



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di diritto penale 1

**COMPONENTI IMPULSIVE ED INESIGIBILITÀ DELLA
CONDOTTA DOVEROSA NELLA PROSPETTIVA DI UNA
PERSONALIZZAZIONE DEL GIUDIZIO DI
COLPEVOLEZZA**

RELATORE

Chiar.mo. Prof.

Maurizio Bellacosa

CANDIDATO

Filippo Santarelli

Matr. 140033

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Francesca Minerva

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

**COMPONENTI IMPULSIVE ED INESIGIBILITÀ DELLA
CONDOTTA DOVEROSA NELLA PROSPETTIVA DI UNA
PERSONALIZZAZIONE DEL GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA**

INDICE

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

1. Cenni introduttivi: il principio di colpevolezza come componente personalistica del giudizio di responsabilità penale
2. Il principio di colpevolezza nella dogmatica: la concezione psicologica
 - 2.1. La concezione normativa
3. L'evoluzione del principio di colpevolezza nell'ordinamento italiano prima della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale: il ventennio fascista
 - 3.1 Il dibattito in sede Costituente
 - 3.2 La giurisprudenza della Corte Costituzionale
 - 3.3 Gli orientamenti elaborati dalla dottrina penalistica prima della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale
4. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza e la responsabilità penale per fatto proprio colpevole: la sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale
5. Le sentenze “additive” n. 1085/1988 e n. 322/2007 della Corte Costituzionale

6. Il principio di colpevolezza nella prospettiva di un «personalismo penale»

7. Le cause scusanti nella teoria generale del reato

8. La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI NON ESIGIBILITÀ

1. Il principio di non esigibilità nel diritto penale: definizione e manifestazione precedenti l'elaborazione della concezione normativa della colpevolezza

2. Il principio di non esigibilità nella concezione normativa della colpevolezza con riferimento all'esperienza tedesca

2.1. (...*Segue*) Il pensiero di Goldschmidt

2.2 (... *Segue*) Il pensiero di Freudenthal

3. Il dibattito nell'ordinamento italiano: le motivazioni a sostegno della dottrina della non esigibilità

3.1 Il principio di non esigibilità quale causa ultralegale di esclusione della responsabilità penale

4. Le ragioni contrarie alla dottrina della non esigibilità

5. Un caso isolato nella giurisprudenza di merito: la sentenza 5 novembre 1965, Sez. I, Trib. Bologna

6. Il principio di non esigibilità nel diritto positivo: lo stato di necessità

6.1. (... *Segue*) La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.

6.2. (... *Segue*) Altre fattispecie riconducibili alla dottrina della non esigibilità

7. I più recenti sviluppi in materia di non esigibilità e la tendenza verso una personalizzazione del giudizio di colpevolezza

8. L'atteggiamento della giurisprudenza: premessa

9. La giurisprudenza di legittimità in tema di false comunicazioni sociali fra non esigibilità e *nemo tenetur se detegere*

10. La riemersione del principio di non esigibilità nella recente giurisprudenza tributaria

11. Il principio di non esigibilità e la responsabilità colposa

12. Il principio di non esigibilità e la responsabilità omissiva

13. Principio di non esigibilità e colpevolezza nell'attuale sistema penale

CAPITOLO III

LE COMPONENTI IMPULSIVE DELLA CONDOTTA

1. Colpevolezza e componenti impulsive della condotta: premessa

2. La nozione di impulso e la sua qualificazione normativa

3. L'originaria irrilevanza degli stati emotivi e passionali: la genesi dell'art. 90 c.p.

4. La portata della disposizione

5. Neuroscienze, psicologia e diritto penale. Alcune brevi riflessioni

6. Gli stati emotivi e passionali oltre l'art. 90 c.p.

7. La posizione della dottrina nei confronti dell'art. 90 c.p.

8. Il percorso giurisprudenziale degli stati emotivi e passionali

9. L'intervento della giurisprudenza di legittimità: la sentenza "Raso" delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 8 marzo 2005, n. 9163
10. Gli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza
11. Le componenti impulsive della condotta secondo la prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza
12. Cenni sul concetto di precolpevolezza
13. Le componenti impulsive come causa di esclusione della coscienza e volontà della condotta
14. Le componenti impulsive della condotta fra accertamento del dolo eventuale e misura soggettiva della colpa
15. Le componenti impulsive della condotta fra errore sul fatto, erronea supposizione o eccesso nelle cause di giustificazione

CAPITOLO IV

LA PROSPETTIVA PERSONALISTICA DEL GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA TRA LEGISLAZIONE RECENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. Il principio di colpevolezza e le cause scusanti nei recenti progetti di riforma del codice penale
2. Il banco di prova della prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza: la legge 26 aprile 2019, n. 36, per una riforma della legittima difesa e dell'eccesso colposo
3. Alcune osservazioni. La prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza fra studio comparatistico e prospettive di riforma

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. Il principio di colpevolezza come componente personalistica del giudizio di responsabilità personale. Cenni introduttivi. – 2. Il principio di colpevolezza nella dogmatica: la concezione psicologica – 2.1. La concezione normativa. – 3. L'evoluzione del principio di colpevolezza nell'ordinamento italiano prima della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale: il ventennio fascista. – 3.1. Il dibattito in sede Costituente. – 3.2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 3.3. I diversi orientamenti della dottrina penalistica prima dell'intervento della Consulta. – 4. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza e la responsabilità penale per fatto proprio colpevole: la sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale. – 5. Le sentenze “additive” n. 1085/1988 e n. 322/2007 della Corte Costituzionale. – 6. Il principio di colpevolezza nella prospettiva di un «personalismo penale». – 7. Le cause scusanti nella teoria generale del reato. – 8. La responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche

1. Il principio di colpevolezza come componente personalistica del giudizio di responsabilità personale. Cenni introduttivi

Il diritto penale contemporaneo è orientato verso una più intensa personalizzazione del giudizio di responsabilità, sintomatica dell'intenzione di ridurre il divario tra la lettura astratta e formalista dell'ordinamento e le circostanze concrete della formazione del volere¹.

Nell'ottica di una umanizzazione del diritto penale, in prima istanza posto a tutela della personalità morale e della dignità dell'individuo, e del quale, proprio in forza di ciò, non possono disconoscersi le profonde implicazioni filosofiche ed antropologiche, tentando di circoscriverlo ad un semplice complesso di regole

¹ BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75. A testimonianza di questo atteggiamento in chiave soggettiva parteggiano la disciplina dell'*error iuris*, l'eliminazione del regime di imputazione oggettiva delle circostanze ed il nuovo modo di intendere la colpevolezza nella struttura del reato preterintenzionale¹.

relative alla materia dei delitti e delle pene², questo processo di riduzione della distanza tra la dimensione obiettiva del reato ed il suo autore non può che investire il territorio della colpevolezza e tutti i suoi contenuti.

La colpevolezza rappresenta concettualmente una categoria complessa, dai confini incerti, elastici e sfumati, e si riferisce, nella sua accezione più semplice ed evidente, all'insieme dei requisiti subiettivi minimi per l'imputazione penale. In quanto componente personalistica dell'illecito, elaborata per marcare gli aspetti psicologici dell'autore correlati alla commissione del fatto, ai fini della presente trattazione questa rileva nella sua più ampia essenza di assioma regolativo dei rapporti tra fatto costituente reato e conseguente responsabilità, e non come semplice criterio di commisurazione per la determinazione della pena.

Il diritto penale, che affonda le sue radici nella coscienza etico-sociale di un popolo, e che, soprattutto, da questa trae la sua più profonda legittimazione, nel corso dei tempi ha assunto vesti mutevoli ed assolto funzioni differenti, in forza di un relativismo storico dal quale non è andato esente il principio di colpevolezza stesso. Questo è il più fedele testimone del procedimento di conformazione del diritto penale alla realtà sociale, culturale e giuridica di riferimento, che invoca a gran voce la necessità di identificare l'essere umano, e la sua dimensione assiologica, con il perno attorno al quale il diritto penale ruota, prende forma, e si plasma alla stregua dei dettami esistenziali della vita di tutti i giorni.

