tesi soggettivista

Come si è già accennato, la maggior parte della dottrina germanofona riconosce la sussistenza di un profilo soggettivo necessario per il conseguimento dell'effetto scriminante. È dunque il caso di passare in rassegna gli argomenti spesi a sostegno di questa tesi.

2.2.1. L'argomento letterale

Quello in questione è l'argomento più semplice e più evidente, e forse proprio per questo il più debole: si tratta del richiamo alla formulazione letterale delle singole cause di giustificazione che vengono in questione⁴⁴⁶. La dottrina cionondimeno non

⁴⁴⁴ Cfr. *supra* cap. I, paragrafo 8.

⁴⁴⁵ Cfr. i rilievi di RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 76 e s.

⁴⁴⁶ Esempi sono la formulazione del § 32 *StGB*, il quale garantisce la difesa legittima a quanti agiscono «*um einen Angriff abzuwenden*»; del § 34, I *StGB*, che subordina lo stato di necessità allo scopo di allontanare il pericolo («*um die Gefahr abzuwenden*»), nonché le formulazioni similari dei §§ 193 *StGB*; 227, II; 228; 229 *BGB*. Si tratta in sostanza della valorizzazione sul piano ermeneutico della scelta del legislatore di esprimersi con l'uso di complementi di fine ovvero con proposizioni subordinate finali.

Capitolo II

tralascia di farvi ricorso per sostenere la necessità del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione⁴⁴⁷.

I motivi di debolezza dell'argomento letterale sono da ricercare innanzitutto nel fatto che il richiamo alla volontà del legislatore è insufficiente a stabilire inequivocabilmente il rilievo oggettivo o soggettivo di un elemento della fattispecie giacché questa indagine ermeneutica corrisponde ad un'attività dell'interprete⁴⁴⁸. La spada del legislatore è infatti smussata quando si tratta di dirimere questioni interpretative, giacché è compito del solo interprete nel caso concreto trarre dal significante della disposizione legale il significato della norma da applicare.

D'altra parte ogni velleità interpretativa del legislatore (e corrispondentemente ogni velleità risolutiva di quegli interpreti che attribuiscono grande rilievo alle disposizioni contenenti regole interpretative o a quelle di interpretazione autentica) è destinata a scontrarsi con il fatto che questa stessa regola contenente un canone interpretativo, sia essa l'apparente univoco significato soggettivo di certi termini, come accade in Germania, o sia essa una disposizione *ad hoc* come accade in Italia, necessita essa stessa di una interpretazione⁴⁴⁹.

In definitiva si può affermare che l'argomento letterale non resiste alla semplice constatazione dell'intrinseca ambiguità del linguaggio, e dunque alla constatazione che entrambe le accezioni (oggettiva e soggettiva) di taluni elementi legislativi sono logicamente ammissibili⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Cfr., fra i molti Autori che si esprimono a favore, BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5. Aufl., Stuttgart u.a., 1979, p. 138 e s.; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtsfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 117 e ss., 125 JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, p. 329; HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, in *Leipziger Kommentar*, cit., p. 135 e 139; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Stuttgart, 2012, p. 187 e s. La debolezza dell'argomento è confermata dal fatto che vi sono Autori che si appellano proprio all'assenza di un chiaro contrassegno soggettivo per negare, per esempio, che nella difesa legittima si debba indagare anche l'intenzione dell'agente: v. RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsauschluß nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin, 1993, p. 192, per la difesa legittima, e p. 194, per lo stato di necessità.

⁴⁴⁸ Si tratta in sostanza dello stesso motivo per il quale il tenore dell'art. 59, co. 1, c.p. non può dirsi decisivo per la soluzione del problema nell'ordinamento italiano.

⁴⁴⁹ Sul tema, v. il già ricordato DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 74 e ss.

⁴⁵⁰ In questa direzione FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtsfertigungselements*, in *Festschrift für Karl Lackner*, a cura di W. Küper, Berlin-New York, 1987, pp. 115-129, il quale sottolinea la scarsa portata dell'argomento letterale e chiarisce come la risposta al quesito debba derivare da precise scelte compiute dal legislatore in merito alla costruzione dell'illecito (il riferimento è alla punibilità nell'ordinamento tedesco del tentativo impossibile, che per Frisch è l'unica ragione sistemica che possa giustificare il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione). V. poi: ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 642 e s., nonché RATH, *Das subjektive*

2.2.2. Argomento ex teoria degli elementi negativi della fattispecie

È stato sostenuto da parte della dottrina⁴⁵¹ che il rilievo soggettivo delle scriminanti derivasse di necessità dall'ammissione della cosiddetta teoria del *Gesamtunrechtstatbestand*, anche detta degli elementi negativi della fattispecie⁴⁵².

Lasciando da parte le perplessità che desta la stessa teoria degli elementi negativi della fattispecie, che ha trovato seguito anche in Italia, si deve sottolineare come, anche ad ammetterne i presupposti, la teoria degli elementi negativi della fattispecie non possa in realtà offrire un appoggio decisivo alla dimostrazione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione: dalla concezione della causa di giustificazione come elemento negativo della fattispecie non deriva per ciò solo il suo rilievo soggettivo che rimane legato ad un ordine di considerazioni differente⁴⁵³.

2.2.3. L'argomento ex § 16 StGB⁴⁵⁴

È stato sporadicamente sostenuto da alcuni Autori⁴⁵⁵ che il tenore letterale del § 16 *StGB*, il quale esclude il dolo dell'agente che ignori una circostanza di fatto, stabilisca un principio per cui in nessun caso all'agente possono essere imputate circostanze di qualsiasi tipo che egli non conosca.

Rechtfertigungselement, cit., p. 77-82 con la dottrina *ivi* citata il quale peraltro, partendo dal presupposto giusfilosofico della preminenza del portato normativo di ciascuna vita umana (cosiddetta *normative Horizont des Seins*, nella terminologia dell'Autore), ritiene del tutto indisponibile al legislatore la soluzione del problema del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione e di conseguenza del tutto velleitario voler risolvere la questione da parte dell'interprete sulla base del diritto positivo. Sulla insufficienza dell'argomento letterale v. da ultimo SCHWAZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 85 e ss.

⁴⁵¹ È di questo avviso per esempio SEIER, *Der nichtfinale Rettungsschuß*, in *JuS*, 1989, p. L 88, il quale ritiene evidente che secondo la teoria degli elementi negativi della fattispecie si debba sostenere il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

⁴⁵² Che vede la sua nascita nel lavoro di ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, cit.

⁴⁵³ Di questo avviso RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 83.

⁴⁵⁴ Il quale stabilisce per la parte che qui interessa: *Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.*

⁴⁵⁵ Cfr. GEPPERT, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, in *Jura*, 1995, p. 104: «*Gestuzt wird die „subjektive“ Ansicht im ubrigen durch das Gesetz selbst; denn wenn einem Täter Tatumstände, die er nicht gekannt hat, ausweislich von § 16 StGB nicht zur Vorsatztat angelastet werden dürfen, ist es nur folgerichtig, ihm auch rechtfertigende Situationen nicht zugutezuhalten, die er gar nicht gekannt hat*» e, con le stesse parole, KRETSCHMER, *Übungsklausur Strafrecht: „Ein folgenschweres letztes Bier“*, in *Jura*, 1998, p. 248.

Capitolo II

Si deve però osservare che la disciplina dell'*error facti* non può essere assunta come principio di imputazione psicologica di tutte gli elementi fattuali che corrispondono alla fattispecie legale, intesa in senso ampio e cioè comprensiva anche di eventuali disposizioni di liceità. Il dolo infatti è un elemento necessario per il giudizio di responsabilità penale; per questo motivo attraverso la verifica della sua sussistenza si intende imporre uno *standard* di partecipazione psicologica particolarmente alto che funga da garanzia contro la possibilità di imputazioni oggettive. Al contrario il fenomeno giustificativo conduce all'esito di esenzione da pena dell'agente e dunque non necessariamente potrebbe dover richiedere un profilo così alto di partecipazione psicologica dell'agente al fatto.

In ogni caso non può ritenersi che il criterio di imputazione stabilito dal paragrafo § 16 *StGB*, o dall'analogo nel nostro ordinamento, cioè l'art. 47 c.p., possa dirsi sovraordinato alla disciplina positiva delle singole scriminanti, specie nell'ordinamento tedesco che non conosce disposizioni positive che possano suggerire l'imputazione soggettiva delle singole scriminanti.

2.2.4. Il richiamo al tentativo inidoneo

Nel saggio già citato, Frisch intende individuare una ragione positiva per la punibilità della realizzazione inconsapevole di una causa di giustificazione. L'Autore ritiene come si è ricordato poco sopra che il fondamento di questa soluzione non possa essere efficacemente individuato nel tenore testuale delle disposizioni che contengono singole cause di giustificazione. Egli sostiene inoltre che il concetto di illecito, in qualsiasi modo esso venga strutturato, non possa essere d'aiuto nella soluzione dell'interrogativo circa il rilievo soggettivo delle scriminanti. Frisch individua dunque chiaramente l'essenza del rilievo penale della realizzazione dei soli profili oggettivi della fattispecie nella punizione di un disvalore di intenzione⁴⁵⁶.

La possibilità che il disvalore di intenzione possa essere punito necessita tuttavia di una base legale che Frisch individua nel § 23 *StGB*, cioè nella punibilità del tentativo inidoneo. In entrambi i casi, nonostante le differenze fenomenologiche (in un caso l'evento non si verifica, nell'altro sì), normativamente non può dirsi sussistente un evento che meriti il biasimo penale, pur sussistendo una volontà

⁴⁵⁶ FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., pp. 113 e ss.; v. poi, p. 122 e ss., nonché p.126.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

antigiuridica⁴⁵⁷. Secondo Frisch la disciplina del tentativo inidoneo rende palese che l'ordinamento tedesco considera il semplice disvalore di intenzione penalmente rilevante. Questo principio, espresso chiaramente in una disposizione positiva, è secondo l'Autore l'unica base normativa che permette la punizione della realizzazione dei contrassegni oggettivi delle cause di giustificazione a prescindere dalla sussistenza di un corrispondente profilo psicologico⁴⁵⁸.

Il tenore del contributo di Frisch suona familiare al lettore italiano. Esso corrisponde alla presa di coscienza da parte della dottrina tedesca del fatto che la punizione della realizzazione inconsapevole di una causa di giustificazione corrisponde alla punizione di una semplice intenzione lesiva. Non è infatti senza importanza – e nemmeno peraltro scontata – nel panorama tedesco l'affermazione che nega una differenza sul piano normativo fra tentativo inidoneo e realizzazione dei soli contrassegni oggettivi di una causa di giustificazione; come non è peraltro scontato individuare nel § 23 *StGB* l'unica base normativa che possa legittimare la soluzione diffusa nella prassi e nella dottrina tedesca.

Quest'ultima tuttavia ha avuto modo di criticare la ricostruzione di Frisch, contestando all'Autore fra l'altro la mancanza di una riflessione giusfilosofica sul punto, con la conseguente limitazione dell'indagine al diritto positivo; nonché

⁴⁵⁷ Ivi, p. 127 e s.: «Die in der Bestrafung (auch) des untauglichen Versuchs liegende gesetzliche Vor-Entscheidung (in Verbindung mit dem Gleichheitssatz) gebiet damit, auch den zu bestrafen und damit sein Verhalten als strafrechtlich relevantes Unrecht anzuerkennen, der in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage rechtsgutsgefährdend oder –beeinträchtigend tätig wird».

Argomenta, solo però “a maggior ragione”, a partire dalla punibilità del tentativo inidoneo anche STRENG, *Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert. Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen*, in *Festschrift für Harro Otto*, a cura di G. Dannecker, München, 2007, p. 482, onde sostenere che la sussistenza solo oggettiva di una scriminante non potrebbe giovare nemmeno nel caso in cui il fatto realizzato sia rimasto allo stadio di tentativo: il tentativo stesso, infatti, si baserebbe nel sistema tedesco sulla mera «*Auflehnung gegen strafrechtliche Verbote oder Gebote*», come dimostra appunto la punibilità del tentativo inidoneo.

⁴⁵⁸ Ivi, p. 128 e s. Una soluzione simile è stata recentemente sostenuta da SCHWAZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 94 e ss., specialmente 103 e ss. L'Autore constata come la soluzione del quesito relativo al profilo soggettivo delle scriminanti sia legato ad una precisa scelta di politica criminale dell'ordinamento fra un orientamento oggettivista e uno soggettivista. Egli sostiene, tuttavia, che l'ordinamento tedesco abbia nettamente deciso per la seconda opzione, come è desumibile dalla disciplina del tentativo inidoneo. Di conseguenza è da ritenere che la realizzazione inconsapevole di una causa di giustificazione non sia indifferente all'ordinamento; al contrario essa è penalmente rilevante in quanto da una parte corrisponde alla disobbedienza dell'agente rispetto alla *Bestimmungsnorm*, e per altro verso non si riduce a emersione di una mera *Gesinnung*, in quanto si verifica la realizzazione di una condotta. La riconduzione della questione alla materia del tentativo inidoneo non rappresenta in alcun modo un *monstrum* concettuale dal momento questo istituto non deve essere inteso in senso naturalistico, bensì normativamente. È in definitiva la sussistenza di un disvalore di condotta residuo che giustifica la punizione della realizzazione inconsapevole di una causa di giustificazione.

Capitolo II

l'assimilazione delle figure della realizzazione inconsapevole della scriminante con il tentativo inidoneo⁴⁵⁹.

2.2.5. *L'argomento a partire dalla ratio della giustificazione*

Lo stesso Frisch nel medesimo contributo afferma chiaramente come l'individuazione delle varie *rationes* che sottostanno a seconda delle formulazioni al fenomeno della giustificazione non permetta in alcun modo di affermare la necessità di un profilo soggettivo nelle cause di giustificazione⁴⁶⁰.

Posto che l'individuazione di una sola *ratio* o di più *rationes* è intrinsecamente problematica e attualmente guardata con diffidenza, anche ad ammettere che le cause di giustificazione si fondino sull'ottenimento di un giusto scopo attraverso un mezzo corretto o sul bilanciamento di interessi o sulla mancanza di interesse o sul perseguimento di un interesse prevalente, da queste definizioni non sarebbe ancora possibile dedurre logicamente la necessità del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione poiché si tratterebbe di derivare un dover-essere da un essere in violazione della legge di Hume.

D'altra parte anche intendendo gli elementi delle cause di giustificazione, quali uno scopo difensivo o il perseguimento di uno scopo di salvezza, secondo un significato oggettivo verrebbero garantiti i possibili fondamenti materiali dell'antigiuridicità⁴⁶¹.

In maniera ancora più conseguente Frisch sottolinea come la caratterizzazione materiale dell'antigiuridicità, che è l'esito cui si giunge una volta che ci si incammini per la via dell'individuazione della *ratio* della giustificazione, dovrebbe privilegiare piuttosto un'interpretazione oggettiva delle fattispecie scriminanti, dal momento che suo scopo è appunto l'individuazione di un risultato materiale, per così dire storico,

⁴⁵⁹ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 87 e s. il quale sottolinea come invece tentativo inidoneo e realizzazione inconsapevole dei presupposti oggettivi di una scriminante sono due situazioni differenti in quanto il primo è una condotta illecita (peraltro punibile nell'ordinamento tedesco), al più tollerabile nei casi in cui la condotta tentata non crei alcun allarme nella vittima; mentre il secondo caso è un fatto esternamente del tutto lecito, conforme al diritto. Il rilievo è stato ripreso recentemente da GROPP, *An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht. Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements*, in *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Heger, München, 2014, p. 257. V. *infra*, paragrafo 4.1.3.

⁴⁶⁰ Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., pp. 120 e ss. Concorda sul punto RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 90 e s.

⁴⁶¹ Per uno "specchietto" riassuntivo cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 90 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

conseguente alla realizzazione di una condotta corrispondente alla fattispecie scriminante⁴⁶².

2.2.6. Welzel e la teoria finale dell'azione

In chiusura del precedente paragrafo, relativo alla cosiddetta scoperta degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, si è già avvertito come la teoria finalistica dell'azione abbia rappresentato una sorta di "rifondazione" della teoria del rilievo soggettivo della giustificazione, costituendo la base comune per lo sviluppo della dottrina penalistica attuale.

È noto quale sia il contenuto della concezione finale dell'azione: l'essere quest'ultima esecuzione di un'attività di scopo che l'agente si è prefissato, scegliendolo fra quelli che si è rappresentato sulla base delle sue conoscenze causali pregresse⁴⁶³. Qualsiasi azione viene connotata sul profilo soggettivo da una doppia operazione intellettuale: la comprensione della realtà e la scelta del fine da perseguire fra quelli astrattamente possibili. Il concetto di azione così profilato diviene l'assioma dell'intero sistema welzeliano e dunque il concetto di illecito⁴⁶⁴.

Il diritto penale infatti si pone con i suoi divieti e i suoi comandi non come metro di valutazione di meccanismi causali, secondo quanto insegnato dalla costruzione classica del reato, bensì come misura di attività di scopo di un soggetto. I tratti oggettivi del fatto tipico di conseguenza si scoloriscono: non si tratta infatti di considerare la violazione di un interesse materiale, ma di considerare l'operato di un determinato autore che ha deciso la violazione dell'interesse tutelato⁴⁶⁵. Tutto ciò

⁴⁶² Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 122: «Thema der Rechtfertigungslehre ist die Frage nach der Erlaubtheit einer konkreten realen Güterbeeinträchtigung bzw. des dahin führenden Verhaltens. Die Rechtfertigungslehre beantwortet diese Frage, indem sie – vor allem – auf die Prinzipien des fehlenden Interesses an Gutserhaltung und des überwiegenden Interesses anderer Güter verweist. Für eine solche Sicht kann es letztlich nur auf objektive Gesichtspunkte ankommen».

⁴⁶³ Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 33 e ss. Valgono ovviamente i riferimenti bibliografici già operati nel paragrafo precedente.

⁴⁶⁴ Il concetto finale di azione prende così il posto un tempo occupato prima dal naturalismo tipico del sistema classico e poi dal teleologismo neokantiano, quale fondamento del sistema penale.

⁴⁶⁵ Si considerino le seguenti definizioni tratte dal manuale di Welzel (*ivi*, p. 62 e ss.): «*rechtswidrig ist die Handlung nur als Werk eines bestimmten Täters*»; «*Rechtswidrig ist immer die Missbilligung einer auf einen bestimmten Täter bezogenen Tat. Unrecht ist tätbezogenes personales Handlungsunrecht*». Si noti per l'intelligenza di quanto seguirà che Welzel conia qui la coppia disvalore d'azione/disvalore d'evento che avrà una grossa fortuna nella letteratura successiva. Si presti attenzione ancora al fatto che Welzel non rigetta la concezione tripartita né rinuncia ad individuare lo scopo del diritto penale nella protezione dei beni giuridici (qualche pagina prima, introducendo il

Capitolo II

comporta il necessario rilievo dell'elemento psicologico nella fattispecie tipica; il dolo è anzi l'elemento chiave dell'illecito penale, poiché è esso che lumeggia l'azione articolandosi nel momento conoscitivo e in quello di posizione dello scopo dell'azione⁴⁶⁶.

Per quanto riguarda la giustificazione Welzel considera le singole fattispecie scriminanti come limiti all'applicabilità del precetto penale. Il "verbo" dell'azione finale tuttavia consente a Welzel di spiegare il fenomeno della giustificazione anche con riferimento alla condotta del singolo: al pari della condotta illecita, anche la condotta scriminata è portatrice di un significato se corrisponde alla realizzazione di uno scopo di tutela. Conseguentemente anche l'azione lecita è principalmente realizzazione di una volontà e pertanto è naturale che l'agente possa invocare a suo vantaggio la scriminante solo se egli era consapevole della presenza dei requisiti oggettivi della situazione scriminante e se ha inteso conseguire il risultato di tutela⁴⁶⁷.

Come è stato notato in dottrina⁴⁶⁸ la risposta che Welzel dà al quesito del rilievo soggettivo delle scriminanti non riposa ancora sulla necessità di una compensazione fra disvalori, come di lì a poco sarebbe divenuto consueto affermare. Per Welzel la strutturazione dell'illecito nelle sue componenti rimane infatti una questione, per così dire, ontologica: legata cioè al (supposto) essere dell'azione umana.

capitolo sull'illecito, scrive: «*Eine Handlung wird zum Verbrechen, wenn sie in einer von gesetzlichen Tatbeständen normierten Weise die Gemeinschaftsordnung verletzt und dem Täter zur Schuld vorgeworfen werden kann. Eine Handlung muß also in bestimmter Weise die Gemeinschaftsordnung verletzen, sie muss „tatbestandsmäßig“ und „rechtswidrig“ sein, und sie muß dem Täter als verantwortlicher Person vorgeworfen werden können, sie muß „schuldhaft“ sein*»). Welzel ritiene che mentre la componente psicologica del reato, il cosiddetto disvalore di condotta, non manchi mai nei delitti, in quanto corrispondente al concetto di azione, quella materiale, il disvalore di evento, si dia in forme differenti e non sempre, dimodoché l'illecito si struttura principalmente sulla componente soggettiva del fatto: «*Für die meisten Delikten ist allerdings eine Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung wesentlich, aber nur als Teilmoment der personal-rechtswidrigen Handlung, nie in dem Sinne, dass die Rechtsgutsverletzung allein das Tatumrecht ausreichend kennzeichnet. Die Rechtsgutsverletzung (der Erfolgswert) hat strafrechtlich nur innerhalb einer personal-rechtswidrigen Handlung (innerhalb des Handlungswert) Bedeutung. Der personale Handlungswert ist der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikten. Der Sachverhaltsunwert [...] ist ein unselbstständiges Moment bei zahlreichen Delikten (den Erfolgs- und Gefährdungsdelikten). Der Sachverhaltsunwert kann im konkreten Fall fehlen, ohne dass der Handlungswert entfiel, z.B. beim untauglichen Versuch*» (ibidem). Questa "formula" riassuntiva è presente nel manuale di Welzel sin dalla prima edizione (1949) con una sola differenza: nella prima edizione l'Autore fa seguire in coda all'esempio del tentativo impossibile quello del consenso ignorato.

⁴⁶⁶ «*Die objektive Handlung ist die zweckhafte Durchführung des Vorsatzes*» (ivi, p. 64).

⁴⁶⁷ Cfr. ivi, p. 103.

⁴⁶⁸ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 105.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

La teorica welzeliana ha conosciuto, come è noto, dopo un successo notevole, anche una fase di critica che ha interessato sia la dottrina tedesca che quella italiana⁴⁶⁹. In questa sede è sufficiente ricordare le obiezioni evidenziate in riferimento al problema dei profili soggettivi delle cause di giustificazione. In primo luogo si osserva come, anche ad ammettere il postulato della struttura finale dell'azione, questo dato sarebbe una mera descrizione dell'essere e da esso non si ricaverebbe di necessità alcun criterio di imputazione, dal momento che quest'ultimo giace sul piano del dover essere⁴⁷⁰. A questo rilievo segue immediatamente quello che contesta a Welzel il ricorso all'argomento letterale: di fatto – si sostiene⁴⁷¹ – egli non fa altro che valorizzare il disposto legale delle singole disposizioni legali, le quali si esprimono utilizzando proposizioni subordinate finali o complementi di scopo senza tenere in debito conto che nemmeno tutte le scriminanti sono formulate secondo questo schema.

In sostanza si lamenta a Welzel l'assenza di una riflessione sistematica sul quesito della giustificazione inconsapevole, il quale viene risolto facendo applicazione meccanica del congegno del concetto di illecito personale fondato sulla teoria dell'azione finalistica.

2.2.7. Il concetto personale di illecito dopo Welzel: il modello della compensazione

Per sostenere il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione parte della dottrina tedesca ricorre direttamente al concetto di illecito.

Come si è avuto modo di notare, l'adozione del modello personale di illecito costituisce la premessa sistematica pressoché indiscussa dell'attuale dibattito penale di lingua tedesca⁴⁷². Dalla constatazione che il contenuto dell'illecito è comprensivo

⁴⁶⁹ Nel paragrafo precedente si è già fatto riferimento ai lavori comparsi nell'immediato dopoguerra in Italia (cfr. cap. II, paragrafo 1.5). Riguardo alla dottrina tedesca v. ROXIN, *Strafrecht*, cit., pp. 243-248.

⁴⁷⁰ Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 118 e ss.; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 107

⁴⁷¹ FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 118; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 108.

⁴⁷² Sul concetto personale di illecito cfr.; RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, cit., p. 69 e ss.; OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, in *ZStW*, 1975, p. 539 e ss.; JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1981, p. 15 e ss.; HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte*

Capitolo II

di una componente soggettiva viene dunque desunta in maniera immediata anche la necessità di un profilo psicologico delle cause di giustificazione che concorrono alla formazione del giudizio di illiceità in modo da garantire una simmetria strutturale che garantisca l'omogeneità del giudizio di illiceità.

La struttura simmetrica dell'illecito viene plasticamente resa dall'uso della metafora della compensazione che viene utilizzata per spiegare il “meccanismo” di funzionamento della giustificazione. Secondo l'opinione in questione infatti il disvalore espresso dall'illecito, che si articola nella causazione di un evento lesivo dell'interesse giuridico tutelato dalla disposizione vietata (*Erfolgsunwert*) e nella emersione della volontà contraria al diritto (*Handlungsunwert*)⁴⁷³, verrebbe compensata dalla presenza di un valore di azione, che si evidenzia nel raggiungimento anche solo potenziale dello scopo di tutela, e di un valore di intenzione, costituito proprio dal profilo psicologico necessario alla giustificazione (*Saldierungsmodell*)⁴⁷⁴.

Strafrechtswissenschaft, cit., p. 831 e ss.; RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, cit., p. 29 e ss. L'etichetta di «illecito personale» coniata da Welzel viene riconosciuta a tutti coloro che, sulla scorta del suo insegnamento, costruiscono l'illecito sui due poli del disvalore di azione e sul disvalore di evento, benché ormai non si ritenga più che il disvalore di azione sia più rilevante di quello di evento, e nonostante siano ormai chiare le debolezze del presupposto ontologico della teoria welzeliana: «[die] bleibenden Erkenntnisse [der finalen Handlungslehre] – die Gleichwertigkeit von Handlungsunwert und Erfolgsunwert im materiellen Unrechtsbegriff [...] von der Handlungslehre des Finalismus unabhängig» (JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, cit., p. 17).

⁴⁷³ Cfr. RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, cit., p. 51 e ss., che sintetizza una “genealogia” del concetto di disvalore di azione; nonché GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale* (1979), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 e ss., con i corrispondenti rimandi bibliografici. Recentemente le due espressioni sono state messe in discussione. Da una parte si è fatto uso in sostituzione di queste due locuzioni della coppia *Motivationsunwert* e *Geschehensunwert*, la quale dovrebbe servire a mondare il concetto di *Handlungsunwert* dei significati materiali implicati dalla termine *Handlung* (cfr. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München, 2015, p. 101). Nota, tuttavia e giustamente, Gropp come il termine *Motivation* significhi più di quello che vuole intendere e pertanto propone un ritorno alla dicotomia oggettivo-soggettivo onde riferirsi ai contenuti dell'illecito (cfr. GROPP, *An der Grenze der Lehre vom personale Unrecht*, cit., p. 252). Soluzione che, però, probabilmente non fa che spostare il problema definitorio, senza risolverlo, tanto più se si considera che l'Autore definisce oggettivo ciò che è oggetto della rappresentazione dell'agente, e soggettivo la rappresentazione stessa, a cui si aggiungono elementi accessori come ad esempio il fine di appropriazione nel furto.

⁴⁷⁴ Cfr. VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystem*, cit., p. 17: «Dem objektiven Tatbestand entsprechen objektive Rechtfertigungsgründe, dem subjektiven subjektive. [...] Auf den Rechtfertigungsgrund der Notwehr beispielweise angewandt bedeutet dies, daß der Angegriffene rechtmäßig handelt, wenn er sowohl objektiv einen Angriff durch die Verursachung des Erfolges von sich abwehrt als auch subjektiv von sich abwehren will. [...] Im umgekehrte Fall [rispetto all'errore sulle scriminanti] ist nur die subjektive und nicht die objektive Norm verletzt, so daß der Täter nur wegen des Unternehmens der Erfolgsherbeiführung verantwortlich ist». Il *Saldierungsmodell*, dopo questo iniziale riconoscimento, non resistette alla formidabile avanzata della teoria finalista che sbilanciava l'illecito sulla sua componente intenzionale. Per questa ragione, quando scriveva nel 1975,

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Intorno a questa concezione si sviluppa uno dei lavori più approfonditi dedicato al tema dei profili soggettivi della giustificazione degli ultimi trent'anni. L'Autore sostiene la necessaria presenza del profilo soggettivo delle scriminanti direttamente a partire dalla strutturazione dell'illecito intorno alla componente lesiva oggettiva e a quella soggettiva personale. Queste due componenti hanno corrispondenti tanto nel fatto tipico, quanto nella giustificazione: anche in quest'ultima, infatti, si deve ricercare un *pendant* dell'elemento soggettivo del fatto tipico che ne escluda il disvalore (*Handlungsunwert*), e questo elemento simmetrico è individuato nel profilo soggettivo della giustificazione⁴⁷⁵.

Stratenwerth osservava come lo studio del disvalore di evento fosse discutibile tanto che la costruzione dell'illecito appariva materia oltremodo fraintesa (cfr. STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, in *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, a cura di G. Grünwald, München, 1975, p. 177 e s.). L'Autore propone, dunque, in quel contributo una schematizzazione dell'illecito, secondo la quale la sussistenza del solo disvalore di azione non esclude la sussistenza dell'illecito (ivi, p. 178 e s.). Sull'«*einfaches algebraisches*» *Saldierungsmodell* in generale, cfr. PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Küper, Heidelberg, 1993, p. 183 e ss. Si vedano, con riferimento alla tematica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione: BLANKE, *Die subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., pp. 148-153; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2. Aufl., Berlin, 1988, p. 203 e s.: «*Sowenig wie es für die positive Annahme einer rechtswidrigen Tat ausreicht, dass die objektiven Voraussetzungen eines Deliktstatbestandes erfüllt ist, es vielmehr statt dessen darüber hinaus erforderlich ist, dass die Tat auch eine subjektive Komponente aufweist, sowenig kann es für die Negation der Annahme einer rechtswidrigen Tat ausreichen, dass die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungstatbestandes erfüllt sind, vielmehr wird man für eine Rechtfertigung ebenfalls fordern müssen, dass eine subjektive Komponente hinzutritt*»; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, 1992, p. 348 e s.; GRAUL, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, in *JuS*, 1995, p. L 41 e s.; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 329; STRATENWERTH-KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München, 2011, p. 153; STRENG, *Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert. Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen*, cit., p. 473 e s.; RÖNNAU, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, in *JuS*, 2009, p. 595 e s.; LENCKNER-STERNBERG LIEBEN, *Vorbemerkungen §§ 32 ff.*, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, p. 562; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 187; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München, 2012, p. 182.

⁴⁷⁵ Cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., *passim*, principalmente p. 58 e ss. e 81 e ss, nonché p. 145. L'Autore poggia la necessaria presenza sia del disvalore di azione che del disvalore di condotta nell'illecito su tre argomenti, peraltro classici nel dibattito sulla costruzione dell'illecito: in primo luogo, la necessità ermeneutica di distinguere fra di loro, già al livello del *Tatbestand*, le fattispecie dolose da quelle colpose; la corrispondenza delle due componenti dell'illecito alla doppia funzione svolta dalle norme (*Bewertungsfunktion*, *Bestimmungsfunktion*); il ruolo sistematico del tentativo, punibile in Germania già nella forma inidonea, che rivela la consustanzialità all'illecito penale della volontà antiggiuridica. D'altronde a giudizio dell'Autore – che qui si muove su binari ben consolidati dalla letteratura precedente prima richiamata – la lesione dell'interesse non può essere in alcun modo estromessa dalla struttura dell'illecito, giacché la funzione di tutela svolta dal diritto penale consentirebbe sempre di individuare un bene giuridico, la cui tutela corrisponde alla *Bewertungsfunktion* svolta dal precetto penale. Il rilievo dell'evento, inoltre, non può essere sminuito giacché la sua considerazione corrisponde alla limitazione del *munus* penale alla sola exteriorità dei rapporti e alla sua subordinazione alla sola funzione preventiva. Oltre a ciò la funzione decisiva

Capitolo II

Posto che all'interno del concetto di illecito si possa operare una distinzione fra evento e condotta, riferimenti per le valutazioni di valore o disvalore⁴⁷⁶, al *Saldierungsmodell* si può obiettare, senza affrontare ancora la questione dell'essenza del giudizio di anti giuridicità, che i giudizi di tipicità e anti giuridicità non hanno carattere descrittivo di due entità che si assume essere omogenee. I due concetti sono invece normativi, costruiti "artificialmente" in riferimento alle funzioni del diritto penale⁴⁷⁷. Essi corrispondono a scopi differenti giacché il *Tatbestand* descrive, individuando un fatto attraverso il necessario riferimento anche ai dati soggettivi; diversamente, il giudizio di illiceità è una valutazione di stesso fatto alla stregua di un'altra regola dell'ordinamento che è precetto permissivo, onde è sostanzialmente rimessa al legislatore la definizione del parametro di liceità da applicare al caso concreto⁴⁷⁸. Non si sottolinea infatti abbastanza da parte della dottrina tedesca, la

dell'evento è desumibile anche dalla banale constatazione che fatti offensivi di interessi differenti, o offensivi del medesimo interesse in modo differente, rivestono un significato sociale differente.

⁴⁷⁶ A questo riguardo peraltro correttamente GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, cit., p. 467, osserva come la compensazione così come generalmente immaginata in realtà presupponga l'ulteriore premessa secondo cui il disvalore di azione debba consistere in soli tratti soggettivi, coincidendo in sostanza con un disvalore di intenzione. Lo stesso Autore sottolinea come l'assunto non sia peraltro indiscusso in dottrina.

⁴⁷⁷ Intuizione che trova una conferma nelle parole di CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistemazione teleologica*, Napoli, 2000, p. 469: «Valore d'evento e valore d'azione delle scriminanti vanno, dunque, intesi in senso normativo, ovvero come requisiti strutturali generalissimi di una giustificazione orientata a principi costituzionali, rispettivamente di materialità-offensività e di personalità dell'illecito, in modo simile a quanto [accade] in relazione al fatto tipico» (la base metodologica dell'Autore è infatti il teleologismo orientato alla tutela di beni giuridici).

⁴⁷⁸ Per critiche consimili v. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 94 e ss., nonché 127 e ss. Tra queste è interessante riportare una precisazione dell'Autore relativa alla differenza fra giudizio di tipicità e di anti giuridicità. Secondo Rath infatti mentre la tipicità riguarda l'agente e per questo è necessario che il fatto venga imputato sotto questo profilo anche soggettivamente, l'anti giuridicità riguarda la sfera dei terzi vittime e della comunità organizzata in Stato. Di conseguenza non è possibile sostenere una omogeneità nella composizione dei due giudizi dal momento che l'oggetto delle due categorie è sostanzialmente differente, dimodoché se per l'illecito è necessario un profilo soggettivo, dato che si assumono come penalmente rilevanti le sole condotte che procedono da una scelta rimproverabile dell'agente, non è detto che per la giustificazione si debba avere riguardo anche al profilo soggettivo. Secondo Rath non è in sostanza sufficiente il richiamo al manifestarsi della causa di giustificazione nella forma di una condotta per poter estendere al fenomeno della giustificazione le stesse regole di imputazione dell'illecito. Osserva inoltre l'Autore come un simile modello compensatorio non potrebbe funzionare nei casi in cui la fattispecie incriminatrice richieda un profilo soggettivo non corrispondente a quello della causa di giustificazione che viene in questione.

Si veda pure FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., pp. 122-125, il quale sottolinea come la costruzione della fattispecie incriminatrice attraverso il riferimento ad elementi oggettivi e soggettivi consente solo di concludere che il fatto non è tipico se manca uno di questi elementi. Il fondamento soggettivo delle cause di giustificazione necessita di una spiegazione autonoma: «Dass die objektiv gegeben Rechtfertigungslage zum Wegfall solchen zusammengesetzten Unrechts nicht ausreicht, bereits hierfür ein sog. Subjektives

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

quale in genere assume come modello di giustificazione solo *Notwehr* e *Notstand*, come invece il “mondo” delle scriminanti sia ben più vasto e comprenda casi in cui la giustificazione può essere legata semplicemente alla valorizzazione di un elemento materiale ulteriore rispetto a quelli contenuti nella fattispecie scriminante, come potrebbe essere una qualifica personale dell’agente o la sussistenza di un permesso. In casi del genere la giustificazione si connota come meramente formale e si allontana dalla necessità, per così dire, descrittiva di un profilo psicologico. L’idea di una corrispondenza simmetrica fra elementi della fattispecie ed elementi di ogni scriminante dunque non rispecchia la fisionomia di tutte le disposizioni scriminanti contenute nell’ordinamento⁴⁷⁹.

Un altro difetto del modello compensatorio risiede inoltre nella (indebita) duplicazione degli elementi logici con cui si cerca di descrivere il fenomeno della giustificazione. Ad assumere che sussistano disvalori da una parte e valori dall’altra,

Rechtfertigungselement erforderlich sei, ließe sich nach höchstens noch dann halten, wenn bereits der Wegfall der objektiven Unrechtskomponente selbst unabdingbar an eine bestimmte subjektive Befindlichkeit, eben das sog. subjektive Rechtfertigungselement, geknüpft wäre» (ivi, p. 123) e come esempio del contrario porta il consenso ignorato nel cui caso l’intenzione dell’agente non intacca l’interesse giuridico tutelato. Argomenta anche a partire dal consenso ignorato GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff*, cit., p. 174 (p. 469 della traduzione italiana), il quale afferma come sia indebita la generalizzazione della necessità del profilo soggettivo a partire dall’analisi dell’illecito, giacché è necessario invece che l’interprete ingaggiare una continua battaglia ermeneutica fra i presupposti sistematici generali e la realtà dei singoli istituti.

⁴⁷⁹ Cfr. RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, cit., p. 88 e s., nonché p. 186 e ss., in cui l’Autore fa l’esempio del carattere necessario della difesa legittima (*Erforderlichkeitsvoraussetzung*), corrispondente in sostanza alla proporzione richiesta dall’art. 52 c.p., come elemento che non troverebbe alcun corrispondente di sorta nel profilo soggettivo della fattispecie di illecito che si andrebbe ad applicare. A riguardo bisogna però osservare che Röttger pone la questione scorrettamente, in quanto nel requisito della necessità della difesa legittima ritiene realizzato un bilanciamento fra valore e disvalore di azione che si sostanzierebbe nel confronto fra azione realizzata e quella necessaria (cioè quella che comporta il minore sacrificio del bene aggredito a scopi difensivi). È evidente, forse al lettore italiano con maggiore facilità, come l’eventuale compensazione di disvalori non abbia a che fare con la proporzione solamente, ma col confronto fra elementi della condotta realizzata sussumibili sotto la disposizione incriminatrice ed elementi riconducibili alla disposizione di liceità. Cionondimeno il rilievo relativo all’asimmetria fra disposizioni incriminatrici e fattispecie di liceità rimane persuasivo.

Similmente lo stesso Autore ritiene che, anche ad ammettere un profilo soggettivo nelle cause di giustificazione come *Notwehr* e *Notstand*, esso non sarebbe paragonabile alla configurazione di un dolo, propriamente detto, tanto meno ad un dolo specifico, giacché potrebbe consistere tutt’al più in una intenzione difensiva, intesa come mera disposizione d’animo del soggetto. Un simile profilo psicologico infatti non presupporrebbe nulla di paragonabile alla conoscenza esatta delle contingenze fattuali che è presupposto del dolo. La concezione del profilo soggettivo della giustificazione come opposto del dolo del reato inoltre porta l’interprete a doversi confrontare con l’oggetto del primo: deve esso corrispondere all’insieme dei presupposti della fattispecie tipica, o solo all’insieme degli elementi fattuali compresi nella scriminante? Domanda tanto ardua quanto probabilmente inavvertita dal diritto applicato (ivi, p. 197 e s., ove l’Autore perseguendo scopi evidentemente polemici enumera diversi problemi conseguenti alla concezione di un profilo soggettivo della giustificazione come del tutto speculare all’elemento soggettivo del reato).

Capitolo II

si rischia di finire col convincersi che sussistano nella realtà due fatti che si contrappongono elidendosi come, aggiungendo una base ad una soluzione acida, si possa riportare il pH di quest'ultima al valore di neutralità. Al contrario nella realtà esiste un medesimo fatto che può essere sussunto sotto due disposizioni, una delle quali lo consente. All'interno di questo stesso fatto, è la medesima disposizione psicologica che può essere descritta come dolo di fattispecie e rilevare al contempo, ove se ne ammetta un profilo psicologico, come necessario elemento della giustificazione; è la medesima azione che può corrispondere tanto alla condotta tipica quanto a quella scriminata. Gli effetti materiali della condotta e la condotta stessa rimangono: non vi è nulla che possa essere eliminato; ciò che si verifica è semplicemente la possibilità di sussumere quanto realizzato sotto una disposizione di liceità⁴⁸⁰. La compensazione fra disvalori e valori è dunque una metafora, il cui successo sta nella capacità evocativa dell'immagine della pesatura, con connessa possibilità di raggiungere un equilibrio soddisfacente⁴⁸¹, non si deve però perdere di vista il piano concreto del funzionamento dei meccanismi applicativi delle

⁴⁸⁰ V. PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, cit., p. 185, la quale sottolinea come oggetto dei giudizi di tipicità e di anti giuridicità sia lo stesso fatto e precisa come la giustificazione non consiste nel produrre un *novum* che contrasti quanto precedentemente realizzato dall'agente. La giustificazione infatti consiste sulla base dell'insegnamento dei neo-kantiani, nell'essere il fatto il mezzo idoneo per la salvaguardia di un bene e ciò vale tanto sul profilo oggettivo quanto su quello soggettivo. Cfr. poi RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, cit., p. 88: «*Es gibt zwar regelmäßig nur ein Ereignis oder Geschehen, das jedoch im Hinblick auf verschiedene seiner Eigenschaften negativ oder positiv bewertet werden kann*»; nonché RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 95: «*Durch das Vorliegen eines subjektiven Rechtfertigungselements „verschwindet“ die Verletzungsentention als solche nicht einfach, sie bleibt dennoch gegeben – und sie muss sogar gegeben bleiben, weil die Rechtfertigungszwecke (etwa Verteidigung oder Rettung) regelmässig gerade nur vermittelt über die Verwirklichung eines entsprechenden Unrechtstatbestandes (etwa Nötigung oder Sachbeschädigung realisierbar sind)*». Debolezza strutturale peraltro ben nota alla dottrina italiana più accorta la quale, intendendo fare uso del modello compensativo, mette tuttavia in guardia dalle sue insidie: cfr. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 469, che ammonisce come il valore d'evento e d'azione debba essere inteso in senso normativo e non naturalistico, e pertanto non si deve ritenere che le scriminanti prevedano una condotta simile a quella contenuta nel *Tatbestand*. Esse piuttosto contengono elementi logico-sintattici che permettono di individuare tratti salienti della condotta tipica da valorizzare ai fini della giustificazione fondata secondo l'Autore sul conseguimento della tutela di un bene giuridico.

⁴⁸¹ Ovvero, con le parole di Cavaliere: «*il Saldierungsmodell*, a prescindere dalla correttezza dei suoi risultati, può ritenersi valido, a condizione che si evidenzi, da un lato, che l'omogeneità dei valori che vengono bilanciati riguarda il piano assiologico e non quello naturalistico [...]; dall'altro che il bilanciamento fra fatto e scriminanti non costituisce un'operazione logico-formale, ma deve orientarsi a principi politico-criminali, in base ai quali determinare la rilevanza degli elementi delle scriminanti» (ivi, p. 482); o ancora: «*Aber es geht bei der Rechtfertigung gar nicht darum, irgendwelche Werte gegen Unwert im Sinne irgendeiner Güter- und Handlungsbilanz zu saldieren, sondern den inhaltlichen Zusammenhängen zwischen Rechtsgutsverletzung und Rechtfertigung Rechnung zu tragen*» (PUPPE, *Struktur der Rechtfertigung*, cit., p. 184).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

disposizioni e cioè il fatto elementare che l'applicazione del diritto passa necessariamente per la sussunzione di fatti sotto disposizioni.

Le difficoltà maggiori con il *Saldierungsmodell* si incontrano tuttavia quando ci si interroghi sui presupposti della teorica.

A rimanere dubbia è in primo luogo la stessa possibilità di confrontare, come fossero due grandezze omogenee e tangibili, disvalori da una parte e valori dall'altra, in un giudizio analitico fra componenti. Al contrario di quanto questo modello lasci intendere, la giustificazione è un giudizio complessivo sul fatto alla stregua di una norma di liceità che avviene su basi differenti rispetto a quelle che fondano il giudizio di tipicità⁴⁸².

Secondariamente, non convince il presupposto, spesso implicito, della separabilità di oggettivo e soggettivo con la conseguente possibilità di ascrivere con certezza ciascun elemento del fatto o della scriminante all'uno o all'altro insieme e dunque all'ambito del disvalore di azione o del disvalore di evento⁴⁸³. Questa impossibilità infatti prima che interessare questioni sistematiche, attiene alla intrinseca ambiguità del linguaggio che rende la definizione di oggettività e soggettività estremamente ardua. Come ha dimostrato G.V. De Francesco nelle pagine citate nel capitolo precedente, il concetto stesso di proporzione non è slegato da considerazioni sostanzialmente equitative che fanno appello a concetti generalmente ascritti, secondo il senso comune, alla categoria del soggettivo, definito come ciò che non può esistere a prescindere della partecipazione psicologica dell'agente.

Non sembra dunque corretto attribuire al *Saldierungsmodell* un ruolo esplicativo nella soluzione della questione relativa al profilo soggettivo della giustificazione; l'unica funzione che esso infatti potrebbe assolvere sarebbe la mera descrizione attraverso l'immagine intuitiva della compensazione del fenomeno

⁴⁸² Cfr. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmale*, Bonn, 1960, p. 245 e ss., nonché le pagine già citate di PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, cit., p. 184 e s. Obiezione che CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 476, supera sostenendo che tipicità e anti giuridicità, pur mantenendo ciascuna le proprie peculiarità in quanto giudizi normativi corrispondenti ad esigenze differenti dell'ordinamento, siano strutturate in maniera analoga attraverso l'individuazione di elementi concomitanti o preesistenti alla condotta. Peraltro giustificazione e tipicità, secondo l'Autore, si indirizzano allo stesso sistema di valutazioni politico-criminali, onde è possibile affermare la commensurabilità delle grandezze.

⁴⁸³ Cfr. MIR PUIG, *Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht*, in *ZStW*, 1993, p. 770. E d'altronde si è già ricordata l'opera di G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 279 e ss.

Capitolo II

giustificativo. La possibilità che da questo uso derivino però incomprensioni e travisamenti è tuttavia alta e sconsiglia un uso della formula in questione⁴⁸⁴.

Da premesse “personalistiche” muove anche il manuale di Köhler⁴⁸⁵. L’Autore ritiene componenti ineliminabili dell’illecito tanto il disvalore di azione quanto quello di evento giacché non è possibile considerare penalmente rilevante un risultato materiale che non sia derivante da un comportamento. Il fondamento giusfilosofico della concezione personale di illecito dell’Autore è rappresentato dalla considerazione per cui sono penalmente rilevanti solo comportamenti inter-soggettivi (*personaler Verhaltensvollzug*) che derivano da scelte libere e che si pongono in un contesto normativo che attribuisce loro significato. Conseguentemente nel caso della realizzazione involontaria o inconsapevole di una situazione scriminante non può attribuirsi alla condotta realizzata alcun significato di liceità poiché esso non sarebbe in alcun modo discendente da un soggetto agente che dirige le sue azioni su un piano normativo⁴⁸⁶.

La concezione in questione appare a prima vista condivisibile nel suo sforzo di sottrarre l’attribuzione di una responsabilità penale a qualsiasi meccanismo di imputazione oggettiva e bene individua già nell’illecito la sede in cui l’interprete deve impegnarsi nella ricerca di un collegamento psicologico fra il fatto e l’autore⁴⁸⁷. Si deve tuttavia notare come la sistemazione operata dall’Autore dia per scontato che il piano normativo individuato consista senza dubbi nelle relazioni interazionali fra i soggetti. Questo assunto lo porta a spiegare la giustificazione in termini interazionali che bene si adattano alle macroscopiche cause di giustificazione della difesa legittima e dello stato di necessità. Il concetto di giustificazione come relazione rimane però difficilmente riferibile a scriminanti quali l’esecuzione di un ordine (a

⁴⁸⁴ Pur consapevole dei limiti del *Saldierungsmodell* Cavaliere ritiene invece che esso sia utilizzabile in quanto corrisponderebbe alla divisione possibile fra aspetto lesivo della condotta e partecipazione psicologica (cfr. CAVALIERE, *L’errore sulle scriminanti nella teoria dell’illecito penale*, cit., p. 481), divisione necessaria per non cadere nell’errore di far coincidere l’interesse tutelato con la stessa fattispecie penale, invece che con un bene della vita, materialmente afferrabile. A ben vedere, tuttavia, le basi, del resto esplicitate nelle pagine dell’Autore, sono di carattere normativo e non descrittivo: si tratta dei principi di colpevolezza e di offensività cui l’Autore fa riferimento per l’affermazione della necessità tanto di contrassegni psicologici quanto della dimensione materiale dell’azione.

⁴⁸⁵ KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 321 e ss.

⁴⁸⁶ «[...] *Die Bloß äußerliche Zufälligkeit, daß zur Verletzungsintention des Täters etwa günstige Folgen hinzutreten, nimm dem begründeten personalen Unrecht nichts*» (*ibidem*).

⁴⁸⁷ Si tratta dello stesso concetto oggetto dello sforzo compiuto qualche anno prima nella nostra dottrina da DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, cit., *passim*, e che corrisponde forse ad una delle maggiori eredità della dottrina tedesca del secolo XX.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

voler tacere dell'italianissimo esercizio del diritto, che la dottrina tedesca non concepisce come scriminante) nelle quali la giustificazione consiste in un dato formale. In altre parole, si può ritenere che il piano normativo a cui si attribuisce rilevanza non consista tanto nelle interazioni fra i soggetti, ma piuttosto nell'essere l'individuo soggetto ad un ordinamento statale che valuta le sue condotte⁴⁸⁸. Se dunque la normatività delle condotte è esterna alle stesse, in quanto predicato derivante da un sistema di significanti, essa non può essere una base concettuale sufficiente per affermare il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione, giacché l'imputazione di queste deriva dalle scelte positive contenute nell'ordinamento e non da una loro intima natura⁴⁸⁹.

2.2.8. La posizione di Zielinski

Un esito, per così dire, estremo della teoria finale dell'azione è rappresentato dall'opera di Zielinski⁴⁹⁰.

Anche l'Autore parte dal presupposto che i comandi del diritto penale non realizzino in maniera immediata la tutela del bene giuridico ma semplicemente vietino o comandino condotte. Il precetto penale in altre parole non comanda o vieta l'evento lesivo il quale può verificarsi o meno anche per l'azione del caso. Si tratta dunque di ammettere che esso si risolva nella sola funzione di *Bestimmungsnorm*⁴⁹¹. Solo questa e non la constatazione di una supposta "ontologia" dell'azione umana è la base per sostenere il concetto finale di azione⁴⁹².

Sul concetto finale di azione l'illecito viene strutturato da Zielinski intorno al solo disvalore di condotta, cioè sulla sola decisione del soggetto di comportarsi contrariamente al comando penale; non si può conseguentemente riconoscere al

⁴⁸⁸ Che *ex facto oritur ius* è massima ben nota. È altrettanto noto tuttavia che la giuridicità della relazione umana deriva dalla recezione della condotta portatrice di significato da parte di un ordinamento garantito da un potere statale: basti pensare che la stessa consuetudine ha valore nell'ordinamento solo perché è esso che stabilisce il rilievo dell'*opinio iuris sive necessitatis* e della *diuturnitas*. La normatività della condotta in altre parole non è un predicato della relazione umana, ma piuttosto è l'effetto della lettura di quella condotta in un contesto significante, cioè nell'ordinamento giuridico pre-esistente ad essa.

⁴⁸⁹ Non si tratta che di una violazione della legge di Hume: Köhler infatti deriva da una determinata "sostanza" del concetto di normatività una regola di dover essere; fra i due piani però vi è uno iato logico non colmabile.

⁴⁹⁰ ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973.

⁴⁹¹ *Ivi*, p. 114 e ss.

⁴⁹² *Ivi*, p. 79 e ss.

Capitolo II

verificarsi dell'evento alcun ruolo fondante per l'illecito giacché non apporta esso alcun significato autonomo di disvalore alla condotta. La verifica dell'evento riveste solo la funzione di condizione obiettiva di punibilità e sostanzialmente si riduce ad un mero fattore casuale (*zufällig*) nella costruzione del reato⁴⁹³.

Anche la ricostruzione del fenomeno della giustificazione risente della costruzione dell'illecito in chiave di mero disvalore di condotta. I precetti di liceità infatti non stabiliscono la salvaguardia di un bene giuridico ma rendono lecita o comandano una condotta a cui può seguire l'evento che realizza la salvaguardia del bene giuridico. La giustificazione è dunque fondata esclusivamente da Zielinski sul valore di condotta (*Handlungswert*) e diviene decisiva per la liceità della condotta l'intenzione con cui essa è stata intrapresa dall'agente; sono pertanto da ammettere e da tenere nella maggiore considerazione i profili soggettivi delle cause di giustificazione⁴⁹⁴.

La concezione, come è facilmente intuibile, non ha mancato di sollevare obiezioni che insistono tutte sul misconoscimento di un ruolo alla componente lesiva della condotta, la quale finisce per rilevare agli occhi dell'ordinamento penale solo in quanto realizzazione di una condotta contraria all'ordinamento, disobbediente alla funzione di determinazione della norma penale⁴⁹⁵. Non si può tuttavia negare che la sistemazione operata da Zielinski sia caratterizzata da un rigore logico ineccepibile,

⁴⁹³ *Ivi*, p. 121 e ss.

⁴⁹⁴ *Ivi*, p. 229 e ss. Vale la pena riportare un passo dell'Autore con cui si apre il paragrafo riassuntivo della parte del libro relativa alle cause di esclusione dell'illecito: «*Der Handlungsunwert einer Handlung begründet das Unrecht; der (überwiegende) Handlungswert einer Handlung fundiert den Unrechtsausschluß. Nur eine Handlung, die auf Erhaltung eines bedrohten Rechtsgutobjekts gerichtet ist, d.h. von einem Rettungswillen getragen ist, vermag einen handlungswert zu realisieren. Wie es für den handlungsunwert und für das Unrecht nicht auf die „objektiven“, wirklichen Umstände ankommt, sondern allein auf die vom Täter vorgestellte Handlungssituation und das von ihm intendierte Handlungsziel, so kommt es auch für den Handlungswert und den Unrechtsausschluß nicht auf die „objektiven“, wirklichen Umstände an, sondern nur auf die vom Täter vorgestellten*» (*ivi*, p. 266).

⁴⁹⁵ Cfr., fra gli altri, GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, cit., p. 449 e ss., il quale sottolinea lo svuotamento del concetto di anti giuridicità conseguente alla concezione di Zielinski, dal momento che essa finisce per ignorare il piano lesivo materiale che connoterebbe l'anti giuridicità e che si sostanzia nella posizione della vittima nella costruzione reato; similmente HIRSCH, *Vorbemerkungen zu §§ 32 ff.*, cit., p. 134 e ss., che sottolinea come una concezione siffatta comporterebbe la cancellazione della differenza fra anti giuridicità e colpevolezza; nonché RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 114 e ss. che indica, fra le altre critiche mosse, quali debolezze dell'argomentazione di Zielinski l'ambiguità circa la funzione rivestita nella teoria dal bene giuridico, ambiguità rivelata dalla sua qualificazione come condizione obiettiva di punibilità, nonostante l'asserita indifferenza alla costruzione del reato; l'eliminazione dell'evento dalla costruzione dell'illecito, il quale riveste un ruolo chiave se non altro per la distinzione fra consumazione e tentativo.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

tale da, per così dire, materializzare uno dei due estremi concettuali della possibile costruzione dell'illecito.

Per il lettore italiano il lavoro di Zielinski rappresenta la conferma del sospetto che turba quanti hanno negato il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. L'Autore infatti non fa mistero dell'opzione ideologica di base che sostanzia il reato in un comportamento contrario ad un precetto, e dunque lo riduce alla punizione di una semplice disobbedienza dell'agente. La ricostruzione dell'illecito così operata rende del tutto inutile qualsiasi riferimento alla dimensione lesiva del fatto di reato che invece rappresenta un contrassegno tipico della dottrina italiana del reato.

Le critiche che vengono mosse all'opera di Zielinski sono in questo senso per la maggior parte condivisibili tuttavia si può forse attribuire all'Autore il merito di aver posto a nudo il meccanismo di funzionamento del precetto penale. È ormai chiaro infatti che qualsiasi precetto penale "funziona" quale comando che richiede obbedienza e ogni reato si sostanzia in una disobbedienza. Si tratta di un elemento (un limite?) ineliminabile dello strumento penale; sta dunque all'interprete e prima al legislatore operare, sulla base di altri principi, un buon governo dello *ius puniendi*.

2.2.9. Gli elementi soggettivi nel pensiero di Schmidhäuser

Nel suo manuale Schmidhäuser propone una partizione delle cause di giustificazione fra scriminanti che perseguono uno scopo sovra-individuale e scriminanti che perseguono uno scopo individuale.

Nel primo caso non sussisterebbe alcuna necessità di considerare lo scopo perseguito dall'agente giacché la condotta scriminante sarebbe sufficientemente significativa dello scopo lecito da raggiungere. L'Autore propone quali esempi della categoria tra gli altri, l'azione doverosa dei pubblici impiegati e le azioni di guerra nonché i casi ricondotti al concetto di adeguatezza sociale, evidentemente intesa quale causa di giustificazione. Nell'insieme delle scriminanti che perseguono uno scopo individuale (quali la difesa legittima, lo stato di necessità, la *Wahrnehmung berechtigter Interessen*, lo *ius corrigendi*), invece la condotta esteriore da sola non

Capitolo II

sarebbe sufficientemente significativa, per questo motivo è necessario valutare anche l'intenzione del soggetto agente⁴⁹⁶.

La sistemazione offerta dall'Autore non supera a ben vedere due limiti: il primo consiste nel carattere meramente descrittivo della partizione, il quale da solo non spiega perché si dovrebbe ammettere che nell'un caso lo scopo di tutela sia determini la rilevanza dei profili soggettivi e nell'altro no; il secondo inerisce lo stesso concetto di scopo che, come già detto, è intrinsecamente ambiguo⁴⁹⁷.

2.2.10. La tesi di Rath

Nella sua poderosa opera – la più recente monografia tedesca – sul tema Rath affronta la questione del profilo soggettivo delle cause di giustificazione a partire da una complessa indagine giusfilosofica la quale giunge a lambire le stesse definizioni di diritto penale e di soggettività giuridica⁴⁹⁸.

La soggettività si esplica quale ente finito nel piano infinito dell'orizzonte dell'essere (*Horizont des Seins*) che ha carattere normativo e abbraccia qualsiasi espressione dell'essere. Legge fondante (*grundlegendes Gebot*) di questo orizzonte normativo è il miglioramento della condizione di ciascun individuo (*Seinsoptimierung*), precetto che assurge al rango di imperativo assoluto (*unbedingter Imperativ*) da cui deriva l'altro principio generale del raggiungimento del maggior grado possibile di libertà di volere e di azione nel singolo (*Schaffung des höchsterreichbaren Maßes an Willens- und Handlungsfreiheit eines jeden Einzelsubjekt*). Tutto il diritto positivo è per Rath declinazione del principio di ottimizzazione delle relazioni sociali, resasi necessaria per ovvie necessità di chiarezza e spendibilità. La realizzazione dell'imperativo assoluto può essere ottenuta solo da un'autocoscienza presente nel piano normativo (*vom selbstbewußtem Dasein*). Posta questa premessa, l'Autore definisce l'illecito in generale come la mancata realizzazione del miglioramento delle relazioni stabilito dall'imperativo

⁴⁹⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Tübingen, 1975, p. 292 e ss. Similmente: PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, cit., p. 186 e s.

⁴⁹⁷ Per rilievi di questo genere cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 136 e s., il quale sottolinea anche le debolezze che affliggono il concetto di azione quale perseguimento di scopo che sottostà alla teorica di Schmidhäuser e del pari l'insufficienza del concetto di chiarezza (*Eindeutigkeit*) dello scopo di tutela dell'azione.

⁴⁹⁸ Per le impegnative premesse filosofiche cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 349-485; per la *pars construens* del suo sistema, pp. 489-642; per una sintesi efficace, pp. 645-654.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

assoluto⁴⁹⁹; nello specifico l'illecito penale, che è solo una delle forme possibili di illecito, non si limita, come ad esempio l'illecito civile, ad un piano materiale ma si pone in una dimensione trascendente in quanto discendente da una scelta dilemmatica dell'agente (*aus einer dilemmatischen Entscheidungssituation*)⁵⁰⁰. È dunque la dimensione normativa del soggetto che connota l'illecito penale, l'essere cioè questo illecito non solo produttivo di un effetto lesivo (*Destruktionsunwert*) ma sostanzialmente una scelta contraria all'imperativo assoluto (*Handlungsunwert*)⁵⁰¹. La qualità specifica dell'illecito penale è nella sua componente spirituale (*geistiger Akt*) da cui discende la lesione; i due piani sono definiti da Rath rispettivamente illecito in astratto (*Unrecht in Abstraktion*), il cui illecito è la lesione della sfera giuridica altrui come decisione del soggetto nella sua normatività; e illecito in concreto (*Unrecht in Konkretion*), che coincide con la realizzazione del fatto nella realtà⁵⁰².

Così disegnato l'illecito, la giustificazione corrisponde alla situazione in cui la realizzazione di un illecito è il mezzo per ottenere la realizzazione di un miglioramento dell'essere conformemente all'imperativo assoluto. Si tratta dunque di una condotta che nonostante la sua concreta lesività materiale risponde all'imperativo assoluto di ottimizzazione. La condotta giustificata è dunque in grado di elidere l'illecito in astratto, cioè l'illecito nella sua dimensione normativa. A questo riguardo Rath fa ricorso al concetto di compensazione che però definisce flessibile. Egli usa questa metafora per significare la congruenza di quanto realizzato con l'imperativo assoluto, nonostante la realizzazione del fatto tipico; non intende propugnare una equivalenza fra grandezze omogenee, come inteso invece dai sostenitori del modello compensatorio sulla base del concetto personale di illecito⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Ivi, p. 490 e ss.: «*Unrecht ist Verletzung der Möglichkeiten der optimalen Seinsverwirklichung – insbesondere der Handlungs- und Willensfreiheitsverwirklichung – in der jeweiligen Verhaltenssituation*».

⁵⁰⁰ Ivi, p. 495 e ss.

⁵⁰¹ Ivi, p. 512 e ss.: «*Diese Läsion des Opfers stellt den Destruktionsunwert dar; der Verletzungsvollzug des Täters in seinem äußeren und in seinem dispositionellen Element bedeutet den Handlungsunwert. Beide Unwerte sind in ihrer Bestandsmöglichkeit notwendig wechselseitig voneinander abhängig. Sie stellen insofern eine Einheit dar*».

⁵⁰² Ivi, p. 545 e ss.

⁵⁰³ Ivi, p. 574 e ss.: «*Die Notwendigkeit einer Kompensation der eingetreten Verletzung für das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes bedeutet grundsätzlich nicht, dass eine bestimmte inhaltliche Kongruenz zwischen dieser tatbestandlichen Destruktion und der Wertschaffung in Gestalt eines entsprechenden Erfolgs oder einer entsprechenden Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts gegeben sein muss. Eine wirkliche Optimierung der Seins-, insbesondere der Freiheitverhältnisse, ist nur*

Capitolo II

La tesi di Rath non riesce a convincere per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo l'intera mastodontica costruzione è fondata su una base molto debole: la premessa (nonché pretesa) definitoria del diritto, e conseguentemente dell'illecito, che vede lo stesso concretizzarsi in un miglioramento delle relazioni interindividuali. Sebbene a un primo ascolto suoni bene all'orecchio del lettore l'assunto non convince. Come pure è difficile dimostrare le ulteriori premesse, erroneamente qualificate da Rath come corollari dell'*unbedingter Imperativ*, relative all'essenza dell'individuo e al cosiddetto orizzonte dell'essere, entrambe strutturate intorno al concetto di normatività. Che l'uomo e l'essere (con la s di *Sein* maiuscola) siano essenzialmente e solamente normatività è un assunto, forse pericoloso, sicuramente smentito dalla vita che ciascun individuo, prima di comprendere, avverte giorno per giorno realizzarsi in sè; sembra perciò presunzione da parte del giurista voler comprendere ogni declinazione della vita dell'uomo in un sistema normativo, seppure fondato su principi condivisibili espressi con bella forma.

Non convince nemmeno il richiamo che l'Autore opera alla trascendenza per mezzo del concetto di libertà dell'individuo. Il riconoscimento di una siffatta libertà, che viene fatta discendere dalla pretesa sostanza normativa dell'individuo è affermazione impegnativa e probabilmente è eccessivo voler fondare su di essa la definizione di illecito penale. La connotazione in chiave trascendente dell'illecito penale non convince peraltro per due motivi. In primo luogo essa finisce con il sostanziare l'illecito penale in un atto spirituale (per usare le parole di Rath) di disobbedienza: l'illecito in sostanza dipende dalla scelta contraria a diritto e dal non ottemperamento al precetto giuridico universale di cercare un miglioramento sempre possibile. Inoltre ad essa corrisponde una funzione esclusivamente retributiva della pena la quale riveste il solo ruolo di punizione per un cattivo uso della libertà⁵⁰⁴.

La costruzione, come avviene di qualsiasi edificio giuridico fondato su definizioni materiali di carattere intuitivo, minaccia dunque di crollare da un

erreichbar, wenn das Ergebnis der Tat grundsätzlich aus der normativen Weite bzw. Allgemeinheit des unbedingten Seinsimperativs bewertet wird».

⁵⁰⁴ Ivi, p. 497 e s. in cui Rath sostiene che la scelta autonoma per la commissione di un illecito corrisponde ad una degradazione dello *status* di soggetto autonomo (*Verlust des status autonomes Subjekt*) nell'agente che determina la conseguente sopportazione di una *äquivalente Freiheitbeeinträchtigung* corrispondente alla pena applicata.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

momento all'altro, giacché non è solida base di argomentazione un principio che in definitiva rimane un'opzione personale dell'interprete.

Non è però solo il fondamento scelto a minacciare la stabilità della costruzione elevata da Rath. Bisogna infatti constatare che l'Autore, oltre a far discendere dall'*unbedingter Imperativ* una definizione normativa dell'individuo, il quale sembrerebbe così vivere solo perché un ordinamento giuridico glielo consente, ricorre al meccanismo compensatorio che ha più volte criticato nelle pagine precedenti della sua opera. Benché egli sostenga una natura differente dello stesso, rispetto a quella fatta evidente dagli altri Autori, e renda esplicita questa differenza predicandone la flessibilità, l'idea di fondo è infatti la medesima: che cioè la giustificazione implichi la presenza di grandezze che possono annullare altre grandezze, quando in realtà il carattere lecito o illecito di una condotta non è che un predicato di relazione del fatto rispetto ad un insieme di giudizi (l'ordinamento giuridico).

La portata del contributo dell'Autore alla teoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, in riferimento alla questione della necessità degli stessi, non può in definitiva dirsi decisiva. Essa coincide infatti con la riproposizione dello schema dicotomico di costruzione dell'illecito,⁵⁰⁵

2.2.11. Il ruolo dell'interpretazione delle singole cause di giustificazione

Una delle *rationes* attribuite dalla dottrina tedesca alla difesa legittima, come si è ricordato nel capitolo precedente, è quella della difesa mediata dell'ordinamento: l'azione difensiva è lecita perché, fra gli altri effetti, realizza la difesa del lecito contro l'illecito. Si ritiene conseguentemente che solo chi agisce nell'interesse dell'ordinamento può efficacemente conseguire la tutela dello stesso⁵⁰⁶.

Si sono già espresse le perplessità relative ad una fondazione "pubblicistica" della difesa legittima come quella proposta. A queste, che sarebbero sufficienti a destituire di rilievo l'argomento appena proposto, si aggiunga la non

⁵⁰⁵ Il pensiero di Rath pare comunque alla fine strutturato sulla giustapposizione di un atto esternamente lesivo e di una disobbedienza, non diversamente da quanto noto alla dottrina penalistica sin dall'opera di Mezger (cfr. *supra*, cap. II, par. 1).

⁵⁰⁶ Cfr. per tutti la formulazione dell'argomento offerta da HIRSCH, *Vorbemerkungen* § 32, cit., p. 136: «*Die Rechtsordnung bewährt sich, wenn jemand zum Zwecke der Verteidigung des Recht gegen das Unrecht des Angreifers vorgeht, nicht aber dann, wenn jemand aus krimineller Intention handelt und dabei, ohne es zu wissen, zufällig einen Angriff abwendet*».

Capitolo II

consequenzialità della conclusione rispetto alla premessa. La difesa dell'ordinamento infatti potrebbe anche essere garantita, o meglio: potrebbe essere ritenuta sussistente a prescindere dall'intenzione dell'agente⁵⁰⁷.

Sempre in tema di difesa legittima, Gallas⁵⁰⁸ ha affermato che il rilievo soggettivo della scriminante sarebbe reso necessario dal fatto che essa consentirebbe anche l'aggressione contro beni di rango superiore a quello aggredito. L'argomento non avrebbe alcun rilievo nell'ordinamento italiano stante la presenza del requisito della proporzione nel disposto dell'art. 52 c.p.; esso tuttavia non resiste a prescindere da qualsiasi argomento normativo alla prova della coerenza logica: non vi è infatti, per così dire, commensurabilità fra il valore dei beni in gioco e la presenza dell'intenzione difensiva⁵⁰⁹.

Lo stesso Autore in merito allo stato di necessità giustificante ritiene poi che la *ratio* della giustificazione in questo caso non risieda nel mero risultato difensivo ottenuto, bensì nella valorizzazione della volontà del soggetto investito dal conflitto in questione di risolvere il bilanciamento proposto⁵¹⁰. Questo argomento tuttavia contraddice apertamente la distinzione fra le due figure di stato di necessità che la dottrina tedesca in genere non mette in discussione.

2.2.12. Un secondo profilo riassuntivo

All'esito della panoramica svolta sulle posizioni soggettiviste è possibile affermare che tre fra quelli utilizzati dalla dottrina a sostegno della tesi del rilievo soggettivo delle scriminanti sono gli argomenti rilevanti per il prosieguo di questa indagine.

In primo luogo, il riferimento al tentativo inidoneo. Questo istituto è richiamato da un'autorevole dottrina, non priva di seguito nella recente produzione letteraria, quale segnacolo di una scelta positiva del legislatore tedesco in favore del rilievo penale e dunque della punibilità di intenzioni contrarie all'ordinamento che vengano tradotte in una condotta. L'attribuzione di un ruolo tanto decisivo alla regola

⁵⁰⁷ Tesi sostenuta, per esempio, da: RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, cit., p. 194: «[...] ist zugleich gezeigt, dass jedenfalls bei diesen beiden zentralen Rechtfertigungsgründe die Realisierung eines subjektiven Handlungswertes [...] keine notwendige Bedingung der Rechtfertigung ist».

⁵⁰⁸ Cfr. GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 177.

⁵⁰⁹ Come annota RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 139.

⁵¹⁰ Cfr. GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 178.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

stabilita dal § 22 *StGB* comporta tuttavia, come si è visto, il confronto fra il concetto di tentativo e quello di giustificazione inconsapevole cui corrisponde direttamente il quesito relativo alla possibilità di estendere alla seconda la disciplina del primo. L'operazione tuttavia non è del tutto scontata dato il carattere sostanzialmente analogico del ragionamento che la sostiene⁵¹¹.

Il confronto con l'ordinamento tedesco su questo punto sembrerebbe confortare il giudizio tradizionalmente diffuso nella nostra dottrina circa il rilievo oggettivo delle scriminanti. Dal momento infatti che nell'ordinamento italiano è esclusa la rilevanza penale del tentativo inidoneo nelle ipotesi di scriminante soggettivamente connotata ci si dovrebbe astenere dall'attribuire rilievo al profilo soggettivo della giustificazione. In questi casi si tratterebbe infatti di condotte penalmente irrilevanti *ex art. 56 c.p.* Questa estensione della disciplina del tentativo inidoneo al di fuori del suo ambito "naturale" sarebbe tuttavia secondo quanto notato anche dalla letteratura tedesca un ragionamento sostanzialmente analogico.

In secondo luogo, la dottrina tedesca si riferisce al concetto personale di illecito e al conseguente modello del saldo dei disvalori a mezzo dei valori. A dispetto del suo successo, la formula non può convincere perché considera tipicità e antigiuridicità come grandezze materiali composte di elementi altrettanto materiali ciascuno dei quali riferibile ad una delle due categorie superiori dell'oggettivo e del soggettivo. Al contrario tipicità e antigiuridicità si atteggiavano quali giudizi corrispondenti a parametri e finalità differenti, tali da non permettere una automatica caratterizzazione dell'antigiuridicità a immagine e somiglianza della tipicità. Mentre la tipicità infatti corrisponde sostanzialmente all'individuazione di una condotta punibile, onde è necessario tenere conto di regole di imputazione comprensive di tratti soggettivi al fine di evitare imputazioni oggettive, l'antigiuridicità conduce ad esiti di esclusione della pena, ragione che rende potenzialmente non necessaria un'indagine sul dato psicologico.

Guardando alla letteratura tedesca con lenti italiane è da segnalare da ultimo la presenza, per quanto limitata, dell'argomento dell'allarme sociale. Il riferimento al concetto si registra in entrambi gli schieramenti: da una parte, i soggettivisti, benché non in maniera diffusa come ci si potrebbe aspettare, sostengono il rilievo soggettivo

⁵¹¹ Cfr. *infra*, cap. II, paragrafo 4.2.

Capitolo II

delle scriminanti sottolineando la pericolosità dell'agente che non solo si determina alla commissione dell'illecito ma concretizza il proposito in una condotta riconoscibile; dall'altra, tra gli oggettivisti si sostiene che l'emersione di questo tratto di pericolosità non debba oscurare il raggiungimento oggettivo dell'utilità sociale. Nel primo caso sussisterebbe, nel secondo non sussisterebbe un allarme sociale.

La possibilità di argomentare in due direzioni opposte sulla base del medesimo argomento è indice della non decisività dello stesso. Ciò che emerge tuttavia è il rilievo sociale della condotta, che nell'ambiente tedesco pare indiscusso e determina gli Autori ad argomentare in termini di necessità di una risposta da parte dell'ordinamento.

2.3. Una annotazione conclusiva

La sintesi delle argomentazioni svolte dalla dottrina di lingua tedesca a favore e contro la necessità del profilo soggettivo delle cause di giustificazione ha delineato un quadro abbastanza variegato e lontano dallo stereotipo di uniformità che vige a riguardo in Italia.

Gli itinerari argomentativi seguiti dagli Autori presi in considerazione toccano due questioni di rilievo capitale per il diritto penale: la struttura dell'illecito e l'oggetto della sanzione penale. Da una parte si argomenta a favore del rilievo penale sottolineando come la punizione di una realizzazione inconsapevole delle cause di giustificazione sia conseguente al concetto di illecito proprio del sistema penale tedesco e si spendono a questo riguardo l'argomento del tentativo inidoneo e, in alternativa o cumulativamente, quello della concezione personale dell'illecito; da altra parte invece il richiamo alla non punibilità delle intenzioni nude è un limite alla punibilità che è facilmente opponibile alla asserita necessità di una risposta penale alla realizzazione solo oggettiva di una causa di giustificazione.

All'esito di quanto visto si può ritenere che non è possibile individuare nemmeno nel panorama germanofono un percorso argomentativo inattaccabile a favore del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Le argomentazioni che si basano sulla struttura personale dell'illecito infatti risentono della debolezza delle premesse logiche più o meno implicite da cui muovono; mentre quelle che si incentrano sull'istituto del tentativo, benché intuitivamente convincano, non sono in

grado di reggere le conseguenze sistemiche di un ragionamento sostanzialmente analogico.

Rimangono invece due elementi di cui si deve tenere nel percorso argomentativo da seguire per giungere alla soluzione del quesito circa il rilievo penale della realizzazione solo oggettiva delle scriminanti: il principio di materialità, espresso dalla letteratura tedesca con la formula del divieto di *Gesinnungsstrafrecht*, e il rilievo sociale di una condotta al contempo soggettivamente illecita oggettivamente lecita.

Sono questi i due termini del discorso. All'interprete si chiede, dunque e ancora una volta, di contemperare le esigenze della difesa sociale con la tutela del singolo.

3. (segue): il contenuto dell'elemento soggettivo

Come si è visto, la quasi totalità della dottrina tedesca non nutre dubbi circa la sussistenza e la necessità di un profilo soggettivo nelle cause di giustificazione motivandosi principalmente sul cosiddetto concetto personale di illecito. Il quesito conseguente posto dalla dottrina tedesca è quello relativo alla struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione. Le alternative principali che si pongono a chi intraprenda lo studio della materia sono la sufficienza dell'elemento conoscitivo, da una parte; la necessità di un ulteriore elemento, sia esso di natura motivazionale ovvero di natura finale, dall'altra.

È utile seguire nella sintesi del panorama dottrinario tedesco la partizione degli argomenti diffusa fra le monografie tedesche. Si tratta dunque di indagare l'elemento conoscitivo, quello volitivo e infine quello finale.

L'oggetto dell'indagine nella letteratura tedesca tuttavia comprende argomenti che non corrispondono all'oggetto dell'indagine sugli elementi soggettivi, così come conosciuti dalla dottrina italiana. Mentre infatti per gli Autori di lingua tedesca trattare del profilo soggettivo della giustificazione vuol dire anche interrogarsi sulla questione del grado di certezza che l'agente deve avere circa la sussistenza della giustificazione, per lo studioso italiano è naturale porre questo tema nel paragrafo relativo all'errore sulle stesse. Il tema della necessità dell'elemento soggettivo infatti copre nella nostra letteratura i soli casi in cui l'agente realizza

Capitolo II

inconsapevolmente il profilo oggettivo di una scriminante (primo comma dell'art. 59 c.p.); mentre se egli ha agito con il dubbio che una tale scriminante sussistesse, per la nostra tradizione dogmatica si fa questione di errore sulla causa di giustificazione (quarto comma dell'art. 59 c.p.)⁵¹², con la questione annessa della sussistenza della responsabilità colposa sancita in via residuale dalla disposizione citata da ultimo⁵¹³.

Similmente non sembra attinente all'accezione italiana del problema dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione la tematica, cui si è già accennato, della *gewissenhafte* (o anche detta *pflichtgemäße*) *Prüfung*⁵¹⁴. Quest'ultima infatti, è stata per alcun tempo ritenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche un elemento soggettivo delle cause di giustificazione dopo che una risalente sentenza del *Reichsgericht* aveva subordinato l'efficacia scriminante dello stato di necessità all'indagine coscienziosa circa la sussistenza dei requisiti fattuali che costituivano i presupposti dello stato di necessità poi invocato. La necessità di questo elemento è stata in seguito perlopiù negata dagli studiosi che si sono confrontati con il tema degli elementi soggettivi in quanto è stata ritenuta non un elemento soggettivo aggiuntivo bensì una forma di manifestazione della necessaria conoscenza della situazione scriminante⁵¹⁵. Ebbene anche questa tematica, che riguarda la diligenza dell'agente nel momento in cui si determina alla realizzazione della condotta scriminata, presuppone la volontà dello stesso di agire in situazione scriminante può dunque essere ricondotta alla materia dell'errore sulle scriminanti⁵¹⁶.

⁵¹² Cfr. CAVALIERE, *L'errore nelle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 514 e ss.

⁵¹³ Per una completa sintesi della letteratura tedesca sul punto cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 153-174.

⁵¹⁴ V. *supra*, cap. II, paragrafo 1.4.

⁵¹⁵ Cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsatzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 242 e ss.; nonché RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 178 e ss.

⁵¹⁶ In argomento si ricordi che la giurisprudenza italiana ha "riempito" il concetto di diligenza, adombrato dal titolo colposo della responsabilità residuale sancita dal quarto comma dell'art. 59 c.p., con una serie di requisiti, primo fra tutti la ragionevolezza dell'errore (cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 273). La richiesta di questi elementi sembra dunque corrispondere all'indagine di una *pflichtgemäße Prüfung*, così come richiesta dalla dottrina tedesca e dunque esime dalla sua indagine all'interno di questo lavoro.

3.1. L'elemento conoscitivo nelle cause di giustificazione (Wissen)

La necessità dell'elemento conoscitivo è un dato pressoché unanimemente accettato dalla dottrina germanofona⁵¹⁷; per ciò che interessa il lettore italiano è interessante passare in rassegna il dibattito (per il vero limitato) sulla necessità dell'elemento conoscitivo⁵¹⁸.

Un primo itinerario logico per giungere alla sua affermazione passa dalla teoria della compensazione dei disvalori: si ritiene infatti che l'elemento conoscitivo debba essere tale da annullare il disvalore di azione idoneo a fondare la rilevanza penale del fatto⁵¹⁹. Il presupposto di questo risultato è infatti che la giustificazione debba eliminare delle entità che sussistono in seguito alla realizzazione del fatto tipico cosicché al mancare di un adeguato profilo psicologico, sopravviverebbe la componente del disvalore di azione. L'elemento soggettivo risultante consiste quindi

⁵¹⁷ Cfr., per esempio, BLANKE, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 102 e ss.; RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, cit., p. 57 e ss.; GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 178; NOWAKOWSKI, *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 115 e ss.; FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 135 e ss.; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 144; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, cit., p. 437; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, cit., p. 349; ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 641.

⁵¹⁸ Le maggiori lotte in riferimento all'elemento conoscitivo si consumano nella dottrina tedesca in riferimento alla questione del grado di certezza richiesta all'agente e alla necessità della verifica scrupolosa dei presupposti che però, come detto, non sono attinenti al tema di questo lavoro in quanto concernono il tema dell'errore sulla causa di giustificazione.

⁵¹⁹ Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 133, il quale ritiene che in assenza di un adeguato elemento soggettivo il fatto materialmente conforme anche alla fattispecie penale conserverebbe ancora il suo disvalore: «*Sind subjektive Rechtfertigungselemente deshalb zu postulieren, weil der im Bewusstsein der Tatbestandserfüllung handelnde Täter ansonsten auch bei Gegebensein der objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen noch strafrechtlich relevantes subjektives Unrecht verwirklicht*». V. poi STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 145, che espressamente si richiama al concetto personale di illecito, comprensivo delle due note componenti di disvalore, e al conseguente modello della compensazione; KÖHLER, *Strafrecht*, cit., p. 321, il quale sostiene la necessità dell'elemento soggettivo a partire dal suo concetto di illecito personale; nonché ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 641: «*Schon das Bewusstsein, etwas Rechtmäßiges herbeizuführen, beseitigt den Handlungsunwert und damit das Unrecht*». Adde LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, cit., p. 235, il quale usa l'espressione *Rechtfertigungsvorsatz* per designare l'elemento soggettivo della giustificazione, articolato in conoscenza degli elementi della situazione scriminante e nell'aspettativa (*Erwartung*) della realizzazione dell'effetto scriminante cioè dell'eliminazione o dell'allontanamento del pericolo.

Capitolo II

nella conoscenza di tutte le componenti fattuali nonché dell'effetto giustificante da esse discendente⁵²⁰.

A questa sistemazione tuttavia si può obiettare anzitutto la non correttezza del meccanismo compensatorio che essa presuppone, secondo quanto si è già avuto modo di osservare. Anche ad ammettere che la giustificazione "funzioni" così da questa constatazione non si può far discendere in via immediata la composizione dell'elemento conoscitivo nella duplice presenza della consapevolezza delle circostanze di fatto e del loro effetto scriminante: rimane infatti poco chiaro per quale motivo la presenza del dolo dovrebbe da sola determinare anche la necessità di un elemento conoscitivo analogo nel fenomeno giustificativo analogamente strutturato.

Una delle conseguenze della derivazione della necessità dell'elemento conoscitivo delle cause di giustificazione dal concetto di illecito è la convinzione che un elemento siffatto debba sussistere in ogni causa di giustificazione in quanto tratto essenziale della giustificazione, come tale irrinunciabile.

Questo corollario è tuttavia stato posto in discussione da alcuni Autori. Baumann per esempio sottolinea come la struttura delle singole cause di giustificazione, desunta dal modo con cui le stesse sono formulate dal legislatore, non permetta generalizzazioni: se nel caso della difesa legittima è essenziale al concetto di difesa richiedere la percezione dell'aggressione e il perseguimento dello scopo difensivo, nel consenso ad esempio non ha alcuna importanza richiedere l'adesione intima dell'agente alla volontà del titolare del bene aggredito⁵²¹.

Dal canto suo Hirsch ritiene che l'indagine circa la sussistenza di un elemento soggettivo nella giustificazione sia ultronea giacché la conoscenza della sussistenza dei presupposti di giustificazione è compresa nella struttura dell'elemento soggettivo concepito come perseguimento di uno scopo. Non si potrebbe in altre parole perseguire alcuno scopo di giustificazione senza presupporre la conoscenza della situazione in cui si agisce, onde sarebbe inutile indagare la sussistenza di un elemento soggettivo autonomo. Secondo l'Autore inoltre la richiesta di una conoscenza corretta della situazione fattuale scriminante coinciderebbe con un'indebita limitazione delle possibilità difensive dell'aggredito: caricare l'agente di

⁵²⁰ Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtsfertigungselements*, cit., p. 133.

⁵²¹ BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, cit., p. 138 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

una verifica delle circostanze fattuali sarebbe insomma chiedergli troppo; basterebbe al contrario che egli abbia agito perseguendo un'intenzione difensiva, con il minimo di consapevolezza della situazione scriminante che questo richiede⁵²².

Occorre vagliare meglio le due tesi appena sintetizzate. Nel primo caso si tratta della riproposizione dell'argomento letterale e questo fa sì che il percorso logico seguito da Baumann non si sottragga alla critica tipica di qualsiasi argomento letterale: l'ambiguità intrinseca del mezzo linguistico. L'argomento di Hirsch da parte sua esprime una verità di senso comune, che giustamente sdrammatizza la questione della struttura dell'elemento soggettivo; esso tuttavia può essere accettato solo finché si assuma la sua premessa maggiore e cioè che l'elemento psicologico si atteggi ad essere descritto come perseguimento di uno scopo.

Posta la necessità dell'elemento conoscitivo, la dottrina tedesca si interroga sulla "qualità" dello stesso. Ci si chiede cioè se questa conoscenza necessaria nell'agente debba essere analitica, e quindi interessare ogni elemento della fattispecie concreta; ovvero se sia olistica, limitandosi ad una percezione complessiva della situazione necessitante. La prima posizione viene sostenuta essenzialmente sulla base di un ragionamento analogico a partire dal concetto di dolo: come esso è conoscenza fattuale di ogni presupposto richiesto dalla fattispecie astratta, così anche l'elemento cognitivo della giustificazione deve interessare ogni elemento corrispondente ad un presupposto della fattispecie scriminante in questione⁵²³.

Coglie probabilmente nel giusto Rath quando osserva la sostanziale indifferenza dei modelli in questione rispetto alle modalità cognitive umane, le quali non possono essere ricondotte a schemi semplicistici di tipo analitico, come se nella percezione e nella comprensione del reale vi fosse un "prima" e un "dopo" separabili. Egli ritiene, piuttosto che sia rilevante sapere se l'agente abbia percepito il significato giuridico della situazione in cui si trova. Si tratta in definitiva del paradigma della conoscenza parallela nella sfera laica con un conseguente

⁵²² HIRSCH, *Vorbemerkungen* § 32, cit., p. 140.

⁵²³ Cfr. BLANKE, *Die subjektiven Rechtsfertigungselemente*, cit., p. 61 e ss.; FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtsfertigungselements*, cit., p. 124 e ss.; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 135 e ss. La base dell'argomentazione rimane sempre la supposta simmetria fra le strutture del fatto tipico e della giustificazione e, dunque, in sostanza, lo schema della compensazione di disvalori e valori. Il profilo soggettivo della giustificazione è costruito quindi sulla struttura del dolo, desunta dal § 16 *StGB*.

Capitolo II

sostanziale approdo alla posizione olistica nonostante le proteste di indifferenza alla partizione espresse dall'Autore⁵²⁴.

La questione relativa alla vastità dell'elemento conoscitivo sembra peraltro sgonfiarsi non appena se ne consideri il rilievo pratico. È in realtà difficile immaginare una situazione in cui non si possa giustificare la condotta dell'agente in quanto questi ha avuto conoscenza solo di alcuni elementi di fatto: se l'agente ha percepito l'aggressione, ciò è quanto basta a ritenere *prima facie* sussistente la situazione della difesa legittima. La cosiddetta conoscenza olistica dunque sembra essere sufficiente a realizzare l'elemento conoscitivo richiesto. Laddove infatti sussista un errore su uno degli elementi della situazione scriminante si tratterà di valutare la sussistenza di altre figure quali la scriminante putativa o l'eccesso, ben note anche nel sistema tedesco, e che si sostanziano nella valutazione di un errore percettivo che può fondare un addebito colposo residuale.

3.2. L'elemento volitivo (Wollen)

La dottrina maggioritaria ritiene insufficiente la presenza del solo elemento conoscitivo nel profilo psicologico della giustificazione. Accanto ad esso è richiesta anche la presenza di un elemento volitivo, spesso declinato attraverso il rimando a differenti meccanismi motivazionali. È opportuno considerare partitamente le singole posizioni, in base all'accezione con cui questo elemento volitivo è inteso: come finalità da perseguire, ovvero come motivazione a partire dalle circostanze contingenti.

⁵²⁴ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 176 e ss., in particolare pp. 194-196. L'Autore fonda questo risultato inoltre sulla opzione a favore della premessa giusfilosofica che sostiene l'intera monografia, cui si è già accennato. Egli ritiene infatti che solo la considerazione della componente soggettiva nell'ambito dell'illecito garantisce la considerazione dell'agente come soggetto di diritto che si esprime attraverso scelte libere in un orizzonte normativo. Il rilievo del profilo soggettivo coincide perciò con la partecipazione cosciente del singolo alla normatività che si esprime nella singola condotta. A questo corrisponde, secondo la formula mezgeriana usata da Rath, la conoscenza parallela nella sfera laica da parte dell'agente della situazione in cui agisce e del significato socio-giuridico della stessa che l'Autore specifica ricorrendo al concetto materiale di giustificazione come miglioramento dei rapporti interpersonali («*Optimierung der interaktionellen Zustände im Kontext*») (ivi, p. 195).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

3.2.1. La motivazione come perseguimento di uno scopo futuro (Um-zu-Motiv)

Le opinioni che si vanno ad analizzare convergono nel ritenere giustificato l'agente che abbia non solo agito consapevolmente in una situazione scriminante, ma abbia anche inteso perseguire con la sua azione uno scopo lecito, conforme a quello preposto dall'ordinamento alla singola giustificazione.

Il motivo richiesto per la sussistenza del profilo soggettivo della giustificazione è fatto consistere nel perseguimento da parte dell'agente di uno scopo che si pone in un futuro più o meno immediato, secondo lo schema tipico del dolo specifico (*Absicht*, nella terminologia tedesca). Il perseguimento dello scopo in questione comprende di necessità anche il perseguimento degli obiettivi intermedi presenti fra la condotta del singolo e la realizzazione dello scopo principale⁵²⁵.

La tesi viene sostenuta in dottrina sulla base di un ordine quadruplice di ragioni.

In primo luogo si ricorre ovviamente al tenore testuale delle disposizioni che nel codice tedesco prevedono cause di giustificazione, e si sottolinea a questo riguardo la scelta del legislatore di esprimersi per mezzo di proposizioni subordinate finali⁵²⁶.

Da parte sua nel commento già più volte citato, Hirsch sostiene la necessità dell'indagine di uno scopo quale elemento caratterizzante il profilo psicologico della giustificazione attraverso il riferimento al ruolo dell'intenzione nell'interpretazione dell'intera condotta. Egli sostiene infatti che solo considerando l'intenzione

⁵²⁵ La posizione è ampiamente sostenuta nella dottrina tedesca: cfr. per esempio WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 84; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., pp. 290, 292, 316 e ss., 320, 324 e s., 335 e ss.; il già ricordato HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 139; GEPPERT, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., p. 31; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 328 e ss.; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 187 e s., i quali rendono plasticamente la difficoltà di scindere scopo da motivazione nella seguente affermazione: «*der Täter nicht nur in Kenntnis, sondern auch aufgrund der Notstandssituation, also mit Rechtfertigungsintention handeln muss*», ma sembrano inclinare nel complesso per la concezione dell'elemento volitivo quale perseguimento di uno scopo futuro. Concorde sul punto la giurisprudenza tedesca: cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 203, nt. 216, 3° alinea, nonché p. 208.

⁵²⁶ Cfr. per esempio: ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, cit., p. 234, nt. 26; NOWAKOWSKI, *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 124; HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 139; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 328 e ss., 356, 365; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 187 e s.

Capitolo II

perseguita si possa qualificare come difensiva o altrimenti lecita la condotta posta in essere dall'agente⁵²⁷.

La maggior parte della dottrina invece fa generalmente ricorso al concetto di illecito e al meccanismo compensatorio per affermare la necessità del perseguimento dello scopo lecito nella giustificazione⁵²⁸.

Vi è infine chi ritiene poco rilevante, in quanto sostanzialmente impossibile, distinguere fra elemento conoscitivo ed elemento volitivo e pertanto considera, per così dire, assorbente il concetto di motivo rispetto a qualsiasi altra componente possibile⁵²⁹.

L'argomento di carattere letterale è come di consueto da ammettere con prudenza, stante l'ineliminabile ambiguità dello stesso. Per motivi analoghi si deve ritenere poco ficcante l'argomentazione di Hirsch che fa dell'intenzione il carattere principale della fattispecie scriminante dal momento che lo stesso elemento del proposito può essere inteso in senso schiettamente oggettivo. A ciò si deve aggiungere che l'individuazione di un elemento da privilegiare nell'interpretazione della fattispecie è operazione che dipende dall'interprete stesso e come tale è destituita di valenza cogente. Riguardo all'argomento *ex* struttura dell'illecito invece si deve osservare come esso soggiaccia a tutte le debolezze del modello compensativo e in generale come esso sconti la tara del ragionamento analogico che costruisce l'elemento soggettivo delle cause di giustificazione specularmente al dolo. A queste peraltro si aggiunge l'ulteriore obiezione secondo la quale, anche ad ammettere il suddetto modello compensativo, sarebbe sufficiente l'elemento

⁵²⁷ HIRSCH, *Vorbemerkungen* § 32, cit., p. 139 e 141.

⁵²⁸ Cfr., a mo' di esempio, GEPPERT, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., p. 105; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 328 e ss.; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 187 e s. Nello specifico, v. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 164 e ss.: per giustificare la presenza dell'elemento volitivo nella forma dell'intenzione, l'Autore fa riferimento alla distinzione fra le funzioni del precetto penale. La funzione di *Bestimmung* esercitata dal precetto penale richiederebbe infatti non solo la conoscenza della situazione scriminante, ma precipuamente una condotta conforme anche nell'intenzione dell'agente alla finalità che l'ordinamento pone alla scriminante esercitata. Inoltre a giudizio di Steinbach la necessità di entrambe le componenti si desume, sempre in una logica compensatoria, dalla struttura del dolo così come desumibile dal § 16 *StGB*. Conclusivamente: «*die voluntative Komponente auf der Rechtfertigungsebene entspricht der des Vorsatzes im Unrechtstatbestand (generelles subjektives Element). Dies ergibt sich namentlich aus der Bifunktionalität der strafrechtlichen Normen, denen neben ihrer Bewertungsfunktion auch eine Bestimmungsfunktion zukommt*» (ivi, p. 184).

⁵²⁹ Cfr. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, in *Jura*, 1981, p. 310.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

cognitivo a garantire la suddetta compensazione⁵³⁰. L'ultima considerazione spesa a favore del rilievo dell'elemento intenzionale rivela la difficoltà di distinguere fra formulazioni lessicali che, apparentemente definitorie, ad una successiva analisi, si rivelano meramente descrittive.

La dottrina tedesca da parte sua ha contestato la possibilità di concepire un elemento soggettivo delle cause di giustificazione consistente nel perseguimento dello scopo, argomentando sulla base delle conseguenze sanzionatorie.

Nel contributo già menzionato, Loos ripropone l'esempio di Oehler relativo alla *Prügelei*⁵³¹: A si imbatte in una rissa fra i suoi due nemici mortali B e C, in cui C sta soccombendo; felice che questi abbia già ricevuto la sua dose di botte da B, decide di sfruttare la situazione di soccorso difensivo sussistente per sfogare il suo astio su B. L'Autore osserva come, a voler considerare necessario il perseguimento del proposito dell'azione per la giustificazione, A si troverebbe comunque punito: se partecipa alla zuffa con animo aggressivo e non difensivo non potrà invocare la difesa legittima; se si asterrà sarà concorrente mediante omissione nelle lesioni patite da C. Loos sottolinea inoltre come la considerazione del proposito perseguito dall'agente comporta il superamento della barriera che deve essere posta fra diritto e morale⁵³².

In un contributo del 1980 Prittwitz ha sostenuto la necessità solo eccezionale del rilievo del perseguimento del proposito di giustificazione. Partendo dalla premessa sistematica del modello compensatorio, l'Autore ritiene che se nella fattispecie tipica realizzata non è compreso alcun elemento qualificabile come *Absicht* è indebito richiedere il perseguimento dello scopo di salvezza nella struttura

⁵³⁰ Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 641 e ss., specialmente p. 643; nonché RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 206.

⁵³¹ Cfr. LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 230 e ss. V. *supra*, cap. II, par. 2.2.

⁵³² *Ivi*, p. 232: «Der Topos, durch das Erfordernis einer Verteidigungsabsicht wurden die Grenzen zwischen Tatstrafrecht und Gesinnungsstrafrecht und damit zwischen Legalität und Moralität i.S. Kants verwischt, lässt sich so erläutern». Argomenti ripresi recentemente da KRACK, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente. Insbesondere zur Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs*, in *Grundfragen des Strafrecht, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung. Wissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos am 23. Januar 2009*, a cura di H. Koriath, R. Krack, H. Radtke, J.-M. Jehle, Göttingen, 2010, p. 147 e ss. L'Autore sottolinea il merito di Loos nell'aver individuato il rilievo pratico della esclusione dell'*Absicht* dalla struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione (v. pure la giurisprudenza *ivi* citata da Krack).

Capitolo II

dell'eventuale scriminante realizzata con la stessa condotta⁵³³. L'Autore peraltro ammette un rilievo eccezionale dell'elemento soggettivo qualificato come perseguimento di uno scopo nel caso in cui la garanzia dell'interesse superiore che si intende salvaguardare non venga raggiunta e l'agente abbia perseguito scopi non conformi a quelli dell'ordinamento⁵³⁴.

Infine si è argomentato in dottrina contro la configurazione dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione quale perseguimento di un fine a partire dalla constatazione dell'incompatibilità di detto elemento con le ipotesi di delitto colposo⁵³⁵.

Tralasciando quest'ultimo argomento, a cui si dedicherà un paragrafo apposito, si possono chiosare le opinioni espresse riconoscendo innanzitutto come le argomentazioni di Prittwitz non convincano del tutto: esse condividono tutte le debolezze del *Saldierungsmodell* da cui derivano⁵³⁶. A Loos invece spetta il merito di aver individuato il punto dolente dell'intera questione dei profili soggettivi delle cause di giustificazione: non si tratta tanto di come si vuole costruire l'illecito, ma di segnare una linea di confine, attraverso una precisa scelta di politica del diritto. La richiesta di un elemento psicologico che coincide con l'indagine intorno al proposito nutrito dall'agente infatti corrisponde alla punizione di un'attitudine interna, appartenente alla componente intima dell'essere umano che è indisponibile all'ordinamento⁵³⁷.

⁵³³ Cfr. PRITTWITZ, *Zur Verteidigungswille bei der Notwehr*, in *GA*, 1980, p. 386. Il concetto di eccezione è stato anche usato da LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 237 e ss. che in riferimento alle *zweiaktige-unvollkommene Rechtfertigungsgründe* (v. *infra*, cap. II, paragrafo 3.2.5) fa eccezione alla regola dell'irrelevanza del proposito perseguito dall'agente ai fini della giustificazione.

⁵³⁴ *Ivi*, p. 388.

⁵³⁵ Cfr. SCHMITT, *Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?*, in *JuS*, 1963, p. 65 e ss. Sui rapporti fra elementi soggettivi delle cause di giustificazione e fatti colposi v. *amplius infra*, par. 5.

⁵³⁶ Peraltro, come nota RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselment*, cit., p. 211, vi è un eccesso di formalismo nel plasmare l'elemento soggettivo della giustificazione a immagine e somiglianza di quello dell'illecito. Non si capisce per esempio perché lo stato di necessità dovrebbe atteggiarsi psicologicamente in modo differente in base al titolo di reato sotto cui si iscrive la condotta realizzata, se a dolo specifico oppure no.

⁵³⁷ La critica è ben diffusa nella dottrina tedesca, la quale ricorre a questo riguardo alla nozione di *Gesinnungsstrafrecht*. Basti qui ricordare, limitandosi ad opere già citate,: ROXIN, *La situazione di legittima difesa provocata*, cit., p. 203 e ss.; con riferimento alle singole ipotesi scriminanti, WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 131 e ss.; GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 176; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 194 e ss., il quale però avverte

3.2.2. La motivazione tratta da circostanze contingenti (Weil-Motiv)

La seconda famiglia di opinioni che si incontrano nella dottrina tedesca in riferimento alla struttura dell'elemento soggettivo, come già si è anticipato, connota la volontà come reazione dell'agente agli stimoli derivanti dalle contingenze fattuali. Secondo questa concezione, l'agente può essere giustificato se era a conoscenza della situazione scriminante e se da questa si è lasciato motivare senza che però sia necessario indagare i propositi da lui perseguiti.

La tesi è stata sostenuta facendo riferimento alla struttura dell'illecito; parte della dottrina ha infatti riferito l'elemento volitivo della giustificazione al disvalore di azione e di conseguenza si è affermato che il primo non dovesse essere riferito ad un evento futuro (quello lesivo), bensì dovesse determinarsi in base all'insieme delle circostanze concomitanti⁵³⁸.

La configurazione del profilo psicologico quale *Weil-Motiv* è stata argomentata anche in ragione degli effetti eccessivamente restrittivi che discenderebbero dall'ammissione di una concezione dell'elemento volitivo come scopo da perseguire. Si ritiene infatti che se si dovesse riconoscere la sussistenza della difesa legittima solo quando l'agente persegue uno scopo lecito rimarrebbero illeciti fatti che pure appaiono meritevoli della tutela della stessa⁵³⁹.

Da ultimo l'opzione per la caratterizzazione dell'elemento volitivo come reazione ad uno stato di cose preesistente all'azione dell'agente è stata sostenuta da Steinbach⁵⁴⁰. Premessa logica dell'argomentazione dell'Autore è l'insufficienza della sola conoscenza della situazione scriminante ad elidere il dolo del fatto tipico, in quanto, come già si è ricordato, da una parte, il meccanismo della compensazione

giustamente come ogni tentativo di distinguere fra i concetti di fine e di motivo, pur possibile in teoria, sul piano pratico sia destinato spesso a fallire; RÖTTGER, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, cit., p. 193, il quale più in generale rigetta la possibilità di configurare l'elemento soggettivo della giustificazione come corrispondente all'*Absicht* (ivi, p. 207 e ss.); RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 215.

⁵³⁸ Cfr. GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 310: presupposto logico, rimasto inespresso, è che l'azione si colloca nel presente, mentre l'evento in quanto prodotto della stessa appartiene alla dimensione futura; di conseguenza il concetto di motivo, e non quello di fine, è l'unico compatibile con il disvalore di azione.

⁵³⁹ Cfr. ALWART, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, in *GA*, 1983, p. 450; nonché ID., *Zum Begriff der Notwehr*, in *JuS*, 1996, p. 957.

⁵⁴⁰ Cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 185 e ss.

Capitolo II

richiede un elemento psicologico in tutto conforme al dolo, mentre per altro verso la presenza di un elemento volitivo corrisponderebbe alla funzione di determinazione svolta dalla norma penale.

Sulla base di queste considerazioni Steinbach, pur avvertendo la difficoltà di distinguere fra il concetto di motivo e quello di fine, considera necessario propendere per la qualificazione del profilo soggettivo come motivazione dalle circostanze presenti in ragione del limite che esiste fra diritto e morale. Qualsiasi altro elemento psicologico coinciderebbe secondo l'Autore con la punizione di una mera inclinazione dell'animo dell'agente.

La caratterizzazione dell'elemento volitivo come motivazione invece che come finalità da perseguire, in realtà sembra essere censurabile per lo stesso motivo che esclude l'ammissibilità della volizione intesa come finalità. Anche l'indagine sul motivo infatti sposta il riflettore dell'ordinamento sui processi psichici interni all'agente e finisce per far dipendere la punizione dell'agente dalla correttezza della sua attitudine psicologica. Anche l'opzione a favore della volizione come motivazione conduce nel vicolo cieco della *Gesinnung*, da sola non sufficiente a giustificare la reazione punitiva dello Stato⁵⁴¹.

Il motivo di perplessità maggiore risiede però forse altrove. Non si vedono infatti margini sufficienti per poter distinguere in concreto fra il concetto di motivo e quello di scopo: il primo si risolve in una determinazione, conscia o inconscia, ad agire ma si forma inevitabilmente sull'immaginazione di un esito futuro, secondo il bagaglio esperienziale del singolo; ogni motivazione da circostanze contingenti presuppone infatti una dimensione futura.

3.2.3. La motivazione ipotetica (Als-ob-Motiv)

Rifacendosi alla posizione oggettivista di Oehler, Loos ha proposto un terzo criterio sul quale parametrare la componente volitiva dell'elemento soggettivo delle

⁵⁴¹ Come riconosce RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 217. Per ulteriori critiche cfr. *ivi*, pp. 216-223: l'Autore ritiene inoltre che non si possa dare una motivazione che si basi su circostanze passate giacché il meccanismo motivazionale umano funzionerebbe con la posizione di un fine futuro (sarebbe in sostanza un *Um-zu-Motiv*). La motivazione da circostanze contingenti sarebbe per altro verso contraria alla nozione di antigiuridicità che l'Autore propone e che si sostanzia nella realizzazione di un miglioramento di rapporti interazionali discendente dalla volontà del soggetto agente. Inoltre si tratterebbe di un processo psicologico difficilmente ricostruibile a posteriori in sede processuale.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

cause di giustificazione. Egli ritiene che si debba valutare se l'agente abbia agito come se avesse voluto realizzare l'effetto lecito. In sostanza l'Autore ritiene che l'elemento volitivo della giustificazione debba essere ritenuto sussistente in tutti i casi in cui l'esteriorità della condotta corrisponda all'esercizio della causa di giustificazione⁵⁴².

L'opzione in questione propone in sostanza il requisito oggettivo della valutazione della condotta scriminata che già Oehler aveva sostenuto e che è ben nota al lettore italiano⁵⁴³. La considerazione del profilo psicologico viene "salvata" *in extremis* dall'uso di termini quali *Rettungsvorsatz* o *Motivation* i quali però non sono sufficienti a ritenere che l'opzione ermeneutica sia realmente fondata sulla considerazione del profilo soggettivo dell'agente.

3.2.4. Il concorso di motivi (Motivbündel)

Dopo aver ammesso all'interno dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione la presenza di una componente motivazionale, dai più intesa come perseguimento di uno scopo, la dottrina e la giurisprudenza tedesca si trovano a dover sciogliere il conseguente quesito relativo alla sussistenza di una pluralità di motivazioni dell'agire del soggetto, non tutti ovviamente conformi al diritto.

La soluzione generalmente praticata e sancita dalla giurisprudenza ammette la compresenza di motivi ulteriori rispetto al *Rechtfertigungsabsicht*; l'affermazione è accompagnata dal monito, espresso in vario modo, secondo il quale si deve sempre garantire che il motivo lecito non rimanga nello sfondo ovvero che sia dominante fra i vari propositi perseguiti⁵⁴⁴.

⁵⁴² Cfr. LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 233 e s.: «*der Verteidiger bzw. Retter seine Handlung so planen müßte, als ob er den Rettungseffekt bezweckte. Das setzt einerseits seine Annahme voraus, den Verteidigungseffekt zu bewirken, also auch insoweit Rettungsvorsatz*». E ancora: «*A möchte zwar Hass oder Rache befriedigen, aber auch eine Strafbarkeit vermeiden, wofür erforderlich ist, daß er sich in den Grenzen der Nothilfe bewegt*».

⁵⁴³ Il riferimento è alla posizione sviluppata in merito alla costrizione nella difesa legittima da Grosso e da Padovani (cfr. *supra*, cap. I, paragrafo 5.2).

⁵⁴⁴ Espressione diffusa nella giurisprudenza: cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 226, nt. 289; nonché STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 201, nt. 1. Cfr. invece in dottrina per esempio: DIEHL, *Die subjektive Elemente der Unrechtsausschließungsgründe*, 1952, p. 30; GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 310; HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 139: «*[subjektive Rechtfertigungselemente] von anderen Zwecken begleiten sein können, solange diese sie nur nicht völlig in den Hintergrund drängen*»; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 342 e s., in merito alla difesa legittima affermano gli Autori: «*Die Abwehrhandlung muß einmal vom*

Capitolo II

Il tema è stato approfondito da Alwart, il quale ha individuato tre possibili forme teoriche di convivenza: *Motiv-Kopplung*, quando ciascun motivo descrive un aspetto della condotta la quale non potrebbe essere spiegata da uno solo di essi; *Motiv-Implikation*, se sussiste una gerarchia fra i motivi per cui uno è servente all'altro; *Motiv-Konjunktion*, nel caso in cui più motivi determinano autonomamente il soggetto all'azione. Nel caso della giustificazione, nello specifico per difesa legittima, la coesistenza di più motivi corrisponderebbe secondo l'Autore alla terza classe di concorso di motivi. Alwart avverte di conseguenza come non sia possibile ordinare per gerarchie gli eventuali motivi concorrenti come potrebbe essere nel caso di *Motiv-Implikation*, e dunque ritiene velleitario il tentativo della giurisprudenza di distinguere fra motivo principale difensivo e motivi secondari⁵⁴⁵.

I dubbi espressi da Alwart circa la possibilità di distinguere fra le possibili motivazioni dell'agente sono fondati, oltre che condivisi dai più recenti lavori sul tema⁵⁴⁶. L'indagine consisterebbe ancora una volta in una intromissione indebita, oltre che oggettivamente difficile, dello strumento penale nell'intimo del soggetto. A ben vedere, il quesito sulla concorrenza di motivi per l'azione scriminata perde probabilmente di significato non appena si noti che nessuno, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ritiene possibile escludere la giustificazione nel caso in cui il motivo lecito non sia l'unico perseguito dall'agente. Si tratta forse da parte della dottrina di uno scrupolo di completezza; da parte della giurisprudenza, di una soluzione di umana equità per casi in cui dalle emergenze del fatto risultino motivi non del tutto encomiabili, ulteriori rispetto a quelli della difesa.

Verteidigungswillen getragen sein. Andere Motiven wie Haß, Empörung oder Rache können mitspielen, wenn nur der Verteidigungswille überhaupt vorliegt. Der Verteidigungswille fehlt aber, wenn bei einer Schlägerei Angriffs- und Verteidigungswille ineinander übergehen»; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 189.

⁵⁴⁵ Cfr. ALWART, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, cit., p. 441 e s., poi p. 446 e ss.

⁵⁴⁶ V. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 208 e ss., il quale, nonostante l'adesione alla posizione di Alwart, sostiene tuttavia la necessità che si verifichi la precedenza temporale del motivo difensivo rispetto a quelli ulteriormente perseguiti (ivi, p. 211: «*ist jedoch zu fordern, daß dieser Verteidigungswille zu Beginn der Verteidigungshandlung eine Rolle gespielt hat*»), e ritiene che l'ammissione dell'irrelevanza del concorso di motivi possa realizzare una *Entethisierung* delle condotte scriminate, salvaguardando tuttavia il profilo necessariamente morale del diritto; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 227, che ritiene del tutto irrilevante la questione.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

3.2.5. Il proposito difensivo nelle cause di giustificazione “in due tempi” (unvollkommen-zweiaktigen Rechtfertigungsgründe)

Le cause di giustificazione in questione sono caratterizzate secondo la dottrina tedesca dalla scomponibilità della condotta in due tronconi, in modo tale che l'effetto scriminante si rende manifesto solo nel verificarsi della seconda condotta. Un esempio paradigmatico e ricorrente nella letteratura tedesca è la facoltà di arresto concessa ai privati dal § 127 *StPO*. In questo caso infatti si può immaginare la condotta di arresto divisa in due tempi: la limitazione della libertà personale dell'arrestato; e la consegna dello stesso all'Autorità giudiziaria. La formulazione della disposizione tuttavia non menziona questo secondo atto onde è strutturalmente necessario, secondo la dottrina tedesca, che il primo atto sia sorretto da una intenzione lecita perché la condotta venga scriminata⁵⁴⁷. In questo tipo di scriminanti la condotta dell'agente è prevista nella disposizione legale; tuttavia solo il verificarsi di un evento successivo, esterno a quest'ultima, rivela la sussistenza di un proposito lecito che vale a scriminare la condotta tipica (primo atto), onde la dottrina tedesca ritiene di fondare il significato della scriminante nel fine lecito perseguito dall'agente e non dalla condotta materiale prevista nella scriminante.

La dottrina ha cercato di precisare meglio i contorni di questa figura. Si ritiene così che non sia necessario che l'agente, già in concomitanza con il primo atto, abbia presente il proposito lecito: esso può sopraggiungere in un secondo momento e ottenere l'effetto scriminante; più in generale è sufficiente che l'effetto lecito sia voluto quale conseguenza della condotta, sebbene non sia il fine principale perseguito dall'agente, potendo perciò il profilo soggettivo della condotta strutturarsi come un dolo diretto. È invece maggiormente dibattuta la questione relativa alla liceità della condotta realizzata non con la certezza di farvi seguire il secondo atto che perfezionerebbe la scriminante; in altre parole, non è certo in dottrina se sia

⁵⁴⁷ LAMPE, *Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe*, in *GA*, 1978, p. 7 e ss. La categoria è stata coniata sullo schema dei delitti imperfetti in due atti (*unvollkommen zweiaktige Delikte*), nei quali l'agente deve aver consumato il primo atto, mentre è sufficiente, in riferimento al secondo di essi, che l'agente abbia solo il dolo di lasciarlo conseguire al primo: es. il sequestro a scopo di estorsione (§ 239a *StGB*) che punisce la condotta di sequestro commessa con il dolo specifico di approfittare della condizione di preoccupazione della vittima o di terzi, senza che questa sussista necessariamente (*um die Sorge des Opfers um sein Wohl oder die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers zu einer Erpressung auszunutzen*). Cfr. LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 237 e s.; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 227-238. V. poi SCHWAZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 113 e ss.

Capitolo II

sufficiente che l'agente realizzi il primo atto, con solo una sorta di dolo eventuale (*für möglich halten*) circa la realizzazione anche del secondo⁵⁴⁸. Si ritiene poi che l'interruzione della condotta giustificatrice a causa di fattori esterni imponderabili (in sostanza il caso fortuito o la forza maggiore) non escluda la liceità della condotta. Non è peraltro sconosciuta alla dottrina tedesca anche una posizione "oggettivista" che ritiene che scriminanti come quella che rende l'arresto lecito *ex § 127 StPO* possano in realtà esplicare il loro effetto a prescindere dalla intenzione del soggetto sulla base delle mere risultanze fattuali e del significato espresso dalla condotta realizzata⁵⁴⁹.

La teoria delle scriminanti "in due atti" viene introdotta nei contributi di lingua tedesca in merito ai profili soggettivi in quanto testimonierebbe l'emersione di un profilo soggettivo rilevante per la giustificazione di condotte il cui significato sociale sembra risiedere proprio nell'intenzione con cui vengono poste in essere.

La casistica proposta coincide in sostanza con la figura dell'arresto del privato e con l'interruzione di un intervento di soccorso. Il confronto con l'ordinamento italiano su queste due costellazioni di casi può essere di aiuto per comprendere il rilievo che la teorica in questione può avere per la soluzione del quesito originario relativo alla possibilità di giustificare una condotta lecita, nonostante l'intenzione dell'agente.

L'analogo del § 127 *StPO* nell'ordinamento italiano è l'art. 383 c.p.p. La formulazione di questo articolo⁵⁵⁰ non consente margini perché sussistano dubbi: viene infatti richiesto che chi procede all'arresto consegni senza ritardo alla polizia giudiziaria il fermato in flagranza e gli eventuali corpi di reato. La presenza di questo requisito oggettivo materializza, per così dire, l'intento dell'agente, onde non è

⁵⁴⁸ Per una risposta positiva: HERZBERG, *Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage*, in *JA*, 1986, p. 199; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 227-238, sulla base del suo concetto di anti giuridicità come perfezionamento dei rapporti sociali, discendenti da una scelta individuale, benché in realtà la risposta positiva al quesito sembri piuttosto un risultato esclusivamente equitativo, e sicuramente prescinda da una derivazione logica rigorosa; nonché ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 455. Per una risposta negativa: LENCKNER-STERNBERG LIEBEN, *Vorbemerkungen § 32 ff.*, cit., p. 563, ove si richiede che l'agente persegua il preciso intento legale, risultando altrimenti punibile per delitto consumato.

⁵⁴⁹ Posizione diffusa nella tradizione più risalente, legata al concetto oggettivo di illecito (cfr. per esempio SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, cit., p. 202), più recentemente sostenuta da WEIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 155, nt. 12.

⁵⁵⁰ Cfr. FILIPPI, *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990, p. 302 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

necessario indagare le intenzioni, legali o meno, che lo hanno mosso ad agire ma è sufficiente verificare che la consegna sia immediata. Quand'anche egli perseguisse scopi differenti, questi rimarrebbero del tutto nascosti e indifferenti all'ordinamento, in quanto si conseguirebbe il risultato di assicurare l'arrestato alla giustizia; se al contrario pur perseguendo lo scopo lecito, l'agente ritardasse la consegna, la sua condotta sarebbe comunque illecita, in quanto inciderebbe sul bene costituzionale della libertà individuale per un tempo indebitamente lungo. È solo in questo secondo caso che potrebbe sussistere il rischio di una condotta apparentemente lecita ma posta in essere per fini illeciti o riprovevoli; e la disciplina italiana offre un referente più sicuro dell'indagine dell'intenzione lecita.

Quanto ai casi in cui la condotta lecita (un soccorso di necessità, per esempio) venga interrotta si deve osservare come in casi simili non è dirimente tanto la considerazione dell'intento lecito perseguito, quanto una differente regola, ammessa in Germania come in Italia per via surrettizia dalla dottrina, e cioè la non necessità che l'azione giustificata giunga all'esito, essendo sufficiente che essa venga solo intrapresa⁵⁵¹. Di conseguenza il riferimento allo scopo lecito perseguito si riduce, a ben vedere, ad una mera modalità espositiva della regola appena enunciata: si può dire che l'azione, solo intrapresa e non portata a compimento, è lecita perché persegue un intento e dunque si può riconoscere la ragione di liceità della condotta nel motivo perseguito; ma si potrebbe anche esprimere la stessa regola affermando che è la condotta realizzata fino al momento ininterrottamente a risultare oggettivamente

⁵⁵¹ Per la dottrina tedesca, v. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 234. Per quella italiana v. DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 193 e ss., soprattutto p. 202 e ss., il quale ritiene del tutto irrealistico la possibilità di calcolare con criterio probabilistico le chances di salvezza del bene tutelato nello stato di necessità (ma è consimile il caso nella difesa legittima) e conseguentemente di subordinare il giudizio di liceità di una condotta ad un calcolo siffatto. L'Autore osserva invece come la giustificazione della condotta che poi non consegue lo scopo di liceità passa necessariamente da un giudizio di valore di carattere normativo e non consiste in uno di matrice descrittiva quale sarebbe il giudizio probabilistico. L'esito dell'operazione deve portare a ritenere sicuramente illecite *a priori* quelle sole condotte che si palesano come assolutamente inadeguate a conseguire l'effetto lecito. Questo sembra coincidere con quanto si è detto nel corpo del testo circa l'azione di soccorso interrotta: non è il rilievo della intenzione a determinare la liceità della condotta; essa può al più essere uno dei parametri di giudizio normativo della condotta in generale. Piuttosto è l'idoneità intrinseca dell'azione a renderla lecita già *ab initio*. Parzialmente di diverso avviso CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 471, che fonda la liceità della condotta difensiva interrotta anche sul rilievo necessario del profilo soggettivo della giustificazione.

Capitolo II

idonea a conseguire uno scopo lecito⁵⁵². Si tratta, insomma e ancora una volta, di constatare la scarsa affidabilità di argomenti letterali dei quali è prudente non fare uso eccessivo, giacché la lingua se troppo è tesa dallo spasimo definitorio perde la capacità di penetrare la realtà.

Ad ogni modo, in riferimento al tema di questo lavoro – se cioè si debba giustificare o no la condotta formalmente lecita ma posta in essere inconsciamente ovvero per motivi illeciti o riprovevoli – la casistica proposta non apporta alcun risultato, giacché in caso di interruzione di condotte scriminate non differisce dalla realizzazione inconsapevole o strumentalizzata di una scriminante completa.

3.2.6. *L'argomentazione a favore dell'elemento volitivo a partire dalla disciplina delle singole scriminanti*

La necessaria presenza di un elemento volitivo nella struttura delle scriminanti viene argomentata dalla dottrina tedesca anche a partire dalla disciplina e dalla struttura delle singole cause di giustificazione.

Così in riferimento alla difesa legittima si è osservato come la *ratio* di difesa dell'ordinamento – una delle connotazioni tradizionali della difesa legittima tedesca che, come si è osservato⁵⁵³, ancora resiste nella letteratura germanofona – possa essere conseguita solo se l'agente aderisce anche con il suo intento alla difesa dell'ordinamento⁵⁵⁴. L'argomento è stato criticato nella stessa letteratura tedesca e si rimanda a quanto già detto nel capitolo precedente in merito a questa concezione esasperatamente soggettivista della difesa legittima⁵⁵⁵.

Parimenti non è conseguente l'argomento che fa discendere dalla (asserita) illiceità della condotta difensiva del provocatore contro il provocato la necessità nella

⁵⁵² Cfr. KRACK, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 149, sembra confermare questa impressione quando afferma che per la giustificazione è sufficiente il verificarsi del primo atto e la conoscenza della situazione scriminante.

⁵⁵³ Cfr. *supra* Cap. I, paragrafo 5: si ricordi il motto significativo già ricordato: *das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen* e l'altro, anch'esso già noto, che qualifica la difesa legittima come *Kampf ums Recht*.

⁵⁵⁴ Cfr. SIEVERTS, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, cit., p. 202

⁵⁵⁵ Cfr. le critiche di circolarità mosse da STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 162; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 242 con la letteratura citata dagli Autori. Più recentemente, cfr. MEYER, *Opfer des Angriffs strafbar durch Verteidigung? Zu den subjektiven Voraussetzungen der Verteidigung bei der Notwehr*, in *GA*, 2003, p. 817 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

difesa legittima di un elemento volitivo⁵⁵⁶. Anche ad ammettere, come avviene nell'ambito della dottrina tedesca prevalente⁵⁵⁷, che il provocatore non possa invocare la difesa legittima, da questa regola di imputazione (un dover-essere) non potrebbe inferirsi logicamente alcuna caratterizzazione della – *sit venia verbo* – sostanza della difesa legittima (che è un essere)⁵⁵⁸.

In un più recente contributo è stato sottolineato a sostegno della tesi che nega la necessità dell'*Absicht* all'interno del profilo soggettivo della difesa legittima come dal concetto di illecito personale non discende in alcun modo la caratterizzazione del profilo psicologico come perseguimento di un fine. Si è osservato inoltre come il tenore letterale del § 32 *StGB* non possa essere ritenuto un appiglio sufficiente per la strutturazione del profilo soggettivo in forme simili a quelle del dolo specifico⁵⁵⁹.

Dal canto suo lo *ius corrigendi* (*Züchtigungsrecht*) ha rappresentato l'argomento forte della necessità dell'elemento volitivo nelle cause di giustificazione, come ammesso anche dagli Autori che si pronunciano per la sufficienza dell'elemento conoscitivo⁵⁶⁰. Non mancano tuttavia voci (isolate, per la verità) che ridimensionano la connotazione marcatamente soggettiva della scriminante in questione. Si tratta sia di Autori "oggettivisti" che, nonostante il ritenuto innegabile rilievo dell'intenzione per la sussistenza della scriminante, sottolineano come lo scopo educativo si debba desumere anche dalle concrete modalità della condotta⁵⁶¹, sia di Autori "soggettivisti" che affermano la precedenza dell'indagine sulla idoneità della condotta correttiva rispetto a quella sull'intento⁵⁶².

La scriminante della salvaguardia di interessi leciti (§ 193 *StGB*) è stata da taluno limitata ai soli casi in cui l'agente intende esercitare l'interesse tutelato

⁵⁵⁶ Posizione sostenuta per esempio da STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 173 e ss.: egli afferma che nel caso di *Absichtprovokation* si renderebbe evidente una consapevole ribellione contro l'ordinamento che escluderebbe la sussistenza di una volizione lecita.

⁵⁵⁷ Cfr. *supra* cap. I, paragrafo 5.3.

⁵⁵⁸ Per rilievi simili, cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 243.

⁵⁵⁹ MEYER, *Opfer des Angriffs strafbar durch Verteidigung?*, cit., p. 817 e s.

⁵⁶⁰ Cfr. WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für die Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 144 e ss., con la dottrina e la giurisprudenza *ivi* citate. Vale la pena di ricordare che uno dei più antichi precedenti giurisprudenziali relativi ai profili soggettivi delle scriminanti fu proprio una sentenza in materia di *ius corrigendi* (cfr. *supra*, Cap. II, par. 1.1). Cfr. poi LOOS, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 236 e s.

⁵⁶¹ Cfr. OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, cit., p. 170 e s.

⁵⁶² Oltre a nutrire dubbi sulla attualità dell'istituto in generale, cfr.: RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 245.

Capitolo II

dall'ordinamento, con esclusione dei casi in cui l'esercizio del diritto in questione sia del tutto pretestuoso⁵⁶³. È stato tuttavia sottolineato come questo criterio di discriminazione non sia del tutto decisivo giacché si potrebbe ritenere salvaguardato il bene in questione sulla base di valutazioni sociali che prescindano dalla sussistenza di scopi riprovevoli⁵⁶⁴.

3.2.7. La posizione di Rath

Da ultimo sembra opportuno dare conto della posizione sviluppata da Rath in merito all'elemento volitivo⁵⁶⁵.

Il carattere normativo della giustificazione, intesa come eliminazione dell'illecito sul piano normativo, rende necessaria la presenza della componente conoscitiva nell'agente: come l'illecito procede da una libera volontà, anche la giustificazione implica un soggetto conscio del significato della sua condotta, cioè un soggetto consapevole del significato normativo di conformità all'imperativo assoluto. La necessità che l'agente conosca di agire nella situazione scriminante è una conseguenza della costruzione non solo dell'illecito penale ma dell'intero diritto intorno al principio dell'ottimizzazione dei rapporti⁵⁶⁶. L'oggetto dell'elemento conoscitivo è costituito dagli elementi fattuali corrispondenti alla fattispecie incriminatrice da quelli che fungono da presupposto dell'esito scriminante nonché dall'esito scriminante della condotta. Conseguentemente non è ammissibile che la giustificazione possa procedere da un agente che agisce inconsapevolmente⁵⁶⁷.

Sulla base del concetto di antiggiuridicità e di personalità dell'illecito sviluppate l'Autore ritiene che accanto all'elemento conoscitivo sia necessaria la presenza di un elemento volitivo. Il volere infatti corrisponde all'espressione dell'agente, in quanto individuo, all'interno del contesto normativo attributivo di

⁵⁶³ Cfr. ZACZYK, § 193, in KINDHÄUSER-NEUMANN-PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, II, 5. Aufl., Baden Baden, 2017, p. 1504 e s.

⁵⁶⁴ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 247.

⁵⁶⁵ *Ivi*, p. 196 e ss., e p. 582 e ss.

⁵⁶⁶ «Es muss die Realisierung der destruktionskompensierenden objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen eine Bewusstseinspräsenz erreicht haben, welche es ermöglicht, diese Vorgang in die Bewertung gemäß dem unbedingten Imperativ einzustellen» (*ivi*, p. 592).

⁵⁶⁷ *Ivi*, p. 586.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

significato⁵⁶⁸. L'elemento volitivo è dunque per l'Autore ciò che permette di poter ascrivere la condotta realizzata all'agente e di ritenere quest'ultimo consonante con il comando dell'imperativo assoluto⁵⁶⁹.

Non è necessario per Rath che l'elemento volitivo si configuri nelle forme "più forti" del dolo (intenzionale o diretto) essendo sufficiente una volontà, per così dire, semplice. In nessun caso tuttavia l'elemento volitivo è da confondere con l'analisi dei processi motivazionali che come tali sono estranei al piano dell'antigiuridicità o del tutto preclusi al giudizio dell'ordinamento⁵⁷⁰. Questo è il motivo per cui Rath, pur ritenendo lo schema dell'*Um-zu-Motiv* quello che meglio descrive il meccanismo volitivo umano nella sua componente decisionale, rinuncia ad aderire alla corrente di pensiero che struttura l'elemento volitivo delle cause di giustificazione secondo questo schema: si tratterebbe di *Gesinnungsstrafrecht*.

La posizione di Rath non può convincere dal momento che discende da un presupposto giusfilosofico e da un concetto-base di antigiuridicità non condivisibili⁵⁷¹. Anche accolti questi presupposti tuttavia è soprattutto la necessità dell'elemento volitivo che si trova sprovvista di un solido appoggio logico dal momento che la conoscenza di una situazione scriminante potrebbe essere da sola sufficiente a fungere da garanzia della personalità della condotta e dell'esito realizzati. Sempre riguardo all'elemento psicologico è da osservare come non possa essere ritenuta sufficiente la soluzione proposta dall'Autore che prima aderisce al modello descrittivo della volontà finalistica (*Um-zu-Motiv*) e quindi lo rigetta in quanto manifestazione di *Gesinnungsstrafrecht* non offrendo così alcun contributo alla soluzione della questione.

3.3. Alcune osservazioni

L'indagine circa la struttura dell'elemento soggettivo rende ancora più evidente quanto la soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle

⁵⁶⁸ Si deve infatti ricordare che per Rath la giustificazione consiste nella realizzazione di un miglioramento delle relazioni rilevanti sul piano normativo, corrispondente all'imperativo assoluto che soggiace all'intero ordinamento.

⁵⁶⁹ Ivi, p. 596 e ss.: «Die Setzung des Rechtfertigungserfolgs [...] muss [...] eine Leistung des Subjekts in bzw. aus seiner Normativität, eine äußere Wirklichkeit aus der Freiheit des Subjekts, bedeuten. [...] Eine solcher Ausgriff ist allein in Gestalt des Wollens möglich».

⁵⁷⁰ Ivi, p. 600 e ss.

⁵⁷¹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 2.2.10.

Capitolo II

cause di giustificazione si risolve nella scelta fra *Gesinnungsstrafrecht* e *Tatsstrafrecht*. Le obiezioni ad una configurazione della struttura del profilo soggettivo delle cause di giustificazione in una forma simile a quella del dolo specifico infatti si basano principalmente sull'impossibilità di punire la intenzione nuda.

Le difficoltà incontrate dagli Autori tedeschi nella distinzione fra *Weil-Motiv* e *Um-zu-Motiv* rivelano una volta di più quanto sia sdruciolevole basare scelte normative, come ad esempio quelle relative alla struttura della giustificazione, su un paradigma descrittivo. La bontà dei risultati conseguiti attraverso l'impiego di un metodo siffatto infatti dipende in sostanza dalla validità delle premesse scelte che molto spesso sono ancora oggetto di dibattito scientifico. Un simile metodo inoltre non tiene conto del fatto che la dottrina penale non è scienza descrittiva ma piuttosto ausilio di uno strumento sociale quale è il diritto. La correttezza dei suoi assunti non si misura in termini di verità in base ad una corrispondenza alla realtà fenomenica bensì secondo giudizi di validità in riferimento al complesso di proposizioni giuridiche che costituisce l'ordinamento giuridico.

D'altronde non ha probabilmente un rilievo decisivo stabilire quale sia in astratto la struttura dell'elemento soggettivo della giustificazione; ha invece maggiore rilievo decidere se possa essere scriminata una condotta che persegue anche altri obiettivi differenti da quello giustificante. La soluzione raggiunta sul punto, e cioè l'irrilevanza di motivi concorrenti contrari al perseguimento dello scopo lecito, presuppone l'adozione del modello cosiddetto dell'*Um-zu-Motiv*. Si potrebbe dunque fare impiego di questa formula tenendo però presente che essa è solo un ausilio descrittivo e non pretende di definire la struttura dell'azione. A ben vedere tuttavia potrebbe essere sufficiente il concetto più ampio di motivo *tout court*.

Non si tratta infatti di sezionare il profilo psicologico dell'agente che pone in essere la condotta giustificante ma semplicemente di trovare un termine che possa fungere da mezzo descrittivo corretto nella situazione di coesistenza di più motivi determinanti.

4. (segue): conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento soggettivo

Posta la necessità dell'imputazione soggettiva anche delle scriminanti, la dottrina tedesca si chiede quale debba essere la conseguenza sanzionatoria nel caso in cui l'agente realizzi inconsapevolmente o per altri fini la fattispecie oggettiva della scriminante. L'alternativa si pone fra la punizione a titolo di reato consumato e quella per tentativo, sebbene i percorsi logici seguiti per giungere a queste soluzioni siano differenti. Coloro che invece ritengono non necessario per la giustificazione l'elemento psicologico opinano conseguentemente per la non punizione della condotta.

È dunque fruttuoso passare in rassegna il vario panorama che si offre, benché sia da avvertire la difficoltà di reperire anche nella dottrina tedesca argomentazioni, per così dire, codificate, come pure ci si aspetterebbe vista l'abbondante letteratura sul tema⁵⁷².

4.1. Giustificazione completa

È la conseguenza cui pervengono coloro che sostengono la tesi oggettivista: dacché l'illecito è concepito come contrassegnato dalle sole componenti materiali della condotta è del tutto irrilevante per il giudizio di illiceità il profilo psicologico dell'agente. Ad un esito uguale si giunge sostenendo la sufficienza del profilo esteriore della condotta quale oggetto del giudizio di illiceità⁵⁷³.

Il fatto esteriormente corrispondente a una scriminante è perfettamente lecito e dunque non deve essere soggetto a pena. Si tratta del risultato che nell'ordinamento italiano è garantito dal disposto del primo comma dell'art. 59 c.p.

⁵⁷² Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 251: l'Autore individua tre ragioni per questo *deficit* di chiarezza: in primo luogo, insufficiente distinzione fra elemento volitivo e rilievo delle nude motivazioni da parte degli Autori che sostengono la necessità dell'elemento volitivo; secondariamente, la possibilità di giungere a una soluzione univoca solo ammettendo la necessità del mero elemento conoscitivo; infine, disinteresse negli Autori che sostengono la necessità dell'elemento volitivo nei confronti della tematica degli esiti sanzionatori.

⁵⁷³ Cfr. la letteratura più antica, per es. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 141; più in generale, per uno sguardo sulla letteratura risalente, v. WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., p. 86, nt. 22. Nella dottrina più recente cfr. SPENDEL, *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, cit., p. 330 e ss., ID., § 32, cit., p. 73.

Capitolo II

4.2. Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento conoscitivo

Gli Autori che limitano l'elemento psicologico della giustificazione alla conoscenza degli elementi fattuali che integrano la fattispecie scriminante propongono le soluzioni di seguito sintetizzate.

4.2.1. Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato non giustificato

Alcuni Autori ritengono che nel caso della insussistenza del profilo conoscitivo, o nei casi in cui la conoscenza dello stesso sia insufficiente (si pensi al dubbio sulla sussistenza della scriminante), il fatto rimanga illecito in quanto non ricorrono taluni elementi della giustificazione. Essi tuttavia inclinano per l'applicazione della disciplina del tentativo in via diretta o per via analogica⁵⁷⁴.

La soluzione è evidentemente il frutto di una (forse inconsapevole) scelta equitativa giacché se si ritiene sussistente un fatto non giustificato non vi sarebbe altra soluzione logica che la punizione a titolo di delitto consumato. Il fatto è dunque punito a titolo di tentativo solo *quoad poenam* e non in conseguenza della sussistenza di un fatto strutturalmente tentato⁵⁷⁵.

4.2.2. Applicazione della disciplina del tentativo ad un fatto consumato giustificato

Secondo la tesi in questione la sussistenza dei profili oggettivi della giustificazione rende lecito il fatto nella sua forma consumata. Si sostiene tuttavia l'idoneità della punizione a titolo di tentativo o sulla base del riconoscimento della struttura dell'illecito tentato nel caso della realizzazione involontaria di una causa di giustificazione o in alternativa sulla base di un ragionamento analogico.

La prima delle due posizioni (sussistenza di un illecito strutturalmente riconducibile al tentativo) è sostenuta principalmente facendo ricorso all'argomento della compensazione fra elementi dell'illecito. Si ritiene che mentre la sussistenza dei contrassegni oggettivi della fattispecie elida il disvalore di evento la mancata

⁵⁷⁴ Cfr. LENCKNER-STERNBERG LIEBER, *Vorbemerkungen* § 32, cit., p. 536 e ss.: nel § 13 gli Autori affermano che in mancanza degli elementi soggettivi il fatto rimane antiggiuridico; poco dopo (§ 15) essi sostengono tuttavia che la soluzione sanzionatoria corretta è quella del tentativo. Similmente: KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 126.

⁵⁷⁵ Come rileva anche RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 254.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

maturazione di un profilo psicologico nell'agente lasci sussistere il disvalore di condotta. L'illecito sarebbe dunque realizzato solo parzialmente, tanto da poterlo ritenere solo tentato. Si argomenta talvolta in questa direzione anche per esclusione osservando cioè che non vi è altro titolo di responsabilità penale applicabile una volta escluso il delitto consumato; è evidente che il presupposto implicito è lo *Strafbedürfnis* evidenziato dalla situazione in questione⁵⁷⁶.

La soluzione è stata fatta oggetto di critiche in dottrina, per quanto non sempre pregnanti. Viene innanzi tutto osservato a partire dalla disciplina positiva del *Versuch* come la situazione in cui si realizzano i soli profili oggettivi di una scriminante è naturalisticamente e strutturalmente differente rispetto al tentativo in quanto nella prima l'evento tipico si realizza e nel secondo no; d'altronde sarebbe lo stesso tenore letterale del § 22 *StGB* a sancire l'applicabilità della disciplina del tentativo ai soli casi in cui ci si accinga immediatamente alla realizzazione del fatto (*unmittelbare Ansetzung*). Facili le contro-obiezioni: per prima, la constatazione che sul piano giuridico le manifestazioni della realtà contano in quanto filtrate attraverso giudizi normativi, tali che possono stimare eguali situazioni materialmente differenti; difatti – seconda osservazione – non vi è differenza di sostanza fra la casistica in oggetto e il tentativo inidoneo, in Germania punibile sebbene facoltativamente (§ 23. *Abs. 3 StGB*)⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Soluzione ampiamente sostenuta in dottrina: v. per esempio, RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, cit., p. 58; STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, cit., p. 179; GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 174 e s.; NOWAKOWSKI, *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 128; FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 137 e ss.; GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 309; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, cit., p. 205 e ss.; SEIER, *Der nichtfinale Rettungsschuß*, cit., p. L 87; GRAUL, *Unrechtsbegründung und Unrechtsauschluß*, cit., p. L 43; ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 644; RÖNNAU, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., p. 595; STRENG, *Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert*, cit., p. 473, il quale rigetta la tesi dell'applicazione analogica del tentativo ad una fattispecie sostanzialmente consumata, e propende per il riconoscimento del tentativo, nonostante la verifica dell'evento, in quanto «*das hier überbleibende Handlungsunrecht allein kann eine Strafbarkeit wegen vollendeten Delikts nicht begründen, sondern allenfalls wegen Versuchsunrecht*» (ivi, p. 487). Da ultimo, SCHWARZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 108 e ss., specialmente p. 116.

⁵⁷⁷ Cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 311; HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, cit., p. 143. In riferimento agli argomenti contrari: v. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 256 e s. Anche Hirsch osserva come il tentativo si riferisca a situazioni in cui taluno ambisce a realizzare un esito senza riuscirvi, mentre nel caso della realizzazione del solo profilo oggettivo della giustificazione la condotta è portata a termine, secondo l'intenzione iniziale dell'agente. Vale a questo riguardo la contro-obiezione appena svolta: sul piano giuridico valoriale la differenza materiale delle situazioni è relativamente significativa.

Capitolo II

La soluzione del tentativo è criticata inoltre in quanto costituirebbe un'indebita suppletiva dell'interprete di fronte ad una lacuna dell'ordinamento⁵⁷⁸. Non si comprende tuttavia come lo stesso Autore, pur rilevando una lacuna legislativa, proponga egli stesso di colmarla per via ermeneutica attraverso il riconoscimento della punibilità a titolo di delitto consumato⁵⁷⁹.

Contro la praticabilità della soluzione del tentativo lo stesso Hirsch osserva come l'applicazione della disciplina stabilita dal § 23 *StGB* comporterebbe la non punibilità delle condotte sussumibili in fattispecie di parte speciale non rilevanti nella forma tentata come per esempio nel caso di un *Vergehen*, per il quale non sia prevista la punibilità del tentativo, e nei delitti colposi⁵⁸⁰. Inoltre a suo avviso nel caso in cui la condotta realizzata rimanga essa stessa al grado di tentativo, si verificherebbe la realizzazione di un tentativo di tentativo, come tale non punibile nonostante nel caso concreto sussista la necessità di una risposta penale⁵⁸¹.

Partendo da altri presupposti, già noti al lettore, Rath ha escluso la praticabilità della soluzione del tentativo in quanto strutturalmente incompatibile con la *ratio* della giustificazione⁵⁸². L'Autore esclude che la sostanza del tentativo, anche nel sistema tedesco possa essere individuata nella mera *Gesinnung* dell'agente dal momento che il tentativo inidoneo è penalmente rilevante solo se assume i tratti di una fattispecie di parte speciale e come tale diviene riconoscibile per la vittima e può da essa venire impedito. Anche nel tentativo inidoneo e a maggior ragione nel tentativo *tout court*, la rilevanza penale è dunque legata alla potenzialità aggressiva della condotta nei confronti della sfera giuridica della vittima, connotandosi anche

⁵⁷⁸ Cfr. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, cit., p. 143.

⁵⁷⁹ Ampiamente sulla pretesa lacunosità dell'ordinamento rispetto ai casi in questione: STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtsfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 304 e ss., il quale ritiene sussistente la lacuna ma supera l'*impasse* sostenendo che l'applicazione della disciplina del tentativo (per via analogica appunto) costituirebbe analogia *in bonam partem*, non vietata dall'ordinamento. V. poi RATH, *Das subjektive Rechtsfertigungselement*, cit., p. 258, nt. 25 per ulteriori riferimenti bibliografici. Cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo per ulteriori rilievi circa la praticabilità di una soluzione analogica.

⁵⁸⁰ Cfr. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, cit., p. 143. Si osserva come peraltro questa obiezione non sia in realtà decisiva perché la non punibilità nei casi in questione potrebbe essere comunque considerata una conseguenza diretta della scelta di politica del diritto di non punire sempre il tentativo. Si tratterebbe insomma di un esito conforme alla razionalità del sistema (cfr. Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtsfertigungselement*, cit., p. 259).

⁵⁸¹ Cfr. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.*, cit., p. 144.

⁵⁸² Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtsfertigungselement*, cit., pp. 260-267. Per altri appunti critici, in parte simili, all'argomentazione di Hirsch, cfr. SCHWAZER, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, cit., p. 109 e ss.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

attraverso una lesività materiale. In altre parole, nel caso del tentativo di qualsiasi specie esso sia, la condotta non è mai approvata dall'ordinamento per questo si sia pur sempre di fronte ad una forma di illecito. Al contrario, nel caso della realizzazione inconsapevole dei requisiti di una causa di giustificazione non si può ritenere che sussista una aggressione giuridicamente rilevante; il profilo oggettivo della condotta infatti realizza un miglioramento delle relazioni interpersonali in maniera corrispondente all'imperativo assoluto contenuto. La sostanza dei due istituti è dunque del tutto differente e ciò non permette di estendere la regola del tentativo anche ai casi di realizzazione inconsapevole o strumentale di una causa di giustificazione⁵⁸³.

Ulteriore riprova della differenza fra le due figure sta nel fatto che il tentativo è lecitamente impedibile dalla vittima; al contrario, la realizzazione di una condotta corrispondente sebbene solo esteriormente ad una causa di giustificazione non potrebbe essere impedibile in quanto corrisponde alla realizzazione della tutela. Le due figure non sono dunque comparabili e pertanto la soluzione prevista per il tentativo (inidoneo) non può essere estesa al caso della realizzazione solo oggettiva delle cause di giustificazione⁵⁸⁴.

Il secondo itinerario logico percorso per giungere alla soluzione del tentativo passa per l'utilizzo del concetto di analogia⁵⁸⁵. Senza ricorrere all'analisi della

⁵⁸³ Riguardo al fondamento della giustificazione in Rath, cfr. *supra*, cap. II, paragrafo 2.2.10. La sottolineatura della differenza "sostanziale" fra tentativo e giustificazione, che è la base della soluzione proposta da Rath, non ha trovato eco nella dottrina tedesca la quale nella manualistica e nei pochi contributi specifici successivi al lavoro dell'Autore rimane legata alla sistemazione tradizionale della materia, con l'unica eccezione di GROPP, *An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht*, cit., p. 257, che depreca la scarsa attenzione della dottrina attuale alla trattazione svolta da Rath.

⁵⁸⁴ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 260-267. La corrispondenza della condotta ad una fattispecie di liceità (scriminante) secondo Rath esclude in qualsiasi modo che si possa ritenere sussistente un illecito seppure nella forma tentata: «*Ohne einen rechtswidrigen Verhaltensvollzug ist aber (kriminalrechtliches) Unrecht nicht begründbar: dies schon im Allgemeinen nicht und erst recht dann nicht, wenn keinerlei Destruktionsunwert vorliegt*» (p. 263). Questa affermazione equivale peraltro al riconoscimento sostanziale della preminenza della cosiddetta componente materiale dell'illecito rispetto a quella personale della mera disobbedienza. Essa inoltre comporta il riconoscimento dei limiti di una visione meccanicistica della struttura dell'illecito (ridotto a *steriles Bauklötzchenspiel der Analyse* secondo l'Autore). Rath conclude sul punto con le seguenti parole: «*das Verhalten beim Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements kann nicht die Voraussetzungen des kriminalrechtlichen Unrechts eines Versuchs erfüllen*» (p. 267).

⁵⁸⁵ Soluzione anch'essa diffusa nella dottrina tedesca: cfr. BLANKE, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente*, cit., p. 148 e ss.; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, cit., p. 350; GEPPERT, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., p. 105; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin, 1993, p. 361, il quale tuttavia accusa la mancanza di una regola positiva per il caso in questione; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 330;

Capitolo II

struttura dell'illecito e dunque al confronto con il tentativo inidoneo questi Autori constatano il fatto che nel caso della realizzazione dei soli elementi oggettivi di una scriminante vi è una manifestazione di intenzione antiggiuridica, cui non consegue un evento ritenuto rilevante dall'ordinamento. Questo risultato è il medesimo che si realizza nel tentativo, con la differenza che in questa seconda figura a mancare è anche un evento in senso naturalistico.

L'Autore che maggiormente si è dedicato a questa soluzione⁵⁸⁶ sottolinea come nel caso del tentativo l'assenza di un evento materiale sia solo il contrassegno esteriore dell'assenza del disvalore di evento che rimane la vera ragione giuridica della mancata punizione. Individuata la *ratio* della non punibilità nell'assenza del disvalore di evento, Steinbach passa alla individuazione degli altri elementi necessari all'impiego dello strumento analogico: la presenza di una lacuna, l'*eadem ratio* e la assenza di effetti *in malam partem*.

Egli definisce quindi la lacuna (non voluta) come la situazione di tensione fra tenore letterale e scopo di tutela dell'ordinamento che si manifesta nell'insoddisfazione della soluzione al caso pratico offerta dall'interpretazione letterale. Individuato poi il *tertium comparationis* nel principio di ragionevolezza contenuto nell'*Art. 3 GG* (principio di uguaglianza), afferma l'inesistenza di motivi per differenziare la situazione in cui si realizzano i soli contrassegni oggettivi della fattispecie scriminante e il tentativo giacché in entrambi i casi a fronte del disvalore di condotta il disvalore d'evento non si realizza. Steinbach sostiene inoltre l'identità di struttura fra tentativo inidoneo e i casi in questione e l'emersione in entrambe le situazioni di un allarme sociale⁵⁸⁷, che tuttavia rimane inferiore a quello corrispondente al delitto consumato. Individuata infine l'unica alternativa possibile per la realizzazione dei soli contrassegni oggettivi di una scriminante nella punizione a titolo di reato consumato, ritiene soddisfatta anche la condizione dell'applicazione dell'analogia *in bonam partem*.

KRETSCHMER, *Übungsklausur Strafrecht: „Ein folgenschweres letztes Bier“*, cit., 248; KÜHL, *Strafrecht*, cit., p. 129; LENCKNER-STERNBERG Lieben, *Vorbemerkungen §§ 32 ff.*, cit., p. 563.

⁵⁸⁶ Cfr. STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtsfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 303 e ss.

⁵⁸⁷ Argomento in realtà non troppo diffuso nella dottrina tedesca: per quanto è dato sapere svolto *expressis verbis* nel solo manuale KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 188, i quali si riferiscono alla «*kriminalpolitische Erwägung*», consistente nella necessità di una risposta ad una condotta che non procede dalla volontà di agire secondo diritto ma che viene piuttosto motivata solo dall'aggressività.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Il ragionamento analogico così svolto tuttavia non convince. Come è stato osservato correttamente, nessuno dei tre presupposti dello stesso può dirsi sussistente nel caso della soluzione al problema della mancanza degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione⁵⁸⁸. Secondo Rath, è contestabile infatti che il caso della realizzazione solo oggettiva di una scriminante sia strutturalmente identico al tentativo, come del resto è opinabile che vi sia una lacuna legislativa. La presenza di una lacuna infatti si può sostenere solo se si assume in partenza che la realizzazione solo oggettiva di una scriminante necessiti assolutamente di una punizione; una affermazione del genere rimane tuttavia sostanzialmente indimostrata. L'affermazione della necessità di una pena è peraltro compito del legislatore e non dell'interprete, il quale non può spontaneamente decidere l'applicazione della disciplina del tentativo fuori dei confini legali stabiliti dalla legge. In conseguenza di ciò non può dirsi che la punizione a titolo di tentativo per analogia porti necessariamente a un risultato *in bonam partem*: non è infatti escluso che il legislatore abbia voluto astenersi dalla pena nel caso della realizzazione dei soli contrassegni oggettivi delle cause di giustificazione. Assumere in partenza la rilevanza penale della condotta corrisponde all'esercizio di una facoltà che all'interprete non è concessa.

La soluzione della punibilità a titolo di tentativo, sia per via "diretta", sia per analogia, viene infine contestata da quanti sostengono che nel caso di realizzazione inconsapevole di una scriminante si debba applicare la pena prevista per il reato consumato. Si ritiene infatti che la punizione a titolo di tentativo proceda dal misconoscimento del concetto personale di illecito e non regga alla considerazione delle differenze strutturali fra tentativo e realizzazione inconsapevole di una scriminante⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., pp. 269-276, il quale peraltro non tace i dubbi relativi allo strumento analogico, non solo nella materia penale, ma in generale in riferimento alla stessa ammissibilità nella teoria generale del reato. Il punto debole dell'analogia è individuato nel concetto di similitudine: non è infatti chiaro in che modo desumere dal *comparatum* (nella terminologia tedesca *Obersatz*) quelle strutture da riscontrare anche nel *comparandum*; né è chiaro perché la pretesa somiglianza fra le proposizioni in questione possa essere sufficiente a "scavalcare" il tenore testuale della disposizione. Conclude Rath: «Die [...] *Versuchsstrafbarkeit ist dadurch mit der Möglichkeit belastet, auf ein Instrument gestützt zu sein, das infolge seines Irrationalitätsmaßes schon grundsätzlich als Denkform des Kriminalrechts außer Betracht zu bleiben hat*».

⁵⁸⁹ Cfr. KÖHLER, *Strafrecht*, cit., p. 323.

Capitolo II

4.2.3. Punizione a titolo di delitto consumato

Parte degli Autori tedeschi e pressoché la giurisprudenza intera⁵⁹⁰, si pronuncia per l'applicazione della pena prevista per il reato consumato al caso in cui sussistano i soli elementi oggettivi di una scriminante⁵⁹¹.

La soluzione viene variamente argomentata.

Pronunciandosi a favore di essa Hirsch osserva in primo luogo come, data la presenza nelle cause di giustificazione di un elemento soggettivo accanto a quello oggettivo, la mancanza del primo non consente di ritenere sussistente la scriminante; di conseguenza il fatto realizzato è del tutto illecito. La realizzazione dell'evento previsto nella fattispecie incriminatrice sarebbe inoltre incompatibile col concetto naturalistico di tentativo⁵⁹².

Quest'ultima osservazione non sembra poter dispiegare un reale effetto dimostrativo dal momento che essa non tiene conto del significato normativo della condotta realizzata e ignora che l'esito connesso alla realizzazione della fattispecie scriminante (il salvataggio di una vita o di un bene, solo per fermarsi ad esempi macroscopici) è altrettanto evidente quanto l'evento lesivo⁵⁹³. Per lo stesso motivo l'argomento formalistico, secondo il quale l'assenza di un elemento impedisce la possibilità di invocare l'esito scriminante, non può convincere: esso non tiene debitamente conto del risultato di salvezza ottenuto dalla condotta.

La soluzione dell'applicazione della pena per il reato consumato è stata sostenuta per altro verso da quella dottrina che fonda l'illecito sul solo disvalore di condotta e degrada la verifica dell'evento alla qualifica di mera condizione obiettiva di punibilità. La giustificazione infatti è anch'essa fondata sulla sola

⁵⁹⁰ Cfr. RUNTE, *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründe durch Rechtsprechung und Lehre*, cit., p. 96 e ss.; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 286, nt. 117.

⁵⁹¹ Per questa soluzione si pronunciano per esempio: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 84 e 97; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, cit., p. 260 e ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, cit., p. 292; GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, cit., p. 460 e ss.; ALWART, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, cit., p. 454 e ss.; TRIFFTERER, *Zur subjektiven Seite des Tatbestandausschließungs- und Rechtfertigungsgründe*, in *Festschrift für Oehler zum 70. Geburtstag*, cit., p. 225; HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 142 e s.; KREY-ESSER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 190 e s.

⁵⁹² Cfr., per esempio, HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 142: «*Da nur die objektiven Rechtfertigungsmerkmale vorliegen, ist der Rechtfertigungsgrund nicht erfüllt und somit die Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Handlung gegeben*».

⁵⁹³ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 280 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

intenzione lecita del soggetto: mancando questa non vi è nemmeno possibilità di ritenere giustificato il fatto⁵⁹⁴.

Köhler ha da parte sua sostenuto invece che nei casi di realizzazione dei soli contrassegni oggettivi della scriminante l'applicazione della pena prevista per il delitto consumato discenderebbe dalla concezione dell'illecito come realizzazione di una condotta da parte di un soggetto⁵⁹⁵ dimodoché gli eventi ascrivibili a qualsiasi titolo alla casualità non possono essere in alcun caso a lui imputati⁵⁹⁶.

Le argomentazioni di Zielinski e di Köhler non convincono in ragione delle premesse di partenza scelte dai due Autori. Si tratta infatti di opzioni di valore che si fondano esternamente al sistema giuridico, risolvendosi ciascuna di essa in un assioma che non ha un fondamento giuridico positivo. In secondo luogo le soluzioni proposte non danno conto del "risultato di salvezza" comunque raggiunto dalla condotta, pur contraria all'ordinamento, e portano così a sostenere l'applicazione di una pena che pare eccessivamente severa⁵⁹⁷. Colgono infine nel segno due osservazioni relative alle conseguenze del riconoscimento della sussistenza del delitto consumato rispetto ad altri istituti di parte generale. In primo luogo si osserva come il riconoscimento di un delitto consumato porterebbe alla conseguenza

⁵⁹⁴ Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, cit., p. 260 e ss.: «*die hier angesprochenen Fälle bloßer ‚objektiver Rechtfertigung‘ sind gar keine Fälle des (teilweisen) Unrechtausschlusses. Es sind allenfalls Fälle strafrechtlich eventuell irrelevanter Erfolgsherbeiführung*». Sembra di poter allineare alla opinione espressa da Zielinski quella di Nowakowski. L'Autore austriaco infatti pur non facendo ricorso ai concetti elaborati da Zielinski ma basandosi sulla coppia *Risiko-Chance* (v. *supra*, cap. II, paragrafo 2.1.5), ritiene che si debba applicare la pena del delitto consumato ai casi in questione, dal momento che l'ignoranza della situazione scriminante non può giovare all'agente (cfr. NOVAKOWSKI, *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 128 e s.). L'Autore fa uso del concetto di imputazione («*Geht man davon aus, dass die Chance und der Erfolgswert der Rechtfertigungskomponente dem Handelnden nicht zugerechnet werden, so hat er das Delikt im Unwertgehalt der Vollendung zu vertreten*»), tuttavia in sostanza ciò che lo porta ad affermare la soluzione della punizione a titolo di reato consumato è la constatazione della necessaria partecipazione dell'agente alla condotta, nella specie della piena conoscenza della presenza della scriminante, che è quanto dire che sull'esito materiale prevale in ogni caso l'intento perseguito dall'agente.

⁵⁹⁵ Cfr. *supra*, cap. II, paragrafo 2.2.7.

⁵⁹⁶ KÖHLER, *Strafrecht*, cit., p. 321 e ss.: «*die bloße äußerliche Zufälligkeit, dass zur Verletzungsentention des Täters etwa günstige Folgen hinzutreten [...], nimmt dem begründeten personalen Unrecht nichts*».

⁵⁹⁷ Cfr. FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg, 2009, p. 78 e s. Per ulteriori riferimenti bibliografici: cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 288-290, il quale riporta puntualmente altre critiche mosse alla tesi dell'applicabilità della soluzione del reato consumato che qui si tralasciano perché concernono mere considerazioni descrittive (si argomenta cioè che la presenza di specifiche disposizioni in tema di tentativo impedirebbe di poter ritenere altrimenti punibile la realizzazione del solo disvalore di condotta), valutazioni di opportunità (non sarebbe equo applicare la pena del consumato perché troppo rigida) o non meglio precisati richiami ad altri istituti (per esempio all'errore sul precetto di liceità).

Capitolo II

paradossale di ritenere impedibile da parte dell'aggressore una condotta oggettivamente salvifica. Inoltre nel caso in cui un terzo animato da proposito lecito aiuti un agente principale che non condivide questo scopo lecito, anche l'azione del primo potrebbe essere impedita⁵⁹⁸.

4.2.4. *Sussistenza di un reato putativo (Wahndelikt)*

Prima di affrontare la questione del reato putativo in riferimento alla realizzazione solo oggettiva delle cause di giustificazione è necessario al lettore italiano soffermarsi sul concetto di reato putativo nella dottrina tedesca. A questo riguardo si registrano infatti differenze significative fra le opinioni diffuse in Italia⁵⁹⁹ e quelle elaborate oltralpe.

Mentre le prime riconducono al reato putativo due figure, quella del putativo per errore di fatto e quella del putativo per errore di diritto, la dottrina tedesca ascrive al concetto di *Wahndelikt* il solo errore cosiddetto rovesciato sul precetto, mentre l'errore rovesciato di fatto è una manifestazione del tentativo inidoneo. È utile riproporre un esempio proposto in uno dei più noti manuali in uso in Germania: l'agente che si libera, gettandolo nel fiume, di un orologio svizzero costoso per non dichiararlo alla dogana commette un tentativo (inidoneo) anche nel caso in cui l'orologio di cui si è liberato fosse solo un falso; l'agente che invece si libera con le stesse modalità e per gli stessi fini di un orologio comune, ritenendo che sia dovere dichiarare ogni bene di importazione, commette un reato putativo, giacché tra le merci da dichiarare alla dogana vi sono solo gli orologi preziosi. La differenza non è di poco momento per l'ordinamento tedesco: la prima condotta è punibile ai sensi del § 22 *StGB*, mentre la seconda è penalmente irrilevante⁶⁰⁰. Secondo l'opinione maggiormente diffusa nella dottrina italiana invece entrambe le azioni costituirebbero un reato putativo e non sarebbero pertanto punibili⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ Per queste ultime due osservazioni cfr. JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 360 e s.

⁵⁹⁹ Per le quali si rimanda *supra* al cap. I, par. 8.2.

⁶⁰⁰ Cfr. JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 532 e ss. Similmente ESER, § 22, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, p. 425.

⁶⁰¹ Una simile opinione (bipartizione del putativo in errore di fatto e in errore di diritto) si ritrova invece nella letteratura tedesca più risalente, legata al concetto oggettivo di illecito: cfr. LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 271 e s. con la bibliografia precedente al manuale *ivi* citata. Secondo l'Autore infatti il giudizio di antigiuridicità è oggettivo e pertanto la convinzione dell'agente derivante da qualsiasi tipo di errore non è comunque rilevante per l'ordinamento. Circa il sistema lisztiano, opina diversamente Rath il quale sostiene, basandosi su un diverso luogo della stessa opera di Liszt (p. 180),

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Date queste premesse nella dottrina tedesca si sono levate poche voci che abbiano accostato la disciplina del reato putativo a quella del profilo soggettivo delle scriminanti, a differenza di quanto verificatosi nella letteratura italiana, la quale, complice la presenza della disposizione *ad hoc* dell'art. 49 c.p., ha sempre fatto ricorso al concetto di reato putativo per negare il rilievo soggettivo delle scriminanti⁶⁰². Il *Wahndelikt* tedesco infatti finisce per avere poca attinenza con il caso di chi agisca nell'inconsapevolezza della sussistenza di un elemento fattuale appartenente ad una scriminante (quello che in Italia sarebbe un reato putativo per errore di fatto). È questo il motivo per cui la dottrina tedesca contraria al rilievo soggettivo delle cause di giustificazione non fa ricorso al concetto di putativo diversamente da quanto è comune nella letteratura italiana.

Un uso occasionale del concetto di putativo come argomento per l'individuazione del regime sanzionatorio da applicare nel caso di ignoranza di una circostanza di fatto è stato operato dai sostenitori della cosiddetta *strenge Schuldtheorie*⁶⁰³, i quali ritengono che l'errore su una circostanza fattuale di una scriminante debba essere ricondotto alla disciplina dell'errore sul precetto e dunque debba essere punito a titolo di dolo nel caso in cui l'errore sia evitabile⁶⁰⁴. L'errore sulla circostanza fattuale – si argomenta – incide direttamente sulla coscienza dell'illiceità della condotta e dunque deve essere trattato secondo i parametri dell'errore di diritto.

che il Maestro abbia fatto utilizzo del concetto di putativo, per i casi incoscienza della liceità della condotta, sulla base del contenuto del dolo, mentre nelle pagine prima citate è chiaro il riferimento al concetto oggettivo di anti giuridicità e di illecito.

⁶⁰² È questo il motivo per il quale chi invece si è pronunciato a favore del rilievo soggettivo ha dovuto limitare il concetto di putativo al solo errore rovesciato di diritto (cfr. MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, cit., p. 209; nonché SCHIAFFO, *Cause di giustificazione*, in *Diz. dir. pub.*, II, Milano, 2006, p. 834 e ss.)

⁶⁰³ Cfr. *amplius* JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 463 e ss.

⁶⁰⁴ Soluzione per esempio proposta da SCHROEDER, § 16, in *Leipziger Kommentar*, I, 11. Aufl., Berlin, 2003, p. 39: «Die irrtümliche Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes kann durch das nichterkannte Vorliegen anderer tatsächlicher Voraussetzungen des gleichen Rechtfertigungsgrundes oder der tatsächlichen Voraussetzungen eines anderen Rechtfertigungsgrundes nicht geheilt werden. Hier liegt nach der eingeschränkten Schuldtheorie Fahrlässigkeit, nach der strengen Schuldtheorie Vorsatz vor [...]» e sostenuta, fra gli altri, da: WELZEL, *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, in *ZStW*, 1955, p. 208 e ss.; HIRSCH, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, parte II, in *ZStW*, 1982, p. 257 e ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., München, 1979, p. 129 (posizione superata nell'edizione successiva del manuale: BOCKELMANN-VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München, 1987, p. 126 e s.).

Capitolo II

Sul punto è stato osservato come, a prescindere dalla sostenibilità o meno dei presupposti della *strenge Schuldtheorie*, in realtà si debba distinguere fra errore di fatto ed errore di diritto, dando preminenza al primo ove ricorrente. Se cioè si ritiene sussistente un errore di fatto bisogna dare precedenza quale motivo esimente a questo rispetto agli eventuali riverberi sulla coscienza dell'illiceità e di conseguenza riconoscere le conseguenze legali discendenti dall'errore sul fatto e non quelle discendenti dall'errore di diritto. In conseguenza di ciò si dovrebbe dunque applicare la disciplina conseguente alla mancanza del profilo psicologico della giustificazione prima di fare impiego della disciplina sull'errore di diritto⁶⁰⁵.

4.3. Conseguenze sanzionatorie dell'assenza dell'elemento volitivo

Alcuni Autori si sono confrontati con lo specifico problema della mancanza dell'elemento volitivo. Si tratta naturalmente di Autori che non aderiscono alla tesi oggettivista a tenore della quale l'assenza di qualsiasi profilo psicologico è del tutto indifferente al giudizio di liceità dell'azione⁶⁰⁶.

Facendo ricordo al concetto di imputazione del volere di evento sopra ricordato⁶⁰⁷, Nowakowski ha osservato come l'assenza di una volontà lecita non permetta di poter imputare il risultato positivo della condotta (*Erfolgswert*) al soggetto agente. Di conseguenza non ha alcun rilievo ai fini dell'esenzione da pena che la stessa abbia sortito l'effetto di salvaguardia dell'interesse giuridico; si dovrà pertanto fare luogo alla pena prevista per il reato consumato⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 291 e ss., il quale non manca di argomentare ulteriormente sulla base del suo concetto di anti-giuridicità. Alle stesse pagine si rimanda per la successiva esclusione della praticabilità dell'applicazione della soluzione del tentativo basata sulla disciplina del reato putativo, sostenuta in dottrina da GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtbegriff*, cit., p. 169 e ss. Il riferimento a Gallas e agli Autori che a quest'ultimo fanno riferimento appare però un fuor d'opera. Costoro infatti si riferiscono al caso dell'errore sulle circostanze fattuali di una causa di giustificazione che può ingenerare un'erronea convinzione di illiceità, dimodoché sarebbe corretto, secondo Gallas considerare questo caso come un errore sulla fattispecie di tipo particolare (*Verbotsirrtum besonderer Art*), con la conseguente esclusione del dolo di colpevolezza secondo la terminologia usata dall'Autore e la possibile residua responsabilità per colpa. Al contrario, il concetto italiano di putativo per errore di fatto (esempio del soggetto che si appropria di un anello che crede essere di una vecchia zia e invece è suo – poniamo – perché la vecchia zia è appena morta lasciandolo erede dell'anello) non collima con questa casistica: qui l'agente ha presente un quadro parziale della realtà ma su di esso sviluppa un giudizio normativo che sarebbe corretto se solo non sussistesse quell'elemento aggiuntivo della realtà che l'agente ignora. In breve: nel caso dell'agire lecito inconsapevole non vi è alcun errore di diritto.

⁶⁰⁶ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 298.

⁶⁰⁷ Cfr. *supra*, cap. II, paragrafo 2.1.5.

⁶⁰⁸ Cfr. NOVAKOWSKI, *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 124 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

Nel contributo del 1983 già ricordato Alwart sostiene da parte sua la necessità di configurare l'elemento volitivo necessario alla giustificazione quale motivazione da elementi contingenti (*Weil-Motiv*). Nella concezione dell'Autore non sono rilevanti i fini perseguiti dall'agente con la sua condotta ma è rilevante che egli abbia reagito⁶⁰⁹: non è dunque sufficiente che egli semplicemente conosca la sussistenza di una situazione scriminante e non è nemmeno necessario che egli persegua uno scopo difensivo. Se l'elemento volitivo così strutturato manca, l'unica soluzione possibile è la punizione a titolo di delitto consumato giacché la punizione per tentativo significherebbe un'indebita estensione analogica ingiustificata, perché stabilita fra due istituti dalla struttura non omogenea.

Come si è già osservato, le soluzioni che propongono l'applicazione della pena prevista per il reato consumato sono da rigettare perché finiscono per ignorare il conseguimento di un risultato oggettivo che per l'ordinamento non è indifferente. La tesi espressa da Alwart è inoltre criticabile in quanto è da porre in dubbio, come già si è osservato, la possibilità pratica di distinguere fra motivo e scopo.

L'individuazione della disciplina sanzionatoria adeguata al caso della realizzazione dei soli profili oggettivi delle scriminanti è passata in dottrina anche dalla considerazione delle *ratio* delle singole cause di giustificazione, nonché da alcune peculiarità del fenomeno giustificativo.

Gallas per esempio ha motivato la soluzione della punibilità a titolo di delitto consumato per il caso dell'assenza di una volontà lecita nell'agente sulla base della considerazione della *ratio* della difesa legittima e dello stato di necessità. Alla difesa legittima infatti sarebbe consustanziale e necessaria la volontà difensiva; mentre lo stato di necessità scriminante non assolverebbe il suo scopo di soluzione dei conflitti se l'agente non perseguisse una volontà lecita⁶¹⁰.

Anche la materia delle cause di giustificazione imperfette in due atti ha offerto spunti per la soluzione del problema sanzionatorio. Si è ritenuto su questo versante che il perseguimento di un fine diverso da quello lecito non possa fondare la liceità della condotta, pur conforme esteriormente all'ordinamento. Di conseguenza

⁶⁰⁹ Cfr. ALWART, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, cit., p. 452.

⁶¹⁰ Cfr. GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, cit., p. 176 e s. Per il caso del consenso ignorato l'Autore propende invece per il riconoscimento di un tentativo impossibile, soluzione che appare criticabile in quanto sostanzialmente analogica.

Capitolo II

in situazioni simili la conseguenza sanzionatoria adatta sarebbe la punizione dell'agente per delitto consumato, in quanto non potrebbe dirsi sussistente una causa di giustificazione⁶¹¹.

Anche queste argomentazioni desunte dalla disciplina delle singole cause di giustificazione non resistono alla obiezione già svolta in riferimento alla tesi che vorrebbe applicata la pena per il reato consumato: non si tiene in debito conto la realizzazione di un esito che l'ordinamento valuta positivamente.

4.4. *L'assenza di elementi soggettivi delle cause di giustificazione come esclusione dell'illecito: la tesi di Rath*

Nella concezione di Rath la giustificazione non può procedere in assenza di elementi previsti dalle fattispecie scriminanti, siano esse oggettive o soggettive. Se dunque mancano nell'agente i contrassegni psicologici necessari la condotta realizzata non può dirsi giustificata in quanto, come già ricordato più volte, una condotta può dirsi lecita solo se discendente da una scelta libera che realizza l'imperativo assoluto dell'ordinamento⁶¹². L'assenza dei necessari profili soggettivi invece esclude che quanto realizzato possa essere ascritto ad una volontà lecita che dirime una situazione dilemmatica in riferimento all'ordinamento.

Il conseguimento di un risultato giuridicamente significativo, anzi addirittura auspicato dall'ordinamento, impone però all'interprete una soluzione adeguata che non può certamente essere l'applicazione della pena conseguente alla non giustificazione della condotta.

La soluzione escogitata da Rath al fine di valorizzare il conseguimento del risultato di tutela, pur in assenza o addirittura nonostante l'attitudine psicologica dell'agente, consiste nel ritenere il fatto realizzato in queste condizioni non come giustificato, ma lecito. Il piano dell'esclusione dell'illecito (*die Ebene des Unrechtsausschlusses*) viene infatti scorporato dall'Autore in due elementi: la

⁶¹¹ Cfr. LAMPE, *Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe*, cit., p. 10; nonché WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, p. 158 e ss., quest'ultimo fa ricorso al concetto di compensazione e, definito il profilo psicologico della giustificazione come comprensivo di conoscenza e proposito difensivo, ritiene che mancando quest'ultimo non possa dirsi compensato il disvalore di azione espresso dalla condotta.

⁶¹² Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 610 e ss., nonché *supra*, cap. II, paragrafo 2.2.10.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

giustificazione, che ricorre quando la condotta procede da una scelta consapevole dell'agente che si conforma all'imperativo assoluto, e l'esclusione dei presupposti oggettivi dell'illecito (*Wegfall der objektiven Unrechtsvoraussetzungen*), che si verifica nei casi in cui non vi è una condotta che corrisponda ad una volontaria adesione all'imperativo assoluto⁶¹³.