Può infatti cogliersi come la proiezione della funzionalità dello strumento penale, da esclusivo mezzo di prevenzione generale a indissolubile argine garantistico posto a tutela della persona umana, abbia direttamente coinvolto – e forse anche “stravolto” - la tematica della colpevolezza, pedissequamente costruita alla stregua della figura che la personalità umana assume nel sistema penale.

Data la sua natura di concetto dalle molteplici e sconfinata potenzialità, la colpevolezza è così suscettibile di un'attività di estensione o circoscrizione dei contenuti del giudizio di responsabilità, rispettivamente ammettendo o precludendo una valutazione normativa delle componenti personalistiche rilevanti nel caso concreto. Se, originariamente, la colpevolezza è mera identificazione con

² BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1938, 15. Così l'Autore: «Il diritto penale è filosofia. Se non si vuole riconoscere *in limine* la ragionevolezza di questa affermazione per il suo carattere apodittico, si deve pur sempre ammettere che il «diritto penale» è nato come filosofia».

l'elemento soggettivo dell'illecito penale, presto ad essa si aggiungono fattori ulteriori, in grado di condizionare il giudizio di rimproverabilità personale – così più prossimo alla sfera motivazionale e psichica del soggetto – e, di conseguenza, condurre ad un generale ripensamento della categoria della colpevolezza stessa. Questa tendenza in chiave espansiva – che nel corso del lavoro verrà riassunta con l'espressione «personalismo penale» - è il risultato di un procedimento evolutivo che affonda le proprie radici sin dalla promulgazione della Carta Costituzionale, e che ha necessitato del contributo della dogmatica e dell'apporto ermeneutico della Consulta.

Con l'obiettivo dunque di comprendere fino in fondo questa categoria della sistematica del reato, tra le tematiche da sempre oggetto dei più vivaci dibattiti³, si rivela necessaria una preliminare ricostruzione, a livello cronologico e concettuale, dei suoi tratti essenziali, caratteristici di una pluralità di influenze, di natura dogmatica, normativa⁴ e giurisprudenziale. Prima di esaminare il significato dell'istanza personalistica sottesa al giudizio di responsabilità penale, si è reputato necessario, alla stregua di quanto precede, ripercorrere nel primo capitolo la genesi del principio di colpevolezza nell'ordinamento italiano.

Dal momento che il concetto di colpevolezza non è espressamente contemplato dal codice Rocco, il principio in questione è originariamente concepito quale categoria dogmatica e, in adesione alla concezione tripartita del reato, elemento dell'illecito penale al fianco di tipicità ed antigiuridicità.

Sin dagli albori del suo ingresso nella scienza penalistica, comunque, il principio di colpevolezza è oggetto di contesa fra i sostenitori della concezione psicologica – figlia dell'Illuminismo – che lo intendono in quanto mera relazione psicologica fra autore e fatto, e coloro che aderiscono alla concezione normativa, secondo cui la colpevolezza è la possibilità di rimproverare il soggetto per l'atteggiamento antidoveroso della volontà, giudizio cui si perviene mediante un'attenta valutazione delle circostanze concomitanti in cui si estrinseca l'agire.

³Basti pensare al dibattito sulla colpevolezza recentemente rinvigorito dalla previsione di una responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche, e delle difficoltà di rinvenirvi o meno la possibilità di muovere un rimprovero per fatto proprio colpevole.

⁴Per quanto concerne il fondamento positivo di riferimento in cui, necessariamente, qualsiasi speculazione giuridica individua il proprio punto di partenza.

Da una prospettiva sostanziale si può affermare che il codice penale accolga una concezione psicologica della colpevolezza, eppure, nel corso degli anni, si è gradualmente assistito ad un insediamento della concezione normativa. Si è pertanto proceduto ad approfondire il percorso del principio di colpevolezza ed il suo legame con il principio di personalità della responsabilità penale, stabilito dal primo comma dell'art. 27 Cost., dal dibattito in sede Costituente, per passare ad esaminare brevemente gli orientamenti emersi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. L'ermeneutica della Consulta, *in primis* arroccata su posizione restrittive, è infine sfociata in una delle decisioni fondamentali nella storia del diritto penale sostanziale, ovvero la sentenza 364/1988, con cui è stato sancito il principio di responsabilità penale per fatto proprio colpevole.

La sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale rappresenta così il fondamento di questa ricerca, poiché ha definitivamente sancito la necessità di una personalizzazione del giudizio di colpevolezza, enfatizzando in tal modo l'opportunità di soffermarsi anche sulla categoria delle cause scusanti.

Definite le caratteristiche essenziali dell'atteggiamento personalista, nel prosieguo della trattazione sono state affrontate le modalità con cui questa tendenza possa essere concretamente attuata. Ragion per cui il secondo capitolo è dedicato ad uno specifico approfondimento sul principio di non esigibilità, criterio della dogmatica tedesca – cui si dedica ampio spazio per l'introduzione al concetto – e corollario di una concezione normativa della colpevolezza.

La teoria della non esigibilità, brevemente, afferma che non possa essere considerato penalmente responsabile quel soggetto dal quale, nel caso concreto, non potesse umanamente esigersi una condotta conforme al diritto. Nella sua prima elaborazione concepita in quanto causa scusante di ordine generale, applicabile in via analogica per i casi non espressamente disciplinati dalla legge, il principio di non esigibilità ha causato differenti attriti fra gli studiosi. Portatrice di un evidente *deficit* di indeterminatezza ed etichettata dunque come una tendenza da riporre nell'oblio, il dibattito sulla non esigibilità ha ripreso vigore proprio in seguito alla sentenza 364/1988, in quanto strumento per escludere la colpevolezza del soggetto che abbia agito in circostanze concomitanti anomale.

Rivisitato così il ruolo della non esigibilità, nei paragrafi finali del secondo capitolo si è soffermata l'attenzione sulle peculiari modalità con cui il principio è stato applicato dalla giurisprudenza, nonché, in una prospettiva *de iure condendo*, come la non esigibilità possa contribuire ad una maggiore individualizzazione della responsabilità colposa ed omissiva.

Il terzo capitolo è dedicato alla complessa tematica dei rapporti tra le componenti impulsive della condotta ed il giudizio di colpevolezza. La questione è infatti stata preclusa in partenza dalla previsione dell'art. 90 c.p., cui si dedica ampio spazio nel ricostruirne il percorso normativo, dogmatico e giurisprudenziale, per approfondire, in seguito, la più ampia problematica della relazione fra sapere scientifico e processo penale. Dopo un approfondimento delle fattispecie che derogano dal generale disposto dell'art. 90 c.p., e dei rapporti fra colpevolezza e imputabilità – specie alla luce della nota sentenza “Raso” delle Sezioni Unite - si è tentato di esaminare le modalità con cui le componenti emotive e passionali possano essere valorizzate nel giudizio di colpevolezza, in particolare come causa di esclusione della *suitas*, nell'accertamento del dolo eventuale e dell'attuazione della misura soggettiva del colpa, nonché nel loro coordinarsi con gli istituti dell'errore sul fatto ed erronea supposizione od eccesso nelle cause scriminanti, per concludere con qualche breve cenno sull'istituto d'oltralpe della precolpevolezza.

Il quarto ed ultimo capitolo è il banco di prova per valutare se l'istanza personalistica sia stata scoraggiata o viceversa assecondata dal diritto vivente. Una conferma dei principi enunciati dalla Consulta nella sentenza 364/1988 è rappresentata dai recenti progetti di riforma del codice penale, impegnati ad eliminare quegli istituti del Codice Rocco che mal si conciliano con il principio di colpevolezza in senso costituzionale. Il vero e proprio riconoscimento del «personalismo penale» si identifica poi con la recente riforma della legittima difesa che, nonostante tutti i profili problematici che si è cercato di far emergere, si concentra sul turbamento emotivo che possa ledere il normale procedimento di formazione della volontà del soggetto.

Per concludere, si è prospettata la necessità di un'efficace elaborazione di cause scusanti, attingendo in questa prospettiva da un breve studio comparatistico.

Se, dunque, risulta corretta l'affermazione secondo cui, con la sentenza 354/1988 della Corte Costituzionale, il diritto penale sostanziale abbia assunto una tendenza più favorevole verso una personalizzazione del rimprovero, avvalorata dai più recenti traguardi della giurisprudenza di legittimità, con riguardo alla tematica della non esigibilità e delle componenti impulsive della condotta, si è colta l'opportunità di verificare se questi fattori possano incidere in sede di colpevolezza, con quale rilevanza e secondo quali parametri, al fine di lasciarvi confluire in pieno la dimensione umana dell'autore, e di tutte le componenti materiali, psicologiche, esistenziali ed emotive, sempre nella prospettiva di mantenere inalterata l'efficienza della tenuta dell'ordinamento penalistico. Cosicché i più complessi problemi inerenti il diritto penale, dalla colpa morale alla libertà dell'individuo⁵, appartenenti alla dimensione trascendentale dei valori, possano confrontarsi con la realtà umana, che propriamente compete loro.

2. Il principio di colpevolezza nella dogmatica: la concezione psicologica

Secondo la concezione psicologica della colpevolezza, questa è la relazione meramente psichica tra soggetto e fatto, nelle forme del dolo e della colpa. Stabilito che tra l'agente e l'azione sussiste quel rapporto «che cagiona un evento voluto o non voluto, ancorché preveduto, ma prevedibile»⁶, tanto basta affinché il soggetto possa essere ritenuto penalmente responsabile del fatto ascrittogli.

Elaborata in questi termini, la concezione psicologica determina un concetto strettamente formalistico di colpevolezza, che prescinde da motivazioni o condizioni personali, per assolvere all'esclusiva funzione di restaurare l'ordine sociale, sovvertito dal compimento dell'azione illecita.

In forza della natura dell'elemento soggettivo nella struttura del reato, quale componente personale ed "umana" dello stesso, la colpevolezza è figlia del proprio tempo, necessariamente influenzata dal contesto politico-ideologico di riferimento, dalle correnti antropologiche che delineano i rapporti fra diritto penale e prevenzione, fra Autorità e cittadino. Un esempio lampante di questa insostituibile

⁵ BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 21.

⁶BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, in *Annali dell'Università di Palermo*, 1942, 119. Questa è la celebre formula, universalmente accettata ed impiegata dalla dottrina italiana, per sintetizzare le caratteristiche essenziali della concezione psicologica.

correlazione è proprio la concezione psicologica della colpevolezza, manifesto, nella materia penalistica, dell'utopia egualitaria d'impronta illuministica.

I singoli sono chiamati, tutti, ed in egual misura, a rispettare la legge, in omaggio alla visione rousseauiana del contratto sociale, tale per cui ciascuno deve osservare gli obblighi che ne discendono, senza ammettere eccezioni dovute a condizioni o ragioni personali. Ad un sistema fondato sul privilegio, tipico dell'*Ancien Régime*, si propone un'imputazione giuridica drasticamente distinta dall'imputazione morale, scevra da implicazioni etico-religiose⁷, in cui il reato opera su un piano ben differente dal peccato⁸.

Il fatto costituente reato è valutato alla stregua di un'azione socialmente dannosa, secondo canoni oggettivi ed empiricamente verificabili, nella prospettiva di una maggior predilezione per l'elemento obiettivo dell'illecito, parametrato secondo la specifica gravità del pregiudizio arrecato alla collettività. Dunque, il diritto penale è strumento di difesa sociale, funzionale ad esercitare un ruolo deterrente per le condotte dei consociati, neutralizzati a mezzo di prevenzione generale, per la riaffermazione del diritto, negato dalla commissione del delitto, mediante la comminatoria della sanzione.

La colpevolezza, sottesa ad un formale e rigido garantismo, incide esclusivamente sul'*an* della responsabilità, data la relazione subiettiva tra agente e fatto. Dopo che si è accertata la proprietà psichica del soggetto nei confronti del fatto – stante la relazione eziologica – questo si presenta anche soggettivamente illecito, e la colpevolezza non ammette graduazioni qualitative o quantitative⁹, relative alle condizioni individuali dell'agente. Se, pertanto, la concezione psicologica porta con sé il merito di ricondurre il giudizio di colpevolezza ad un solido fondamento psicologico-naturalistico¹⁰, alla stregua di criteri empiricamente

⁷ PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 561. «Liberare il diritto penale dai vincoli di una morale religiosa significava, cioè, fondare il valore ed il disvalore delle azioni umane sul calcolo razionale della loro utilità o disutilità obiettiva, abbandonando il preconcetto che la pena fosse un'espiazione per ridurla ad un mezzo di prevenzione generale mediante l'intimidazione».

⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, 4° ed., 1871, 59. «Il dolo considerato in se stesso, come mero fatto interno, non potrebbe influire sulla quantità politica del delitto; perché l'autorità sociale non esercita col magistero punitivo un sindacato sulla moralità interna, ma soltanto sulla moralità esterna».

⁹ VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, *Studi Senesi*, 1926, 313 ss.

¹⁰ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, 7 ed., Padova, 2011, 286

verificabili, e con un imprescindibile atteggiamento della volontà, al contempo, presenta carenze sul piano del *quantum* della sua graduabilità. Il nesso psichico, «astratto, fisso ed uguale in tutti i casi, perciò neutrale e non graduabile»¹¹, che, come tale, o esiste, o non esiste, non è flessibile alla diversità dei molteplici fatti riscontrabili nella realtà fenomenica.

La concezione psicologica ha, inoltre, cercato di elaborare, sul piano dogmatico, un concetto unitario di colpevolezza, quale genere composito degli elementi comuni delle due specie del dolo e della colpa.

Agli albori della sua affermazione, infatti, il pensiero psicologico non ha fornito una precisa definizione di colpevolezza, ma ha, piuttosto, tentato di ricavarla induttivamente¹² dalle caratteristiche condivise di dolo e colpa. L'insormontabile ostacolo riscontrato dalla concezione psicologica, nella costruzione di un concetto unitario di colpevolezza, è rappresentato dalla diversità ontologica tra dolo e colpa: il primo è un atto di volontà, di natura essenzialmente psicologica, dato dal combinato tra la rappresentazione e la volizione della condotta; la colpa, contrariamente, difetta di un coefficiente di volontà relativo all'evento causato, ed ha natura prettamente normativa, e, come tale, necessita di un'eterointegrazione secondo parametri di imprudenza, imperizia, o negligenza.

Tale antitetica diversità strutturale ha portato gli psicologi, nella dottrina sia tedesca, che italiana¹³, a proporre una serie di tentativi concettuali volti a rinvenire un comun denominatore tra dolo e colpa, le cd. «acrobazie logiche»¹⁴ tese ad individuare, anche nel reato colposo, la volontarietà dell'evento. Di esse si propone una breve rassegna.

Radbruch, al fine di costruire un concetto naturalistico di colpevolezza¹⁵, elide il momento valoriale del giudizio colposo, per intendere la colpa in termini psicologici. L'Autore giunge a questo risultato collocando la valutazione giuridica

¹¹ *Ibidem*.

¹² MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 32; GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 35. Per l'esposizione del pensiero dei sostenitori della concezione psicologica, si fa riferimento alla ricostruzione prospettata dai citati Autori.

¹³ Il riferimento è a VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, cit. 313; RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1933, 21 ss; ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1939, 39; BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, cit. 139.

¹⁴ ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, Roma, 1932, 7.

¹⁵ Proprio in ragione di questo, l'Autore non tenta di introdurre un giudizio di valore nella definizione del dolo, che rimane un fenomeno puramente psicologico.

della colpa, in termini di imprudenza ed imperizia, sul terreno dell'antigiuridicità obiettiva, cosicché, la colpevolezza assume a stato d'animo, tale da lasciar trasparire l'azione psicologicamente riferibile all'agente. Quest'impostazione, tuttavia, collide con l'essenza della colpa, che viene così snaturata dell'elemento che ne rappresenta il carattere illecito, e da cui consegue la disapprovazione da parte dell'ordinamento, ovvero l'imprudenza. Il soggetto è punito proprio perché non ha uniformato la propria condotta a regole di prudenza: estromettere l'imprudenza dal momento soggettivo di accertamento della colpa, implica negare la natura stessa del rimprovero colposo.