La soluzione del tentativo da parte sua non sarebbe in alcun modo praticabile in quanto l'essenza di questo istituto non si attaglia al caso in cui vengono realizzati i soli profili oggettivi di una scriminante. Nel primo caso l'ordinamento punisce l'intrapresa di una condotta peggiorativa delle relazioni intersoggettive; nel secondo invece viene addirittura realizzato un miglioramento delle stesse. Per altro verso i due istituti sono incompatibili in quanto il tentativo presuppone un profilo soggettivo doloso rispetto alla realizzazione dell'evento che invece può anche mancare alla realizzazione dei soli requisiti oggettivi delle cause di giustificazione⁶¹⁴.

La soluzione di Rath consiste di fatto nella introduzione di una nuova causa di esclusione di rilevanza penale all'interno dell'illecito; per permettere questo, l'Autore separa il concetto di illecito da quello di giustificazione. Questa operazione tuttavia non può convincere perché, oltre a moltiplicare inutilmente gli elementi del reato, conduce ad un esito contraddittorio con la premessa iniziale. L'imperativo assoluto, infatti, potrebbe anche non condizionare l'azione del soggetto, come nel caso in cui questi realizza una condotta casualmente conforme ad una causa di giustificazione, cionondimeno il fatto resterebbe lecito e l'imperativo risulterebbe meno assoluto di quanto creduto in partenza. È da guardare inoltre con sospetto l'"entificazione" dei concetti giuridici nell'ambito della dottrina, giacché si corre il rischio di sopravvalutarne il significato e di crederli oggetti del reale, quando in

⁶¹³ RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 616 e ss.: « [...] bedeutet ein solcher bloße „Wegfall“ keine persönliche rechtsethische Entlastung des Täters » (ivi, p. 617), mentre è solo la giustificazione che corrisponde al piano etico-giuridico.

⁶¹⁴ Cfr. Ivi, p. 635 e ss. Bisogna tenere presente che l'Autore muove da una nozione "stretta" (in riferimento all'ordinamento tedesco) della nozione di tentativo. Egli infatti "corregge" il contenuto illecito del tentativo inidoneo (*Kriminalunrechtsqualität des untauglichen Versuchs*) in senso, per così dire, materiale: nella visione di Rath il tentativo inidoneo è penalmente rilevante solo se la condotta viene percepita dalla vittima; questo turbamento della tranquillità della stessa è quanto basta a sopperire all'assenza di un pericolo per il bene giuridico. Una simile concezione "ristretta" del tentativo inidoneo permette a Rath di respingere anche quella soluzione, sostenuta per esempio da Frisch, che riteneva il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione positivamente fondato sulla rilevanza penale del tentativo inidoneo. Secondo Rath il tentativo inidoneo non potrebbe essere applicato nemmeno per via analogica proprio per l'assenza di un turbamento nella vittima che al contrario si trova solamente a subire gli effetti materiali di una condotta (inconsapevolmente) lecita.

Capitolo II

realtà non sono che ausili descrittivi per l'interprete. Nella sua opera invece Rath pone una regola (da lui nominata principio: quella dell'esclusione dell'illecito per il ricorrere dei soli elementi oggettivi delle cause di giustificazione) che crea dal nulla un elemento del reato, a partire dalla mera descrizione di ciò che avviene nel caso del ricorrere dei soli profili oggettivi delle scriminanti, senza peraltro che l'ordinamento tedesco, a differenza di quello italiano, offra alcun "appoggio" di diritto positivo alla soluzione dell'impunità nel caso del ricorrere dei soli profili oggettivi delle scriminanti.

4.5. Annotazioni riassuntive

La dottrina di lingua tedesca si divide in definitiva fra due soluzioni sanzionatorie: quella per il reato consumato e quella per il reato tentato. Entrambe lasciano insoddisfatto chi studia la materia dal momento che entrambi gli esiti sanzionatori realizzano uno scollamento fra il piano descrittivo e la pena individuata. Se si adotta infatti la soluzione del reato consumato, si finisce per non tenere conto dell'ottenimento di un risultato lecito per l'ordinamento; se invece si adotta la soluzione del tentativo, anche accogliendo un concetto normativo e non materialistico di questo istituto, si farebbe applicazione analogica di una disciplina estranea alla casistica in questione.

Si deve dunque riconoscere che nell'ordinamento tedesco, e anche in quello italiano se si adotta una interpretazione restrittiva del primo comma dell'art. 59 c.p., vi è una lacuna legislativa relativa ai casi in cui la causa di giustificazione presenti elementi soggettivi e questi non ricorrano nella fattispecie concreta. Su un punto tuttavia la dottrina tedesca, con l'eccezione degli oggettivisti, sembra non vacillare: la rilevanza penale della condotta di chi realizzi solo inconsapevolmente una causa di giustificazione.

La non adeguatezza delle risposte sanzionatorie connesse alla commissione di un reato è però un indizio significativo della direzione che può prendere la ricerca di una soluzione sanzionatoria per i casi in cui sussistano i soli elementi oggettivi delle scriminanti. Non si tratta cioè forse di indagare la sussistenza di un reato, ma di dare una risposta legale all'emersione di una possibile pericolosità dell'individuo.

5. (segue): gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nei delitti colposi

La possibilità della giustificazione dei fatti colposi è ammessa nella dottrina tedesca più di quanto avvenga nella letteratura italiana⁶¹⁵. L'assenza di un elemento volitivo (colpa cosciente) o addirittura l'assenza di un profilo conoscitivo (colpa incosciente) nella condotta colposa, tuttavia, rende *prima facie* difficile anche alla dottrina d'oltralpe cogliere i nessi possibili fra fatto colposo e giustificazione inconsapevole. Non è mancata tuttavia da parte della dottrina tedesca una riflessione anche su questi temi, la quale si è sviluppata a partire da una casistica rinvenuta in alcune risalenti sentenze delle Corti tedesche. Vale dunque la pena dare inizio allo studio del tema partendo da questa costellazione di casi⁶¹⁶.

In primo luogo si propone il caso dell'agente che realizza un fatto non voluto, o un fatto più grave di quello voluto, pur agendo consapevolmente in una situazione scriminante e intendendo conseguire l'effetto lecito. Un esempio tipico è il caso dell'agente di polizia di frontiera che volendo fermare un fuggiasco spara colpi di avvertimento, uno dei quali però risulta mortale per l'agente⁶¹⁷.

In una seconda costellazione di casi l'agente, consapevole della situazione scriminante in cui si trova, agisce senza tuttavia la volontà di causare l'evento, il quale puntualmente si verifica e consegue lo scopo di liceità. Esempio: un carrettiere viene ingiustamente fermato da un aggressore che blocca la sua marcia tendendo per il morso il cavallo del primo. Il carrettiere schiocca la frusta per incitare il cavallo e così liberarsi dell'aggressore, ma il colpo vibrato coglie quest'ultimo al viso⁶¹⁸.

Terza situazione: l'agente agisce consapevolmente nella situazione scriminante, ma dalla sua azione sortisce un evento diverso da quello voluto.

⁶¹⁵ Cfr. sul punto la storica nota di DELITALA, *Legittima difesa e reato colposo*, cit., nonché, più recentemente, FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit.

⁶¹⁶ Si vedano: SCHMITT, *Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?*, cit., *passim*; JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., *passim*; RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 307 e ss.

⁶¹⁷ Cfr. *RG*, sent. 8 aprile 1924, in *JW*, 1925, p. 962; *OLG Frankfurt a.M.*, sent. 12 luglio 1949, in *NJW*, 1950, p. 119, con nota di CÜPPERS; la sentenza afferma la necessità che la condotta di adempimento del dovere (al pari di quella di difesa legittima) sia intrapresa almeno con dolo eventuale, pertanto nega la scriminante nel caso di specie. V. poi *OLG Hamm*, sent., 23 novembre 1961, in *NJW*, 1962, p. 1169, con nota di WILMIZIG; la sentenza supera il precedente e riconosce la difesa legittima sulla base della sufficienza della necessità difensiva. Infine *BGH*, sent. 19 settembre 1973, in *BGHSt*, 1975, p. 229 che riconosce la liceità del fatto, colposamente causato, il quale sarebbe stato lecito ove voluto dall'agente.

⁶¹⁸ Cfr. *OLG Dresden*, sent. 11 giugno 1929, in *JW*, 1929, p. 2760, che riconosce la difesa legittima.

Capitolo II

Esempio: l'agente, aggredito nottetempo su un ponte da un uomo armato, si libera dell'aggressore che attenta alla sua vita gettandolo dal ponte, accettando così il rischio che egli anneghi; sfortunatamente l'aggressore non cade in acqua ma su un corpo solido, rompendosi il collo.

Da ultimo: l'agente agisce nell'ambito di una situazione oggettivamente scriminata, senza alcuna intenzione di portare a termine una condotta; tuttavia per effetto di caso fortuito o di altra simile causa (gli Autori citati ricorrono al concetto di *Nichthandlung*) si realizza un fatto che permette di conseguire l'effetto giustificante. Esempio: il padre armato di pistola insegue il rapitore di suo figlio, senza intenzione di sparare; egli però inciampa e dall'arma parte il colpo mortale per il rapitore.

Come si può notare, i casi proposti attengono non tanto alla realizzazione inconsapevole di un fatto scriminato quanto piuttosto alla tematica dell'eccesso colposo nell'esercizio di una scriminante (primo caso) e al problema della giustificazione di fatti colposi *tout court* (secondo e quarto caso – colpa incosciente; terzo caso – colpa cosciente). Non sembrano perciò riguardare la tematica oggetto di questo lavoro e cioè se la giustificazione debba essere accompagnata dalla consapevolezza dell'agire lecito: nei quattro casi sopra elencati infatti l'agente è ben conscio della situazione scriminante, mentre non è lineare l'individuazione del criterio di imputazione psicologica.

Un esempio (alquanto macchiettistico) della problematica del profilo soggettivo della giustificazione nei fatti colposi potrebbe essere invece quello del soggetto che per sbadataggine spintona, ferendolo, un uomo intenzionato ad aggredirlo alle spalle. Anche in un caso come questo il tema, a ben vedere, segue le medesime direttrici percorse dalla dottrina in riferimento ai delitti dolosi. Le risposte che sono state date dalla letteratura tedesca seguono infatti le cadenze già note relative ai delitti dolosi.

Da parte dei sostenitori del concetto oggettivo di giustificazione è stato osservato come sia del tutto indifferente al fenomeno della giustificazione il profilo psicologico che accompagna la commissione del fatto scriminato. Di conseguenza non è necessario interrogarsi su un profilo soggettivo, la volontà difensiva, il quale

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

non è compatibile con l'atteggiamento colposo con cui si cagiona l'evento scriminato⁶¹⁹.

L'impossibilità di declinare il profilo soggettivo delle cause di giustificazione nelle ipotesi colpose è stata però sostenuta anche da parte di Autori che pure ammettono il rilievo soggettivo delle scriminanti in riferimento alle condotte dolose.

Assumendo che le cause di giustificazione siano strutturate specularmente all'illecito cui si riferiscono, Schmitt sostiene per esempio che nel caso dei delitti colposi non si possa dare rilievo all'atteggiamento psicologico del soggetto che realizza la condotta scriminante in quanto il delitto colposo si sostanzia nella imputazione oggettiva di un evento ad un soggetto sulla base di criteri normativi⁶²⁰.

Da parte sua invece Blanke ritiene che nel caso dei delitti colposi la verifica del risultato di tutela corrispondente alla previsione di una causa di giustificazione non possa elidere da solo la anti giuridicità della condotta cagionata. Rimarrebbe infatti pur sempre un contenuto di disvalore legato alla inosservanza della norma cautelare; questo contenuto tuttavia non sarebbe sufficiente ad autorizzare un rimprovero penale perché negligenza e pericolosità astratta della condotta non sono oggetto di sanzione penale. Conseguentemente è sufficiente che sussistano i soli elementi oggettivi delle cause di giustificazione onde pervenire alla non punizione della condotta colposa⁶²¹.

Similmente Frisch nel contributo già citato ritiene che l'unico fondamento del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione nei delitti colposi sarebbe l'ipotetica rilevanza penale della sola inosservanza della norma cautelare. Dal momento che invece la rilevanza penale del delitto colposo è legata esclusivamente alla realizzazione di un pericolo, si deve ritenere che sia sufficiente la realizzazione dei

⁶¹⁹ Cfr. SPENDEL, *Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, cit., pp. 255-258.

⁶²⁰ Cfr. SCHMITT, *Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?*, cit., p. 67 e ss., in particolare p. 68: «Die Forderung nach subjektiven Rechtfertigungselementen entspricht also bei Fahrlässigkeitsdelikten keinem der verbreiteten Verbrechenssystem, weil sie alle in diesem Bereich mit einem rein objektiven Unrechtsbegriff arbeiten. Insoweit genügen folglich die objektiven Rechtfertigungsmerkmale».

⁶²¹ Cfr. BLANKE, *Die subjektive Rechtfertigungselemente*, cit., p. 164 e ss. L'Autore muove dalla cosiddetta *getrennte Rechtfertigung*, che consiste in sostanza dalla scomposizione del concetto di giustificazione in una componente oggettiva e in una soggettiva (*ivi*, p. 153). Del medesimo avviso STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, cit., p. 179: «Ist nur der Handlungs- nicht auch der Erfolgsunwert gegeben, so bedeutet dies: [...] bei Fahrlässigkeitsdelikten tritt Strafflosigkeit ein (sofern die folgenlose Fahrlässigkeit nicht ausnahmsweise mit Strafe bedroht ist)», nonché PUPPE, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, cit., p. 187.

Capitolo II

contrassegni oggettivi delle scriminanti a giustificare il fatto. D'altronde, come si ricorderà, il rilievo dei profili soggettivi delle cause di giustificazione è fondato nella visione di Frisch esclusivamente sulla presenza nell'ordinamento tedesco di una norma, quale il § 22 *StGB*, che punisce il tentativo inidoneo e con esso sancisce il rilievo penale del solo cosiddetto disvalore di azione; un simile fondamento positivo non può invece valere per le ipotesi colpose a cui la disciplina del tentativo non può essere applicata⁶²².

Le posizioni espresse prestano il fianco ad alcune obiezioni. Innanzi tutto, il concetto di colpa non può essere ridotto alla mera causazione di un evento in concomitanza con l'inosservanza di una norma di diligenza: i contrassegni della prevedibilità e della evitabilità dell'evento costituiscono infatti la declinazione di un profilo soggettivo significativo. Volendo ricorrere ai concetti di disvalore cari alla letteratura tedesca, anche l'illecito colposo si rivela strutturato intorno ad una componente soggettiva la quale, secondo le movenze del ragionamento compensativo accolto dagli Autori citati, attenderebbe di essere elisa da un valore di azione⁶²³. Più in generale, ancora una volta non sembra corretto argomentare contro (o a favore) dell'imputazione soggettiva delle scriminanti a partire dal solo carattere colposo della condotta secondo un ragionamento di tipo essenzialmente induttivo.

Nella dottrina tedesca tuttavia è possibile rinvenire voci a favore della necessità anche nei delitti colposi del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. A questo riguardo sono stati spesi, come in riferimento alle ipotesi dolose, l'argomento letterale e quello sistematico, i quali però risentono comunque delle

⁶²² Cfr. FRISCH, *Grund- und Grenzprobleme des sog. Subjektiven Rechtfertigungselements*, cit., p. 130 e ss.: «Unrecht, das wesensmäßig in der objektiven sorgfaltswidrigen Gefahrschaffung besteht oder diese doch zumindest konstitutiv voraussetzt, entfällt, wenn die Rechtsordnung die Handlung in ihrer Gefahrendimension im Blick auf die in concreto konfligierenden Güter zulassen muss» (ivi, p. 131). Similmente v. per esempio: RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, cit., p. 52 e ss.; GEILEN, *Notwehr und Notwehrexzess*, cit., p. 309; STEINBACH, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten*, cit., p. 346; STRENG, *Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert*, cit., p. 485 che ripropone sia l'argomento dell'insufficienza della mera inosservanza della cautela a fondare l'illecito colposo, sia l'assenza di una punibilità per i delitti colposi nella forma tentata.

⁶²³ Cfr. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 100 e ss.; e poi RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 322 e ss. il quale critica le posizioni sopra riportate anche sulla base del suo concetto di anti giuridicità. Sostiene infatti Rath che, quand'anche il legislatore prevedesse meccanismi di imputazione sostanzialmente oggettivi per i delitti colposi, questo non esimerebbe l'interprete da indagare se nel caso concreto la condotta dell'agente non abbia contribuito al miglioramento dei rapporti interazionali intersoggettivi che sostanzia il giudizio di anti giuridicità.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

debolezze già evidenziate⁶²⁴. Più di recente Jungclaussen ha sostenuto su basi differenti la necessità del profilo psicologico della giustificazione anche nei delitti colposi⁶²⁵. Egli parte dalla constatazione che le cause di giustificazione possono scriminare solo quelle condotte tipiche che sono necessarie all'ottenimento della tutela del bene giuridico; è dunque la necessità (*Erforderlichkeit*) il principio strutturale generale delle cause di giustificazione; la giustificazione inoltre può essere solo la conseguenza di una scelta consapevole dell'agente. Da queste premesse Jungclaussen ricava la necessità sia di un elemento cognitivo (conoscenza preliminare della situazione che richiede la giustificazione), sia di un elemento volitivo (scelta della condotta che consegue la protezione del bene giuridico), che egli comprende nel concetto superiore di *Steuerung*⁶²⁶.

Secondo l'Autore la struttura dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione non cambierebbe a seconda che si realizzi una condotta dolosa ovvero colposa. Nel caso dei delitti colposi l'elemento soggettivo delle cause di giustificazione si atterrebbe quale volontà di realizzazione della situazione scriminante a partire dalla conoscenza della situazione scriminante. L'unico correttivo che egli introduce è la rinuncia all'indagine di una conoscenza effettiva della situazione di fatto in favore di un giudizio di mera riconoscibilità della stessa⁶²⁷.

⁶²⁴ Per una rassegna delle critiche di questo tenore in riferimento ai delitti colposi: v. JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 97 e ss.

⁶²⁵ *Ivi*, p. 164 e ss. Dello stesso avviso anche ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1099 e s., il quale riconosce come, pur non potendosi richiedere all'agente di prevedere le conseguenze della sua azione (altrimenti non si tratterebbe di azione colposa), è corretto verificare che egli fosse a conoscenza della situazione materiale in cui ha poi agito realizzando la condotta giustificata.

⁶²⁶ «Die Notwendigkeit subjektiver Rechtfertigungselemente resultiert aus dem allgemeinen Rechtfertigungsprinzip der Erforderlichkeit, welches eine Steuerung des rechtfertigenden Geschehens durch den Täter verlangt» (JUNGCLAUSSEN, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., p. 168).

⁶²⁷ «Eine derartige Neubestimmung des generellen subjektiven Rechtfertigungselements für das Fahrlässigkeitsdelikt müsste von dem von der Kenntnis der rechtfertigender Sachlage getragenen Willen zur Ausübung des Rechtfertigungsgrundes ausgehen und dessen intellektuelle oder dessen voluntative Komponente oder auch beides im Sinne einer Abschwächung verändern. Hierbei bietet es sich an, sich bei der intellektuellen Komponente anstelle einer positiven Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage mit deren bloßer Erkennbarkeit zu begnügen» (*ivi*, p. 171), riconoscibilità che l'Autore parametrava su un giudizio *ex ante*. In merito all'elemento volitivo Jungclaussen specifica come, similmente a quanto richiesto per i delitti dolosi, la volontà lecita dell'agente non sia indirizzata alla realizzazione dell'evento, bensì alla commissione dell'azione (*ivi*, p. 174). L'Autore ammette peraltro che talvolta si possano dare scriminanti le quali richiedono non solo un mero elemento volitivo ma anche il perseguimento di uno scopo, come nel caso della difesa legittima che richiederebbe il perseguimento di uno scopo difensivo (*ivi*, p. 178).

Capitolo II

In sostanza Jungclaussen propone un concetto materiale di antigiridicità come ottenimento della salvaguardia di un bene giuridico che egli pone sotto l'etichetta di *Erforderlichkeitprinzip*; da questa descrizione del fenomeno giustificativo ricava poi la necessità degli elementi psicologici della giustificazione che si risolverebbero nella "dirigibilità" (*Steuerung*) della condotta giustificante. In realtà quest'ultimo concetto non è in alcun modo derivabile dal primo. Piuttosto esso si pone come un secondo presupposto nella descrizione del fenomeno giustificativo. La tesi dunque sembra carente almeno in due punti: la scelta di un concetto materiale di antigiridicità e il voler far discendere da questo concetto una regola di imputazione, che a ben vedere è un presupposto autonomo del ragionamento svolto⁶²⁸.

La necessità di elementi psicologici nella giustificazione dei fatti colposi è argomentata per altro verso a partire da una concezione gerarchica dei tipi di illecito. Si suppone che il delitto doloso sia più grave di quello colposo e si sostiene che, se un fatto sarebbe giustificato quando commesso dolosamente, a maggior ragione deve essere considerato come lecito quando venga causato colposamente⁶²⁹.

Diffuse sono poi le opinioni che prescindono da una affermazione generalizzata della necessità del rilievo psicologico delle scriminanti in riferimento alle condotte colpose e formulano criteri validi di volta in volta per l'individuazione dei casi in cui è necessario avere riguardo al profilo soggettivo dell'agente pur trattandosi di condotte colpose.

A questo riguardo si è argomentato in primo luogo *ex littera legis*. Si è ritenuto cioè che al contrario dei fatti dolosi, alla cui giustificazione concorre sempre anche il profilo psicologico, nel caso di condotte colpose si deve avere riguardo della formulazione della disposizione scriminante: solo se essa è formulata facendo appello a componenti psicologiche, queste dovranno essere richieste per il giudizio di liceità. La tesi è stata sostenuta sulla base del fatto che la colpa può sussistere anche

⁶²⁸ Per simili critiche RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 328 e ss., il quale esprime questa critica parlando di una circolarità del ragionamento di Jungclaussen. L'Autore critica poi a questi il riferimento al concetto di *feedback* che questi usa per descrivere la modalità di funzionamento del profilo psicologico dell'agente.

⁶²⁹ Argomentazione diffusa nella giurisprudenza (per esempio la già citata sentenza dell'*OLG Hamm*, *supra*, nonché per altri riferimenti RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 330, nt. 86) e in dottrina (cfr. ALWART, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, cit., p. 455; JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 589).

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

nella forma incosciente, segno che il delitto colposo non necessariamente dipende da un profilo psicologico cosciente⁶³⁰.

È facile sollevare contro la tesi la ben nota critica valida contro ogni argomento letterale. Si può inoltre ricordare quanto detto all'inizio del paragrafo: la soluzione del quesito circa il profilo soggettivo delle scriminanti in riferimento alle ipotesi colpose non segue movenze differenti rispetto a quanto avviene relativamente alle ipotesi dolose. La soluzione del problema non dipende infatti dai concetti di dolo o colpa, che per se stessi sono descrittivi e dunque non possono costituire la base per la formulazione di affermazioni che riposano sul piano precettivo⁶³¹.

Da altra parte della dottrina si ritiene invece che la giustificazione dei fatti colposi dipenda dalla sussistenza di profili soggettivi a seconda che il fatto di reato realizzato sia un delitto colposo di evento o di condotta. Nel primo caso non sarebbero necessari elementi soggettivi nella giustificazione poiché l'intero disvalore del reato è racchiuso nella causazione di un fatto illecito e quindi la sussistenza dei soli elementi oggettivi della giustificazione sarebbe sufficiente a compensare il disvalore in questione. Nel secondo caso invece il disvalore del reato si appunterebbe esclusivamente all'inosservanza del precetto cautelare e dunque alla giustificazione sarebbe necessaria la sussistenza di un valore di azione consistente nella sussistenza di un adeguato profilo psicologico⁶³².

La tesi proposta tuttavia non sembra convincente. In primo luogo essa manca di un fondamento che non sia la concezione compensatoria della giustificazione che si è visto essere fallace. Inoltre non si vede perché nel caso dei delitti colposi d'evento la componente riferita al cosiddetto disvalore d'azione debba essere ignorata, pur essendo sussistente anche in questi casi l'inosservanza di un precetto cautelare⁶³³.

⁶³⁰ Cfr. GEPPERT, *Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassverkehr? Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung*, in *ZStW*, 1971, p. 979 e s.

⁶³¹ Per critiche simili: RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 332.

⁶³² Cfr. per esempio: JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 589. Una posizione simile, ma non del tutto sovrapponibile, è espressa da LECKNER-STERNBERG-LIEBEN, *Vorbemerkungen §§ 32 ff.*, cit., p. 601 e ss. Gli Autori distinguono in riferimento ai fatti colposi fra cause di giustificazione che conferiscono un diritto di aggressione e cause di giustificazione che semplicemente consentono un'azione. Solo nel secondo caso sarebbe necessario un profilo psicologico.

⁶³³ Per simili rilievi, v. HIRSCH, *Vorbemerkungen § 32*, cit., p. 142; mentre RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 334, critica la tesi sulla base del concetto di anti giuridicità da lui elaborato.

Capitolo II

Da ultimo si deve ricordare la posizione di quella parte della dottrina che fa espressamente appello al concetto di compensazione e ritiene che i contrassegni psicologici della colpa, individuati nella prevedibilità e nella riconoscibilità della situazione che richiede l'attivazione del soggetto, debbano essere compensati a livello della giustificazione da un corrispondente elemento conoscitivo che ad essi si contrapponga. Di conseguenza, nel caso di colpa incosciente è necessario che la situazione giustificante sia almeno riconoscibile; solo in questo caso, infatti, dalla situazione fattuale emergerebbe un appello all'agente consistente nell'invito a prevenire l'evento (*Vermeidappel*). Nel caso di colpa cosciente invece non sarebbe sufficiente la riconoscibilità della situazione scriminante in quanto l'agente dovrebbe almeno ritenerla probabile⁶³⁴.

A questa sistemazione è da contestare, oltre alla presupposizione del meccanismo compensatorio, l'individuazione nella riconoscibilità della situazione scriminante del contrappeso "positivo" della negligenza per i casi di colpa incosciente. Le due grandezze (prevedibilità e negligenza) sono infatti eterogenee fra loro⁶³⁵.

Solo gli Autori che ritengono necessario per la giustificazione dei fatti colposi un profilo soggettivo giungono a sostenere la punibilità della condotta commessa in assenza di un siffatto elemento soggettivo, in quanto il fatto commesso rimarrebbe illecito. Una tale soluzione tuttavia non è sostenibile in quanto si basa sull'adesione al modello compensatorio meccanicistico che, come più volte ricordato, non offre una spiegazione soddisfacente del fenomeno della giustificazione.

Ugualmente è da rigettare la soluzione proposta da Rath. L'Autore ritiene che le ipotesi colpose non si differenzino in nulla da quelle dolose per quanto concerne la struttura del profilo soggettivo⁶³⁶ dimodoché, mancando il profilo soggettivo necessario alla giustificazione, il fatto non è contrario al diritto, pur non essendo l'agente giustificato («*Die Tat ist nicht rechtswidrig, ohne dass der Täter gerechtfertigt wäre*»). Quest'ultima formula – un vero scioglilingua – conferma i

⁶³⁴ BAUMANN-WEBER- MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., Bielefeld, 1995, p. 305 e s.

⁶³⁵ Cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 335 e s., il quale a questi rilievi aggiunge la constatazione del fatto che i criteri di prevedibilità ed riconoscibilità, intesi come sostanza psicologica del concetto di colpa, in realtà si rivelano meri criteri di imputazione oggettiva che non realizzano la personalizzazione dell'addebito penale.

⁶³⁶ *Ivi*, p. 603 e ss., nonché p. 631 e s.

Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione nella dottrina tedesca

dubbi già espressi relativamente alla soluzione proposta da Rath al problema dei profili soggettivi delle cause di giustificazione, sotto il profilo della scissione dell'illecito in giustificazione e mera esclusione dell'illecito. Non appena infatti si esca dal perimetro tracciato dall'Autore con la creazione del concetto di *Wegfall der objektiven Unrechtsvoraussetzungen*⁶³⁷ appare evidente come la formula, e con essa la concezione intera dell'illecito elaborata da Rath, non sia scevra da una certa contraddittorietà intrinseca.

Sempre in merito agli esiti sanzionatori si deve poi menzionare la soluzione proposta da Roxin il quale giunge alla non punibilità del fatto colposo commesso in assenza del profilo soggettivo di giustificazione non perché giustificato ma perché nel caso di specie, stante il solo disvalore di azione, si realizzerebbe solo un tentativo colposo, come tale non punibile⁶³⁸.

In definitiva si può ritenere che lo sviluppo dottrinale relativo al profilo soggettivo della giustificazione dei fatti colposi non segua percorsi differenti rispetto a quelli tracciati relativamente alla realizzazione di fatti dolosi. Il carattere doloso o colposo del fatto realizzato infatti non ha attinenza con la consapevolezza della situazione scriminante⁶³⁹.

La questione rilevante rimane infatti la possibilità di giustificare una condotta che realizzi inconsapevolmente uno scopo di tutela. Anche in questo caso, come in quello della giustificazione inconsapevole dei fatti dolosi, la soluzione in termini di delitto consumato o tentato è una veste che non si adatta sul piano naturalistico e normativo alla realizzazione di un fatto oggettivamente scriminato. Non è dunque dal piano della costruzione dell'illecito che si deve attendere una soluzione bensì da una scelta di carattere politico-criminale che consideri risposte penali ulteriori rispetto alla pena.

⁶³⁷ Cfr. *supra*, Cap. 2, par. 2.2.10 per ragguagli sulla costruzione di Rath.

⁶³⁸ Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1100. Sempre sulla base dell'incompatibilità fra tentativo e fattispecie colpose Rath esclude che si possa mai ipotizzare per le fattispecie in esame la punizione a titolo di tentativo (cfr. RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 341).

⁶³⁹ Cfr. MOOS, *Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement*, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, a cura di C. Graf e U. Medigovic, Wien, 2004, p. 130 e s., il quale tuttavia aderisce al modello della compensazione fra disvalori.

Capitolo II

SEZIONE II: L'ANTIGIURIDICITÀ SOGGETTIVA IN ITALIA

SOMMARIO: 6. Il dibattito sull'antigiuridicità soggettiva e sul criterio psicologico di imputazione delle esimenti in Italia. Dalle origini della scienza criminale moderna al secondo dopoguerra 6.1 Dal XIX alla prima metà del XX secolo: manualistica e primi lavori di commento al codice del '30 6.1.1 Un profilo sintetico 6.1.2 Una annotazione a margine 6.2 La riflessione sull'antigiuridicità a partire dalla metà del secolo 6.2.1 La riflessione di Petrocelli sull'antigiuridicità 6.2.2 La manualistica degli anni '40 6.2.3 Le monografie successive: Moro, Nuvolone, Valletta 6.2.4 Gli anni '50 e '60 6.3 Un primo profilo riassuntivo 7. (segue) Il dibattito contemporaneo 7.1 Gli anni '70 e '80 7.2 gli anni '90: aperture sistematiche all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione 7.3 (segue) Il contributo della scuola napoletana 7.4 Gli anni 2000 7.5 La manualistica 7.6 Alcune note di sintesi 8. La dommatica alla prova degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione 8.1 *Caveat* in tema di antigiuridicità 8.2 Una annotazione circa la partizione fra disvalori nella costruzione dell'illecito penale 8.3 Il ruolo dell'istituto del tentativo nella soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione 8.4 Il principio di colpevolezza e il concetto di antigiuridicità 8.5 Un profilo riassuntivo

6. Il dibattito sull'antigiuridicità soggettiva e sul criterio psicologico di imputazione delle esimenti in Italia. Dalle origini della scienza criminale moderna al secondo dopoguerra

Ricostruito sinteticamente il quadro relativo alla dottrina tedesca è il momento di considerare come la letteratura italiana abbia affrontato il tema del profilo soggettivo delle cause di giustificazione. I contributi sul punto sono quantitativamente inferiori rispetto ai saggi e alle opere tedesche sul tema; non mancano tuttavia nel dibattito italiano caratteri peculiari che rendono fruttuoso il confronto con lo stesso. Si ritiene opportuno anche in questa parte analitica del lavoro procedere inizialmente ad una sintesi diacronica delle voci della dottrina italiana onde giungere in un secondo momento a profilare lo stato del dibattito più recente. L'adozione di un metodo storiografico, pur nei limiti ristretti dell'economia di questo lavoro, è la via più sicura per attingere il significato più chiaro delle cose di cui si discute.

Capitolo II

6.1. Dal XIX alla prima metà del XX secolo: manualistica e primi lavori di commento al codice penale del '30.

6.1.1. Un profilo sintetico

Come si è accennato⁶⁴⁰, se si vogliono individuare i prodromi dello studio del profilo soggettivo delle cause di giustificazione ci si deve rivolgere alla trattazione di singoli istituti (principalmente la difesa legittima), ben più risalenti dei concetti di anti giuridicità e causa di giustificazione.

Se dunque si prendono in considerazione le prime opere di scienza criminale dell'ottocento italiano si cercherà invano un capitolo sull'anti giuridicità e men che meno un paragrafo sui suoi profili soggettivi. Se tuttavia si apriranno le pagine in materia di difesa legittima apparirà chiaro come i Maestri di quel secolo immaginassero una difesa legittima connotata essenzialmente come reazione all'aggressione sorretta da una volontà difensiva cosicché la sussistenza di un profilo soggettivo può dirsi nel loro pensiero implicita⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Cfr. *supra*, cap. I, par. 5.1, 7, 8.1; nonché cap. II, par. 1. Si rinvia agli appunti sintetici contenuti in quest'ultimo paragrafo per i riferimenti relativi al diritto romano e alla successiva evoluzione dell'età intermedia.

⁶⁴¹ Nel ripercorrere questa evoluzione storica sembra opportuno prendere le mosse da Carmignani, il quale all'interno delle cause che escludono o diminuiscono l'imputazione distingue fra cause incidenti sull'intelletto fisiche (*infantia, impubes aetas, minor aetas, senectus, sexus, surditates, mentis alienatio, somniloquium et sonnambulismus*) e morali (*ignorantia et error, culpa, casus*), nonché incidenti su volontà e libertà dell'agente (*vis physica, vis moralis, impetus affectum, ebrietas, habitudines*). All'interno della categoria della *vis moralis* è compreso il caso della difesa legittima, mentre in quella dell'*impetus affectum* è presente lo stato di necessità; in entrambi questi casi è chiaro che Carmignani immagina l'azione difensiva come una reazione volontaria cagionata dal pericolo imminente ingiusto. L'Autore immagina infatti una concussione della volontà dell'agente, come tale evidentemente radicata nella componente soggettiva dell'agente («*Coactio ad agendum spontaneitatem agentis supponit: ex vi igitur morali, quae libertati infertur, non ex physica, quae voluntati descendit, atque in metu alicujus mali, quod agenti impedit, nisi id agat, ad quo cogitur, consistit*»): cfr. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementa*, cit., p. 54 e similmente in riferimento allo stato di necessità, p. 56). Similmente Romagnosi adombra un concetto di difesa legittima essenzialmente reattivo e dunque non avulso dalla dimensione psicologica (cfr. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, I, Milano, 1857, p. 26 e ss. in nota). Sulle orme del suo maestro, Carrara colloca la difesa legittima e lo stato di necessità nel concetto di coazione, causa che esclude la volontà del fatto specificando che «il fondamento di fatti di questa scriminazione è nel timore» (cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 186 e ss.). Anche Pessina declina la difesa legittima come caso di coercizione morale, tale da togliere all'agente la libertà morale. La volontà di questi «si trova fra le due vie da eleggere, sicché non possa altrimenti evitar l'una senza dover incorrere nell'altra»; ancora: «egli è duopo di uno stato urgente che stringa la volontà a trasgredire il comando della legge». La condotta difensiva è dunque una reazione psicologicamente collegata all'aggressione; peraltro l'Autore avverte la necessità di delegare al giudice la soluzione di singoli aspetti problematici non risolvibili in astratto e *a priori* dal legislatore: fra questi si può dunque ritenere compreso dall'Autore quello dell'agente che si difenda inconsapevolmente (PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, 1882, p. 187 e ss., nonché 192 e ss.). In termini simili: CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888, p. 68 e s. e

Come si è poco sopra detto, questi Autori ordinarono la materia delle cause di esclusione della punibilità per mezzo del concetto di imputabilità, essendo ancora ignote alla dottrina italiana la categoria dell'antigiuridicità e quella della causa di giustificazione come sottoinsieme distinto all'interno delle esimenti. È questo probabilmente il motivo per cui la questione dei profili soggettivi dell'antigiuridicità non venne avvertita autonomamente in queste opere: la sistemazione dell'istituto della difesa legittima e dell'affine stato di necessità seguiva cadenze, per così dire, descrittive del reale; né per la determinazione delle *rationes* degli istituti ci si allontanava dalla considerazione intuitiva del patimento dell'agente.

Solo nel 1908 all'interno della prima edizione del suo trattato Manzini introdusse la divisione fra imputazione, giudizio descrittivo relativo alla sussistenza della componente psicologica del reato, e responsabilità, valutazione normativa oggettiva circa la sussistenza dei requisiti di legge necessari all'elevazione dell'addebito penale⁶⁴². L'assenza nel codice penale di disposizioni "impegnative",

CIVOLI, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano* diretta dal prof. Enrico Pessina, V, Milano, 1904, p. 149; nonché ID., *Trattato di diritto penale*, I, Milano, 1912, p. 470 e ss., il quale richiama espressamente la volontà di difendersi come elemento caratterizzante la difesa legittima. L'impostazione in questione riscuoterà fortuna fino ai primi decenni del XX secolo quando ancora si distinguerà all'interno delle cause di esclusione della pena fra esclusione dell'imputabilità per motivi psichici, che si configurano come cause escludenti il carattere criminoso del fatto «per l'indole del motivo determinante, in quanto che il motivo risponde ad una necessità del diritto, per avere la sua origine e il suo oggetto in un bisogno posto sotto la protezione della legge», e cause di esclusione della pena per mera opportunità politica (cfr. IMPALLOMENE, *Istituzioni di diritto penale*, III ed. a cura di V. Lanza, Torino, 1920, p. 266). Sostanzialmente simile è l'impostazione che, ancora nel 1934 a codice Rocco pienamente in vigore, Florian adotta nel suo trattato. L'Autore esclude che queste esimenti annullino la antigiuridicità e sostiene invece che esse incidano sulla colpevolezza in quanto, prima che ad essere esclusa la antigiuridicità intesa in senso ampio come rilevanza penale del fatto, è il motivo che anima il soggetto ad essere rilevante come fattore elidente l'elemento soggettivo del reato. Peraltro Florian tace della disciplina del primo comma dell'art. 59 c.p. (cfr. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, I, IV ed., Milano, 1934, p.496 e ss., soprattutto p. 498, e, per le singole cause, poi note come scriminanti, p. 522 e ss.; nonché ID., *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 522 e ss.)

⁶⁴² Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1908, p. 2; distinzione mantenuta nelle edizioni successive del trattato (v. per esempio ID., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, I, Torino, 1933, p. 582 e s.; nonché ID., *Trattato di diritto penale italiano. Nuova edizione completamente aggiornata*, I, Torino, 1948, p. 627). Il giudizio di responsabilità penale nel pensiero di Manzini sembra – non si può usare un verbo più preciso purtroppo – connotarsi in modo oggettivo, come corrispondenza del fatto alla volontà della legge, similmente al concetto formale di antigiuridicità familiare alla letteratura tedesca coeva. Manzini tuttavia non cita la dottrina tedesca, perciò è da credere nell'originalità del pensiero da lui sviluppato sulla base della Relazione ministeriale al codice Zanardelli, originalità peraltro resa evidente dal differente vocabolario utilizzato (quel sorprendentemente moderno "responsabilità" in luogo della antigiuridicità, traduzione tradizionale italiana della *Rechtswidrigkeit* tedesca). Secondo l'Autore, nel caso della ricorrenza di una causa di liceità, incidente sulla responsabilità invece che sull'imputabilità, «tutti gli elementi subiettivi e obiettivi sufficienti per l'imputabilità del fatto sono presenti [...]; manca invece la ragione della punibilità, perché quella stessa forza che ordinariamente porta alla punizione, avendo autorizzato

Capitolo II

paragonabili al futuro primo comma dell'art. 59 c.p., permetteva tuttavia a Manzini nel discorrere, per esempio, del requisito della necessità nella difesa legittima di sostenere apertamente che questa constasse di elementi oggettivi e soggettivi⁶⁴³.

Una ulteriore analisi della materia della difesa legittima e della giustificazione, al pari di quella di Manzini maggiormente sofisticata rispetto alle origini della scienza penalistica italiana, si può trovare nell'opera di Bernardino Alimena. L'Autore, lettore di Binding e Liszt, costruisce infatti il reato come fatto comprensivo di elementi oggettivi e soggettivi a cui è essenziale la «direzione anti-giuridica» e che può inoltre venire a mancare per l'intervento di scusanti⁶⁴⁴. È dunque chiarissima la matrice tripartita della sistemazione operata da Alimena che si rende ancora più evidente non appena si noti come egli individui la *ratio* della giustificazione non nelle consuete categorie della coazione o della motivazione psicologica giuridica, ma piuttosto nella categoria formale dell'attuazione del diritto⁶⁴⁵. Per la prima volta nel panorama italiano si affaccia così una sistemazione “per categorie” delle esimenti cui consegue la riconduzione della difesa legittima e delle altre giustificanti ad un concetto di corrispondenza formale alla legge.

Il confronto con l'opera di Alimena è per altro verso interessante in ragione di due affermazioni dell'Autore che sembrano alludere (ma davvero non è possibile usare un altro verbo) alla questione dei profili soggettivi delle scriminanti: in primo luogo, Alimena chiede retoricamente al lettore se sia mai possibile non considerare lecita l'azione conforme al dovere d'ufficio, pur internamente animata da intenti di odio personali nell'agente (domanda retorica a risposta negativa: è condotta evidentemente lecita); secondariamente, in materia di provocazione, l'Autore propone come criterio dirimente «la valutazione dell'individualità dell'agente» ma

o imposto il fatto, ne ha pure decretato l'impunità nel caso particolare» (MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, I ed., cit., p. 194; formulazione rimasta identica nelle versioni successive del trattato: ID., *Trattato di diritto penale italiano*, I, V ed., cit., p. 330 e s.).

⁶⁴³ ID., *Trattato di diritto penale italiano*, II, I ed., p. 251; ID., *Trattato di diritto penale italiano*, II, II ed., p. 256, nonché p. 320.

⁶⁴⁴ Cfr. ALIMENA B., *Diritto penale*, I, Napoli, 1910, p. 531 e s., e poi, per le scusanti, p. 652 e ss.

⁶⁴⁵ Cfr. le acute osservazioni dell'Autore che rigettano le teorie materiali dell'anti-giuridicità: *ivi*, p. 530 e ss.; soprattutto p. 552, ove Alimena afferma che la difesa privata si giustifica in quanto attuazione del diritto. Con questa affermazione l'Autore sembra profilare un concetto formale di ingiustizia che si sostanzia nella mera conformità della condotta rispetto all'ordinamento: «La norma giuridica [...] non può restare un semplice monito, ma deve, praticamente, e in maniera positiva, attuarsi; ed è lo Stato che l'attua, e la sua attuazione non solo è legittima, ma è necessaria. A che scrivere le leggi, se esse non dovessero applicarsi? Il fatto, dunque, imposto dalla legge, può essere dannoso per chi lo subisce, ma è legittimo e necessario».

non è peraltro chiaro se con ciò si alluda alla considerazione dell'intento provocatorio⁶⁴⁶.

Gli anni della nascita della Scuola tecnica in seguito alla prolusione sassarese di Arturo Rocco coincidono con lo sviluppo della teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione in terra tedesca. Il dibattito italiano rimane tuttavia ancora estraneo alla questione, benché lo stesso Rocco avesse avviato con la sua opera principale la riflessione italiana sul tema dell'illecito e dell'antigiuridicità⁶⁴⁷.

L'emersione della problematica dei profili soggettivi delle cause di giustificazione tuttavia non era lontana: essa si verificò infatti nel corso della gestazione del codice penale del '30⁶⁴⁸. Si è già ricordato⁶⁴⁹ come Delitala, redigendo il responso diretto al Ministero di grazia e giustizia e affari di culto sul testo del Progetto preliminare in riferimento all'art. 61 dell'articolato, si fosse limitato a registrare senza commentarla la non punibilità di condotte oggettivamente scriminate.

È invece nelle due Relazioni del guardasigilli, e soprattutto nella prima, relativa al Progetto definitivo, che va ricercato il primo riferimento al tema degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. Nella sua *Relazione* Rocco ricorre alla costruzione bipartita del reato per affermare la presenza anche nelle cause di esclusione di due aspetti, oggettivo e soggettivo, speculari a quelli presenti nel reato. Nel caso delle cause di giustificazione il regime poi in effetti stabilito comportava (e ha comportato) la sufficienza di una sola delle due componenti per pervenire all'esito di liceità a differenza di quanto valevole per affermare la sussistenza di un fatto illecito, tutto ciò a dispetto del parallelismo fra i due fenomeni normativo

⁶⁴⁶ *Ivi*, p. 533, p. 560.

⁶⁴⁷ Il riferimento è ovviamente a ROCCO AR., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, p. 468 e ss. In altri contributi dell'Autore in tema di teoria del reato non è dato riscontrare alcuna riflessione sui profili soggettivi dell'antigiuridicità [si sono consultati: ID., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), in *Opere giuridiche di Arturo Rocco*, III, Città di Castello, 1933, p. 263 e ss.; ID., *Sul concetto di diritto penale obiettivo* (1910), *ivi*, p. 325 e ss.; ID., *Relazione alla facoltà giuridica della R. Università di Napoli sul progetto preliminare del Codice penale italiano* (1923), *ivi*, p. 505 e ss.].

⁶⁴⁸ Per le vicende storiche dell'art. 59 c.p., v. *supra*, cap. I, par. 8.1. È sufficiente qui ricordare come nelle due redazioni che precedettero il testo definitivo (quella del Progetto preliminare e quella del Progetto definitivo) l'irrelevanza penale del fatto era accompagnata dalla possibilità di irrogazione di una misura di sicurezza che venne eliminata su iniziativa dello stesso guardasigilli Rocco in sede di redazione finale del testo legislativo, sulla scorta delle indicazioni della Commissione parlamentare. Alle stesse pagine si rimanda per i riferimenti bibliografici relativi agli Autori citati nel prosieguo.

⁶⁴⁹ V. *supra*, cap. I, par. 8.1.

Capitolo II

(incriminazione e giustificazione) stabilito da Rocco nella pagina citata della sua Relazione.

Si è avuto modo anche di ricordare il piccolo dibattito sorto in seno alla Commissione parlamentare fra, da una parte, i senatori De Blasio, Stoppani e, dall'altra, il consigliere Aloisi della Corte di cassazione, ricondotto ad unità dal presidente D'Amelio. Nelle poche battute trascritte nel verbale della seduta è interessante leggere molti – quasi tutti – i nuclei tematici toccati dalla problematica in questione: il rapporto con la figura del reato putativo, la relazione con il tentativo inidoneo, l'idoneità della misura di sicurezza a fornire una risposta legale soddisfacente all'allarme sociale destato da una condotta soggettivamente illecita e oggettivamente lecita.

L'impulso successivo allo sviluppo degli studi relativi ai profili soggettivi dell'antigiuridicità è tuttavia legato alla recezione del modello tripartito del reato, cui contribuì in modo decisivo l'opera di Delitala⁶⁵⁰. Quasi in apertura de *Il <<fatto>>* Delitala affronta la questione dei profili soggettivi della antigiuridicità⁶⁵¹. Il *milieu* di riferimento dell'Autore è costituito dalla già ricordata opera di Rocco del '13 nonché dai classici tedeschi fautori della tripartizione precedenti alle varie “scoperte” degli anni '10 e '20 del XX secolo che avrebbero messo in crisi quella costruzione apparentemente solida. Delitala dunque si trova a maneggiare un vocabolo, “antigiuridicità”, cui sono attribuiti due significati: uno stretto, tipico della costruzione tripartita del reato di matrice germanica, e uno ampio, elaborato da Rocco. Il primo fa dell'antigiuridicità un elemento del reato, come tale presupposto del successivo giudizio di colpa (i.e. colpevolezza); il secondo corrisponde al poi

⁶⁵⁰ Si è già citata poco sopra l'opera di B. Alimena che si configura come un “manuale tripartito” *ante* Delitala; tuttavia è indiscussa la risonanza vasta dell'opera del Maestro sassarese che ne fa il vero fautore della tripartizione nella dottrina italiana (cfr. BETTIOL, *Ricordo di Giacomo Delitala*, in DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, VIII e ss., particolarmente p. X).

⁶⁵¹ Cfr. DELITALA, *Il <<fatto>> nella teoria generale del reato* (1930), in ID., *Diritto penale*, cit., p. 14 e ss. Posizioni in parte simili erano state già espresse in ID., *Contributo alla nozione di reato. Il reato come offesa ad un bene od interesse obbiettivamente protetto* (1927), *ivi*, p. 172 e ss., in cui però Delitala tratteggia una distinzione fra illecito e antigiuridicità sulla base del diverso referente dei due concetti: la condotta e il fatto, corrispondenti dunque rispettivamente alla disobbedienza al precetto e al contenuto lesivo della condotta, secondo cadenze mezgeriane già note alla dottrina tedesca. Anche in questo scritto, come si vedrà a breve ne *Il <<fatto>>*, il concetto di antigiuridicità ha due accezioni: l'una relativa alla qualificazione complessiva di rilevanza penale, onde Delitala afferma essere l'illecito componente dell'antigiuridicità, e l'altra corrispondente alla contrarietà al diritto della condotta, che è elemento del reato e non l'“in sé” dello stesso secondo la formula di Rocco.

divenuto famoso «in sé» del reato, cioè alla qualifica complessiva di contrarietà del fatto rispetto all'ordinamento⁶⁵².

Delitala, appoggiandosi all'opinione di alcuni Autori italiani a lui precedenti⁶⁵³, non rigetta la seconda opzione come totalmente erronea; ne accetta piuttosto l'uso in funzione sostanzialmente sinonimica rispetto alla rilevanza penale della condotta⁶⁵⁴. La prima accezione tuttavia è per l'Autore quella più significativa: essa corrisponde infatti alla constatazione, di ascendenza mezeriana, di come l'ordinamento giuridico valuti un interesse da tutelare prima di comandare o vietare ai suoi sudditi una condotta; alla stima dell'interesse meritevole di tutela corrisponde così la posizione della disposizione giuridica, parametro di un giudizio di antigiuridicità. Nel pensiero dell'Autore dunque l'antigiuridicità è giudizio di mera corrispondenza formale, mentre è l'elemento successivo della colpevolezza (nel lessico di Delitala, la colpa) a contenere ogni componente soggettiva, secondo il modello bindinghiano⁶⁵⁵. All'obiezione secondo cui un concetto formale di

⁶⁵² Cfr. ROCCO AR., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, cit., p. 475 e ss., in cui l'Autore risolve il dilemma fra antigiuridicità materiale e formale a favore della seconda, e rigetta al contempo la nozione di antigiuridicità come elemento del reato.

⁶⁵³ Egli cita a questo riguardo le *Istituzioni di diritto penale* di Manzini nonché Massari. Riguardo a quest'ultimo Autore, tuttavia, è doveroso notare come il riferimento alle «cause oggettive di esclusione del reato» non sia in realtà sviluppato sufficientemente da Massari stesso, il quale – a quanto consta – nell'opera citata da Delitala non tratteggia un concetto di antigiuridicità formale simile a quello oggetto poi de *Il «fatto»* (cfr. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale. Corso di lezioni universitarie*, Napoli, 1930, p. 70).

⁶⁵⁴ DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 15 e s.: «Perché si abbia torto [...] occorre un'azione contro il diritto, e poiché il diritto non è altro che un complesso di imperativi, occorre, più precisamente, un'azione in contrasto con un comando (o un divieto) posto come legge dalla suprema volontà dello Stato. Occorre, più in breve, un'azione colpevole. Ma l'osservazione [...] non ci sembra [...] decisiva e insuperabile. Certo, perché un'azione sussista, occorre un'azione colpevole [...]. Ma come in seno al concetto di reato si sogliono distinguere i due momenti, oggettivo e soggettivo, che lo compongono, così, in seno a questo concetto di “antigiuridicità penale”, si possono distinguere e contrapporre fra loro la valutazione oggettiva del fatto e la valutazione soggettiva dell'agente». Delitala sembra dunque ammettere che si possa parlare in accezione lata di antigiuridicità penale, benché non si tratti di una definizione a suo avviso significativamente pregnante, al contrario dell'accezione “stretta” di antigiuridicità.

⁶⁵⁵ «[...] L'ordinamento prima valuta le azioni umane secondo la loro direzione oggettiva, e considera se contrastino o meno ai propri scopi, poi, sulla base di quella valutazione, impone ai sudditi di comportarsi in un modo piuttosto che in un altro, o, in altre parole, di non porre colpevolmente in essere le azioni che reputi contrastanti ai propri fini, o, più brevemente, azioni antigiuridiche. Ben lungi dal risultare dalla colpa, l'antigiuridicità oggettiva dell'azione è un presupposto della colpa. In tanto si può scendere ad indagare se un'azione sia colpevole o meno, in quanto si sia, precedentemente, affermato il suo carattere di azione antigiuridica» e sinteticamente *ivi*, p. 20: «Il concetto di antigiuridicità in genere deve, quindi, a nostro avviso, essere determinato oggettivamente, senza riguardo alla colpa o all'imputabilità dell'agente. È antigiuridico ogni comportamento che, oggettivamente considerato, contrasta con gli scopi dell'ordinamento giuridico, o, in breve, col diritto oggettivo, nella sua funzione di valutazione dei fatti» (cfr. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 17).

Capitolo II

antigiuridicità avulso da contrassegni soggettivi ignorerebbe la componente personale della condotta Delitala risponde facendo ricorso al concetto di azione umana⁶⁵⁶ che troverà fortuna nella successiva dogmatica italiana.

Un seguito immediato dell'opera di Delitala⁶⁵⁷ si può rintracciare nella prima edizione del manuale di Maggiore risalente al 1932 in cui l'Autore palermitano accoglie la teorica della tripartizione e sostiene l'indipendenza, quanto a sostanza, di antigiuridicità e colpevolezza, cadenzando il ragionamento secondo i passi mossi già da Delitala⁶⁵⁸. La spiegazione della regola contenuta nel primo comma dell'art. 59 c.p., precetto ritenuto del tutto coerente con il concetto di antigiuridicità appena delineato, riproduce sia per gli esempi sia per gli argomenti sviluppati il tenore della Relazione al re sul progetto definitivo⁶⁵⁹.

Mentre, come si è già in parte visto, il lavoro di Delitala era destinato a influenzare profondamente la cultura penalistica italiana, un'altra opera ad esso quasi coeva non riuscì a ottenere un seguito, nonostante l'originalità del punto di vista adottato (e forse in ragione della stessa). La *Teoria generale del reato* di Carnelutti comparve nel 1933; in essa l'Autore compì la lettura dell'intero nuovo sistema penale alla luce di categorie civilistiche prese dalla teoria del negozio giuridico. Non è tuttavia senza interesse il confronto con il volume del Maestro friulano: esso conferma la formazione progressiva di una temperie oggettivista nella dottrina italiana.

Carnelutti immagina il reato come essenzialmente composto di due elementi che identifica nel torto e nella disobbedienza, elementi derivati dall'affinamento dei

⁶⁵⁶ «Il diritto oggettivo è infatti indiscutibilmente una regola sociale, e, conseguentemente, una regola (ora di semplice valutazione, ora insieme di valutazione e di determinazione) delle azioni degli uomini, poiché solo fra gli uomini si ha vera e propria società, e non che fra gli uomini e le e bestie, o fra gli uomini e i fenomeni naturali» (cfr. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 22).

⁶⁵⁷ Delitala è infatti l'unico autore italiano che Maggiore cita a sostegno della tripartizione nelle pagine dedicate alla struttura del reato.

⁶⁵⁸ «L'antigiuridicità è una determinazione del tutto oggettiva. Concerne il reato come ente giuridico, indipendentemente dal soggetto che l'ha commesso: dalla sua coscienza e dalla sua volontà. Altro è dunque antigiuridicità, altro è coscienza di essa. Se taluno crede di avere agito in contraddizione di una norma penale mentre questa non esiste (reato putativo) non si può parlare di antigiuridicità. Del pari altro è antigiuridicità, altro è volontà di commettere un'azione antigiuridica. Questa volontà è il presupposto indispensabile della colpevolezza (che è un altro elemento del reato): ma la colpevolezza non è il presupposto dell'antigiuridicità». Di conseguenza l'omicidio del pazzo è pur «sempre [...] un omicidio in senso oggettivo e giuridico, quantunque non possa essere imputabile per difetto di colpevolezza» (cfr. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1932, p. 171).

⁶⁵⁹ *Ivi*, p. 277 e s.

«malagevol[i]», «equivoc[i]», «[non] felic[i]» concetti di antigiuridicità e colpevolezza⁶⁶⁰. L'Autore, aderendo alla nozione rocchiana di antigiuridicità, ritiene infatti che questo vocabolo non possa costituire un elemento del fatto ma che invece l'antigiuridicità designi, quasi per paradosso⁶⁶¹, la nota di giuridicità, cioè di rilevanza penale, del fatto di reato, il quale è infine semplicemente un fatto illecito, cui è collegata la sanzione penale. Dunque: «torto e disobbedienza sono i due momenti della illiceità»; sarebbe tuttavia sbrigativo da parte dell'interprete assimilare entrambi gli elementi alla bipartizione oggettivo-soggettivo poi diffusasi nella dommatica italiana. I contrassegni descrittivi della condotta, infatti, sono per Carnelutti la «forma» del reato⁶⁶², il mezzo con cui questo si rende manifesto nella realtà; il torto è invece concetto normativo corrispondente a quello di causa proprio della dommatica civilistica⁶⁶³ e si sostanzia nella idoneità della condotta a perseguire uno scopo illecito. Gli elementi, altrimenti noti come cause di giustificazione, e ribattezzati dall'Autore come elementi impeditivi del reato, condividono col torto questa struttura teleologica⁶⁶⁴. Quest'ultima, cioè la causa del reato, è «l'interesse, che l'agente raggiunge mediante la forma, e così il vantaggio che egli si procura a prezzo del danno altrui»; essa non si connota soggettivamente, poiché l'analisi della volontà è oggetto del giudizio di disobbedienza, ma è piuttosto la considerazione dal punto di vista dell'ordinamento della funzione dell'azione delittuosa⁶⁶⁵. Conseguentemente si deve ritenere che anche lo scopo di liceità che sostanzia le singole cause impeditive (artt. 51, 52, 53 e 54, c.p.) sia da intendere come giudizio dell'ordinamento sul fine perseguito dalla condotta lecita. Questa induzione è confermata poche pagine dopo ove Carnelutti, riconducendo la materia del primo

⁶⁶⁰ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, p. 27 e s.

⁶⁶¹ *ivi*, p. 24, ove l'Autore anche su basi linguistiche afferma l'intraducibilità del termine *Rechtswidrigkeit* con quello di antigiuridicità.

⁶⁶² *ivi*, p. 75 e ss.

⁶⁶³ *ivi*, p. 135 e ss.

⁶⁶⁴ *ivi*, p. 138 e ss., in particolare p. 142: «se l'interesse perseguito dall'agente è protetto dalla legge con la attribuzione di un diritto o con la imposizione di un dovere, la lesione dell'interesse altrui (il danno) che ne consegue non è punibile purché vi sia tra la persecuzione dell'uno e la lesione dell'altro un rapporto di necessità. Pertanto il danno cagionato *per la necessità della persecuzione di un interesse*, quand'anche esistano gli altri elementi del reato, e in particolare la forma e la volontà, non è un reato *se l'interesse perseguito sia protetto dalla legge mediante il riconoscimento di un diritto o la imposizione di un dovere*» (corsivi dell'Autore).

⁶⁶⁵ *ivi*, p. 150 e s., ove Carnelutti afferma anche che la differenza fra illecito civile e reato consiste peraltro nel fatto che nel primo la causa si realizza per mezzo del diritto, mentre nel secondo essa è conseguita direttamente dall'iniziativa personale dell'agente. La citazione precedente nel corpo del testo è nella prima delle pagine appena indicate.

Capitolo II

comma dell'art. 59 c.p. per ciò che riguarda le cause estintive del reato alla figura del reato putativo, dichiara essere indifferente alla valutazione di liceità un errore (esclusivamente di fatto nella sua trattazione) che si riverberi sul giudizio della stessa liceità⁶⁶⁶. Le cause impeditive, in altre parole, consistono nel perseguimento di uno scopo, identificato nella causa di liceità il quale tuttavia non ha attinenza con il profilo soggettivo dall'agente; lo stesso errore in cui questi cade quando suppone il carattere illecito della sua condotta è irrilevante secondo la volontà della legge.

Nello stesso anno nella seconda edizione del suo trattato, successiva all'emanazione del codice fascista, Manzini riuscì agevolmente a far collimare la disciplina di carattere oggettivo del primo comma dell'art. 59 con il concetto oggettivo di responsabilità da lui già elaborato attraverso l'impiego della categoria positiva del reato putativo, introdotta nel gergo penalistico dal codice del '30. Nondimeno la difesa legittima rimase connotata, come prima visto, anche da elementi soggettivi; la presenza della clausola di sussidiarietà con cui si apriva il primo comma dell'art. 59 c.p., tuttavia, permetteva all'Autore di superare l'imbarazzo del contrasto fra questo canone applicativo delle esimenti e la formulazione delle stesse⁶⁶⁷.

Nello stesso '33 fu edita la prima monografia contenente all'interno di una più ampia trattazione dell'errore nel diritto penale un'intera sezione dedicata all'ignoranza di una causa di esclusione della pena o alla supposizione erronea dell'assenza di una tale esimente, fenomeni ricondotti alla figura del reato putativo⁶⁶⁸. All'opera di Frosali è stata già dedicata attenzione nel primo capitolo di questo lavoro⁶⁶⁹; il lavoro infatti adotta un metodo essenzialmente induttivo, legato all'interpretazione delle singole giustificanti e volto alla valutazione della compatibilità delle stesse con il canone di applicazione oggettiva, sebbene all'epoca

⁶⁶⁶ «Qui l'errore è dunque senza alcuna influenza sulle conseguenze penali dell'atto, le quali si determinano secondo la realtà non secondo la rappresentazione. La inesistenza del reato in contrasto con la sua creduta esistenza può dipendere o dalla inesistenza dei suoi (creduti) requisiti costitutivi o dalla esistenza dei suoi (non creduti) requisiti impeditivi» (cfr. *ivi*, p. 175).

⁶⁶⁷ Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, II ed., p. 602: «Quanto alle circostanze che escludono la pena senza escludere ciò che è normalmente necessario e sufficiente per l'imputabilità, vale la stessa regola, sempre quando il fatto costitutivo della circostanza non esiga per se stesso l'accertamento della scienza e della volontarietà da parte dell'agente».

⁶⁶⁸ FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 505 e s.

⁶⁶⁹ Si opera dunque rimando *supra*, cap. I, par. 3, 5.2, 5.3, 7, 8.2, 8.3.

passibile di eccezione, recentemente stabilito dal primo comma dell'art. 59 c.p.⁶⁷⁰. Manca pertanto una riflessione che indaghi i rapporti fra le singole disposizioni e il concetto di antigiuridicità quanto al rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

Nell'incipiente predominio dell'impostazione oggettivista non fu solo la voce di Frosali a levarsi a sostegno di una possibile applicazione soggettiva delle esimenti. È del 1934 infatti la corposa monografia di Gramatica, con la quale l'Autore intese fondare l'intera materia penale su basi soggettiviste in aperto contrasto con le disposizioni del codice recente⁶⁷¹.

Gramatica fonda il reato sulla considerazione della personalità dell'agente e ritiene erronea l'impostazione del codice Rocco sbilanciata sulla tutela oggettiva dei beni giuridici. Per l'Autore il diritto penale ha il suo *proprium* nella applicazione di una pena ad un soggetto, mentre è scopo generale dell'intero ordinamento la tutela dei beni giuridici. Per questo motivo la tutela penale deve parametrarsi non sugli esiti dannosi della condotta dell'agente e dunque sull'evento, bensì sulla sua intenzione, sull'azione compiuta dallo stesso. Conseguenze dirette di questa visione sono nel pensiero di Gramatica l'abolizione delle figure di responsabilità oggettiva, della preterintenzione e addirittura della colpa; per altro verso la punibilità del putativo e del reato impossibile⁶⁷².

Quanto alle cause solitamente inquadrate fra quelle che escludono l'illiceità della condotta l'Autore ritiene che esse non si atteggino a fattori escludenti l'illiceità, come sembrerebbe desumersi dalla struttura del codice penale ma, secondo l'insegnamento più vicino alle origini della dommatica italiana, come fattori di eliminazione della rilevanza penale a natura soggettiva, attinenti alle motivazioni

⁶⁷⁰ Non si deve tuttavia credere che Frosali ignorasse la questione sistematica della antigiuridicità e di un suo carattere eventualmente soggettivo; si tratta piuttosto di una precisa scelta metodologica: «È evidente che la distinzione da noi qui tracciata per costruire il sistema delle cause di esclusione del reato che possono essere “valutate dall'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute insussistenti” – con ignoranza o errore di fatto –, cioè la individuazione delle cause di esclusione del reato che possono avere esistenza anche soltanto oggettiva, non coincide con la più profonda distinzione fra cause che escludono soltanto la punibilità, distinzione più profonda perché si riconnette alla esistenza degli interessi che lo Stato vuole o no giuridicamente tutelare. Perciò vediamo che ad es. la legittima difesa esclude la antigiuridicità (*feci, sed iure feci*), eppure non può esistere se il soggetto ignora tutti gli elementi oggettivi che devono concorrere a costituirlo» (cfr. FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, cit., p. 498).

⁶⁷¹ Cfr. GRAMATICA, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934, specialmente, per quello che riguarda l'applicazione soggettiva delle cause di giustificazione, p. 413 e ss.

⁶⁷² Molti sono i punti in cui è affermata questa convinzione: v. per esempio *ivi*, p. 245, 263, 277, 326. Alle stesse pagine si rimanda per le considerazioni *de iure condendo* appena sintetizzate (per le considerazioni relative al putativo, v. *ivi*, p. 453).

Capitolo II

dell'agente⁶⁷³. Di conseguenza la mancanza del profilo soggettivo che costituisce l'anima di queste figure determina l'illiceità della condotta, pur astrattamente riconducibile alla disciplina positiva di una esimente.

Sebbene presente nell'imminenza dell'entrata in vigore del codice penale l'indirizzo soggettivista non era destinato a diffondersi nella dommatica italiana. Al contrario, o sulla base della nuova regola stabilita dal codice penale o a partire dall'elaborazione di Delitala, l'indirizzo oggettivista acquisì seguito sempre maggiore.

Nello stesso 1935 Grispigni nel suo manuale aderì alla concezione rocchiana di antiigiuridicità come nota caratterizzante l'intero reato e dunque come sinonimo di rilevanza penale del fatto. Conseguentemente essa poteva dirsi soggettivamente connotata nella misura in cui il reato non si compone di soli elementi oggettivi, ma anche di componenti soggettive. Pur rigettando apparentemente la posizione espressa pochi anni prima da Delitala l'Autore riconosce tuttavia *in extremis* che un'accezione di antiigiuridicità oggettiva sia possibile nella misura in cui si riconosca che è essenziale per la sussistenza del reato l'assenza di cause di giustificazione, le quali afferiscono naturalmente all'elemento oggettivo del reato. Se dunque si stipula di considerare l'assenza di cause di giustificazione come elemento del reato accanto alla corrispondenza al tipo, ne consegue che questo elemento, come sostenuto da Delitala, si connota oggettivamente, a prescindere dunque da connotazioni psicologiche⁶⁷⁴.

⁶⁷³ *Ivi*, p. 416 e ss.: «Se adunque [...] egli non è punito, ciò è dovuto, in un esame razionale dell'istituto, più che alla norma obbiettiva penale permissiva negativa, alla assoluta mancanza di illiceità che lo determina (o lo costringe) a compiere l'atto, che sarebbe altrimenti ritenuto reato. Si potrebbe qui adattare ai sistemi legislativi vigenti il paragone delle finestre finte, per non deformare l'armonia estetica degli edifici. Ponendo, infatti, accanto alla norma che prevede e punisce l'illecito la norma che scusa ed ammette questi illeciti medesimi, le legislazioni penali vigenti non fanno in sostanza che creare delle finzioni per ottenere un'apparente armonia architettonica. [...] Nel nostro sistema adunque la illiceità viene esclusa non altro che per una ragione intima e propria, e cioè perché la intenzionalità dell'individuo non versa nell'illecito». Con simili parole, *ivi*, p. 431.

⁶⁷⁴ Cfr. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1935, p. 9 e ss. Si considerino le seguenti affermazioni: «L'antiigiuridicità penale [...] non è né effetto del reato e cioè non si può dire che il reato produce un'antiigiuridicità; ma deve soltanto dirsi che il reato è una violazione della norma penale. Ed in tale pura e semplice relazione di contraddittorietà con la norma penale si esaurisce l'essenza del reato. Tale essendo la natura dell'antiigiuridicità penale, non risulta del tutto proprio di indicare l'antiigiuridicità penale come uno dei requisiti del reato, accanto ed insieme ad altri requisiti». Poco oltre afferma Grispigni: «Devesi però riconoscere che per la costruzione sistematica della teoria del reato, e specie per la retta soluzione di molte questioni controverse, l'ammettere un'antiigiuridicità oggettiva si presenta come molto utile. Ed allora forse è possibile conciliare le due esigenze dando all'espressione "antiigiuridicità oggettiva" il significato di

In linea con la tradizionale nozione di antigiuridicità Battaglini negò che fosse utile praticare una distinzione fra tipicità e antigiuridicità, secondo il modello belinghiano che attribuiva ad entrambi i termini del binomio un significato, per così dire, limitato; a giudizio dell'Autore dalla teorizzazione della categoria delle cause di giustificazione e della connessa antigiuridicità oggettiva conseguirebbe solamente un vantaggio classificatorio⁶⁷⁵. Nella sistemazione operata da Battaglini le singole esimenti afferiscono non al concetto di antigiuridicità, bensì a quello di punibilità che assurge alla dignità di elemento della fattispecie *sub specie* della categoria delle cause impeditive della punibilità⁶⁷⁶. Nelle edizioni successive del manuale, l'Autore registra la regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p., non discostandosi dunque dal rilievo oggettivo delle cause di giustificazione⁶⁷⁷.

L'idea dell'antigiuridicità come predicato, per così dire, generale del fatto penalmente rilevante fu accolta anche da De Marsico, con il conseguente esito consistente nell'ammissione della sua caratterizzazione sia in termini oggettivi che soggettivi⁶⁷⁸. Commentando tuttavia il primo comma dell'art. 59 c.p. l'Autore

aspetto oggettivo dell'antigiuridicità, mettendo cioè in rilievo che, ove questa esista, non esiste ancora tutta l'antigiuridicità, ma solo una parte della medesima, e cioè la parte materiale, esterna del fatto: in altre parole il fatto è bensì antigiuridico considerato dal punto di vista dei beni offesi e del soggetto passivo dell'offesa stessa; ma perché il fatto possa dar luogo a sanzioni giuridiche resta da accertare se esso sia antigiuridico anche nel suo aspetto soggettivo e cioè dal punto di vista del soggetto agente» (*ivi*, p. 10). Come si nota, per Grispigni si tratta in sostanza di stipulare due usi differenti del medesimo significante, come d'altronde già era occorso nel lavoro di Delitala. Prosegue l'Autore: «occorre mettere bene in rilievo che, ove sia assunta come uno dei requisiti del reato, essa risulta dalla fusione dei due requisiti precedentemente indicati e cioè “corrispondenza al tipo” e “mancanza di una causa di giustificazione”. Ed invero [...] le cause di giustificazione si riferiscono all'elemento oggettivo del reato e pertanto viene meno l'aspetto oggettivo dell'antigiuridicità, ove una di esse sia esistente» (*ibidem* e s.).

⁶⁷⁵ «La pratica utilità della distinzione tra *fatto* e *illiceità oggettiva* consisterebbe tutta nella possibilità di una più esatta sistemazione delle cause di giustificazione. [...] La teoria della *Rechtswidrigkeit*, per quanto possa apparire sottile, altro non rappresenta che un ripiego, per dare una sistemazione ad alcuni istituti giuridici. Essa aggiunge un requisito al *crimen* (quello della illiceità in genere) per toglierlo poi al momento opportuno, al fine di definire la natura di certi fenomeni» (cfr. BATTAGLINI, *Diritto penale. Teorie generali*, Bologna, 1937, p. 94). L'idea fu mantenuta nelle edizioni successive e maggiormente sviluppata: ID., *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 1940, p. 301 e ss. ove si rigetta la stessa dicitura di cause di giustificazione.

⁶⁷⁶ ID., *Diritto penale. Teorie generali*, cit., p. 178.

⁶⁷⁷ ID., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 274 e s.

⁶⁷⁸ Cfr. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., p. 105 e ss., specialmente p. 109 e s., ove si legge: «Ognun vede che: a) attraverso l'antigiuridicità, l'oscillazione e la diversa intensità dei fenomeni sociali nel tempo si ripercuotono nella funzione punitiva, o per esimere da pena, o per attenuare la pena, in contrapposto, per aggravarla; b) che l'antigiuridicità, sorgendo dal rapporto tra mezzo e fine, non si può dire un carattere d'indole subiettiva o un carattere d'indole obiettiva, ma è un carattere di indole subiettiva ed obiettiva insieme. Sa nasce dalla ingiustizia del mezzo, può anche dirsi di carattere originariamente obiettivo ma conduce anche all'ingiustizia del fine; e viceversa, se nasce da questa,

Capitolo II

giustifica pienamente il rilievo oggettivo delle «cause di esclusione della pena per esclusione dell'antigiuridicità» con il ricorso all'argomento della prevalenza dello stato reale di fatto rispetto alla considerazione dell'agente. In sostanza si tratta dell'opzione, decisiva, nonostante le poche parole adoperate da De Marsico, per il diritto penale oggettivo⁶⁷⁹.

Movenze simili, peraltro ancora più sintetiche, assumono l'argomentazione di Paoli, Vannini e di Scarangella nei loro coevi manuali⁶⁸⁰.

L'antigiuridicità negli anni '30 rimaneva dunque una categoria dai confini ancora incerti.

Un esempio di questa vaghezza è l'opuscolo di Francesco Alimena⁶⁸¹, nel cui primo capitolo l'Autore affronta essenzialmente due temi: l'autonomia categoriale dell'antigiuridicità e la caratterizzazione oggettiva della stessa, passando in rassegna critica alcune opinioni diffuse nella letteratura italiana. In riferimento al secondo dei temi affrontati da Alimena bisogna registrare una contraddizione nel pensiero dell'Autore corrispondente ad una più generale ambiguità relativa al concetto stesso di antigiuridicità che non è sciolta dallo stesso.

In un punto del capitolo infatti Alimena afferma chiaramente che «non si capisce perché [...] l'agire *contra ius* deve concernere il lato obiettivo del reato e non pure quello subiettivo⁶⁸²». Altrove tuttavia l'accoglimento del canone stabilito dal

non può non dirsi di carattere originariamente subiettivo, ma conduce anche alla ingiustizia del mezzo».

⁶⁷⁹ *ivi*, p. 226.

⁶⁸⁰ Cfr. PAOLI, *Il diritto penale italiano. Volume primo. Parte generale. I. I fondamenti*, Padova, 1936, p. 62 e ss., ove l'Autore rigetta la tesi di Delitala e sulla scorta dell'insegnamento di Rocosostanza l'antigiuridicità nella stessa rilevanza penale del fatto, comprensiva come tale di elementi oggettivi e soggettivi. Paoli riconosce inoltre apertamente l'origine carrariana della bipartizione del reato in fatto e colpevolezza (evidentemente intesa in senso psicologico e non normativo) anche da lui sostenuta. Invitando gli studiosi giovani a non lasciarsi sedurre dal fascino delle teoriche di origine tedesca, Paoli conclude: «Attraverso i reticolati, comunque, si potranno sempre scorgere quelli che sono in realtà gli elementi costitutivi del reato: l'obiettivo (il fatto), il subiettivo (la volontà cosciente e libera). Il concorso di tali due elementi dà luogo al reato e quindi alla antigiuridicità penale; la conseguenza del fatto penalmente antigiuridico (reato) è la punibilità. La punibilità sarà esclusa, nonostante il concorso degli elementi obiettivo e subiettivo, quando la legge, con una formula qualsiasi, disponga la esclusione dell'antigiuridicità penale». V. poi VANNINI, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1939, p. 79, e p. 195. V. infine SCARANGELLA, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1940, p. 70 e s., ove l'Autore, dopo aver sottolineato come debba essere data prevalenza alla condizione oggettiva rispetto alla rappresentazione dell'agente, sostiene la possibilità dell'applicazione della misura di sicurezza all'agente che però, come si ricorderà, era stata in realtà espulsa dal tenore definitivo dell'art. 59 c.p.

⁶⁸¹ Cfr. ALIMENA F., *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, pp. 1-38.

⁶⁸² *Ivi*, p. 10 e s. Prosegue Alimena: «Se reato non vi è, laddove il fatto, pur lesivo di beni giuridici, si sia svolto al di fuori di ogni potere conoscitivo dell'agente, come si può parlare di condotta

primo comma dell'art. 59 c.p. è dato per certo. Alimena infatti ritiene che la qualifica del fatto come antigiuridico non dipende dal motivo che ha spinto all'azione il soggetto, come era nella tradizione carrariana, ma piuttosto dall'interesse obiettivamente attuato e ritenuto rilevante dall'ordinamento; conseguentemente i motivi riprovevoli che accompagnano internamente l'azione oggettivamente lecita non sono rilevanti⁶⁸³.

A questa antinomia si accompagna, come annunciato, l'inconciliabilità fra due idee formulate da Alimena: da una parte che l'antigiuridicità sia connessa ad un referente materiale, differente da quello oggetto del *Tatbestand*, e si tratti di un elemento del reato successivo a questo e precedente alla colpevolezza, secondo la classica tripartizione belinghiana; e dall'altra la concezione dell'antigiuridicità come corrispondenza del fatto all'interesse perseguito dallo Stato con la posizione della disposizione penale⁶⁸⁴.

Per quanto concerne il carattere oggettivo o soggettivo dell'antigiuridicità, in realtà Alimena finisce malgrado le affermazioni iniziali per propendere per la prima delle due qualifiche dell'illiceità in forza del carattere imperativo dell'ordinamento che, come si è visto⁶⁸⁵, è anche la ragione intrinseca della disciplina codicistica. A ben vedere infatti l'Autore non argomenta a partire dal concetto di antigiuridicità, bensì per mezzo dell'affermazione apodittica per cui «[...] l'ordinamento penale è un ordinamento obiettivo⁶⁸⁶»; a nulla vale il tentativo di recuperare una coerenza argomentativa con l'asserita natura fattuale dell'antigiuridicità che comporterebbe il rilievo oggettivo delle scriminanti⁶⁸⁷: si tratta infatti di un *non sequitur*.

antigiuridica, riferendosi soltanto al lato materiale e non pure a quello spirituale della condotta medesima? Ciò è evidentemente un errore. Ed, invero, un esame realistico del fenomeno porta alla conclusione che l'agire *contra ius* caratterizza tutto il reato e non già questo o quel requisito del reato: se il reato è unità [...] l'agire *contra ius* non può concernere le singole frazioni ma tutta l'unità».

⁶⁸³ *Ivi*, p. 34, ove, enunciata la regola, si formula il seguente esempio: «così il boia che fa scendere la mannaia sulla testa di un suo rivale, condannato a morte e che egli aveva stabilito di uccidere, soddisfa la sua sete di vendetta, come l'avrebbe soddisfatta, se, in caso di non intervento della condanna, egli avesse dovuto sopprimere l'avversario. Il suo atto è pienamente lecito, poiché è stato soddisfatto un interesse legittimo, non avendo alcuna importanza che, attraverso la soddisfazione di questo interesse lecito, sia stato indirettamente soddisfatto anche un suo riprovevole interesse».

⁶⁸⁴ La prima posizione si trova espressa per esempio *ivi*, p. 5 e ss., nonché conclusivamente p. 38; la seconda, invece, *ivi*, p. 11, e anche p. 34.

⁶⁸⁵ V. *supra*, cap. I, par. 8.1.

⁶⁸⁶ Cfr. ALIMENA FR., *Appunti di teoria generale del reato*, cit., p. 34.

⁶⁸⁷ *Ivi*, p. 38: «Ora se questo stato di fatto (illecito) manca, non ha importanza che l'agente lo abbia creduto esistente. [...] In sostanza si verifica per lo stato di fatto in cui consiste l'accennato requisito, quello che si verifica per il "fatto". Il fatto deve essere esistente e non già soltanto putativo»:

Capitolo II

Il concetto di anti giuridicità elaborato da Rocco continuò a influire sull'elaborazione teorica degli anni a ridosso della guerra.

Nel 1940 infatti Malinverni in un opuscolo relativo a varie questioni inerenti la teoria del reato sostenne la necessaria caratterizzazione dello stesso in termini di predicato di relazione del fatto, comprensivo di termini oggettivi e soggettivi, con l'ordinamento⁶⁸⁸. Differentemente dall'opinione degli Autori a lui coevi tuttavia non esitò a riconoscere la sussistenza di un profilo soggettivo non solo nel concetto generale di anti giuridicità ma anche nella disciplina delle singole cause di giustificazione, argomentando in questa direzione a partire dalle regole contenute nel primo e nell'ultimo comma dell'art. 59 c.p.⁶⁸⁹.

Nel 1941 Corsonello pubblicò un'ingente monografia sulle cause di giustificazione, rinominate cause oggettive di cessazione del reato. In essa l'anti giuridicità è ritenuta, in contrasto con l'elaborazione di Delitala, non quale elemento del reato, bensì come carattere distintivo del fatto; tale fatto anti giuridico e la colpevolezza costituirebbero gli elementi del reato. L'anti giuridicità è giudizio

vede la conseguenza cui perviene Alimena non dipende dalla supposta natura fattuale dell'anti giuridicità, intesa come stato di fatto, ma semplicemente nell'affermazione di principio che l'ordinamento debba valere oggettivamente.

⁶⁸⁸ Afferma l'Autore: «l'elemento obiettivo e l'elemento soggettivo, che sono il risultato della prima, necessaria, più evidente distinzione, possono essere paragonati ad un oggetto composto di diverse materie, ma incolore. L'anti giuridicità [...] [può] essere paragonata ad un colore. È possibile studiare quell'oggetto bianco, e poi separatamente analizzare il colore; come è possibile servirsene per colorare l'oggetto e, solo dopo aver compiuto tale operazione, studiarlo» (cfr. MALINVERNI, *Problemi su l'illecito*, Vercelli, 1940, p. 73 e ss., in particolare la citazione è tolta da p. 75 e s.).

⁶⁸⁹ «L'anti giuridicità dell'elemento obiettivo, od anti giuridicità obiettiva, nei casi di esimente putativa, pur esistendo, viene controbilanciata dalla giuridicità o legittimità dell'elemento soggettivo; come l'anti giuridicità dell'elemento psicologico può essere rilevante, ma venire ugualmente compensata dalla giuridicità della esimente che, anche se non conosciuta dal soggetto attivo, fosse esistita. Talvolta dunque l'erronea supposizione della esistenza dell'esimente, e cioè il particolare legittimo carattere dell'elemento soggettivo, ha valore pari o preminente sulla obbiettiva anti giuridicità del fatto, come tal'altra, la pur grave antisocialità dell'elemento psicologico viene compensata dalla obbiettiva liceità del fatto materiale commesso. [...] pertanto ritengo che anche le cause di esclusione della punibilità non abbiano un carattere, oggettivo o soggettivo, definibile a priori, ma possano influire sull'uno o sull'altro elemento dell'illecito ed assumere così diverso aspetto» (*ivi*, p. 75 e s.). La medesima convinzione circa il rilievo necessario del profilo psicologico sembra essere mantenuta dall'Autore nel tomo successivo di quindici anni relativo al ruolo di scopo e movente nel diritto penale. Nelle pagine dedicate al tema del movente nelle cause di giustificazione tuttavia Malinverni afferma anche dapprima il necessario rilievo oggettivo delle cause di giustificazione *ex primo* comma dell'art. 59 c.p. e poi nuovamente che «lo scopo o il motivo di realizzare i fatti che sono indicati dalle relative norme come essenziali alla configurazione delle cause di giustificazione costituiscono solamente possibili forme attraverso le quali si realizza il loro elemento soggettivo». L'avverbio «solamente» non deve trarre in inganno: esso è funzionale semplicemente ad esprimere la necessità che l'interprete non indaghi un movente o uno scopo ben potendo ciononostante l'elemento soggettivo consistere nel profilo psicologico (cfr. ID., *Scopo e movente nel diritto penale*, cit., p. 160 e ss., specialmente p. 163 e ss.).

normativo che però non può essere scisso dall'elemento materiale della fattispecie concreta con la significativa eccezione di casi di antigiuridicità espressa, in cui invece diverrebbe oggetto della colpevolezza, in quanto l'agente dovrebbe necessariamente maturare la consapevolezza del suo agire antigiuridico affinché sussista il reato⁶⁹⁰. A ben vedere tuttavia l'Autore non fa che riproporre la divisione di ascendenza carrariana fra elemento oggettivo, nominato come fatto antigiuridico, ed elemento psicologico, chiamato colpevolezza⁶⁹¹, che di recente era stata rilanciata da Antolisei⁶⁹²; l'asserita oggettività delle cause di giustificazione è in realtà basata semplicemente su argomenti di carattere letterale e non su una elaborazione sistematica del concetto di illecito⁶⁹³.

6.1.2. Una annotazione a margine

L'entrata in vigore del codice Rocco contribuì in modo decisivo al confronto fra la penalistica italiana e il concetto di antigiuridicità peraltro già noto alla stessa sin dall'inizio del secolo.

Un ostacolo alla diffusione del concetto di antigiuridicità come elemento del reato, accezione propria della teorica tripartita tedesca, era rappresentato dal fatto che lo stesso termine nella letteratura italiana era utilizzato secondo la formula coniata da Rocco divenuta di successo per designare la nota caratteristica di tutto l'illecito penale, l'"in sé" del reato. Di conseguenza gli Autori italiani non avevano difficoltà ad ammettere che l'antigiuridicità consistesse nella valutazione di un fatto connotato oggettivamente e soggettivamente: il reato infatti consisteva senza dubbio di elementi oggettivi e soggettivi i quali determinavano che il predicato di illiceità si

⁶⁹⁰ La concezione così sintetizzata è più volte espressa nell'opera; si veda per esempio: CORSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, Padova, 1941, p. 65 e ss. La tesi dell'Autore, rimasta senza seguito in dottrina, non è esenta da ambiguità e illogicità intrinseche, che si evincono, per esempio a breve distanza dalla pagina citata, ove Corsonello aderisce al concetto generale rochiano di antigiuridicità, così contraddicendo quella nota esclusivamente materiale che aveva attribuito allo stesso inizialmente (*ivi*, p. 67); altrove, invece, l'Autore sostiene la necessità di una considerazione unitaria del reato, che prescindendo addirittura da partizioni concettuali (*ivi*, p. 72 e ss., nonché p. 86).