Kohlrausch, invece, sostiene che l'elemento psicologico comune a dolo e colpa sia la previsione dell'evento, con l'inevitabile conseguenza di escludervi le ipotesi di colpa incosciente, come gli atti istintivi, automatici, abituali, cui si nega ogni giuridica ragion d'essere. Secondo Kohlrausch, dolo e colpa non differiscono tra loro perché sono diverse forme di colpevolezza, quanto piuttosto per il contenuto della norma che violano: il dolo, correlato ad una norma di danno, è volontà e previsione dell'evento; la colpa è volontà e previsione del pericolo, del quale la norma di pericolo tenta di precludere la verifica.

Ad una conclusione più estrema perviene Galliner, che individua, quali componenti della colpevolezza, gli elementi della rappresentazione e della volontà dell'evento. Strutturalmente la colpa non presenta quel coefficiente di volontarietà dell'evento, caratteristico del dolo, e, in forza di ciò, non è suscettibile nel concetto di colpevolezza. I fatti commessi colposamente rientrano nella categoria dei reati di polizia, non punibili con l'irrogazione della sanzione penale.

Anche nella dottrina italiana si riscontrano vari sostenitori della concezione psicologica¹⁶.

Vannini, in particolare, il primo, tra gli psicologi italiani, ad aver tentato di elaborare un concetto unitario di colpevolezza, definisce la stessa come la relazione soggettiva fra fatto costituente reato, commesso colpevolmente, ossia con volontà cosciente di compiere il fatto in tutti i suoi elementi costitutivi, e l'autore della condotta. Il carattere unitario della colpevolezza deriva dall'atteggiamento

¹⁶ In proposito gli Autori precedentemente citati.

della volontà, diretta, sia nella forma dolosa, che in quella colposa,¹⁷ alla commissione di un fatto vietato dalla legge penale, e risultante dalla corrispondenza tra il contenuto della volontà e quello della fattispecie¹⁸.

Ranieri sviluppa ulteriormente il concetto di colpevolezza, affiancando, a dolo e colpa – che sono le differenti forme assunte dalla volontà relativamente ad un fatto esteriore – la formazione del volere, indice della personalità del reo, e dimostrativa della sua capacità a delinquere¹⁹. Nella prospettiva ivi indicata, si coglie un'erronea premessa di fondo. Infatti, aderendo ad una concezione psicologica, il contenuto della colpevolezza è dato dalle sole componenti psichiche, nelle forme di dolo e colpa, strettamente attinenti al fatto, valutate alla stregua di elementi obiettivi ed obiettivabili, che, per definizione, debbono prescindere da considerazioni psicologiche inerenti motivi o condizioni personali del soggetto agente.

I percorsi dogmatici finora descritti conducono a due sole possibili conclusioni: o la colpa, ontologicamente diversa dal dolo, non può essere inclusa nel concetto di colpevolezza, o la colpevolezza stessa non può essere intesa nel mero rapporto psicologico tra soggetto ed evento.

I limiti della concezione psicologica non sono, inoltre, circoscritti alle difficoltà riscontrate nell'elaborazione del concetto di genere di colpevolezza, bensì, si estendono ad altre questioni rimaste irrisolte. In particolare, una colpevolezza individuata nella sola relazione soggettiva tra soggetto e fatto, non è, in tal modo, capace di giustificare l'esclusione, tra le sue componenti, delle figure di colpa senza previsione, oltretutto, le situazioni di non imputabilità del soggetto, o, ancora, i fatti commessi in presenza di una scriminante. Relativamente a queste ipotesi, secondo una rigida applicazione della concezione psicologica, accertata la sussistenza di dolo o colpa, il giudizio di rimproverabilità dovrebbe portare

¹⁷ VANNINI, *Per un concetto unitario*, cit., 313. L'Autore definisce la colpa altrimenti con la formula «dolo di pericolo».

¹⁸ *Ibidem*. Per l'Autore, la violazione della norma è necessariamente colpevole, e, dunque, cosciente: non può esistere una violazione della norma penale incosciente, come nel caso nella colpa senza previsione. Secondo Battaglini, *Diritto penale: teorie generali*, Bologna, 1937, 113 ss. invece, la colpa incosciente può essere inclusa nel concetto di colpevolezza, poiché il coefficiente di volontà, nella colpa, è ravvisabile nell'intenzione volontaria, ma indiretta, nei confronti dell'evento, tale da riuscire a stabilire un minimo collegamento psichico.

¹⁹ RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, cit., 21. Invece, per Vannini, la capacità a delinquere rileva ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza.

all'affermazione della responsabilità del soggetto. Per poter pervenire ad esito antitetico, ovvero la negazione della responsabilità del soggetto, la concezione psicologica ricorre al concetto di elemento soggettivo concepito in termini naturalistici²⁰, e non giuridici, favorendo, ulteriormente, lo sviluppo della più completa concezione normativa.

2.1. La concezione normativa

La concezione normativa²¹ nasce per superare le complessità dogmatiche riscontrate nella concezione psicologica²², incapace di costruire un principio unitario di colpevolezza in cui poter sussumere dolo e colpa²³, e per valorizzare il processo motivazionale dell'agente e le circostanze reali in cui egli adotta la condotta illecita²⁴.

Occorre premettere come la teoria normativista non intenda restituire alla colpevolezza quella dimensione normativa che le era stata negata dai sostenitori della concezione psicologica: per definizione ogni archetipo della colpevolezza è normativa²⁵, così come necessariamente riscontra il suo fondamento in un elemento

²⁰ BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12° ed., Padova, 1986, 426. Definito anche come «dolo naturale».

²¹ Contrariamente a quanto fatto in relazione alla concezione psicologica, nell'affrontare la concezione normativa non si riportano le posizioni dei suoi vari esponenti, poiché queste saranno affrontate, in via congiunta e più specifica, nella trattazione del principio di inesigibilità. Ci si limita, pertanto, a descrivere i caratteri essenziali della concezione normativa.

²² SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948, Napoli, 11; PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1962, 4. Per i citati Autori, il rapporto tra colpevolezza e rimproverabilità del soggetto poteva già essere rinvenuto nel diritto comune e nella dogmatica giusnaturalistica. Il primo riporta le parole di Carmignani relative ai tre momenti di cui si compone l'imputazione dell'offesa: «Il terzo giudizio, se il secondo stabilì la morale imputabilità dell'azione, tende a paragonarla con la legge che ella infranse, ed a tassarla del rimprovero, che ad essa la legge determinò. [...] L'attributo che l'azione umana, dichiarata offesa in società, acquista, onde essere al suo autore rimproverata, è un attributo tutto e interamente politico, tale cioè che il suo concetto è inseparabile da quello della legge della città, che sola ebbe potere di imprimerglielo. PADOVANI, *Appunti*, cit., 555. Per Maurach, la concezione psicologica non avrebbe neanche elaborato un vero e proprio concetto di colpevolezza; questa, secondo Jescheck, sarebbe soltanto una logica conseguenza dell'imporre del positivismo ottocentesco, con il tramonto del dibattito relativo alla libertà del volere.

²³ BLAIOTTA, *Commento all'art. 42 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale, rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. II, Milano, 2000, 121.

²⁴ SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, Milano, 1960, 652.

²⁵ In particolare, l'elemento normativo attinente alla qualificazione giuridica di dolo e colpa è stabilito dall'art. 43 c.p., secondo il quale, rispettivamente, è dolosa la condotta commessa con previsione e volizione, mentre è colposa l'azione, non intenzionale, causativa di un evento in violazione di parametri di negligenza, imprudenza o imperizia, o per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

psicologico od empirico²⁶. Proprio per quest'ultima ragione, la concezione normativa non incide sui fondamenti della concezione psicologica, quanto piuttosto agisce nei suoi confronti in funzione additiva, per estenderne portata e contenuti. La distinzione tra le due è piuttosto da rinvenirsi nella maggiore valorizzazione che viene riconosciuta all'elemento normativo, nella concezione che per tal motivo ne riprende la denominazione, per la valutazione delle componenti subiettive incidenti sulla condotta.

La concezione normativa assume infatti consapevolezza delle diversità strutturali di dolo e colpa – il primo puramente psicologico, la seconda individuabile soltanto su un piano assiologico²⁷ - e della conseguente impossibilità di questi ad atteggiarsi come specie del concetto di genere di colpevolezza, se intesa in termini puramente psicologici²⁸. L'attenzione viene dunque focalizzata sul rapporto tra l'elemento soggettivo del reato e la norma²⁹: la colpevolezza è il giudizio di rimproverabilità personale per l'atteggiamento antidoveroso della volontà³⁰. Il presupposto indefettibile della colpevolezza, conseguente alla presenza di un dato psicologico-naturalistico³¹, è la riferibilità ad una norma, attraverso la quale quel coefficiente psichico assume valore giuridico, e da cui scaturisce l'antidoverosità della condotta, che si esprime nel contrasto con un dovere imposto dalla norma giuridica: ove manchi questa contraddittorietà, nell'assunzione di una condotta volontaria contraria al diritto, il comportamento psichico non può essere qualificato nei termini del dolo e della colpa³².

In questa prospettiva la colpevolezza non è più un concetto di genere, ma concetto normativo³³, unitario e superiore. Rispetto ad esso dolo e colpa sono due differenti atteggiamenti colpevoli, ben distinti sul piano psicologico, ma prossimi tra loro poiché violano il medesimo dovere giuridico di conformarsi alle esigenze

²⁶PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 79.

²⁷GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 36.

²⁸DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 83. «Ad una considerazione meramente psicologica, dolo e colpa non possono non apparire come due entità diverse, per la diversità della relazione psichica tra l'agente e il fatto: nel dolo si vuole la conseguenza lesiva della propria azione od omissione, nella colpa no».

²⁹Il giudizio di colpevolezza coinvolge così una duplice valutazione: quella del rapporto tra soggetto e fatto, e tra soggetto e norma.

³⁰SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652.

³¹SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 10.

³²ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16° ed., Milano, 2003, 324.

³³PADOVANI, *Appunti*, cit., 559.

sociali espresse dal diritto. Per riprendere le parole del Delitala: «Il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre. In entrambi i casi il carattere di fatto colpevole deriva dunque da ciò che l'agente ha agito, consapevolmente o meno, in modo difforme dal modo in cui doveva agire, o, in altre parole, diversamente da come l'ordinamento giuridico voleva che agisse»³⁴. L'introduzione dell'elemento normativo è dunque la nota costante ed identica³⁵ nel dolo e nella colpa: comunque si atteggi la volontà, questa è colpevole poiché contraria alla norma.

Alla luce di ciò, definita la colpevolezza come il rimprovero personale per l'atteggiamento antidoveroso della volontà, è necessario approfondire la rilevanza che tale concezione ha riconosciuto ai motivi e alle condizioni personali del soggetto agente nel giudizio di colpevolezza, come precedentemente anticipato.

La concezione normativa aveva già da tempo compreso l'insufficienza degli elementi del dolo e della colpa ad esprimere in via esclusiva il fondamento del rimprovero penale³⁶, e ad abbracciare la complessità della colpevolezza e delle sue problematiche, specie per quanto concerne i profili del *quantum* di colpevolezza individuale, e di alcune sue cause di esclusione, che non implicassero semplice assenza di dolo o colpa³⁷. Da questo discende dunque la necessità di ampliare l'oggetto del giudizio di colpevolezza.

L'intuizione appartiene al giurista tedesco Reinhart Frank³⁸, il quale, analizzando le regole adottate dalla prassi giudiziaria per la commisurazione della pena, riconosce che a fatti commessi con il medesimo elemento psicologico, possa corrispondere la comminatoria di sanzioni quantitativamente differenti³⁹. Da ciò,

³⁴ DELITALA, *Il fatto*, cit., 8 ss.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ DE FRANCESCO, *Diritto penale, I fondamenti*, 2° ed., Torino, 2011, 342.

³⁷ VASSALLI, *Scritti giuridici, Tomo I*, Milano, 1997, 1120.

³⁸ SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652. Per la concezione normativa di Frank si segue la ricostruzione prospettata nella seguente opera.

³⁹ SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652. Nell'esplicare tale concetto, l'Autore tedesco si serve di due esempi divenuti poi celebri nella dottrina penalistica: l'appropriazione di una somma di denaro commessa da un cassiere in un negozio, ben pagato, scapolo e abituato agli svaghi, è ben diversa dall'appropriazione commessa dal fattorino mal retribuito, con la moglie malata e bambini da mantenere; così anche la manovra nello scambio dei binari sarà diversamente valutata a seconda che a commetterla sia un ferroviere fresco di energie all'inizio del servizio o viceversa il compagno stanco per l'eccessivo servizio prestato.

egli afferma, l'esigenza che al fianco del dolo e della colpa acquisiscano rilevanza anche l'imputabilità⁴⁰ e quelle che inizialmente l'Autore definisce «circostanze concomitanti».

Le circostanze concomitanti sono le condizioni soggettive ed ambientali che temporalmente e spazialmente accompagnano l'agente nel momento di commissione del reato e che influiscono sul suo processo motivazionale. Il ruolo che queste devono assumere nel giudizio di colpevolezza è ben specifico: valutando le circostanze dell'agire, il rimprovero può essere rapportato alla molteplicità delle situazioni umane, con attenzione ai processi motivazionali interni, per stabilire il grado di maggiore o minore esigibilità della condotta conforme al precetto.⁴¹

Al «freddo naturalismo»⁴² tipico della concezione psicologica, attenta a non riconoscere in alcun modo rilevanza ai fattori particolari determinanti per la condotta illecita, l'Autore oppone la valutazione delle circostanze dell'agire, alla stregua di un canone normativo⁴³, per personalizzare⁴⁴ il rapporto tra autore e fatto. Alla colpevolezza si riconosce dunque la sua funzione graduante, in sede di commisurazione della pena, per il grado di rimproverabilità dell'agente. Questa consente di esprimere giudizi parametrati in rapporto alla qualità dell'elemento soggettivo.

L'impiego della formula «circostanza concomitanti» non è tuttavia andato esente da critiche, nonostante la individualizzazione del giudizio di colpevolezza proposta fosse stata favorevolmente accolta. Si è rimproverato⁴⁵ al Frank che la rilevanza delle circostanze esterne, per il loro carattere obiettivo⁴⁶, estrinseco ed

In entrambe le ipotesi, la qualifica normativa dell'elemento psicologico è la medesima, ma la colpevolezza è diversa, e viene stabilita sulla base di fattori diversi, esterni al dolo nel primo caso, alla colpa nel secondo.

FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6° ed., Bologna, 320. «Non ogni fatto volontario merita lo stesso rimprovero, come pure fra i fatti involontari ve ne sono di più o meno gravi».

⁴⁰ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 19. Per Frank la ribellione alla legge implica capacità di ribellione, *id est* capacità di intendere e di volere. L'azione commessa dal soggetto incapace di intendere e di volere non può considerarsi colpevole, poiché manca la possibilità di muovergli un rimprovero.

⁴¹ PADOVANI, *Diritto penale*, 11° ed., Milano, 2017, 224.

⁴² BLAIOTTA, *Commento all'art. 42 c.p.*, cit., 121

⁴³ PADOVANI, *Appunti*, cit., 567.

⁴⁴ Una maggiore individualizzazione del giudizio di colpevolezza, in senso personalistico, implica una simmetrica normativizzazione della colpevolezza stessa: individuare quei parametri normativi mediante i quali è possibile valutare le componenti soggettive rilevanti per l'illecito.

⁴⁵ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 84 ss.

⁴⁶ SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652.

indipendente dall'agente, entrasse in contraddizione con l'essenza subiettiva del rimprovero di colpevolezza. Queste, invero, possono essere prese in considerazione per il loro riflesso soggettivo, in quanto percepibili psicologicamente dal soggetto⁴⁷.

Come rilevato⁴⁸, tuttavia, le circostanze concomitanti agiscono a prescindere dalla conoscenza che ne ha il soggetto, per la loro effettiva esistenza. La colpevolezza non implica l'addebito di una circostanza, ma di un fatto commesso in determinate circostanze.