⁶⁹¹ «Ciò non vuole naturalmente significare che la colpevolezza non possa andare esaminata distintamente dall'antigiuridicità nella sistematica del diritto penale, perché una è la nota subiettiva del reato, l'altra è la nota obiettiva» (*ibidem*).

⁶⁹² Cfr. ANTOLISEI, *L'analisi del reato* (1940), in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 61 e ss.

⁶⁹³ Cfr. per le singole cause di giustificazione (rispettivamente consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto, uso legittimo delle armi, difesa legittima e stato di necessità) CORSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, cit., p. 149, 162, 174, 184, 193.

Capitolo II

declinasse tanto oggettivamente quanto soggettivamente. Ugualmente diffusa e del pari risalente a Carrara e ai fondatori della scienza criminale in Italia era l'idea che al giudizio di antigiuridicità si accompagnasse una lesività materiale della condotta, costituente il motivo stesso della posizione della disposizione penale da parte del legislatore.

Questa nozione ampia di antigiuridicità, come si è visto, non era sconosciuta nemmeno allo stesso Delitala, il quale da subito divenne in Italia l'alfiere della nozione stretta e oggettiva di antigiuridicità intesa come elemento del reato, importando nel Paese il sistema belinghiano. Tra le due accezioni tuttavia Delitala propugnò la seconda, maggiormente pregnante, e definita come contrasto del fatto con l'ordinamento, a prescindere dalla valutazione di elementi psicologici dello stesso, attinenti alla sola colpevolezza.

Per tutti gli anni '30 e '40 tuttavia la manualistica italiana e le prime opere riguardo l'antigiuridicità rimasero legate all'accezione tradizionale, ampia e probabilmente meno significativa, di antigiuridicità conseguentemente all'adozione del modello bipartito che faceva ancora capo a Carrara.

Nella dottrina italiana peraltro non sussisteva ancora un legame stabile fra antigiuridicità e cause di giustificazione, tipico invece della concezione tripartita del reato. Per effetto dell'assenza di un concetto stretto di antigiuridicità oggettivamente connotato la regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. non veniva dunque messa in connessione diretta con il concetto di antigiuridicità; né si avvertiva un contrasto fra la stessa e la costruzione logica del reato: l'antigiuridicità, questo "in sé" del reato, era sì un giudizio di relazione, avente ad oggetto elementi oggettivi e soggettivi e come tale connotato anche soggettivamente; ben poteva tuttavia essere esclusa dal ricorrere meramente oggettivo di circostanze fattuali, per quanto ignote all'agente, se tale era stata la volontà del legislatore. Era dunque l'imperativismo insito nel positivismo giuridico, consonante peraltro alla temperie autoritaria fascista, a costituire per se stesso una ragione sufficiente per il rilievo oggettivo delle cause di giustificazione.

La giustificazione della regola in questione sebbene inconsciamente riposava inoltre nella constatazione secondo la quale l'ordinamento italiano si connoterebbe quale ordinamento "per natura" orientato alla punizione di stati oggettivi di fatto e

L'antigiuridicità soggettiva in Italia

non di condizioni psicologiche. Il fondamento del rilievo oggettivo delle cause di giustificazione, variamente nominate, riposava così non tanto su valutazioni sistematiche, quanto su un'opzione, per quanto inconscia, di politica del diritto.

Quando dunque si legge negli Autori degli anni '30 e '40 o anche delle epoche precedenti che l'antigiuridicità naturalmente si connota anche soggettivamente ci si deve guardare dal concludere frettolosamente che già un secolo fa la nostra dottrina avesse elaborato qualcosa di simile alla teorica degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. I termini della questione nonostante la coincidenza dei significanti erano, come visto, differenti.

6.2. La riflessione sull'antigiuridicità a partire dalla metà del secolo

Gli anni '40 del Novecento hanno segnato in Italia il momento di avvio della riflessione sistematica sul concetto di antigiuridicità grazie ai lavori monografici comparsi sul tema e ai contributi contenuti in altre fonti dottrinali. È proficuo dunque confrontarsi con l'apporto dei singoli Autori alla tematica dell'antigiuridicità e nello specifico degli eventuali profili soggettivi della stessa. Nell'indagine sarà bene tenere presente la distinzione fra le due accezioni di antigiuridicità che si è delineata nelle pagine precedenti.

6.2.1. La monografia di Petrocelli sull'antigiuridicità

La prima monografia di successo italiana in tema di antigiuridicità fu quella di Petrocelli, risalente nella prima edizione al 1945. In essa l'Autore adotta il concetto rochiano di antigiuridicità, intesa come giudizio di relazione del fatto rispetto all'ordinamento positivo, e qualifica la stessa in senso formale⁶⁹⁴. L'antigiuridicità insieme al fatto e alla colpevolezza è non un elemento, bensì un requisito del reato che si sostanzia nel contrasto fra la condotta intera e l'ordinamento.

L'opera prende in considerazione critica – e questo rileva maggiormente ai fini di questo lavoro – il concetto, di ascendenza tedesca e, come si è visto, propugnato in quei tempi in Italia da Delitala e Maggiore, di antigiuridicità quale

⁶⁹⁴ Cfr. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, II ed., Padova, 1951, p. 1 e ss., in riferimento al concetto relazionale di antigiuridicità, e p. 87 e ss., per ciò che concerne la qualificazione formale della stessa.

Capitolo II

elemento del reato di natura oggettiva. Petrocelli ritiene in sostanza che la concezione dell'antigiuridicità come elemento materiale del reato sia da rigettare.

La base concettuale di questo assunto è costituita dalla nozione kelseniana di ordinamento giuridico come insieme formale di proposizioni il cui effetto nella realtà è garantito dalla presenza di una sanzione condizionante la volontà dei soggetti dello stesso. L'ordinamento non rileva quale mero insieme di giudizi di valore che stabiliscono un parametro di liceità ma come insieme di comandi performanti. Il diritto è la posizione di un obbligo strumentale al raggiungimento di un interesse; non vi è altro mezzo, infatti, per conseguire il risultato di tutela differente dalla sanzione di un obbligo giuridico. Questo si atteggia per il beneficiario della tutela quale diritto ad ottenere la tutela, e per tutti gli altri ad obbligo di non turbare il godimento del dato interesse. L'elemento della disobbedienza dunque è connotato al reato; conseguentemente l'antigiuridicità, carattere generale e sintetico del reato, non può prescindere dalla considerazione anche di questo elemento, a natura soggettiva.

Al contrario è erroneo riferire l'antigiuridicità al fatto, come referente nella struttura del reato della funzione di valutazione esplicita dal precetto penale, e al contempo ridurre la funzione determinativa di quest'ultimo al solo elemento della colpevolezza (rispettivamente la *Bewertungsnorm* e la *Bestimmungsnorm* di marca mezzgeriana). Antigiuridico non è il nudo fatto, considerato nella sua mera apparenza materiale, ma l'intera condotta. D'altronde secondo Petrocelli sono infondate le argomentazioni generalmente poste a sostegno del concetto materiale di antigiuridicità.

In primo luogo, sarebbe inesatto dividere fra funzione valutativa e funzione determinativa del diritto, giacché il fenomeno giuridico si sostanzia nella sola posizione del comando; ogni valutazione circa il contenuto della disposizione appartiene alla sfera pre-giuridica⁶⁹⁵. Secondariamente l'argomento del fatto del non imputabile⁶⁹⁶ non sarebbe sufficiente a rendere necessaria la categoria dell'illiceità

⁶⁹⁵ Sull'ordinamento come insieme di proposizioni giuridiche condizionanti, v. *ivi*, p. 62; riguardo alla impossibilità di eliminare il concetto di disobbedienza dal reato, cfr. p. 33 e ss.; circa la critica alla distinzione fra *Bestimmungs-* e *Bewertungsfunktion*, cfr. *ivi*, p. 38.

⁶⁹⁶ Si tratta dell'argomento per cui l'unico modo per spiegare la rilevanza penale del fatto del non imputabile sarebbe ipotizzare una illiceità oggettiva, discendente dal confronto oggettivo del fatto con l'ordinamento, cosicché il carattere non punibile di una condotta siffatta potrebbe essere fatto

oggettiva; Petrocelli osserva a questo riguardo come il diritto rimedi alla presenza dei non imputabili nella società per un verso predisponendo meccanismi preventivi (manicomi, riformatori...), e per altro verso attraverso l'istituto della rappresentanza civilistica o di analoghi, primo fra tutti l'omissione impropria, volti a spostare il centro di imputazione della responsabilità legale rispetto al soggetto che è causa materiale di una situazione giuridicamente rilevante (primo fra tutti l'omissione impropria). Non coglierebbero infine nel segno gli altri argomenti tradizionalmente adottati: la difesa legittima concessa contro gli inimputabili; la responsabilità penale dei soggetti autori di condotte accessorie a fatti non punibili (per esempio nel caso di concorso di persone ovvero in riferimento alla realizzazione di reati che accedono a un reato presupposto non punibile). L'Autore osserva a questo riguardo come sia la volontà positiva del legislatore a sancire nel secondo caso la punibilità del fatto accedente a prescindere dalla sistemazione dommatica della fattispecie; in riferimento alle prime condotte sottolinea invece come non esista una definizione legale di ingiustizia che permetta di qualificare tale la condotta oggettivamente *contra ius* e come giurisprudenza e dottrina fossero concordi nel modulare differentemente la reazione difensiva in base alle caratteristiche dell'aggressore.

In definitiva Petrocelli ribadisce la nozione di antigiuridicità che è stata definita lata, cioè comprensiva di ogni componente dell'azione e corrispondente ad un giudizio di contrarietà all'ordinamento. Essa non è in alcun modo limitabile alla componente materiale della condotta: «il voler ridurre il giudizio sul fatto alla sua oggettività è un'assurda pretesa, perché la ragione della incriminazione è in gran parte nella qualità dell'azione, e gran parte della qualità dell'azione è nell'elemento psichico». L'antigiuridicità dunque è anche soggettiva nell'oggetto; essa tuttavia è formale nel metro di giudizio, dunque da condurre alla stregua del solo contenuto oggettivo della disposizione penale che viene in questione⁶⁹⁷.

discendere dalla impossibilità di imputazione psicologica del fatto all'agente, senza dover negare la realizzazione di un fatto illecito in quanto esteriormente corrispondente ad una fattispecie penale.

⁶⁹⁷ Circa il concetto di ingiustizia nella difesa legittima, cfr. *ivi*, p. 47; in riferimento al rilievo essenziale della componente soggettiva della condotta, v. *ivi*, p. 70; circa l'oggettività del giudizio di antigiuridicità, v. *ivi*, p. 73, nonché p. 96, ove si legge: «Una cosa è l'antigiuridicità, di cui qui si tratta, altra cosa è il fatto antigiuridico. Una cosa è la liceità, altra cosa è l'illecito; una cosa è la qualifica, altra cosa è ciò che è qualificato. L'azione nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, e il risultato, se rilevante per il diritto, sono materia, se così può dirsi, contenuto del fatto preveduto come reato, ma non propriamente dell'antigiuridicità. Non sono *dentro* di essa, ma *di fronte* ad essa; essa li presuppone e li qualifica, non li contiene. L'antigiuridicità esprime una figura di puro rapporto, e se

Capitolo II

Come si vede, Petrocelli non si allontana, piuttosto affina la posizione italiana tradizionale⁶⁹⁸ che sostanzia l'antigiuridicità nella corrispondenza del fatto ad una fattispecie penale penalmente rilevante. Il libro tuttavia non affronta la questione delle singole cause di giustificazione e il parametro di applicazione delle stesse. L'ultima osservazione fatta permette però di ipotizzare che l'Autore non ritenesse contrario al concetto di antigiuridicità da lui profilato la regola del rilievo oggettivo delle cause di giustificazione, del tutto corrispondente all'idea dell'illiceità come risultato di un giudizio oggettivo⁶⁹⁹.

6.2.2. La manualistica degli anni '40

Nella prima edizione del suo manuale Bettiol si schiera a favore della concezione tripartita di marca schiettamente tedesca. Ben lontano dal modello tradizionale italiano, ma anche dalla stessa versione di Delitala del modello tripartito, l'Autore adotta un metodo teleologico in base al quale le categorie del reato assolvono una funzione legata allo scopo di tutela dei beni giuridici che è individuato come *ratio* ultima del reato. In questa ottica l'antigiuridicità assume un rilievo fondamentale in quanto, in un sistema penale fondato sulla prevenzione della lesione di beni giuridici, essa corrisponde allo stesso *munus* del diritto criminale⁷⁰⁰.

Altrettanto importante nella sistemazione data da Bettiol alla materia è il riferimento al modello mezzgeriano che divide la funzione del precetto penale in *Bestimmung* e *Bewertung*, onde per il Maestro friulano è facile riferire la prima alla antigiuridicità e la seconda alla colpevolezza⁷⁰¹. Come detto, vi è tuttavia una

un contenuto deve esserle attribuito, questo non può essere che il giudizio di valore contenuto nella norma, e di cui quegli elementi sono l'oggetto».

⁶⁹⁸ All'inizio del lavoro Petrocelli cita direttamente Carrara il quale nel *Programma* già aveva espresso l'idea che il reato, comprensivo di due componenti, dovesse contrastare con l'ordinamento, idea che l'Autore napoletano riconduce al suo concetto di antigiuridicità.

⁶⁹⁹ Impresione confermata dalla lettura della pagina dedicata da Petrocelli al reato putativo nel suo manuale: cfr. ID., *Principi di diritto penale. Volume I. Introduzione-la norma penale-il fatto*, Napoli, 1955, p. 188. Una più generale conferma di questa nozione di antigiuridicità, nonostante il titolo del contributo, si può ritrovare in ID., *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 318.

⁷⁰⁰ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1945, p. 181; l'assetto era già chiaro anni addietro: v. ID., *Bene giuridico e reato* (1938), in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 e ss., particolarmente p. 398 ove pure si fa accenno alla necessità del rilievo soggettivo dell'antigiuridicità e del fatto; nonché ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), *ivi*, p. 388 e ss.

⁷⁰¹ *ivi*, 186 e ss. ove Bettiol respinge dunque la concezione schiettamente formale di Petrocelli che intendeva espungere dalla struttura del reato componenti valoriali, relegando le stesse alla dimensione del pre-giuridico, sottoposto alla discrezionalità politica del legislatore e alla realtà sociale.

differenza rispetto alla versione delitaliana della struttura del reato: Bettiol infatti ammette il necessario riferimento alla componente soggettiva della condotta per poter attribuire alla stessa un significato. Il profilo soggettivo in questione tuttavia non è ancora oggetto del giudizio di colpevolezza, che risulta connotato da finalità più complesse rispetto alla mera descrizione del fatto e direttamente connesse alla funzione retributiva della pena. La componente soggettiva in questione coincide piuttosto con la volontarietà della condotta. Antigiuridicità e colpevolezza sono dunque due giudizi aventi ad oggetti il medesimo fatto, comprensivo di componenti oggettive e soggettive, ma sono finalizzate ad assolvere scopi differenti nell'elevazione dell'addebito penale⁷⁰².

Nel sistema di Bettiol l'antigiuridicità continua a conservare l'antica accezione di contrasto dell'intero fatto con l'intero ordinamento; questa nozione trova una nuova espressione sul piano teleologico adottato dall'Autore, in modo tale che essa viene ad essere intesa come il significato lesivo della condotta. Di conseguenza non sono estranei ad essa componenti soggettive, secondo quanto dimostrato per esempio dal noto esempio del dolo specifico nel delitto di furto⁷⁰³. Accanto a questa accezione lata di antigiuridicità Bettiol, forse primo in Italia, annoda al concetto stesso di antigiuridicità, intesa come dimensione lesiva, la categoria delle cause di giustificazione. Egli infatti individua all'interno della categoria delle esimenti alcune (artt. 50-54 c.p., per rimanere nella parte generale) che corrispondono alla funzione valutativa dell'ordinamento ed escludono così l'antigiuridicità. Per Bettiol dunque la lesività della condotta che sostanzia l'antigiuridicità è connessa all'assenza di una ragione di liceità della stessa; in questo senso l'Autore fa uso del significante "antigiuridicità" in un senso più stretto, corrispondente al concetto di coerenza con l'ordinamento⁷⁰⁴.

⁷⁰² «Il giudizio di disapprovazione nel quale l'antigiuridicità si sostanzia incide pur sempre su di una azione umana, e azione non si dà al di fuori della volontarietà della stessa. [...] L'antigiuridicità è quindi sempre in riferimento con i coefficienti psicologici dell'azione pur non perdendo il suo carattere oggettivo, perché altro è ammettere la presenza di un'azione "volontaria" ed altro è riconoscere la presenza di un'azione "colpevole". Come abbiamo già accennato la volontarietà dell'azione non si identifica con il giudizio di rimprovero che all'agente può essere fatto per la sua azione volontaria. La volontarietà è un concetto naturalistico di genere che abbraccia tanto la volontarietà colpevole quanto quella incolpevole» (cfr. *ivi*, p. 187). Similmente *ivi*, p. 190, in chiusura di paragrafo.

⁷⁰³ *ivi*, p. 188.

⁷⁰⁴ *ivi*, p.199 e s., ove, prendendo ad esempio la difesa legittima, Bettiol afferma: «in altre parole la presenza della circostanza della legittima difesa viene ad impedire la formulazione di un giudizio sul

Capitolo II

Alla funzione di esclusione dell'antigiuridicità, anche qui per la prima volta, è connessa la regola del primo comma dell'art. 59: «le cause di giustificazione fanno venir meno l'applicazione della pena, impediscono la formulazione di un giudizio di colpevolezza in quanto incidono negandolo sul carattere lesivo del fatto. Esse quindi hanno carattere oggettivo ed operano pure oggettivamente nel senso che non occorre sieno conosciute dal soggetto agente⁷⁰⁵». Nel pensiero di Bettiol, come in Delitala, convivono dunque le due accezioni di antigiuridicità ormai ben chiare. È da sottolineare tuttavia l'assoluta avanguardia della sistemazione operata dall'Autore, tanto sul profilo metodologico quanto per ciò che attiene la strutturazione del reato.

Ancora diffusa era però la definizione tradizionale di antigiuridicità, con il conseguente rigetto della categoria delle cause di giustificazione. Nello stesso 1945 per esempio Ranieri affermò nel suo manuale che l'identificazione dell'antigiuridicità con un solo elemento di carattere oggettivo era da rigettare poiché essa incideva in realtà sull'interezza del fatto⁷⁰⁶. Peraltro l'Autore non riponeva eccessiva fiducia nella possibilità di distinguere fra la «manifestazione oggettiva del fatto tipico, come del reato [e la] loro manifestazione soggettiva, per l'esistenza di elementi soggettivi dai quali, talvolta, è inscindibile la materialità sia del fatto tipico,

carattere oggettivamente antigiuridico del fatto perpetrato. Questo non si presenta più *contra jus*, ma *secundum jus*, perché la legge stessa ha accordato al singolo la libertà di agire per la tutela di un bene protetto. [...] Se così non fosse verremmo ad ammettere un contrasto tra le norme di uno stesso ordinamento con esiziale pericolo della certezza e della sicurezza giuridica; non è possibile invero concepire un comportamento che sia contemporaneamente incriminato e considerato lecito. [...] Le norme che ipotizzano situazioni nelle quali la realizzazione di un fatto altrimenti illecito deve considerarsi giustificata sono norme esimenti, ma non tutte le esimenti previste dalla legge incidono sul momento valutativo della norma penale. Ed è perciò che queste esimenti vengono anche chiamate circostanze di giustificazione in quanto “giustificano” la lesione di un interesse penalmente protetto che dovrebbe considerarsi diversamente illecita. Esse vengono anche chiamate *cause oggettive di esclusione del reato*, in quanto incidono sul giudizio oggettivo di illiceità e fanno così venire meno il reato [...] La vera natura di queste esimenti che ostano alla formulazione di un giudizio di illiceità, è stata individuata solo dopo che la dottrina ha ammessa un'antigiuridicità intesa in senso oggettivo. Perché è su questa che esse operano».

⁷⁰⁵ Cfr. *ivi*, p. 201 il riferimento alla colpevolezza si spiega con l'idea, presente già in Delitala, di un accertamento per gradi, per momenti successivi della sussistenza del reato tale che l'assenza del carattere di illiceità esclude la possibilità stessa della verifica della sussistenza del successivo tratto della colpevolezza. V. anche *ivi*, p. 343.

⁷⁰⁶ Cfr. RANIERI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 1945, p. 105 e ss. Si legga per esempio *ivi*, p. 109: «Se non si può dubitare che chi agisce col consenso dell'avente diritto, nell'esercizio del diritto, nell'adempimento di un dovere, per difesa legittima e in stato di necessità o non agisce contro il diritto o agisce secondo il diritto, così che la sua condotta o non lede il diritto o è conforme al diritto, non si può dubitare neppure che la volontà, che guida e sorregge la condotta, sia rivolta nella stessa direzione di questa, e quale volontà di agire in modo conforme a come si poteva e doveva, escluda il reato anche per difetto dell'elemento psicologico».

come del reato⁷⁰⁷». La qualificazione generale dell'antigiuridicità con l'ulteriore affermazione della necessaria partecipazione psicologica dell'agente alla condotta illecita comporta la conseguente estraneità della regola dell'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione⁷⁰⁸ alla struttura del reato. Essa viene piuttosto spiegata attraverso il paragone con il concetto di reato putativo⁷⁰⁹.

Due anni più tardi la categoria delle cause di giustificazione fu adottata anche da Antolisei nella prima edizione del manuale per designare le esimenti contenute negli articoli da 50 a 54 c.p. Si tratta, tuttavia, di una mera partizione descrittiva: l'Autore, infatti, intendeva con questa dicitura esclusivamente indicare fra gli elementi negativi del fatto quelli caratterizzati da un contenuto permissivo cosicché è evidente che anche per Antolisei la *ratio* intima dei singoli istituti in questione è nella non contraddizione dell'ordinamento, corrispondente sul piano sostanziale all'assenza di lesività⁷¹⁰. Seppure nell'ambito di una differente costruzione del reato, la sistemazione delle esimenti in questione riecheggia la teorica di Bettiol. Di conseguenza Antolisei esclude che esse incidano sulla colpevolezza, in quanto la

⁷⁰⁷ Cfr. *ivi*, p. 108.

⁷⁰⁸ L'Autore sembra ammettere la possibilità di questo uso lessicale (v. *ivi*, p. 109).

⁷⁰⁹ Cfr. *ivi*, p. 104.

⁷¹⁰ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1947, p. 104 e s., ove si legge: «Le cause di giustificazione, pertanto, 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 e lo impone. Se si ricerca la ragione sostanziale per cui queste cause eliminano l'antigiuridicità, non è difficile ravvisarla nella mancanza di danno sociale». L'individuazione della categoria delle cause di giustificazione, in ragione della loro *ratio* nell'economia dell'ordinamento è merito attribuito da Antolisei alla dottrina germanica. L'Autore tuttavia aveva già rigettato la concezione dell'antigiuridicità come elemento del reato, ritenendo infruttuoso separare il concetto di corrispondenza del fatto alla fattispecie legale da quello di antigiuridicità il che coincideva in sostanza con l'adesione alla tradizionale definizione di antigiuridicità come in sé del reato, emanante dall'interesse del fatto, comprensivo di elementi oggettivi e soggettivi. Si considerino le seguenti affermazioni, precedenti di un decennio le chiare statuizioni del manuale: «[...] non si riesce a capire non solo la necessità, ma anche la possibilità della distinzione del Beling: non si riesce a vedere in che consista la diversa funzione metodologica che spetterebbe al *Tatbestand* in confronto con la antigiuridicità. [...] Non è punto vero che, considerando soltanto gli elementi oggettivi descritti nelle singole disposizioni di legge, noi abbiamo l'idea del tipo di torto che è sancito da pena, cioè da reato. [...] Se si vuole avere un'idea esatta e completa del tipo astratto di un reato, non è assolutamente possibile prescindere dal momento soggettivo. [...] Il vero è che tipo, modello o, meglio e più italianamente, *figura del reato* non è solo l'insieme degli elementi materiali attribuibili all'agente che si trovano indicati nelle singole norme incriminatrici, ma il complesso delle note, sia oggettive che soggettive, che debbono concorrere per l'esistenza di un dato reato e che si desumono anche dalla parte generale del codice» (cfr. ID., *L'analisi del reato*, cit., p. 74 e s., nonché p. 77). Aderendo alla posizione che Petrocelli aveva espresso in un saggio del '37 in tema di pericolosità e antigiuridicità e che questi poi sancì nel suo lavoro sulla antigiuridicità, Antolisei rigetta nel lavoro da ultimo citato la distinzione fra valutazione e determinazione e sostiene la necessità che il concetto di antigiuridicità corrisponda complessivamente alla liceità penale (v. *ivi*, p. 79-84). Nel lavoro si tace tuttavia del criterio di imputazione delle cause di giustificazione.

Capitolo II

ragione intrinseca della loro presenza coincide con il significato sociale della condotta, non con la personalità dell'agente.

La regola del rilievo oggettivo stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. è spiegata non come conseguenza della natura sistematica delle esimenti in questione bensì, ancora una volta, attraverso l'appello al principio di politica di diritto penale, secondo cui l'ordinamento giuridico attribuisce al reato un valore prevalentemente oggettivo; esso «non viene considerato come sintomo della personalità del reo, ma per quello che effettivamente è nella vita sociale (valore causale e non sintomatico del diritto penale)⁷¹¹».

6.2.3. *Le monografie successive: Moro, Nuvolone, Valletta*

Gli anni immediatamente successivi al secondo conflitto mondiale rappresentano il momento di consolidamento della nozione di antigiuridicità andatasi profilando dall'inizio del secolo e cui avevano dato un contributo significativo l'opera di Petrocelli, nonché le riflessioni in tema di struttura del reato elaborate da Bettiol.

Nel lavoro del 1947 Moro accede alla accezione lata di antigiuridicità come espressione del disvalore globale del reato. Conscio dello sviluppo dottrinale della tripartizione, e della conseguente accezione obiettiva dell'antigiuridicità, egli coglie da queste ultime l'utile divisione fra componente lesiva, connessa allo scopo di tutela intrinseco alla posizione del precetto penale, e componente imperativa, rivelata dalla disobbedienza in cui si sostanzia il reato. Le due componenti non possono essere diluite l'una nell'altra: esse concorrono necessariamente alla definizione dell'essenza del reato e allo stesso modo⁷¹².

⁷¹¹ *ivi*, p. 105.

⁷¹² «Là dove invece non di assorbimento dell'un termine nell'altro si tratta, ma solo di un rapporto chiaramente definito fra essi, che restano ciascuno nel proprio significato autonomo. Perché, se è vero che l'antigiuridicità obiettiva non s'intende senza colpevolezza, è pur vero che la colpevolezza neppure s'intende senza antigiuridicità, che insomma il momento del danno e quello dell'inadempimento personale si condizionano a vicenda ed entrano a costituire in unità indissolubile l'illiceità penale. Si tratta dunque in definitiva di studiare il fatto nella sua essenziale contraddizione al diritto, con riguardo ai due momenti cui si è sinora ripetutamente accennato». Il riferimento al binomio mezzgeriano *Bestimmung-Bewertung* è evidente e peraltro viene esplicitato dall'Autore poche pagine dopo ove, riflettendo sulla natura della norma penale, egli osserva con lessico alquanto altisonante come «in realtà la norma non è che l'azione giusta in un tutto complesso che è fatto e valore insieme. Questo significato di valore immanente nell'azione è, per quanto si è detto prima, squisitamente imperativo; l'imperatività è davvero l'essenza della norma. Essa vuol dire giustizia dello scopo perseguito e giustizia dell'energia spirituale che lo realizza, momenti distinti della

L'adesione alla accezione di antigiuridicità globale è resa evidente da Moro nell'affermazione della necessità ai fini del giudizio di antigiuridicità del riferimento al profilo soggettivo per la comprensione del disvalore della condotta oltre che per l'indagine sulla presenza dell'essenziale tratto personale della stessa⁷¹³. La scelta fra concetto di antigiuridicità lato ovvero stretto, cioè fra espressione dell'intero disvalore del fatto e qualificazione come mero elemento dello stesso, a parere dell'Autore è un quesito giuridico mal posto: si tratta infatti di comprendere piuttosto i rapporti fra fatto e antigiuridicità. Il dilemma è risolto da Moro con la constatazione del carattere normativo di entrambi i giudizi: la realtà per l'ordinamento giuridico non esiste come dato di fatto, bensì come giudizio di corrispondenza all'ordinamento; l'essere delle cose si rivela e si confonde con il valore che le stesse esprimono alla stregua dell'insieme delle proposizioni giuridiche⁷¹⁴. Per Moro dunque l'assenza di antigiuridicità in forza del ricorrere di una causa di giustificazione coincide negli effetti e nella sostanza con l'assenza di tipicità del fatto il quale in sostanza per l'ordinamento penale è come se non fosse mai venuto ad

complessa realtà dell'azione. Così la norma di valutazione serve in fondo ad approfondire il significato della imperatività della norma, la quale ha il riferimento al contenuto di scopo che l'energia spirituale della volontà accoglie, non meno che a questa in se stessa considerata. [...] Comparando la norma così intesa nei due distinti momenti che la costituiscono [...] il fatto, per vederne scaturire la caratteristica antigiuridicità, lo coglieremo qualificato distintamente esso pure come energia spirituale diversa da quella che doveva svolgersi (momento soggettivo dell'antigiuridicità) avente un contenuto di scopo diverso da quello che doveva essere perseguito (momento oggettivo dell'antigiuridicità)». Alla duplice natura del precetto penale corrisponde dunque anche l'intrinseca ambivalenza dell'azione che non è solo esplicazione di volontà ma anche espressione di un valore alla luce di un sistema valoriale paradigmatico. (MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, p. 12 e s., nonché p. 24 e s.).

⁷¹³ *ivi*, p. 71.

⁷¹⁴ «[...] l'antigiuridicità nell'atto che si pone come il profondo senso di disvalore del fatto, qualifica, carattere, giudizio di valore o come altrimenti si voglia chiamare, fa riferimento al fatto appunto così qualificato, si radica, per così dire, in esso ed è fatto così e così conformato, e perciò caratterizzato opportunamente, più che pura e astratta qualifica. [...] Una qualifica del fatto è un suo modo di essere; e se è una qualificazione essenziale e non meramente empirica, come certo in questo caso, si può ben dire che l'atto si risolve nel suo significato e questo a sua volta in quello. Essi sono cioè veramente una cosa sola ed arbitrario appare ogni tentativo di astrarre dal fatto e prospettare con autonomia di linee la sua ragion d'essere. L'antigiuridicità è il modo di essere essenziale dell'atto che ne esprime la caratteristica, sia pur negativa, adeguatezza alla norma; non è pertanto carattere, se non è al tempo stesso fatto con quel significato; non è fatto se non così e così conformato» (cfr. *ivi*, p. 121). L'affermazione va completata osservando come per Moro il precetto comprenda in modo ineliminabile la dimensione socialmente lesiva della condotta in contrasto con l'originaria impostazione del maestro Petrocelli, il quale – si ricorderà – nelle prime versioni del tomo sull'antigiuridicità espungeva la dimensione valoriale del precetto dall'ordinamento giuridico. Per queste considerazioni, cfr. *ivi*, p. 27.

Capitolo II

esistenza, essendo la sua corrispondenza ad una fattispecie penale meramente apparente⁷¹⁵.

In definitiva per Moro l'antigiuridicità rimane un giudizio complessivo dell'intera condotta, valutato alla stregua dell'intero ordinamento, secondo l'accezione che si è definita lata del concetto. La teoria oggettiva dell'antigiuridicità è suo parere una mera espressione della necessità di indagine della componente lesiva che caratterizza senza dubbio il reato; alla stessa non si può tuttavia attribuire alcun valore sistematico. Essa non assolve che una funzione esclusivamente didattica. È infatti chiaro per l'Autore che l'intero fatto oggetto del reato non ha significato senza il riferimento alla sua componente soggettiva e per altro verso non è concepibile se non come giudizio di valore; entrambe le conclusioni dunque escludono che si possa limitare l'antigiuridicità ad un concetto oggettivo nell'oggetto e nel metro⁷¹⁶.

Il fatto che discorrere di antigiuridicità voglia dire per Moro, come del resto per gli altri Autori della sua generazione, riferirsi alla rilevanza penale in modo molto generale fa sì che nella trattazione dell'Autore manchi un riferimento sistematico alle cause di giustificazione e alla loro disciplina. L'evenienza conferma l'impressione che cui nella dottrina italiana per molto tempo la soluzione del quesito relativo ai profili soggettivi delle cause di giustificazione sia stata sganciata da considerazioni relative alla struttura dell'illecito⁷¹⁷.

Nello stesso 1947, a qualche mese di distanza, fu pubblicato *I limiti taciti della norma penale* di Nuvolone, nel quale è possibile trovare un'ulteriore conferma dell'impostazione tradizionale italiana del problema dell'antigiuridicità.

Anche Nuvolone, infatti, aderisce ad un concetto di antigiuridicità coincidente con quello di essenza del reato, rigettando che la stessa possa designare una componente dello stesso, giacché il reato sussiste solo in riferimento alla

⁷¹⁵ «Nei casi, detti tradizionalmente di esclusione dell'antigiuridicità, questa non esiste affatto sin da principio e quel che vien meno è soltanto la sua esteriore apparenza, che un'indagine più accurata svela nel suo reale non essere» (*ivi*, p. 130).

⁷¹⁶ Alle due osservazioni si aggiunga anche quella terminologica secondo la quale la dicitura "elemento" contrasta con l'idea del reato come un tutto unitario di cui si verificano varie caratteristiche. Per questa considerazione e conclusivamente sul pensiero dell'Autore:

ivi, p. 132 e s. Concezione poi ribadita da Moro nelle lezioni universitarie: cfr. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale. Tenute nella facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma*, a cura di F. Tritto, Bari, p. 527 e s.

⁷¹⁷ Nel corso romano è possibile trovare solo un accenno alla possibilità che le cause di giustificazione rilevino oggettivamente per il loro solo ricorrere: cfr. *ivi*, p. 553.

disposizione positiva che individua un comportamento penalmente illecito. Di conseguenza la presenza di elementi oggettivi e di componenti soggettive nell'antigiuridicità è l'esito ovvio della constatazione della presenza nella disposizione penale di elementi tanto oggettivi che soggettivi.

Altrettanto simile alle coeve proposizioni di Moro è la constatazione della natura schiettamente normativa di qualsiasi cosiddetto elemento del reato. Secondo Nuvolone non esiste un valore che si aggiunge al fatto e che esiste *a priori* rispetto al primo; al contrario nulla esiste di giuridico al di fuori della valutazione giuridica stessa.

Concorde con il concetto moroteo, nonché di ascendenza carrariana, di lesività intrinseca alla disposizione penale è l'affermazione del rilievo della dimensione lesiva esclusivamente all'interno della formulazione positiva del precetto penale⁷¹⁸.

Per ricercare quale fosse l'opinione di Nuvolone circa il criterio di imputazione delle scriminanti è necessario indagare nelle pagine del manuale: come per Moro infatti l'idea di antigiuridicità non ha connessione per l'Autore con la regola di imputazione delle esimenti. La regola del rilievo oggettivo delle scriminanti è infatti posta in connessione con il concetto di reato putativo invece che con la nozione di illecito⁷¹⁹.

Ultimo in ordine di tempo fra questi primi lavori monografici dedicati al concetto di antigiuridicità, il libro di Valletta, al netto delle questioni terminologiche⁷²⁰, abbraccia anch'esso la nozione ampia di antigiuridicità che

⁷¹⁸ In riferimento alla struttura del reato si legga il seguente passo: «[L]'antigiuridicità è il reato stesso, non un elemento di esso: perché non essendo possibile concepire l'illecito penale al di fuori del rapporto con la norma che lo pone reato e antigiuridicità penale sono termini corrispondenti. Il parlare, poi, di un aspetto oggettivo e di un aspetto soggettivo dell'antigiuridicità significa, né più né meno, che prospettare, con parole diverse, la distinzione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato». La natura normativa di ogni elemento del reato è espressa dal brano seguente: «Chi consideri il fatto come elemento del reato accanto all'antigiuridicità, viene sostanzialmente a dire che vi è nel reato un fatto materiale amorfo. In realtà il fatto, in quanto lo si vede dal punto di vista del diritto penale, è un fatto antigiuridico: altrimenti è un fatto diverso. Non vi è un fatto più un valore; ma vi è un fatto che il legislatore assume nella norma, scegliendo, con criteri suoi propri, tutti quegli elementi tipici che ritiene necessari a fondare il giudizio di illiceità» (cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 16, e 20; nonché in riferimento alla lesività necessaria p. 24 e s.; similmente ID., *Di alcune teorie oggettive e soggettive dell'antigiuridicità materiale*, in *Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni*, Pavia, 1948, p. 3 e ss.).

⁷¹⁹ Cfr. ID., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 287.

⁷²⁰ Valletta, infatti, tiene a precisare in apertura del volume innanzi tutto l'inutilità dell'uso del termine "antigiuridicità" in quanto si tratta di un sostanziale sinonimo della parola reato. Precisa in seguito

Capitolo II

sostanzia la stessa nel giudizio di disvalore complessivo della condotta dell'agente, in riferimento allo scopo di tutela stabilito dalla disposizione penale. La nozione stretta di antigiuridicità *à la Delitala* è rigettata sulla base di due argomenti: la presenza del dolo specifico e il fatto che l'ordinamento conosca condotte il cui disvalore penale risiede nella intenzione negativa dell'agente⁷²¹; nonché il rilievo putativo delle esimenti sancito dall'ultimo comma dell'art. 59 c.p. Non è peraltro indifferente per Valletta che sussistano in concreto serie difficoltà nel discernere fra oggettivo e soggettivo, dimodoché non è senza ragione che si ammette la natura anche soggettiva dell'antigiuridicità come formula sintetica indicante il necessario riferimento a entrambe le componenti dell'agire umano⁷²².

Di nuovo, dall'affermazione della natura soggettiva dell'antigiuridicità non discende alcun criterio di imputazione delle esimenti: anche Valletta, infatti, non ravvisa alcuna contraddizione fra la regola del primo comma dell'art. 59 c.p. e l'antigiuridicità pur da lui definita soggettiva⁷²³.

6.2.4. *Gli anni '50 e '60*

All'inizio degli anni '50 la manualistica italiana è saldamente ancorata alla concezione tradizionale di antigiuridicità come "in sé" del reato comprensiva per tanto di elementi oggettivi e soggettivi.

Un esempio è costituito dalla seconda edizione del manuale di Pannain in cui l'Autore, conformemente a quanto ammesso già nella prima edizione seppure in modo più cursorio, rigetta la tripartizione e la conseguente nozione materiale di antigiuridicità; egli sostiene invece la bipartizione del reato in fatto ed elemento soggettivo ammettendo dunque un rilievo anche soggettivo dell'antigiuridicità intesa quale essenza del reato stesso. Come di consueto, non è avvertito alcun contrasto fra

come sia impropria la dicitura "elementi del reato", giacché, in accordo con le acquisizioni già sviluppate da Petrocelli, Bettiol e Moro, il reato è una unità che non è dato scomporre, ma di cui piuttosto possono essere predicati vari giudizi (cfr. VALLETTA, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della norma*, Napoli, 1951, pp. 13, e 19).

⁷²¹ È doveroso precisare a questo riguardo che Valletta muove da un concetto strettamente psicologico di colpevolezza-elemento soggettivo del reato. Di conseguenza egli esclude un concetto normativo di elemento psicologico, onde la valutazione di disvalore di intenzione è rimessa al superiore concetto di antigiuridicità, che anche per questo deve essere necessariamente connotata soggettivamente (*ivi*, pp. 49-57).

⁷²² L'intera argomentazione dell'Autore è contenuta *ivi*, p. 45 e ss.

⁷²³ *ivi*, p. 61.

la nozione di antigiuridicità così delineata e la disciplina di imputazione solo oggettiva delle cause che escludono la pena⁷²⁴.

Il manuale di Cavallo offre una lunga trattazione del tema del concetto di antigiuridicità, la quale tuttavia conforma i generali indirizzi della dottrina penalistica italiana ormai consolidatisi fino a quel momento. È interessante tuttavia ripercorrere essenzialmente le mosse dell'argomentazione dell'Autore.

L'antigiuridicità è intesa da Cavallo come qualificazione del fatto di reato all'esito di un giudizio di relazione dello stesso alla stregua dell'ordinamento; perciò essa diviene la nota caratteristica dell'intero reato. Come si vede, si tratta ancora una volta del paradigma rocchiano, benché variato dalla precisazione relativa alla differenza fra giudizio in sé ed esito del giudizio⁷²⁵.

Fra gli altri quesiti definitivi degli attributi del concetto di antigiuridicità, l'Autore si pone quello, ormai consueto, fra oggettività e soggettività del giudizio di antigiuridicità. L'indagine è circoscritta da Cavallo all'oggetto; non si fa dunque questione di oggettività in riferimento al parametro di giudizio. Si ripropone dunque la nota alternativa fra accezione stretta ovvero lata di antigiuridicità che secondo l'Autore corrisponde all'alternativa fra nudo fatto e condotta quali oggetto del giudizio di antigiuridicità. La soluzione è in favore della seconda a partire da considerazioni di teoria generale del diritto. Cavallo, infatti, ritiene che il diritto si sostanzia in un ordinamento di comandi, a cui è estraneo il momento valutativo onde esso è relazione della volontà imperativa con quella del singolo che ad essa può o meno corrispondere. Conseguentemente oggetto del giudizio di antigiuridicità è la condotta giacché essa è espressione della scelta volontaria dell'agente⁷²⁶. L'antigiuridicità è così configurata tanto oggettivamente quanto soggettivamente in riferimento al fatto e al suo profilo psicologico con un risultato sostanzialmente uguale alle coeve affermazioni del resto della dottrina italiana, nonostante di queste Cavallo avesse rigettato il fondamento consistente nell'accoglimento della

⁷²⁴ Cfr. rispettivamente PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 173 e ID., *Manuale di diritto penale*, II ed., cit., p. 179 e ss., e per quanto concerne l'imputazione oggettiva delle esimenti p. 508.

⁷²⁵ «[L'antigiuridicità] è infatti il disvalore derivante al fatto dal suo contrasto con la legge penale, per cui essa non è costituita da quel rapporto di contraddizione, bensì dalla qualifica che deriva al fatto da quel rapporto. [...] Definire diversamente l'antigiuridicità significa scambiare la causa con l'effetto» (cfr. CAVALLO, *Diritto penale*, cit., p. 68).

⁷²⁶ «[...] il momento più profondo dell'antigiuridicità è la violazione dell'obbligo di ubbidire al comando della norma» (*ivi*, p. 74).

Capitolo II

contrapposizione della funzione valutativa e determinativa rivestita dal precetto penale. Il successivo interrogativo, relativo alla differenza fra profilo soggettivo dell'antigiuridicità e colpevolezza, trova risposta sostanzialmente nell'accoglimento del concetto normativo di colpevolezza che permette di attribuire alla antigiuridicità soggettiva una funzione nelle parole dell'Autore, descrittiva, laddove la colpevolezza assume tratti di normatività parametrati sulla recezione del comando⁷²⁷.

Quanto al rapporto fra concetto di antigiuridicità e cause di giustificazione si deve notare come Cavallo, coerentemente con l'ampia nozione di antigiuridicità, comprenda nella categoria ogni esimente compresa nella parte generale fra gli artt. 45 e 54 c.p. In tutti questi casi infatti venuta meno la rilevanza penale, la condotta può dirsi lecita. In maniera del tutto consimile a quanto ritenuto dagli altri Autori coevi, anche da parte di Cavallo la regola dell'imputazione oggettiva stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. non è vista come contraddittoria rispetto alla natura anche soggettiva dell'antigiuridicità. I fondamenti della regola sono piuttosto individuati nella prevalenza dell'antigiuridicità obiettiva rispetto a quella soggettiva. La formula non è del tutto chiara, ma sembra di poter scorgere all'interno di essa una riformulazione del principio del rilievo oggettivo dell'ordinamento, meglio esplicitato dall'affermazione della prevalenza dell'assenza del danno sociale rispetto alla manifestazione di una volontà antisociale⁷²⁸.

È però nella voce enciclopedica di Dell'Andro apparsa nel 1958 che la dottrina italiana trova un momento importante di riflessione sull'antigiuridicità.

Il punto di partenza dell'indagine dell'Autore è di ordine metodologico: la nozione di antigiuridicità, intesa universalmente come relazione del fatto con il

⁷²⁷ La differenza tocca anche altri aspetti: la precedenza logica della colpevolezza rispetto all'antigiuridicità, argomentata anche *ex primo comma* dell'art. 59 c.p.; la differenza nel novero di elementi oggetto dei due giudizi: cfr. *ivi*, p. 77 e ss.

⁷²⁸ In riferimento alle cause di giustificazione, cfr. *ivi*, p. 89; per ciò che concerne l'imputazione oggettiva delle stesse, v. p. 610 e s.: «Ora l'antigiuridicità, qualificando entrambi gli elementi del reato, quando vien meno, fa perdere il disvalore giuridico ad essi e quindi anche all'elemento obiettivo. E se vien meno l'antigiuridicità dell'elemento, è giusto che assuma maggior valore la qualifica di obiettiva, perché in ogni qualificazione assume valore sempre prima l'elemento oggettivo e poi l'elemento subiettivo. Inoltre il fatto in tal caso è considerato lecito perché vien meno l'elemento obiettivo del danno sociale, in quanto la condotta non è più ritenuta contraddittoria alla norma, per l'esistenza di altra norma alla quale è considerata conforme, ed essa non contrasta con l'interesse sociale». E poco oltre: «le cause di esclusione dell'antigiuridicità, come le cause di non punibilità in genere, hanno un'efficacia oggettiva nel senso che, quando esistono, funzionano indipendentemente dalla conoscenza dell'agente o dalla sua erronea opinione circa la loro esistenza, perché la loro applicabilità ha un valore sociale».

diritto, non deve essere delineata nei suoi caratteri sulla base della natura dell'elemento osservato, cioè il fatto, ma piuttosto riflettendo sulla natura del diritto. Non si tratta dunque di interrogarsi sulla natura dell'oggetto dell'antigiuridicità, se esso sia costituito dalla mera exteriorità della condotta (il cosiddetto fatto) ovvero se l'antigiuridicità sia predicato di un tutto comprendente anche i profili soggettivi, generalmente ricondotti al concetto di colpevolezza; è invece necessario interrogarsi sulla natura del precetto penale⁷²⁹.

Diviene dunque possibile a Dell'Andro rigettare tanto la concezione oggettiva dell'antigiuridicità, di ascendenza delitaliana, quanto quella soggettiva, espressa nell'opera di Petrocelli. La prima infatti non regge a quattro obiezioni: la debolezza ermeneutica della divisione fra oggettivo e soggettivo; la possibilità di far discendere conseguenze giuridiche dalla sola violazione della disposizione positiva; l'impossibilità di rintracciare l'interesse leso, valore su cui parametrare il giudizio di antigiuridicità, a prescindere dalla formulazione del precetto; l'impossibilità di riferire il carattere di antigiuridicità all'ordinamento intero senza verificare il contrasto della fattispecie concreta con una precisa disposizione positiva. In definitiva Dell'Andro sottolinea l'impossibilità di prescindere nell'ordinamento giuridico dalla considerazione delle proposizioni giuridiche e dunque la necessità di ammettere che il giudizio di contrarietà all'ordinamento sia condizionato da eventuali elementi soggettivi; in altri termini si tratta di constatare con l'Autore l'impotenza, nonostante la sua capacità evocativa, del concetto di valore se si prescinde dalla formulazione positiva della disposizione penale. D'altra parte anche la tesi strettamente soggettivista di Petrocelli non resiste alla considerazione che alla stregua dell'ordinamento positivo la mera disobbedienza non è un dato sufficientemente significativo della rilevanza penale di una condotta, dato il permanere nell'ordinamento di ipotesi di responsabilità oggettiva, ma soprattutto dato il fatto che il legislatore nelle fattispecie penali descrive condotte, materialmente connotate.

⁷²⁹ Cfr. DELL'ANDRO, *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 543 e s. Si tratta peraltro della medesima impostazione già seguita da PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 10 e ss. Dell'Andro rigetta su questa base l'indirizzo dommatico tedesco che da Hegler fino a Welzel riteneva di aver dimostrato la presenza necessaria di elementi soggettivi nell'antigiuridicità attraverso la ricerca induttiva, fattispecie per fattispecie, di casi in cui il significato di disvalore della condotta sia legato all'elemento soggettivo e non a quello oggettivo.

Capitolo II

È dunque evidente come Dell'Andro riconduca il fenomeno della liceità giuridica alla dimensione formale⁷³⁰. In conseguenza di ciò il quesito oggetto del maggiore approfondimento della voce diviene quello relativo all'ermeneutica del precetto penale in riferimento alla funzione rivestita dalle considerazioni di valore ulteriori rispetto al dato formale della disposizione⁷³¹.

La spiegazione del funzionamento del meccanismo della anti-giuridicità è impostata dall'Autore stipulando la presenza di un binomio i cui elementi sono costituiti dalla giuridicità funzionale e dalla giuridicità ontologica. La prima designa il caso in cui l'ordinamento attribuisce a un determinato stato di fatto particolari effetti giuridici che costituiscono situazioni giuridiche soggettive determinate (doveri, diritti); la seconda formula descrive invece la situazione in cui lo stato di fatto è realizzazione di una situazione giuridica soggettiva da cui per così dire

⁷³⁰ «L'errore nel quale è caduta la dottrina dell'anti-giuridicità è consistito nel desumere una qualifica ontologica (anti-giuridicità, lesività) da una qualifica funzionale o, peggio, da considerazioni sulla natura (sostanziale) delle conseguenze giuridiche dell'illecito». Precisa inoltre Dell'Andro come non sia sufficiente la constatazione superficiale dell'esito afflittivo dell'applicazione della pena ad attribuire un predicato di valore alla condotta descritta nel precetto formale (cfr. *ivi*, p. 548 e s.).

⁷³¹ Non essendo oggetto specifico di questo lavoro ci si vede costretti a comprimere la trattazione del Maestro barese in questa nota sintetica. Dell'Andro constata la scissione fra il piano giuridico-formale in cui si colloca l'ordinamento giuridico, inteso come insieme di proposizioni performanti, e il piano dei giudizi valoriali dell'interprete. Il diritto, sembra affermare l'Autore, per sé non è valore, perché è mera funzione determinante conseguenze nella realtà per mezzo di mezzi di esecuzione pubblica. Il valore e il giudizio sono tuttavia ineliminabili e attengono alla sfera dell'interprete: questi non può interpretare la disposizione senza fare ricorso a giudizi che investono l'indagine degli scopi perseguiti dalla disposizione penale, nonché le intenzioni del legislatore: «è insomma [...] l'interprete che formula il giudizio in parola, non il legislatore». Il precetto, però, rimane estraneo a considerazioni di valore: «Ma [...] non si può [...] esser autorizzati a credere che, tutte le volte in cui gli stessi estremi producono la conseguenza giuridica, i medesimi siano investiti dal legislatore d'una particolare, positiva, ontologica qualifica di valore o disvalore. [...] Vero è [...] che la norma non può essere tradotta in termini di fattispecie: essa è valore e fattispecie insieme, nel senso che offre un criterio alla cui stregua l'interprete ricostruisce l'ambito di reale efficacia della volontà dalla quale la stessa norma è nata e cioè della volontà di produrre particolari effetti giuridici in determinate situazioni concrete». Conclusivamente Dell'Andro afferma: «Si aiuti pure, dunque, l'interprete, allo scopo di ricostruire l'esatto ambito di efficacia della volontà normativa espressa dalle norme che prevedono fattispecie d'illecito, dei giudizi di anti-giuridicità (oggettiva) o di lesività: purché sia chiaro che siffatti giudizi son soltanto degli strumenti ermeneutici e non possono, pertanto, tradursi in positivo, ontologico disvalore di taluni elementi (formalmente) tipici, nelle situazioni nelle quali i medesimi devono produrre particolari effetti giuridici ed in mancanza d'ontologico disvalore degli stessi elementi, nelle situazioni nelle quali i medesimi non devono cioè produrre gli effetti in discussione» (*ivi*, p. 553 e ss.). Anche per questa via – a breve si vedrà nel corpo del testo a quale altra ci si riferisce – Dell'Andro arriva dunque a negare in sostanza rilievo scientifico e giuridico alla nozione ontologica di anti-giuridicità cioè alla qualificazione della stessa come oggetto della fattispecie, immancabilmente presente. L'individuazione del ruolo dell'interprete come momento non giuridico, ma necessario, del meccanismo di applicazione del diritto permette peraltro all'Autore di dare soluzione all'interrogativo, che precedentemente questi aveva posto al lettore circa il temperamento della dimensione materiale dell'anti-giuridicità con il riferimento necessario alla formulazione positiva del precetto (*ivi*, p. 547 e s.).

discende. Posta questa premessa Dell'Andro riconosce nelle fattispecie corrispondenti alle cause di giustificazione situazioni di fatto ontologicamente giuridiche, onde di esse è impossibile predicare l'antigiuridicità. Alla giustizia dello stato di fatto è attribuita la capacità di neutralizzare gli effetti di funzionalità giuridica esplicabili da altre disposizioni⁷³².

In questi termini è dunque spiegato il funzionamento delle cause di giustificazione. Attraverso l'impostazione della problematica in termini di giuridicità, dunque in termini positivi e non negativi; per mezzo poi dell'affermazione implicita della preminenza del giudizio di giuridicità ontologica su quello di antigiuridicità funzionale Dell'Andro stabilisce un criterio eminentemente formale di antigiuridicità che si sostanzia nella possibilità di sussunzione della fattispecie concreta nella disposizione di liceità.

La voce in questione, per gli altri suoi versi preziosa, sconta qui probabilmente un certo eccesso di formalismo. Se bene si giudica, infatti, la ragione della liceità chiarita da Dell'Andro sembra consistere in sostanza nella mera possibilità di sussunzione della fattispecie concreta in una di liceità con affermazione della prevalenza del carattere di liceità su quello di illiceità. Rimangono peraltro ulteriori perplessità. In primo luogo su un piano strettamente logico è ancora privo di fondamento il carattere prevalente della liceità: non si vede cioè perché non possa essere la disposizione di illiceità a influire sulla efficacia della disposizione di liceità, ovvero – detto in altre parole – perché mai è solo la giuridicità a poter essere condizione ontologica e non anche la antigiuridicità, come pure logicamente potrebbe essere. Inoltre (ma a ben vedere: prima ancora) è difficile poter distinguere un prima e un dopo nell'applicazione del diritto. Non si comprende cioè come distinguere i casi in cui l'effetto giuridico proceda dallo stato di fatto (casi di giuridicità funzionale) da quelli in cui accade il contrario (casi di giuridicità ontologica), trattandosi piuttosto in entrambi i casi di mera possibilità di sussunzione di fatti sotto proposizioni giuridiche.

Circa il criterio di imputazione delle cause di giustificazione la voce tace, nondimeno è possibile cogliere alcuni elementi di rilievo per il presente lavoro.

⁷³² «La giustizia del comportamento, l'essere il medesimo già effetto giuridico predisposto da una determinata norma può impedire che lo stesso comportamento funzioni da condizione della posizione concreta degli effetti giuridici predisposti da altra norma» (*ivi*, anche più ampiamente, p. 550).

Capitolo II

Ancora una volta infatti si vede confermata la nozione di antigiuridicità corrispondente alla rilevanza penale della condotta intesa come giudizio generale su un fatto⁷³³, cui consegue (questo è forse il tratto più peculiare della voce) il confinamento di ogni dimensione valoriale nella mente e nel lavoro dell'interprete, dunque esteriormente all'ordinamento giuridico. Conserva inoltre il suo valore stimolante la continua constatazione della debolezza intrinseca della partizione fra oggettivo e soggettivo.

Nel frattempo il seme gettato da Delitala nel '30 e coltivato nel vivace decennio successivo incominciava a portare frutto.

Al 1958 risale infatti il – a quanto consta – primo manuale in cui è tracciata chiaramente l'equazione fra antigiuridicità oggettiva, assenza di cause di giustificazione e imputazione solo oggettiva delle cause di giustificazione. Nell'opera citata Santoro, in polemica con la visione di Petrocelli incentrata sul diritto inteso come comando e sulla conseguente idea di illiceità fondata sulla disobbedienza, afferma la necessità della separazione fra dimensione lesiva del fatto di reato e imputazione dello stesso alla scelta dell'agente. L'Autore argomenta la posizione con molteplici argomenti sistematici (il fatto del non imputabile; la provocazione; il concorso nel fatto del non punibile) fra i quali primeggia per la prima volta anche l'argomento *ex primo comma* dell'art. 59 c.p. che «dimostra il rilievo obbiettivo che viene dato ad esse e quindi all'antigiuridicità, indipendentemente dall'elemento psicologico⁷³⁴».

Similmente anche nella voce *Cause di giustificazione* redatta da Miele due anni più tardi alle cause di giustificazione è attribuita la natura di limite rispetto al concetto di antigiuridicità, in quanto entrambi i concetti si escludono a vicenda, e l'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione è posta direttamente in connessione con tale concetto⁷³⁵.

⁷³³ Si legga per esempio l'*incipit* di pag. 546 ove Dell'Andro individua in tutta la fattispecie penale contenuta nel singolo precetto, comprensivo di ogni suo elemento, il referente dell'antigiuridicità di una condotta.

⁷³⁴ Cfr. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 176 e ss., specialmente p. 179 da cui è tratta da citazione.

⁷³⁵ Cfr. MIELE, *Cause di giustificazione*, in *Enc. dir.*, Milano, VI, 1960, p. 591, il quale considera la connessione fra i due concetti (antigiuridicità e cause di giustificazione) come data *ab ovo* una volta ammessa la tripartizione. In realtà più recentemente è stato dimostrato come la coppia concettuale non è un parto gemellare della dommatica tedesca, la quale ha sviluppato la tripartizione, e dunque il concetto oggettivo di antigiuridicità, solo successivamente alla separazione intuitiva all'interno della

Il 1960 è anche l'anno in cui compare la monografia di Pagliaro sul concetto di fatto con la quale l'Autore rifonda la bipartizione ereditata dalla tradizione dommatica italiana⁷³⁶ sul binomio i cui termini sono il fatto, comprensivo di elementi oggettivi e soggettivi, e l'imputazione dello stesso al reo sulla base di criteri teleologici. Nel sistema di Pagliaro le esimenti sono elementi negativi del reato in quanto la necessità della loro assenza condiziona la sussistenza di un reato.

Da questa natura di elementi del fatto, seppure negativi, Pagliaro deduce la necessità che la loro imputazione avvenga tanto oggettivamente quanto soggettivamente. Per l'Autore vi sarebbe dunque un'imputazione poggiata – e pare potersi dire necessariamente – su entrambe le componenti della condotta in ragione di una corrispondenza speculare fra imputazione degli elementi positivi e imputazione di quelli negativi⁷³⁷. L'affermazione della necessità di un'imputazione

congerie delle cause di esclusione della punibilità fra scusanti e scriminanti (cfr. sul punto VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 151 e ss.). La considerazione dell'evoluzione storica dell'antigiuridicità nella dottrina italiana conferma peraltro un uso disinvolto del termine cause di giustificazione che infirma il giudizio di corrispondenza originaria fra cause di giustificazione e antigiuridicità che Miele esprime con sicurezza: è infatti un uso abbastanza diffuso anche fra gli Autori che sostengono la costruzione bipartita del reato (per esempio cfr. MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1960, p. 222 e ss.; GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967, p. 98, nonché p. 115; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, I ed., Milano, 1972, p. 381 e s., invariato nell'ultima edizione: ID., *Principi di diritto penale*, cit., p. 401 e ss.) quello di dividere le esimenti fra giustificazione e scusa in ragione della loro *ratio*, assolvendo così a meri scopi didattici o descrittivi delle conseguenze extra penali della loro ricorrenza. Circa il primo comma dell'art. 59 c.p. cfr., *ivi*, p. 592.

⁷³⁶ Lo stesso Pagliaro nel successivo manuale tiene a sottolineare la differenza fra la costruzione tradizionale e quella oggetto del suo lavoro; la prima, infatti, basata sulla differenza descrittiva fra oggettivo e soggettivo, dà per implicita la presenza dell'elemento della condotta, che è al contrario il dato unitario fondante del reato, e soprattutto non dà adeguata sistemazione alla categoria delle scriminanti. L'Autore non trova nemmeno soddisfacente la riedizione della bipartizione tradizione operata dal suo maestro Musotto (cfr. MUSOTTO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 101 e ss.), il quale aveva scomposto il reato, sostanziato nell'antigiuridicità della condotta dell'agente, nell'elemento oggettivo del torto e in quello soggettivo della colpevolezza. Pagliaro ritiene, infatti, che questa dicotomia non sia che una riedizione della tripartizione (cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, I ed., cit., p. 223 e s., invariato nell'ultima edizione: p. 251 e ss.).

⁷³⁷ Sulla costruzione del reato in generale, v. ID., *Il fatto di reato* (1960), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, I, Milano, 2009, p. 421 e ss. In particolare, circa l'imputazione degli elementi negativi è fruttuoso riportarsi alle parole dell'Autore: «Che si tratti di elementi negativi dell'azione, e non solo, in modo più generico, di elementi negativi del fatto, è provato appunto dalla circostanza che si richiede la loro assenza dall'azione illecita sia sotto l'aspetto obiettivo, che sotto l'aspetto subiettivo. Come si giudicano elementi positivi dell'azione illecita quelli la cui presenza è richiesta tanto nell'aspetto subiettivo quanto nell'aspetto obiettivo del comportamento illecito, così deve valere la reciproca, che cioè siano elementi negativi dell'azione illecita quelli la cui assenza è richiesta tanto dall'aspetto subiettivo quanto dall'aspetto obiettivo di tale comportamento». L'impressione dell'imputazione necessariamente oggettiva e soggettiva sembra confermarsi poco oltre il passo sopra citato ove Pagliaro afferma: «E, come non si possono considerare elementi positivi dell'azione illecita quegli elementi di cui è sufficiente la presenza nel solo momento esteriore o nel solo momento interiore della condotta, così non è possibile ritenere elementi negativi dell'azione

Capitolo II

oggettiva e soggettiva è però smentita dal prosieguo dell'argomentazione in cui Pagliaro, sulla base del disposto positivo dei due noti commi dell'art. 59 c.p., fonda la natura di elementi negativi della stessa azione (e non più genericamente del solo reato) tipica delle cause di giustificazione proprio sulla sufficienza di uno solo dei due aspetti, sia esso quello oggettivo ovvero quello soggettivo a produrre l'effetto esimente⁷³⁸.

La contraddizione che non si riesce a sciogliere all'interno delle pagine citate de *Il fatto di reato* corrisponde peraltro all'incertezza del ruolo giocato nell'argomentazione di Pagliaro dal primo comma dell'art. 59 c.p. Non è infatti chiaro se da esso discenda la qualificazione delle esimenti con esso compatibili quali esclusione della condotta ovvero se la disposizione non faccia che confermare il dato ricostruito per via deduttiva dalla struttura bipartita del reato.

Al netto della affermazione iniziale, sembrerebbe pertanto potersi concludere che anche nella bipartizione di Pagliaro la regola del primo comma dell'art. 59 c.p. sia del tutto compatibile con il concetto ampio di antigiuridicità, espressivo del disvalore complessivo della condotta criminosa sulla base di ogni elemento della disposizione, sebbene l'Autore giunga a questa soluzione per una via differente dalla mera constatazione descrittiva della presenza di contrassegni soggettivi nelle disposizioni contenenti esimenti⁷³⁹.

Più recentemente tuttavia il valore del primo comma dell'art. 59 c.p. sembra essere stato definito più decisamente da Pagliaro il quale assegna alla disposizione un

illecita quegli elementi, la cui assenza dal solo momento oggettivo o dal solo momento soggettivo non sarebbe sufficiente ad escludere il reato» (*ivi*, p. 447, similmente v. ID., *Il reato*, cit., p. 283). È doveroso precisare la differenza fra il concetto di fatto di reato e quello di azione (o condotta) nell'uso dell'Autore. Il primo è concetto più ampio, comprensivo anche del piano valutativo; il secondo è invece riferito alla sola realizzazione materiale di un comportamento successivamente connotato sul piano giuridico. Il venir meno dell'azione, e non del solo reato, esprime, per così dire, un valore maggiore data l'inesistenza radicale di rilievo penale (cfr. sul punto anche ID., *Principi di diritto penale*, I ed., cit., p. 241 e s.). Similmente, in merito alla costruzione del reato, cfr. ID., *Fatto (diritto penale)* (1967), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano, 2009, III, I, p. 524 e s., ove, ripercorrendo gli argomenti già svolti da Dell'Andro, rigetta la concezione oggettiva dell'antigiuridicità.

⁷³⁸ «[...] la dimostrazione che si tratti di elementi negativi dell'azione illecita suppone soltanto la rilevanza, ai fini della esclusione del reato, tanto della presenza del loro solo aspetto obiettivo, quanto della erronea ammissione di quest'ultimo» (ID., *Il fatto di reato*, cit., p. 449 e s.). Sul rilievo sistematico dell'art. 59 per la ricostruzione della categoria delle cause di esclusione dell'azione, distinta dal fatto, cfr. *ivi*, p. 450. La cadenza del ragionamento è ripercorsa sinteticamente in ID., *Principi di diritto penale*, I ed., cit., p. 427 e s., invariata nell'ultima edizione: p. 451 e s.

⁷³⁹ L'adozione del concetto lato di antigiuridicità è chiara nella pagina di apertura del capitolo del manuale dedicato alla struttura del reato (cfr. *ivi*, p. 223).

preciso valore ermeneutico. Essa infatti determinerebbe l'opzione a favore dell'accezione oggettiva di quegli elementi della fattispecie cui può essere attribuita in astratto tanto una accezione siffatto quanto soggettiva. Nel rilievo oggettivo delle circostanze che escludono la pena l'Autore vede confermata la loro natura di elementi negativi della fattispecie: «Questa impossibilità di configurare il reato là dove sia presente solo l'aspetto obiettivo degli elementi negativi della condotta illecita corrisponde specularmente alla impossibilità di configurare il reato là dove manchi l'aspetto obiettivo di qualche elemento positivo della condotta illecita⁷⁴⁰».

L'adesione al modello bipartito e alla nozione ampia di antigiuridicità rappresenta la base argomentativa anche del lavoro di Grosso cui si è già fatto riferimento risalente anch'esso al principio degli anni '60.

La questione dell'antigiuridicità, quanto a definizione e dunque a posizione sistematica, occupa tutto il primo capitolo del lavoro dell'Autore. Questi, dopo aver sintetizzato le tesi e le argomentazioni relative alla costruzione tripartita e bipartita e avendo dunque dato conto delle due accezioni di antigiuridicità in uso alla dommatica italiana, afferma singolarmente che entrambi i modelli sono dotati di intrinseca validità logica, tale da permettere la costruzione di un modello di reato funzionale alle esigenze ermeneutiche. Ad ogni modo l'opzione di Grosso in riferimento al tema del suo lavoro è favore di una concezione del reato nella quale l'antigiuridicità si definisce come corrispondenza del fatto alla disposizione incriminatrice comprensiva di ogni suo elemento, tanto oggettivo quanto soggettivo. L'opzione, peraltro, si spiega facilmente una volta constatato come l'Autore non

⁷⁴⁰ Si vedano per questa evoluzione del pensiero del Maestro panormita: *ivi*, p. 428 e di recente ID., *Il reato*, cit., p. 283; in entrambe le pagine Pagliaro propone il seguente esempio: «Tizio, pur volendo uccidere, non risponde di omicidio tanto se spara addosso a un pupazzo, quanto se, essendo militare, spara a un soldato nemico, non sapendo che è scoppiata la guerra». Occorrono alcune precisazioni. In primo luogo si può notare come il parallelo, o meglio: la simmetria chiarita dalle esemplificazioni proposte si stabilisce fra la realizzazione dei soli elementi oggettivi di una scriminante e non tanto la mancanza di un elemento positivo della fattispecie, quanto piuttosto l'istituto del reato impossibile. Se dunque l'esempio è riuscito, non convince invece la formulazione della spiegazione che lo precede: non si tratta infatti del non ricorrere di un elemento positivo, considerazione che attiene al profilo descrittivo della fattispecie, quanto alla qualificazione normativa di fatti oggettivamente corrispondenti ad una fattispecie criminosa. Più ficcante è dunque la considerazione che Pagliaro fa seguire all'esempio appena riferito nella pagina del *Trattato* presa in considerazione: «La rilevanza puramente obiettiva è un requisito indispensabile, perché si possa parlare di elementi negativi della condotta illecita. Il suo fondamento sta nel principio generale che nessuno è punibile per un reato putativo».

Capitolo II

ritenga “negoziabile” la qualificazione di antigiuridicità quale corrispondenza del fatto al precetto penale⁷⁴¹.

Altrettanto in linea con l'impostazione tradizionale, l'Autore ammette il criterio di imputazione oggettiva delle scriminanti, il quale non è evidentemente avvertito in contrasto con la natura anche soggettiva dell'antigiuridicità. Riguardo alla regola prevista dal primo comma dell'art. 59 c.p., comprensivo all'epoca di clausola di sussidiarietà, Grosso sottolinea la necessità del riferimento al tenore testuale della singola disposizione scriminante⁷⁴².

Il corso tenuto all'Università di Torino e autorizzato da Marcello Gallo nel 1967 al contrario si muove in un impianto solidamente bipartito, in cui non è lasciato alcuno spazio alla teorica della tripartizione, nemmeno assegnandole quel ruolo residuale di “uso linguistico” che Grosso pure ammette nel suo lavoro. Il reato viene dunque strutturato dall'Autore sulla coppia fatto umano-volontà colpevole; è su questi elementi che incidono le esimenti che si qualificano pertanto quali elementi negativi del reato⁷⁴³.

⁷⁴¹ Cfr. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 42 e s. per quanto concerne l'adesione, ritenuta basilare, ad un concetto relazione di antigiuridicità come raffronto del fatto al diritto oggettivo (antigiuridicità formale) e per l'ammissibilità dell'uso linguistico per il quale l'antigiuridicità è il “contenitore” delle cause di giustificazione; per i riferimenti critici alla accezione così detta oggettiva della stessa e, dunque, alla stessa tripartizione del reato, p. 45 e ss.; infine in ordine alle controobiezioni riguardo alle critiche tradizionali mosse alla bipartizione, p. 50 e ss. L'affermazione dell'equivalenza logica dei due modelli è espressa nel brano seguente: «Concludendo, la dottrina ci offre diverse formule strutturali della fattispecie criminosa, ambedue entro certi limiti giustificabili nella cerchia di una metodologia che intenda impiegare mezzi espressivi puramente logici; finché si rimane su questo piano noi potremo, quindi avere delle preferenze; manca, tuttavia, un criterio adeguato per dimostrare, scientificamente, l'esattezza dell'una e la corrispondente inesattezza dell'altra. [...] saranno, cioè, le specifiche finalità che si intendono perseguire, gli aspetti particolari che si vogliono far presenti, che varranno a giustificare l'adozione di una, piuttosto che di un'altra sistemica» (ivi, p. 57 e s.). L'adesione alla teoria della bipartizione come base per la spiegazione della teoria dell'errore sulle scriminanti, comprensivo nella sistemazione operata da Grosso, è espressa invece con le parole seguenti: «noi abbiamo elevato a categoria dogmatica a sé stante all'interno del reato un concetto di fatto comprensivo degli elementi positivi e negativi oggettivi di cui quello si compone. Questa soluzione ci permette di esprimere in termini di unità concettuale l'errore sui requisiti costitutivi dell'illecito previsti nelle disposizioni di parte speciale del codice penale e l'errore che abbia ad oggetto le cause di giustificazione: essi non costituiscono che diversi atteggiamenti della stessa realtà; sono ambedue ipotesi di errore sul fatto» (ivi, p. 73 e s.). L'intero assetto è stato ribadito dall'Autore più di recente: cfr. ID., *Cause di giustificazione*, cit., p. 1 e ss., specialmente p. 5.

⁷⁴² Cfr. ivi, pp. 111-114. Riguardo all'analisi delle singole cause di giustificazione si rimanda *supra*, cap. I, con riferimento alle singole disposizioni del codice penale. La possibilità che le singole cause di giustificazione possano contenere elementi soggettivi è stata ribadita anche nella voce enciclopedica citata nella nota precedente, ove pure Grosso osserva la non biunivocità della corrispondenza fra struttura oggettiva dell'esimente e natura di causa di giustificazione di ciascuna esimente (cfr. ID., *Cause di giustificazione*, cit., p. 6).

⁷⁴³ Circa il rifiuto del concetto oggettivo di antigiuridicità e la conseguente costruzione tripartita del reato cfr. GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, cit., p. 30 e ss., ove Gallo passa in rassegna le

È proprio nella definizione di elemento negativo che la disposizione del primo comma dell'art. 59 c.p. gioca un ruolo importante. Nel percorso argomentativo svolto da Gallo questa disposizione si pone infatti come *pendant* di quella che sancisce la punibilità del putativo (primo comma dell'art. 49 c.p.) che è ritenuta valere per gli elementi positivi del reato. Alla clausola di sussidiarietà con cui all'epoca si apriva l'art. 59 c.p. Gallo dà poi contenuto non già stabilendo il riferimento alla formulazione letterale delle singole disposizioni, bensì facendo ricorso alla *ratio* di ciascuna scriminante onde cogliere la necessità che il suo effetto sia subordinato alla consapevolezza dell'agire scriminato⁷⁴⁴.

La sistemazione data da Gallo alla materia delle scriminanti è per altro verso interessante in riferimento alla partizione operata dallo stesso fra scriminanti oggettive e soggettive ai sensi dell'art. 119 c.p. La divisione in questione non corre secondo l'Autore sulla formulazione della singola esimente, come pure sembrerebbe potersi desumere dalla lettura dell'art. 70 c.p. L'Autore ritiene infatti che così opinando in riferimento alle scriminanti si sarebbe costretti a rinunciare alla divisione fra scriminanti oggettive e soggettive e dunque all'applicazione dell'art. 119 c.p., in quanto tutte le scriminanti attengono a modalità dell'azione, secondo il disposto dell'art. 70, nr. 1) c.p. Per poter conservare un ruolo alla disposizione dell'art. 119 c.p. anche con riferimento alle cosiddette scriminanti, si deve invece ricorrere alla disciplina del codice di rito (art. 25 c.p.p. del 1930) il quale escludeva l'azione civile nel processo penale per i fatti commessi nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima. Ebbene Gallo interpreta questi elementi come la causa di giustificazione prevista dall'art. 50 c.p.; ad essa aggiunge in forza dell'art.

obiezioni diffuse in dottrina all'adozione del concetto oggettivo di antigiuridicità; fra di esse vale la pena sottolineare gli argomenti rappresentati dalla impossibilità di distinguere nel precetto funzione di valutazione e di determinazione e dalla impossibilità di definire il bene giuridico, la cui lesione sostanzia il parametro della antigiuridicità oggettiva a prescindere dagli elementi soggettivi della fattispecie incriminatrice. Per una maggiore trattazione della critica della antigiuridicità oggettiva e delle sue conseguenze sistematiche cfr. ID., *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., p. 12 e ss.; nonché per la necessità di un concetto soggettivo di antigiuridicità come necessità per una sistematica del reato garantista per il singolo, p. 40 e ss. Sugli stessi temi recentemente ID., *Diritto penale italiano*, cit., p. 209 e ss. circa la strutturazione bipartita del reato ID., *L'elemento oggettivo del reato*, cit., p. 43 e ss.

⁷⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 102, in riferimento al parallelo fra disciplina del putativo e imputazione delle scriminanti; nonché più ampiamente p. 110 e ss., per l'interpretazione della clausola di salvaguardia. In riferimento alla prima questione non si può fare a meno di osservare come il riferimento della regola del putativo agli elementi positivi e quella contenuta nel primo comma dell'art. 59 c.p. non può convincere del tutto giacché non si tratta che di una descrizione del dato positivo letto con le lenti della teoria bipartita. In altre parole l'argomento non sembra essere del tutto convincente.

2044 c.c. anche la difesa legittima: solo queste sarebbero dunque le esimenti oggettive, ai sensi dell'art. 119 c.p.⁷⁴⁵.

6.3. Un primo profilo riassuntivo

L'indagine circa le origini dell'impiego nella dottrina italiana delle nozioni di antigiuridicità e causa di giustificazione nonché del criterio di imputazione di queste ultime permette di scorgere una genealogia concettuale che fa ordine nella congerie di usi linguistici e giustizia di alcuni luoghi comuni diffusi nelle attuali trattazioni di parte generale.

Fino agli anni cinquanta è stata infatti dominante un'idea di antigiuridicità intesa quale sinonimo della rilevanza penale del fatto; pertanto essa era connotata in senso oggettivo e soggettivo in riferimento al suo oggetto, non necessariamente soggettiva tuttavia nel parametro di valutazione, secondo il disposto del primo comma dell'art. 59 c.p. e il carattere oggettivo dell'ordinamento italiano.

Anche la concezione che ammette una nozione oggettiva di antigiuridicità ha tenuto distinte la costruzione del reato dal criterio di imputazione delle cause di giustificazione. A questo riguardo si è visto come fra gli Autori "tripartiti" l'intuizione di Bettiol che stabiliva una relazione di implicazione reciproca fra i termini del trinomio: antigiuridicità, cause di giustificazione, primo comma dell'art. 59 c.p., sia stata coltivata dal solo Santoro. Per il resto della dottrina infatti la ragione dell'imputazione oggettiva delle circostanze di esclusione della pena compatibili con un regime oggettivo era da trovare semplicemente nel noto carattere di oggettività dell'ordinamento penale italiano.

A margine di queste considerazioni relative all'uso ambiguo della nozione di antigiuridicità si osservi come anche l'etichetta "cause di giustificazione" per molto tempo sia stata meno pregnante di significati rispetto a quelli che oggidì le sembrano naturalmente riferiti. Essa ha servito esclusivamente ad un uso didascalico ed è

⁷⁴⁵ Cfr. *ivi*, p. 114 e ss., nonché GALLO M.-SEVERINO, *Antigiuridicità penale*, in *Enc. giur.*, II, 1988, p. 8 e s., ove si sottolinea l'importanza della distinzione fra cause di giustificazione oggettive e soggettive e della conseguente possibilità che la medesima condotta possa dirsi lecita nel solo ordinamento penale o anche in altre branche dell'ordinamento nell'ottica della definizione del carattere pluridimensionale del concetto di illecito. In termini identici, eccezion fatta per la sostituzione dell'art. 25 c.p.p. 1930 con l'art. 652 c.p.p. vigente, cfr. *ID.*, *Diritto penale italiano*, cit., p. 344 e ss. Per una critica dell'argomentazione di Gallo in questione: MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, p. 360, il quale ritiene proficuo tornare al criterio discrezionale stabilito dall'art. 70 c.p. e dunque ad una partizione sostanzialmente descrittiva.

rimasta slegata dalla nozione di antigiuridicità, intesa in quel senso che si è definito stretto. D'altronde l'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p. non è legata in alcun modo nella maggior parte della letteratura presa in considerazione in questo paragrafo al concetto di antigiuridicità.

Non sembra dunque azzardato affermare che negli anni presi in considerazione si sia trattato sotto il capitolo della natura oggettiva o soggettiva dell'antigiuridicità di nient'altro che della questione della possibilità di ammettere nel concetto di fatto anche i profili soggettivi. Al contrario rimaneva fuori di dubbio il criterio di imputazione oggettiva delle cause di giustificazione e dunque non si faceva questione circa la necessità della consapevolezza dell'agire lecito per l'affermazione del carattere lecito della condotta.

Da ultimo è utile rimarcare come sin dai primordi della teoria generale del reato in Italia si sostenesse la difficoltà di distinzione fra i concetti di oggettivo e soggettivo. Lo stimolo che deriva da questa osservazione non è di poco momento giacché la riflessione su queste due categorie e sulla possibilità di distinguerle è potenzialmente in grado di minare le basi di una concezione descrittiva dell'illecito e la stessa possibilità di fondare la soluzione del quesito circa l'eventuale imputazione soggettiva di una causa di giustificazione sulla "ontologia" dell'illecito penale.

7. (segue) Il dibattito contemporaneo

Mentre la dottrina italiana fino all'elaborazione del secondo dopoguerra pare, sebbene con vistose e autorevoli eccezioni, arroccata sulla posizione tradizionale, il dibattito che si è scelto di definire, per ragioni più metodologiche che cronologiche, contemporaneo⁷⁴⁶ si presenta caratterizzato da un contrasto fra costruzione tripartita,

⁷⁴⁶ Il predicato di contemporaneità contenuto nel titolo del paragrafo necessita la stipulazione di un termine *a quo*. Si è ritenuto di far coincidere quest'ultimo con la produzione scientifica di Autori le cui opere attualmente trovano diffusione negli insegnamenti universitari ma soprattutto che hanno fatto proprio e attuato il metodo di una scienza criminale indirizzata non più alla mera esegesi del testo normativo, bensì comprensiva di ogni parte del sistema criminale. Il rinnovamento metodologico, pur bisognoso di precisazioni scève da dogmatismi (v. a riguardo DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Milano, 1996, p. 18 e ss.), ha comportato l'abbandono della deduzione speculativa per via esclusivamente logica di regole particolari da partizioni generali in favore della soluzione dei quesiti posti dal diritto penale, *in primis* quello relativo alla stessa struttura del reato, attraverso il coordinamento fra i vari livelli normativi e la considerazione delle finalità politico-criminali perseguite con l'intervento sanzionatorio. In argomento basti citare, quale contributo fondante la ricostruzione costituzionalmente orientata del sistema penale, BRICOLA, *Teoria generale del reato* (1973), in ID., *Scritti di diritto penale*, I/1, Milano, 1997, *passim* e specialmente p. 543 e ss.; nonché ID., *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, cit., p. 1597 e ss.; infine, più recentemente,

Capitolo II

nella sua visione classica ovvero in quelle più aggiornate, e sostenitori della sistematica bipartita. Gli esiti sul terreno dell'imputazione psicologica delle circostanze sono di rilievo giacché per la prima volta il primo comma dell'art. 59 c.p. rientra nel *focus* di quanti si sono interrogati sulla natura e sulla consistenza dell'antigiuridicità, tanto in veste di segnacolo dell'antigiuridicità oggettiva tipica della costruzione tripartita, quanto ravvisando in esso un idolo polemico contro cui rivolgere gli strali di una concezione dell'antigiuridicità e dell'illecito connotate ormai da profili soggettivi.

Ancora una volta, almeno in riferimento alle opere di questa contemporaneità più lontane dal tempo di questo lavoro, è utile affidarsi ad una sintesi diacronica.

7.1. Gli anni '70 e '80

Nella prima edizione del suo fortunato manuale Ferrando Mantovani, dopo aver dato conto della contrapposta nozione di antigiuridicità relativa ai due sistemi alternativi di costruzione del reato, propende per la bipartizione avvertendo tuttavia la convenzionalità ineliminabile di ogni partizione all'interno della struttura del reato e la necessità di preservare il carattere unitario del reato come fatto giuridicamente rilevante, di conseguenza il ricorrere di una causa di giustificazione determina l'assenza del fatto tipico, stante la natura di elemento negativo che la stessa riveste. L'effetto sistematico del ricorrere delle scriminanti dà ragione nel sistema di Mantovani della regola contenuta nel primo comma dell'art. 59 c.p.: la mancanza di lesione giuridicamente rilevante comporta che la consapevolezza della liceità della condotta del soggetto sia irrilevante per l'ordinamento, conformemente all'indirizzo oggettivistico dell'ordinamento italiano⁷⁴⁷. A ben vedere è proprio quest'ultima la

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 65 e ss. Danno testimonianza di questo mutamento nella dottrina italiana, pur ancorata ad un metodo sin dall'origine teleologico, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1191 e ss.; nonché FIORELLA, *Reato in generale*, cit., p. 788 e s., il quale sottolinea la familiarità della dottrina italiana sin dall'insegnamento del Carrara con il metodo teleologico che viene sostanziato in una «ricostruzione in chiave teleologica della struttura del reato [...] operata tenendo conto della distinzione tra ciò che viene valutato e ciò che rappresenta più esattamente la valutazione di esso», ove la nota teleologica consiste nella scelta come parametro valutativo del «contenuto di disvalore del reato facendo fatalmente richiamo anche ai loro significati sistematici, onde spiegare la disciplina positiva»; da ultimo DONINI, *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 96 e ss.

⁷⁴⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, I ed., Padova, 1979, p. 134, ove si afferma che le ragioni a sostegno dell'adozione della bipartizione del reato in elemento oggettivo e soggettivo sono da ricercare nella disciplina positiva dell'errore sulle scriminanti, nella «inutilità della antigiuridicità

ragione dirimente della liceità della condotta solo oggettivamente scriminata; tuttavia occorre constatare che nell'argomentazione di Mantovani rimane implicito un requisito: la caratterizzazione esclusivamente oggettiva della lesione a sua volta poggiata su una considerazione del bene giuridico comprensiva di soli elementi materiali.

Si è già fatto ampio ricorso all'unico lavoro monografico italiano in tema di elementi soggettivi comparso nel 1980; occorre tuttavia riaprire il tomo al fine di valutare quale sia stato nella ricostruzione di Spagnolo il ruolo giocato dai concetti di illecito e antigiuridicità nella soluzione del quesito relativo al criterio di imputazione delle cause di giustificazione.

L'indagine tuttavia è destinata a fallire. In più punti significativi del lavoro infatti Spagnolo denuncia la scarsa rilevanza ai fini della soluzione del quesito proposto rivestita dall'opzione a favore di una sistematica bipartita in luogo di una tripartita; e in seguito, una volta aderita a quest'ultima, dalla qualificazione della singola esimente come causa di giustificazione ovvero come scusante. Sulla ricostruzione dogmatica infatti deve sempre prevalere il dato ermeneutico, il quale è l'unico tramite fra il tenore della legge e la decisione del giudice nel caso concreto⁷⁴⁸.

obiettiva come terzo elemento» nonché per ragioni di semplicità sistematica; circa il «fondamento tecnico-dommatico» delle scriminanti e in relazione infine all'imputazione oggettiva delle stesse, p. 220 e s., ove si legge: «Sotto il profilo sostanziale le scriminanti costituiscono dei limiti alla tutela del bene giuridico: in presenza di esse manca l'offesa per la semplice ragione che il bene non è più tutelato dalla norma. Vi sarà una offesa materiale [...] ma non una offesa in senso giuridico perché appunto "giustificata". Ed in base al principio della offensività il fatto non può essere considerato dal legislatore reato anche quando l'agente, ignorando l'esistenza della scriminante, credeva di commettere un fatto criminoso: il che non sarebbe per una concezione soggettivistico-sintomatologica del diritto penale». Similmente anche nell'ultima edizione del manuale: ID., *Diritto penale*, X ed., Padova, 2017, p. 234.