L'Autore rielabora tuttavia il ruolo che le circostanze esterne possono esercitare nella loro dimensione soggettiva, in relazione alla condotta ed al riflesso su questa, per proporre il concetto di «normale motivazione», quale limite e punto di riferimento per il concetto di colpevolezza⁴⁹. La normalità dell'atto di volontà, correlata all'assenza di elementi anomali incidenti sulla formazione del volere, è oggetto di una valutazione normativa, distinta dal rapporto psichico⁵⁰, e idonea proprio ad evidenziare tutte le componenti necessarie a garantire la normalità del procedimento motivazionale dell'agente e l'esigibilità del comportamento conforme e, nel caso di motivazione anormale, potenzialmente idonea ad escludere il rimprovero.

Alla stregua di queste premesse, Frank rinviene l'essenza della colpevolezza in un giudizio non attinente alla intrinseca dimensione psichica dell'agente, ma relativo alle «particolari circostanze obiettivamente esistenti»⁵¹.

La colpevolezza è dunque un concetto complesso, composto da tre elementi: a) una situazione di normalità psichica, altrimenti detta imputabilità⁵²; b) rapporto psicologico tra autore e fatto, nelle forme del dolo e della colpa; c) normalità della motivazione. In tal modo la colpevolezza investe tutti i fattori che incidono sulla

⁴⁷ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 84 ss. «A considerare, dice Sturm, come elemento della colpevolezza, le circostanze in cui l'agente agisce, si rischia di confondere tra elementi subiettivi ed elementi obiettivi del reato, tra elementi della colpevolezza ed elementi del fatto. Queste circostanze possono avere significato per la colpevolezza soltanto in quanto esse si trovino in un rapporto psicologico con l'agente».

⁴⁸ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 86.

⁴⁹ SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652.

⁵⁰ PADOVANI, *Appunti*, cit., 567.

⁵¹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 20.

⁵² BLAIOTTA, *Commento all'art. 42 c.p.*, cit, 129. Quale elemento costitutivo della colpevolezza, l'imputabilità consente di spiegare anche l'azione del non imputabile, rimasta priva di giustificazione nella concezione psicologica: il non imputabile può agire con dolo o colpa, ma senza commettere un fatto costituente reato, bensì un fatto soltanto tipico ed anti-giuridico.

valutazione giuridica dell'azione⁵³. Dolo e colpa non sono più concepite quali specie della colpevolezza, ma elementi o presupposti di questa, in rapporto di parte con il tutto⁵⁴.

Frank si serve del termine «riprovevolezza» per indicare il concetto congiunto di imputabilità, dolo o colpa e normalità delle circostanze: colpevolezza è l'atteggiamento psicologico commesso riprovevolmente. Ciò accomuna i tre predetti elementi in quanto oggetto di una riprovazione normativa⁵⁵.

La concezione normativa supera pertanto la prospettiva essenzialmente obiettiva proposta dalla concezione psicologica, per restituire rilevanza alla dimensione soggettiva del reato.

Dunque, la rimproverabilità personale si esprime mediante una valutazione normativa dell'atteggiamento interiore del soggetto, nel rispetto di una colpevolezza per il singolo fatto, e senza degenerare in una colpevolezza d'autore. Sebbene sul punto si tornerà successivamente, è opportuno fin da ora sottolineare come una dottrina di stampo oggettivistico come quella italiana⁵⁶ abbia sempre e con fervore respinto ogni visione che incentrasse il giudizio di colpevolezza sulla personalità dell'agente, o per la sua condotta di vita. Contrariamente a quanto avvenuto nella dottrina d'oltralpe, presso la quale ideologie di tal genere hanno trovato maggior sostegno⁵⁷.

3. L'evoluzione del principio di colpevolezza nell'ordinamento italiano prima della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale: il ventennio fascista

Dopo una preliminare introduzione alle due maggiori concezioni che, nell'ambito della dogmatica, hanno affrontato ed influenzato la tematica della

⁵³ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 91.

⁵⁴ PADOVANI, *Appunti*, cit., 559. E come tale non riducibile ad alcuna delle sue componenti.

⁵⁵ SANTAMARIA, *Colpevolezza*, cit., 652.

⁵⁶ Per una concezione normativa della colpevolezza DELITALA, *Il fatto*, cit., 8; MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 57; BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Annali Triestini di Dir. Econ. e Polit.*, 1943; SCARANO, *La non esigibilità*, cit.

⁵⁷MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit, 86 ss. Per esempio Kollmann sostiene che la condotta non possa mai essere considerata colpevole, può esserlo soltanto l'agente: non si punisce il reato, ma il delinquente per la sua colpevolezza.

colpevolezza, è possibile esaminare come la stessa sia stata accolta nell'ordinamento italiano.

La genesi del principio di colpevolezza è alquanto travagliata, poiché, agli inizi del secolo scorso, incontra sul proprio cammino un duplice ordine di problemi, che ne impediscono una completa fioritura.

In primo luogo, il diritto positivo non fornisce un'espressa definizione della colpevolezza, e non impiega nemmeno il relativo termine per indicare uno degli elementi essenziali nella struttura del reato. Rilevava Antolisei come alla colpevolezza dovesse attribuirsi un significato esclusivamente processuale⁵⁸, esprimendo la situazione di chi ha realizzato tutti gli elementi necessari per l'applicazione della pena⁵⁹. Il codice penale, non impiegando mai il citato sostantivo, ne omette qualsiasi esplicito riferimento⁶⁰, e raccoglie il tutto nell'ambito del concetto di responsabilità, all'art. 43 c.p., sotto la rubrica «Elemento psicologico del reato».

Le ragioni di questa scelta sono comprensibili in ragione del panorama ideologico di appartenenza del codice Rocco. Questo, prodotto del ventennio fascista, è diretta espressione del confluire di una concezione autoritaria⁶¹ del diritto penale, con una mentalità di ispirazione liberal-democratica⁶² dei propri redattori. Il connubio di queste due differenti prospettive ne connota la natura eterogenea⁶³: a differenza di un ordinamento penale autoritario come quello nazionalsocialista, di carattere omogeneo, con una chiara ispirazione di fondo e coerente al solo ideale del «sano sentimento del popolo tedesco», quello italiano è permeato dalla duplice

⁵⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 321.

⁵⁹ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 1.

⁶⁰ DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, Jovene Editore, 1976, 49 ss.

⁶¹ Il riferimento esemplare dell'influenza autoritaria del codice è l'originaria formulazione dell'art. 5 c.p.: «Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale».

⁶² SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 79. Dimostrativi di quest'impostazione sono, per esempio, l'affermazione, all'art. 1, del principio di legalità, cui discende il divieto di analogia; l'impiego del termine «fatto», il quale allude dimensione sostanziale del reato, in quanto condotta lesiva dei beni giuridicamente tutelati; gli artt. 40-41, per i quali la responsabilità è condizionata dalla causazione materiale del fatto costituente reato, o, quantomeno, nella violazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento criminoso; gli artt. 45-46, relativi rispettivamente a caso fortuito, forza maggiore e costringimento fisico, tali da porre, in previsione di situazioni giuridico-naturalistiche, un freno all'imputazione del fatto di reato al soggetto; le varie ipotesi scriminanti previsti agli artt. 50 e seguenti, come limiti interni alla fattispecie di reato, e logici alla lesività del fatto.

⁶³ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 31 ss.

visione offerta dalle predette ideologie, che tendono ad ampliarne la scala di valori di riferimento⁶⁴. In tal modo, con una netta preferenza per il criterio della responsabilizzazione formale⁶⁵, viene eluso in radice ogni dibattito inerente la colpevolezza, per svincolare ogni qualificazione normativa secondo giudizi di valore.

La propensione per un approccio formale, se da un lato esplica il ripudio per un criterio sostanzialistico indice di una totale adesione al regime⁶⁶, dall'altro implica il recepimento di una visione strettamente obiettiva del diritto penale. A differenza del codice Zanardelli, l'impronta autoritaria del legislatore del 1930 sacrifica il complesso di garanzie dell'imputato per massimizzare l'efficienza della repressione penale.