⁷⁴⁸ Il convincimento dell'Autore si trova espresso in diverse formulazioni. In apertura del libro, per esempio, e in polemica con la tesi di Ferrando Mantovani, Spagnolo afferma: «Dalla indiscutibile premessa [...] secondo la quale l'esistenza di una scriminante esclude l'offesa, se non addirittura il fatto tipico, non può dedursi il corollario della rilevanza necessariamente oggettiva delle scriminanti». Nel prosieguo dell'opera, pronunciandosi in punto di metodologia dello studio giuridico, l'Autore sottolinea come la soluzione del quesito dell'imputazione delle cause di giustificazione a partire da presupposti dommatici "tripartiti" «sollev[i] giuste perplessità di ordine metodologico, [e appaia] infondata, specie se ci si attesta su posizioni radicali». Egli ritiene infatti che «nulla viet[i] al legislatore, che voglia ispirarsi, in linea di massima, al criterio di non esigibilità, di tener conto, nel precisare la disciplina della scriminante, anche di principi logici diversi e perciò di condizionare la non punibilità o un diverso titolo di punibilità a situazioni oggettive. Al contrario nulla vieta al legislatore, che abbia fondamentalmente accolto il criterio del bilanciamento degli interessi, di subordinarne il rilievo e l'efficacia ad elementi di natura soggettiva. In genere anzi la prevalenza di un interesse è sempre limitata e condizionata in modo diverso dalle varie situazioni concrete, prime fra tutte quelle che fanno riferimento all'atteggiamento psicologico dell'agente, per cui uno stesso bene può essere tutelato o meno – o tutelato in modo diverso – a seconda che sussista o meno un

Capitolo II

Non per questo tuttavia Spagnolo abdica all'indagine di sistema nella formulazione della soluzione soggettivista al quesito dell'imputazione delle cause di giustificazione. Il rilievo psicologico delle cause di giustificazione previste nella parte generale dagli artt. da 51 a 54 c.p. è argomentato infatti anche sulla base della applicabilità della figura dell'eccesso colposo solo a queste esimenti, e non anche al consenso dell'avente diritto che a giudizio dell'Autore rimane esempio di scriminante oggettiva. L'eccesso colposo, ridotto all'unico caso in cui l'agente erri nell'esecuzione dell'azione lecita consapevolmente intrapresa, presuppone infatti un profilo psicologico che è incompatibile con l'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione⁷⁴⁹.

L'adozione di una prospettiva basata principalmente sulla lettera delle singole disposizioni contenenti cause di esclusione della punibilità permette inoltre a Spagnolo di risolvere il *rebus* del coordinamento degli articoli 70 e 119 c.p. con l'adozione di un criterio letterale che tuttavia rimane non del tutto chiaro⁷⁵⁰.

determinato elemento di natura soggettiva. Le scelte del legislatore dunque non sono mai così nette; ché anzi, spinto da finalità concrete diverse e spesso contrastanti e necessitato ad operare una mediazione nella concretezza della sua prospettiva, il legislatore è per lo più costretto ad "inventare" soluzioni capaci di soddisfare esigenze diverse, estremamente articolate e complesse, talvolta addirittura contraddittorie. Di guisa che il dato normativo finisce col non ritrovarsi tutto, né nell'uno né nell'altro principio e rifiuta di lasciarsi contenere entro schemi logici prefissati».

Nel finale del volume Spagnolo trae le debite conclusioni da queste realistiche premesse (peraltro difficilmente confutabili). Qui infatti egli afferma che i risultati ermeneutici raggiunti difficilmente potrebbero essere smentiti sulla sola base di una opzione dogmatica pregiudiziale. D'altro canto ammettere che le cause di giustificazione contengono elementi soggettivi non comporta frizioni né con la sistematica degli elementi negativi né con la tripartizione, solo che si ammetta di derogare ad un concetto rigido di anti-giuridicità, scevro di qualsiasi elemento soggettivo. Quest'ultimo esito tuttavia è escluso da Spagnolo grazie al riferimento alla teoria tedesca degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione. In definitiva Spagnolo sancisce la prevalenza del piano ermeneutico sulla ricostruzione "a freddo" del sistema: «[le differenti ricostruzioni dogmatiche] hanno significato, e sono di effettivo ausilio per l'operatore del diritto, solo in quanto valgono, appunto, a chiarire, sempre di più e sempre 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» (cfr. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 3, 36, 121 e ss.).

⁷⁴⁹ Spagnolo esclude dall'eccesso colposo ovviamente l'eccesso doloso ma anche altre figure tradizionalmente ricondotte all'art. 55 c.p.: il caso in cui l'agente precipitosamente agisca senza procedere all'indagine circa la sussistenza della scriminante e i limiti dell'azione lecita, che viene ricondotto alla colpa cosiddetta propria; il caso in cui l'agente agisca nei limiti ma con finalità differenti, che esula dall'ambito di liceità per assenza degli stessi presupposti della scriminante; il caso in cui, ottenuto lo scopo di salvezza lecito in modo altrettanto lecito, l'agente prosegua la condotta fino ad esiti non necessari, caso che lascia residuare una responsabilità dolosa. La limitazione dell'ipotesi prevista nell'art. 55 c.p. al solo caso di eccesso nell'impiego dei mezzi salvaguarda a parere di Spagnolo anche l'autonomia della disposizione che altrimenti si sovrapporrebbe alla disciplina dell'errore sulle cause di giustificazione (*ivi*, pp. 110-111).

⁷⁵⁰ Di conseguenza Spagnolo rigetta l'argomentazione di Grosso che riferisce la disciplina dell'art. 119 c.p. alla illiceità extra-penale della singola condotta; d'altra parte la congenita sfiducia nelle

La risposta che in quegli anni invece Vassalli dà al quesito del rilievo soggettivo o oggettivo delle scriminanti è impostata su solide basi tripartite di ascendenza direttamente delitaliana. È da osservare tuttavia come l'Autore prenda coscienza delle obiezioni mosse alla sistemazione tripartita del reato; nondimeno essa appare a suo giudizio sostenibile sulla base di un argomento per così dire naturalistico: il rilievo cioè per cui il fatto a prescindere dalle qualifiche normative esprime una componente materiale lesiva. Ben conscio delle difficoltà cui la tripartizione è andata incontro nel suo sviluppo storico all'interno della dottrina tedesca, Vassalli ritiene che queste non infirmo la solidità dell'impianto i cui meriti consistono nella chiarezza della strutturazione dell'illecito e nell'affermazione della precedenza logica del giudizio di lesività, e dunque di liceità, su quello di colpevolezza⁷⁵¹.

L'imputazione delle cause di giustificazione è dunque per Vassalli oggettiva, come oggettivo è il giudizio di antigiuridicità. L'Autore tuttavia si dimostra meno

classificazioni della tripartizione impediscono all'Autore un riferimento sbrigativo alla qualificazione del fatto come scriminante o colpevolezza.

La soluzione proposta suona nei seguenti termini: «Se l'elemento a struttura subiettiva apparisse, ma con *sicura* certezza, utilizzato solo come tramite di collegamento di una situazione oggettivamente già piena di significato positivo (solo, cioè, come veicolo di trasmissione di un significato di quel significato – già autonomamente riconoscibile – nella psiche del soggetto), si potrebbe, al limite, ritenere che, una volta, comunque, riconosciuta la sua presenza nella situazione, perché uno dei concorrenti 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 – in quanto tale – 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. Ma se, invece, l'elemento subiettivo sia essenziale o coessenziale a definire il significato sociale del fatto in termini di positività [...], non si potrà prescindere in rapporto agli altri compartecipi». Il criterio della pregnanza dell'elemento psicologico per l'applicazione della scriminante non apporta tuttavia un miglioramento in termini di chiarezza dell'ermeneutica della disposizione; ma (forse) non si tratta che di toccare ancora una volta i limiti intrinseci dello strumento linguistico: non vi è – nel diritto lo si avverte con dolore – sforzo definitorio che possa dirsi infatti definitivo (*ivi*, pp. 111-120, specialmente p. 116).

⁷⁵¹ Cfr. per esempio VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato* (1981), in *ID.*, *Scritti giuridici*, I, II, Milano, 1997, p. 923 e s., specialmente p. 930, ove si chiede retoricamente: «E, per converso, perché dovremmo rinunciare a fornire nell'analisi del reato una dimensione che corrisponda all'uccisione del nemico in guerra, che come fatto è identica all'omicidio (e può esserlo anche come elemento soggettivo), ma omicidio non è per difetto di antigiuridicità?»; per altro verso la distinzione fra i giudizi di tipicità e quelli di antigiuridicità e colpevolezza è stabilita da Vassalli sulla differenza fra il primo, meramente descrittivo, e gli ultimi due di carattere schiettamente normativo. Alla considerazione si può obiettare come anche il giudizio di tipicità non è descrittivo dal momento che, al pari quantomeno del giudizio di antigiuridicità, si sostanzia pur sempre in un giudizio di sussunzione di un fatto sotto una fattispecie (cfr. *ivi*, p. 912 e ss.). Circa la presa di coscienza delle difficoltà sistematiche di cui soffrono la costruzione tripartita e il concetto oggettivo di antigiuridicità v. *ivi*, p. 903 e ss. È da osservare come proprio la consapevolezza dei limiti logici della sistemazione tripartita porti Vassalli a ricercare un valore nella costruzione tripartita che è individuato per la verità in ragioni di carattere espositivo e pedagogico, come ammesso dallo stesso Autore.

Capitolo II

categorico di quanto farà la dottrina tripartita successiva: egli, consonante con la dicitura della clausola di salvaguardia abrogata nel 1990, ammette che la formulazione delle singole disposizioni scriminanti possa determinare un'imputazione soggettiva delle stesse; non è però in discussione il ruolo del primo comma dell'art. 59 c.p.: «Come non riconoscere [...] che in questo caso ciò che conta è l'inesistenza di illiceità oggettiva del fatto e che dunque il reato è escluso prima e all'infuori di ogni elemento psicologico? e che pertanto è inutile indagare la colpevolezza quando l'antigiuridicità è esclusa⁷⁵²».

Nello stesso anno appare sull'*Archivio penale* il contributo di Riz già richiamato precedentemente in questo lavoro. Nel rendere conto dello stadio di recepimento della costruzione tripartita del reato, l'Autore aderisce a quest'ultima sistemática, "aggiornata" all'ammissione *inter alia* degli elementi soggettivi dell'illecito e delle cause di giustificazione e adotta un uso linguistico destinato ad avere fortuna. Riz infatti riferisce direttamente l'antigiuridicità non più alla corrispondenza del fatto con la disposizione legale bensì alla classe delle cause di giustificazione e, predicandola soggettiva, afferma la necessaria imputazione soggettiva di queste ultime⁷⁵³.

Tra i contributi comparsi in quegli anni è all'opera di Marinucci che occorre prestare attenzione in ragione della risonanza che la sistemazione operata dal Maestro ha avuto e ha nel panorama penalistico italiano.

I riferimenti principali per l'indagine in oggetto sono le due voci enciclopediche edite nel 1987 sul *Digesto*. In esse l'Autore ripropone il modello tripartito puro di Delitala, sostenendo la necessità dell'individuazione del concetto di

⁷⁵² Cfr. VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità* (1984), *ivi*, p. 949; all'affermazione segue il consueto esempio dell'uccisione del soldato in guerra. Nel saggio prima citato, invece, la questione dell'imputazione delle cause di giustificazione era presa ad esempio, a mo' di eccezione confermatrice la regola, di come la costruzione tripartita del reato non possa essere ritenuta una sistemática infallibile, essendo sempre limitata dal confronto con l'interpretazione delle singole disposizioni di legge.

Una concezione tripartita classica, intesa come garanzia strutturale di un diritto penale della lesione e non della disobbedienza, fa da sfondo anche alle annotazioni contenute in MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 82 e ss., nonché p. 101 e ss. L'Autore individua proprio nell'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione un chiaro segno dell'indirizzo dell'ordinamento penale italiano a configurarsi come protezione di beni giuridici.

⁷⁵³ Cfr. RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana*, cit., p. 612. È peraltro da ricordare come già Bettiol sin dalla prima edizione del manuale aveva accolto la costruzione tripartita del reato "aggiornata" alla presenza di elementi soggettivi nel fatto tipico.

fatto come pietra miliare della costruzione del reato e la caratterizzazione conseguente dell'antigiuridicità come giudizio di confronto del fatto con l'ordinamento⁷⁵⁴.

L'Autore trae un argomento di prim'ordine a conferma dell'autonomia concettuale dell'antigiuridicità dalla disposizione del primo comma dell'art. 59 che viene quindi consacrato insieme ai contrassegni di illiceità espressa quale epifania della categoria all'interno dell'ordinamento. Secondo Marinucci (si ricordi che vigeva nel 1987 ancora la vecchia formulazione della disposizione, comprensiva di clausola di salvaguardia) è tuttavia «pur chiaro [il] rapporto di regola-eccezione» stabilito dalla disposizione in questione: essa presuppone infatti che l'antigiuridicità sia fondamentale valutata oggettivamente, altrimenti non vi sarebbe stata necessità di una clausola di salvaguardia di eventuali ipotesi contrarie⁷⁵⁵. È dunque

⁷⁵⁴ Prima che alle voci enciclopediche a cui si è alluso, è necessario fare riferimento tuttavia all'importante saggio del 1981 in cui Marinucci affrontò le principali obiezioni mosse alla tripartizione e sottolineò i meriti della costruzione tripartita, in special modo dell'isolamento della categoria del fatto nel suo significato pregnante di lesività materiale. Nello stesso saggio l'Autore, in materia di rapporti fra dolo e antigiuridicità, ribadì incidentalmente, sulla scorta della antica teoria dell'irrelevanza della convinzione dell'agente circa il carattere illecito della sua condotta la riconducibilità di questa casistica alla costellazione del reato putativo (cfr. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, cit., pp. 1191 e ss., nonché, circa i rapporti fra antigiuridicità e dolo, p. 1239 e ss.).

Nella prima delle due voci enciclopediche a cui si fa riferimento Marinucci sottolinea ancora una volta il significato politico-criminale della costruzione tripartita incentrata su una nozione di fatto declinata su parametri di lesività oggettiva i quali vengono invece persi in una costruzione che privilegia i contrassegni soggettivi della condotta dell'agente. Ancora una volta, come già nel saggio di sei anni precedente, l'opzione in favore della separazione del fatto, come contrassegno della lesività della condotta, è fondata da Marinucci in sostanza sull'adesione al paradigma penale liberale: «Diventa così palese che il ferreo ordine “logico” della tripartizione codificato da Beling – ‘prima’ il fatto, ‘poi’ l'antigiuridicità, ‘quindi’ la colpevolezza – rispecchia e ripropone un preciso ordine “teleologico” del diritto penale; dichiaratamente, l'ordine di un diritto penale secolarizzato, non più “guardiano della virtù” e della “vita interiore degli uomini”, che muove dall'oggettivo verso il soggettivo in quanto tende, “primariamente”, ad assicurare “l'ordine dei beni” della “vita associata esterna”. Il primato del fatto nella serie dei connotati del reato è, per l'appunto il correlato di quel primato finalistico: sta a denotare, come già nel modello giusnaturalistico e illuministico, gli accadimenti esteriori selezionati “primariamente” dalla legge penale, occupando nell'edificio del reato il coerente posto di “pietra angolare” rispetto agli altri connotati» (cfr. ID., *Antigiuridicità*, cit., p. 176 e ss.).

⁷⁵⁵ Si legga anche il passo che segue: «In un sistema basato sulla distinzione tra antigiuridicità del fatto e colpevolezza dell'agente, fatti conformi al diritto non diventano antigiuridici sol perché con essi vengono perseguiti scopi riprovevoli o antigiuridici; può solo accadere che la conformità al diritto dipenda talvolta dall'esercizio di una facoltà o dall'adempimento di un dovere, la cui attribuzione o imposizione da parte di una norma avvenga in vista di interessi il cui soddisfacimento è incompatibile con la presenza o l'assenza di particolari conoscenze o finalità, le quali perciò rappresentano un limite al sorgere stesso di quella facoltà o di quel dovere». Tuttavia – avverte Marinucci – non si tratterà mai di subordinare il giudizio di illiceità della condotta al perseguimento di fini o a particolari atteggiamenti interiori: «In ultima analisi: ciò che decide della conformità al diritto o dell'antigiuridicità di un fatto penalmente rilevante, anche in questi casi, è sempre e invariabilmente il suo essere o meno “esercizio di una facoltà legittima” o “adempimento del dovere”: la colpevolezza

Capitolo II

con le lenti dell'eccezionalità che bisogna leggere la previsione di elementi soggettivi che talvolta compaiono nelle cause di giustificazione; in ogni caso non si richiede per il giudizio di illiceità la considerazione della psiche dell'agente, la sua partecipazione alla condotta lesiva. Come si è già visto, l'importanza dell'elemento soggettivo che viene di volta in volta in questione può però essere tale da mettere in dubbio il carattere eccezionale del suo rilievo e, una volta ammesso il rilievo degli elementi soggettivi seppure per via eccezionale, diviene difficile ritenere ininfluenza sul giudizio di anti giuridicità la considerazione del profilo psicologico dell'agente.

Sempre al 1987 risale un'altra importante voce enciclopedica a firma di Fiorella in cui è possibile individuare un contributo sistematico alla soluzione del quesito relativo all'imputazione delle cause di giustificazione. L'Autore muove da una premessa di carattere sistematico e da un'altra di carattere, per così dire, di politica del diritto. La prima consiste nell'avvertimento dell'insufficienza della sola costruzione tripartita del reato a soddisfare le esigenze ricostruttive del sistema penale. La seconda concerne la consapevolezza, raggiunta a mezzo dell'applicazione del metodo teleologico di indagine, del fatto che il reato è un sistema formale rispondente ad esigenze sociali che impongono all'interprete il continuo raccordo delle categorie teoriche con gli interessi e le aspettative dei consociati (ciò che va sotto l'etichetta sintetica di «disvalore»)⁷⁵⁶.

Conseguentemente a queste premesse, dopo aver sottolineato l'importanza politica dei principi di materialità e offensività, L'Autore può mettere in relazione la categoria delle cause di giustificazione tanto con l'offensività quanto con la riprovevolezza del fatto. Vengono così superate sia quelle posizioni tripartite "dure" (ad esempio la concezione di Marinucci), che riferiscono il giudizio di anti giuridicità

dell'agente resta un problema successivo e a sé stante» (ivi, p. 183). L'affermazione tuttavia sembra portare acqua più al mulino dell'anti giuridicità formale che a quello dell'anti giuridicità oggettiva giacché in sostanza si afferma che è dirimente in ogni caso la fisionomia del parametro legale su cui è misurata la nota di liceità della condotta. Similmente: MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, cit., p. 142 e ss. e ultimamente MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 272. In un contributo del 2011, invece, Marinucci sembra escludere categoricamente qualsiasi rilievo soggettivo delle cause di giustificazione: MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale*, cit., p. 12.

⁷⁵⁶ Cfr. FIORELLA, *Reato in generale*, cit., p. 783 e ss., per ciò che riguarda la sistematica del reato; p. 788 e s., in riferimento alla necessità di un metodo teleologico nella costruzione del reato. È il caso di rimarcare l'affrancamento dell'Autore, peraltro non nuovo nella dottrina italiana (cfr. le posizioni di Grosso ricordate *supra*, cap. II, par. 6), da una adesione acritica al paradigma tripartito che si rende evidente nell'analisi del tema cruciale dell'errore sulla scriminante, in riferimento al quale Fiorella osserva le maggiori possibilità euristiche della teorica bipartita rispetto a quella tripartita (ivi, p. 784 e ss.).

alla mera materialità lesiva del fatto oggettivamente connotato, sia le opinioni bipartite (si pensi alle pagine di Mantovani prima ricordate) che a partire da una sistematica bipartita e in ragione di un concetto materiale di offesa cui è legata la giustificazione, avevano negato rilievo ai profili soggettivi della giustificazione. Il fatto che la giustificazione implichi tanto la dimensione lesiva quanto quella del rimprovero personale fa sì che non siano estranei alla discipline delle cause di giustificazione⁷⁵⁷ i profili soggettivi. Di conseguenza il disposto del primo comma dell'art. 59 c.p. è valido solo in riferimento agli elementi della singola causa di giustificazione non incompatibili con il suo tenore. Ad ogni modo l'Autore dà per evidente che le singole cause di giustificazione possano contenere elementi soggettivi necessari al "funzionamento" della fattispecie scriminante⁷⁵⁸.

7.2. Gli anni '90: aperture sistematiche all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione

All'avvento dell'ultimo decennio del secolo, anche in ragione del lavoro incessante di elaborazione dei temi più controversi della teoria del reato, il modello tripartito può dirsi vastamente diffuso tra gli Autori italiani.

Nel 1990 Mario Romano dà ormai per acquisita la costruzione tripartita all'interno della quale la antigiuridicità è definita come giudizio di corrispondenza all'ordinamento e posta in relazione tanto con il carattere formale dell'assenza di cause di giustificazione quanto con quello materiale del bilanciamento dei beni o in alternativa della soluzione di conflitti sociali.

Ragionando *de iure condendo* Romano ricostruisce la categoria delle cause di giustificazione in riferimento a quella dell'antigiuridicità; definita quest'ultima come valutazione oggettiva di corrispondenza con l'ordinamento, l'Autore stabilisce la regola di imputazione oggettiva delle prime consistente nella non necessaria

⁷⁵⁷ Fiorella, infatti, aderisce alla identificazione del fenomeno giustificativo con l'assenza di cause di giustificazione.

⁷⁵⁸ «Per l'esclusione del reato la legge può richiedere ulteriori elementi strutturalmente psicologici (o soggettivi); al fattore influente sull'offensività deve allora aggiungersi un fattore influente sulla riprovevolezza del fatto in senso stretto (materiale e psicologico)» e ancora, poco oltre: «Tutto ciò dimostra – come detto – che le cause di giustificazione, nella misura in cui si configurano in concreto come fattori "oggettivi" influenti sull'offesa al bene giuridico, non per questo escludono necessariamente di per sé il reato. In più le fattispecie "giustificatrici" possono esigere che si realizzino elementi soggettivi integranti fattori influenti sulla riprovevolezza del fatto inteso in senso stretto» (v. *ivi*, p. 803).

Capitolo II

conoscenza della sussistenza dei presupposti oggettivi in capo all'agente. Romano fa tuttavia salva la possibilità che la legge possa ammettere per via eccezionale il rilievo di elementi soggettivi, in ragione del soddisfacimento delle esigenze sociali cui corrisponde la singola fattispecie scriminante. Corollario dell'oggettività delle cause di giustificazione è la comunicabilità delle stesse ai compartecipi nel fatto dimodoché sarebbe sufficiente la qualifica di causa di giustificazione a garantirne l'applicazione anche a quello dei compartecipi che fosse ignaro della sua sussistenza. Nel caso di scriminanti eccezionalmente provviste di elementi soggettivi, basterebbe che uno solo dei partecipi abbia maturato la condizione psicologica in questione⁷⁵⁹.

Un contributo alla teoria del reato nel dibattito contemporaneo è stato apportato da Donini a partire dal 1991⁷⁶⁰.

L'Autore elabora una rifondazione della teoria del reato la quale si presenta ai suoi occhi sbilanciata sul paradigma oggettivista della lesione del bene giuridico. Al contrario Donini intende sottolineare l'importanza del principio costituzionale della colpevolezza consacrato dalla sentenza 364/1988 della Corte costituzionale nonché evidenziarne la portata fondante all'interno della costruzione del reato. L'esito dello sforzo dell'Autore è un'indagine meticolosa della parte generale del diritto penale volta a eradicare usi ermeneutici e pratiche applicative che, conseguenti alla mancata applicazione del canone della colpevolezza, comportano di fatto la permanenza nell'ordinamento penale italiano di ipotesi di responsabilità oggettiva. La stessa lesività espressa dal reato non è più caratterizzata esclusivamente come lesione di un

⁷⁵⁹ Cfr. ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 56, per quanto riguarda il concetto di antigiuridicità e la relazione con le cause di giustificazione; p. 65 e s., in riferimento all'imputazione oggettiva. In riferimento alla comunicabilità ai compartecipi l'Autore si riporta all'opinione espressa da Spagnolo, tuttavia non fa menzione della condizione che questi pone alla comunicabilità della scriminante soggettiva anche ai soggetti che non abbiano maturato l'adeguato profilo psicologico: che cioè l'elemento soggettivo in questione non sia pregnante nell'economia della disposizione. Nel suo *Commentario* successivamente Romano ripropone l'idea che l'imputazione oggettiva delle scriminanti derivi direttamente dalla natura di esclusione dell'illecito, nonché dal principio di irrilevanza del putativo. Essendo ancora vigente la vecchia formulazione dell'art. 59 c.p., l'Autore sosteneva che la dimensione della deroga posta dalla clausola di salvaguardia fosse controversa, giungendo a negare sulla base della letteratura degli anni '60 relativa alle singole cause di giustificazione che vi fosse un vero spazio per una imputazione soggettiva di dette scriminanti; egli riteneva invece completamente valida la deroga potenziale in riferimento alle scusanti e alle cause di esclusione della punibilità in senso stretto (cfr. ID., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 564 e s.).

⁷⁶⁰ La vasta produzione dell'Autore sul tema della costruzione dell'illecito e dunque dell'antigiuridicità si può dire ancora in corso; essa abbraccia dunque più di un ventennio. Cionondimeno, e similmente a quanto si è già fatto in riferimento agli altri Autori, si preferisce condensare la posizione dell'Autore in un profilo sintetico a partire dal primo contributo sui temi di questo lavoro.

bene inteso prevalentemente in modo oggettivo: le modalità della condotta infatti incidono in modo significativo sulla definizione del bene giuridico. È dunque essenziale per Donini procedere ad una costruzione differente dell'illecito penale: non è più sostenibile la definizione del fatto in termini solo oggettivi; esso, invece è comprensivo anche dei contrassegni soggettivi della condotta. Per altro verso l'antigiuridicità non si qualifica come elemento, anch'esso a carattere oggettivo, del reato poiché il contenuto di lesività è pienamente assorbito dal concetto di fatto illecito; la concezione che vede nell'antigiuridicità oggettiva un elemento del reato è perciò da rigettare in quanto espressione di una concezione volontaristica dell'ordinamento statale e di conseguenza del carattere sanzionatorio della sua componente penale. L'esclusione di una caratterizzazione generale ed obiettiva della antigiuridicità comporta la necessità di spiegare altrimenti il funzionamento delle scriminanti. A questo riguardo Donini descrive l'efficacia della disposizione scriminante non come elemento (negativo) del fatto o del reato, a seconda che si aderisca alla visione bipartita o tripartita; le scriminanti sono invece cause esterne all'illecito capaci di estinguerne il disvalore penale in ragione di elementi materiali verificatisi, di modalità di condotta o di qualsiasi altro contenuto di una disposizione scriminante. Tutto il disvalore del fatto dunque trova espressione nell'illecito, cioè nella corrispondenza al fatto; esso sorge illecito a meno dell'azione di una circostanza scriminante la quale così non ha alcuna capacità di fondarlo e non può per tanto dirsi elemento costitutivo. L'illecito così strutturato assurge ad essere un reato solo se è accompagnato dalla colpevolezza della condotta la quale si connota non per l'essere il contenuto dei tratti soggettivi della condotta né per il costituire un nuovo giudizio su differenti parametri delle componenti soggettive della condotta già materia del vaglio di illiceità; al contrario essa costituisce un giudizio sull'illecito basato sulla valutazione delle motivazioni dell'agire del soggetto⁷⁶¹.

⁷⁶¹ Il lettore perdonerà, qui come altrove, la sintesi a cui si è costretti dall'esigenza di economia: la mole dell'*opus* dell'Autore è peraltro ingente. Si spera di ovviare con l'indicazione di alcuni riferimenti bibliografici relativi all'opera citata (e ancora il lettore avrà pazienza per la lunghezza di questa annotazione): cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., cap. I, *passim*, e nello specifico p. 2 e ss., riguardo alla necessità della recezione del principio di colpevolezza come elemento fondante del reato in ogni sua componente; p. 19 e ss., per la collocazione dei contrassegni soggettivi nelle varie componenti del reato e corrispondentemente per la definizione delle stesse; per la nozione e gli effetti del giudizio di illiceità e dunque per il "funzionamento" delle scriminanti, cap. II, *passim*, e particolarmente, p. 168 e ss., nonché 197 e ss., ove Donini intraprende

la critica della concezione oggettiva dell'antigiuridicità secondo il modello della tripartizione, nonché degli altri modelli alternativi di ricostruzione del fenomeno giustificativo.

I convincimenti dell'Autore sono sostanzialmente ribaditi, talvolta con variazioni, anche nella sua produzione successiva: cfr. innanzitutto ID., *Teoria del reato*, cit., p. 74 e ss., p. 99 e ss., nonché p. 108 e ss., in riferimento all'importanza anche dei contrassegni soggettivi per la definizione dell'identità del fatto tipico; p. 105 e ss., circa la necessità che il disvalore del reato sia desunto dall'interezza degli elementi della fattispecie, senza pregiudizio di alcuno di essi; p. 159, per una rifondazione del concetto di illecito intorno alla parificazione di disvalore di azione e di evento, a seguito della sent. 364/1988 Corte Cost., e sulla base dell'acquisizione dei criteri di imputazione oggettiva come contenuto minimo dell'illecito; p. 197 e ss., per un profilo evolutivo del concetto di illecito e di antigiuridicità; p. 216 e ss., sulla necessità di concepire la antigiuridicità non più come predicato riferito all'intero ordinamento in ossequio alla concezione sanzionatoria del diritto penale ma piuttosto come qualifica del fatto ai fini dell'ordinamento penale e funzionalmente alle sue specificità, nonché sulla nozione di illecito come grandezza umanistica ma impersonale.

Si veda poi ID., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 353 e ss., ove l'Autore ribadisce la necessaria caratterizzazione dell'illecito in termini oggettivi e soggettivi, corrispondenti alla valutazione di disvalore di evento e di condotta, come conseguenza della peculiarità del reato; p. 361, nt. 23, ove Donini sembra qualificare l'indagine penalistica sui profili soggettivi delle cause di giustificazione quale esempio di selettività del pensiero penalistico che contribuisce alla sua unicità. Ancora: ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 197 e ss., circa il rilievo del disvalore di azione nella costruzione del reato; nonché ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1658 e ss.

Nello stesso recente contributo da ultimo citato Donini ha indagato ancora più a fondo il predicato di oggettività dell'antigiuridicità. A riguardo ha sottolineato come il feticcio dell'oggettività sia onorato principalmente in ambito penalistico; come, secondariamente, l'ubiquità delle cause di giustificazione generi l'erronea convinzione che l'illecito sia una categoria di teoria generale del diritto, nonostante alcune scriminanti, come ad esempio lo stato di necessità, dispieghino effetti differenti nei vari settori dell'ordinamento; da ultimo come non sia facile prescindere da elementi psicologici nell'interpretazione e applicazione delle scriminanti. Conclude dunque Donini: «occorre pertanto prendere atto che la qualifica di *antigiuridicità oggettiva* esprime un *concetto solo in parte esatto*». In definitiva l'Autore segnala come l'intera categoria dell'antigiuridicità sia stata impoverita dei suoi significati più pregnanti, destinati ad essere collocati *sub* altre etichette dogmatiche e sia divenuta tuttavia il simulacro dell'idea erronea della prevalenza dell'ordinamento come sistema di comandi imposti al suddito. Ancora una volta Donini ribadisce la fruttuosità di un nuovo impianto logico e pedagogico che faccia precedere l'indagine sui profili soggettivi a quella sulla antigiuridicità (cfr. *ivi*, pp. 1664-1668).

Ad oggi Donini sembra essere giunto al termine di una progressiva erosione del concetto di antigiuridicità. Di essa sottolinea l'inesistenza di una portata processuale nonché l'estraneità al vocabolario del codice penale italiano. Coltivando un'eccezione già svolta nel contributo da ultimo citato Donini sostiene che l'antigiuridicità sia stata privata del suo carattere potenzialmente più peculiare e dirompente dal concetto, definito la «via italiana all'antigiuridicità», di offensività del reato, riducendosi a mera antigiuridicità formale e cioè in definitiva ad assenza di cause di giustificazione. L'antigiuridicità obiettiva esce ridimensionata dall'analisi di Donini, che attribuisce al predicato una mera valenza descrittiva, peraltro solo tendenziale, dal momento che la formulazione delle singole scriminanti, specie se provenienti da altri settori dell'ordinamento, è capace di sovvertire l'assunto. Essa corrisponde dunque ad una formulazione sintetica che allude a tre aspetti del concetto di giustificazione: non impedibilità di una condotta scriminata; ubiquità delle cause di giustificazione; l'indipendenza tendenziale da profili psicologici. L'opera di svuotamento della antigiuridicità obiettiva, perfezionatasi in altri settori dell'ordinamento e in via di verifica in quello penale, è determinata a giudizio dell'Autore dalla perdita di coesione fra i vari modelli di illecito presenti nell'ordinamento (civile, amministrativo e penale) corrispondentemente al declino del modello sanzionatorio. Le peculiarità ormai evidentissime (l'Autore allude alla ricostruzione del nesso causale del reato rispetto agli altri illeciti rendono infatti insignificante l'appello all'unità dell'ordinamento (cfr. ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., p. 698 e ss., nonché p. 726 e ss.).

Nella critica alla concezione tradizione di antigiuridicità gioca un ruolo importante anche l'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p. Di essa Donini denuncia innanzi tutto la matrice ideologica: la disposizione corrisponde infatti pienamente all'idea dell'antigiuridicità come giudizio di difformità del fatto rispetto all'intero ordinamento, a prescindere da qualsiasi contrassegno psicologico della condotta; il modello di illecito qui accolto dal legislatore è evidentemente quello civilistico. Al contrario, "prima" della valutazione della illiceità della condotta viene sempre la considerazione di ogni suo elemento, oggettivo e soggettivo; è su questa che la scriminante agisce incidendo quale circostanza, giusta la definizione codicistica, sul carattere illecito del fatto⁷⁶².

Di recente l'Autore ha approfondito la riflessione sulla matrice ideologica dell'antigiuridicità oggettiva ed è giunto a ritenere che l'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione corrisponda a esigenze di orientamento sociale, il quale sarebbe agevolato se prescinde da una indagine psicologica dell'agente sul carattere lecito della sua condotta; per altro verso non sfugge a Donini come la connotazione oggettiva dell'antigiuridicità derivi dal modello mezeriano della distinzione fra *Bestimmungs-* e *Bewertungsfunktion* all'interno del precetto penale⁷⁶³.

Nell'ottica di affrancamento dall'impianto oggettivista Donini ritiene auspicabile un cambio di prospettiva nello studio delle cause di giustificazione le quali, ove obbediscano a criteri di imputazione anche soggettivi, assumerebbero tratti più autenticamente penali, differenziando così la connotazione penale delle cause di giustificazione da quella civilistica o di altri rami dell'ordinamento. Il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione infatti corrisponderebbe alla valorizzazione

⁷⁶² Cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 181 e ss.; similmente ID., *Teoria del reato*, cit., p. 207 e ss., ove l'Autore nota anche come il primo comma dell'art. 59 c.p., quale segnacolo della nozione oggettiva dell'antigiuridicità, abbia contribuito a diffondere l'opinione di una precedenza logica del giudizio di illiceità rispetto alla valutazione dei profili soggettivi della condotta, relegati secondo il modello tripartito alla valutazione della colpevolezza. La posizione è stata ribadita di recente in ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi*, cit., p. 1652 e ss., specialmente p. 1653, nt. 10, ove Donini riprende il tema della successione logica delle componenti del reato, anche in ottica processuale e registra la riduzione della categoria della antigiuridicità a mero contenitore delle cause di giustificazione.

⁷⁶³ Circa le origini ideologiche dell'imputazione oggettiva delle cause di giustificazione cfr. ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., p. 713 e s.; ove si affronta anche la questione dell'ordine logico e processuale delle categorie costitutive del reato fuori e dentro il processo, in riferimento alla quale l'Autore nota acutamente come in sede processuale sia piuttosto usuale che l'antigiuridicità funga da indizio della rilevanza penale del fatto e non viceversa, come tradizionalmente insegnato.

Capitolo II

delle componenti di disvalore di condotta che concorrono alla definizione dell'illecito⁷⁶⁴.

Di recente Donini è tornato ampiamente sul tema – come visto peraltro a lui familiare – dell'imputazione delle scriminanti e del carattere oggettivo dell'antigiuridicità. In riferimento alla presenza di elementi soggettivi l'Autore sottolinea ancora una volta come sia impensabile attribuire un significato ad una condotta senza riferirsi alle componenti soggettive della stessa; l'indagine circa la partecipazione psicologica dell'agente alla condotta scriminata risponde dunque a una semplice esigenza di ermeneutica.

Donini tuttavia si spinge oltre e sottolinea come sia difficile distinguere all'interno dei medesimi contesti quali per esempio una reazione difensiva condotte scriminate o solo scusate. La contiguità fattuale in cui giustificazione e scusa possono manifestarsi sembra evidenziare nel pensiero dell'Autore il fatto che il discrimine fra imputazione oggettiva e soggettiva di una esimente sia da rimettere alla sola opera ermeneutica, illuminata dal criterio della *ratio*; d'altra parte la giustificazione si pone come riconoscimento di una condizione fattuale, lecita sin dall'origine, e non come una comprensione *ex post* che il giudicante dimostri nei confronti dell'agente⁷⁶⁵.

⁷⁶⁴ Vale la pena riportarsi alle parole dell'Autore: «nella misura in cui si possa affermare [...] che l'intervento, e più esattamente l'imputazione delle scriminanti (o di talune di esse) obbedisce a criteri anche soggettivi, lo stesso volto giuridico di questi elementi subirebbe una trasformazione ad anzi una 'tipizzazione' penale, con note sicuramente differenziali qualora la rilevanza delle stesse scriminanti in campo, ad esempio, civile dovesse essere esclusivamente oggettivistica. È infatti palese che nell'istante in cui all'illiceità (o all'offensività) penale del fatto contribuisce in modo essenziale il disvalore d'azione comprensivo dei coefficienti soggettivistici che lo sorreggono, anche sul versante della 'giustificazione' potrà non bastare ad escludere (completamente) l'antigiuridicità l'esistenza di una scriminante la quale operi 'soltanto' sul piano materiale degli interessi: residuando, infatti, un disvalore (penalistico) d'azione apprezzabile. [...] Emerge, altresì, l'idea – tutta da verificare – che è pensabile una scriminante (in senso stretto) la quale, se opera in campo penale, *deve* obbedire a requisiti soggettivi di imputazione, mentre ciò non è necessario al fine di escludere la illiceità civilistica, ad es., del fatto. Ma si profila anche l'immagine di una pluralità di sistemi scriminanti, di cui alcuni, oggettivistici, validi in certi rami dell'ordinamento, ed altri, soggettivistici, applicati in campo penale» (DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 204 e ss.). Cfr. poi ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 201, ove l'Autore lamenta l'«ostracismo» cui è condannata la materia dei profili soggettivi delle cause di giustificazione, in ragione di preoccupazioni di natura essenzialmente politico-criminale (gli effetti *contra reum* del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione), e che costituisce espressione dell'oggettivismo tipico del codice italiano.

⁷⁶⁵ Si osservi come l'argomentazione di Donini a favore del rilievo, si può dire, occasionalmente soggettivo delle cause di giustificazione ripercorra l'itinerario già indicato da Spagnolo: si tratta infatti di assumere come prevalente l'ermeneutica della singola fattispecie legale, pur non fermandosi ad una mera esegesi letterale, sulla dogmatica. Circa i rapporti fra giustificazione e scusa vale la pena riportare un passo dell'Autore in cui egli muove da vecchi esempi usati da Spagnolo per argomentare

La strutturazione dell'illecito sui disvalori di evento e di azione rappresenta anche la motivazione principale che spinge Marco Mantovani nel 1992 a ritenere superabile il tenore testuale del primo comma dell'art. 59 c.p. e con esso il dogma dell'antigiuridicità obiettiva.

Contro la tradizionale argomentazione che voleva (e vorrebbe) nell'ordinamento italiano l'illecito caratterizzato principalmente come lesione di un bene Mantovani osserva come non sia più possibile confinare i profili soggettivi della condotta nella sola sede della colpevolezza: la sentenza 364/1988 Corte Cost. avrebbe infatti stabilito perentoriamente un canone soggettivo di imputazione dell'intera condotta all'agente. Conseguentemente quest'ultima per essere penalmente rilevante abbisognerebbe di essere imputabile anche soggettivamente all'agente. L'illecito dunque si connoterebbe in forza del principio di colpevolezza anche in senso soggettivo, onde il disvalore di azione, pur rimanendo subordinato alla preminenza di quello di evento, avrebbe pieno riconoscimento nella struttura del reato determinando il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione⁷⁶⁶.

a favore del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione: «Però se Tizio è aggredito e non lo sa, o pensa di essere arrestato da un poliziotto e lo uccide, non sapendo che era un esponente di un clan rivale che stava per eliminarlo (lo uccide solo pensando di far fuori un poliziotto), perché si dovrebbe valutare la sua condotta dicendo che avrebbe agito *come se* fosse [sic] “necessitato” a difendersi? Se egli agisce e non è per nulla “costretto”, o non coglie lo stato necessitante/difensivo, oppure non ne è minimamente influenzato, oppure lo ha costruito ad arte per beneficiare di una scusa, in tutti questi casi *non c'è ragione perché sia scusato: ma perché dovrebbe essere obiettivamente giustificato?*». Come è facile osservare, in realtà tutta la forza della soluzione è nel suo carattere di domanda retorica che corrisponde direttamente al fatto che il criterio espresso non è che un, seppure ragionevole, argomento equitativo. Riguardo alla distinzione fra regole di condotta e regole di giudizio si legga: «[...] *la giustificazione non è un terreno riservato a un privilegio del giudice, non è un rule of adjudication, in quanto il giudizio ha valenza accertativa, non costitutiva*» (cfr. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie*, cit., p. 719 e 720). Nelle stesse pagine l'Autore sostiene la necessità di valorizzare la prospettiva *ex ante* nell'applicazione delle scriminanti; depreca inoltre l'introduzione di presunzioni oggettiviste nella difesa domiciliare avvenuta nella riforma della difesa legittima del 2006: una risposta più efficiente e corrispondente alla richiesta di riforma della disciplina (che evidentemente è data per assodata dall'Autore) sarebbe stata invece la valorizzazione dei profili soggettivi impliciti nella reazione difensiva. La riflessione sui profili soggettivi della difesa legittima è perfezionata con la proposta di una riforma dell'eccesso colposo volta a garantire la rilevanza penale dei soli casi in cui si versi in eccesso per colpa grave.

⁷⁶⁶ La collocazione del dolo e della colpa, nella loro accezione naturalistica, è scelta definita obbligata dall'Autore in quanto la sentenza citata della Corte costituzionale avrebbe delineato un profilo squisitamente normativo della colpevolezza, dimodoché ogni elemento descrittivo si collocherebbe nel fatto tipico. Si rimanda *supra*, cap. I, par. 3 per quello che concerne l'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p. nel pensiero dell'Autore, il quale sul punto si è mantenuto inalterato fino al recente contributo lì citato; qui si ricorda per comodità del lettore come l'Autore ritenga espunto dal raggio di azione della disposizione in questione il caso del reato putativo per errore di diritto, onde la stessa conserverebbe un ambito di validità in riferimento alla sola ignoranza o al solo errore dell'agente sul precetto scriminante (cfr. MANTOVANI M., *Profili penalistici del diritto di satira*, cit., p. 314 e ss.). Le posizioni dell'Autore sono state sostanzialmente riprese nel più recente suo contributo

Capitolo II

7.3. (segue) Il contributo della scuola napoletana

Sempre ad inizio degli anni '90 si colloca il primo apporto all'ammissione dei profili soggettivi delle cause di giustificazione proveniente dalla scuola napoletana. Secondo il metodo schiettamente teleologico che la informa gli Autori che ne fanno parte hanno argomentato l'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione facendo ricorso principalmente alla considerazione della funzione della pena, come criterio formante ciascuna categoria di parte generale.

Punto di partenza è rappresentato naturalmente dal contributo di Moccia risalente al 1992. In esso le cause di giustificazione sono considerate come disposizioni partecipative della funzione di delineazione del modello legale posto ai consociati, corrispondentemente ai casi in cui la lesione di un bene giuridico sia strumentale alla garanzia di un altro bene giuridico preminente rispetto al primo. Il rilievo soggettivo delle scriminanti è fondato sull'acquisizione della struttura personale dell'illecito penale, comprensivo di disvalore di azione e di evento e sulla conseguente necessità che questi disvalori vengano «neutralizzati», «paralizzati» da omologhi valori insiti nelle cause di giustificazione. In secondo luogo – e questo rivela la marca pienamente roxiniana del pensiero del Napoletano – è la stessa funzione della pena, intesa come risocializzazione, che richiede la punizione dell'agente che si sia deliberatamente determinato alla lesione di un bene giuridico, evidenziando l'esistenza di esigenze di recupero sul versante special-preventivo. D'altra parte l'inflizione della pena sarebbe giustificata dall'emersione di un allarme sociale nei consociati bisognoso di una adeguata risposta penale, corrispondente alla funzione general-preventiva della pena. L'ammissione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione non implica nemmeno a parere di Moccia un contrasto con la struttura tripartita del reato che egli ammette come base del suo ragionamento: la colpevolezza infatti preserva la sua autonomia di giudizio normativo avente ad oggetto la personalizzazione dell'addebito al singolo autore *uti singulus* di fronte ad un illecito, pur soggettivamente caratterizzato.

alla teoria generale del reato: cfr. ID., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 76 e ss.; anche di queste argomentazioni, per quanto concerne l'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p., si è già dato conto *supra*, cap. I, par. 8, cui si rimanda; qui si registra la ripresa dell'argomentazione relativa alla costruzione necessariamente soggettiva dell'illecito a seguito della sentenza della Corte costituzionale già richiamata.

Appurata la necessità dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione, Moccia, primo in Italia, si interroga *de iure condendo* sulla conseguenza sanzionatoria più idonea alla commissione di un fatto in mancanza del necessario profilo soggettivo delle cause di giustificazione. La soluzione è rinvenuta nell'applicazione della pena prevista per il tentativo, quale espressione di un illecito caratterizzato da minore gravità rispetto a quello consumato, non già perché naturalisticamente nei casi sottoposti ad analisi si verifichi una situazione paragonabile a quella di un reato tentato. Nei casi in cui la scriminante incompleta del suo profilo psicologico incida su un fatto tentato l'Autore ipotizza l'inflizione di una pena attenuata rispetto a quella applicabile al delitto tentato, similmente a quanto avviene per il ravvedimento operoso⁷⁶⁷.

Il primo contributo che si pone nella scia tracciata dal Maestro napoletano è quello di Stefano Fiore relativo ai rapporti fra cause di giustificazione e fatti colposi. Dopo aver ripreso gli argomenti già sviluppati da Moccia relativamente alla nozione di antigiuridicità e fatto proprio il risultato del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione, l'Autore si interroga sul contenuto dell'elemento soggettivo delle cause di giustificazione. Nella nota alternativa fra mera conoscenza e perseguimento del fine mutuata dalla dottrina tedesca Fiore propende per la seconda soluzione, come esito dell'applicazione del metodo teleologico. Egli ritiene infatti che una pena, intesa come progresso di integrazione sociale, possa essere del tutto esclusa solo quando vi è consonanza fra lo scopo perseguito dall'ordinamento e quello propostosi dall'agente. Circa le conseguenze sanzionatorie Fiore sottolinea l'insufficienza tanto dell'esito assolutorio attualmente stabilito dal codice penale, quanto della soluzione del tentativo, dal momento che la disciplina italiana di questo istituto non prescinde dalla realizzazione di un disvalore di evento, stante la previsione dell'idoneità dell'azione. *De iure condendo* l'Autore propende per la introduzione di una sotto-

⁷⁶⁷ Cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 192, per ciò che concerne il concetto di antigiuridicità; p. 203 e ss., per la trattazione dei profili soggettivi delle cause di giustificazione. Altrove si è avuto modo di riferire l'interpretazione operata da Moccia dell'art. 59, co. 1, c.p. (v. *supra*, cap. I, par. 8); basti qui ricordare che anche per Moccia la disposizione in questione prevedrebbe una *species* del *genus* del reato putativo, limitato al solo errore di diritto. Occorre ancora notare come i due paralleli stabiliti con il reato tentato e con il ravvedimento operoso non rispondono solo ad una esigenza equitativa, ma corrispondono nel pensiero di Moccia anche ad una analogia di struttura fra le situazioni in questione, valutata sulle categorie dei disvalori d'azione e di condotta e dei rispettivi valori.

Capitolo II

tipologia di illecito che corrisponda alla punizione di un disvalore presente ma inferiore a quello di un illecito comprensivo di ogni elemento costitutivo⁷⁶⁸.

Al 1998 risale il contributo più ampio che attualmente si possa trovare nella letteratura italiana relativamente al rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. In esso Schiaffo, dopo aver dato conto delle origini storiche del dibattito in area tedesca, prende posizione sulle tre questioni chiave relative alla tematica oggetto di questo lavoro.

Circa l'*an* di una imputazione soggettiva delle cause di giustificazione l'Autore, dopo aver superato l'ostacolo del primo comma dell'art. 59 c.p. come si è già avuto modo di sintetizzare altrove⁷⁶⁹ e conformemente all'insegnamento di Moccia, fonda il rilievo soggettivo delle scriminanti in primo luogo sulla funzione di integrazione sociale svolta della pena. Egli osserva come nel caso della realizzazione di una lesione scriminata sia solo la considerazione del profilo soggettivo dell'agente a rendere conto della sua determinazione alla lesione del bene giuridico e contestualmente della sua motivabilità attraverso il precetto penale. Nel caso in cui vengano realizzati i soli elementi oggettivi di una scriminante l'allarme sociale destato dalla condotta legittimerebbe l'infrazione di una pena che serva a risocializzare l'agente e a coagulare nuovamente i consensi del pubblico, soddisfacendo così alle due funzioni preventive della pena. Siccome nel caso della realizzazione dei profili oggettivi di una scriminante il profilo oggettivo non è significativo di alcuna esigenza di risocializzazione dell'agente, è necessario fare appello al suo atteggiamento interiore⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Cfr. FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 23, quanto alle finalità politico-criminali dell'antigiuridicità che comportano il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione; p. 29 e ss., quanto al contenuto del profilo psicologico e alla soluzione sanzionatoria. La soluzione del perseguimento di un fine è suffragata da Fiore anche con una più precisa definizione del concetto di *Gesinnungsstrafrecht* che non potrebbe attagliarsi al caso in questione e con un riferimento al tenore testuale delle singole cause di giustificazione che prevedono elementi soggettivi.

⁷⁶⁹ Si rimanda *supra*, cap. I, *passim* e specialmente par. 8, per le considerazioni relative all'ermeneutica del primo comma dell'art. 59 c.p. nonché per i rapporti con il primo comma dell'art. 49 c.p.

⁷⁷⁰ «[...] dove, però, come nel nostro caso, il bene giuridico offeso, per circostanze particolari tipizzate nella fattispecie giustificante, non è più protetto dall'ordinamento, l'unico indice della capacità dell'autore del fatto ad autodeterminarsi alla non-lesione di beni penalmente protetti è rappresentato non più dai momenti meramente oggettivi ed esteriori della sua condotta, quanto, piuttosto, da quegli elementi soggettivi della stessa che, diversi dal dolo o dalla colpa del fatto tipico, sono stati alla base dell'azione (giustificante). [...] Dal momento che la realizzazione di un fatto tipico – e, quindi, la presenza di un'offesa – funge, comunque, da indizio dell'assenza della capacità di autodeterminarsi a non offendere beni giuridici, in simili ipotesi è la necessità di verificare la possibile

Riguardo alla struttura interna dell'elemento soggettivo l'Autore propende per la soluzione che richiede il perseguimento di un fine. Egli infatti, come già avvertito da Fiore e sulla base degli insegnamenti di Moccia, esclude che la antigiuridicità sia una categoria neutra, simile nella struttura al *Tatbestand* e come tale caratterizzabile sul profilo soggettivo dalla mera conoscenza della situazione scriminante: sono infatti differenti gli scopi sistematici perseguiti dalle due categorie⁷⁷¹. Mentre il disvalore di evento, riposando su un piano descrittivo, ben può essere compensato dalla realizzazione di un evento che oggettivamente consegue una tutela, nel caso del disvalore di azione è solo la considerazione del fine perseguito che permette di considerare annullato, su un piano invece normativo, l'esito contrario al diritto. Inoltre a giudizio di Schiaffo le finalità special-preventive di risocializzazione del reo e general-preventive di aggregazione di consensi dei consociati impongono il rilievo dei fini perseguiti dall'agente nell'azione scriminata.

La considerazione dei fini perseguiti dall'agente rende inoltre evidente l'atteggiamento psicologico di questi nei confronti del bene giuridico intaccato dalla condotta intrapresa; la struttura di questo profilo psicologico non è quella del fine, che guarda al futuro, bensì quella del motivo, giacché è giuridicamente rilevante nel caso dei profili soggettivi delle cause di giustificazione che l'agente sia stato motivato dalla volontà di tutela di un bene giuridico. La forma del profilo psicologico in questione è dunque quella del dolo specifico, che può assumere a sua volta le varie fisionomie del dolo intenzionale, diretto o eventuale⁷⁷².

smentita di tale indizio – quindi un'esigenza di tutela della libertà – che porta alla rivalutazione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione» (cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 179 e s.).

⁷⁷¹ Posizione invece espressa da Roxin che funge *una tantum* da idolo polemico di questi Autori (per la posizione di Roxin sul tema si rimanda *supra*, par. 4).

⁷⁷² Circa la struttura dell'elemento soggettivo cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 185 e s., ove l'Autore pone a sostegno della soluzione cui perviene anche argomenti tratti dalle indagini di psicologia motivazionale, le quali confermerebbero la rilevanza anche sul piano naturale del pensiero di scopo come modalità di organizzazione intellettuale dell'agente. Schiaffo giunge dunque ad affermare che: «[l'agente] vorrà (od accetterà) un'offesa ad un bene giuridico *per* salvarne un altro; variandone adeguatamente i contenuti, ci sembra, pertanto, perfettamente utilizzabile quella che, per il fatto tipico, è la struttura del dolo specifico». L'adozione della struttura del dolo specifico permetterebbe secondo Schiaffo di rendere conto della non necessità che lo scopo di tutela venga effettivamente conseguito dall'agente. Opinioni simili sono presenti in: ID., *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, cit., p. 1003 e ss., sebbene parzialmente superate poi nello studio monografico sopra indicato; nonché in ID., *Cause di giustificazione*, cit., p. 834 e ss.

Capitolo II

Circa il trattamento sanzionatorio, dopo aver escluso che l'ignoranza degli elementi oggettivi di una causa di giustificazione sia una figura di reato putativo e che si possa ricorrere alla figura del reato impossibile, Schiaffo ammette in linea teorica che, analogamente a quanto avviene nel reato impossibile data la sussistenza del solo disvalore di azione, sia applicabile una misura di sicurezza (libertà vigilata) in presenza di una concreta pericolosità sociale dell'agente. La soluzione ad avviso dell'Autore non necessiterebbe della previsione positiva di un quasi-reato, giacché l'ammissione degli elementi soggettivi nel concetto di illecito permetterebbe di ritenere «fatto preveduto dalla legge come reato» ai sensi dell'art. 202 c.p. quello realizzato senza la coscienza dell'agire scriminato. La soluzione è però scartata in ragione delle criticità cui sottostà il sistema del doppio binario quanto a fondamenti teorici e a opportunità dell'inflizione di una misura di sicurezza a soggetti pienamente imputabili. Per altro verso Schiaffo respinge l'ipotesi del tentativo per la difformità naturalistica rispetto al caso della realizzazione dei soli profili oggettivi di una scriminante, nonché per la connotazione del tentativo nel sistema italiano come condotta necessariamente lesiva⁷⁷³. La soluzione è dunque rintracciata da Schiaffo nella graduazione dell'illecito. Mentre infatti l'antigiuridicità quale giudizio meramente formale su di un fatto non è graduabile, giacché può solo esservi o no, l'illecito, inteso come fatto giudicato dall'ordinamento, può esprimere un disvalore in gradi differenti. All'interno delle cause di giustificazione l'Autore distingue elementi costitutivi, mancando i quali non vi sarebbe la scriminante e dunque non si potrebbe in alcun modo ridurre l'illecito; elementi giuridico-formali, che

⁷⁷³ L'esclusione della ricorrenza del reato putativo è affermata dall'Autore negando che l'ignoranza degli elementi oggettivi di una scriminante possa integrare un errore improprio, un errore cioè i cui effetti giuridici derivano non dall'assenza di un substrato psicologico soddisfacente, bensì dal piano normativo e cioè dalla mancanza di tipicità. Quanto al reato impossibile Schiaffo argomenta la negazione di questa figura sulla base della sussistenza nel caso di realizzazione dei soli contrassegni obiettivi della fattispecie scriminante della lesione di un bene giuridico la quale, invece, dovrebbe mancare in riferimento ad un reato impossibile. Entrambe le distinzioni non convincono del tutto: la prima non assolve l'onere argomentativo e soprattutto si scontra con l'inclusione da parte di Schiaffo nel concetto di putativo anche dell'errore di fatto; la seconda, invece, poggia sulla confusione tra i piani normativo e descrittivo per la definizione del bene giuridico, in quanto anche nel caso di ignoranza di profili oggettivi della scriminante non può dirsi sussistente alcuna lesione del bene giuridico normativamente inteso, proprio come nel caso di reato impossibile. In riferimento all'art. 49, co. 2, c.p. Schiaffo esclude anche la possibilità che la realizzazione di un fatto nell'ignoranza del suo carattere giustificato possa essere compresa nel concetto di azione socialmente adeguata, giacché quest'ultima presuppone l'assenza di una lesione al bene giuridico che invece nel caso della realizzazione dei soli contrassegni oggettivi di una scriminante può dirsi sussistente. Vale dunque l'obiezione appena sopra sollevata in riferimento alla configurabilità di un reato impossibile (cfr. *ivi*, p. 201 e ss.).

consisterebbero nei presupposti normativi delle scriminanti; infine elementi quantitativi, idonei al loro ricorrere a far scemare il disvalore del fatto. Gli elementi soggettivi vengono collocati da Schiaffo fra gli elementi quantitativi proprio perché, dando astrattamente luogo ad una sanzione penale quale la misura di sicurezza, non sarebbero idonei ad escludere la rilevanza penale del fatto⁷⁷⁴.

Posta la graduabilità dell'illecito e la diminuzione del disvalore complessivo dello stesso per il ricorrere dei soli elementi oggettivi della giustificazione, Schiaffo rigetta la possibilità di applicare la circostanza attenuante prevista nell'art. 62 *bis* c.p. in ragione del difetto di tassatività che connota questa fattispecie. Quest'ultimo infatti impone di ricorrere all'art. 133 c.p. al fine di rintracciare parametri suppletivi, e tuttavia non si riesce a rinvenire in quest'ultima disposizione alcun indice che possa corrispondere alla realizzazione di un valore di evento, nonostante la sussistenza di un disvalore di azione. D'altra parte un motivo di perplessità maggiore risiede nella natura di circostanza dell'attenuante generica: il suo essere *accidentale delicti* determina infatti la possibilità di un giudizio di bilanciamento con altre circostanze sanzionatorie capace di frustrare gli esiti sanzionatori, in contrasto con il carattere essenziale all'illecito della scriminante incompleta. Una soluzione più idonea è dunque rintracciata da Schiaffo nella previsione di una circostanza ad effetto speciale comportante una riduzione del quarto della pena ma accompagnata dalla previsione di una clausola di esiguità, simile a quella che all'epoca era prevista dal solo art. 27 d.P.R. 448/1988 (processo minorile), per i casi nei quali la pena sarebbe comunque eccessiva. In questo modo si coniugherebbero i vantaggi della tassatività con quelli della giustizia del caso concreto, sebbene rimarrebbe irrisolto il quesito relativo alla possibilità dell'annullamento degli effetti attenuanti per effetto del concorso con altre circostanze⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ La distinzione fra le tipologie di elementi delle fattispecie scriminanti è riferita anche alle tipologie consuete di disvalore; Schiaffo ritiene cioè che l'individuazione degli elementi delle scriminanti e la loro qualificazione come costitutivi, quantitativi o giuridico-formali debba seguire un paradigma di tipo valoriale che viene individuato nella coppia valore di evento o di condotta. Conseguentemente il valore di evento è ritenuto elemento costitutivo della fattispecie, in quanto configurabile a prescindere dalla componente di azione; al contrario il valore di azione è funzionale al primo, dunque non si connota quale elemento costitutivo, bensì come elemento quantitativo del disvalore.

⁷⁷⁵ Per i doverosi riferimenti bibliografici cfr. *ivi*, pp. 265-275. Più in generale sulla proposta ricostruttiva della struttura dell'illecito e sulla soluzione sanzionatoria, v. *ivi*, p. 276 e ss. L'Autore sottolinea più specificamente gli inconvenienti della previsione di una circostanza attenuante, sia pure speciale, come istituto per inquadrare le ipotesi di realizzazione dei soli elementi oggettivi della giustificazione. Essi consistono principalmente non solo nell'annullamento della stessa nel caso di

Capitolo II

Anche la monografia, già citata, di Cavaliere in materia di errore sulle scriminanti aderisce, facendo applicazione del metodo teleologico, alla concezione materiale dell'antigiuridicità, intesa non come corrispondenza formale della condotta dell'agente al precetto legale bensì come soluzione di un contrasto materiale fra più interessi con prevalenza di quello preminente.

L'Autore fa propria la ricostruzione del fenomeno della giustificazione sui concetti di valore di evento e di azione benché, come si è già ricordato, egli ponga delle condizioni precise all'ammissibilità e all'impiego del *Saldierungsmodell*. In conseguenza dell'adozione del modello Cavaliere sembra in *obiter dictum* ammettere la possibilità di spiegare il rilievo penale di una condotta inconsapevolmente scriminata con il permanere di un disvalore di azione non neutralizzato da alcun valore di azione⁷⁷⁶.

7.4. Gli anni 2000

Alle soglie del nuovo millennio il tema della imputazione soggettiva delle scriminanti può dirsi ormai oggetto di un discreto interesse sistematico in dottrina, sebbene a margine di più grandi questioni, quali quella sulla natura dell'antigiuridicità ovvero sul metodo della scienza criminale.

È peraltro ormai un dato di fatto che gli Autori che si interrogano sul tema intendano l'antigiuridicità come elemento del reato e non sussista più pertanto quel

concorso eterogeneo, ma anche nei casi di concorso omogeneo con altra circostanza attenuante speciale, dovendosi in questo caso fare luogo ad una sola diminuzione di pena. Per questo ordine di argomentazioni Schiaffo ritiene non del tutto risolutiva la soluzione proposta dall'art. 21 del codice penale spagnolo che prevede una circostanza generale per la realizzazione parziale di una causa di giustificazione.

⁷⁷⁶ Due sono i moniti relativi all'accoglimento del modello compensativo fra valori e disvalori: non si tratta di grandezze naturalistico-descrittive, passibili di essere misurate e soppesate fino ad un giudizio di equilibrio, bensì di giudizi normativi; si tratta piuttosto di un giudizio di equilibrio formale politico-criminale. Si rinvia peraltro a quanto già si è detto in merito al modello della compensazione fra disvalori *supra*, par. 2. Più in generale si rinvia a CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 446 e ss., in riferimento al concetto di antigiuridicità; 467 e ss., in riferimento alla costruzione dell'illecito sulla base dei due noti disvalori; per l'ammissione del rilievo penale della giustificazione solo oggettivo, p. 474. È da avvertire tuttavia che ben presto Cavaliere ammette come tra i due disvalori conservi preminenza quello d'evento, onde diviene più difficile spiegare in che modo la presenza del solo disvalore di azione possa determinare da solo la rilevanza penale del fatto (cfr. *ivi*, p. 477).

Le convinzioni oggetto della monografia appena citata sono ribadite in ID., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1472 e ss. Come nella monografia, pur non esprimendosi direttamente sul tema dell'assenza degli elementi soggettivi, Cavaliere sembra inclinare per il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Non vi sono dubbi, invece, circa la necessità che il profilo soggettivo rilevi nel caso di condotte giustificanti intraprese e non portate a termine.

motivo di ambiguità semantica che aveva rappresentato il motivo principale di contrasto fra i sostenitori delle opposte concezioni di antigiuridicità oggettiva o soggettiva fino alla metà del secolo. La questione si è spostata piuttosto, all'interno di un sistema sostanzialmente tripartito, sulla collocazione dei profili soggettivi: se cioè essi vadano compresi nella sola colpevolezza o se siano rilevanti già nella determinazione del fatto (*rectius*: dell'illecito). Non vi è dunque più dubbio che nel trattare di profili soggettivi dell'antigiuridicità si alluda in realtà ai criteri di imputazione delle cause di giustificazione. D'altra parte la questione non corrisponde nemmeno più ad una stretta alternativa nel metodo della scienza fra un *modus operandi* formale, connotato dalla mera derivazione dei concetti da presupposti di diritto positivo, e uno teleologico.

Nel 2000, all'interno della monografia dedicata allo stato di necessità e al conflitto di doveri, Viganò affronta la questione degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione a partire da un impianto tripartito classico, cioè caratterizzato dalla nozione oggettiva di fatto e di antigiuridicità. La risposta all'interrogativo circa l'imputazione delle cause di giustificazione rappresenta per l'Autore un momento nel percorso che, attraverso le altre tappe dell'impedibilità, della comunicabilità ai concorrenti e della efficacia extra-penale della scriminante, conduce alla fondazione positiva della differenza fra cause di giustificazione e scusanti.

In merito alla questione oggetto del presente lavoro Viganò osserva innanzi tutto come vi sia consonanza tra la regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. e la funzione sistematica di salvaguardia di un interesse prevalente rivestita dalla antigiuridicità. Quale precipitato ermeneutico della questione sistematica fin da subito si pone all'Autore il problema del coordinamento della disposizione in questione con le singole che prevedono scriminanti anche soggettivamente connotate⁷⁷⁷.

Il rilievo soggettivo delle scriminanti è così escluso dall'Autore sulla base della considerazione dell'impianto oggettivista del sistema penale italiano desumibile dal tenore di tre disposizioni: primo e secondo comma dell'art. 49; primo comma dell'art. 59 c.p. Queste disposizioni stabiliscono inequivocabilmente per Viganò l'irrilevanza penale di una condotta, pur giunta allo stadio di perfezione e magari

⁷⁷⁷ Ci si riporta peraltro a quanto detto *supra*, cap. I, par. 8.

Capitolo II

anche causalmente efficiente, se qualificabile come tentativo inidoneo, o reato impossibile o come oggettivamente scriminata. È dunque il richiamo al carattere oggettivo dell'ordinamento la ragione principale dell'imputazione oggettiva delle scriminanti, il che si traduce in definitiva nella valorizzazione dell'argomento letterale⁷⁷⁸.

Le convinzioni appena sintetizzate sono state confermate da Viganò in un successivo commento all'art. 59 c.p. ove sono state arricchite dalla riconduzione della disposizione alla figura del reato putativo per errore di fatto. Nella stessa sede l'Autore ha ammesso tuttavia *in extremis* che nel caso di scriminanti formulate facendo ricorso a elementi soggettivi sia possibile ammettere che le stesse vadano imputate soggettivamente⁷⁷⁹.

A parte l'opinione tenacemente sostenuta da Viganò, sulla scia dell'insegnamento di Marinucci, e, come si vedrà a breve, le riflessioni svolte da Bellagamba, l'ammissione dei profili soggettivi delle cause di giustificazione corrisponde ad una tendenza attuale, abbastanza diffusa anche nella manualistica.

Nel suo studio sullo stato di necessità Mezzetti non dubita del possibile rilievo soggettivo delle cause di giustificazione, pur ridimensionando l'importanza della questione alla luce delle inevitabili strettoie probatorie processuali. Dopo aver ripercorso gli argomenti già noti alla dottrina italiana a partire dagli studi di Moccia tanto relativi alla ammissibilità quanto alla struttura dell'elemento soggettivo in questione, l'Autore propone un criterio di prova della sussistenza del requisito positivo necessario nel caso dello stato di necessità. In questa scriminante egli ritiene che il profilo psicologico potrà dirsi sussistente solo se l'agente abbia perso il dominio almeno parziale sul fatto. In merito alle conseguenze sanzionatorie dell'insussistenza del profilo psicologico necessario Mezzetti ritiene che sia

⁷⁷⁸ Si noti infatti come Viganò ammetta in linea teorica una qualche necessità di risposta penale al disvalore che si manifesta in casi corrispondenti alle disposizioni citate: dopo aver fatto esempi di reato impossibile e di giustificanti ignorate afferma come «tutti costoro non solo manifestano una elevata pericolosità criminale, ma attualizzano altresì nelle rispettive condotte una inequivoca volontà colpevole, che contrasta in modo eclatante con il valore tutelato dalla norma di volta in volta 'violata'; tutti costoro esprimono un urgente bisogno di essere riorientati ai valori fondamentali della convivenza civile: *eppure – nel nostro ordinamento – nessuna pena potrà essere loro inflitta*» (Cfr. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 325; per la questione degli elementi soggettivi, p. 321 e ss.).

⁷⁷⁹ Laddove nella precedente monografia aveva propeso per l'ammissione di significati strettamente oggettivi: cfr. rispettivamente VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1183 e ss., e ID., *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 326.

oltremodo «concessiva rispetto ad un'accentuazione dei momenti di disvalore soggettivo nell'illecito» la punizione a titolo di delitto consumato. Per altro verso la configurazione del reato tentato nell'ordinamento italiano preclude qualsiasi estensione di questa disciplina ai casi in cui vengano realizzati i soli contrassegni oggettivi di una scriminante; come pure ritiene che *de iure condito* non sia praticabile la soluzione, pure teoricamente coerente con l'impianto codicistico, della misura di sicurezza in ragione del principio di legalità che presiede alla previsione di misure di sicurezza *ex art. 25, co. 3, Cost.* Allo stato dell'ordinamento attuale a parere di Mezzetti la soluzione più adeguata è l'inflizione della pena prevista per il reato consumato, sebbene opportunamente mitigata attraverso il buongoverno dell'art. 133 c.p.⁷⁸⁰

Nel suo studio del 2001 dedicato ai profili soggettivi della difesa legittima Angelini affronta la questione del criterio di imputazione della scriminante in questione anche con riferimento alla nozione di antigiuridicità e alla teoria dell'illecito⁷⁸¹. A questo riguardo egli osserva come la *ratio* della difesa legittima, individuata nella prevalenza di un bene giuridico salvaguardato su quello aggredito, non possa costituire una valida base argomentativa per l'opzione a favore di un criterio di imputazione esclusivamente obiettivo. Questa *ratio* non dovrebbe infatti essere scelta a prescindere dal tenore testuale della disposizione, ma deve essere invece dedotta dal tenore testuale della disposizione che, nel caso dell'art. 52 c.p., comprende un elemento inequivocabilmente soggettivo. D'altro canto è discutibile che il fondamento dell'istituto sia costituito dal bilanciamento di beni; esso deve invece essere individuato nella garanzia della salvaguardia del singolo. Infine a parere dell'Autore quand'anche la *ratio* della scriminante fosse oggettiva, da ciò non si potrebbe inferire un'imputazione necessariamente oggettiva dei suoi elementi costitutivi.

⁷⁸⁰ Cfr. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? , cit., p. 203 e ss.; specialmente p. 208, ove è formulato il criterio della perdita del dominio come contrassegno della sussistenza di un profilo psicologico adeguato alla scriminante; p. 209, in riferimento alla difficoltà di ritagliare un ambito di validità reale per la categoria degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione, stante l'obbligo assolutorio nel caso di dubbio sull'elemento soggettivo; p. 211 e ss. in riferimento alle conseguenze sanzionatorie.

⁷⁸¹ Quanto agli argomenti di ordine letterale relativi tanto all'art. 52 quanto al primo comma dell'art. 59 c.p. si rinvia *supra*, cap. I, par. 5.

Capitolo II

Da ultimo Angelini affronta la questione degli esiti sanzionatori in caso di mancanza del necessario profilo soggettivo nella difesa legittima. A questo riguardo l'Autore prospetta l'alternativa fra la piena punibilità delle condotte in questione, per l'assenza di un requisito fondamentale della scriminante e l'applicazione dell'art. 83 c.p., sulla base di una nozione di «offesa» ampia, comprendente il fatto qualificato giuridicamente e non il fatto materiale⁷⁸².

Negli appunti del corso di Paliero pubblicati nel 2006 è possibile rinvenire preziose indicazioni circa la questione nell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione.

Innanzitutto l'Autore segnala come la questione dei profili soggettivi dell'illecito rivela due carature differenti a seconda che ci si riferisca agli elementi soggettivi del fatto tipico, ovvero a quelli delle cause di giustificazione. Nel primo caso Paliero ribadisce il giudizio di Baratta sul punto: è questione di mobilio nella stanza della dommatica, giacché o nel fatto tipico o nella colpevolezza è indubbio che l'imputazione del fatto non possa essere oggettiva. Nel secondo caso, invece, la questione dell'imputazione soggettiva delle scriminanti, ancora aperta, può comportare conseguenze significative a seconda della soluzione adottata. L'Autore imposta l'analisi del reato sulla scomposizione dello stesso in disvalori (di evento, di azione e di intenzione) e con siffatti strumenti procede alla soluzione del quesito del criterio di imputazione delle cause di giustificazione; in maniera analoga ritiene che anche le scriminanti si strutturino in termini di valori, cioè di nuclei significativi concorrenti alla valutazione positiva globale della condotta da parte

⁷⁸² Cfr. ANGELINI, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, cit., p. 201 e ss., nonché p. 217 e s., ove l'Autore poggia la sua interpretazione soggettivista della costrizione sulla base della presenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione che dà ormai per pacifica in dottrina; infine p. 219 e ss., in riferimento al regime sanzionatorio. A questo riguardo è da sottolineare come l'Autore escluda la possibilità di applicare la disciplina del tentativo, stante la connotazione marcatamente oggettiva dell'istituto nel diritto penale italiano, e del reato impossibile, facendo uso della quale si perverrebbe all'esito paradossale di punire a titolo di tentativo chi non ha prodotto alcun danno concreto e di mandare assolto chi non ha cagionato un danno, sebbene ignorando il ricorrere di una scriminante *ex* secondo comma dell'art. 49 c.p.

La soluzione dell'*aberratio delicti* è da parte sua sicuramente da scartare; vi ostano infatti nel caso di una scriminante ignorata l'assenza di un errore di esecuzione cui non sopperisce il concetto di «altra causa» previsto dall'art. 83 c.p., nonché la banale considerazione che in questo caso non si paragonerebbero due offese, una attuale e una potenziale, bensì un fatto lecito attuale ed un'offesa materiale anch'essa attuale. In altre parole, mentre nell'*aberratio* l'errore incide sul decorso causale, nell'ignoranza della sussistenza di una scriminante l'errore riguarda l'elemento rappresentativo della psiche dell'agente. L'applicazione di questo istituto comporterebbe in definitiva un esito più abnorme di una *analogia iuris*.

dell'ordinamento. La regola stabilita dal primo comma dell'art. 59 c.p. equivale all'affermazione della insufficienza nell'ordinamento italiano del solo disvalore di intenzione a fondare la responsabilità penale; benché infatti un evento materialmente vi sia, a mancare è una valutazione normativa negativa che di esso faccia – si perdoni il gioco di parole – un disvalore: in questa mancanza di valutazione negativa da parte dell'ordinamento consiste l'unica differenza con un delitto doloso. In ciò Paliero legge l'adesione, per quanto riguarda questa disciplina, al paradigma oggettivista, nel quale non è sufficiente la mera intenzione negativa a fondare il rilievo penale di una condotta.

Paliero ritiene tuttavia che l'imputazione oggettiva delle scriminanti sia insufficiente in tre casi: l'aggressione inconsapevole; la risposta necessitata da parte del provocatore originario contro la reazione del provocato; la scriminante preordinata. In questi casi l'applicazione rigida della regola del rilievo oggettivo frustrerebbe la *ratio legis* nonché criteri elementari di razionalità politico-criminale che rendono necessaria una «corretta interpretazione dell'elemento soggettivo costitutivo della causa di giustificazione in concreto rilevante». Nel caso in cui manchi l'elemento soggettivo non è possibile considerare scriminata la condotta dell'agente, in quanto difetta un elemento costitutivo della causa di giustificazione.

La constatazione della necessaria presenza di contrassegni soggettivi della causa di giustificazione a giudizio di Paliero è utile per sciogliere l'enigma dell'interpretazione dell'art. 119 c.p. Questa disposizione dunque atterrebbe al piano descrittivo della singola esimente, non ad una sua qualifica formale e sancirebbe l'estendibilità automatica ai compartecipi tutti della sola scriminante tendenzialmente oggettiva, e di quella soggettiva ai soli compartecipi che abbiano maturato il profilo psicologico adeguato.

Infine Paliero osserva come fra le scriminanti previste nella parte generale del codice emergano profili soggettivi rilevanti *de iure condito* per quanto attiene la difesa legittima e lo stato di necessità, e potenzialmente anche per il consenso, ove si ammettesse la figura del consenso presunto⁷⁸³.

⁷⁸³ Cfr. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 100 e ss., per quanto concerne il concetto di antigiuridicità; p. 120 e ss., circa la ricostruzione del fenomeno giustificativo sulla base dei valori di evento, azione e intenzione; p. 126 ss., ove l'Autore procede ad elencare varie ipotesi in cui vi è rilievo esplicito o implicito dell'intenzione ai fini dell'ottenimento dell'effetto scriminante; p. 131 e ss., in cui l'Autore distingue fra scriminanti tendenzialmente oggettive (art. 50

Capitolo II

Si è già accennato a come nel suo contributo del 2007 Bellagamba abbia riaffermato la necessità dell'impostazione obiettiva delle scriminanti⁷⁸⁴.

L'analisi condotta scrupolosamente dall'Autore merita di essere ripercorsa brevemente. Egli parte dalla constatazione dell'insufficienza del tenore letterale del primo comma dell'art. 59 c.p. a seguito dell'abrogazione dell'inciso iniziale, sancendo di fatto la preminenza ermeneutica, solo teorica, delle singole fattispecie scriminanti sulla regola generale stabilita dalla disposizione in questione. Quest'ultima, in definitiva, non è che una regola di imputazione, non di struttura: non può perciò esplicitare un'efficacia in riferimento alle singole fattispecie, ma solo «esprimere la *propensione* dell'ordinamento verso un'obiettivizzazione delle scriminanti». Nell'interpretazione delle singole disposizioni scriminanti bisogna inoltre stare in guardia dal dare peso eccessivo all'argomento della *ratio* giacché essa non è un *prius* logico da cui dedurre la disciplina particolare delle singole cause di giustificazione, ma piuttosto una tappa del processo circolare che caratterizza ogni attività ermeneutica.

D'altra parte anche l'interpretazione delle singole cause di giustificazione non consente di poter sciogliere in maniera certa il quesito dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. La risposta può invece giungere solo dalla «considerazione di quei principi generali che, contribuendo a delineare le caratteristiche di fondo dell'ordinamento penale, supportino l'interprete, indicandogli la soluzione che risulti con essi più coerente».

Un principio generale siffatto è individuato nella constatazione del carattere misto ma tuttavia decisamente proteso verso l'oggettivismo che informa l'ordinamento italiano, desumibile dalla non punibilità del tentativo inidoneo; dalla irrilevanza penale del reato impossibile, del tentativo di partecipazione o dell'istigazione non accolta e del reato putativo per errore di fatto. Queste disposizioni sono nel pensiero dell'Autore oltremodo significative della preminenza

c.p.); miste (art. 51 c.p.), in riferimento alle quali vi è necessità di integrare la disciplina della scriminante con quella del diritto esercitato; soggettive (art. 53 c.p., ovvero come può effettivamente configurarsi l'esercizio del diritto di un pubblico ufficiale il quale è limitato negativamente dall'incriminazione dell'abuso d'ufficio). In merito alla difesa legittima inoltre Paliero ammette che il rilievo dei profili soggettivi possa avere importanza anche per la soluzione della difesa legittima anticipata, di fatto avvicinando la fisionomia della causa di giustificazione a quella di una scusante (cfr. *ivi*, p. 136).

⁷⁸⁴ Per i ragguagli circa la posizione dell'Autore in riferimento all'interpretazione delle singole cause di giustificazione e alla presenza in esse di elementi ambigui v. *supra*, cap. I, par. 3, 5, 8.

del disvalore di evento su quello di azione nelle scelte di incriminazione dell'ordinamento italiano, ribadita peraltro nel tenore del primo comma dell'art. 59 c.p. A questo rilievo si aggiunge nel pensiero di Bellagamba quello concernente il ruolo fondante rappresentato dalla lesione del bene giuridico nella costruzione del reato, il quale fa sì che nel caso di una condotta scriminata nel danno materiale non possa ravvisarsi alcuna lesione normativamente rilevante. Conseguentemente all'individuazione di questi due nuclei tematici Bellagamba rigetta il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione⁷⁸⁵.

*7.5. La manualistica*⁷⁸⁶

La varietà dei convincimenti relativi alla costruzione del reato, alla nozione di antigiuridicità, al criterio di imputazione delle cause di giustificazione, al netto poi delle peculiarità terminologiche adoperate, si riflette nella letteratura didattica. Per questo motivo è arduo ridurre ad unità le opinioni presenti; è tuttavia possibile raggrupparle in due grandi insiemi a seconda che gli Autori ammettano o meno il rilievo soggettivo delle scriminanti.

Tra le fila dei sostenitori dell'imputazione oggettiva delle scriminanti è possibile annoverare svariati Autori i quali muovono tanto da basi sistematiche tripartite, dunque ritenendo la antigiuridicità un elemento del reato consistente nel confronto oggettivo della fattispecie concreta con l'ordinamento intero⁷⁸⁷, quanto da una costruzione bipartita del reato⁷⁸⁸. Ove spingano la riflessione oltre il semplice

⁷⁸⁵ Cfr. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 333 e ss., particolarmente, p. 362 e ss. Può essere interessante notare come Bellagamba rinunci a stabilire un collegamento, pure da lui definito «suggestivo», fra primo comma dell'art. 59 c.p. e reato putativo (*ivi*, p. 365 e s.). Simili opinioni erano già state espresse in un contributo precedente: cfr. ID., *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, cit., p. 495 e ss.

⁷⁸⁶ Si fa rimando alle pagine precedenti per i manuali di Autori già citati in riferimento a lavori monografici o a parti degli stessi.

⁷⁸⁷ Cfr. ZANOTTI, *Le cause di giustificazione*, cit., p. 91, il quale ritiene sempre possibile e preferibile l'interpretazione oggettiva degli elementi che possono anche essere interpretati soggettivamente; DE FRANCESCO G., *Diritto penale*, cit., p. 254; CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 270; FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale*, cit., p. 332 e ss., che fondano proprio sul disposto del primo comma dell'art. 59, nonché sull'ultimo comma dello stesso articolo, la categoria delle cause di giustificazione, quale sottoinsieme delle esimenti, e dunque dell'antigiuridicità; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 184, sulla base del richiamo al concetto oggettivo di antigiuridicità come bilanciamento di interessi; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 225, il quale richiama l'istituto del reato putativo per errore di fatto onde confermare la regola del rilievo oggettivo e ritiene la regola corrispondente al concetto oggettivo di bilanciamento di interessi che informa di sé l'antigiuridicità.

⁷⁸⁸ Cfr. ALEO, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2010, p. 320; DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 524 e s., il quale adopera comunque la distinzione fra cause di giustificazione e scusanti

Capitolo II

riferimento al dato positivo le motivazioni addotte a giustificazione della regola consistono anche nel richiamo al reato putativo ovvero nella natura dell'antigiuridicità, intesa quale bilanciamento fra beni giuridici. Il criterio di coordinamento fra il disposto del primo comma dell'art. 59 e le singole fattispecie scriminanti che possono contenere elementi soggettivamente è ravvisato nella regola ermeneutica che rimonta al lavoro di Grosso del 1961: si tratta cioè di preferire il significato oggettivo di elementi quali la costrizione o il perseguimento di un fine particolare.

Tra gli Autori che ammettono l'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione è possibile trovare tanto riconoscimenti espliciti dell'impotenza definitoria del primo comma dell'art. 59 c.p.⁷⁸⁹, quanto implicite ammissioni, più o meno consapevoli, della presenza di eccezioni alla regola stabilita in questa disposizione⁷⁹⁰.

Anche la scorsa del panorama manualistico più recente conferma dunque che non è univoca in dottrina la connessione fra sistematica tripartita del reato, antigiuridicità obiettiva e imputazione obiettiva delle cause di giustificazione; ancora prima non è nemmeno saldo l'uso linguistico che riferisce le cause di giustificazione alla categoria dell'antigiuridicità.

7.6. Alcune note di sintesi

Lo sviluppo della dottrina a seguito della svolta metodologica ha portato la dottrina maggioritaria ad assestarsi sull'adozione del modello tripartito connesso con una nozione di antigiuridicità di tipo formale, quale assenza di cause di giustificazione, e oggettivo, secondo il disposto del primo comma dell'art. 59 c.p.

nonostante divida il reato in elemento oggettivo e soggettivo, e ritiene che un'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione frustrerebbe il disposto del primo comma dell'art. 59 c.p., ormai reso inequivoco dall'abolizione della clausola di salvezza dei casi contrari; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 293.

⁷⁸⁹ Cfr. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 372 e ss., che riferisce l'art. 59, co. 1, c.p. alla figura del reato putativo, ma riconosce da subito la presenza di eccezioni idonee a ridurre la portata della regola dallo stesso definita; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 271; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 350, il quale peraltro nel *Trattato* auspica *de iure condendo* il superamento dell'imputazione oggettivista delle cause di giustificazione (cfr. ID., *L'antigiuridicità e le scriminanti*, cit., p. 229 e s.).

⁷⁹⁰ Cfr. per esempio NAPPI, *Guida al codice penale*, cit., p. 322; oppure CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 503, ove si afferma il rilievo di fatto anche soggettivo dell'antigiuridicità, e p. 519, per l'affermazione del rilievo delle scriminanti per la loro sola esistenza.

Quanti invece hanno sostenuto il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione hanno in sostanza riproposto argomenti legati alla concezione personale dell'illecito di matrice welzeliana, basandosi inizialmente sull'argomento ermeneutico e successivamente sulla riedizione del *Saldierungsmodell*. Entrambe le vie tuttavia non reggono le critiche cui più volte si è accennato nel corso dei paragrafi precedenti.

8. La dommatica alla prova degli elementi soggettivi delle cause di giustificazione

Lo studio del dibattito nostrano ed estero circa l'eventualità di una imputazione soggettiva delle cause di giustificazione ha mostrato come ai fini della soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle scriminante la nozione di antigiuridicità e quella conseguente di illecito costituiscono punti di appoggio non adeguatamente stabili. Non è infatti possibile rintracciare *in rerum natura* alcun concetto di antigiuridicità né un modello descrittivo dell'illecito da cui si possano trarre elementi idonei a sciogliere il quesito relativo alla necessità di un'eventuale imputazione soggettiva delle cause di giustificazione.