Basti pensare alle molteplici ipotesi di responsabilità oggettiva contemplate dal codice, confliggenti anche con il requisito basilare del rapporto meramente psichico tra autore e fatto richiesto dalla concezione psicologica, dal momento che non si richiede neanche una minima partecipazione psichica del soggetto⁶⁷. L'art. 42 c.p. stabilisce, infatti, al terzo comma che «la legge determina i casi in base ai quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione».

La responsabilità essenzialmente obiettiva ascrive al soggetto un fatto che è non né intenzionale, né tantomeno riferibile ai suoi poteri di signoria e di controllo della propria volontà⁶⁸. In relazione a queste ipotesi di responsabilità, non sorrette da alcun coefficiente psicologico, e di cui si è sostenuto⁶⁹ che il fatto non sarebbe

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ DEL RE, *Colpevolezza*, cit., 60.

⁶⁶ *Ivi*, 59.

⁶⁷ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 138. «Ora, non v'è dubbio che i moderni sistemi tendano sempre più a portare la nozione di illecito sotto quella di fatto volontario. Ciò è vero in modo quasi assoluto per il diritto penale, nel quale le ipotesi di responsabilità oggettiva costituiscono una netta minoranza, ma, se pur in proporzioni più modeste e per vie traverse, si riscontra anche in quei rami del diritto che hanno una funzione prevalentemente conservativa: vale a dire la tutela di determinati interessi contro ogni ingerenza non autorizzata. Qui anzi la suggestione del principio opera in dottrina nel senso di concentrare l'attenzione unicamente su quelle forme di illecito che sono caratterizzate da dolo o da colpa, a tutto scapito della considerazione, dei comportamenti obiettivamente antiggiuridici; e nell'affermazione, solo parzialmente esatta, che la responsabilità incolpevole è eccezionale».

⁶⁸ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 133.

⁶⁹ PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 3° ed., Padova, 1959, 35 ss.

qualificabile neanche in termini di antiggiuridicità⁷⁰, si è parlato di responsabilità «incolpevole»⁷¹.

Se dunque l'impianto codicistico ha originariamente inibito la possibilità di una valorizzazione del principio di colpevolezza, in assenza di riferimenti normativi⁷², viene in secondo luogo a rilevare un atteggiamento di scetticismo da parte della dottrina penalistica della prima metà del Novecento.

La colpevolezza, che è dunque elaborazione della dogmatica, è un termine che si diffonde con qualche difficoltà, ed è, invero, bersaglio di obiezioni⁷³. Per riportare soltanto qualche illustre esempio: Antolisei preferisce attingere al concetto di «volontà colpevole», in quanto nella visione dell'Autore, come detto, per colpevolezza si intende una situazione eminentemente processuale⁷⁴; Carnelutti adopera il termine «disobbedienza», poiché l'uso del termine colpevolezza non sarebbe adatto ad esprimere l'idea della colpa in generale, ma porterebbe con sé un eccessivo richiamo all'elemento soggettivo della colpa in senso stretto⁷⁵; Pannain condiziona la validità dell'impiego del termine colpevolezza esclusivamente se volto ad esprimere il momento di imputazione soggettiva del reato, nel segno di una perfetta coincidenza tra autore materiale e morale della condotta illecita⁷⁶.

A prescindere dalle questioni di carattere linguistico, agli occhi di parte della dottrina penalistica, l'assenza di un dato normativo appare un ostacolo insormontabile per una piena accettazione, e conseguente evoluzione, del principio di colpevolezza. Questo atteggiamento di opposizione viene presto abbandonato, e, proprio per la mancanza di punti di riferimento espressamente previsti, come si

⁷⁰ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 134. Quest'affermazione sarebbe certamente valida se riferita ai casi in cui la sanzione è comminata nei confronti di soggetto diverso da quello che ha realizzato il fatto tipico: non si tratterebbe di azione illecita in quanto è assente la stessa condotta materiale cui riferire il carattere antiggiuridico.

⁷¹ *Ivi*, 138.

⁷² PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Volume primo*, Torino, 1967, 414. «Per ammettere una teoria della colpevolezza occorrerebbe mutare tutto il sistema della quasi totalità dei Codici vigenti».

⁷³ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 3.

⁷⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 321. Così anche PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., 408.

⁷⁵ CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 29 ss.

⁷⁶ PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., 407 ss. Secondo l'Autore sarebbe corretto parlare di «colpevolezza» unicamente in adesione ad una concezione normativa della colpevolezza. Al contempo, in critica alla citata concezione, il cui accoglimento, per l'assenza di parametri normativi, porterebbe a snaturare il sistema, l'Autore nega che i concetti di «rimproverabilità» piuttosto che «riprovevolezza» possano riferirsi ad una «parte del reato», e non a questo nella sua integrità.

vedrà, la colpevolezza trova la sua concretizzazione nel campo della dogmatica. Nonostante ciò, comunque, la prevalente attenzione per l'elemento oggettivo del reato è il retroterra culturale che accompagna il dibattito tenuto dai Costituenti in merito alla responsabilità penale⁷⁷.

Prescindendo per un istante dalle osservazioni che precedono, è comunque possibile avanzare un tentativo di inquadramento dogmatico circa la concezione della colpevolezza accolta dal vigente codice penale.

Se, ai fini dell'imputazione del reato, il codice aderisce ad una concezione essenzialmente psicologica, ininfluente per un'eventuale esclusione della responsabilità, a questa viene ad affiancarsi, in sede di commisurazione della pena, una nozione normativa di colpevolezza⁷⁸, più propensa a valorizzare la graduabilità del rimprovero, secondo le circostanze oggettive e soggettive rilevanti nel caso concreto⁷⁹.

3.1. Il dibattito in sede Costituente

Conclusosi il secondo conflitto mondiale e caduto il regime fascista, le forze politiche vincitrici ritrovano un sistema penale in evidente disarmonia con l'ideologia liberale del nuovo Stato democratico⁸⁰, ispirato alla tutela della libertà e della dignità umana.

A tal proposito si discute della possibile adozione di un nuovo codice penale, per segnare un netto distacco dall'impronta autoritaria del codice Rocco, nonostante parte della dottrina penalistica ne sostenga la coerenza tecnica, capace di renderlo immune dallo stampo repressivo del regime⁸¹. Posticipata la riforma del codice penale, in attesa dell'enunciazione dei principi fondamentali da parte della Carta Costituzionale, una completa comprensione dell'evoluzione del principio di

⁷⁷ Nonostante questo approccio permanga anche ben dopo la redazione della Costituzione, ed è la ragione più evidente del mai attuato riconoscimento di autonomia alla colpevolezza.

⁷⁸ PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, 237.

⁷⁹ Relativamente all'art. 133 c.p., il quale regola i parametri cui deve attenersi il giudice per la commisurazione della pena, con riferimento alla gravità del reato, ed alla capacità a delinquere del colpevole.

⁸⁰ GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale. Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*, VASSALLI, (a cura di), Napoli, 2006, 3.

⁸¹ ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28, Rapporti civili*, a cura di BRANCA, PIZZORUSSO, Bologna, 1991, I, 11.

colpevolezza non può trascurare il dibattito e le riflessioni sorte in sede di lavori preparatori della Costituzione, per quanto concerne il principio di personalità della responsabilità penale⁸². In sede Costituente possono infatti intravedersi una pluralità di orientamenti, e, nel corso dei decenni, le varie pronunce della Corte Costituzionale, relative all'art. 27, primo comma, Cost., ne hanno sempre rinvenuto un fondamentale punto di riferimento, per interpretazioni sia estensive, che restrittive, della citata disposizione costituzionale.

Nella predetta sede, ancor prima di delinearne i contenuti, si discute dell'opportunità politica di sancire espressamente, a livello costituzionale, il principio della responsabilità personale. Nonostante qualche opinione avversa⁸³, fondata sulla superfluità di questo richiamo, meritevole della maggior considerazione è quella espressa dall'Onorevole Aldo Moro: «È un'affermazione di libertà e civiltà. Si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio. Questo è il principio del diritto moderno che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare quello che si chiama il fatto materiale».