Vale la pena soffermarsi ancora brevemente sulla nozione di antigiuridicità; sull'impiego del binomio disvalore d'azione-disvalore d'evento, sul concetto di tentativo e infine sul ruolo del principio di colpevolezza nella strutturazione dell'illecito penale: la riflessione su questi temi offre infatti un indizio significativo relativo alla soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione.

8.1. Caveat in tema di antigiuridicità

La spendita della nozione oggettiva di antigiuridicità nella soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione è tipica della dommatica tripartita.

L'argomentazione in questione, che fa discendere l'imputazione esclusivamente oggettiva delle scriminanti dal concetto altrettanto oggettivo di antigiuridicità, a dispetto della sua linearità superficiale, risente interamente del carattere controverso di questa sua premessa logica. Vi è infatti un ordine di ragioni

Capitolo II

che invita lo studioso ad una cautela nell'impiego della sistematica in questione: l'origine travagliata nella dottrina italiana dello stesso concetto di antigiuridicità; l'uso diffuso anche fra i teorici "bipartiti" a scopi tassonomici e didattici di distinguere all'interno della categoria delle cause di esclusione della pena la sottoclasse delle cause di giustificazione⁷⁹¹; l'intrinseca circolarità delle definizioni di antigiuridicità e causa di giustificazione⁷⁹². Queste tre rilevazioni sono sufficienti a scoraggiare un impiego disinvoltato della categoria della antigiuridicità oggettivamente connotata nella teoria generale del reato e ai fini della soluzione del problema dell'imputazione anche soggettiva delle scriminanti.

In tempi più recenti si è tentato di fondare positivamente la categoria sulla base di precise disposizioni dell'intero ordinamento: la limitazione dell'applicazione dell'art. 25, co. 2, Cost. alle sole fattispecie incriminatrici; l'efficacia extra-penale dell'assoluzione al ricorrere di una causa di giustificazione *ex artt.* 652 e 653 c.p.p.; l'impossibilità che un fatto tipico scriminato possa fondare la responsabilità di un reato ulteriore; la non impedibilità del fatto commesso in una situazione scriminata; l'applicazione oggettiva delle scriminanti in questione *ex primo comma* dell'art. 59 c.p.; la possibilità di concepire un errore sulla causa di giustificazione con conseguente applicazione del quarto comma dell'art. 59 c.p.⁷⁹³.

Il richiamo alle disposizioni dell'ordinamento costituisce probabilmente la via più sicura per poter affermare la sussistenza "*in rerum natura*" di una categoria sistemica e nello specifico dell'antigiuridicità. Così è difficile ignorare la valenza extra-penale dell'assoluzione se il fatto è commesso nell'adempimento di un dovere

⁷⁹¹ Cfr. il più classico dei manuali bipartiti nella sua più aggiornata versione: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 272, ove si fa riferimento alla dicitura «cause di giustificazione» o a quella equivalente di «cause di liceità» per designare i casi in cui il fatto tipico è lecito perché imposto o consentito dalla legge.

⁷⁹² Cfr. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 264 e ss., ove si legge (p. 266): «[come] sia impossibile fissare una priorità logica fra i concetti di antigiuridicità e giustificazione».

⁷⁹³ Cfr. per esempio VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1181 e ss. Ai contrassegni sopra elencati l'Autore aggiunge la necessità di assolvere l'imputato che abbia agito in una situazione scriminante con la formula "perché il fatto non costituisce reato". È da ricordare in questa sede come il codice di procedura penale sembri offrire un puntello all'autonomia della categoria delle cause di giustificazione prevedendo nell'art. 530, co. 3, l'assoluzione nei casi in cui «il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione». È indubbio che la dicitura discenda dalla ricezione nel ceto penalistico della categoria della giustificazione, tuttavia è opportuno non caricare il dato di soverchi significati: l'uso a fini tassonomici della dicitura, come visto, era già diffuso da tempo nella dottrina italiana e non si può escludere che il legislatore del 1988 abbia inteso semplicemente recepire, per maggiore chiarezza dell'interprete, un uso linguistico. In definitiva nemmeno questo dato è sufficiente da solo a fondare la necessità positiva della categoria delle cause di giustificazione.

o di una facoltà legittima ai fini dell'individuazione di una nozione positiva di antigiuridicità all'interno dell'ordinamento penale; è tuttavia meno immediato giungere a questo risultato a partire dal primo e dall'ultimo comma dell'art. 59 c.p. dal momento che queste disposizioni non si riferiscono solo ad alcune fra le cause di esclusione della punibilità bensì all'interezza delle stesse e impegnano perciò l'esegeta nella faticosa minuziosa comparazione di ogni fattispecie di non punibilità con i commi dell'art. 59 c.p. appena citati. A questo riguardo si è già visto⁷⁹⁴ per esempio come l'ermeneutica di alcune fra le scriminanti contenute nel primo libro del codice penale porti all'affermazione della presenza di eccezioni al canone di applicazione oggettiva tanto vistose da mettere in serio dubbio la effettiva vigenza di questa regola.

Ammessa la categoria della antigiuridicità nonostante le difficoltà accennate, varie sono le vie percorse per dare ad essa un contenuto: principalmente ci si riferisce al giudizio formale di liceità rispetto all'intero ordinamento⁷⁹⁵; ovvero ci si appella alla categoria meta-positiva del bilanciamento di beni⁷⁹⁶. Nessuno di questi tentativi definitivi, tuttavia, è supportato da ragioni tali da rendere indubitabile il risultato raggiunto; nessuno dei due tentativi è sufficiente a dare una risposta al quesito circa la necessità di una imputazione psicologica delle cause di giustificazione.

La definizione dell'antigiuridicità come confronto del fatto con l'intero ordinamento infatti, se per un verso corrisponde alla constatazione (elementare) della natura formale del fenomeno giuridico, non è immune per altro verso dal rischio di convalidare una visione semplicistica del diritto penale come sanzione di comandi posti altrove nell'ordinamento, secondo l'impianto imperativista che costituiva lo sfondo ideologico del codice Rocco e che non regge alla prova della complessità

⁷⁹⁴ V. *supra* cap. I, *passim*.

⁷⁹⁵ Si vedano a mo' di esempio: DELL'ANDRO, *Antigiuridicità*, cit., p. 551; CONTENTO, *Limiti della norma e fattispecie non punibili*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 338 e ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 425 e ss., il quale poi specifica la natura di elementi negativi della condotta illecita rivestita dalle cause di esclusione della pena contenute negli articoli da 50 a 54 c.p.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 272 e ss.; da ultimo CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 503 e ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 267 e ss., alle cui pagine si rinvia per una sintesi circa la riflessione relativa al fondamento sostanziale delle cause di giustificazione.

⁷⁹⁶ Si vedano ad esempio MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 192; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 231 e s., il quale ritiene la struttura tripartita del reato la più idonea a rendere ragione della funzione di salvaguardia di interessi assoluta dalla categoria dell'antigiuridicità.

Capitolo II

dell'ordinamento giuridico attuale e all'evidenza dell'autonomia dei fini e delle peculiarità di ciascuna branca dell'ordinamento⁷⁹⁷. Da parte sua il ricorso ad un concetto sostanzialmente materiale di anti giuridicità risente innanzi tutto della difficoltà definitoria della nozione di bene giuridico, da intendersi essenzialmente in una dimensione eminentemente oggettiva; inoltre, col ricorrere al concetto di anti giuridicità materiale fondato sulla nozione di bene giuridico non si potrebbe dare ragione di quelle cause di non punibilità che, benché per esclusione, sarebbero da ricondurre alla categoria delle cause di giustificazione eppure stentano a rivelare un'essenza ulteriore rispetto alla loro natura formale di mero permesso o di diritto (si pensi *in primis* all'art. 51 c.p., o, per esempio, a qualsiasi altra condotta di un pubblico ufficiale espressione dei suoi doveri d'ufficio). A ben vedere tuttavia l'appello al concetto meta-positivo di bene giuridico, con il suo corredo di equilibri, lotte e bilance metaforiche, si rivela un artificio lessicale, un mezzo di economia espressiva che serve allo scopo di penetrare intuitivamente la ragione della liceità di talune condotte nonostante la loro corrispondenza ad una fattispecie incriminatrice. Il successo dell'adozione di un criterio materiale siffatto che intende affrancarsi dal dato positivo posto dalla volontà politica può essere individuato nel tentativo di operare un aggancio dell'ordinamento penale alla realtà materiale a prescindere dalla semplice estrinsecazione di un comando. Il governo di questo strumento ermeneutico di carattere teleologico è tuttavia estremamente complesso nella sua azione conscia e inconscia sull'interprete⁷⁹⁸ ed è insufficiente e riduttivo richiamare genericamente, quale *passpartout* capace di dischiudere qualsiasi anfratto sistematico, la categoria del bene giuridico.

In riferimento allo specifico problema dell'imputazione soggettiva delle scriminanti non è significativo sostanziare il fenomeno della giustificazione nella prevalenza di un bene giuridico, come dimostra il fatto che in dottrina a partire da una nozione materiale di anti giuridicità fondata sul bene giuridico si è sostenuto tanto il rilievo soggettivo che quello oggettivo delle cause di giustificazione. A ben vedere da una tale ricostruzione oggettiva del fenomeno giustificativo sembrerebbe

⁷⁹⁷ V. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 187.

⁷⁹⁸ Si vedano le osservazioni di DELL'ANDRO, *Antigiuridicità*, cit., p. 555 e ss.

più plausibile dedurre un criterio altrettanto oggettivo di imputazione delle cause di giustificazione che non uno soggettivo.

Quand'anche la si rinvenga, dalla definizione di antigiuridicità non è dunque possibile desumere in maniera decisiva un suggerimento per la soluzione della questione dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. D'altronde si tratterebbe di desumere all'esito di un evidente salto logico una regola di imputazione (un dover essere) dalla descrizione di una realtà, per quanto normativa (un essere).

In verità una volta che si grattino via dai concetti di antigiuridicità e di causa di giustificazione, pure positivamente fondati in definitiva sul solo art. 652 c.p.p., le croste vetuste della concezione sanzionatoria del diritto penale e dell'imperativismo nell'ordinamento giuridico ciò che rimane non è molto di più che la constatazione dell'esistenza nell'ordinamento della possibilità di una contraddittorietà bisognosa di un criterio risolutivo, individuato volta a volta in una delle svariate teoriche elaborate nel percorso ormai più che secolare di elaborazione dogmatica. Così ridimensionata, la nozione di antigiuridicità non si rivela più in grado di fornire mezzi per la soluzione, fra gli altri, del problema dell'imputazione soggettiva delle scriminanti.

8.2. Un'annotazione circa la partizione fra disvalori nella costruzione dell'illecito penale

Anche il riferimento alla scomposizione dell'illecito in componenti di disvalore differentemente ad una analisi più approfondita rivela le medesime criticità che affliggono il concetto di antigiuridicità. Anche il concetto di disvalore, articolato nel binomio evento-condotta, esplica infatti una indubbia capacità evocativa nel ricordare all'interprete che in definitiva l'ordinamento penale persegue finalità concrete di prevenzione e che si serve di comandi per ottenere codesti fini; nel rammentargli per altro verso che l'agente può con una sua condotta perseguire un fine lesivo e che dunque ogni sua condotta può essere letta sia con le lenti della causazione di un risultato dannoso socialmente rilevante sia con quelle dell'indagine di una disobbedienza individuale⁷⁹⁹.

⁷⁹⁹ La fattispecie penale, nella sua funzione valutativa, individua una situazione meritoria dello stigma penale espresso quantitativamente dalla misura della pena alla cui determinazione concorrono tre nuclei di disvalore relativi al fatto realizzato e uno alla personalità dell'agente. Tra quelli concernenti

Capitolo II

L'anatomia dell'illecito operata attraverso gli strumenti dei differenti valori assolve così il compito descrittivo di chiarire quale, fra l'aspetto lesivo e la disobbedienza al comando, sia la componente di volta in volta prevalente nella elevazione dell'addebito penale in riferimento ai singoli istituti di parte generale o in riferimento a determinate fattispecie di parte speciale⁸⁰⁰. La scomposizione dell'illecito nei suddetti disvalori, come si è già constatato, non esplica però alcuna

il fatto, il primo è costituito dal disvalore di evento, consistente nella trasformazione peggiorativa della realtà (reati di evento) o nel pericolo che questa trasformazione avvenga (reati di pericolo). Il secondo è definito nel disvalore di intenzione, già rilevante in sede di definizione del fatto tipico, relativo all'atteggiamento interiore dell'agente rispetto alla condotta realizzata. L'ultimo è il disvalore di condotta caratterizzato dalla valutazione negativa dell'atteggiamento materiale tenuto dall'agente. Per questa sintesi: cfr. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 53 e ss.

La costruzione dell'illecito quale sommatoria di differenti

⁸⁰⁰ Esempi di questa che si è definita anatomia dell'illecito penale sono individuabili in un discreto numero di opere. In primo luogo si veda l'ormai classico studio di ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 94 e ss., per una analisi di singole incriminazioni connesse con il concetto di fedeltà nel corso della quale l'Autore non tace le difficoltà definitorie del bene giuridico tutelato dalle disposizioni in questione, cui corrisponde l'accentuazione del disvalore di condotta; p. 250 e ss., ove l'Autore, pur sancendo la necessità che il reato si incentri su un contenuto di lesività materiale, non rinuncia ad ammettere che talvolta esso implichi il rilievo necessario dei profili soggettivi.

Cfr. poi MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., p. 29 e ss., in riferimento alla costruzione dell'illecito secondo le acquisizioni del concetto personale di illecito; p. 101 e ss., per una ricostruzione dei delitti dolosi che privilegia il ruolo del disvalore di evento nonché delle fattispecie di mera condotta quali omissioni proprie, reati di pericolo astratto e di attentato; p. 219 e ss., per il ruolo sistematico del dolo specifico; p. 241 e ss., per l'analisi della struttura dei delitti colposi. Convinzioni ribadite in ID., *Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella "descrizione" dell'illecito penale: aspetti problematici*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 235 e ss.

Da un punto di vista del tutto centrato sul disvalore di condotta e sulla valorizzazione della componente psicologica della condotta, cfr. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, *passim*, e in particolar modo p. 55 e ss., per una rifondazione del concetto di dolo inteso come intento malvagio, come carattere emozionale del reato, e non come semplice conoscenza e volizione del fatto. La concezione del reato incentrata sul disvalore di intenzione porta l'Autore a definire il reato come «ben più che una lesione di un interesse giuridico: è il prodotto dei dinamismi intrapsichici del singolo diretti a procurare allarme sociale nella *Gesinnung* collettiva» (*ivi*, p. 126); conseguentemente a questa definizione l'Autore ritiene che tutto il reato debba essere costruito sul dolo inteso come elemento emozionale portatore del significato di quanto realizzato da parte dell'agente (*ivi*, p. 143 e ss.). È interessante come Morselli nonostante il rilievo attribuito nella fondazione del reato al disvalore di intenzione non discuta la regola del rilievo oggettivo delle cause di giustificazione; di essa è apprezzato l'effetto semplificatore in sede di indagine processuale. L'Autore non rinuncia tuttavia ad ammettere il rilievo del profilo psicologico della causa di giustificazione nell'affermare che il perseguimento di uno scopo di difesa è capace di escludere il dolo, e dunque la tipicità, del fatto realizzato in quanto la volontà difensiva esclude il perseguimento di un fine criminoso e dunque il dolo del fatto (*ivi*, p. 51 e s.).

Cfr. da ultimo PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 59 e ss., in riferimento alla distinzione fra delitti dolosi e colposi; p. 82 e ss., in cui è vagliato l'atteggiarsi dei differenti disvalori a parità di evento materiale realizzato nel caso di omicidio premeditato, di morte come conseguenza di altro delitto e omicidio colposo; p. 89 e ss., ove l'Autore descrive il differente rapporto fra le componenti di disvalore del reato anche in relazione al bene giuridico e al concetto di rischio nel caso dei delitti dolosi o colposi, a forma libera o vincolata; p. 154 e ss., in riferimento alla struttura del tentativo; p. 160 e ss., in riferimento al concorso.

forza, per così dire, prescrittiva come invece si pretenderebbe per esempio dai sostenitori del *Saldierungsmodell*.

L'individuazione dei disvalori corrisponde in definitiva ad una mera descrizione del reato attraverso le categorie della lesività e della disobbedienza. Da una parte è già però l'appello al concetto di lesività a rendere necessarie le cautele consuete relative alla individuazione di una grandezza, quale sarebbe il bene giuridico tutelato, esteriore rispetto al dato positivo della disposizione incriminatrice (o di liceità) e alla conseguente possibilità di misurare la incidenza lesiva della condotta dell'agente sul bene in questione; si tratta cioè di individuare un interesse che l'ordinamento tutelerebbe con il divieto penale e di separare conseguentemente questa componente dagli aspetti relativi alla condotta. Una tale distinzione è però sempre possibile?

Si considerino l'omicidio o il furto: questi esempi manualistici sembrano confermare l'assunto di partenza perché la componente lesiva è identificabile nella morte della vittima o nella diminuzione del suo patrimonio, quella relativa alla condotta invece nella modalità scelta dall'agente per uccidere o rubare, quella dell'intenzione infine nel suo chiaro intento di ottenere lo scopo illecito conseguito. Basterà però riflettere sulla contravvenzione prevista dall'art. 707 c.p. che prescinde da una componente lesiva apprezzabile; per comprendere che l'intero disvalore del fatto poggia su uno *status* dell'individuo e fa a meno di una componente lesiva materiale.

Per altro verso non si può fare a meno di richiamare la critica che già Petrocelli aveva mosso alla divisione mezgeriana fra i compiti di *Bestimmung* e *Bewertung* assolti dalla disposizione penale: l'unicità del precetto non consente di poter distinguere, se non ad un livello descrittivo e, per così dire, pedagogico le due componenti in questione⁸⁰¹. In nessun caso è possibile attribuire a ciascuna delle due funzioni svolte dal precetto penale un ruolo costitutivo nella struttura del reato e sostenere che dalla funzione valutativa del precetto discenda la componente lesiva del reato e da quella imperativa (o, forse più correttamente, di comando) l'elemento di disobbedienza che si rivela nella condotta. Non vi è infatti modo di superare la separazione logica fra descrizione del fenomeno normativo e il valore precettivo per

⁸⁰¹ Cfr. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 38 e s.

Capitolo II

l'interprete. In altre parole non sembra possibile trarre dalla descrizione del fenomeno normativo penale – al netto della correttezza della divisione fra *Bestimmung-* e *Bewertungsfunktion* – anche una capacità esplicativa della struttura dell'illecito.

D'altra parte la stessa corrispondenza fra valutazione e lesività da una parte e comando e disposizione personale d'animo dell'agente è una semplificazione che non fa giustizia di fattispecie in cui, come poco sopra detto, la lesività non prescinde da dati normativi e dalla stessa disobbedienza⁸⁰².

Da ultimo non si può ignorare che la partizione fra i disvalori in questione assume per implicito che l'evento, cui è riferito la nota di lesività dell'illecito penale, sia da intendere in senso strettamente naturalistico, laddove è notorio che la diatriba fra accezione naturalistica e giuridica dell'evento è lungi dal poter essere definita in modo conclusivo⁸⁰³.

Tutti i concetti di cui si sta trattando (disvalore di evento, disvalore di azione, funzione valutativa, funzione precettiva) a ben vedere non sono infine che ausili interpretativi di cui lo studioso si serve per descrivere e riconoscere la realtà normativa che di volta in volta viene in questione; nulla però può *a priori* garantire che si tratti di partizioni universali e sempre ricorrenti. La sintesi e la successiva astrazione della dogmatica deve infatti cedere alla diuturna fatica dell'interpretazione delle singole fattispecie di modo che la parte generale del diritto penale non finisca per assomigliare ad un *monstrum* di formule vuote tiranne della mente del penalista.

Ciò che in definitiva bisogna affermare è la necessaria precedenza logica dell'ermeneutica delle disposizioni positive nell'argomentazione giuridica illuminata da un uso corretto degli strumenti giuridici consapevole dei limiti degli stessi;

⁸⁰² Si vedano per tutti gli esempi di fattispecie positive che prescindono da una dimensione lesiva portati da ZUCCALÀ, *Considerazioni critiche sul principio di necessaria offensività del reato*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, cit., p. 284 e ss., ove l'Autore nomina quali esempi di delitti che prescindono dalla lesione di un bene giuridico i reati ostatici, i reati di accordo e istigazione, i delitti di attentato. Più di recente Zuccalà ha allargato il catalogo comprendendovi anche i reati di pericolo astratto, alcune fattispecie che prevedono il dolo specifico oltre a elencarne numerose altre disseminate nella legislazione extra-codicistica (ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 821 e ss.). L'assenza di una dimensione lesiva in ogni fattispecie criminosa dell'ordinamento italiano è sottolineata anche da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 235.

⁸⁰³ Rilievo presente in SANTAMARIA, *Evento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 129, il quale però ritiene più congruo aderire ad una concezione giuridica di evento; e in PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 56.

l'intento di una equidistanza fra gli estremi della mera esegesi sterile e del soggettivismo interpretativo potrà così essere conseguito nella coscienza dell'interprete illuminata dalla consapevolezza di potenzialità e limiti dei suoi strumenti interpretativi.

L'attenzione all'aspetto formale dell'ordinamento, all'insieme cioè delle disposizioni che lo compongono permette di affermare che esso persegue scopi di tutela servendosi della coercizione incidente su meccanismi psicologici definiti, con una evidente approssimazione, volontà. Si possono usare le etichette di *Bestimmung* e *Bewertung* o quelle di disvalore di azione (o condotta) e di evento per descrivere questa semplice verità dell'ordinamento penale, ma non è corretto desumere da ciò criteri di imputazione. Questo meccanismo di funzionamento del diritto penale "in due componenti" continua a rivelarsi nell'ordinamento penale il quale immancabilmente guarda tanto all'evento lesivo quanto all'intenzione dell'agente⁸⁰⁴; non può tuttavia dirsi mai del tutto sbilanciato verso uno solo di questi due termini di riferimento, riposando la scelta del maggior rilievo dell'uno o dell'altro sulle esigenze politico-criminali perseguite con la posizione del singolo precetto penale.

8.3. Il ruolo dell'istituto del tentativo nella soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione

Si è visto come tanto la dommatica tedesca quanto quella italiana nell'affrontare la materia dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione ricorrano anche all'argomento del tentativo. La prima, in base alla punibilità del tentativo inidoneo stabilita dallo *Strafgesetzbuch*, sostiene la conformità all'ordinamento della punizione della realizzazione della sola componente oggettiva delle cause di giustificazione; la seconda, invece, argomenta a partire dal concetto di

⁸⁰⁴ Oltre ai contributi già citati di Mazzacupa e Zuccalà in cui, come si è visto, gli Autori passano in rassegna gli istituti di parte generale e le fattispecie di parte speciale in cui è pregnante il rilievo penale della condotta, di recente la ricognizione di momenti di emersione del cosiddetto disvalore di condotta è stata portata a termine da MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 95 e ss., ove l'Autore individua fra questi la desistenza volontaria e il recesso attivo, la commisurazione della pena (art. 133, co. 1, nr. 1, c.p.), la presenza fra i criteri di determinazione della competenza per territorio (art. 8 c.p.p.) del riferimento al luogo dell'azione o dell'omissione, nonché la figura della partecipazione di minima importanza dell'art. 114 c.p. Il rilievo penale dell'intenzione e della condotta dell'agente è confermato per altro verso da istituti quali la continuazione nonché quello recentemente introdotto nell'art. 131 *bis* c.p. Quest'ultima disposizione infatti subordina il giudizio di particolare tenuità del fatto, e dunque la conseguente non punibilità del fatto, anche alla verifica delle modalità di condotta oltre che all'esiguità del danno.

Capitolo II

idoneità nel tentativo nonché *ex* secondo comma dell'art. 49 c.p. la liceità penale di una condotta oggettivamente corrispondente ad una fattispecie di liceità, a prescindere dal profilo soggettivo dell'agente.

Il riferimento alla disciplina del tentativo inidoneo o alla figura confinante del reato impossibile consegue alla scomposizione dell'illecito in disvalori, la quale permette di individuare in queste figure come pure nel caso di chi realizzi i soli contrassegni oggettivi di una causa di giustificazione la presenza del solo disvalore di azione (o di condotta o di intenzione, a seconda della precisione con cui si divide ulteriormente il primo) in assenza di un corrispondente disvalore di evento, giacché nel primo caso l'evento non si verifica, mentre nel secondo l'evento si realizza ma non rileva penalmente.

La somiglianza di strutture fra le due situazioni giuridiche, resa evidente dall'adozione del modello che scompone l'illecito in base alle componenti naturalisticamente individuate della lesione materiale e dell'*animus* dell'agente merita però ancora una riflessione. Trarre infatti dalla disciplina del tentativo argomenti per un'eventuale imputazione soggettiva delle cause di giustificazione comporta l'estensione dell'istituto oltre i suoi limiti.

La dottrina tedesca a questo riguarda non ha esitato a richiamare la figura dell'analogia, che peraltro ridonderebbe in quest'ordinamento *in malam partem* giacché comporterebbe la creazione di un'area di punibilità nel silenzio della legge⁸⁰⁵.

A prima vista l'ordinamento italiano non presenta da parte sua margini per la ammissibilità di un ragionamento siffatto di tipo analogico: l'art. 59, co. 1, c.p. è infatti disposizione positiva che non lascia apparentemente dubbi circa la sua estensione (la massima possibile, stante la dicitura generalissima in essa contenuta di «circostanze che escludono la pena») e il suo tenore (l'applicazione oggettiva). Si è tuttavia visto come il confronto con le disposizioni che contengono singole cause di giustificazione costringa l'interprete ad ammettere che il primo comma dell'art. 59 c.p. esplica un effetto inferiore a quello che lascerebbe supporre una prima lettura della sua lettera⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Per più ampi riferimenti al dibattito tedesco cfr. *supra*, cap. II, par. 4.2.2, nonché 4.2.3.

⁸⁰⁶ Cfr. *supra*, cap. I, *passim*, e sinteticamente par. 9.

L'antigiuridictà soggettiva in Italia

In riferimento alle cause di giustificazione contenenti contrassegni soggettivi sussiste dunque un vuoto di disciplina: il primo comma dell'art. 59 c.p. infatti non è in alcun modo sovraordinato alla disciplina delle prime tanto da poter sostenere la preferenza per l'imputazione oggettiva rispetto a quella soggettiva. Nei casi in cui si debba ammettere la sussistenza di un profilo soggettivo rimane così dubbia la soluzione sistematica da adottare nel caso in cui l'agente realizzi la situazione giustificante in assenza di un corrispondente *animus*. Sussiste cioè una effettiva *lacuna legis*.

L'estensione della disciplina del tentativo inidoneo costituisce tuttavia una applicazione analogica della stessa al di fuori dei suoi confini positivamente determinati. Non si può dubitare infatti che i due istituti servano a scopi di politica criminale differenti: mentre il tentativo assolve lo scopo di allargare entro certi limiti la punibilità onde conseguire la difesa sociale, la giustificazione assolve invece alla sfera della liceità penale e dunque garantisce la tutela del singolo. La nota comune per cui tanto nel reato impossibile o nel tentativo inidoneo quanto nella giustificazione realizzata solo materialmente si porti a realizzazione un disvalore di condotta in assenza di un disvalore di evento è un dato che dipende dalla scelta del paradigma descrittivo che distingue nel reato una componente lesiva nettamente separata da una personale. Quand'anche la scelta di questo modello analitico sia ammessa, non è corretto attribuire alla stessa un valore precettivo, come è stato detto poco sopra; e se anche fosse lecito riconoscere a questa descrizione un valore precettivo, sarebbe ancora da dimostrare perché mai l'analogia di struttura fra tentativo inidoneo o reato impossibile e realizzazione dei soli contrassegni oggettivi di una scriminante debba prevalere sulla constatazione altrettanto "naturale" della diversità di fini perseguita dagli istituti del tentativo e della giustificazione⁸⁰⁷. Si tratta di constatare in altre parole – quelle della teoria generale del diritto – come fra i due istituti non sussista *eadem ratio*.

⁸⁰⁷ Si consenta ancora il rimando alle pagine di RATH, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, cit., p. 262: «In der „Normal“-Konstellation des untauglichen Versuchs ist es immerhin möglich, dass jene Beeinträchtigung zu einem Zustand der Rechtswidrigkeit führt, zu einer letztendlichen Verminderung von Wirkungsmacht des am rechtlichen Interaktionsverhältnis beteiligten Opfers bzw. Gutes. [...] In der Konstellation des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselements dagegen kann jene „Beeinträchtigung“ erst gar nicht zu einem Zustand der Rechtswidrigkeit führen. Das Vorliegen der objektiven Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes bedeutet gerade, dass das Täterverhalten zu einer Verbesserung der Wirkungsmachtstrukturen im Interaktionsverhältnis führt. Eine Unrechtssetzung ist so a limine – „ursprünglich“ - ausgeschlossen».

Capitolo II

Questa constatazione esclude in radice qualsiasi possibilità di ricorrere alle regole del tentativo inidoneo o del reato impossibile. Non è perciò sufficiente ritenere che il riferimento agli ultimi istituti citati costituirebbe analogia *in bonam partem*⁸⁰⁸ per sostenere la legittimità dell'estensione di questa disciplina al caso della giustificazione solo oggettiva, giacché non si può sostenere con certezza che il legislatore abbia voluto accumunare gli istituti in questione.

Ad un esame rigoroso il confronto con la disciplina del tentativo non permette di uscire dal vicolo cieco in cui si è costretti dal confronto con il primo comma dell'art 59 c.p.

L'uso corretto del canone ermeneutico dell'analogia esclude dunque una spendita fruttuosa dell'argomento sistematico del tentativo.

8.4. Il principio di colpevolezza e il concetto di antigiuridicità

Una via alla spiegazione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione è stata rinvenuta nella necessità di adeguare l'intera struttura dell'illecito al principio di colpevolezza sancito dalla celebre sentenza della Corte costituzionale del 1988.

La rifondazione del reato si scandisce nel rigetto di una ricostruzione naturalistica delle categorie e nell'impiego di un metodo teleologico che porta l'interprete a definire le categorie sistematiche su un piano normativo. Di conseguenza il concetto materiale e, per così dire, minimo di tipicità è stato superato da quello di illecito, comprensivo di contrassegni soggettivi e normativi il quale assolve la funzione di garantire che sotto la fattispecie astratta venga sussunto un fatto espressivo di una soggettività, con la conseguente esclusione di ipotesi occulte di responsabilità oggettiva cioè dell'imputazione di eventi che in nessun modo procedano da una personalità⁸⁰⁹.

Il principio di colpevolezza assume in questa dimensione il ruolo di asse portante ideologico dell'intera teoria del reato: di esso è innervato ogni membro dell'organismo-reato, in modo che sia garantita l'imputazione penale dei soli fatti riferibili al soggetto inteso non come origine di decorsi causali materiali, bensì come volontà agente.

⁸⁰⁸ La cui ammissibilità è generalmente riconosciuta dalla dottrina italiana: cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 122.

⁸⁰⁹ Cfr. *supra*, cap. II, par. 7.2, in riferimento ai contributi di Donini e Marco Mantovani.

La funzione del principio di colpevolezza è dunque essenzialmente funzione di limite: esso è il luogo ideale in cui converge la volontà comune al legislatore e agli interpreti di escludere il rilievo penale di fatti riconducibili solo materialmente ad un agente.

Non è però opportuno spingere oltre l'impiego di questo strumento ermeneutico di politica criminale fino a derivare da esso una serie di contenuti di carattere prescrittivo che sono estranei alla sua funzione di limite. L'allusione è naturalmente al tema di questo lavoro. Non si può infatti dimenticare che la giustificazione corrisponde nella logica giuridica alla funzione di eliminazione della responsabilità penale mentre la posizione del precetto penale alla individuazione di una condotta e di un soggetto per l'applicazione di una pena. Questa differenza basilare fa sì che mentre per l'imputazione del fatto all'agente, cui si perviene attraverso la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, è ormai indubitabile il riferimento al profilo soggettivo dell'agente, ai fini della giustificazione l'esito di esclusione di qualsiasi conseguenza penale non rende necessario il riferimento alla personalità dello stesso.

È, in altre parole, sicuramente conforme a criteri di giustizia che si imputi all'agente solo ciò che è conseguenza di una sua determinazione personale riconducibile alle forme tradizionali del dolo e della colpa; non è altrettanto necessitato invece il fatto che per l'affermazione di liceità di una condotta ci si debba assolutamente riferire alla componente psicologica dell'agente; l'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione produce infatti, al contrario dell'imputazione soggettiva del fatto, un esito di ampliamento della punibilità.

L'applicazione del principio di colpevolezza alla materia della antigiuridicità può pertanto comportare esiti indebitamente restrittivi della libertà dell'agente, a fronte di disposizioni di liceità che ben potrebbero trovare una applicazione più ampia in ragione del loro tenore letterale ove interpretate oggettivamente. In riferimento all'elevazione dell'addebito penale invece il principio di colpevolezza rappresenta un argine irrinunciabile al dilagare del potere repressivo statale.

Una applicazione capillare e indiscriminata del principio di colpevolezza peraltro non corrisponderebbe sempre alla conformazione delle singole cause di giustificazione. Se ci si allontana infatti dalle più appariscenti figure della difesa

Capitolo II

legittima e dello stato di necessità appare chiaro come la scriminante può consistere semplicemente anche solo in una situazione del tutto oggettiva esterna al soggetto, come nel consenso dell'avente diritto o nella presenza di un elemento altrettanto esterno alla sfera della psiche dell'agente, come nel caso di esercizio di un diritto o di adempimento di un dovere. L'applicazione indiscriminata del principio di colpevolezza in questi casi può sortire un effetto di limitazione della libertà dell'agente che non corrisponde al conseguimento di alcun significativo risultato di tutela sociale; questa compressione della libertà individuale sarebbe giustificata in sostanza sulla base di una mera inclinazione d'animo del primo.

L'ultima osservazione pone significativamente in evidenza il fatto che il principio di colpevolezza, in quanto principio, non può essere adoperato nella sistematica del reato come unico asse portante dell'ordinamento penale. Esso invece si inserisce nella rete di quelle direttrici politico-criminali che fungono anche da strumenti ermeneutici e che vanno anch'esse sotto il nome di principi.

Vi è in altre parole necessità che si faccia governo del principio di colpevolezza, come di qualsiasi altro principio sovraordinato rispetto alle regole di sistema, contemperandone gli assunti e le richieste con gli altri che del pari informano di sé il sistema penale: *in primis* quello di materialità.

8.5. Un profilo riassuntivo

Al concetto di antigiuridicità e all'analisi dell'illecito non è dunque possibile chiedere più di quanto queste idealità possano offrire e cioè una ricostruzione *a posteriori* e per astrazione del fenomeno giuridico il quale rimane pur sempre e principalmente un fenomeno necessariamente legato alla formulazione dei precetti legali. La dimensione descrittiva delle entità in questione impedisce che si possa fare eccessivo affidamento su di esse ai fini dell'individuazione della soluzione di un quesito applicativo come quello relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. Dal canto loro il tentativo e il principio di colpevolezza hanno precisi limiti positivi che all'interprete non è consentito superare.

Che l'antigiuridicità sia un elemento specifico o un carattere generale del reato; che nell'illecito si possa sempre separare con un taglio chirurgico dimensione lesiva e dimensione di disobbedienza, facendo discendere dalla prima criteri di

imputazione specifici per il fatto tipico e dalla seconda una particolare conformazione e una specifica collocazione sistematica della componente psicologica del reato, sono affermazioni che dipendono in gran parte dalla scelta di ipotesi di cui non può essere predicata una verità o una falsità assolute. Similmente l'ampiezza argomentativa e il peso sistematici di un istituto quale il tentativo e di un principio come la colpevolezza dipendono da opzioni ideologiche e financo personali dell'interprete. È sicuramente illusorio credere che si possa eliminare dall'interpretazione delle fattispecie e degli istituti giuridici l'insieme dei presupposti impliciti ed espliciti che guidano anche inconsciamente lo studioso nella ricostruzione "a freddo" del sistema; è tuttavia altrettanto certo che questa opera sistematica non debba essere ipotizzata *a priori* da opzioni metodologiche originarie; di esse, invece, è opportuno fare un uso cosciente dei loro limiti e potenzialità.

Sotto questo riguardo si può ritenere che il primo (e forse maggiore) confine della ricostruzione sistematica sia il confronto con il tenore letterale delle disposizioni che danno corpo agli istituti dell'ordinamento penale. Nella conformazione della singola disposizione infatti è da ricercare l'orma sicura e soprattutto vincolante, che permette di trovare il sentiero da percorrere per la corretta ricostruzione del sistema.

Per questo motivo ci si deve guardare da un impiego "ad oltranza" e indiscriminato della categoria dell'antigiuridicità; o dal praticare incondizionatamente una ricostruzione dell'illecito per disvalori; o dall'applicazione esasperata del principio di colpevolezza; o da una estensione innaturale del tentativo: alla simmetria della ricostruzione dommatica e all'esattezza dei conti sistematici deve preferirsi sempre l'interpretazione, fedele ma guardinga, del dato positivo. Solo quest'ultimo infatti è ciò che è dotato di efficacia giuridica, sebbene esso possa parlare all'interprete solo all'esito di un necessario quanto complesso processo ermeneutico non immune dal rilievo di istanze personali o metapositive.

Non ci si stupirà dunque se in conclusione del capitolo si registra l'impotenza della sistematica in riferimento all'individuazione della soluzione del quesito relativo all'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. Qualsiasi ricostruzione che attribuisca valore di efficacia giuridica a opzioni ideologiche ulteriori rispetto al dato positivo della legge non può fungere infatti da base di appoggio sufficiente per

Capitolo II

l'individuazione di una regola di struttura, quale quella relativa all'imputazione soggettiva delle scriminanti.

D'altra parte nelle stesse ricostruzioni sistematiche della antigiuridicità, le quali dovrebbero fungere da presupposti logici per l'individuazione della soluzione del quesito dell'imputazione soggettiva delle scriminanti, rimangono aperte le due questioni che costituiscono la premessa della soluzione del quesito relativo al profilo soggettivo delle scriminanti: quali siano le cause di giustificazione; quale sia la nozione di antigiuridicità. A questo riguardo si osservi come nella letteratura italiana l'adesione ad una concezione di antigiuridicità invece che a un'altra; come pure l'opzione a favore della bipartizione invece che della tripartizione non hanno portato agli stessi esiti in riferimento al quesito dell'imputazione soggettiva o meno delle cause di giustificazione. Il profilo oggettivo o soggettivo delle cause di giustificazione cioè può essere argomentato all'interno delle più disparate concezioni dell'antigiuridicità con esiti talvolta sorprendentemente coincidenti o altrettanto inaspettatamente difformi dalle premesse accolte⁸¹⁰.

È salutare dunque prendere atto del fatto che la dommatica non è scienza esatta né perfetta in ogni sua componente; non è un meccanismo che giri necessariamente per via di deduzioni e induzioni logiche. Per questo motivo l'interprete non può godere del lusso di confidare ciecamente in dogmi o di appoggiarsi incurante a verità solide: unica certezza del suo lavoro è il confronto fra dato normativo e realtà, fra la forma del diritto e la materia della vita⁸¹¹.

⁸¹⁰ «[...] se le conclusioni raggiunte sono legittimate dall'interpretazione delle norme, non potrebbero mai essere contestate, sol perché non appaiano conciliabili con una determinata "teoria" circa la struttura del reato. Ma sono ugualmente utili perché [...] si potrà constatare che, in realtà, dette conclusioni non pongono particolari problemi in sede dommatica, né costringono ad un "rifiuto", ad esempio, della concezione tripartita, o di quella che considera le scriminanti come "elementi negativi" della fattispecie»: SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 121 e ss., ove l'Autore afferma la preminenza del piano delle indagini «di diritto positivo» sulle soluzioni modellate sulla scelta di un paradigma sistematico. Prosegue Spagnolo: «[...] 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 (e i limiti) 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 sempre 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» (*ivi*, p. 123).

⁸¹¹ Nel suo intervento del 2002 nel corso della diatriba con Pulitanò durata dal 2001 al 2003 (gli altri interventi sono costituiti da PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 3 e ss.; nonché, successivamente alla risposta di Moccia che si citerà a breve, ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, p. 108

L'impossibilità di attribuire rilievo eccessivo agli argomenti di carattere sistematico è confermata per altro verso dalle difficoltà definitorie che riguardano la coppia concettuale sottesa all'intera questione dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione: il binomio oggettivo-soggettivo.

A questo riguardo bisogna innanzitutto rassegnarsi alla povertà di qualsiasi definizione dell'"oggettivo" e del "soggettivo" quali categorie del pensiero. Per quanto si indagli, non sembra infatti che ci si possa allontanare dalla accezione intuitiva e meramente classificatoria che intende il primo come ciò che non dipende dalla partecipazione psicologica del soggetto e il secondo ciò che non può prescindere dal soggetto senziente per la sua esistenza⁸¹². Questa definizione dei termini del binomio in questione, per quanto intuitiva e scarsamente significativa, sembra d'altronde la più adeguata al canone ermeneutico imposto, prima che dall'art. 12 preleggi, da un metodo giuridico corretto il quale si impegni sempre in primo luogo con l'accezione comune dei *verba legis* e dei concetti impiegati direttamente o indirettamente dal legislatore. Se dunque di costrizione parlano le disposizioni legali, di essa si deve indagare quel significato condiviso dalla comunità dei consociati in cui la regola deve trovare applicazione; non ha conseguentemente senso individuare nozioni di oggettività e soggettività distanti da detto uso linguistico condiviso.

È invece scorretto dedurre da una opzione sistematica, quale potrebbe essere un determinato concetto di antigiuridicità o da una determinata struttura dell'illecito, l'oggettività o la soggettività di un elemento di fattispecie, perché in questo caso si sostituirebbe un parametro personale dell'interprete a quello legale che si riferisce all'uso linguistico diffuso nella comunità di riferimento⁸¹³.

e ss.) Moccia ha affermato: «[...] diverse sono le accezioni di sistema, tuttavia è pacifico attribuire al concetto di sistema giuridico alcune caratteristiche che possono ritenersi comunemente accolte, e cioè l'essere costituito da un complesso di norme, connotato da un certo grado di interdipendenza reciproca; tuttavia la caratteristica più significativa, ripeto, è data dalla coerenza e non tanto nel senso che le norme siano reciprocamente in un rapporto logico di implicazione, quanto nel senso che esse non possano essere fra loro incompatibili: cioè norme contraddittorie o contrarie. [...] Indubbiamente, la realtà ci mostra che difficilmente si trova un sistema perfettamente coerente, ma ciò non toglie che la finalità della coerenza debba fermamente essere perseguita». Il Maestro napoletano dunque ribadisce la preminenza del piano normativo su quello dell'elaborazione e ammette conseguentemente la possibilità che il sistema risultante dall'opera ricostruttiva della dommatica non sia connotato in assoluto da coerenza (cfr. MOCCIA, *Euforie tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 463).

⁸¹² Cfr. *supra*, cap. I, par. 1.

⁸¹³ Per quanto appena affermato non si può aderire in pieno alla definizione operata da Donini di oggettivo e soggettivo (cfr. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., p. 70 e ss.).

Capitolo II

La qualificazione *a priori* oggettiva o soggettiva dell'illecito perciò non può costituire un criterio ermeneutico valido per i casi di elementi che si presentino connotati da ambiguità. In altri termini, non si può ritenere oggettiva la costrizione degli artt. 52 e 54 c.p. solo perché si tratta di elementi che appartengono all'illecito, elemento che si assume in precedenza essere oggettivo; né si finirà per ammettere che quella costrizione possa voler esprimere il coinvolgimento psicologico dell'agente che si difende solo perché si è scoperto che l'illecito ammette componenti soggettive; è piuttosto l'individuazione dell'accezione socialmente in uso di difesa legittima o di stato di necessità a determinare se la costrizione sia un giudizio sull'*animus* dell'agente o sullo stato di fatto. Qualsiasi risultato ottenuto per via differente è compromesso dalla tabe originaria della circolarità logica conseguente all'inversione metodologica.

L'appello all'accezione naturalistica di oggettività e soggettività è consonante peraltro con altre disposizioni relative alla disciplina generale delle cause di giustificazione: si pensi all'art. 119 c.p., relativo alla comunicabilità delle circostanze, nonché all'art. 55 c.p. in materia di eccesso colposo, come già sottolineato dalla dottrina⁸¹⁴. Non si vedono infatti sufficienti ragioni per ritenere che, riferendosi a circostanze oggettive e soggettive, il legislatore voglia prescindere

L'Autore infatti afferma esplicitamente essere logicamente precedente alla definizione di oggettivo e soggettivo l'adozione di un modello di illecito connotato da elementi soggettivi: «orbene, l'assumere a proprio modello i reati a responsabilità colpevole comporta una spinta decisiva nella direzione accennata all'inizio di questo paragrafo: il superamento della distinzione "classica" fra oggettivo e soggettivo» (*ivi*, p. 74). Nel prosieguo del lavoro l'Autore, a seguito di una stipulazione poggiata sulla distinzione fra illecito e colpevolezza, ascrive all'oggettivo tutto ciò che attiene alla sfera rappresentativa dell'individuo, quegli elementi cioè che non attengono peculiarmente al dolo o alla colpa, mentre qualifica come soggettivo ciò che attiene alla sfera volitiva dell'agente, in quanto distintivo fra le forme del dolo e della colpa (*ivi*, p. 74 e ss.). Conformemente al principio della precedenza dell'uso linguistico diffuso rispetto alle categorie dogmatiche nell'interpretazione della legge non si può tuttavia ammettere che il concetto di oggettivo e soggettivo dipenda dalle seconde invece che essere desunto dal primo. Opinare diversamente, secondo quanto suggerito da Donini, equivale ad una inversione metodologica; così facendo si finisce infatti per qualificare come soggettivo o oggettivo un elemento delle scriminanti, o più in generale delle cause di esclusione della pena non in base alla realtà (linguistica) cui allude la disposizione giuridica in questione bensì in riferimento ad un particolare sistema di costruzione del reato che qualificherà l'elemento in questione sul metro della prevedibilità invece che su quello della partecipazione psicologica dell'agente all'elemento in questione. La distinzione proposta non fa peraltro che riproporre all'interno della categoria descrittiva dell'oggettivo la partizione sistematica che l'Autore ha elaborato nel suo lavoro. Si rinvia alle pagine indicate anche per gli opportuni riferimenti bibliografici relativi ai contributi classici e maggiormente significativi sulla partizione fra oggettivo e soggettivo.

⁸¹⁴ A questo riguardo si veda SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, cit., p. 100 e ss., in riferimento all'eccesso; p. 111 e ss., per la trattazione della disciplina del concorso di circostanze.

dal tenore letterale delle singole disposizioni a favore dell'adozione di un criterio di natura sistematico fondato sul carattere scriminante o scusante di ciascuna causa di esclusione della pena. Dal canto suo la disciplina dell'eccesso colposo è indizio del fatto che il legislatore può eventualmente decidere di attribuire rilievo anche al profilo soggettivo delle cause di giustificazione che si suppone dunque esistente. In entrambi i casi il legislatore assume che la situazione fattuale riconducibile ad una causa di giustificazione, o più generalmente di una causa di esclusione della punibilità, sotto taluni riguardi giuridici non debba prescindere dalla considerazione della partecipazione dell'agente alla condotta realizzata.

È evidente come la prevalenza del dato ermeneutico spicciolo su quello sistematico non garantisce l'immunità dalla possibilità di ambiguità interpretative, come si è visto in altra parte di questo lavoro⁸¹⁵; l'impossibilità tuttavia di attribuire un valore eccessivo alla dommatica impone che il discrimine ermeneutico e la conseguente individuazione del criterio di imputazione oggettivo o soggettivo delle cause di giustificazione sia rimesso ad un livello normativo superiore, non più legato alla sistematica del diritto positivo ma concernente invece la valutazione delle scelte politico-criminali dell'ordinamento. Se infatti il dato positivo non può soddisfare del tutto l'indagine dell'interprete è lecito a questi investigare la *mens* del legislatore al fine di trovare una risposta alla domanda circa l'imputazione soggettiva delle scriminanti⁸¹⁶.

⁸¹⁵ Ad esse si è fatto ampio riferimento *supra*, cap. I, par. 2-7.

⁸¹⁶ Il risultato è condiviso da alcuni Autori che si sono interrogati sulla questione dell'imputazione soggettiva delle scriminanti. Nella letteratura tedesca si veda specialmente WAIDER, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, cit., *passim*, e nello specifico p. 167 e ss., in riferimento alla rinuncia a desumere una soluzione al problema dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione a partire dai concetti di illecito e giustificazione; nonché p. 231 e ss., ove si constata la dipendenza della soluzione del quesito relativo agli elementi soggettivi delle cause di giustificazione dalla scelta di paradigmi pre-giuridici che dipendono da opzioni personali dell'interprete («*Wie wir sahen, sind jedoch subjektive Einschläge selbst bei größten Anstrengungen weder in den Denkmethode noch in deren Ergebnissen ganz auszuschließen. Somit beginnt die Auseinandersetzung mit subjektiven Elementen bereits eine Stufe früher, als man lange annahm, nämlich bereits beim Denken über das Denken. Auseinandersetzungen sind grundsätzlich nicht zu beseitigen. Da das Denken so personengebunden ist, ist die materiellrechtliche Frage, ob subjektive Rechtfertigungselemente zwingend zu erweisen oder zu wiederlegen sind, nicht absolut beantwortbar*»). Nella letteratura italiana la necessità di cercare la soluzione del quesito sul piano degli indirizzi politico-criminali è stato espresso da BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 356: «il dato normativo, di per sé equivoco, impone di abbandonare un'impostazione "monistica", che si avvalga, in via esclusiva, del metodo "ermeneutico" di ricostruzione della struttura delle singole fattispecie scriminanti, per rivolgersi alla considerazione di quei principi generali che, contribuendo a delineare le

Capitolo II

Si tratta cioè di chiedersi se nell'ordinamento italiano sia lecito punire la realizzazione inconsapevole o strumentale di una causa di giustificazione. Si è visto nel primo capitolo come il dato positivo possa indurre ad ammettere il rilievo soggettivo attraverso il riferimento a concetti soggettivamente connotati; posta l'insufficienza delle categorie sistematiche, si tratta ora di indagare se a livello dei principi fondanti il diritto penale vi possano essere elementi contrastanti con l'ammissione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Il riferimento alle matrici ideali del diritto penale coinvolge inevitabilmente il piano costituzionale; è dunque necessario indirizzare l'indagine anche all'insieme dei contenuti della Carta determinanti per la materia del diritto penale, onde verificare se vi siano impedimenti di rango costituzionale all'ammissione del profilo soggettivo delle cause di giustificazione⁸¹⁷.

La qualificazione eminentemente politico-criminale della natura del quesito in oggetto è peraltro confermata dal fatto che nella dottrina italiana favorevole all'imputazione soggettiva delle scriminanti è ricorrente l'argomentazione che si appella alla presenza di un allarme sociale destato dalla realizzazione di un fatto tipico sebbene oggettivamente lecito, il quale richiede una risposta adeguata dall'ordinamento⁸¹⁸.

caratteristiche di fondo dell'ordinamento penale, supportino l'interprete, indicandogli la soluzione che risulti con essi più coerenti».

⁸¹⁷ «Il sistema penale, all'interno di uno stato di diritto, a Costituzione rigida, quindi a strettissima legalità, va concepito come il logico ed ordinato svolgersi di precetti desumibili da principi fondamentali non in contraddizione tra loro, che rappresentano la cristallizzazione di valori politici basilari di una determinata società in una particolare epoca storica» MOCCIA, *Euforie tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale"*, cit., p. 462.

⁸¹⁸ Si vedano per esempio MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 205; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 324.

CAPITOLO TERZO
FONDAMENTI POLITICO-CRIMINALI E PROSPETTIVE DI
LEGISLAZIONE

SOMMARIO: 1. I termini politico-criminali di un fondamento dell'imputazione soggettiva delle scriminanti 2. Il concetto di principio 2.1 La riflessione dei penalisti sul concetto di principio 2.2. Note di scetticismo sul concetto di principio 2.2.1 La distinzione fra principi e regole 2.2.2 Struttura analogica del ragionamento per principi 2.2.3 Principi e Costituzione 2.3 Le ragioni dello scetticismo 3. La valutazione degli argomenti di principio. La soluzione *de iure condito* 3.1 Oggettivismo e soggettivismo dell'ordinamento penale 3.2 Materialità e offensività di fronte all'imputazione soggettiva delle scriminanti 3.3 L'insufficienza dell'argomento letterale alla luce delle esigenze fondamentali dell'ordinamento penale 4. *De iure condendo* 4.1 Indirizzo politico-criminali di rilievo e istanze di risposta penale 4.2 Le ragioni del quasi-reato

1. I termini politico-criminali di un fondamento dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione

Nei contributi presenti nella letteratura italiana concernenti il tema dell'imputazione soggettiva delle scriminanti è possibile rintracciare tra gli argomenti spesi riguardo (prevalentemente *contra*) il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione il richiamo al tratto eminentemente oggettivista del nostro ordinamento. La considerazione è sostenuta oltre che sul tenore del primo comma dell'art. 59 c.p. anche sulle disposizioni, ormai familiari al lettore, contenute nei primi due commi dell'art. 49 c.p., nonché al disposto degli artt. 56, in riferimento all'idoneità degli atti nel tentativo, e 115 c.p. Subordinare dunque l'applicazione di una causa di giustificazione alla consapevolezza che l'agente abbia della liceità della sua condotta sarebbe un *vulnus* alla congenita repulsa dell'ordinamento penale italiano per la punizione della nuda intenzione delittuosa⁸¹⁹.

⁸¹⁹ Un saggio di questo modo di argomentare si trova in VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 324 e s.: «[...] la presenza di elementi soggettivi all'interno di singole cause di giustificazione costituisce un'antinomia di principi: una commistione di punti di vista oggettivi e soggettivi, che non può che oscurare la comprensione della logica della giustificazione. Logica che nel nostro ordinamento – possiamo affermarlo senza timore di essere tacciati di apriorismo – è saldamente ancorata ad un'ottica di oggettivistica: e lo dimostra anzitutto la norma di cui all'art. 59 co. 1 c.p., che esprime un principio generale al quale bisognerà pur riconoscere un qualche significato. Ma, soprattutto, lo dimostra la presenza dell'art. 49 c.p.: norma dalla quale, comunque la si interpreti, si evince la non punibilità – tra l'altro – del tentativo inidoneo e del reato putativo per errore sul fatto». Segue una teoria di figure paradigmatiche (lo sparo al cadavere, la minestra condita di una dose innocua di veleno, lo spacciatore sprovveduto che traffica gesso invece che cocaina) che confermano l'assunto per cui, diversamente da quanto avviene in Germania e nonostante lo scuotimento della

Capitolo III

Al medesimo esito si giunge anche percorrendo la via segnata dal principio di offensività, assunto a «direttrice fondamentale di politica criminale, perché baricentro di un diritto penale non autoritario e non totalitario»: in assenza di una lesione di un bene giuridico, cosa che non si dubita avvenga nel caso in cui materialmente e indipendentemente dal profilo soggettivo dell'agente si realizzi un fatto lecito, non è possibile cioè elevare alcun addebito penale⁸²⁰.

L'indagine sulla necessità di una imputazione soggettiva delle scriminanti, dopo il confronto con l'ordinamento positivo e con la costruzione dommatica del reato, passa dunque di necessità anche attraverso il confronto con il livello delle scelte politiche che sono sottese all'insieme della disciplina positiva in materia criminale. Quando ci si richiama alla fisionomia, allo "spirito" dell'ordinamento penale; ovvero quando si invoca il principio di offensività non si fa altro infatti che cercare una ragione – giuridica, in quanto ci si rivolge all'ordinamento giuridico e non a ragioni morali o sociologiche – sufficiente a giustificare l'esclusione del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione. Il ricorso a questi argomenti denominati "principi" non prescinde dalla considerazione del loro peso argomentativo: essi vengono invocati proprio perché ritenuti più "pesanti" di qualunque argomento di legge positiva ovvero di dottrina. È il concetto di principio, in altre parole, che si affaccia alla ribalta della argomentazione giuridica, quale disposizione connotata da una preminenza implicita sulla quale è opportuno soffermarsi preliminarmente allo sviluppo ulteriore dell'indagine sugli elementi soggettivi delle cause di

fiducia dei consociati, nel nostro ordinamento si puniscono le sole condotte che cagionino un danno sociale. Similmente BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 363, che spende insieme all'argomento del carattere oggettivo o soggettivo dell'ordinamento quello della necessaria lesività di ogni condotta penalmente rilevante; VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1183 e ss.; nonché MARINUCCI, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale*, cit., p. 12, il quale deduce il rilievo oggettivo delle scriminanti dal principio di materialità; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 273 e s.

⁸²⁰ Per questa posizione si veda BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 363, il quale dunque deve distinguere fra senso naturalistico e giuridico dell'offesa onde poter predicare il carattere penalmente rilevante della sola seconda. Nel campo di coloro che sostengono il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione è dato rintracciare un solo richiamo all'oggettivismo dell'ordinamento penale italiano *sub specie* del principio di offensività nella monografia di Schiaffo. Questi ritiene che lo stesso principio di offensività richiederebbe il rilievo soggettivo delle scriminanti in quanto si potrebbe giustificare solo chi abbia intrapreso la condotta poi scriminata animato dallo scopo di salvezza del bene giuridico. L'assunto tuttavia non convince giacché potrebbe essere condiviso solo se si accedesse ad una nozione di offensività molto lata, comprensiva della mera condotta, mentre l'intento della teoria dell'offensività è proprio limitare la rilevanza penale alle lesioni effettive di idealità, nominate beni giuridici, ben oltre il dato della mera corrispondenza di una condotta ad una previsione legale (cfr. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 179).

giustificazione. Lo studio di questa categoria con riferimento alle peculiarità dell'ordinamento penale si risolve a ben vedere nella indagine dei limiti dell'impiego della stessa. La conseguenza che si deve ammettere con riferimento alla materia di questo lavoro è la netta separazione fra il piano del diritto positivo vigente, lo *ius conditum*, dal piano della proposta *de lege ferenda*; fra il diritto positivo attualmente vigente in Italia e la migliore soluzione possibile del quesito del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

Una volta indagati i termini in cui si possa usare al concetto di principio sarà opportuno valutare la consistenza del tratto oggettivista che si reputa connotare l'ordinamento penale italiano; nonché il contenuto e il rango del principio che impedisce la punizione delle condotte che prescindono da una lesività.

A questo ultimo riguardo si deve osservare come il richiamo presente in letteratura al principio di offensività necessita di essere precisato. L'offensività coinvolge infatti una dimensione valutativa: si vuole che la pena venga irrogata in presenza della lesione di un bene giuridico⁸²¹. Nel caso del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione non è invece in questione solo la lesione di un bene giuridico ma prima ancora si fa anche questione della stessa sussistenza di un fatto⁸²². È dunque non solo di offensività bensì anche di materialità che si deve fare questione⁸²³. Mentre la prima corrisponde alla declinazione di una condizione implicita di rilevanza penale delle condotte, mutevole in base alle singole fattispecie di parte speciale nonché in base all'individuazione del bene giuridico di volta in volta prescelto dall'interprete sulla scorta di una considerazione di natura teleologica; la seconda corrisponde alla operazione più elementare di posizione di un limite invalicabile: il foro interno dell'agente. È di tutta evidenza come la riflessione sul principio di materialità in riferimento alla materia di questo lavoro si concretizza nell'indagine circa la stessa nozione di fatto: si deve cioè ritenere materiale anche la semplice realizzazione di una condotta apprezzabile da un osservatore esterno, con

⁸²¹ Recentemente sul punto v. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 88 e ss.

⁸²² Si usa il termine in senso amplissimo, sostanzialmente quale sinonimo di condotta.

⁸²³ Per la distinzione e i rapporti fra i due concetti di offensività e materialità è sufficiente ricordare la definizione di Ferrando Mantovani: «Per il principio di offensività il reato deve sostanziarsi anche nella lesione di un bene giuridico, non essendo concepibile un reato senza offesa: *nullum crimen sine iniuria*. Esso presuppone ed integra il principio di materialità del fatto [...]: mentre questo assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni, quello garantisce altresì contro la incriminazione di fatti materiali non offensivi. E svolge un'ulteriore funzione di delimitazione dell'illecito penale» (cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 179).

Capitolo III

esclusione del rilievo penale delle sole intenzioni; o si deve anche considerare materiale ciò che oltre ad essere apprezzabile da un osservatore esterno sia anche giuridicamente rilevante perché lesivo di un bene giuridico?

La risposta ai quesiti proposti implica il confronto con la teoria delle fonti dell'ordinamento e in particolar modo con la Costituzione. In primo luogo occorre indagare la sostanza del concetto di principio onde valutarne la compatibilità con le esigenze della materia penale. Secondariamente si deve tenere conto del fatto che in un sistema connotato da rigidità costituzionale la preminenza di un argomento giuridico all'interno di un ragionamento giuridico può essere ottenuta esclusivamente attraverso la spendita del carattere costituzionale o altrimenti sovraordinato della regola invocata. Di conseguenza il carattere di preminenza logica del principio può acquisire una consistenza giuridica solo nel caso in cui la Costituzione contenga una formulazione del principio in questione.

2. Il concetto di principio

2.1. La riflessione dei penalisti sul concetto di principio

Lo studio concernente l'essenza della categoria del "principio di diritto" è oggetto di vasta produzione nella letteratura di teoria generale del diritto e filosofia del diritto nonché argomento di riflessione in quella costituzionalistica. Per parte sua la dottrina penalistica, sebbene si tratti di un impegno profuso sistematicamente solo da pochi Autori, non ha rinunciato a confrontare i risultati della riflessione sul concetto di principio con le peculiarità del diritto criminale e cioè principalmente con le esigenze della legalità penale.

All'esito di questa riflessione il vocabolario del penalista si è arricchito di definizioni e distinzioni precedentemente non praticate.

In primo luogo si è importata nella penalistica la partizione, risalente alle elaborazioni di Dworkin e Alexy, fra regole e principi: le prime si caratterizzerebbero per la loro determinatezza che le rende idonee ad essere impiegate come premessa maggiore di un sillogismo giudiziale, secondo il meccanismo della sussunzione della fattispecie concreta in una astratta; i secondi sarebbero al contrario proposizioni giuridiche connotate da una indeterminatezza intrinseca che non li rende idonei a fungere da premessa di un sillogismo giudiziale senza una concretizzazione previa.

Mentre le regole sarebbero applicabili secondo una logica esclusiva, potendo cioè solo essere o non essere applicate ad un caso concreto, il principio sarebbe suscettivo di una applicazione graduale, cioè maggiore o minore a seconda delle esigenze del caso concreto. Se antinomiche, le regole si escluderebbero a vicenda; al contrario i principi confliggenti si bilancerebbero secondo una logica di prevalenza assiologica determinata in base alle caratteristiche del caso concreto, sebbene questo non determini l'invalidità di quello soccombente. Per parte loro i principi si caratterizzerebbero inoltre per l'essere norme secondarie, cioè destinate all'interpretazione ovvero fungenti da ragione giustificante di altre norme⁸²⁴.

All'interno dell'insieme dei principi sarebbe inoltre possibile praticare diverse distinzioni. In primo luogo si potrebbero separare fra loro i principi positivizzati da quelli non oggetto di proposizioni giuridiche positive, e tra i primi distinguere quelli di rango costituzionale perché accolti in una disposizione della Carta e quelli rimasti al rango della legge ordinaria. Sarebbe inoltre possibile distinguere fra loro i vari principi a seconda dell'ambito di riferimento, a seconda cioè che essi corrispondano ad una materia specifica, ad una branca del diritto ovvero all'intero ordinamento. Una differenza su cui si insiste molto è inoltre quella fra principi espressi e principi inespressi, fra principi cioè che troverebbero in un qualsiasi *locus* dell'ordinamento una formulazione e altri che, pur nella indiscussa opinione della loro vigenza e del loro rilievo capitale, sarebbero lasciati quanto alla loro definizione alla opera costruttiva dell'interprete. Si distingue infine fra principi

⁸²⁴ Si vedano le sintesi apprestate da MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1991, p. 3 e ss.; BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Bari-Roma, 2009, p. 27 e ss.; nonché GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. disc. civ.*, XIV, 1997, p. 343 e ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 173 e ss. Guastini declina la indeterminatezza che connoterebbe i principi rispetto alle norme nell'assenza di un antecedente (cioè di una formulazione linguistica) che enumeri fatti (fattispecie aperta); nella ammissione di deroghe implicite (defettibilità); nella necessità di altre norme che determinino i contenuti del principio ai fini della applicazione del principio al caso concreto (genericità). La conclusione tratta dall'Autore genovese è che il vero tratto distintivo del principio è il suo essere sovraordinato nella argomentazione giuridica data la sua natura di opzione valoriale. Nonostante pratici la differenza fra principi e regole l'Autore avverte la difficoltà di basare la distinzione in questione sulla sola indeterminatezza degli assunti e sottolinea piuttosto la possibilità di distinguere fra le due specie di proposizioni giuridiche sulla base della funzione di giustificazione delle norme ordinarie svolta dai principi. Tra i penalisti la distinzione dworkiniana è praticata da DONINI, *Teoria del reato*, cit., p. 26 e ss., e in termini sostanzialmente identici negli scritti successivi ID., *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Milano, 1999, p. 235; ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 46; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 63 e s.; nonché da PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato* (2006), in ID., *Il diritto penale tra norma e società*, cit., III, I, p. 705 e ss.

Capitolo III

propriamente giuridici e meri caratteri dell'ordinamento: i primi sarebbero proposizioni giuridiche componenti l'ordinamento, i secondi invece sarebbero i tratti salienti dell'ordinamento e deriverebbero dagli stessi principi che, espressi o inespressi, di rango costituzionale o no, fanno parte dello stesso⁸²⁵.

La riflessione sul ruolo della categoria del principio nella teoria del reato è stata più di recente approfondita da Donini. Questi, partendo da premesse definitorie in sostanza coincidenti con quelle appena sintetizzate, ha sottolineato la connessione sussistente fra la categoria in questione, la teoria delle fonti e il metodo di indagine della scienza penale.

L'ammissione della categoria del principio all'interno dell'argomentazione penalistica corrisponde alla necessità di individuare un fondamento extra-positivo al diritto penale; l'individuazione di principi fondanti l'ordinamento penale, data naturalmente per possibile all'interno dello stesso, consiste quindi proprio nella scoperta e nella definizione delle opzioni politico criminali che legittimano l'intero diritto penale⁸²⁶.

Chiarita questa funzione logica della categoria l'Autore individua l'oggetto della sua indagine nei principi, così come definiti dalla *communis opinio* di matrice dworkiniana e alexyana quali regole intrinsecamente indeterminate nonché suscettive di applicazione modulabile e di bilanciamento. Seguendo il percorso tracciato da Dworkin viene così proposta una *summa divisio* fra principi dimostrativi, utilizzati in sede di vaglio di costituzionalità quali anche esclusivo parametro di giudizio, e

⁸²⁵ Nella letteratura giusfilosofica si veda per esempio GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 182 e ss.; in quella penalistica si vedano: VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica* (1991), in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, pp. 449 e ss.; PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, cit., p. 706; DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 27.

⁸²⁶ Si vedano almeno due contributi dell'Autore: DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 36; ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 224 e s.; nonché pedissequamente ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 62 e s. ove si legge: «Il diritto penale ha bisogno di una giustificazione e di una legittimazione particolari e pubbliche [...]. Il sistema delle regole, perciò, deve obbedire a un sistema sovraordinato di principi condivisi, e non imposti: principi politico-costituzionali, giuridico-costituzionali, e di scienza della legislazione». L'inevitabile connotazione politica dei principi in ragione della loro origine storica è sottolineata anche da VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p. 452 e s.; e ancora più esplicitamente si veda PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, cit., p. 709: «Tutti questi principi penalistici sono principi culturali: ossia, sono principi che impregnano profondamente la nostra civiltà. Non possono essere pretermessi, senza violare norma culturali ed etiche radicate nel nostro cuore». Il rilievo è ovviamente ben noto ai filosofi del diritto: GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 175 e s., il quale afferma che il tratto precipuo del principio è il suo essere espressione di valori («scelte politiche caratterizzanti»). A ben vedere la categoria del principio non è infine che uno dei luoghi ideali del mondo giuridico ove, constatata la finitezza inevitabile del sistema formale, si fa appello al giudizio intuitivo pre-razionale per agganciare quelle forme alla realtà.

argomentativi, sprovvisti di piena giuridicità e al più idonei a costituire la guida dell'azione del legislatore⁸²⁷. L'efficacia del principio è così direttamente connessa alla declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni contrarie ai precetti costituzionali⁸²⁸. È in definitiva l'utilizzo da parte della Corte costituzionale di un argomento recepito dall'elaborazione dottrinale ovvero dalla contingenza storica a dare corpo ad un principio capace di esplicare effetti nell'ambito penale. In alternativa un principio dell'ordinamento che stabilisca una regola *in bonam partem* può secondo Donini produrre effetti nell'ordinamento a prescindere dalla sua costituzionalizzazione attraverso l'analogia *legis* o *iuris*, ai sensi dell'art. 12 disp. prel., a condizione quindi che si tratti di un principio generale dell'ordinamento. All'infuori di questi due meccanismi giuridici la possibilità che una regola qualificata *a posteriori* come principio espliciti effetti giuridici è lasciata alla buona volontà del legislatore di attenersi al disposto costituzionale nell'esercizio della sua discrezionalità⁸²⁹.

Le potenzialità di un principio sono tuttavia subordinate alla formulazione della proposizione giuridica che lo contiene: Donini mette in guardia dalla prassi, peraltro invalsa con alterne fortune per lungo tempo nella dottrina italiana, di dedurre dalle disposizioni di principio contenute nella Costituzione l'intera teoria del reato. A detta dell'Autore il difetto di un simile metodo è consistito nel trattare le disposizioni della Carta come se fossero regole e non principi, non tenendo cioè conto della necessità di declinare le stesse in una serie di disposizioni di maggiore dettaglio. Non è infatti corretto che l'interprete deduca dal testo costituzionale una disciplina particolare quando la proposizione giuridica interpretata non si presenta sufficientemente determinata. I principi necessitano infatti in questi casi di essere

⁸²⁷ La distinzione è cara all'Autore che l'ha riproposta pressoché inalterata in molteplici occasioni: DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 27 e ss.; ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 235; ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 46 e 48; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 63 e 69 e s. Sebbene riproponga in sostanza una bipartizione fra efficacia dimostrativa ed efficacia argomentativa dei principi, nella monografia del 1996 appena citata l'Autore traccia una quadripartizione fra principi dimostrativi, principi di indirizzo politico, principi generali dell'ordinamento riconducibili alla disciplina dell'art. 12 disp. prel. e utilizzabili dunque nel ragionamento analogico e infine caratteri del diritto penale.

⁸²⁸ Si vedano DONINI, *Teoria del reato* (1999), cit., p. 235, ove si sottolinea come la natura argomentativa di un principio sia legata alla carattere marcatamente politico, ideologico e tecnico delle decisioni necessarie alla attuazione del principio in questione; tesi riproposta in ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 71.

⁸²⁹ Per il riferimento all'impiego dei principi attraverso il meccanismo analogico se impiegato *in bonam partem* si veda DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 30 e s.

Capitolo III

specificati in una serie di disposizioni di dettaglio la cui formulazione coinvolge inevitabilmente la discrezionalità dell'interprete⁸³⁰.

Così delineati i tratti distintivi e l'efficacia giuridica del concetto di principio, Donini sottolinea l'importanza dello stesso nell'applicazione di un metodo giuridico che rinunci tanto alla costruzione dell'edificio della teoria del reato a partire da assiomi politico-criminali quanto alla mera esegesi del testo positivo. Il metodo corretto, quello che secondo Donini contempera le due vie e non disdegna il confronto comparatistico e criminologico, necessita del ricorso alla categoria dei principi sia nella sua fase deduttiva, quella cioè di contemplazione delle opzioni valoriali fondanti, sia nella sua fase induttiva, consistente nella ricostruzione della fisionomia del reato a partire dall'analisi delle disposizioni positive dell'ordinamento penale⁸³¹.

Con le precisazioni debite e gli accorgimenti di metodo indicati anche Donini adotta dunque la categoria del principio nonostante la genericità ineliminabile dello stesso e, pur criticamente, riconosce i meriti dell'impiego della stessa nella rifondazione del sistema penale su basi costituzionali.

La categoria peraltro non pare d'altra parte essere messa affatto in discussione nella dottrina penalistica italiana che di essa si serve abitualmente con disinvolta frequenza.

⁸³⁰ Il monito circa la necessità di non ricorrere *per saltum* alla Costituzione accompagna costantemente i contributi di Donini sul tema dei principi e del loro impiego nella scienza penalistica: DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 34; ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 237. La constatazione della necessaria mediazione della legislazione ordinaria si accompagna nelle pagine dell'Autore al giudizio storiografico sull'evoluzione metodologica verificatasi in Italia a partire dalla introduzione della Costituzione e sulla base dell'esempio di Bricola. Di questo metodo di deduzione di un intero sistema penale dalla Costituzione Donini lamenta un certo semplicismo miope: «[...] il limite culturale di un progetto chiuso e cogente di illecito penale a fondazione integralmente costituzionale [...] risiedeva nell'idea che da un principio si potesse dedurre, se non un'unica soluzione legislativa, comunque un ventaglio molto ristretto e molto vincolante di soluzioni di matrice neoilluministica e di formazione aristocratica: quando invece sono spesso molte quelle costituzionalmente "compatibili" in un quadro pluralistico e discorsivo di attuazione dei principi» (ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 66 e ss.; per considerazioni simili e storicamente più diffuse v. ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 224 e ss.).

⁸³¹ L'idea di un metodo cui concorrono due modi alternativi di indagine della realtà giuridica, induttivo e deduttivo, è una *idée fixe* della produzione dell'Autore nel torno di anni a cavallo del nuovo millennio: DONINI, *Selettività e paradigmi*, cit., p. 351 e s., e 366 e ss.; ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 225; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 64.

2.2. Note di scetticismo sulla categoria del principio

A dispetto della sua impressione di solidità la consistenza concreta del concetto di principio è stata fatta oggetto di studio critico da parte dei filosofi del diritto, i quali ne hanno approfondito i presupposti logici e semantici. Come è noto, questi nell'applicare la legge penale (il che vuol dire nella ricerca della regola del caso concreto) è chiamato a fare governo di una regola di ermeneutica rigida che è garanzia da una parte della libertà del soggetto del processo penale e dall'altra della separazione dei poteri pubblici. Il confronto con gli esiti della ricerca giusfilosofica è dunque doveroso ai fini di un uso maggiormente consapevole della categoria del principio.

2.2.1. La distinzione fra principi e regole

In primo luogo è la stessa possibilità di distinguere all'interno dell'insieme delle proposizioni giuridiche fra principi e regole che non sembra reggere ad una riflessione scevra dalla conservazione di luoghi comuni.

È opportuno partire da una definizione iniziale di principio onde individuare, almeno per approssimazione l'oggetto della questione⁸³². Data l'assenza di una definizione positiva del concetto di principio l'operazione coincide con l'individuazione di differenti usi linguistici diffusi nel ceto giuridico. Si può così distinguere fra principi e regole operando un discrimine basato sulla diversa efficacia giuridica dei due termini del binomio in questione: le regole, norme dotate di normale vigenza giuridica, e principi, norme destinate ad avere un'efficacia limitata all'indirizzo politico dell'operato del legislatore ovvero quali valori morali destinati a trovare applicazione nei soli casi di soluzione difficoltosa (gli *hard cases* di Dworkin).

È tuttavia possibile intendere la coppia in questione come una distinzione fra tipologie di norme connotate da eguale efficacia giuridica ma che si differenziano per caratteri per così dire morfologici. A questi si è già fatto cenno ma non è senza utilità ricordarli ancora: quanto a formulazione i principi possono essere espressi o mancare del tutto di formulazione; non sono espressi in forma deontica ma ottativa o valutativa e si atteggiavano così a dirigere il comportamento umano solo in forma

⁸³² Si veda l'analisi di GUASTINI, *Principi di diritto*, cit., p. 342 e ss.

Capitolo III

indiretta; consistono infine in una ricognizione di valori che si ritiene siano già esistenti nell'ordinamento; in riferimento al loro contenuto essi non esprimono un giudizio condizionale (se A allora B), ma stabiliscono in modo necessariamente indefinito dei fini che l'interprete qualificato ha libertà di raggiungere nell'applicazione del principio al caso concreto; quanto al ruolo svolto nell'argomentazione giuridica essi non necessitano di giustificazione ma svolgono al contrario una funzione giustificatrice delle norme secondarie.

Di queste tre accezioni di principio è l'ultima che merita di essere presa come oggetto delle riflessioni che seguono. Le prime due infatti si contraddicono nel ritenere i principi norme giuridiche e al contempo nel predicare una efficacia differente da quella di qualsiasi altra proposizione giuridica dell'ordinamento.

Vi sono però anche altri motivi particolari di perplessità.

La prima accezione – quella cioè che fa coincidere la distinzione con il binomio norme giuridiche-norme programmatiche – è da ritenere senz'altro superata dalla nota sentenza 1/1956 della Corte costituzionale la quale ha affermato il valore giuridico di ciascuna disposizione della Costituzione e ha così escluso che si possa attribuire differente efficacia giuridica alle proposizioni dell'ordinamento in base al loro presunto carattere programmatico.

La seconda accezione si poggia sulla distinzione operata da Dworkin fra casi semplici e difficili: i primi sarebbero risolvibili da regole, cioè da norme giuridiche la cui applicazione avviene secondo una logica alternativa; i secondi invece potrebbero essere risolti solo con la modulazione di principi intrinsecamente vaghi⁸³³. Questa distinzione nonostante la sua plasticità non resiste tuttavia ad alcune osservazioni recentemente elaborate dalla dottrina giusfilosofica italiana.

In primo luogo è stato osservato come l'operazione ermeneutica non è differente in base ad una supposta diversa difficoltà risolutiva. Messa da parte la questione dell'individuazione del parametro di difficoltà che fungerebbe tra discriminare fra casi semplici e difficili, si sottolinea l'unicità del procedimento

⁸³³ Teoria ampiamente nota e criticata. Per una sintesi – fra le molte presenti – si veda BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Roma, 1985, p. 511 e ss.

ermeneutico che in ogni caso si atteggia ad essere opera collettiva del legislatore e dell'interprete e confronto di un piano astratto e di uno concreto⁸³⁴.

In secondo luogo si è notato da più parti come la distinzione semantica fra maggiore precisione delle regole rispetto alla indeterminatezza dei principi, sia quest'ultima espressa in termini di vaghezza o più correttamente di genericità, è frutto di una semplificazione che non tiene conto dei limiti intrinseci del linguaggio che di per sé è strutturalmente vago, e della conseguente impossibilità di distinguere fra regole, sufficientemente o del tutto determinate, e principi, sempre indeterminati⁸³⁵. Constata l'impossibilità di distinguere semanticamente le proposizioni giuridiche in due gruppi separati, anche la distinzione fra casi risolvibili attraverso la sussunzione di un fatto in una precisa fattispecie e casi che necessitano

⁸³⁴ Il riferimento è ad uno dei più recenti contributi in materia di ermeneutica giuridica: VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, p. 38 e ss., nonché l'intero cap. V e nello specifico le pagine 120 e ss. Partendo da premesse di costruttivismo epistemologico e di filosofia analitica del linguaggio ordinario, Villa ritiene che l'interpretazione giuridica si connota per l'essere moderatamente contestualista. Essa cioè non si risolve né nell'individuazione di un significato preesistente e perfettamente compiuto né consiste nella creazione dal niente di un significato interamente legato alle opzioni dell'interprete. Al contrario la proposizione giuridica si presenta all'interprete caratterizzata da un significato originario, benché parziale, determinato dalle regole d'uso condivise dalla società nel cosiddetto contesto distale. Questo significato necessita di una determinazione ulteriore che avviene ad opera dell'interprete il quale cala questo significato "originario" nel contesto prossimale, costituito dall'insieme del contesto e della fattispecie concreta. La dimensione pragmatica è dunque presente in ogni fase dell'*iter* ermeneutico. Non si può pertanto praticare la distinzione fra casi semplici e difficili, giacché non è mai possibile stabilire se una fattispecie concreta possa essere sussunta senza necessità di ulteriori riferimenti valoriali o fattuali in una fattispecie astratta: di fatto creazione e ricognizione sono due fasi ineliminabili del procedimento ermeneutico. Il contesto agisce sulla determinazione del significato della proposizione giuridica attraverso le componenti del senso, cioè dell'individuazione di caratteristiche pregnanti per l'applicazione della disciplina legale al caso concreto, e del riferimento, che consiste nell'individuazione degli oggetti che concretamente vengono in questione quali referenti materiali dell'operazione di interpretazione.

La necessità di un riferimento al contesto e alla dimensione pragmatica è maggiormente messa in evidenza dal fatto che nei processi ermeneutici non vi è una precedenza logica né tantomeno una temporale fra le differenti componenti evidenziate da Villa, dimodoché è ben possibile che l'individuazione del significato della proposizione giuridica ben possa dipendere da intuizioni provenienti dal contesto fattuale prima che rivolgersi alla declinazione dei possibili significati della proposizione giuridica.

In ogni caso la chiara insufficienza di semantica e sintassi, legate all'analisi astratta delle caratteristiche della disposizione, destituisce di valore la distinzione fra casi semplici e difficili in quanto una applicazione "semplice", immediata di una fattispecie non è mai possibile, e le opzioni valoriali che si suppone vengano coinvolte solo nei casi "ardu" in verità costituiscono una componente ineliminabile e costante di ogni procedimento ermeneutico.

⁸³⁵ Il rilievo è presente almeno in GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 174, nt. 3; nonché in LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, p. 34 e ss. L'Autore da ultimo citato traccia con precisione la distinzione fra vaghezza, predicato di ogni proposizione giuridica che consiste nella presenza di una area di incertezza semantica intorno ad un nucleo di certezza, e genericità, caratteristica dei principi che rende gli stessi il significante referente di molti significati tutti egualmente possibili data la formulazione lessicale dello stesso.

Capitolo III

dell'appello a valori extra-giuridici perde di significato giacché in ogni caso la sussunzione non è mai automatica. In altre parole: concessa la semplicità interpretativa della fattispecie concreta, nessuna norma potrà essere applicabile secondo la logica sì-no, come sarebbe nella partizione consueta fra principi e regole.

Si può dunque ritenere che la distinzione fra regole e principi non risiede in una efficacia giuridica particolare di questi ultimi differente da quella delle regole. Resta da considerare tuttavia se una partizione basata sulla asserita differenza morfologica delle une rispetto agli altri sia ugualmente logicamente e giuridicamente fondata.

La necessità del concetto di principio e la connessa possibilità di distinguere all'interno dell'insieme delle proposizioni giuridiche la classe dei principi era stata giudicata almeno con scetticismo da alcune voci nella letteratura di teoria generale del diritto⁸³⁶. Nei contributi più recenti, a partire dalla constatazione di quanto sia arduo distinguere fra le proposizioni giuridiche in base ai parametri di maggiore o minore determinatezza semantica, gli Autori che si sono confrontati con il tema della natura del principio giuridico hanno ridimensionato l'autonomia, per così dire, ontologica della categoria in questione, sostenendone invece una natura meramente pragmatica.

Tale è a ben vedere per esempio l'essenza della definizione di principio nell'opera di Guastini. Questi fonda l'autonomia concettuale dello stesso sull'espletamento di una funzione «fondamentale», cioè di ruolo giustificante

⁸³⁶ Si consideri l'inciso scettico di Bobbio contenuto nella sua monografia in tema di analogia, ove l'Autore dovendo esprimersi in tema di *analogia iuris* si trova costretto a discorrere di principi ma nota: «[...] ammesso che veramente questi principi generali di diritto, di cui tanto si discorre, vi siano e siano praticamente utilizzati, cosa che è molto opinabile» (BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 151 e s.); la perplessità peraltro è stata riproposta dall'Autore negli scritti successivi accompagnata alla distinzione fra *analogia legis* e *analogia iuris* (circa la quale cfr. *infra*) (v. per esempio ID., *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 98 e s.). Uno scetticismo simile è espresso nel *Commentario Scialoja-Branca* da Quadri il quale ritiene che sia difficile trovare uno spazio di azione di un criterio ulteriore rispetto a quello della *analogia legis* per ragioni fondamentalmente sistematiche e dunque si mostra critico rispetto alla presenza della categoria del principio: «In primo luogo, si dovrebbe ammettere, ciò che abbiamo già contestato, che il sistema legislativo sia un tutto coerente ed organico, pensato e svolto secondo uno o più pensieri-base, il che si risolve in una vera e propria finzione. Se ben si osserva, quegli autori che si sono avventurati nella ricerca e catalogazione dei principi generali, se non hanno fatto opera di fantasia, hanno per lo più richiamato principi positivamente ed espressamente sanciti» (QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Bologna-Roma, 1974, p. 282).

rispetto alla regola; da parte sua il tratto della indeterminatezza, infatti, non è riferibile in via esclusiva alla categoria del principio⁸³⁷.

La natura pragmatica del concetto di principio è palesata dalla dottrina giusfilosofica più recente la quale sostanzia lo stesso in una prassi argomentativa legata ad una caratteristica semantica dei principi, sia se questi sono espressi in proposizioni giuridiche sia se rimangono impliciti perché affidati all'elaborazione dottrinale. Si è infatti osservato a questo riguardo come il successo della categoria è legato alla genericità della formulazione dei principi, cioè al fatto che questi sanciscano opzioni valoriali non solo minime, sulle quali dunque vi sarà sempre accordo nella comunità dei giuristi, ma espresse con formulazioni talmente lasche da essere suscettibili di molte declinazioni tutte legittime, nonostante la loro potenziale contraddittorietà. Nell'argomentazione giuridica il principio corrisponde ad una prassi argomentativa di tipo inclusivo: esso funge cioè da varco per opzioni valoriali dell'interprete che possano dirsi corrispondenti a quel significato minimo connesso al principio in questione. Al contrario l'impiego di regole nell'argomentazione giuridica corrisponde all'impiego di uno stile argomentativo esclusivo, in cui a essere sfruttato non è il contenuto valoriale addotto dall'interprete bensì il principio di autorità materializzato nell'appello alla stretta legalità.

La differenza fra regole e principi si riduce dunque alla adozione di un differente stile argomentativo da parte dell'agente; in nessun caso si può tuttavia ritenere che nell'ordinamento esistano due "oggetti" strutturalmente differenti all'interno dell'insieme delle norme: la qualificazione di una norma come regola o come principio corrisponde in sostanza alla scelta dell'impiego dell'argomento

⁸³⁷ La soluzione peraltro è posta in termini significativamente dubitativi: «Forse – intenzionalmente uso un tono dubitativo – si potrebbe definire un principio come una norma che presenti congiuntamente i due caratteri seguenti: 1) abbia carattere fondamentale [...] 2) abbia contenuto indeterminato [...]. Ma occorre avvertire che [l'indeterminatezza non] può considerarsi caratteristica esclusiva dei principi. [...] Sicché, alla fine, la sola peculiarità dei principi, in quanto norme distinte dalle regole, resta la loro posizione nell'ordinamento: il loro carattere fondamentale, la loro capacità di giustificare altre norme [...].» (GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 180). Posizioni simili erano già state espresse dall'Autore precedentemente: ID., *Principi di diritto*, cit., p. 346. Similmente opina anche GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata sui principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 72: «[...] la differenza fra regola e principio emerge esclusivamente nel momento dell'applicazione-interpretazione».

Capitolo III

autoritativo (e dunque formale: *Gesetz ist Gesetz*) ovvero dell'argomento valoriale meta-positivo⁸³⁸.

Vi è tuttavia un dato ulteriore che merita di essere sottolineato e che si desume dalle riflessioni appena svolte. L'appello al concetto di principio infatti quando non consiste nell'applicazione di una disposizione positiva di qualsiasi rango (principio cosiddetto espresso), si risolve nel ricorso ad una idealità facilmente intuibile e sulla quale vi è consenso diffuso per effetto dell'elaborazione dottrinale (principio cosiddetto inespresso). L'impiego di un principio inespresso tuttavia comporta una spendita significativa della discrezionalità dell'interprete. Egli giudice o dommatico che sia, prescinde infatti da una disposizione positiva e attinge direttamente ad un insieme di significati legati ad un significante che designa il principio in questione. È da questo "serbatoio" che viene desunto il contenuto più corrispondente alle opzioni ideali dell'interprete e comunque riconducibile al principio invocato⁸³⁹.

In altre parole, il fatto che non esista un catalogo legale dei principi, corredato di definizioni tassative degli stessi, fa sì che l'esercizio della discrezionalità da parte dell'interprete sia maggiore e più intenso di quello fisiologicamente riferibile alle consuete operazioni di ermeneutica giuridica. L'interprete ha infatti mano libera nel decidere il principio cui richiamarsi, nel declinarlo secondo una accezione corrispondente alle proprie opzioni ideali e nel determinare quali siano le regole che permettono l'applicazione dello stesso nel caso concreto. È il caso di sottolineare soprattutto l'impiego di discrezionalità nella definizione delle regole positive discendenti dal principio e che sono destinate a regolare il caso concreto; è infatti la

⁸³⁸ Sono molteplici i luoghi del lavoro di Luzzati che esprimono il pensiero appena sintetizzato: LUZZATI, *Principi e princìpi*, cit., p. 13 e ss., circa il riferimento al concetto di genericità e al suo essere ragione del successo della categoria del principio; p. 29 e ss., ove si affronta la questione della distinzione fra regole e princìpi; p. 39 e ss., nonché 152 e ss. per la distinzione fra le due tipologie argomentative che corrispondono all'impiego della categoria delle regole e dei princìpi.

⁸³⁹ La consapevolezza del ricorso significativo alla discrezionalità dell'interprete coincidente con l'argomentazione per princìpi è ben presente soprattutto fra i costituzionalisti e i teorici del diritto: BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 151 e s.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 281; BARTOLE, *Principi del diritto*, cit., p. 516, e soprattutto 525 e ss.; MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186 e ss., con riferimento alla costruzione dei princìpi inespressi secondo lo schema dell'interpretazione analogica (circa il quale si rimanda *infra*). Sul rilievo insiste molto Luzzati che lega il dispiego di discrezionalità dell'interprete al carattere della genericità del principio, al suo poter essere cioè facilmente declinato in molti modi alternativi e tutti ugualmente logicamente validi: LUZZATI, *Principi e princìpi*, cit., p. 106 e ss.

regola di dettaglio che definisce la conseguenza giuridica per il singolo nel caso concreto e non il principio in sé e questa è in definitiva rimessa alla piena potestà decisionale dell'interprete il quale si legittima attraverso la semplice invocazione di una idealità che si ritiene applicabile al caso concreto⁸⁴⁰.

D'altra parte nemmeno l'appello ad un generico serbatoio di valori comuni condivisi dalla comunità degli interpreti vale a colmare la lacuna di determinatezza e legalità aperta dal ricorso all'argomentazione per principi. Come è stato infatti acutamente notato in dottrina, la società che dovrebbe esprimere il valore politico contenuto del principio in questione non si caratterizza per coesione e unità di fondamenti morali e culturali. Il ricorso ad argomenti che poggiano sull'elemento della condivisione è pertanto minato alla base dall'incognita dell'effettiva presenza del consenso in questione. Nella attuale società non sussiste cioè un referente extra-legale che possa legittimare l'interprete a ricorrere ai concetti di morale o di cultura per definire il contenuto giuridico di principio, specie se inespresso. A ben vedere tuttavia nemmeno laddove esistesse (o fosse mai esistita) una società compatta intorno a opzioni politiche sarebbe lecito ricorrere ad argomentazioni del genere giacché il diritto nasce come forma per lo scopo preciso di spersonalizzare nei limiti del possibile il giudizio del singolo caso⁸⁴¹.

Il ricorso all'argomentazione per principi corrisponde dunque all'impiego significativo di discrezionalità da parte dell'interprete. Nel rimettere la definizione della disciplina del caso concreto al ragionamento per principi si consuma infatti una sostituzione della volontà della legge con una opzione valoriale dell'interprete che

⁸⁴⁰ Si vedano GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 201 e ss., sebbene con specifico riferimento alla concretizzazione dei principi costituzionali; LUZZATI, *Principi e principi*, cit., p. 117 e ss., il quale ravvisa nella necessaria presenza della disciplina di dettaglio una riprova della insussistenza del principio come "oggetto" autonomo nella realtà dell'ordinamento giuridico e della natura pragmatica e argomentativa del concetto di principio. Nella letteratura penalista la necessità di una definizione di dettaglio non è sfuggita a DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., p. 34; ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 225.

⁸⁴¹ La caratterizzazione del principio come raccordo fra l'ordinamento giuridico e una comunità storicamente determinata è stata sostenuta, come è noto, da Betti e si è visto come anche nei contributi penalistici sul tema del principio la tesi sia ricorrente. Quanto tuttavia affermato nel corpo del testo corrisponde all'esito della riflessione più recente e riferita alla condizione attuale della comunità italiana e più in generale delle comunità statali europee e occidentali: si vedano le osservazioni di LUZZATI, *Principi e principi*, cit., p. 13 e ss.

Capitolo III

non ha nulla a che vedere con il suo fisiologico apporto alla determinazione del significato del singolo precetto legale⁸⁴².

L'argomentazione per principi non convince appieno anche per un'altra ragione. Di principi infatti si parla sia che li si intenda come ipotesi da cui a seconda dei casi dedurre il sistema legale ovvero a cui adeguare il sistema vigente; sia che con il termine si designi il frutto di una opera di sintesi dell'ordinamento che parte dalle singole *rationes* degli istituti per giungere agli indirizzi fondanti dell'ordinamento giuridico stesso. In entrambi i casi non si prescinde dall'opera dell'interprete che sceglie le ipotesi prime ovvero determina le ragioni ultime dell'ordinamento positivo. Che sia un conseguente logico da confrontare con i principi ovvero la base argomentativa per dedurre gli stessi, l'ordinamento positivo non può evidentemente essere pretermesso nell'argomentazione giuridica; la confusione delle due metodologie di rinvenimento dei principi tuttavia comporta il rischio di creazioni di circoli ermeneutici in cui si finisce per credere di rinvenire nell'ordinamento ciò che è invece una scelta valoriale dell'interprete o in cui si scambiano precise disposizioni giuridiche componenti l'ordinamento giuridico per verità extra-legali⁸⁴³.

⁸⁴² Nel suo lavoro Luzzati non esita a sottolineare come l'efficacia del ricorso al concetto di principio si possa legare, più o meno consapevolmente, al carattere distruttivo degli stessi. Dietro il consenso apparente e appariscente che connota il richiamo a ciascun principio si cela infatti la volontà di sbarazzarsi della disciplina ordinaria della legge in una logica palinogenetica dell'ordinamento che la retorica del principio, inteso quale entità da sempre vigente, rende possibile e più facilmente condivisibile. L'operazione non è priva di rischi. Si è infatti di fronte alla manifestazione di uno di quegli appelli alla natura che possono facilmente mascherare operazioni di prevaricazione. Non è peraltro escluso che il ricorso al concetto di principio, *species* del *genus* intellettuale dell'idea di natura, sia strumentale a operazioni reazionarie. Non per niente infatti l'Autore conia la dicitura di «funzione decostruttiva» dei principi per designare l'attitudine degli stessi a superare il dato positivo (LUZZATI, *Principi e principi*, cit., p. 17 e ss.). L'impiego di discrezionalità si rende evidente anche nella modalità con cui vengono risolte le antinomie fra i principi secondo il cosiddetto bilanciamento. Di esso Guastini ha ormai chiarito il carattere pienamente discrezionale. La ponderazione consiste infatti nella creazione di una gerarchia assiologica e mobile fra i principi confliggenti, il che vuole dire una gerarchia stabilita dall'interprete in base alle sue opzioni personali e alle esigenze del caso concreto e destinata a valere *una tantum* (GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 206 e ss.).

⁸⁴³ Senza pretesa di esaustività e rimanendo legati alla letteratura finora citata, per una ipostatizzazione dei principi con conseguente deduzione da essi di un sistema giuridico si vedano: VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p. 453, il quale fa esplicito riferimento all'evoluzione storica del pensiero giuridico come referente materiale del concetto di principio; PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, cit., p. 709. Per l'induzione dei principi dalle singole disposizioni positive si leggano invece: BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 38 e ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 281 e ss.; MODUGNO, *Principi generali*, cit., p. 2; GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186, il quale articola la deduzione del principio in un procedimento di tipo teleologico volto ad individuare una fra le condizioni di esistenza della regola espressa da cui si induce il principio destinato ad essere

Ancora una volta la soluzione più sicura quando si ragiona *de iure condito* è il rimanere ancorati all'ordinamento positivo. Se vi è nell'ordinamento una disposizione applicabile al caso concreto di essa si faccia applicazione, a prescindere

applicato alle ipotesi concrete in questione; da ultimo VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 2013, p. 101 e ss.

La questione della deduzione o dell'induzione dei principi è difficilmente risolvibile in termini di verità assoluta dal momento che corrisponde alla alternativa capitale fra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una volta che si aderisca alla prima delle due concezioni, sia pure mettendo in opera quegli accorgimenti di cui ormai da tempo la teoria generale del diritto ha provveduto l'interprete e concernenti *in primis* il concetto di interpretazione giuridica e il ruolo della Costituzione, non si possono avere eccessivi dubbi: si tratta di riferirsi *de iure condito* all'insieme delle proposizioni giuridiche che vigono, e di sviluppare *de iure condendo* teoriche che, prescindendo dal riferimento al diritto positivo, immaginino la declinazione pratica di opzioni valoriali.

Per questo motivo non si può essere del tutto convinti del disegno metodologico che Donini – come già si è ricordato – ha schizzato nei suoi contributi a cavallo del cambio di secolo. Predicando la necessità tanto di una induzione quanto di una deduzione della teoria generale rispettivamente dalla disciplina positiva e dalle opzioni teoriche l'Autore consegna la ricostruzione del diritto all'interprete, relativizzando di fatto il ruolo dell'ordinamento, il quale invece rimane l'oggetto di studio del diritto (cfr. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, cit., p. 351 e ss., e poi 366 e ss. ove si afferma rispettivamente che «la teoria del reato [è] anche legittimata a seguire approcci di tipo assiologico e deduttivo, uno stile a priori che ricava concetti e fini dalla riconosciuta preesistenza di principi e valori dai quali l'ordinamento [...] dovrebbe essere guidato e ispirato» e poi che «[e]ppure, una generalità di tipo induttivo è costitutiva anch'essa della metodologia del reato: ogni "concetto" (dogmatico-sistemico) sedimentato generale può infatti essere suscettibile di revisione e verifica al confronto con qualsiasi norma incriminatrice o gruppo di norme, anche di nuova formazione»). Nonostante infatti si sostenga la preminenza dello studio del diritto positivo, definito «banco di prova più moderno e sconvolgente» (*ibidem*) della dommatica, l'aderire ad un metodo deduttivo comporta il conferimento di una delega sostanziale all'interprete. Il confronto con la disciplina positiva peraltro sembra nel pensiero dell'Autore essere lasciato ad un scrupolo di precisione dell'interprete; dal canto loro i principi, con cui questi è comunque chiamato a lavorare di volta in volta e a seconda delle contingenze, sembrano poter tanto precedere quanto seguire il dato positivo, senza un rigore di metodo. La sensazione che a parere dell'Autore la definizione della regola sia rimessa *in toto* all'interprete è confermata dal ruolo di rilievo che egli attribuisce allo studio criminologico e alla comparazione le quali vengono ritenute componenti essenziali della definizione della teoria del reato (*ivi*, p. 349 e ss.). La difficoltà di coordinare le due componenti del metodo giuridico si rende plasticamente nel seguente passaggio: «Non pare adeguata al tempo presente una teoria generale di soli principi (tendenzialmente giusnaturalistica o comunque prescrittiva, fatta di scopi e funzioni, di valori e filosofia, di metadiritto), come non lo è mai stata una teoria generale di sole regole (rigorosamente giuspositivistica, ma solo descrittiva, fatta di nozioni di struttura, di casi e di giurisprudenza)» (*ivi*, p. 369). Le due componenti indicate da Donini sono infatti antitetiche a prescindere e il proporle insieme equivale in sostanza a non indicare un metodo risolutivo decisivo.

A ben vedere lo stesso Donini è in realtà saldamente ancorato a basi positivistiche (e dunque a un metodo almeno in principio induttivo e dunque giuspositivo) quando, come già rilevato, afferma la necessità del riferimento al diritto positivo e, come pure si è rilevato, sostiene la necessità di non praticare un appello *per saltum* ai principi, ma di rimanere fedeli alla declinazione che il legislatore abbia fatto degli stessi.

Le posizioni richiamate sono state svolte dall'Autore anche in altri contributi coevi: ID., *Teoria del reato* (1996), cit., p. 34; e similmente ID., *Teoria del reato* (1999), cit., p. 225, ove si afferma esplicitamente l'origine ancipite dei principi: «siano essi principi sovraordinati (es. internazionali, costituzionali, dei diritti dell'uomo), siano essi principi desunti dal 'sistema' ma utilizzati poi per dedurre da essi dogmi o procedimenti ermeneutici». Poco oltre Donini esprime nuovamente poi l'auspicio che le due componenti deduttivo-prescrittiva e induttivo-descrittiva cooperino alla definizione di un diritto sempre più simile a un sistema. La contraddittorietà intrinseca delle due componenti rende però difficile concretizzare l'augurio.

Capitolo III

da qualsiasi qualificazione della stessa in termini di regola o principio. Se invece non è possibile rinvenire una disposizione positiva è il caso che l'interprete rinunci ad argomentare a partire dai principi.

2.2.2. *Struttura analogica del ricorso ai principi*

Nonostante le perplessità che sono state indicate il concetto di principio rappresenta una categoria del pensiero giuridico con cui l'interprete è chiamato a confrontarsi; di più: essa rappresenta nell'ordinamento italiano una categoria legale, data la presenza di un preciso riferimento nel secondo comma dell'art. 12 disp. prel., il quale autorizza l'impiego dei principi generali dell'ordinamento nel caso in cui, essendo assente una previsione positiva di legge in riferimento ad una fattispecie concreta, non sia possibile ricorrere alla *analogia legis*. È dunque doveroso non liquidare troppo frettolosamente la categoria in ragione delle difficoltà definitorie e applicative.

Gli studi di teoria generale del diritto ammettono dunque il concetto di principio generale dell'ordinamento conformemente alla lettera del secondo comma dell'art. 12 disp. prel. Secondo quanto elaborato da una ermeneutica autorevole (benché non incontestata) la disposizione svolge due funzioni: essa è da una parte attribuzione di un preciso e limitato potere creativo al giudice; per altro verso stabilisce una sequenza fra criteri ermeneutici. Se la disposizione si presenta chiara ovvero affetta da *lapsus calami* del legislatore o da imperfezioni linguistiche (sinonimie, ambiguità sintattiche ecc.) superabili con il riferimento alla volontà del legislatore l'interprete non ha alcun margine di interpretazione e deve fare applicazione della legge nonostante ogni sentimento di ingiustizia secondo il significato letterale della stessa. Il potere creativo (quello stesso di cui si è discusso nel sotto-paragrafo precedente) è invece circoscritto alla casistica del secondo comma, alle situazioni cioè in cui manchi una «precisa disposizione»; in questi casi l'interprete è legittimato a creare la regola, sostituendosi di fatto agli organi di diritto pubblico depositari della potestà legislativa. La chiarezza in questione è qualità intrinseca, si vorrebbe dire grammaticale e sintattica, delle proposizioni giuridiche che vengono in questione ed è in base ad essa che si deve decidere se il giudice ha o meno potestà decisionale svincolata dal tenore della legge.

Conscia di quanto un simile criterio sia anodino, la teorica in questione ragionevolmente indica come necessaria l'adozione quanto più ampia di un criterio letterale di interpretazione cui è opportuno e possibile derogare, potendo dunque ricorrere ai criteri suppletivi e creativi del secondo comma, nei seguenti casi: novità del mondo reale non contemplate in una disposizione positiva; presenza di clausole aperte (la buona fede, i buoni costumi...); antinomie legislative. In questi casi la lacuna dell'ordinamento è tecnica e non assiologica in senso kelseniano; essa pertanto può essere colmata legittimamente da parte dell'interprete, il quale supplisce al potere legislativo in ottemperamento al comando implicito nell'ipotesi della completezza dell'ordinamento.

L'opera integratrice dell'ordinamento avviene principalmente a mezzo dell'*analogia legis*, sfruttando cioè il potenziale semantico dei concetti adoperati dalla singola disposizione derivante dalla vaghezza intrinseca del linguaggio. Solo in via residuale l'art. 12, co. 2, disp. prel. stabilisce l'appello ai principi dell'ordinamento, i quali vengono individuati attraverso l'astrazione per gradi successivi di sintesi dei presupposti razionali della disciplina positiva⁸⁴⁴.

A proposito di questi ultimi si è già osservato nel sotto-paragrafo precedente il carico di discrezionalità che il loro impiego comporta e la difficoltà di individuare per gli stessi un ambito di autonomia concettuale rispetto alle regole. La ricostruzione proposta da Quadri chiarisce come la prima sia un esito del canone stabilito dall'art. 12 disp. prel. necessario perché funzionale alla realizzazione pratica

⁸⁴⁴ Cfr. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 234 e ss., in riferimento al ruolo di attribuzione di un potere creativo al giudice svolto dall'art. 12 disp. prel., p. 252 e ss. in merito al canone ermeneutico stabilito nei primi due commi dell'articolo, p. 269 e ss., per ciò che concerne nello specifico il secondo comma e il concetto di *analogia legis*, infine le già ricordate p. 281 e ss., in argomento della *analogia iuris* e dei principi generali dell'ordinamento.

Nel complesso la sistemazione della materia dell'ermeneutica giuridica dell'Autore è solidamente impostata su basi giuspositiviste ed è volta alla limitazione del ruolo creativo della giurisprudenza coerentemente con il perseguimento dell'ideale della certezza del diritto e dell'uguaglianza dell'applicazione della legge, il costo dei quali è individuato nella possibilità dell'ingiustizia del caso concreto. Per questa ragione Quadri bandisce ogni sorta di interpretazione teleologica dal panorama giuridico e in conseguenza di ciò circoscrive l'interpretazione cosiddetta logica (il riferimento cioè all'intenzione del legislatore contenuto nel primo comma dell'art. 12 disp. prel.) alla semplice risoluzione delle ambiguità semantiche e dei *lapsus calami* del legislatore. Per una ampia e più recente panoramica sulle problematiche interpretative dell'art. 12 disp. prel. (se cioè l'art. 12 si sottragga o meno ai criteri ermeneutici in esso stabiliti; quale sia il significato dei criteri logico e letterale stabiliti dal suo primo comma; quale sia il rapporto fra i due commi dell'articolo; se la Costituzione soggiaccia ai criteri interpretativi stabiliti dall'articolo; quale sia il concetto di legge cui allude l'articolo; se infine la disposizione sia costituzionalmente legittima o se non addirittura tacitamente abrogata in ragione dell'avvento della Carta e dell'adesione dell'Italia all'Unione europea) si rimanda a VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., p. 57 e ss.

Capitolo III

del postulato della completezza dell'ordinamento cui corrisponde il divieto di *non liquet*. La seconda osservazione trova una conferma indiretta nella descrizione che l'Autore opera del meccanismo di funzionamento dell'appello ai principi; esso consiste infatti in una riduzione del particolare (la fattispecie concreta) ad una unità generale (il principio) a sua volta individuata a partire da più particolari (le singole disposizioni dell'ordinamento), secondo uno schema prettamente analogico tipico dell'applicazione della legge ordinaria⁸⁴⁵.

Se il modello appena ricordato non comporta eccessive difficoltà per il civilista, il penalista ha motivo immediato, se non di scandalo, di interrogarsi maggiormente circa il funzionamento del ricorso ai principi sotto il profilo della differenza con il concetto di analogia che si è appena profilato.

Una sistemazione più risalente e autorevole delle tecniche ermeneutiche contenute nell'art. 12 disp. prel. stabiliva una chiara differenza fra *analogia legis*, cioè il riferimento ai casi simili, e *analogia iuris*, consistente nell'appello ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato⁸⁴⁶. Si riteneva infatti che mentre l'*analogia legis*, anche nella forma attenuata dell'interpretazione estensiva, consistesse in una estensione di una regola ad un caso da essa non contemplato in forza di una similitudine significativa individuata dall'interprete, l'*analogia iuris* si sostanziasse in una operazione di normale sussunzione la cui specialità sarebbe consistita nella ricostruzione della premessa maggiore (il principio in questione) all'esito di un'operazioni di astrazioni successive⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ La formulazione pare una sintesi opportuna del meccanismo dell'*analogia iuris* a partire da principi tanto espressi quanto inespressi, sebbene questi ultimi si presentino connotati da maggiori dubbi in quanto scollegati in tutto da proposizioni giuridiche positive.

⁸⁴⁶ L'identificazione dei due criteri stabiliti dall'art. 12, co. 2, disp. prel. con le tecniche dell'*analogia legis* e *iuris* è ormai acquisita in dottrina almeno a partire dai lavori di Bobbio che si citeranno a breve. Non è dunque più praticata, in quanto logicamente non necessaria, la tripartizione fra *analogia legis*, *analogia iuris*, e ricorso ai principi dell'ordinamento.

⁸⁴⁷ La paternità dell'idea è da riconoscere a BOBBIO: si vedano i suoi *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 152; ID., *Analogia*, in *Novis. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 605; ID., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 228. Il maestro torinese ritiene che mentre la analogia proceda tra due particolari, il ricorso ai principi sia rapporto di un particolare a un generale. La distinzione è stata praticata successivamente: si vedano BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva in diritto penale*, cit., p. 38 e ss., il quale però dissente da Bobbio in quanto ritiene che anche la *analogia legis* sia rapporto di particolare a generale, individuato quest'ultimo nella *ratio* che funge da regola di governo del caso non contemplato, proprio come nel caso dell'*analogia iuris*. Le due figure differirebbero per il prescindere della seconda dalla relazione di somiglianza giuridica. La distinzione sostanziale fra le due pratiche ermeneutiche è anche sostenuta da BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 497; nonché da MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4, sebbene la distinzione operata dall'Autore non sia chiarissima: essa consisterebbe nel carattere implicito del

L'opinione è stata tuttavia sin da tempo criticata. Si sottolinea infatti come anche nel caso dell'impiego dei principi generali dell'ordinamento (inespressi) il ragionamento posto in essere dall'interprete consista in sostanza nella estensione ad una fattispecie priva di una regola positiva di una disciplina desunta da altre disposizioni dell'ordinamento.

La formulazione del contenuto del principio inespresso avviene infatti per via induttiva proprio a partire dalla individuazione delle *rationes* di disposizioni che vengono scelte per via di similitudini che spesso rimangono implicite: è verosimile ritenere che l'interprete attraverso una comprensione intuitiva della fattispecie concreta elabori un giudizio sintetico a carattere teleologico (si chiede cioè: qual è il tratto distintivo della fattispecie concreta?) che, più o meno consapevolmente, gli permette a sua volta di selezionare fattispecie astratte che possono corrispondere a questo stesso giudizio intuitivo iniziale. L'esplicitazione del principio quale *ratio* delle seconde e come premessa maggiore del sillogismo che riguarda la fattispecie concreta è operazione successiva che razionalizza, per mezzo di un ragionamento teleologico, la scelta intuitiva iniziale.

È dunque evidente il carattere sostanzialmente analogico dell'applicazione di principi inespressi a fattispecie prive di disciplina positiva⁸⁴⁸.

Si noti invece come nel caso dei principi cosiddetti espressi non vi è luogo ad alcuna applicazione analogica di regole: si tratterà infatti di procedere ad una

principio, mentre nel caso dell'analogia vi sarebbe deduzione di una *ratio* anch'essa implicita, onde è evidente che non vi è differenza – o non si riesce a coglierne una – logica fra i due meccanismi ermeneutici. Da ultimo la tesi della differenza fra le due analogie è stata ripresa da VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., p. 101 e ss. il quale differenzia le due analogie in base all'ampiezza del *comparatum* che consisterebbe nella *analogia legis* in una sola disposizione, mentre nella *analogia iuris* in un insieme di norme positive appartenenti all'ordinamento. Si vede tuttavia che in una simile sistemazione non si distingue fra le due tipologie quanto a caratteri logici dei mezzi in questione, ma solo in base ad un dato quantitativo.

⁸⁴⁸ L'assunto è chiarito da Guastini, il quale articola la «costruzione dei principi inespressi» in tre fasi: a) Inizialmente si opera una congettura a partire dalla *ratio* di singole disposizioni scelte per base di ragionamento. Il principio così desunto è una norma a struttura teleologica a cui rispondono le disposizioni scelte. b) Si generalizza a partire da regole particolari: se più regole stabiliscono la medesima conseguenza e in esse è ricorrente un elemento, quest'ultimo produrrà la conseguenza in questione anche in un'altra fattispecie. c) Si considera principio una condizione di esistenza o di realizzazione di un principio espresso. L'Autore chiarisce che questo schema analogico è precisamente quello cui si riferisce il secondo comma dell'art. 12 disp. prel. (cfr. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186 e ss.). Che la *analogia iuris* non differisse nella struttura dalla *analogia legis* era stato già posto in evidenza in contributi coevi all'opera dello stesso Bobbio: si vedano CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 358 e ss., che individua quale unica differenza fra le due tecniche l'ampiezza del *comparatum* e sottolinea l'effetto estensivo di entrambe; similmente CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur.*, II, 1988, p. 19 e ss.

Capitolo III

sussunzione della fattispecie concreta nella regola positiva, qualificata come principio in ragione della sua funzione giustificatrice, secondo la definizione di principio data da Guastini, ovvero utilizzata come principio, secondo la sistemazione della materia offerta da Luzzati. In ogni caso non si tratta che di applicazione di una disciplina positiva esistente.

A ben vedere, se per un momento si rinuncia a ricorrere alla categoria del principio e al suo corredo di suggestioni, non rimarrà che questo all'interprete: una disposizione positiva specifica per il caso concreto, da interpretare a norma del primo comma dell'art. 12 disp. prel., e sotto cui sussumere la fattispecie concreta; ovvero una lacuna colmabile ai sensi del secondo comma dello stesso articolo per mezzo dell'estensione analogica della disciplina di una singola fattispecie o di un settore dell'ordinamento.

Il ricorso ai principi inespressi è dunque strutturalmente contrario alla disciplina della legalità penale ed è facile convincersi dell'assunto non appena si dipani il procedimento ermeneutico in questione ponendo mente ai momenti in cui questo implica un'autonoma opera creatrice dell'interprete. A ben vedere lo stesso giudizio di lacunosità dell'ordinamento non prescinde da un'opzione personale dell'interprete. Questi inoltre, sulla base di una scelta, più o meno consapevole, di un aspetto significativo della fattispecie concreta cui corrisponde la lacuna di legge rintracciata, individua, nuovamente secondo il proprio giudizio e le sue opzioni valoriali, quelle norme che reputa rispondenti alla *ratio* individuata in partenza. L'opera di sintesi è ancora personale nel momento della formulazione del principio in una proposizione⁸⁴⁹. Il momento di discrezionalità massima tuttavia è rinvenibile

⁸⁴⁹ La constatazione della discrezionalità necessaria per il funzionamento dell'*analogia iuris* è diffusa nella dottrina e di essa si è già parzialmente dato conto nel precedente sotto-paragrafo. Basti qui ricordare alcuni *loci* in cui viene sottolineata, insieme alla discrezionalità necessariamente spesa dall'interprete, anche l'esercizio di un preciso potere politico di supplenza, o meglio: di completamento dell'ordinamento: si vedano BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 499 e ss., e 525 e ss.; GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. civ. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 325, la quale scorge il fondamento dell'analogia nella giustizia distributiva e dunque nel principio di uguaglianza che rende necessaria la spendita della discrezionalità dell'interprete; MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 4, ove si legge significativamente che «il principio generale è dunque, *strutturalmente*, una costruzione dell'interprete-operatore – a partire dalle norme vigenti in un ordinamento o ritenute implicite nelle sue istituzioni – che consiste in un *fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni* di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti ecc. potenzialmente idoneo a sciogliersi, a concretarsi di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuale e quindi applicabili a fattispecie concrete», nonché p. 12 ove si fa riferimento alla necessità di un apporto personale, cui non è estranea una componente intuitiva, dell'interprete; le già ricordate

nella formulazione di una regola, per così dire, pratica, “minuta”, di governo del singolo caso: come si è detto, il principio (inespresso) per se stesso non contiene alcuna disciplina sufficiente ma consiste probabilmente solo in un appello intuitivo ad istanze valoriali tanto *prima facie* condivise quanto inafferrabili una volta che si cerchi di approfondirne il contenuto⁸⁵⁰.

La problematicità dell'appello ai principi nell'ambito penale è dunque evidente. Nonostante qualsiasi richiamo a norme da cui i principi in questione sarebbero indotti, ciò che finisce per regolare il caso concreto, all'esito di un procedimento logico costantemente minacciato dall'insidia della circolarità logica, è la scelta del tratto saliente che l'interprete opera sin dall'inizio del procedimento ermeneutico.

La conclusione cui si è pervenuti del resto non è una scoperta. Nello stesso micro-sistema delle preleggi è l'art. 14 a dettare la applicazione stretta delle leggi penali intese, conformemente ad una solida interpretazione, quali leggi incriminatrici. La disposizione in questione, confermata nel primo articolo del codice penale, stabilisce il divieto di estendere la disciplina incriminatrice o comunque ridondante *in malam partem* oltre i casi strettamente previsti⁸⁵¹, circoscrivendo l'ambito di applicazione delle singole fattispecie penali a quello rinvenibile attraverso l'ambito semantico dei significanti usati dal legislatore secondo le

pagine di GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 186 e ss.; nonché LUZZATI, *Principi e principi*, cit., cui si rimanda *passim*, essendo quello della discrezionalità dell'interprete nella definizione dei principi il tema dell'intero lavoro.

⁸⁵⁰ Il principio per se stesso non è più che una espressione sintetica che allude ad un insieme di valori condivisi; esso funziona proprio perché lascia solo intuire una complessità di giudizi, a volte sistemi interi di pensiero (si pensi per esempio al principio di colpevolezza il quale non prescinde nella sua definizione dalla sua dimensione storica). Vi è però necessità per la soluzione della fattispecie concreta di decidere il particolare di una disciplina che sia spendibile nel caso e qui si colloca il momento forse di massima discrezionalità. Per il rilievo si vedano per esempio: GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 191 e ss.; le pagine già ricordate di LUZZATI, *Principi e principi*, cit., p. 20, ove si legge: «Siffatti scopi [leggasi: i principi impiegati nell'*analogia iuris*], va da sé, oltre a essere spesso frutto di supposizioni, sono assai generici e necessiteranno di un'ulteriore determinazione. Quando ci troviamo alle strette, un modo per uscirne è tornare alle cose che diamo per scontate anche se l'ovvietà delle cose che diamo per scontate sfuma nell'istante stesso in cui cerchiamo di specificarle. È il paradosso del buon senso: la sua immediatezza rifugge dall'analisi. È una moneta che, se ci mettiamo a contarla, non riusciamo a spendere», nonché p. 115 e ss., ove si osserva come la definizione del principio nella regola di dettaglio coincide con la fine del primo. Si rimanda infine con riferimento alla dottrina penalistica alle pagine di Donini già ricordate in conclusione del sotto-paragrafo precedente.

⁸⁵¹ Senza prendere in considerazione la copiosa letteratura penalistica relativa alla nozione di “legge penale”, basti riferirsi a VASSALLI, *Analogia nel diritto penale* (1987), in ID., *Scritti giuridici*, I, I, Milano, 1997, p. 400 e ss.

Capitolo III

connessioni sintattiche degli stessi. È pacifico che l'interpretazione, anche quando così stretta, non prescinde da componenti personali le quali tuttavia rimangono legate al dato letterale che funge da primo limite all'interprete⁸⁵²; in riferimento all'applicazione dei principi il limite siffatto tuttavia si ridimensiona significativamente e cessa la sua funzione di argine, giacché la lettera delle disposizioni costituenti il *comparatum*, oltre ad essere frutto di una scelta personale dell'agente, è solo il sostrato letterale per un ragionamento teleologico dipendente dalle opzioni valoriali dell'interprete⁸⁵³.

2.2.3. Principi e Costituzione

Si è visto che le regole della legalità penale costituiscono motivo sufficiente per dubitare che la categoria del principio possa trovare un impiego nell'ordinamento penale. Il confronto con la teoria delle fonti in ambito penale sarebbe tuttavia monco se si mancasse di prendere in considerazione la funzione della Carta costituzionale⁸⁵⁴.

⁸⁵² Nella dottrina più risalente il riferimento al concetto di limite è presente in QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 241. Nell'ermeneutica giuridica più recente si veda VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 175 e ss., ove l'Autore sottolinea l'importanza di partire dal presupposto logico della autonomia di un significato proprio delle parole contenute nei precetti legali.

⁸⁵³ Si tenga però conto della seguente opinione di Vassalli: «Emerge anzi l'esistenza, fra le norme relative alla responsabilità penale ed ai casi in cui questa viene ad essere esclusa, di veri e propri principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, taluno chiaramente espresso, taluno facilmente ricavabile dalla legge: principi generali a cui è dato, anzi è doveroso fare ricorso, quando l'analogia, ammessa nella materia in esame, non sia sufficiente a risolvere una determinata questione» (VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, cit., p. 414). Si consideri tuttavia che il passo riportato giunge dopo la trattazione della questione dell'analogia in riferimento alle cause di esclusione della pena, onde è facile comprendere l'entusiasmo generale del Maestro nonché – più prosaicamente – il riferimento alla «materia in esame». Tuttavia la possibilità che viene prospettata di una sussistenza di principi generali estensibili in forza di *analogia iuris* relativamente alla responsabilità penale, dunque anche *in malam partem*, rende doverosa una osservazione. Si tratta cioè di constatare ancora una volta la pericolosità di ammettere la sussistenza di *naturalia delicti* che non si risolvono solo in nomi di istituti (il tentativo, il concorso, l'imputabilità...) ma assurgono a contenuti precettivi minimi – cosa a cui Vassalli sembra alludere – nell'ambito del diritto penale, per i ben noti problemi di compatibilità con le esigenze della legalità penale.

La affermazione in questione sembra però in contrasto con quella fatta in altro luogo dall'Autore, quando aveva sostenuto che nessuna definizione del reato, quand'anche legale, potrebbe esplicitare efficacia normativa (ID., *Analogia nel diritto penale*, in *Novis. dig. it.*, Torino, 1957, I, p. 608).

⁸⁵⁴ L'impiego della Costituzione è ormai oggetto di storia e addirittura di storiografia nella letteratura penalistica. È dunque possibile limitarsi a rinviare a DONINI, *Teoria del reato* (1999), cit., p. 226 e ss., il quale, lo si è già ricordato, in quelle (come in altre pagine coeve alla voce in questione) elabora una critica equanime del metodo costituzionale sviluppatosi nella penalistica italiana specie a partire dall'opera di Bricola.

Occorre dunque interrogarsi sulla possibilità e sulle conseguenze che un principio venga definito dalla Costituzione. Così posti i quesiti necessitano di un chiarimento. Si è infatti già avvertito come sia preferibile non adoperare la categoria del principio, perché non corrispondente ad un regime di efficacia giuridica differente rispetto a quella delle “semplici” regole e dal momento che non esistono ragioni, per così dire, morfologiche sufficienti a distinguere fra le due categorie. La conseguenza metodologica da trarre sembrerebbe così essere la limitazione del lavoro del penalista alla ricerca di una regola da applicare nella fattispecie concreta che viene in questione. Un esito siffatto sarebbe tuttavia un errore giuridico banale e insieme un grave anacronismo: la Costituzione obbliga infatti l’interprete a confrontare l’essere del diritto positivo con il dover essere sancito dalla Carta.

Come è stato sottolineato infatti la presenza della Costituzione nella teoria delle fonti ha il preciso compito di non limitare l’efficacia delle norme alla sola validità formale, bensì di subordinare la prima anche ad un parametro valoriale. In questa accezione non è scorretto discorrere di principi, seppure intendendo il sostantivo non come nome di una classe di principi formalmente connotati, bensì come qualifica sostanziale di taluni precetti costituzionali dotati di marcato contenuto valoriale e funzionale all’espletamento del giudizio di validità sostanziale in questione. I principi sono dunque quelle norme costituzionali che sanciscono il parametro valoriale su cui valutare la legittimità costituzionale, sostanziale e non meramente procedurale, della legge ordinaria⁸⁵⁵.

Occorre dunque interrogarsi sulla eventualità che i precetti stabiliti nella Costituzione, qualificabili come principi per via del loro contenuto valoriale, possano valere per se stessi senza necessità di una definizione di dettaglio nella legge ordinaria; ci si chiede cioè se i precetti in essa contenuti possano essere direttamente applicati. La Corte costituzionale dal canto suo ha sin da tempo ormai risalente

⁸⁵⁵ Le due dimensioni della validità nello Stato costituzionale di diritto (efficacia formale e validità sostanziale) corrispondono all’inglobamento nel diritto positivo dei criteri valoriali moralmente connotati che nei vecchi sistemi strettamente giuspositivi fungevano da riferimenti esterni e meramente politici dell’ordinamento. L’introduzione delle Costituzioni ha invece conseguito l’intento di rendere giuridici questi parametri un tempo extra-giuridici. Si veda: FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008, p. 348 e ss., ove pure si sottolinea la funzione necessariamente critica dell’interprete connessa al criterio anche valoriale di validità.

Capitolo III

riconosciuto e consacrato la tesi della diretta applicabilità della Costituzione, delegando in sostanza il giudice a farne la più diffusa applicazione⁸⁵⁶.

Il presupposto della diretta applicabilità della Costituzione è l'esclusione della presenza di un indifferente costituzionale: perché si possa predicare la diretta applicabilità della Costituzione ad ogni fattispecie è necessario ipotizzare che essa contenga esplicitamente o implicitamente un precetto applicabile a qualsiasi fattispecie concreta⁸⁵⁷. Nonostante si tratti di un'idea ormai tradotta in prassi consolidata, l'assunto dell'assenza di indifferente costituzionale è stato contrastato in dottrina da una autorevole voce che ha sottolineato la lacunosità strutturale del testo costituzionale la quale sarebbe fisiologicamente ordinata a salvaguardare la discrezionalità del legislatore in quegli ambiti della vita sociale che non trovano una disciplina espressa nel testo della Costituzione⁸⁵⁸. Il rilievo in questione merita attenzione giacché corrisponde alla valorizzazione del dato testuale della Costituzione quale salvaguardia contro la possibilità che l'interprete trasfonda nel testo costituzionale istanze valoriali personali suscettibili di venire amplificate dalle modalità tipiche dell'interpretazione costituzionale.

La diretta applicabilità della Costituzione tuttavia solleva una questione ulteriore relativa alla definizione della disciplina di dettaglio che è necessaria alla

⁸⁵⁶ Almeno a partire dalle sentenze Corte cost., sent. 24 giugno 1970, nr. 122; Corte cost., 30 giugno 1986, nr. 184 e Corte cost., 22 settembre 1998, nr. 347. L'assunto non è sostanzialmente contestato nella dottrina attuale. Voci contrarie erano però presenti nella dottrina più risalente la quale concepiva la Costituzione strettamente come parametro di validità della legge ordinaria e dunque ammetteva che l'unico impiego possibile della stessa potesse essere nei giudizi di incostituzionalità e sottolineava i rischi connessi all'inevitabile aumento della discrezionalità dell'interprete: QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 260.

⁸⁵⁷ Il tema, come intuibile, è fra quelli capitali del diritto costituzionale; il lettore avrà dunque pazienza se i riferimenti che vengono qui operati si limitano alla dottrina già citata. Si vedano: BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., p. 512 e ss., ove l'Autore sembra definire il ruolo dell'art. 12 disp. prel. proprio nella attuazione immediata dei principi costituzionale; MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3 e ss.; ad essi si aggiunga BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AAVV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 e ss., il quale basa l'assunto sulla constatazione, risalente a Crisafulli, della giuridicità della Costituzione, pari a qualsiasi altra disposizione dell'ordinamento; al contributo inoltre si rimanda per il corredo bibliografico e giurisprudenziale in argomento. Tra i penalisti basti ricordare BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 548 e ss., nonché p. 577 e ss.

⁸⁵⁸ Si tratta dell'opinione espressa da GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 358 e ss., il quale lamenta la sovra-interpretazione della Costituzione consistente nel ritenere che la Carta esprima sempre un'opzione valoriale la quale può essere il fondamento di un ragionamento analogico volto a colmare la lacuna suddetta. Similmente opina LUZZATI, *Principi e principi*, cit., p. 136 e ss., che constata la diffusione dell'uso nella giurisprudenza e lamenta lo straripamento dell'interpretazione costituzionale con conseguente *vulnus* al principio della separazione dei poteri. Opinioni del tutto consimili fra i penalisti sono espresse da DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 66 e ss.

soluzione del caso concreto. Le norme costituzionali, fra le quali si annoverano quelle che solitamente vengono indicate come principi (espresi) o dalle quali si usa desumere i principi inespressi, sono infatti connotate da una ampiezza di formulazione necessaria allo svolgimento della funzione di garanzia fondamentale, nonché di limite teleologico per il legislatore ordinario. Come qualsiasi altro principio dunque anche quelli che si avvalgono direttamente o indirettamente di una formulazione costituzionale necessitano di un'opera di mediazione dell'interprete⁸⁵⁹.

L'applicazione diretta della Costituzione non è dunque esente dalla spendita di discrezionalità dell'interprete il quale è chiamato, non diversamente dalla comune operazione di applicazione di principi al caso concreto, a individuare un contenuto praticamente spendibile in un sillogismo giudiziale. Nel caso dei principi costituzionali vi è forse un motivo di maggiore titubanza nell'accostarsi al concetto di principio stante la mancata dimostrazione dell'assunto di fondo: che, cioè, la Costituzione esprima sempre un principio per qualsiasi caso concreto che si presenti al giudizio del giudice.

Tanto la constatazione della necessaria spendita di discrezionalità quanto l'assunto della completezza del testo costituzionale si pongono in contrasto con i contenuti della legalità penale, e nello specifico con i canoni della riserva di legge: il richiamo alla Costituzione non può infatti escludere che nella fattispecie concreta sia infine l'interprete a decidere del caso, formulando un principio generale e dando ad esso contenuto fuori di una reale copertura del testo costituzionale.

La discrezionalità dell'interprete incontra pochi limiti, specie se il principio costituzionale che si invoca non trova una formulazione positiva. Egli infatti è arbitro di ritenere sussistente un contrasto fra legge ordinaria e Costituzione, ovvero una lacuna; di scegliere la disposizione costituzionale da applicare, ovvero di formulare il principio implicito che si reputa idoneo al caso; di estrapolare infine dalla disposizione in questione una disciplina del caso concreto. Il richiamo al testo della

⁸⁵⁹ Modugno sottolinea per esempio come la stessa possibilità di applicazione diretta sia subordinata ad un giudizio di idoneità che l'interprete conduce circa la possibilità che la disposizione costituzionale possa divenire premessa maggiore del sillogismo giudiziale che interessa il caso concreto (cfr. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 9 e s.). Similmente, oltre alle pagine già citate dell'Autore, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 201 e ss.: «I principi costituzionali, a causa della loro indeterminatezza, non sono suscettibili di applicazione senza una previa concretizzazione. [...] La concretizzazione non è un'operazione interpretativa in senso stretto: è piuttosto un'operazione creativa».

Costituzione rischia di divenire così solo un titolo di credito per riscuotere il consenso della comunità dei giuristi spettatori dell'atto ermeneutico^{860 861}.

2.3. *Le ragioni dello scetticismo*

La breve analisi condotta ha sollevato motivi sufficienti di cautela nell'utilizzo della categoria dei principi nell'ambito penale. La discrezionalità che accompagna l'individuazione del contenuto del principio e della regola da esso desunta per la fattispecie concreta è tale che le esigenze della riserva di legge e della determinatezza, contenuti del principio di legalità, non possono ritenersi sufficientemente garantite. Che il principio da applicare si desuma dalla legge ordinaria o dalla Costituzione è sempre l'interprete a determinare la decisione del caso concreto e, se questo non crea problemi di rilievo nel resto dell'ordinamento, la specialità del fondamento e la violenza del metodo e delle conseguenze del diritto penale impongono che in questo ambito si cerchi di limitare per quanto possibile gli interventi discrezionali dell'interprete, pur animati dalle migliori intenzioni di garanzia del singolo.

⁸⁶⁰ A questo riguardo è interessante cogliere una riprova di quanto affermato nelle parole di Bin che, come si è detto, sostiene la praticabilità della applicazione diretta della Costituzione: «Perciò l'applicazione diretta della Costituzione può significare cose molto diverse: può essere che la norma Costituzione costituisca fonte immediata della regola del caso concreto; può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; può essere che serva ad invalidare la disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica), salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso (per *analogia legis*, per *analogia juris*, in via equitativa ecc.)» (BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, cit., p. 220). Ciò che è rimarchevole è il fatto che Bin finisce per riconoscere come l'esito dell'applicazione diretta della Costituzione è rappresentato dagli istituti di integrazione dell'ordinamento che sono vietati nella materia penale a norma dell'art. 14 disp. prel. e dell'art. 1 c.p.

⁸⁶¹ Sia concessa un'ultima citazione significativamente riassuntiva di quanto si è inteso esprimere in queste pagine: «[...] è possibile adottare una lettura più disincantata dell'orientamento costituzionalistico, mostrando come in vari casi ciò che, fin dall'inizio, viene ricondotto "a forza" in un comma costituzionale, a cominciare da tutta un'ampia tipologia di principi costituzionali non espressi, altro non è che un percorso giusrazionalistico solo "argomentato" in chiave di positivismo costituzionale, ma in realtà "fondato" veramente su altre basi. Operazione che in taluni casi è molto scoperta e dissimula in modo evidente un percorso giuridico che di giuspositivistico conserva solo l'apparenza, che serve per "far passare" certe tesi altrimenti proponibili solo *de lege ferenda*» (DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 13). È significativo segnalare – se bene si giudica – il compimento della parabola critica circa il metodo costituzionale della scienza penale principiata dall'Autore nei lavori risalenti al decennio precedente questo ultimo saggio ed è ancora più significativo osservare la chiara distinzione che Donini opera fra *ius conditum* e *ius condendum* come partizione metodologica irrinunciabile.

Più che in ogni altro settore dell'ordinamento, infatti, la convinzione di fondo, necessitante di aggiustamenti e distinguo innegabili ma nel complesso non discutibile, che il diritto sia forma e non giudizio del singolo è la migliore garanzia metodologica del lavoro del giurista. Nel delineare il profilo del diritto penale vigente, dunque, l'interprete non deve mai abbandonare lo scrupolo di adesione alla lettera della legge, intesa come significante sufficientemente denso di dignificati esterni alla volontà dell'interprete. È questo un assunto metodologico che, al di là dei nomi dati alle varie tecniche ermeneutiche, consente di isolare quelle pratiche che contrastano il contenuto della legalità penale.

Tutto ciò non toglie tuttavia che nel ragionare *de iure condendo*, invece, il giurista argomenti da idealità raccolte dal meglio del pensiero e dell'evoluzione storica. Il *munus* esercitato è però differente e non si collega direttamente all'ordinamento positivo.

3. La valutazione degli argomenti di principio. La soluzione *de iure condito*

3.1. Oggettivismo e soggettivismo dell'ordinamento penale

Nella dommatica e nella manualistica è comune predicare l'oggettivismo dell'ordinamento penale italiano. Questo carattere oggettivo viene definito in contrapposizione ad un opposto tratto soggettivo, insieme al quale costituisce il paradigma politico-criminale a cui possono essere ricondotte le differenti declinazioni degli ordinamenti penali⁸⁶². Si tratta, in altre parole, di delineare due possibili modelli di costruzione del reato che in quanto prototipi non possono darsi in modo "puro" in natura, ma che possono validamente fungere da ausili interpretativi della realtà normativa⁸⁶³.

⁸⁶² La ricostruzione del modello oggettivista e di quello soggettivista è stata operata di recente nella dottrina italiana da CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, cit., p. 1448 e ss.; DONINI, «Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo: dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1525 e ss.; MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 509 e ss.; PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., *passim* e soprattutto p. 141 e ss.; MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale.*, cit., p. 1 e ss.; FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 83 e ss.

⁸⁶³ Per la constatazione del ruolo paradigmatico e, se si vuole, didattico della distinzione si vedano PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 141 e s.

Capitolo III

Il modello oggettivo prevede che la punizione penale colpisca una condotta che sia pericolosa per la comunità; l'utilizzo della metafora del bene giuridico, cui si ricorre generalmente per spiegare l'oggettivismo, esplicita la volontà di limitare l'ambito del penalmente rilevante alle sole condotte che siano idonee a turbare interessi collettivi. Ciò che si punisce è dunque solo ciò che incidendo sulla vita di un singolo (la vittima del reato) si palesa come idoneo a scuotere il sentimento di sicurezza dei consociati.

Di conseguenza si puniranno solo le condotte significativamente lesive di interessi materialmente rilevanti (principio di offensività); l'unico tentativo rilevante sarà quello idoneo, quello cioè che concreta una significativa messa in pericolo del bene giuridico, punibile in via eccezionale rispetto al prototipo dell'illecito rappresentato dal reato consumato; il mero accordo criminoso non sarà rilevante, come pure non saranno rilevanti condotte che sono ancora distanti dal concretare un'aggressione significativa all'interesse specifico in questione⁸⁶⁴.

Il tratto distintivo dell'oggettivismo è dunque l'opzione per un metodo teleologico che astraendo dalla descrizione del tipo legale e, più in generale, dalla mera condotta dell'agente impone un giudizio di valore parametrato sul concetto di lesione. Questo giudizio implica che ciascuna disposizione contenga un requisito tacito concernente l'effettiva lesività delle condotte descritte nella fattispecie la cui determinazione è lasciata alla discrezionalità dell'interprete e che permetterà a quest'ultimo di non applicare la pena nei casi in cui essa paia eccedente il disvalore complessivo del fatto.

Da parte sua il soggettivismo è quel modello legale che punisce non la messa in pericolo di interessi particolari in quanto rilevanti per la collettività bensì un

⁸⁶⁴ Si veda PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., *passim* e soprattutto p. 141 e ss. L'Autore, oltre a ricordare i tratti appena accennati, riferisce l'analisi ai tre differenti disvalori (evento, condotta, intenzione) e sottolinea come nel modello oggettivista sia prevalente il disvalore di evento. Nel modello oggettivista puro non ha senso distinguere fra i vari criteri psicologici di imputazione del fatto all'autore dal momento che rileva unicamente la lesione del bene giuridico; il tentativo perde affatto significato come pure il concorso morale. L'unica funzione della pena diviene quella retributiva e viene meno la necessità di ipotizzare un sistema graduale e differenziato di pene. Ci si permette di osservare come in riferimento alla funzione della pena non sia del tutto immediata l'esclusione dei profili preventivi dall'ambito di interesse di un sistema schiettamente oggettivo. L'attenzione al profilo socialmente lesivo delle condotte delittuose non determina infatti il disinteresse per l'effetto di deterrenza speciale ma soprattutto generale che la pena sortisce a tutela dei beni giuridici. Similmente cfr. MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 510 e ss.

individuo che dimostri una volontà criminosa. Il carattere lesivo della condotta è solo un sintomo della pericolosità del suo autore; estremizzando (al limite dell'inesattezza descrittiva): ad essere punito è il soggetto, non il fatto.

Come è stato notato in dottrina, il soggettivismo ha conosciuto storicamente due possibili declinazioni: il diritto penale della volontà e il diritto penale della pericolosità sociale⁸⁶⁵.

La prima corrisponde alla punizione di una volontà in contrasto con i fini dell'ordinamento. Ad essere colpita è in definitiva la disobbedienza, la determinazione del soggetto a porsi in contrasto con l'ordine sociale. Conseguentemente non saranno rilevanti considerazioni di carattere sostanziale circa l'effettività della lesività della condotta in questione; saranno così punibili il tentativo inidoneo, che anzi diviene il prototipo dell'illecito penale, e il mero accordo criminoso; il putativo equivarrà al reale agli effetti della legge penale⁸⁶⁶.

La seconda accezione di diritto penale soggettivo è invece figlia della temperie positivista del torno di anni a cavallo del XIX e del XX secolo che connotava il diritto penale come strumento di governo e repressione della criminalità, considerata quale patologia sociale. Conseguentemente il reato è letto con le lenti della pericolosità sociale, intesa quale attitudine del singolo alla commissione di nuovi fatti criminosi.

L'elaborazione di un paradigma penale maggiormente corrispondente alle esigenze sociali e alle convinzioni epistemologiche di volta in volta individuate dal ceto giuridico si è invero nella elaborazione dei differenti modelli di illecito, siano essi rimasti nelle pagine della letteratura ovvero siano essi entrati in vigore negli ordinamenti statali⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Per la bipartizione interna alle posizioni soggettiviste si veda MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 514 e ss.; nonché MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale*, cit., p. 4 e ss.

⁸⁶⁶ PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., *passim* e soprattutto p. 145 e ss. Ancora una volta l'Autore riferisce il modello in questione ai differenti disvalori che costruiscono l'ordinamento penale e individua quale tratto prevalente il disvalore di intenzione. Il dolo diviene l'elemento assorbente della fattispecie, mentre l'evento è ridotto a mera condizione obiettiva di punibilità. Quale esito naturale Paliero ascrive al modello soggettivista la rinuncia alla distinzione interna al reato che diviene un *Gesamtatbestand*. Quanto al regime sanzionatorio sorge la necessità di differenziare in ragione dei differenti atteggiamenti interiori le risposte sanzionatorie.

⁸⁶⁷ Il modello oggettivista viene generalmente riferito all'esperienza penalistica degli ordinamenti penali più antichi: il diritto penale romano classico e quello germanico prescindevano infatti dalla valutazione del profilo psicologico dell'agente. Il modello soggettivista (nella sua accezione del cosiddetto *Willenstrafrecht* e non in quella del diritto della pericolosità sociale) è da parte sua riferito

Capitolo III

Nonostante parte della dottrina attuale mantenga ancora la contrapposizione fra oggettivismo e soggettivismo e affermi in ragione di essa il carattere esclusivamente oggettivistico o tendenzialmente soggettivistico dell'ordinamento penale italiano⁸⁶⁸, è evidente come quello italiano sia un sistema penale ibrido che, figlio della metodologia del bene giuridico importata da Rocco, purtuttavia non rinuncia ai migliori risultati del garantismo liberale della scuola classica, finendo per posizionarsi a mezza via fra differenti indirizzi ideologici⁸⁶⁹.

L'ordinamento penale italiano infatti da una parte esso sembra privilegiare il profilo materialmente lesivo attraverso l'affermazione della teoria condizionalistica in tema di causalità; la non punibilità del reato impossibile, del reato putativo e del mero accordo criminoso; la configurazione del tentativo sul parametro della idoneità degli atti; l'imputazione oggettiva delle circostanze di esclusione della pena; le ipotesi, non tutte ancora corrette, di responsabilità oggettiva; la stessa classificazione dei singoli reati in titoli individuati in base a idealità giuridiche nel libro secondo del codice. Per altro verso già l'impianto originario del codice riservava un'attenzione significativa ai contrassegni psicologici del reato⁸⁷⁰: si pensi alla acribia definitoria dell'art. 43 c.p.; al novero delle circostanze aggravanti e attenuanti di parte speciale; alla previsioni di reati ben lontani dalla lesione di oggettività giuridiche materialmente apprensibili, quali ad esempio i delitti a tutela della famigerata fede

al sistema penale canonico, a sua volta preceduto da taluni approdi del diritto giustiniano (il riferimento è alla *lex Cornelia de sicariis*, contenente il noto brocardo: *in maleficis voluntas spectatur non exitus* ovvero al *dictum* paolino per cui *consilium uniuscuiusque puniendum est non factum*).

Per lo sviluppo dell'alternativa fra oggettivismo e soggettivismo agli albori del diritto penale italiano contemporaneo e nel dibattito nella dottrina del dopoguerra, nello specifico relativamente alla posizione di Bettiol, si veda MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 510 e ss.

⁸⁶⁸ L'affermazione perentoria del carattere oggettivo dell'ordinamento penale italiano è presente nella scuola milanese: si vedano a mo' di esempio MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale*, cit., p. 8 e ss.; nonché VIGANÒ, *Articolo 59*, cit., p. 1183 e ss.; più moderatamente MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 536 e ss.; per una impostazione completamente oggettivista, anche in chiave "correttiva" delle tendenze interpretative di marca soggettivista all'epoca in auge: MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., *passim*. All'opposto di queste posizioni si colloca Morselli il quale in differenti lavori ha ricostruito l'intero sistema penale italiano su basi soggettiviste, ritenendo lo stesso sicuramente fondato sul rilievo dell'intenzione lesiva dell'autore, pur non rinunciando al paradigma del bene giuridico (si veda MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 797 e ss.). Un esempio più risalente di una lettura totalmente soggettivista del sistema penale italiano è offerto da GRAMATICA, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934, *passim* e nello specifico p. 234 e ss.; nonché p. 277 e ss.

⁸⁶⁹ Cfr. per tutti BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 362.

⁸⁷⁰ Chiaramente sul punto: BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (1971), in *ID., Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 114.

pubblica; all'incriminazione della mera disobbedienza come avamposto difensivo di beni giuridici ulteriori, come nel caso dell'altrettanto noto art. 707 c.p. o, più semplicemente, dell'art. 416 c.p.⁸⁷¹. Basta d'altronde leggere l'art. 133 c.p. per comprendere come il diritto penale italiano non adotti uno solo dei due termini del paradigma quale metro di valutazione; a prescindere, infatti, dalla pericolosità sociale, interamente connotata in termini soggettivi, è la stessa gravità del reato che non può essere definita indipendentemente dalla intensità del dolo e della colpa, rilevanti tanto quanto la gravità del danno e del pericolo cagionato, a tacere del fatto che la condotta stessa (nr. 1 del primo comma) non può essere descritta a prescindere dagli elementi di natura soggettiva.

Anche ad ammettere che l'impianto di base del codice fosse complessivamente oggettivista, non si può negare che d'altra parte i più significativi interventi di emenda operati dalla Corte costituzionale a partire dalla celebre sentenza 364/1988 abbiano inteso correggere proprio questo tratto originario in direzione del rilievo dei profili soggettivi della condotta, connotando il reato in termini maggiormente soggettivisti quale espressione di un profilo soggettivo e non come esito materiale di una condotta.

Ancora di recente il legislatore non ha rinunciato a dare rilievo ai contrassegni soggettivi della condotta e all'intenzione dell'agente nello stesso momento in cui prevedendo la non punibilità dei fatti tipici ma non offensivi ha fatto proprio il risultato principale delle elaborazioni oggettiviste. La particolare tenuità ai fini dell'art. 131 *bis* c.p. è infatti valutata tanto sulla misura del danno o del pericolo quanto sulle modalità della condotta, fra le quali primeggia il profilo psicologico; per altro verso fra le cause ostative della sua sussistenza è annoverato il motivo. A ben vedere tuttavia sarebbe stato sufficiente il richiamo all'art. 133 c.p. operato dalla disposizione in questione per vedere confermato il carattere misto dell'ordinamento penale anche in questo recente istituto premiale⁸⁷².

⁸⁷¹ Ci si riferisce a quella interpretazione dell'associazione per delinquere che connota la stessa come reato che tutela in forma anticipata i beni giuridici oggetto dei delitti scopo che l'associazione si prefigge di realizzare (sul punto cfr. BORSARI-PROVOLO, *Associazione per delinquere*, in *Reati contro l'ordine pubblico*, a cura di G. Fornasari e S. Riondato, II ed., Torino, 2017, p. 32).

⁸⁷² In riferimento alla causa di non punibilità in questione e al suo carattere ambivalente rispetto ai modelli oggettivo e soggettivo si veda FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 92 e ss.

Capitolo III

Le differenze fra i due modelli benché forti in principio non impediscono dunque che il sistema penale sia in concreto caratterizzato da tratti talvolta oggettivi e talaltra soggettivi.

La contraddittorietà più o meno concreta del sistema cesserà di stupire non appena ci si soffermi sul fatto che entrambi i sistemi assolvono una medesima funzione di governo del diritto penale e di limitazione dell'ambito di rilevanza penale delle condotte. Da una parte il modello oggettivista limita la risposta penale dello Stato ai soli casi in cui il fatto (si presume) abbia un rilievo sociale sufficiente e la pena possa esplicare un effetto preventivo efficace⁸⁷³; manifestazione diretta dell'assunto è quindi la concezione realistica del reato e l'irrilevanza di condotte che pur derivando da un'intenzione criminosa non sono sufficientemente lesive⁸⁷⁴. Da un'altra parte il modello soggettivo limita l'applicazione della pena ai casi in cui il fatto commesso derivi da un atteggiamento psicologico dell'autore sufficiente al rimprovero penale.

Non ha dunque senso ascrivere l'ordinamento penale all'un ovvero all'altro modello ideologico; occorre piuttosto accertare nei singoli istituti quale sia *de iure condito* la scelta operata dal legislatore e quale sia *de iure condendo* la scelta ottimale rispetto alle finalità del diritto penale⁸⁷⁵.

⁸⁷³ Cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 201 e s., che individua proprio nell'"ansia" di preservare il foro interno dell'agente la ragione della perdurante ostilità della dottrina italiana alla considerazione degli aspetti psicologici dell'illecito. L'Autore osserva però come a espungere i profili soggettivi dall'illecito si rischi, per così dire, di predisporre l'ordinamento a svariate ipotesi di responsabilità oggettiva più o meno occulte. D'altra parte Donini sottolinea come anche un diritto penale oggettivista possa scadere nella punizione del tipo d'autore laddove assumano importanza ai fini della punizione condizioni fattuali o personali dell'agente a prescindere dalla sua partecipazione al fatto di reato.

⁸⁷⁴ A ragione Cavaliere individua proprio in questo indirizzo metodologico la vera natura dell'oggettivismo. Lontano dalla rigida riproposizione dello schema tripartito classico, pure ancora operata in dottrina e nella manualistica, l'Autore napoletano sposa la costruzione personale dell'illecito e tuttavia non rinuncia all'impiego della categoria del bene giuridico come garanzia contro incriminazioni prive di oggetti di tutela tangibili; egli riconosce anzi proprio nella concezione realistica del reato il vero precipitato dell'oggettivismo. È il caso di sottolineare come questa posizione esprima nel modo migliore il contenuto dell'oggettivismo individuato nel metodo dell'interpretazione teleologica attraverso l'impiego della categoria del bene giuridico (si veda CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, cit., p. 1481). La conclusione è condivisa da DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 204 e s.

⁸⁷⁵ La necessità della compresenza di entrambe le componenti, lesiva e intenzionale, nella definizione delle condotte penalmente rilevanti caratterizzava già l'opera dei Maestri del XIX secolo. Romagnosi, pur partendo da un impianto utilitaristico che lo portava a valorizzare la dimensione dannosa del delitto, non rinunciò a sottolineare come la componente morale dello stesso fosse ineliminabile e non un di più, bensì un suo tratto essenziale: «Il danno per se [*sic*] solo non potrà mai formare norma di pena» (cfr. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., p. 394 e ss.).

D'altra parte la divisione fra i due modelli apparirà meno aspra non appena ci si soffermi, senza entrare nel merito della ben nota polemica sulla concezione realistica del reato e sulla teoria dell'offensività, sulla difficoltà di pretermettere il riferimento ai profili soggettivi della condotta nella definizione dell'idealità che funge da riferimento del concetto di lesione. Per quanto infatti ci si auguri che la definizione dei beni giuridici giunga direttamente dalla vita reale (extra-giuridica, si

Con cadenze simili si svolge il pensiero di Carrara (§11 del *Programma*), che non rinuncia alla valorizzazione della componente soggettiva pur nella preminenza della funzione di tutela di interessi socialmente rilevanti ai fini della tutela penale: «Onde un'azione possa dall'autorità sociale legittimamente dichiararsi imputabile al suo autore come delitto, occorrono indispensabilmente i seguenti estremi: - 1.° che a lui sia imputabile moralmente - 2.° che possa imputarsi come atto biasimevole - 3.° che sia dannosa alla società: oltre a ciò perché la dichiarazione di imputabilità riesca efficace occorre - 4.° che venga promulgata la legge che la proibisce» (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, IV ed., Lucca, 1877, p. 43). Nonostante il nome di Carrara sia stato poi innalzato quale vessillo dai cosiddetti oggettivisti, resta la chiara espressione della necessità di entrambe le componenti per la definizione della rilevanza penale di una condotta.

La necessità di contemperare il danno sociale e la malvagità interiore è espressa con sintesi efficace anche nell'opera di Pessina il quale riporta a questo riguardo una fulminea sentenza paolina: *post veterum auctoritatem eum perventum est ut nemo ope fecisse videatur nisi consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat nisi et factum secutum fuerit* (PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, 1871, p. 133 e s.).

Cento anni dopo nel 1971 Bettiol osservò come al diritto penale fosse necessario avere riguardo tanto del carattere lesivo delle condotte quanto della personalità dell'agente: ammettendo un parziale *revirement* rispetto alle posizioni espresse nelle prime edizioni del suo manuale, l'Autore osserva come non sia sufficiente avere riguardo della sola componente lesiva del reato poiché «senza una grossa sottolineatura della personalità morale del soggetto agente il diritto penale [rimane] un mistero e [finisce] per diventare uno strumento di semplice profilassi sociale». Nell'assunto si legge in filigrana la concezione etica del reato propria dell'Autore strettamente legata al fondamento retributivo della pena, ciononostante l'annotazione è fruttuosa anche per chi si muova dalla valorizzazione del principio di colpevolezza, da tempo assunto a cardine dell'ordinamento penale italiano (cfr. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 107; convinzione peraltro già espressa in ID., *Oggettivismo e soggettivismo nel reato* (1962), in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 986 e successivamente confermata in ID., *Stato di diritto e Gesinnungstrafrecht* (1973), in ID., *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 129 e ss.; nonché, in risposta al Bricola della *Teoria generale del reato* che lo accusava di obliare il momento lesivo nella costruzione del reato, ID., *Colpa d'autore e certezza del diritto* (1977), in ID., *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 208 e ss.). La lettura delle pagine di Bettiol permette di comprendere come oggettivismo e soggettivismo dell'ordinamento siano orientamenti politico-criminali irrinunciabili nella stessa misura perché, come detto, garantisce l'uno di un nesso sufficiente fra fatto e autore e l'altro contro l'arbitrio dello Stato.

La necessità di entrambe le componenti, quella lesiva e quella personalistica, in funzione di mitigazione complessiva dell'ordinamento penale attraverso la predisposizione di un sistema complesso di tutele è bene espressa da VASSALLI, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione* (1986), in ID., *Scritti giuridici*, I, II, p. 981 e ss. L'Autore chiarisce la necessità della considerazione della personalità dell'agente sotto l'etichetta di «diritto penale della colpevolezza», onde precisarne il contenuto in contrapposizione al *Willenstrafrecht*. In ogni caso egli afferma la necessità che il diritto penale contemporaneo osservi il principio di offensività; valorizzi l'intenzionalità malvagia dell'agente congiuntamente alla dimensione lesiva; dia ampia applicazione al principio di colpevolezza e cioè elimini i casi di responsabilità oggettiva. Con riferimento al giudizio qui rilevante circa i caratteri dell'ordinamento penale italiano l'Autore osserva dunque la aderenza dello stesso ai primi due precetti e la necessità di adeguamento nei confronti del terzo. Anche per Vassalli il sistema penale italiano contempera dunque *de iure condito* la lesività e la personalità della responsabilità penale.

Capitolo III

sarebbe tentati di dire) la sua ricostruzione non prescinde dalla descrizione della condotta contenuta nella fattispecie e in queste sono compresi necessariamente anche tratti soggettivi: la fede pubblica, per esempio, non prescinde dal fatto che i reati di falso siano commessi con l'intento decettivo verso il pubblico. Più il bene giuridico si allontana da una dimensione meramente descrittiva, come di necessità avviene non appena si prendano le distanze dalla cerchia del diritto penale minimo e si inizi a tener conto delle fattispecie penali più complesse, meno si può prescindere dalla formulazione della fattispecie e dunque dalla considerazione di profili soggettivi.

In ogni caso una cursoria analisi della sola parte generale del diritto penale italiano ha permesso di evidenziare come lo stesso non possa dirsi solo oggettivo o solo soggettivo, ma piuttosto si mostri ora maggiormente orientato verso la punizione di fatti lesivi ora attento alla considerazione dell'intenzione o della colpa dell'agente. È arduo dunque stabilire quale sia il carattere precipuo dell'ordinamento penale italiano.

Ci si deve dunque guardare dallo spendere frettolosamente l'argomento del carattere oggettivo dell'ordinamento penale italiano ai fini della soluzione del quesito relativo al criterio di imputazione delle cause di giustificazione (come pure di qualsiasi altro *ius controversum*). Sono infatti almeno due le ragioni per diffidare dell'argomento in questione.

In primo luogo non è dato accertare quale sia la percentuale di oggettivismo e quale la percentuale di soggettivismo che concorrono a definire l'ordinamento, onde si rischia di ragionare sulla base di un postulato erroneo.

Secondariamente non è corretto ricorrere al tratto oggettivista dell'ordinamento giacché si tratterebbe di estendere analogicamente la *ratio* di taluni istituti in un caso in cui si presume essere presente una *lacuna legis*. Per quale ragione infatti il preteso vuoto lasciato in tema di imputazione soggettiva delle scriminanti dovrebbe essere coperto dall'estensione della regola valida per il tentativo inidoneo e per l'accordo cui non segue realizzazione⁸⁷⁶?

L'interrogativo attende – lo si è già visto – una risposta doverosamente negativa. Questa risposta conferma la necessità, cui si è già accennato, che le opzioni

⁸⁷⁶ Si osservi peraltro come l'estensione analogica in questione non può dirsi nel caso concreto univocamente *in bonam partem* giacché i due istituti citati sono quasi-reati e comportano pur sempre la possibile applicazione di una misura di sicurezza.

politico-criminali trovino una declinazione preferibilmente (nel penale: doverosamente) da parte del legislatore che soddisfi il bisogno di chiarezza funzionale alla prevedibilità delle decisioni giudiziali e che corrisponda alla legittimazione popolare dell'esercizio del magistero penale.

3.2. Materialità e offensività di fronte all'imputazione soggettiva delle scriminanti

Una delle scelte politico-criminali fondamentali indiscusse del sistema penale è il principio di materialità. Con questa dicitura si evoca un limite negativo del potere penale: lo Stato si impegna a non punire le intenzioni criminose e ciò che rimanga nel foro interno dell'agente.

L'origine del principio è da rintracciarsi nella genesi del diritto penale moderno⁸⁷⁷; esso tuttavia non ha sempre trovato una applicazione diretta e univoca

⁸⁷⁷ Romagnosi definisce la materialità attraverso la seguente definizione: «Gli atti puramente interni, [...] i semplici pensieri che non si manifestano con verun atto esteriore nocivo alla società, per esempio l'idea aggradevole che taluno si forma di una malvagia azione, il desiderio di commetterla, il disegno che taluno forma senza mandarlo ad esecuzione ec.; tutto ciò non va soggetto a pene umane, quand'anche accadesse in seguito per accidente che gli uomini ne avessero cognizione. [...] Se queste sorti di atti viziosi non sono soggetti a pene umane, egli è perché la debolezza umana non permette, anche pel bene stesso della società, che si trattino gli uomini con tutto il rigore. Egli è necessario avere una giusta tolleranza per l'umanità nelle cose le quali, quantunque in se stesse malvagie, non interessano considerabilmente». L'Autore propone di seguito esempi tratti dalla mitologia e purtroppo dall'evoluzione storica del diritto penale che testimoniano la difficoltà di affermazione del principio di materialità. All'esito della di questa teoria Romagnosi fonda la necessità del principio di materialità su un paradigma utilitaristico: «Se consultiamo il comune interesse, quello che più ci può importare nelle azioni de' nostri simili è il bene o il male che ce ne può derivare. L'unica tendenza del cuore è necessariamente la felicità, e la maggiore possibile felicità. [...] Dunque quello che può unicamente interessare la società nelle circostanze del delitto, si è il danno che ad essa ne può derivare. [...] Ne deriva adunque, che ordinate le cose umane come debbono esserlo, il solo atto nocivo ad altri è essenzialmente un turbamento di ordine [...]. Ma ne deriva altresì, che altra cosa essere non vi può veramente contraria all'ordine sociale, che un atto nocivo». Fondamento ulteriore del divieto della punizione del pensiero nudo è rinvenuta dall'Autore nel principio di uguaglianza: «Attesa l'uguaglianza che passa fra uomo e uomo, l'uno non è in diritto di far soffrire nulla ad altri quando egli non è molestato». L'argomentazione prosegue con l'analisi dell'obbligazione morale quanto ad oggetto e differenze con quella giuridica. Al termine della stessa Romagnosi afferma: «Dunque ogni infrazione di un dovere sociale, e perciò anche ogni delitto, non può essere mai un pensiero, ma bensì l'esecuzione fisica di un pensiero interno. Dunque il pensiero, il desiderio, il compiacimento dell'azione rea, disgiunta dall'esecuzione reale, fisica ed esterna, infine tutti i moti interni criminali, ancorché si leggessero nei cervelli umani, come i caratteri nei libri, non potrebbero mai essere giustamente puniti». La condotta che deve esprimere l'intento malvagio non è tuttavia ancora penalmente rilevante se non corrisponde ad un danno sociale: «Non si può dichiarare veruna azione come socialmente malvagia, se non è necessariamente nociva altrui. [...] il danno entra nell'essenza del delitto» (cfr. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., p. 197 e ss.).

Parzialmente diverso è il fondamento individuato da Carrara al principio di materialità. Egli lo ravvisa infatti nell'estraneità della promozione individuale agli scopi del diritto: «Perché un atto possa essere politicamente imputabile non basta che lo sia moralmente, né che sia in sé malvagio per il precetto

Capitolo III

nelle esperienze statali contemporanee, tanto che nelle trattazioni penalistiche si rammentano ancora le teorie della *kieler Schule* e, più in generale, la legislazione della Germania nazista quali esempi tetri di un diritto penale staccato dalla dimensione sociale, espressa nella metafora del bene giuridico, e tutto incentrato sulla punizione dell'intenzionalità e della disobbedienza al potere statale.

Qualsiasi coscienza vigile è convinta dalla formulazione del principio di materialità; l'astensione dello Stato dalla punizione delle intenzioni è infatti una delle garanzie più forti della libertà individuale di fronte alla quale il potere pubblico si deve necessariamente ritrarre secondo quanto garantito *per tabulas* dall'art. 2 della Costituzione. Osservato più da vicino tuttavia il principio di materialità non rivela una pregnanza definitoria soddisfacente. Se infatti è chiaro che i soli pensieri sono sottratti alla sfera del potere pubblico, meno chiaro è dove si debba tracciare la soglia minima della rilevanza penale.

È dunque necessario indagare più a fondo la nozione di materialità in modo da poterne comprendere l'effettivo potenziale risolutorio rispetto alla problematica del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione.

La riflessione italiana contemporanea sulle componenti essenziali del reato può trovare un punto di partenza utile nell'opera di Bettiol.

Come si è detto il maestro friulano fu tra i primi sostenitori in Italia della costruzione tripartita dell'illecito, incentrando lo stesso sulla nozione di bene

morale. Bisogna di più che l'atto moralmente imputabile ad alcuno come pravo sia politicamente dannoso. Ciò consegue dal principio che il diritto di punire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all'autorità sociale come mezzo di mera difesa dell'ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno. E poiché non è possibile che l'aggressione del diritto abbia neppure il suo principio di esecuzione senza un atto esteriore, così qualunque repressione diretta contro i meri atti interni mancherebbe del fondamento necessario alla sua legittimazione perché non necessaria dal bisogno della tutela giuridica. Punire i pensieri è la formula comune con la quale si designa l'apogeo della tirannide» (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 44 e s.).

Nello sviluppo successivo la necessaria presenza di una materialità apprensibile come condizione del sorgere del magistero punitivo dello Stato si legge in PESSINA, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 133; CRIVELLARI, *Concetti fondamentali di diritto penale*, cit., p. 17; CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 53, il quale denuncia l'insufficienza concettuale della nozione di fatto e ritiene necessaria la dannosità sociale per la sussistenza di un reato; MANZINI, *Trattato di diritto penale* (1908), cit., p. 16. La nozione di materialità ha conosciuto declinazioni più deboli da parte di quegli Autori che costruirono l'illecito su basi soggettiviste: si consideri per esempio la posizione di Maggiore che a partire da una visione del tutto conforme al totalitarismo fascista sosteneva l'impossibilità di distinguere diritto penale e morale e la conseguente mancanza di interesse nell'individuazione di una soglia di rilevanza minima oggettivamente caratterizzata (MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, cit., p. 15).

giuridico come scopo di tutela conseguito dall'ordinamento⁸⁷⁸. Nella sua opera tuttavia egli sottolinea come non si possa rinunciare alla considerazione del reato come fatto dell'individuo, come fatto cioè espressivo della personalità singola. Il diritto penale infatti è specie della morale; la pena stessa, connotata in termini eminentemente retributivo-rieducativi, richiede che l'intera costruzione dell'illecito tenga conto nei suoi elementi essenziali anche delle componenti soggettive, onde non limitarsi alla punizione della causazione di meri danni sociali. In questa concezione Bettiol ammette che si possa discorrere di *Gesinnungstrafrecht*, cioè di diritto penale dell'atteggiamento interiore: la dicitura corrisponde infatti proprio alla constatazione del momento etico del reato, alla sua natura di fatto individuale e non solo sociale. Il tratto dannoso, l'evento in senso giuridico infatti non esaurisce il disvalore del reato. Sono al contrario da rigettare le concezioni sviluppatesi nella Germania nazista del *Willenstrafrecht* e del *Gefühlstrafrecht*, cioè di un diritto penale incentrato rispettivamente sulla valorizzazione dei profili naturalisticamente psicologici allo scopo di reprimere la sola disobbedienza, ovvero metodologicamente improntato all'irrazionalismo e fautore di una costruzione unitaria del reato incentrata sulla punizione del tipo di autore. La conseguenza di questo lavoro definitorio è l'individuazione del limite di rilevanza penale nella materialità del fatto di reato: l'attenzione al profilo soggettivo non può determinare la punizione dei semplici pensieri⁸⁷⁹.

Formulazioni simili che stabiliscono l'impossibilità di criminalizzare i soli pensieri sono poi fiorite nella letteratura e nella manualistica successive. È opportuno

⁸⁷⁸ Oltre alle pagine citate nel secondo capitolo, per il riferimento al bene giuridico si veda: BETTIOL, *Bene giuridico e reato* (1938), cit., p. 318 e ss.; nonché ID., *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale* (1938), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 330 e ss.

⁸⁷⁹ Si veda: ID., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 107 e ss., circa la distinzione fra *Gesinnungstrafrecht*, *Willenstrafrecht* e *Gefühlstrafrecht*; p. 113 e ss., per il concetto di materialità. A questo ultimo riguardo scrive Bettiol: «Il diritto penale dell'atteggiamento interiore non è così un diritto penale che colpisca l'intenzione, la motivazione dell'intenzione, l'opinione in quanto tale e la libera manifestazione del pensiero. [...] L'atto di volontà è pur sempre ancora un fatto – anche se psicologico – non un atteggiamento di coscienza che nell'atto si rispecchia e allo stesso dona un tono più o meno accentuato rispetto a quella che è la personalità del soggetto che la coscienza caratterizza in relazione ai fondamentali valori della vita». In altre parole egli ritiene necessario avere considerazione del profilo psicologico onde valutare la personalità dell'agente, giacché l'addebito penale è rimprovero di carattere morale; rifiuta invece che i profili soggettivi possano servire per qualificare una tipologia di autore. L'insieme dei profili soggettivi coincide così con la misura della colpevolezza, cioè del rimprovero che colpisce l'agente per essersi discostato dall'insieme dei valori della società codificati nel sistema penale.

Capitolo III

scorrere alcune di queste definizioni onde cogliere oltre il *Kern* di significato comune le sfumature che connotano la definizione di materialità nella dottrina italiana.

Per Bricola «il principio *cogitationis nemo poena patitur*, correlato necessario del diritto alla libertà morale, è violato non solo dall'incriminazione del semplice atteggiamento interiore, ma altresì dall'incriminazione di un fatto che sia assunto come dato meramente diagnostico dello stesso atteggiamento». Per l'Autore il principio vanta un rango costituzionale nonostante la mancanza di una previsione espressa in quanto la sua formulazione sarebbe ricavabile dall'intero contesto costituzionale e dalla concezione necessariamente lesiva del reato. La necessità di escludere la rilevanza penale di fatti solo diagnostici di atteggiamenti interiori corrisponde a ben vedere al rifiuto di identificare il fatto penalmente rilevante con la mera condotta. Il fatto, individuato all'esito della costruzione realistica dell'illecito, non può connotarsi solo in riferimento al suo agente, ma è significativo solo se è portatore di un disvalore proprio in quanto lesivo di un bene giuridico⁸⁸⁰.

Simile nella formulazione è l'enunciazione della materialità che offre Vassalli il quale tuttavia nega il rango costituzionale e la stessa presenza di una formulazione adeguata del principio nell'ordinamento positivo. Vassalli inoltre riconduce alla materialità il principio di causalità e il principio inespresso della non punibilità degli atti preparatori, sebbene l'uso del termine «principio» non coincida probabilmente con la dicitura attualmente più in uso⁸⁸¹.

Nel saggio già citato Manna, dopo aver individuato la genesi storica del concetto di materialità nel progressivo distaccarsi del diritto penale dal sistema della morale e aver chiarito il legame biunivoco fra principio di legalità-tassatività e materialità, definisce la materialità come incriminazione di «accadimenti denotabili tassativamente ed empiricamente verificabili, come tali pertanto suscettibili di essere ricondotti all'interno dell'alveo semantico di una fattispecie astratta, mediante

⁸⁸⁰ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 776.

⁸⁸¹ VASSALLI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 489: «Nel campo dell'elemento oggettivo del reato impera il principio *cogitationis nemo poena patitur*, da alcuni autori chiamato principio di materialità. Gli stessi ne vedono anche un riscontro costituzionale nella locuzione "fatto commesso", contenuta nel secondo comma dell'art. 25 relativo al principio di legalità. [...] Comunque è certo che, per quanto né i codici né in altra legge ci sia un'esplicita enunciazione del principio, i pensieri, le opinioni, i sentimenti non possono formare di per se stessi oggetto di incriminazioni. Ovviamente, della *cogitatio*, e più in generale del cosiddetto atteggiamento interiore, può essere tenuto conto quando vi sia un'azione esterna punibile: basterebbe pensare alla circostanza aggravante dell'aver agito con premeditazione».

un'opera di sussunzione e di accertamento, che costituisce questione di fatto e non di valore». Conseguentemente le intenzioni e i pensieri che non si manifestino in fatti esteriori apprezzabili non possono essere oggetto di incriminazione, come desumibile inequivocabilmente dal tenore dell'art. 25 della Costituzione. Il principio secondo l'Autore esplica un effetto inibitorio delle pretese punitive statuali con il negare la punizione di atteggiamenti criminosi che rimangano nell'interiorità e con il negare la risposta penale in riferimento a meri modi di essere del soggetto. La nozione approntata da Manna dunque sembra connotarsi per l'essere scevra da implicazioni valoriali improntate alla verifica della lesività: il fatto è anche una mera condotta materiale⁸⁸².

Da ultimo Marinucci, all'esito della sua parabola scientifica, ha dato testimonianza in tempi recenti della materialità con parole incisive, citando a sua volta l'opera di Manzini: «il diritto non punisce i moti interni dell'animo, bensì il danno o il pericolo per gli interessi che esso protegge⁸⁸³».

Se dunque non vi sono dubbi sul fatto che un diritto penale democratico e moderno non possa punire inclinazioni d'animo o pensieri, l'analisi, pure cursoria, non impedisce che sorgano due perplessità.

La prima è relativa alla definizione del concetto di fatto, inteso qui come ciò che rappresenta cioè il *minimum* punibile: si tratta di una condotta semplicemente percepibile all'esterno, come sembrano per esempio suggerire Fiorella e Manna; ovvero si tratta di una condotta anche sufficientemente lesiva, come adombra a sua volta Bricola a partire dalla teoria della necessaria offensività del reato? Il dilemma

⁸⁸² MANNA, *La giustizia penale fra otto e novecento*, cit., p. 512 e ss. Per una concezione simile si veda FIORELLA, *Reato*, cit., p. 789, il quale ritiene pianamente costituzionalizzato il principio di materialità all'interno dell'art. 25 della Costituzione nel riferimento al «fatto» operato dalla disposizione in questione e declina il concetto in questione in quelli di condotta ed evento inteso in senso naturalistico. Si vedano anche FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 3. Circa la possibilità di “leggere” la materialità nell'art. 25 della Costituzione si veda anche DONINI, *Teoria del reato* (1996), p. 31 e s.

⁸⁸³ MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale*, cit., p. 9. Maggiormente problematizzante era stato l'approccio del giovane Marinucci alla tematica del principio di materialità. Nella sua prima monografia l'Autore aveva sottolineato come nonostante il consenso sul contenuto del principio lo stesso fosse necessariamente sottoposto alla prova di una concretizzazione da parte del legislatore: «Già il *pathos* che di solito accompagna l'illustrazione di queste formule, rivela però all'evidenza che si sta invocando non tanto un limite logico-concettuale, quanto una commendevole direttiva politico-criminale, che il legislatore potrà seguire – anzi la dovrà seguire, se gliela impone una regola di produzione normativa – ma che in linea logica potrà benissimo abbandonare» (MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 177). Per una opinione sostanzialmente simile: DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 69, ove la materialità è annoverata tra i caratteri dell'ordinamento, cioè fra principi privi della possibilità di esplicitare un effetto conformativo.

Capitolo III

riflette la più generale alternativa fra il metodo descrittivo e quello valoriale nell'applicazione delle fattispecie penali: l'alternativa cioè fra una interpretazione che si limiti alla sussunzione di fatti sotto fattispecie e una che invece applichi i precetti penali con la lentezza della lesività rispetto a un bene giuridico. Se è chiaro cosa la materialità impedisce (cioè il rilievo penale delle mere intenzioni) non è chiaro quale sia lo *standard* minimo di rilevanza penale da essa richiesto: la locuzione «fatto», presente nell'art. 25 della Costituzione e in cui si è soliti leggere la menzione del principio di materialità, non offre infatti un aiuto significativo stante la sua vaghezza intrinseca.

In secondo luogo è problematico definire lo stesso rango della materialità: si tratta di un precetto (principio) con rango costituzionale, ovvero esso rimane ancora, per usare la icastica espressione di Pagliaro già ricordata, un canone inscritto nel cuore del giurista e passibile di essere smentito da qualsiasi iniziativa legislativa? La risposta al quesito in direzione della prima eventualità corrisponde a riconoscere al principio una spendibilità che altrimenti non può avere.

La materialità rimane un concetto dunque ancora vago quanto alla definizione del fatto materiale: da essa non è cioè ancora possibile dedurre un contenuto positivo univoco di ciò che è penalmente rilevante; di essa rimane ancora discutibile il concreto rango all'interno delle fonti legali e della sistematica dell'illecito.

La definizione del minimo di rilevanza penale, di ciò che si è definito come fatto, è rimessa, come detto, alla alternativa fra considerazione dello stesso quale semplice condotta concreta corrispondente ad una fattispecie astratta, ovvero quale fatto lesivo di un bene giuridico, secondo i dettami della concezione realistica e del principio di offensività⁸⁸⁴. Nell'un caso il fatto penalmente rilevante è la semplice condotta; nell'altro il fatto è la condotta che realizzi una lesione significativa del bene giuridico alla cui tutela è preposta la fattispecie astratta in questione.

⁸⁸⁴ La differenza fra i due termini della alternativa è tratteggiata in un contributo recente da Donini. Egli ravvisa nella metodologia descrittiva il rischio della convalida di un diritto penale della disobbedienza in quanto l'interprete rinuncerebbe alla funzione di critica dell'operato del legislatore. Al contrario l'adozione del secondo termine dell'alternativa, cioè della teoria dell'offensività, garantirebbe le libertà del singolo contro il potere statale in quanto attraverso l'indagine della lesione di un bene giuridico l'interprete potrebbe prevenire la punizione di mere disobbedienze. La premessa del ragionamento svolto dall'Autore è infatti che l'offensività sia ormai un principio costituzionalizzato, tanto da consentire il vaglio di costituzionalità di quelle disposizioni caratterizzate dall'assenza di un potenziale lesivo effettivo (cfr. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 8 e s.).

La definizione del fatto di reato come mera condotta materiale, cioè come mera condotta esternamente apprezzabile da parte di un osservatore a prescindere dal significato della stessa quale lesione di un bene giuridico, comporta che sia sufficiente a fondare un reato la presenza di una condotta suscumbibile in una fattispecie astratta⁸⁸⁵. La spiegazione del fenomeno della giustificazione è speculare: per essere lecita è sufficiente che la condotta corrisponda ad una causa di giustificazione, a prescindere da qualsiasi valutazione ulteriore sulla salvaguardia di beni giuridici. In conseguenza di ciò se la singola fattispecie scriminante astratta prevede elementi soggettivi e la condotta concreta è carente del profilo soggettivo richiesto, la condotta stessa non potrà dirsi giustificata e sarà penalmente rilevante in quanto realizzazione di quel contenuto minimo dell'illecito consistente in una condotta esterna corrispondente ad una fattispecie di reato. Se cioè il principio di materialità non richiede nulla di più che una condotta esternamente osservabile, ebbene: ove non sussistano in concreto tutti gli elementi soggettivi di una causa di giustificazione, oggettivi e soggettivi, sarà possibile applicare una pena. La mera realizzazione di una condotta è infatti sufficiente a punire l'agente in quanto la rilevanza penale della stessa non è subordinata a considerazioni di carattere teleologico inerenti la lesione del bene giuridico.

La sistemazione appena tratteggiata corrisponde alla rinuncia alla categoria del bene giuridico nella costruzione del reato. L'interprete si limita alla constatazione della corrispondenza della fattispecie concreta ad una fattispecie astratta e alla mancata corrispondenza della stessa alla fattispecie scriminante in ragione dell'assenza dell'elemento soggettivo in questa richiesto.

Da parte sua la costruzione alternativa del reato, quella cioè che si basa sulla categoria del bene giuridico e sull'accoglimento della teorica dell'offensività comporta l'introduzione nell'operazione di sussunzione di valutazioni meta-positive concernenti la lesione del bene giuridico. La condotta, da sola considerata, non è cioè sufficientemente significativa; essa diventa penalmente rilevante solo se realizza la

⁸⁸⁵ Se si volesse cercare un referente normativo per questa concezione del fatto penalmente rilevante si potrebbe forse invocare il primo comma dell'art. 42 c.p. il quale stabilisce la punibilità delle sole azioni o omissioni coscienti e volontarie. La disposizione in questione individua infatti come referente del minimo carattere psicologico (la *suitas*) del reato l'azione o l'omissione prevista dalla legge come reato. Si può dunque argomentare in direzione della sufficienza della semplice condotta per il raggiungimento della soglia della rilevanza penale a prescindere da qualsiasi ulteriore riferimento meta-positivo al bene giuridico.

Capitolo III

lesione di un bene giuridico. Sul piano della giustificazione questo comporta che l'effetto di liceità venga connesso alla sola salvaguardia dell'interesse prevalente fra i due in contrasto nella fattispecie concreta, a prescindere dalla considerazione del profilo psicologico dell'agente. Se infatti si avesse riguardo all'*animus* dell'agente si finirebbe per ignorare il risultato "materiale" della salvaguardia dell'interesse giuridico poziore e in sovrappiù l'applicazione della pena riposerebbe sulla sola intenzione lesiva dell'agente⁸⁸⁶.

Una tale ricostruzione non sembra tuttavia andare esente da perplessità, ulteriori rispetto a quelle che affliggono il concetto di bene giuridico e la teorica della necessaria offensività del reato⁸⁸⁷. Anche a voler tenere ferma la premessa iniziale, il passaggio da ultimo indicato costituisce infatti un salto logico: resta arduo da dimostrare che la giustificazione corrisponda sempre alla salvaguardia di un bene giuridico se si tiene presente che l'ordinamento prevede svariate cause di giustificazione connotate in senso meramente formale. L'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere o il consenso dell'avente diritto per esempio sono cause di giustificazione che prescindono dalla considerazione di un bene giuridico materialmente connotato dal momento che consistono piuttosto nella garanzia di liceità di condotte che l'ordinamento facoltizza o comanda per se stesse, ovvero nell'arretramento dello Stato davanti all'autodeterminazione del singolo. Il riferimento a queste cause di giustificazione appena ricordate rende superflua la spendita del concetto di bene giuridico per la spiegazione del fenomeno della

⁸⁸⁶ Un esempio di questo argomentare è rappresentato dalle pagine già citate di BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, cit., p. 362 e ss. Si è già ricordato come l'Autore valorizzi ai fini della soluzione negativa al rilievo soggettivo delle scriminanti l'orientamento oggettivista dell'ordinamento penale italiano nonché il principio di necessaria offensività da cui è dedotta la regola ulteriore «che l'illiceità del fatto non può [...] prescindere dalla lesione o messa in pericolo del bene giuridico». In conseguenza di ciò si afferma il rilievo solo oggettivo delle cause di giustificazione perché «in presenza di una scriminante, l'offesa esiste solo sul piano naturalistico, giammai su quello giuridico, operando essa in virtù del bilanciamento di interessi, come limite alla tutela del bene giuridico, sulla base della prevalenza o dell'equivalenza dell'interesse da queste salvaguardato e della sussistenza o meno di un danno sociale».

⁸⁸⁷ Per le quali, limitandosi alla letteratura più recente, si vedano i contributi già citati di ZUCALÀ, *Considerazioni critiche sul principio di necessaria offensività del reato*, cit., p. 279 e ss.; nonché ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, cit., p. 791 e ss.; VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, cit., p. 491 e ss., che ritiene di non poter considerare costituzionalizzato il principio di offensività; MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., p. 14 e ss.; nonché FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, p. 145 e ss. il quale rigetta la possibilità di costruire l'illecito sul concetto di bene giuridico e afferma la necessità di mantenere il concetto in questione solo come rimedio transeunte all'incapacità di elaborare strutture cognitive e politico-criminali alternative.

giustificazione. A ben vedere è infatti sufficiente la categoria del concorso delle norme a rendere ragione dello stesso; basta cioè affermare che l'ordinamento considera lecito il fatto che può essere sussumibile tanto in una fattispecie incriminatrice quanto in una di liceità, in ragione del canone elementare della non contraddittorietà dell'ordinamento o, se si vuole, del *favor libertatis*. Il bene giuridico finisce così per essere una variabile e non una costante del fenomeno giustificativo, dimodoché risulta improprio ragionare in termini di lesività nella valutazione dell'esito della giustificazione.

Vi è tuttavia un ordine ulteriore di ragioni per rigettare la ricostruzione esclusivamente oggettiva della giustificazione derivante dalla adozione del modello teorico dell'offensività e dalla sua rigida trasposizione nell'ambito della giustificazione. Basta infatti ricordare, insieme a parte della dottrina già citata nelle pagine precedenti⁸⁸⁸, come per poter giustificare una condotta di salvezza che sfortunatamente non giunga a compimento occorra necessariamente tenere conto della intenzione dell'agente e come la considerazione del profilo psicologico sia cruciale per chiarire il significato sociale positivo di una condotta scriminata.

Si deve dunque concludere che l'imputazione oggettiva delle scriminanti non segue di necessità la costruzione del reato sulla teoria dell'offensività. A ben vedere infatti non ricorre nel caso della giustificazione la ragione politico-criminale che ha portato alla adozione della categoria del bene giuridico e allo sviluppo dell'offensività nella edificazione dell'illecito. L'offensività realizza infatti una limitazione dell'applicazione della pena ai soli casi che si suppongono esprimere un bisogno di pena effettivo; essa risponde ad una vocazione al restringimento degli ambiti di rilevanza penale e si atteggia a strumento di giustizia sostanziale, in ottica di correzione del sistema formale. Al contrario la giustificazione si risolve in una applicazione della legge al caso concreto che sortisce sempre effetti positivi; non vi sono dunque ragioni di fare applicazione del metodo teleologico nella ricostruzione della sua disciplina generale⁸⁸⁹. La *ratio* dell'offensività è la limitazione del potere

⁸⁸⁸ Per la prima osservazione: CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale*, cit., p. 461 e ss., ribadita sinteticamente in ID., *Riflessioni intorno a oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, cit., p. 1472 e ss.; per la seconda osservazione: G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, cit., p. 180 e ss., 260 e ss.

⁸⁸⁹ Quanto detto non corrisponde alla rinuncia dello strumento concettuale del bene giuridico nella ricostruzione della fisionomia di talune cause di giustificazione. Non si vuole cioè negare *in toto* la

Capitolo III

punitivo statale in ragione del carattere liberale del diritto penale, giacché essa intende impedire la punizione di mere disobbedienze alla volontà legislativa realizzando un collegamento saldo fra legge e realtà⁸⁹⁰; essa non corrisponde dunque alla natura della giustificazione la quale realizza una garanzia degli spazi di liceità e in definitiva di libertà. Nell'applicazione delle cause di giustificazione non vi è dunque ragione di operare in via ermeneutica la deroga al principio di legalità in cui si sostanzia il ricorso al principio di offensività.

Occorre a questo punto riprendere il filo del ragionamento relativo al potenziale risolutivo dell'applicazione dei principi fondanti l'illecito penale nella questione dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione.

La scelta fra rilievo necessariamente oggettivo o eventualmente soggettivo delle scriminanti dipende dalla definizione del contenuto dell'illecito, che discende a sua volta da scelte culturali e politiche dell'ordinamento.

A questo riguardo viene innanzi tutto in questione il principio di materialità. Di esso tuttavia si deve registrare una impotenza definitoria del penalmente rilevante; esso infatti consiste in una direttiva politico-criminale meramente negativa: dice ciò che il reato non potrà mai essere; non dà risposte su ciò che esso è⁸⁹¹.

La definizione di ciò che è minimamente rilevante è così rimessa alla scelta dell'interprete il quale è posto di fronte alla alternativa fra considerare il fatto penalmente rilevante come una mera condotta ovvero come una lesione di beni giuridici secondo quanto richiesto dalla dottrina dell'offensività. Si può con la dottrina maggioritaria accogliere la teorica dell'offensività ed elevare la stessa a

possibilità di astrarre dalla fattispecie concreta quei tratti che confluiscono nel concetto di sintesi del bene giuridico se questo serve per dare forma per esempio al criterio della proporzione della difesa legittima. Si vuole qui piuttosto sottolineare come sia indebito estendere il metodo teleologico dell'offensività alla disciplina della giustificazione la quale corrisponde a finalità politico-criminali differenti.

⁸⁹⁰ Si veda la genealogia del concetto di offensività tracciata da DONINI, *Il principio di offensività*, cit., p. 10 e ss.

⁸⁹¹ Si permetta di richiamare a questo riguardo quelle pagine di Marinucci e di Donini poco sopra ricordate in nota le quali sottolineavano la natura intrinsecamente politico-criminale del principio di materialità. Si osservi solo in margine alle indicazioni degli Autori come la vigenza di un principio siffatto sia in realtà meno sicura di quanto si possa credere a prima vista, non appena si considerino non solo quelle fattispecie di parte speciale che colpiscono condizioni o *status* personali (certe concezioni della partecipazione all'associazione per delinquere di stampo mafioso che ritengono sufficiente l'affiliazione a prescindere da qualsiasi condotta materiale; quelle fattispecie contravvenzionali quali il noto possesso ingiustificato di chiave alterate e grimaldelli...) ma anche figure di parte generale come il concorso morale. Si tratta di figure alle quali difficilmente si può rinunciare ma che sono in contrasto con il principio di materialità.

principio costitutivo dell'ordinamento penale. Questa fondazione ideale dell'illecito penale, a prescindere dalle sue debolezze intrinseche, non è tuttavia ancora sufficiente a sciogliere il dilemma dell'imputazione delle cause di giustificazione giacché da una parte non vi sono ragioni logiche e politico-sistematiche che richiedano la strutturazione della categoria delle scriminanti sul concetto della salvaguardia del bene giuridico e per altro verso si è visto che la stessa disciplina delle cause di giustificazione non prescinda dalla considerazione dei profili soggettivi.

Tanto la materialità quanto l'offensività non sono in grado di offrire risposte adeguate al quesito dell'imputazione soggettiva delle scriminanti in ragione della vaghezza intrinseca del loro contenuto la cui declinazione è lasciata all'interprete.

Nel complesso si vedono riconfermate così le perplessità che si erano fatte palesi nello studio della categoria del principio. In assenza di definizioni costituzionali o legali dei concetti di illecito e di fatto, la costruzione dell'illecito e la conseguente formulazione di regole di disciplina, quale sarebbe quella relativa all'imputazione delle scriminanti, è in definitiva rimessa all'interprete, in spregio del principio basilare, questo sì costituzionalmente ben definito, della legalità penale.

3.3. L'insufficienza dell'argomento letterale alla luce delle esigenze fondamentali dell'ordinamento penale

Le carenze della dimensione sistematica ha spinto l'indagine circa la soluzione del quesito relativo al criterio di imputazione soggettiva delle scriminanti verso l'analisi delle opzioni politico-criminali che presiedono la fondazione del sistema penale italiano. Si è però constatato come il riferimento al carattere precipuo dell'ordinamento e al principio di materialità sono argomenti insufficienti, in ragione della debolezza interna al concetto di principio. La derivazione della soluzione dal principio di offensività è per altro verso risultata non scevra da perplessità di ordine logico e sistematico, anch'esse legate all'assenza di una definizione univoca dello stesso.

Rifiutata la possibilità di spendere l'argomento dell'oggettivismo e constatata l'impossibilità di ricorrere ai principi di materialità e offensività ci si trova di fronte

Capitolo III

alla necessità di risolvere il quesito dell'imputazione delle scriminanti attraverso l'adozione di un criterio squisitamente letterale.

Nel caso in cui le scriminanti presentino elementi soggettivi si è visto⁸⁹² come il primo comma dell'art. 59 c.p. non possa essere invocato in quanto disposizione non sovraordinata rispetto alle singole cause di giustificazione soggettivamente connotate. Il tenore letterale delle fattispecie non permette dal canto suo di distinguere fra loro quanto al regime di rilevanza giuridica i singoli elementi della fattispecie di liceità in base alla loro natura oggettiva ovvero soggettiva. La conseguenza diretta è che in difetto del profilo soggettivo in esse eventualmente richiesto, al pari del difetto di qualsiasi altro elemento costitutivo, le singole cause di giustificazione non possono trovare applicazione.

La soluzione tuttavia non può soddisfare del tutto.

Nelle pagine che precedono⁸⁹³ si è infatti notato come talvolta l'applicazione del criterio letterale discendente dalla formulazione anche soggettiva delle singole cause di giustificazione comporterebbe la punizione di meri stati d'animo, in contrasto con quel nucleo forte del principio di materialità che non è, né potrebbe essere, in alcun modo contestato.

Questa esigenza di garanzia del singolo necessita tuttavia di essere coordinata con la considerazione, già oggetto di rilievi nel corso dell'argomentazione svolta in questo lavoro, che la condotta scriminata è produttiva di conseguenze materialmente lesive della sfera di autodeterminazione altrui, non diverse da quelle cagionate da una condotta tipica e antiggiuridica. A ciò si aggiunga che nel caso in cui si realizzino i soli contrassegni oggettivi di una causa di giustificazione il profilo soggettivo dell'agente può essere anch'esso in tutto simile a quello di chi commetta un delitto.

Sul terreno dell'imputazione soggettiva delle scriminanti si scontrano così due opposte esigenze: la difesa dell'intimità dell'agente, che si realizza garantendo la irrilevanza penale delle mere inclinazioni; e la considerazione dell'allarme sociale

⁸⁹² Si veda *supra*, cap. I, paragrafi 8 e 9.

⁸⁹³ Si vedano per esempio le pagine relative ai limiti dell'esercizio del diritto (*supra*, cap. I, paragrafo 3); all'adempimento di un dovere (*supra*, cap. I, paragrafo 4); alla costrizione (*supra*, cap. I, paragrafo 5.2); infine alla provocazione (*supra*, cap. I, paragrafo 5.3).

destato dalla realizzazione da parte dell'agente di una condotta che corrisponde pur sempre ad una condotta delittuosa⁸⁹⁴.

La ricerca di una soluzione *de iure condendo* deve dunque tenere presente queste opposte esigenze di tutela del singolo e di considerazione della collettività. L'operazione corrisponderà alla concretizzazione del principio di materialità all'esito del suo temperamento con l'esigenza altrettanto forte della difesa sociale.

4. *De iure condendo*

4.1. Indirizzi politico-criminali di rilievo e istanze di risposta penale

La soluzione *de iure condendo* del problema dell'imputazione soggettiva delle scriminanti consistente nella non applicazione della scriminante presente nei soli suoi elementi oggettivi non soddisfa per un ordine duplice di ragioni. In primo luogo bisogna osservare come la condotta corrispondente nel suo rilievo materiale ad una causa di giustificazione realizzi gli effetti di tutela assunti dall'ordinamento a ragione della stessa. In secondo luogo, la rinuncia ad applicare la causa di giustificazione equivale a considerare la condotta realizzata alla stregua di un illecito; l'unico tratto della stessa non corrispondente alla legalità formale dell'ordinamento sarebbe tuttavia il profilo psicologico dell'agente difforme da quello eventualmente richiesto dalla causa di giustificazione in questione. La punizione di una condotta siffatta tradirebbe così rispetto il significato (se si vuole poco giuridico, ma pur sempre valido) della disposizione scriminante e si avvicinerrebbe alla punizione della sola intenzione difforme da quella prevista dall'ordinamento: non rimarrebbe a giustificare la punizione che l'intenzione criminosa realizzata dalla condotta materiale, sussumibile sotto la fattispecie tipica realizzata e al contempo sotto la scriminante, ma per se stessa di ambiguo significato, come detto nel paragrafo precedente.

⁸⁹⁴ Si ricordi a questo riguardo come tanto in Italia quanto in Germania un argomento speso a favore del rilievo soggettivo delle cause di giustificazione è costituito proprio dalla considerazione che la realizzazione di una causa di giustificazione per definizione comporta pur sempre la realizzazione di una condotta astrattamente conforme ad una fattispecie criminosa. Si veda per esempio: MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, cit., p. 205: «Bisogna [...] riflettere sul fatto che la condotta giustificata realizza pur sempre l'offesa ad un bene giuridico». Si veda anche SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 179.

Capitolo III

La constatazione appena operata non differisce nella sostanza dall'argomentazione di coloro che da posizioni oggettiviste negano il rilievo soggettivo delle scriminanti. La somiglianza esteriore delle soluzioni non deve però ingannare il lettore, dal momento che l'insostenibilità della soluzione prospettata (il diniego dell'applicabilità della scriminante) non significa ancora il riconoscimento della piena liceità della condotta realizzata in assenza del profilo soggettivo delle scriminanti, come si vuole da parte della posizione dottrinale citata. Vi è inoltre una differenza metodologica non indifferente tra il sostenere *de iure condito* la vigenza di un precetto che obbliga l'interprete (si legga: il giudice) a ignorare di fatto la presenza di elementi inequivocabilmente soggettivi in alcune cause di giustificazione e il ritenere invece che gravi sul legislatore una obbligazione di adeguamento della legislazione *de iure condendo*⁸⁹⁵.

La spendita della materialità nel ragionamento circa una disciplina futuribile dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione è corrispondente al carattere di mero indirizzo politico-criminale proprio del concetto. Per il legislatore è sicuramente lecito e anzi doveroso informare la propria decisione alla garanzia del principio di materialità nel modo più ampio e soprattutto declinando lo stesso in una disciplina positiva di dettaglio; al contrario l'interprete non è libero di modellare il diritto positivo sia pure per adeguarlo al principio di materialità, tanto più che – si è dimostrato⁸⁹⁶ – in argomento non vi è alcuna *lacuna legis*.

Non è dunque da sottovalutare il rilievo per cui l'imputazione soggettiva delle scriminanti possa condurre in spregio del principio di materialità alla punizione dell'individuo esclusivamente in ragione del suo atteggiamento interiore difforme rispetto a quello richiesto dall'ordinamento nella previsione della scriminante. È però

⁸⁹⁵ La soluzione proposta dagli oggettivisti è peraltro carente sul profilo dell'ermeneutica delle fonti e dell'applicazione dei rimedi giurisdizionali. Non è infatti corretto sostenere *sic et simpliciter* l'interpretazione oggettivista (nonché *abrogans*) di elementi quali la costrizione della difesa legittima o dello stato di necessità. Se infatti, come da essi sostenuto, la materialità o l'oggettivismo fossero veri precetti cioè proposizioni legali dell'ordinamento giuridico a carattere costituzionale la presenza di elementi soggettivi nelle cause di giustificazione imporrebbe la necessità di esperire il rimedio del giudizio di costituzionalità delle scriminanti soggettivamente connotate rispetto all'art. 25 Cost., unica disposizione costituzionale in cui si potrebbe leggere il principio di materialità; l'unica interpretazione adeguatrice possibile in alternativa si risolverebbe infatti in una paradossale abrogazione parziale delle scriminanti in questione.

⁸⁹⁶ Come si è dimostrato *supra*, cap. I, paragrafo 8, è possibile attribuire all'art. 59, primo comma c.p. un significato che non sacrifica il tenore letterale delle cause di giustificazione soggettivamente connotate.

necessario che sia il legislatore a definire la disciplina del rilievo soggettivo delle scriminanti, non diversamente da quanto lo stesso legislatore ha operato nella scrittura degli articoli 49, secondo e quarto comma, e 115 c.p., ove si è astenuto dalla punizione di un illecito rendendo manifesta la sua opzione per la vigenza del divieto di *Willenstrafrecht* e attuando dunque il principio di materialità.

Il divieto di punire le mere inclinazioni dell'animo o le sole intenzioni spinge a ritenere contrario alle opzioni fondamentali dell'ordinamento penale l'inflizione della pena nel caso dell'assenza dei contrassegni soggettivi di una causa di giustificazione. Nel sistema costituzionale d'altra parte la pena colpisce condotte e non intenzioni⁸⁹⁷; condotte che siano disobbedienze a comandi posti a tutela di interessi rilevanti⁸⁹⁸. Al contrario se si punisse la realizzazione inconsapevole o "abusiva" di una causa di giustificazione ciò che giustificherebbe la punizione sarebbe la sola intenzione difforme da quella richiesta eventualmente dalla causa di giustificazione in questione, nonostante il fatto, inteso come apparenza esterna della condotta, nella sua componente materiale sia sussumibile in una fattispecie di giustificazione⁸⁹⁹.

La necessità di dare applicazione al principio di materialità comporta l'esclusione della pena quale risposta dell'ordinamento al caso della realizzazione solo oggettiva di una causa di giustificazione.

⁸⁹⁷ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 738 e ss., ove gli Autori chiariscono il nesso fra principio di materialità e funzione rieducativa della pena.

⁸⁹⁸ Ritorna così il fortunato binomio di Mezger: *Bestimmung-Bewertung* il quale, se è mezzo insufficiente alla strutturazione dell'illecito, ben sintetizza tuttavia la natura politico-criminale della norma penale, la quale si prefigge scopi e di conseguenza comanda.

⁸⁹⁹ È questo il motivo sistematico per cui non si possono accogliere quelle soluzioni proposte dalla dottrina italiana che si determinano a punire la realizzazione solo oggettiva delle cause di giustificazione a titolo di delitto consumato ovvero, previo accoglimento della teorica della costruzione gradualistica dell'illecito, a riconoscere una giustificazione parziale e conseguentemente puniscono la situazione con una pena diminuita, variamente motivata (si vedano al riguardo: MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore*, cit., p. 209 e ss., il quale – si ricorda – accoglie la costruzione gradualistica dell'illecito e immagina la punizione della scriminante priva del suo profilo soggettivo a titolo di tentativo, eventualmente diminuito se il fatto realizzato è esso stesso rimasto allo stadio di tentativo; FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi*, cit., p. 39 e s., che auspica l'introduzione di sotto-categorie di illecito corrispondenti alla costruzione gradualistica dell'illecito; infine SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 265 e ss., il quale accoglie anch'egli la teorica della costruzione gradualistica dell'illecito e propone l'introduzione di una circostanza attenuante corrispondente alla realizzazione incompleta della scriminante sulla falsariga di quanto previsto dall'ordinamento spagnolo). Comunque venga argomentata e a prescindere dalla misura con cui venga applicata, nel caso dell'assenza del solo elemento soggettivo di una giustificazione la pena appare eccessiva perché si risolve nella punizione della sola intenzione criminosa.

Capitolo III

Sarebbe tuttavia frettoloso accomiarsi dalla prospettiva *de iure condendo* nella soluzione del quesito circa l'imputazione soggettiva delle scriminanti concludendo per la irrilevanza penale assoluta della realizzazione inconsapevole o strumentale di causa di giustificazione; è necessario infatti tenere conto, come anticipato, del fatto che la condotta scriminata corrisponde ad una fattispecie di parte speciale completa in ogni suo elemento. La mente corre nuovamente alle figure dei cosiddetti quasi-reati ove il principio di materialità e quello di offensività impediscono la configurazione di un reato ma nondimeno l'ordinamento dispone l'applicazione eventuale di una misura di sicurezza. Alcune osservazioni sono però doverose: a differenza del tentativo inidoneo e ancor più dei casi contemplati dall'art. 115 c.p. nella fattispecie in cui si realizzino i soli elementi oggettivi della causa di giustificazione la condotta è portata a compimento e sortisce un effetto lesivo corrispondente ad una disposizione di parte speciale il quale però, nonostante l'intenzione dell'agente, è anche sussumibile sotto una causa di giustificazione. Il morto rimasto sul luogo del delitto o la somma di danaro transitata sul conto di chi se ne appropri indebitamente sollecitano ancora la fantasia del penalista alla ricerca di una soluzione adeguata.

Nel caso di una scriminante di cui non ricorrano gli elementi soggettivi la fattispecie di parte speciale incriminatrice è presente in ogni suo elemento, oggettivo e soggettivo, quella di liceità nel solo elemento oggettivo; al pari del risultato corrispondente ad un esito giuridicamente approvato, vi è in questa fattispecie la realizzazione di una condotta conforme ad una fattispecie tipica. Ciò che impedisce la configurazione della scriminante è l'assenza del profilo soggettivo richiesto dalla disposizione: manca infatti l'elemento che possa dirimere fra la considerazione dell'effetto positivo e il costo di questa realizzazione. Nella bilancia ideale anzi il peso di una fattispecie completa di ogni suo elemento finisce per essere maggiore della scriminante incompleta.

Il conseguimento del risultato materiale di tutela da una parte e dall'altra la necessità di valorizzare gli elementi soggettivi che altrimenti verrebbero sacrificati, annegati nel riconoscimento sbrigativo della liceità della condotta, spingono in direzione della ricerca di una soluzione sanzionatoria più adeguata.

La ricerca in questione è agevolata da una operazione di analisi della fattispecie concreta della realizzazione inconsapevole di una causa di giustificazione. In questa situazione la volontà antiggiuridica dell'agente accompagna, per caso fortuito o per ignoranza dell'agente, una condotta che al contrario produce esternamente un risultato giuridicamente approvabile. La situazione non è sconosciuta all'ordinamento penale che riconosce rilevanza alle ipotesi già ricordate di reato impossibile e accordo non eseguito *sub specie* di misura di sicurezza.

Le fattispecie in questione sono state efficacemente nominate «quasi-reati⁹⁰⁰» in ragione della loro prossimità ideale alla sostanza dell'illecito sanzionata non con una pena, ma con l'applicazione di una misura di sicurezza. Come è stato osservato dalla dottrina le figure in questione (reato impossibile, accordo non eseguito e istigazione non raccolta) hanno in comune il non esprimere un disvalore complessivo sufficiente per l'applicazione della pena⁹⁰¹; esse consistono in una intenzione significativamente realizzata, sebbene non tanto da configurare un reato⁹⁰². Nei quasi-reati vi è dunque una volontà criminosa cui penalmente rilevante in quanto sufficientemente realizzata da esprimere una pericolosità sociale⁹⁰³. Il codice dunque risponde all'allarme sociale destato dalle figure di quasi-reato in termini di misura di sicurezza; nel disegno originario del codice, precedente alla costituzionalizzazione del diritto penale comprensiva del riconoscimento della finalità rieducativa della pena, questa risposta coincide con il fine politico della sola

⁹⁰⁰ L'etichetta è stata coniata nell'imminenza dell'approvazione del codice dall'avvocato napoletano Gennaro Escobedo nel corso di un giudizio di fronte alla Corte di cassazione circa il regime processuale della misura di sicurezza applicata a seguito di una istigazione non accolta ai sensi dell'art. 115 c.p.: si veda ESCOBEDO, *Misura di sicurezza e quasi-reato*, in *Giust. pen.*, 1937, II, p. 406 e ss.

⁹⁰¹ «Le tre figure in questione hanno indubbiamente un elemento in comune: quello di non raggiungere la soglia di ciò che è punibile alla stregua dei principi generali del diritto penale italiano» (cfr. VASSALLI, *Quasi-reati*, in ID., *Scritti giuridici*, I, II, Milano, 1997, p. 1020). E si legga ancora: «Si tratta di soglie, alcune delle quali sono proprie di tutti i paesi civili, altre specifiche della situazione italiana. [...] Il diritto italiano [...] nella costruzione degli elementi oggettivi del tentativo e del concorso di persone [...] non accetta la punizione di un fatto quando non abbia raggiunto una certa soglia di pericolo o quando l'ideazione non sia seguita da un principio di azione idonea».

⁹⁰² «[P]ur non integrando una tipica fattispecie di reato, sono caratterizzate dalla presenza di un'azione la quale, anche se non ha carattere di reato, è talmente esteriorizzata ed aderente al reato da trascendere la nuda intenzione criminosa e da indurre a riconoscere anche in esse un sicuro indizio di pericolosità sociale» (MUSCO, *Misura di sicurezza*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, p. 762 e ss.).

⁹⁰³ «[C]hi ben consideri, si accorge che anche in questi casi non manca un'azione, la quale, se pur non ha carattere di reato, ha tuttavia una tale esteriorizzazione e una tale aderenza al reato, da trascendere la nuda intenzione criminosa e da indurre a riconoscere anche in essi un sicuro indizio di pericolosità criminale» (cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, I, cit., p. 253).

Capitolo III

special-prevenzione. L'autore di un reato impossibile o di un accordo non realizzato è soggetto che manifesta, al pari dell'autore di un fatto di reato, il rischio di recidivare secondo la definizione di pericolosità sociale contenuta nell'art. 203 c.p. La nozione di reato implicita nel disegno del codice penale, basata sul concetto di bene giuridico, non consente infatti di ritenere presente in un quasi-reato un reato perfetto di ogni sua componente, giacché per definizione esso manca di lesività; di conseguenza la pena è sostanzialmente incompatibile con le fattispecie in questione e l'unica risposta possibile dell'ordinamento rimane la misura di sicurezza⁹⁰⁴.

La situazione della realizzazione dei soli contrassegni oggettivi delle cause di giustificazione mostra analogie di rilievo con le ipotesi di quasi-reato previste dalla lettera del codice penale: anche in questa ipotesi si rivela una intenzione criminosa che trova una concreta manifestazione esterna; anche in questo caso la condotta non è penalmente rilevante, sebbene non per via del mancato raggiungimento di una soglia di rilevanza penale, bensì in ragione della corrispondenza per così dire esterna con una fattispecie di liceità e in forza del principio di materialità. Nella direzione della rilevanza penale di una condotta che corrisponda ai contrassegni oggettivi di una causa di giustificazione non accompagnata dal necessario profilo psicologico milita inoltre il fatto – in ciò risiede la più rilevante differenza rispetto alle tre figure di quasi reato del codice – che la condotta oggettivamente lecita è portata a compimento, e non si ferma ad uno stadio precedente quello del tentativo rilevante⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ La quale è eventuale, perché rimessa alla verifica della concreta pericolosità sociale, e porta alla applicazione della misura della libertà vigilata *ex art. 229 c.p.* Vassalli osserva come la scelta di una misura non detentiva corrisponde alla riaffermazione da parte del legislatore della differenza dei quasi-reati rispetto ai reati (cfr. VASSALLI, *Quasi-reati*, cit., p. 1023 e s.).

⁹⁰⁵ La possibilità di applicare alla fattispecie oggetto di questo lavoro la misura di sicurezza è affrontata da Schiaffo nel suo lavoro monografico sulle scriminanti incomplete. L'Autore, aderendo alla costruzione dell'illecito per disvalori e alla conseguente teorica del *Saldierungsmodell*, prospetta in linea teorica la possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza sulla base della presenza del solo disvalore di condotta, similmente a quanto avviene nella figura del reato impossibile. Schiaffo osserva inoltre come, secondo la ricostruzione del fenomeno da lui operata nella monografia citata, la situazione in cui si realizzino solo gli elementi oggettivi delle cause di giustificazione costituisca un illecito; di conseguenza la risposta sanzionatoria in termini di misura di sicurezza non necessiterebbe della previsione di un quasi-reato per via della clausola generale dell'art. 202 c.p. che permette al giudice l'applicazione di una misura di sicurezza in caso di un fatto previsto dalla legge come reato. La soluzione, benché «sotto il profilo tecnico-giuridico offr[a] quella che [...] appare la migliore delle interpretazioni possibili del primo comma dell'art. 59 c.p. e, in particolare della terminologia in esso adottata», viene rigettata dall'Autore in ragione delle critiche che affliggono il sistema del doppio binario, individuate nella sovrapposibilità della misura alla pena in riferimento ai soggetti imputabili (SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato*, cit., p. 205 e s.).

4.2. Le ragioni del quasi-reato

Postulato di ogni ragionamento *de iure condendo* circa la conseguenza sanzionatoria dell'assenza del profilo soggettivo delle cause di giustificazione è la rilevanza penale della situazione in cui vengano realizzate le sole componenti oggettive della scriminante con *animus* difforme da quello eventualmente richiesto dall'ordinamento.

La qualificazione della fattispecie in questione come quasi-reato permette all'ordinamento di dare una risposta alle (supposte) aspettative dei consociati più adeguata di quella consistente nell'applicazione di una pena. Varie sono le ragioni che suffragano la soluzione cui si è pervenuti.

La misura di sicurezza in linea di principio corrisponde maggiormente al tratto di disvalore evidenziato da chi pur involontariamente o del tutto inconsapevolmente realizza una condotta conforme all'ordinamento. In una situazione del genere infatti ciò che si pone in evidenza è la volontà criminosa dell'agente; è dunque all'agente che occorre guardare più che al fatto realizzato e di conseguenza impostare la risposta statale sul paradigma della special-prevenzione e non su quello della general-prevenzione e retribuzione. La misura di sicurezza, intesa teoricamente come trattamento preventivo *post factum*, sembra rispondere maggiormente all'esigenza della risocializzazione del singolo autore di una condotta lecita. Dal canto suo la pena corrisponde maggiormente alla valutazione di un fatto quale illecito; essa guarda più al fatto nel contesto sociale in cui accade che non al suo autore. L'applicazione della misura di sicurezza per il suo tratto spiccatamente special-preventivo è in linea teorica dunque la risposta più adeguata alla realizzazione oggettiva delle scriminanti⁹⁰⁶.

La difficoltà lamentata da Schiaffo sussiste nella misura in cui si affermi il carattere illecito della condotta, con la conseguente nota duplicazione delle sanzioni. Se però il carattere illecito della condotta è escluso da un legislatore futuro *expressis verbis* in ragione dell'accoglimento del principio di materialità il tratto di illiceità della fattispecie non sussiste e con esso viene meno l'imbarazzo del *bis in idem*.

⁹⁰⁶ Sono doverose tuttavia alcune precisazioni. Come è noto, l'introduzione del fine rieducativo della pena da parte del terzo comma dell'art. 27 Cost. ha fortemente indebolito il tratto della separazione fra pena e misura di sicurezza basato su differenti scopi della pena.

Dal momento che tende alla rieducazione del condannato anche la pena costituzionale si presenta come naturalmente diretta alla prevenzione speciale seppure intesa non in termini di neutralizzazione ma di risocializzazione; per altro verso il legislatore ha da tempo ormai rinunciato all'idea della pena come sanzione indefettibile e in più occasioni è intervenuto sull'ordinamento penitenziario in modo che la pena corrisponda sempre più all'idea del trattamento umanitario di risocializzazione e sempre

Capitolo III

Il carattere lecito della condotta che pure dà luogo all'applicazione della misura di sicurezza rende questo futuribile quasi-reato immune dalla critica principale mossa al sistema del doppio binario: la duplicazione della sanzione inflitta al soggetto imputabile in riferimento al medesimo fatto storico valutato prima in termini di colpevolezza e poi di pericolosità sociale⁹⁰⁷; il detto carattere lecito della condotta comporta infatti la rinuncia all'applicazione della pena e fa sì che la risposta sanzionatoria dello Stato rimanga unica. L'unicità della sanzione scongiura qualsiasi frizione fra pericolosità sociale e colpevolezza poiché gli indici dell'art. 133 c.p. verranno considerati solo come fondamento della valutazione prognostica del pericolo di recidiva dell'agente⁹⁰⁸.

meno a quella, severa e sbrigativa, della mera apodosi del comando penale (per simili rilievi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 736 e ss.).

Per altro verso neanche nella misura di sicurezza è possibile eliminare un elemento di prevenzione generale che corrisponde alla stessa aspettativa rieducativa nutrita dalla società nei confronti del soggetto sottoposto a misura e che discende dall'impossibilità di separare nella stessa condotta componenti differenti corrispondenti rispettivamente ai fini della pena e a quelli della misura di sicurezza.

La distinzione fra pena e misura di sicurezza basata sulla sola differente finalità sanzionatoria perseguita è dunque solo relativamente pregnante. Vi sono tuttavia anche altri motivi che spingono a ritenere labile la differenza fra le due sanzioni dell'ordinamento penale: il loro atteggiarsi a mero *surplus* di pena; la valutazione della pericolosità sociale in base ai parametri validi per la commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p., che corrisponde più in generale alla contraddittorietà insita nell'applicazione della misura di sicurezza ai soggetti imputabili; il carattere sanzionatorio condiviso da pena e misura; non da ultimo il carattere esecutivo delle misure detentive, non dissimile affatto dal carattere afflittivo della reclusione; la trasformazione per contro della esecuzione della pena in un trattamento differenziato in base alle tipologie di autore e alla qualità del crimine.

La distinzione fra misura e pena non può tuttavia essere archiviata con disinvoltura. Essa corrisponde alla ragione politico-criminale di offrire una risposta statale differenziata in ragione della possibilità di comprendere il comando penale da parte dell'agente al fine di prevenire condotte socialmente pericolose. Per altro verso la presenza di finalità special-preventive anche nella pena non impedisce che la misura di sicurezza continui a connotarsi come misura schiettamente personale, mentre la pena sia caratterizzata da contenuti più complessi.

Sui temi toccati e sulle criticità sistematiche della misura di sicurezza si vedano: MUSCO, *Misure di sicurezza* (1990), cit., p. 9; PELUSO, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 149 e s.; PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 32 e ss. nonché p. 315 e ss.; per la netta separazione di funzioni e fondamenti fra misura e pena e per la validità della stessa: NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 632 e ss.; nonché Vassalli, *Quasi-reati*, cit., p. 1017 e s.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 827 e ss.; per un inquadramento generale delle funzioni politico-criminali di misura e pena si veda GUZMÁN DALBORA, *Pena e misura di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, 2009, p. 82 e ss., nonché p. 115 e ss. ove si esprimono dubbi circa la praticabilità del doppio binario e la ammissibilità nell'ambito del diritto penale dello strumento delle misure.

⁹⁰⁷ Problema affrontato pressoché dalla intera letteratura citata nella nota precedente.

⁹⁰⁸ L'affermazione corrisponde alla nota distinzione fra colpevolezza e pericolosità sociale tratteggiata da Nuvolone nella voce enciclopedica citata. Egli ritiene che nello specifico gli indici della capacità a delinquere vadano valutati *pro futuro* nel giudizio di pericolosità sociale, mentre nel caso della valutazione della colpevolezza che presiede la commisurazione della pena essi si limitino a costituire gli elementi di riferimento di una diagnosi a cui non segue alcuna prognosi, onde è possibile che il

L'applicazione della misura di sicurezza quale risposta alla realizzazione solo oggettiva della causa di giustificazione permette un adattamento maggiore alle esigenze di giustizia di una situazione – quella della realizzazione solo oggettiva della causa di giustificazione – che si pone sul confine tra l'area del penalmente rilevante e quella dell'indifferente giuridico e che non è detto esprima sempre un allarme sociale rilevante. Cadute le ipotesi di presunzione legale, la misura di sicurezza è sempre soggetta infatti alla verifica della sussistenza in concreto della pericolosità sociale da parte del giudice, non essendo sufficiente il mero presupposto fattuale all'applicazione della misura. Anche nel caso del quasi-reato che si immagina qui l'applicazione della pena sarebbe solo eventuale e subordinata all'esigenza di rieducazione dell'agente, secondo l'apprezzamento del giudice del fatto. A questi è rimesso in sostanza il giudizio di opportunità della risposta dello Stato secondo il parametro della pericolosità sociale e non della colpevolezza.

Non è tuttavia il solo carattere non necessario della misura che porta ad accogliere con favore la soluzione della misura di sicurezza; si deve infatti considerare che l'art. 229, nr. 2) c.p. individua nella libertà vigilata la misura da applicare per un fatto non preceduto dalla legge come reato. La misura della libertà vigilata da parte sua è sufficientemente afflittiva nel assoggettare il sottoposto al controllo della autorità di pubblica sicurezza; al contempo con l'imposizione delle prescrizioni da parte del giudice (artt. 228, co. 2, c.p., nonché 190, co. 2, disp. att. c.p.p.) e con la garanzia del lavoro del soggetto a cui è imposta (artt. 228, co. 4, c.p., nonché ancora più esplicitamente 190, co. 6, disp. att. c.p.p.) essa si attegga più delle altre misure di sicurezza e della pena a divenire un trattamento di risocializzazione del soggetto sottoposto ad essa.

Un intervento del legislatore in direzione della previsione della configurazione di un quasi-reato e della conseguente applicazione di una misura di sicurezza costituirebbe l'accoglimento esplicito e la declinazione concreta del principio di materialità; la soluzione solleverebbe l'interprete dalla spendita dello stesso argomento politico-criminale cui consegue, come visto, il rischio di escludere qualsiasi risposta sanzionatoria statale anche di fronte ad una eventuale pericolosità

medesimo fatto esprima una capacità a delinquere ridotta ma, per esempio in ragione delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, costituisca base sufficiente per un giudizio di grave pericolosità sociale (cfr. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 652).

Capitolo III

sociale sufficientemente accentuata. La materialità o l'offensività sono infatti direttrici politico-criminali non sufficientemente determinate; vi è necessità che il legislatore provveda ad una loro declinazione di dettaglio che limiti i rischi di arbitrio interpretativo inevitabilmente connessi alla presenza di una lacuna di legge.

L'adozione della misura di sicurezza quale esito sanzionatorio della realizzazione della sola componente obiettiva della causa di giustificazione può essere un punto efficace di equilibrio tra le opposte esigenze politiche di un diritto penale liberale e realizzazione di una difesa sociale efficace.

Capitolo III

CONCLUSIONI

All'inizio del lavoro si erano indicati tre snodi argomentativi da cui sarebbe transitata la disamina del problema dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione. La ricerca ha permesso di giungere a formulare una risposta sia all'interrogativo circa la possibilità di una imputazione soggettiva delle cause di giustificazione sia a quello conseguente del regime sanzionatorio più adeguato alla disciplina costituzionale del diritto penale.

Si è visto come sia lo stesso tenore positivo dell'ordinamento penale a richiedere in alcune cause di giustificazione la presenza di elementi che possono essere interpretati soggettivamente. L'opzione a favore di questo canone ermeneutico corrisponde alla loro valorizzazione (si pensi alla costrizione nella difesa legittima o nello stato di necessità) laddove una interpretazione oggettiva finirebbero per renderli inutili duplicati di altri elementi delle stesse fattispecie o finirebbe per realizzare l'introduzione *praeter legem* di nuovi elementi non espressamente previsti; in altre occasioni l'ammissione di profili soggettivi permette di garantire l'adeguamento della fattispecie alla Costituzione (si pensi all'art. 53 c.p.).

Non è però possibile predicare in generale l'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione; essa va invece limitata a quelle disposizioni che comprendono elementi di natura soggettiva nella loro formulazione. Questo rifiuto di una imputazione sempre soggettiva delle cause di giustificazione è la risultante di più fattori: da una parte si tratta di preservare un ruolo al primo comma dell'art. 59 c.p., il quale così assolve il compito di impedire l'indagine dell'*animus* dell'agente nel caso in cui la causa di giustificazione invocata non preveda elementi soggettivi; per altro verso è la necessità di impedire la punizione di sole intenzioni a escludere in taluni casi che abbia luogo l'indagine del profilo soggettivo dell'agente.

Il rilievo eventualmente soggettivo delle cause di giustificazione discende così dalla considerazione del tenore letterale delle singole cause di giustificazione e non trova ostacoli nella presenza del primo comma dell'art. 59 c.p.

L'indagine delle origini sistematiche e l'analisi del concetto di illecito ha permesso di escludere che il rilievo soggettivo delle cause di giustificazione possa essere argomentato a partire dall'accoglimento della concezione personale di illecito,

Conclusioni

comprensiva di una componente oggettiva lesiva e di una soggettiva di disobbedienza. Non è infatti corretto affermare la presenza di un elemento soggettivo delle cause di giustificazione in ragione della sola simmetria rispetto alla costruzione dell'illecito, secondo quanto affermato dal *Saldierungsmodell*. Non è nemmeno corretto ragionare per analogia ed estendere così alle cause di giustificazione la disciplina che il legislatore ha previsto per casi pure analoghi (il reato impossibile *in primis*), giacché, oltre ai dubbi destati dal ricorso allo strumento analogico, è anche dubitabile che una *eadem ratio* fra i due istituti esista. Più in generale è scorretto desumere dall'analisi della struttura dell'illecito, sia essa oggettiva o soggettiva a seconda delle opzioni dell'interprete, qualsiasi regola di imputazione in ragione dello iato incolmabile che vi è fra essere e dover essere.

La compatibilità dell'imputazione soggettiva delle cause di giustificazione con l'ordinamento penale è così da rimettere all'analisi dei fondamenti politico-criminali dello stesso. Fra questi un motivo ostativo alla imputazione soggettiva delle scriminanti è costituito dal divieto di punizione delle nude intenzioni (principio di materialità).

Non è però sufficiente riferirsi alla natura di principio rivestito dalla materialità per farne applicazione diretta e stabilire così il rilievo solo oggettivo delle cause di giustificazione. Non vi è infatti alcuna formulazione esplicita del principio in questione e perciò qualsiasi soluzione elaborata dall'interprete si tramuterebbe nell'esercizio indebito di una potestà che appartiene al solo legislatore. L'applicazione diretta del principio di materialità per altro verso non terrebbe in debito conto il fatto che una condotta che realizza i soli contrassegni oggettivi della fattispecie corrisponde ad un evento lesivo che può destare un allarme sociale di cui è necessario tenere conto.

Si ipotizza dunque che *de iure condendo* la migliore risposta dell'ordinamento al caso di chi inconsapevolmente realizzi una causa di giustificazione sia l'applicazione di una misura di sicurezza in maniera simile a ciò che avviene nelle altre ipotesi di quasi-reato conosciute dall'ordinamento.

BIBLIOGRAFIA

- ALBEGGIANI, Ferdinando, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1995
- ALEO, Salvatore, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2010
- ALIBRANDI, Luigi, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 1979
- ALIMENA, Bernardino, *Diritto penale*, I, Napoli, 1910
- ALIMENA, Francesco, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938
- ALTAVILLA, Enrico, *Necessità (stato di)*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 965 e ss.
- ID., *Uso legittimo delle armi*, in *Nuovo dig. it.*, XII, Torino, 1940, p. 767 e ss.
- ID., *Difesa legittima*, in *Novis. Dig. it.*, V, Torino, 1964, p. 620 e ss.
- ID., *Consenso dell'avente diritto*, in *Novis. Dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 115 e ss.
- ALWART, Heiner, *Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht*, in *GA*, 1983, p. 433 e ss.
- ID., *Zum Begriff der Notwehr*, in *JuS*, 1996, p. 953 e ss.
- ANGELINI, Marco, *L'elemento soggettivo nella scriminante della legittima difesa*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 191 e ss.
- ANTOLISEI, Francesco, *L'analisi del reato (1940)*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 60 e ss.
- ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1947
- ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, XVI ed., Milano, 2003
- ARDIZZONE, Salvatore, *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992
- ARNDT, Herbert, *Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund*, Breslau, 1929
- AZZALI, Giampiero, *Stato di necessità*, in *Novis. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1964, p. 356 e ss.
- BARTOLE, Sergio, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Roma, 1985, p. 494 e ss.
- BATTAGLINI, Giulio, *Diritto penale. Teorie generali*, Bologna, 1937
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 1940

Bibliografia

- BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, V ed., Stuttgart u.a., 1979
- BAUMANN, Jürgen – WEBER, Ulrich – MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, X ed., Bielefeld, 1995
- BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906
- ID., *Die Lehre von Tatbestand*, Tübingen, 1930
- BELLAGAMBA, Filippo, *Ai confini dello stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2000, p.1832 e ss.
- ID., *La problematica esistenza di elementi soggettivi nelle scriminanti*, in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 495 e ss.
- ID., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007
- BELLINI, Federico, *La difesa legittima*, Torino, 2006
- BETTIOL, Giuseppe, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale* (1934), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 109 e ss.
- ID., *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale* (1937), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 307 e ss.
- ID., *Bene giuridico e reato* (1938), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 e ss.
- ID., *Giurisprudenza degli interessi e diritto penale* (1938), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 343 e ss.
- ID., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 388 e ss.
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1945
- ID., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (1971), in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 101 e ss.
- ID., *Stato di diritto e Gesinnungstrafrecht* (1973), in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 129 e ss.
- ID., *Colpa d'autore e certezza del diritto* (1977), in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, p. 203 e ss.
- BETTIOL, Giuseppe – PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, XII edizione, Padova, 1986
- BIN, Roberto, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AA. VV., *La*

Bibliografia

- circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 e ss.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I ed., Leipzig, 1872
- ID., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885
- ID., *Die Normen und ihre Übertretung*, II, II ed., Leipzig, 1877
- Die Normen und ihre Übertretung*, II, II ed., Leipzig, 1914
- ID., *Der objektive verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. Studie für das künftige Strafgesetzbuch*, in *Der Gerichtssaal*, 1910, p. 1 e ss.
- BLANKE, Ernst-August, *Die subjektive Rechtfertigungselemente*, Bonn, 1960
- BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938
- ID., *Analogia*, in *Novis. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 601 e ss.
- ID., *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 95 e ss.
- ID., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996
- BOCKELMANN, Paul, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, III ed., München, 1979
- BOCKELMANN, Paul-VOLK, Klaus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, IV ed., München, 1987
- BONGIOVANNI, Giorgio, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Bari-Roma, 2009
- BONINI, Sergio, *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali*, Napoli, 2016
- BORSARI, Riccardo, *Causa di non punibilità*, in AA.VV., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di G. Fornasari e S. Riondato, II ed., Torino, 2017, p. 279 e ss.
- BORSARI, Riccardo-PROVOLO, Debora, *Associazione per delinquere*, in AA. VV., *Reati contro l'ordine pubblico*, a cura di G. Fornasari e S. Riondato, II ed., Torino, 2017
- BOSCARELLI, Marco, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955
- ID., *Legittima difesa*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990
- BRAUN, Werner, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipzig, 1936, p. 20 e ss.

Bibliografia

- BRICOLA, Franco, *Fatto del non imputabile* (1961), in ID., *Scritti di diritto penale* a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I, Milano, 2000
- ID., *Teoria generale del reato* (1974), in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, I, tomo I, Milano, 1997, p. 541 e ss.
- ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1987), in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di Stefano Canestrari e Alessandro Melchionda, I, tomo II, Milano, 1997, p. 1585 e ss.
- BROCCA, Gianluigi – MINGRONE, Marco, *La legittima difesa*, Padova, 2003
- BRUNELLI, David, *L'uso delle armi del pubblico agente tra giustificazione e scusa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 783 e ss.
- VON BURI, Maximilian, *Verursachung und unterlassene Verhinderung*, in *Der Gerichtssaal*, 1878, p. 93 e ss.
- CADOPPI, Alberto, «Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caeso esto». *Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1377 e ss.
- ID., *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 223 e ss.
- CADOPPI, Alberto – VENEZIANI, Paolo, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2015
- CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 358 e ss.
- CANESTRARI, Stefano – CORNACCHIA, Luigi – DE SIMONE, Giulio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2016
- CAPUTO, Matteo, *Articolo 59*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, II, Milano, 2010, p. 1 e ss.
- CARACCIOLI, Ivo, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965
- ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2005
- CARCATERRA, *Analogia*, in *Enc. giur.*, II, 1988
- CARMIGNANI, Giovanni, *Juris criminalis elementa Editio quinta. Volumen I*, Pisis, MDCCCXXXIII
- CARNELUTTI, Francesco, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933
- CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa*, I, Lucca, 1871

Bibliografia

- ID., *Lineamenti di una pratica legislativa penale* (1873), Bologna, 2007
- CAVALIERE, Antonio, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000
- ID., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1443 e ss.
- ID., *Schizzo di un concetto costituzionalmente orientato di condotta in una sistematica teleologica del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli, 2017, p. 521 e ss.
- CAVALLO, Vincenzo, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939
- ID., *Diritto penale. Parte generale. Volume secondo. L'oggetto del diritto penale*, Napoli, 1955
- CERASE, Marco, *Articolo 52*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, Milano, 2010
- CIVOLI, Cesare, *Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano diretta dal prof. Enrico Pessina*, V, Milano, 1904
- ID., *Trattato di diritto penale*, I, Milano, 1912,
- CLASS, Wilhelm, *Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestanstheorie*, I, Breslau-Neukirche, 1933
- CONCAS, Luigi, *Scriminanti*, in *Novis. Dig. it.*, XVI, Torino, 1957, p. 793 e ss.
- CONTENTO, Gaetano, *Limiti della norma e fattispecie non punibili*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 323 e ss.
- ID., *Corso di diritto penale*, II, Bari-Roma, 2002
- CORSONELLO, Carlo, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, Padova, 1941
- CRIVELLARI, Giulio, *Concetti fondamentali di diritto penale*, Torino, 1888
- CÜPPERS, nota a *OLG Frankfurt a.M.*, sent. 12 luglio 1949, in *NJW*, 1950, p. 119
- DAHM, Georg, *Nationalistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlin, 1935, p. 18 e ss.

Bibliografia

- DE FRANCESCO, Gennaro Vittorio, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978
- DE FRANCESCO, Giovannangelo, *Diritto penale. I fondamenti*, II ed., Torino, 2011
- DE MAGLIE, Cristina, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 938 e ss.
- DE MARSICO, Alfredo, *Diritto penale. Parte generale. Ristampa con note di aggiornamento del dott. Manlio Mazzanti (1937)*, Napoli, 1969
- DE VERO, Giancarlo, *Corso di diritto penale. I*, II ed., Torino, 2012
- DELL'ANDRO, Renato, *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958 p. 542 e ss.
- DELITALA, Giacomo, *Contributo alla nozione del reato (1926)* in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 165 e ss.
- ID., *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco (i titoli III e IV del Progetto)* (1927) in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, p. 279 e ss.
- ID., *Il «fatto» nella teoria generale del reato (1930)*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, I, 1976, p. 379 e ss.
- ID., *Legittima difesa e reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1940, p. 540 e ss.
- ID., *Adempimento di un dovere*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 1958
- DELOGU, Tullio, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 166 e ss.
- DEMURO, Gian Paolo, *Giustificazione e scusa: evoluzione dottrinale e analisi comparata*, in *Giur. mer.*, 1995, p. 297 e ss.
- DI GIOVINE, Ombretta, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006
- DIEHL, Horst, *Die subjektive Elemente der Unrechtsausschließungsgründe*, 1952
- DIURNI, Giovanni, *Il medioevo*, in AA.VV., *Profilo di storia del diritto penale. Dal medioevo alla restaurazione. Lezioni raccolte da Maria Rosa Di Simone*, Torino, 2012, p. 1 e ss.
- DONINI, Massimo, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991
- ID., *L'errore sulle scriminanti*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. Bricola e G. Zagrebelsky, vol. I, Torino, 1996, p. 733 e ss.
- ID., *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996

Bibliografia

- ID., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 338 e ss.
- ID., *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Milano, 1999, p. 221 e ss.
- ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003
- ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- ID., «Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1525 e ss.
- ID., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’”offense” di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 e ss.
- ID., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1646 e ss.
- ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011
- ID., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 121 e ss.
- ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 698 e ss.
- ENGISCH, Karl, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung: festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag*, a cura di P. Bockelmann, G. Dahm, A. zu Dohna, K. Engisch, F. Exner, 1944, p. 141 e ss.
- ID., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930), 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen, 1995
- ESCOBEDO, Gennaro, *Misura di sicurezza e quasi-reato*, in *Giust. pen.*, 1937, II, p. 406 e ss.
- ESER, Albin, § 22, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, XXVIII ed., München, 2010, p. 425

Bibliografia

- FALCHI, Giuseppino Ferruccio, *Diritto penale romano. Dottrine generali*, II ed., Padova, 1937
- FALCINELLI, Daniela, *Legittima difesa. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 2006
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, 2008
- FIANDACA, Giovanni, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014
- ID., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017
- FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014
- FIERRO CENDERELLI, Fabrizia, *Legittima difesa e provocazione. Rilievi comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1394 e ss.
- FILIPPI, Leonardo *L'arresto in flagranza nell'evoluzione normativa*, Milano, 1990
- FINGER, August, *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit*, in *Der Gerichtssaal*, 1928, p. 385 e ss.
- FIORE, Carlo – FIORE, Stefano, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2016
- FIORE, Stefano, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996
- FIORELLA, Antonio, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 770 e ss.
- FISCHER, Hans Albrecht, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrecht (1911)*, Frankfurt a. M., 1966,
- FLORIAN, Eugenio, *Parte generale del diritto penale*, IV ed., Milano, 1934
- ID., *Trattato di diritto penale*, I, IV ed., Milano, 1934
- FORNASARI, Gabriele, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990
- ID., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993
- ID., *Casi di non punibilità*, in AA. VV., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di G. Fornasari e S. Riondato, II ed., Torino, 2017, p. 279 e ss.
- FORTE, Giacomo, *Uso legittimo delle armi*, CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 425 e ss.

Bibliografia

- FORTI, Gabrio, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale. Tra visioni «liberali» e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 283 e ss.
- FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auf., Berlin-Heidelberg, 2009
- FRISCH, Wolfgang, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtsfertigungselements*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Küper, Berlin-New York, 1987, p. 113 e ss.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, VII ed., München, 2015
- FROSALI, Roul Alberto, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933
- ID., *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, in *Scritti in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, p. 221 e ss.
- ID., *Sistema penale italiano*, I, Torino, 1958
- GALLAS, Wilhelm, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Kaufmann, München, 1979, p. 155 e ss. anche citato come: *La struttura del concetto di illecito penale*, trad. it. a cura di Francesco Angioni, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 447 e ss.
- GALLISAI PILO, Maria Giuseppina, *Consenso dell'avente diritto*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, p. 71 e ss.
- GALLO, Marcello, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950
- ID., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1967
- ID., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014-2015
- GALLO, Marcello – SEVERINO, Paola, *Antigiuridicità penale*, in *End. giur.*, II, Roma, 1988
- GEERDS, Friedrich, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1954, p. 262 e ss.
- GEILEN, Gerd, *Notwehr und Notwehrexzess*, in *Jura*, 1981, p. 308 e ss.
- GEPPERT, Klaus, *Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassverkehr?. Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung*, in *ZStW*, 1971, p. 949 e ss.
- ID., *Subjektive Rechtfertigungselemente*, in *Jura*, 1995, p. 103 e ss.

Bibliografia

- GIANFORMAGGIO, Letizia, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, p. 65 e ss.
- ID., *Analogia*, in *Dig. disc. civ. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 320 e ss.
- GIOVAGNOLI, Roberto, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008
- GIULIANI, Ubaldo, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970
- GOLDSCHMIDT, James, *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, a cura di A. Hegler, I, Tübingen, 1930, p. 428 e ss.
- GRAF ZU DOHNA, Alexander, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a. S., 1903
- ID., *Der subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1934
- GRAF ZU DOHNA, Alexander-GRÜNHUT, Max, *Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezger*, in *ZStW*, 1932, p. 96 e ss.
- GRAMATICA, Filippo, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934
- GRAUL, Eva, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, in *JuS*, 1995, p. L 41 e ss.
- GRISPIGNI, Filippo, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, Padova, 1935
- GROPP, Walter, *An der Grenze der Lehre vom personalen Unrecht. Eine Skizze zum Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements*, in *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Heger, München, 2014, p. 247 e ss.
- GROSSO, Carlo Federico, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961
- ID., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964
- ID., *Legittima difesa* in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 27 e ss.
- ID., *Stato di necessità* in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 882 e ss.
- ID., *Cause di giustificazione* in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988
- ID., *Consenso dell'avente diritto* in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1988
- GUASTINI, Riccardo, *Principi di diritto*, in *Dig. disc. civ.*, XIV, 1997, p. 341 e ss.
- ID., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011
- GUZMÁN D'ALBORA, José Luis, *–Pena e misura di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, a cura di G. Fornasari ed E. Corn, Trento, 2009

Bibliografia

- HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, Bonn, 1881
- HERZBERG, Rolf Dietrich, *Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage*, in *JA*, 1986, p. 190 e ss.
- HEGLER, August, *Die Merkmale der Verbrechen*, in *ZStW*, 1915, p. 19 e ss.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960
- ID., *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, I, in *ZStW*, 1981, p. 831 e ss., e 1982, p. 239 e ss.
- ID., *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, II, in *ZStW*, 1982, p. 239 e ss.
- ID., *Vorbemerkungen zu den §§ 32 ff.* (1994), in *Leipziger Kommentar*, II, XI ed., Berlin, 2003, p. 135
- HOLD VON FERNECK, Alexander, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit*, II, Jena, 1903
- HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, II ed., Berlin, 1988
- HUMBERT, Georg, *Subjektive Elemente der Rechtswidrigkeit in ihrer Bedeutung für die allgemeinen Rechtfertigungsgründe*, Freiburg i. B., 1932
- IADICOLA, Gianfranco, *Articolo 59 in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi e E. Lupo, Milano, 2000, p. 678 e ss.
- IMPALLOMENESE, Giovan Battista, *Istituzioni di diritto penale*, III ed. a cura di V. Lanza, Torino, 1920
- INFANTE, Enrico, *Adempimento di un dovere*, in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 318 e ss.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, II ed., Berlin, 1993
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *ZStW*, 1981, p. 3 e ss.
- JESCHECK, Hans Heinrich – WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin, 1996

Bibliografia

- JHERING, Rudolph, *Das Schuldmoment im Romischen Recht*, Giessen, 1867
- JUNGCLAUSSEN, Egbert Uwe, *Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt - zugleich ein Beitrag zur Dogmengeschichte der personalen Unrechtslehre*, Göttingen, 1987
- KOHLER, August, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1917
- KOHLRAUSCH, Eduard, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903
- KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997
- KRACK, Ralf, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente. Insbesondere zur Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs*, in *Grundfragen des Strafrecht, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung. Wissenschaftliche Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Prof. Dr. Fritz Loos am 23. Januar 2009*, a cura di H. Koriath, R. Krack, H. Radtke, J.-M. Jehle, Göttingen, 2010, p. 147 e ss.
- KREY, Volker-ESSER, Robert, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Stuttgart, 2012
- KRETSCHMER, Joachim, *Übungsklausur Strafrecht: „Ein folgenschweres letztes Bier*, in *Jura*, 1998, p. 248
- KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, VII ed., München, 2012
- LE PERA, Giovanni, *Cronaca e verità oggettiva: un equivoco che si perpetua nei giudizi di diffamazione a mezzo della stampa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 407 e ss.
- LAGO, Anna, *Articolo 49*, in *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta, I, IV ed., Milano, 2015, p. 761 e ss.
- LAMPE, Ernst-Joachim, *Unvollkommen zweiaktige Rechtfertigungsgründe*, in *GA*, 1978, p. 7 e ss.
- LANGE, Richard, *Irrtumsfrage bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, in *Juristenzeitung*, 1953
- LANZI, Alessio, *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983
- LAURO, Fulberto, *L'uso legittimo delle armi e degli altri mezzi di coazione fisica nell'ordinamento italiano*, II ed., Roma, 1988

Bibliografia

- LENCKNER, Thomas – STERNBERG LIEBEN, Detlev, *Vorbemerkungen §§ 32 ff.*, in SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, XXVIII ed., München, 2010,
- LEONE, Mauro, *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli, 1970
- VON LISZT, Franz, *Das deutsche Reichstrafrecht*, Berlin-Leipzig, 1881
- VON LISZT, Franz *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, a cura di E. Schmidt, XXVI ed., Berlin-Leipzig, 1932
- LÖFFLER, Alexander, *Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre von der Notwehr*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1901, p. 537 e ss.
- LOOS, Fritz, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. Dietrich Herzberg, Köln, 1985, p. 227 e ss.
- LUZZATI, Claudio, *Principi e princìpi*, Torino, 2012
- MAGGIORE, Giuseppe, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, 1932
- ID., *Diritto penale. Volume I: Parte generale*, V ed., Bologna, 1951
- MAIHOFER, Werner, *Der soziale Handlungsbegriff*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1961, p. 156 e ss.
- MAIWALD, Manfred, *Das Prinzip der Verhältnissmäßigkeit zwischen Angriff und Verteidigung im Recht der Notwehr*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 1579 e ss.
- MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. unveränderte Auf., Heidelberg, 1923
- MALINVERNI, Alessandro, *Problemi su l'illecito*, Vercelli, 1940
- ID., *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1954
- MANNA, Adelmo, *Il diritto di cronaca, di critica, di denuncia e la diffamazione: «gli arresti giurisprudenziali»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3600 e ss.
- ID., *La giustizia penale fra otto e novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 509 e ss.
- ID., *L'antigiuridicità e le scriminanti*, in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 211 e ss.
- ID., *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2015

Bibliografia

- MANTOVANI, Ferrando, *Esercizio di un diritto*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 627 e ss.
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, I ed., Padova, 1979
- ID., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it.dir. proc. pen.*, 2006, p. 433 e ss.
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Padova, 2015
- ID., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017
- MANTOVANI, Marco, *Profili penalistici del diritto di satira*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 295 e ss.
- ID., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1908
- ID., *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino, 1933
- ID., *Trattato di diritto penale italiano. Nuova edizione completamente aggiornata*, Torino, 1948
- ID., *Trattato di diritto penale italiano*, V. ed., Torino, 1982
- MARCONI, Guglielmo, *Provocazione*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1988, p. 820 e ss.
- MARINI, Giuliano, *Uso legittimo delle armi* in *Novis. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1964, p. 259 e ss.
- ID., *Consenso dell'avente diritto*, in *Novis. Dig. it.*, App. II, Torino, 1980, p. 402 e ss.
- ID., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988
- MARINUCCI, Giorgio, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971
- ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1190 e ss.
- ID., *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, IV. Ed., I, Torino, 1987, p. 172 e ss.
- ID., *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1987, p. 130 e ss.
- ID., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 363 e ss.
- ID., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale: uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1 e ss.
- MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., Milano, 2015

Bibliografia

- MARUOTTI, Rocco Gustavo, *Esercizio di un diritto* in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 271 e ss.
- MASSARI, Eduardo, *Le dottrine generali del diritto penale. Corso di lezioni universitarie*, Napoli, 1930
- MAURACH, Reinhart, *Schuld und Verantwortung in Strafrecht*, Wolfenbüttel, 1948
- MAURACH, Reinhart -ZIPF, Heinz *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Heidelberg, 1992
- MAZZACUVA, Nicola, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983
- ID., *Disvalore d'azione e disvalore d'evento nella "descrizione" dell'illecito penale: aspetti problematici*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 235 e ss.
- MELCHIONDA, Alessandro, *La «rilevanza oggettiva» delle circostanze del reato nella prospettiva di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1376 e ss.
- ID., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 1432 e ss.
- MEYER, Maria-Katharina, *Opfer des Angriffs strafbar durch Verteidigung? Zu den subjektiven Voraussetzungen der Verteidigung bei der Notwehr*, in *GA*, 2003, p. 807 e ss.
- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867
- MEZGER, Edmund, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Der Gerichtssaal*, 1924, p. 207 e ss.
- ID., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Leipzig-München, 1931
- MEZZETTI, Enrico, *Stato di necessità* in *Dig. disc. pen.*, XIII ed., IV, Torino 1989, p. 670 e ss.
- ID., *Uso legittimo delle armi* in *Dig. disc. pen.*, XIII ed., XV, Torino 1989, p. 124 e ss.
- ID., «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000
- MIELE, Pasquale, *Cause di giustificazione* in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 590 e ss.
- MILITELLO, Vincenzo, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 826 e ss.

Bibliografia

- MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*. Roma, 1929-1930
- MIR PUIG, Santiago, *Objektive Rechtswidrigkeit und Normwidrigkeit im Strafrecht*, in *ZStW*, 1993, p. 759 e ss.
- MOCCIA, Sergio, *Il diritto penale fra essere e valore*, Napoli, 1992
- ID., *Euforia tecnicistiche nel "laboratorio della riforma del codice penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 453 e ss.
- MODUGNO, Franco, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1991
- MOLARI, Alfredo, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964
- MOOS, Reinhard, *Die subjektive Sorgfaltswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit als Unrechtselement*, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, a cura di C. Grafl e U. Medigovic, Wien, 2004, p. 130 e s
- MORO, Aldo, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947
- ID., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale raccolte e curate da Francesco Tritto*, Bari, 2005
- MORSELLI, Elio *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989
- MUSACCHIO, Vincenzo, *L'uso legittimo delle armi*, Milano, 2006
- MUSCO, Enzo, *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990
- MUSOTTO, Giovanni, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1960
- NAGLER, Johannes, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für Karl Binding*, II, Leipzig, 1911, p. 273 e ss.
- NAPPI, Aniello, *Guida al codice penale. Parte generale*, II ed., Milano, 2008
- NOTARO, Domenico, *La legittima difesa domiciliare: una scriminante "sensibile" ad istanze scusanti?*, in *AA.VV. Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, pp.159 e ss.
- NOWAKOWSKI, Friedrich, *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW*, 1951, p. 287 e ss.
- ID., *Zur subjektiven Tatseite der Rechtfertigungsgründe (1977)*, in *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, Wien-New York, 1981, p. 113 e ss.

Bibliografia

- NUVOLONE, Pietro, *Legittima difesa del provocatore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 503 e ss.
- ID., *I limiti taciti della norma penale*, ristampa, Padova, 1947
- ID., *Di alcune teorie oggettive e soggettive dell'antigiuridicità materiale*, in *Studi giuridici in memoria di Pietro Ciapessoni*, Pavia, 1948
- ID., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975
- ID., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 632 e ss.
- OEHLER, Dietrich, *Das objektive Zweckmoment in der Rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959
- OTTO, Harro, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, in *ZStW*, 1975, p. 539 e ss.
- PADOVANI, Tullio, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 532 e ss.
- ID., *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, III, IV ed., Torino 1989, p. 496 e ss.
- ID., *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017
- PAGLIARO, Antonio, *Il fatto di reato* (1960), in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, I, Milano, 2009, p. 141 e ss.
- ID., *Fatto (diritto penale)* (1967), in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, III, Milano, 2009, p. 521 e ss.
- ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, I ed., Milano, 1972
- ID., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003
- ID., *Principi penalistici e dogmatica del reato* (2006), in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, III, I, Milano, 2009, p. 705 e ss.
- ID., *Il reato* in GROSSO–PADOVANI–PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007
- PALAZZO, Francesco, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016
- PALIERO, Carlo Enrico, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. Perini e F. Consulich, Milano, 2006,
- PANNAIN, Remo, *Manuale di diritto penale. Volume I. Parte generale*, I ed., Roma, 1940
- ID., *Manuale di diritto penale. Volume I. Parte generale*, II ed., Torino, 1950

Bibliografia

- PAOLI, Giulio, *Il diritto penale italiano. Volume primo. Parte generale. I. I fondamenti*, Padova, 1936
- PEDRAZZI, Cesare, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 140 e ss.
- PELISSERO, Marco, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008
- PELUSO, Carmelo, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 149 e s.
- PERDONÒ, Giovanni Luca, *Stato di necessità* in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 394 e ss.
- PESSINA, Enrico, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, 1882
- PETROCELLI, Biagio, *L'antigiuridicità*, II ed., Padova, 1951
- ID., *Principi di diritto penale. Volume I. Introduzione-la norma penale-il fatto*, Napoli, 1955
- ID., *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv.it. dir. proc. pen.* 1963, p. 337 e ss.
- PETTOELLO MANTOVANI, Decio, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 886
- PIOLETTI, Ugo, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969
- PISAPIA, Gian Domenico, *Istituzioni di diritto penale*, III ed., Padova, 1975
- PLANTAMURA, Vito, *Consensus dell'avente diritto*, in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013, p. 238 e ss.
- PRITTWITZ, Cornelius, *Zum Verteidigungswillen bei der Notwehr*, in *GA*, 1980, p. 381 e ss.
- PULITANÒ, Domenico, *Esercizio di un diritto* in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1989, p. 320 e ss.
- ID., *Uso legittimo delle armi*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1994
- ID., *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 3 e ss.
- ID., *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2003, p. 108 e ss.
- ID., *Diritto penale*, VII ed., Torino, 2017

Bibliografia

- PUPPE, Ingeborg, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, in *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Küper, Heidelberg, 1993, p. 183 e ss.
- QUADRI, Rolando, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Bologna-Roma, 1974
- RAMACCI, Fabrizio, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2017
- RANIERI, Silvio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1945
- ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 1968
- RATH, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlin-Heidelberg-New York, 2002
- REGINA, Aldo, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere* in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988
- RIPAMONTI, Gaia, *Articolo 53, Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta I, IV ed., Milano, 2015, p. 960 e ss.
- RIZ, Roland, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979
- ID., *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione*, in *Ind. pen.*, 1981, p. 607 e ss.
- ROCCO, Arturo, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (1910), in *Opere giuridiche di Arturo Rocco*, III, Città di Castello, 1933, p. 263 e ss.
- ID., *Sul concetto di diritto penale obiettivo* (1910), in *Opere giuridiche di Arturo Rocco*, III, Città di Castello, 1933, p. 325 e ss.;
- ID., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913
- ID., *Relazione alla facoltà giuridica della R. Università di Napoli sul progetto preliminare del Codice penale italiano* (1923), in *Opere giuridiche di Arturo Rocco*, III, Città di Castello, 1933, p. 505 e ss.
- ROHRER, Guido, *Über die Nichtexistenz subjektiver Rechtfertigungselemente*, in *JA*, 1986, p. 363 e ss.
- ROMAGNOSI, Gian Domenico, *Genesi del diritto penale*, V ed., Prato, 1833, ristampa anastatica con introduzione di Elio Palombi, Milano, 2003
- ROMANO, Bartolomeo, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Padova, 2013

Bibliografia

- ROMANO, Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 55 e ss.
- ID., *Commentario sistematico al codice penale*, I art. 1-84, III ed., Milano, 2004
- ID., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1269-1286
- RONCO, Mauro, *Legittima difesa*, in *Dig. disc. pen.*, IV agg., Torino, 2011, p. 640 e ss.
- ROXIN, Claus, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1962, p. 515 e ss
- ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale* a cura di S. Moccia, Napoli, 1986
- ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di Sergio Moccia, Napoli, 1996
- ID., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 3 e ss.
- ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 2006
- RÖNNAU, Thomas, *Subjektive Rechtfertigungselemente*, in *JuS*, 2009, p. 595 e s.
- RÖTTGER, Wolfgang, *Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption*, Berlin, 1993
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Inhalt und Funktion des Handlungswertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, a cura di F.-K. Schroeder e H. Zipf, Karlsruhe, 1972, p. 51 e ss.
- RUNTE, Rainer *Die Veränderung von Rechtfertigungsgründe durch Rechtsprechung und Lehre. Moderne Strafrecht dogmatik zwischen Rechtsstaatprinzip und Kriminalpolitik*, Frankfurt a. M., 1991
- SALTELLI, Carlo, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto. In tema di attentati alla integralità personale*, Torino, 1934
- SANTAMARIA, Dario, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955
- ID., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti* (1961), in *Scritti di diritto penale* a cura di M. La Monica, Milano, 1996
- ID., *Evento*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, p. 118 e ss.

Bibliografia

- ID., *Forza irresistibile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1987
- SANTORIELLO, Ciro, *Abuso del diritto (profili penali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV ed., Agg. IX, Torino, 2016, p. 1 e ss.
- SANTORO, Arturo, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957
- ID., *Manuale di diritto penale*, Torino, 1958
- ID., *Esercizio di un diritto* in *Novis. Dig. it.*, VI, Torino, 1964, p. 825 e ss.
- SARNO, Franz – SARNO, Manuel, *L'evoluzione della legittima difesa*, prefazione di Carlo Nordio, Milano, 2008
- SATTA, Salvatore, *Il formalismo nel processo* (1958), in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, p. 70 e ss.
- SAUER, Wilhelm, *Grudlagen des Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1921
- SCARANGELLA, Giovanni, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Roma, 1940
- SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, in *ZStW*, 1938, p. 295 e ss.
- SCHIAFFO, Francesco, *L'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione: prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1003 e ss.
- ID., *Le situazioni «quasi scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998
- ID., *Cause di giustificazione* in *Diz. dir. pub.*, II, Milano, 2006, p. 834 e ss.
- SCHMIDT, Eberhard, *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1935
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auf., Tübingen, 1975
- SCHMITT, Rudolph, *Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?*, in *JuS*, 1963, p. 64 e ss.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, § 16, in *Leipziger Kommentar*, I, XI ed., Berlin, 2003
- SCHWARZER, Thorsten, *Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand*, Hamburg, 2013
- ID., *Der Arzt im Strafrecht*, 1939
- SEIER, Jürgen, *Der nichtfinale Rettungsschuß*, in *JuS*, 1989, p. L 85 e ss.
- SEMERARO, Pietro, *L'esercizio di un diritto*, Milano, 2009
- ID., *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, Leipzig, 1934

Bibliografia

- SIEVERTS, Rudolf, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg, 1934
- SIRACUSANO, Francesco, *Legittima difesa*, in CADOPPI–CANESTRARI–MANNA–PAPA, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 2013
- SPAGNOLO, Giuseppe, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova, 1980
- SPENA, Alessandro, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008
- ID., *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1209 e ss.
- SPENDEL, Günter, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, in *ZStW*, 1953, p. 519 e ss.
- ID., *Der Gegensatz rechtlicher und sittlicher Wertung am Beispiel der Notwehr*, in *DRiZ*, 1978, p. 327 e ss.
- ID., *Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrrfordernis*, in *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Arthur Kaufmann, München, 1979, p. 245 e ss.
- ID., *Notwehr und «Verteidigungswille», objektiver Zweck und subjektive Absicht*, in *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. Dietrich Herzberg, Berlin-Bonn-München, 1985, p. 197 e ss.
- ID., § 32, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (1994), XI ed., II, Berlin, 2003
- STAAB, Edgard, *Das Problem subjektiver Elemente im Rahmen der Notwehr*, Frankfurter Dissertation, 1954
- STEIN, Leonhard, *L'uso legittimo delle armi*, in *Arch. pen.*, 1936, p. 1290 e ss.
- STEINBACH, Robert, *Zur Problematik der Lehre von dem subjektiven Rechtsfertigungselemente bei den vorsätzlichen Erfolgsdelikten. Studien zur Begründung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen, deren Inhalt und Konsequenzen*, Frankfurt a. M.-Berlin-New York-Paris, 1987
- STRATENWERTH, Günther, *Zur Relevanz des Erfolgswerts im Strafrecht*, in *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, a cura di G. Grünwald, München, 1975, p. 177 e s.
- STRATENWERTH, Günther – KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, VI ed., München, 2011

Bibliografia

- STRENG, Franz, *Das subjektive Rechtfertigungselement und sein Stellenwert. Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationem*, in *Festschrift für Harro Otto*, a cura di G. Dannecker, München, 2007, p. 473
- SZEGÖ, Alessandra, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003
- TORDINI CAGLI, Silvia, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008
- TRIFFTERER, *Zur subjektiven Seite des Tatbestandausschließungs- und Rechtfertigungsgründe*, in *Festschrift für Oehler zum 70. Geburtstag*, a cura di R. D. Herzberg, München, 1985, p. 209 e ss.
- VALLETTA, Alfonso, *L'antigiuridicità penale in relazione allo scopo della norma*, Napoli, 1951
- VANNINI, Ottorino, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Firenze, 1939
- VASSALLI, Giuliano, *Analogia nel diritto penale*, in *Novis. dig. it.*, Torino, 1957, I, p. 607 e ss.
- ID., *Il fatto negli elementi del reato* (1984), in ID., *Scritti giuridici*, I, II, Milano, 1997, pp. 893 e ss.
- ID., *La dottrina italiana dell'antigiuridicità* (1985) in ID., *Scritti giuridici*, I, I, Milano, 1997, pp. 938 e ss.
- ID., *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione* (1986), in ID., *Scritti giuridici*, I, II, Milano, 1997, p. 981 e ss.
- ID., *Analogia nel diritto penale* (1987), in ID., *Scritti giuridici*, I, I, Milano, 1997, p. 387 e ss.
- ID., *Quasi-reati* (1987), in ID., *Scritti giuridici*, I, II, Milano, 1997, p. 1020 e ss.
- ID., *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica* (1991), in ID., *Scritti giuridici*, I, I, Milano, 1997, pp. 449 e ss.
- VELLUZZI, Vito, *Le preleggi e l'interpretazione*, Pisa, 2013
- VENAFRO, Emma, *Scusanti*, Torino, 2002
- VIGANÒ, Francesco, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000
- ID., *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, p. 2001 e ss.

Bibliografia

- ID., *Articolo 51*, in *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta, I, IV ed., Milano, 2015, p. 870 e ss.
- ID., *Articolo 52*, in *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta, I, IV ed., Milano, 2015, p. 904 e ss.
- ID., *Articolo 54*, in *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta, I, IV ed., Milano, 2015, p. 1048 e ss.
- ID., *Articolo 59, Sub A)*, in *Codice penale commentato fondato da Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e G. Gatta, I, IV ed., Milano, 2015, p. 1177 e ss.
- VILLA, Vittorio, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012
- VOLLMANN, Herbert, *Die subjektive Unrechtselemente im Strafrecht*, Erlangen, 1933
- VORMBAUM, Thomas, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, II ed., traduzione italiana a cura di G. Oss e S. Porro, Padova, 2013
- WAIDER, Heribert, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtsfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin, 1970
- VON WEBER, Hellmuth, *Die garantierende Funktion der Strafgesetze*, in *DJZ*, 1931, p. 663 e ss.
- ID., *Zum Aufbau des Strafrechtssystem*, Jena, 1935
- WELZEL, Hans, *Kausalität und Handlung*, in *ZStW*, 1931, p. 703 e ss.
- ID., *Studien zum System des Strafrechts*, in *ZStW*, 1938, p. 491 e ss.
- ID., *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, in *ZStW*, 1955, p. 196 e ss
- ID., *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten hundert Jahre und die finale Handlungslehre*, in *JS*, 1966, p. 421 e ss.
- ID., *Das deutsche Strafrecht*, 9. Auf., Berlin, 1969
- WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981
- WILIMIZIG, nota a *OLG Hamm*, sent., 23 novembre 1961, in *NJW*, 1962, p. 1169

Bibliografia

- ZACZYK, Rainer, § 193, in KINDHÄUSER–NEUMANN–PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, II, V ed., Baden Baden, 2017
- ZANOTTI, Marco, *Le cause di giustificazione*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2012, p. 89 e ss.
- ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, 1973.
- ZIMMERL, Leopold, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928
- ZUCCALÀ, Giuseppe, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961
- ID., *Considerazioni critiche sul principio di necessaria offensività del reato*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, p. 279 e ss.
- ID., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione «critica» del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, 2006, p. 791 e ss.