Al pensiero di Moro, che sottolinea peraltro la necessità di aggiungere l'attributo «penale», si aggiunge il pensiero del Presidente Tupini, il quale conferma l'occorrenza di una norma di questo genere, nel ricordo delle eccessive estensioni di responsabilità ai familiari innocenti di avversari politici, o delle punizioni collettive ad opera delle forze nazi-fasciste⁸⁴, e dunque per sancire espressamente, a livello costituzionale, un divieto di responsabilità penale per fatto altrui.

Una prima ipotesi della disposizione è presentata dai relatori alla I Sottocommissione, La Pira e Basso⁸⁵, in cui si afferma «Le pene sono personali e proporzionate al delitto: quelle privatrici o restrittive della libertà personale devono mirare alla rieducazione del reo». Traspare perciò, sin dagli inizi del dibattito, l'intenzione di stabilire il carattere personale della sanzione, in quanto corollario della più ampia natura individuale della responsabilità penale, e così prevedendo

⁸² SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 53. «Il problema della responsabilità è il problema centrale del diritto penale».

⁸³ Manifestata, ad esempio, da parte dell'Onorevole Cervolotto.

⁸⁴ ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, cit., 8.

⁸⁵ *Ivi*, 5.

l'imprescindibile corrispondenza tra autore e fatto⁸⁶. In particolare, la finalità di delineare un criterio di imputazione che non guardi esclusivamente al legame oggettivo con il fatto materiale, ma che possa essere soggettivamente ascritto al suo autore.

La pena è poi strettamente legata allo scopo di rieducare e risocializzare il reo, nell'ottica di una valorizzazione del personalismo quale limite sostanziale dello strumento punitivo, posto a garanzia da una strumentalizzazione da parte dello Stato e da qualsiasi ingiustificata ingerenza nella sfera personale dei consociati.

A fronte delle ipotesi avverse ad un'espressa previsione del principio di responsabilità personale, e di quelle tese ad estenderne la portata, si colgono anche orientamenti intermedi, letture riduttive⁸⁷, quale quella proposta, poi ritirata, da Bettiol e Leone, in forza della quale il criterio di responsabilità penale esprime il semplice divieto di responsabilità per fatto altrui. La formula recitava: «La responsabilità penale è solo per fatto proprio».

Il quadro di riferimento è dunque il seguente: dai lavori preparatori si desume che il principio di colpevolezza non sia mai stato espressamente trattato; il lungimirante intervento di Moro, da non circoscriversi alla necessità di elaborare una norma che sancisca espressamente il principio di personalità della responsabilità penale, ma da estendersi anche, se non soprattutto, al suo significato, avverte che il fondamento del rimprovero penale non possa identificarsi soltanto con l'affermazione del nesso materiale tra autore e fatto, ma sia imprescindibile la sua riferibilità soggettiva all'agente; l'interpretazione del principio di responsabilità penale personale è originariamente limitato a un divieto di responsabilità per fatto altrui – ossia un fatto casualmente cagionato da altro soggetto, senza il benché minimo apporto materiale - sebbene rappresenti a tutti gli effetti un «problema aperto»⁸⁸, ed il fondamento di una tematica suscettibile di una potenziale evoluzione.

Il principio della natura individuale della responsabilità penale viene recepito all'art. 27, primo comma, Cost., il quale statuisce che «La responsabilità penale è personale»; essenziale è anche la previsione del terzo comma «Le pene

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, cit., 8.

⁸⁸ *Ivi*, 10.

non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità⁸⁹ e devono tendere alla rieducazione del condannato^{90»}91.

Nonostante non possa negarsi la manifesta adesione al pensiero liberale e al rispetto dei diritti naturali di libertà e dignità umana da parte dell'Assemblea Costituente⁹², si è anche percepita l'influenza esercitata dalle antiche impostazioni del contrattualismo e del giusnaturalismo⁹³. Queste, rette da una visione utilitaristica dei rapporti sociali, concepiscono il diritto penale quale strumento di difesa sociale asservito alle esigenze collettive. Dunque, è unicamente in questa dimensione generale e repressiva che trova spazio la tutela degli interessi individuali del cittadino, più che temperata, condizionata dalla primaria necessità di assicurare la sicurezza della generalità dei consociati, in cui l'elemento oggettivo e formalistico prevarica sulla dimensione assiologica della colpevolezza, «depauperata del suo contenuto di valore»⁹⁴. Alla luce di ciò, date le premesse liberali ed individualistiche di fondo, la permanenza degli scheletri di queste concezioni hanno forse inibito una potenziale rivisitazione della giustizia penale⁹⁵, *ab origine* intesa in quanto caposaldo per l'integrale superamento dell'impronta fascista.

3.2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale

L'operato della Corte Costituzionale, volto ad adeguare la legislazione ordinaria vigente ai nuovi principi costituzionali, si è espresso specialmente nel diritto penale sostanziale, in cui la garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo esplica un ruolo di primo ordine, nel complesso bilanciamento tra interesse generali e particolari.

⁸⁹ SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 74. In quanto limite logico della sanzione penale.

⁹⁰ *Ibidem*. «Quelli che potremmo definire il suo limite e il suo contenuto finalistico di natura politica».

⁹¹ Nella sentenza n. 364/1988, infatti, il Giudice delle leggi non ricava la natura costituzionale del principio di colpevolezza direttamente dal primo comma dell'art. 27 Cost. La responsabilità per fatto proprio colpevole è, piuttosto, il risultato della lettura congiunta di primo e terzo comma, per le ragioni che si approfondiranno più avanti.

⁹² SPASARI *Diritto penale*, cit., 68.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

Da questo processo razionalizzatore non è andato esente il principio di colpevolezza⁹⁶, ancora acerbo nella sua elaborazione, data la persistente presenza di molte figure di responsabilità oggettiva presenti nel codice, e non solo⁹⁷. L'affermazione della colpevolezza quale principio costituzionalmente riconosciuto ha incontrato sulla propria strada un atteggiamento poco univoco da parte della Corte, ravvisabile nella presenza di una pluralità di linee interpretative.

Sin dagli inizi della sua attività, risalente al 1956, oltre alla predetta disomogeneità ermeneutica, la Corte Costituzionale ha adottato una posizione di netta cautela, unica nota costante⁹⁸ in questo processo interpretativo, mostrandosi timorosa nell'esplorare i potenziali contenuti del principio di responsabilità personale⁹⁹. Prediligendo un'interpretazione restrittiva del primo comma dell'art. 27, agli occhi della Corte, questa disposizione avrebbe statuito in via esclusiva un divieto di responsabilità per fatto altrui, senza ledere la compatibilità, con l'ordinamento costituzionale, delle figure di responsabilità oggettiva¹⁰⁰.

La prima sentenza in cui la Corte si è pronunciata sulla questione, la n. 3/56, verteva sulla legittimità costituzionale dell'art. 57 c.p., inerente la responsabilità penale del direttore di un giornale periodico per reati commessi a mezzo della stampa. Oggetto della discussione era la natura di questa responsabilità, se fosse riconducibile al *genus* della responsabilità di posizione – e dunque per fatto altrui – o di natura oggettiva, o ancora un'ipotesi di responsabilità colposa¹⁰¹. Secondo la Consulta l'art. 27 primo comma «consacrava la regola acquisita ormai da un secolare svolgimento che non si debba rispondere se non di un fatto proprio». Ragion per cui, sarebbe stato necessario verificare non soltanto se la fattispecie in

⁹⁶ GROSSO, *Principio di colpevolezza*, cit., 3.

⁹⁷ Basti pensare al fatto che la prima pronuncia della Consulta, la n. 259/76, dichiarativa dell'incompatibilità costituzionale di disposizioni normative poiché integrative di una responsabilità oggettiva, si riferisce ad ipotesi di confisca previste dalla legislazione speciale, nel caso di specie in materia doganale.

⁹⁸ ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, cit., 15

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ GROSSO, *Principio di colpevolezza*, cit., 9.

¹⁰¹ Corte Cost., sent. 15 giugno 1956, in *Riv. Pen.*, 1956, 595 ss. «Si deve rispondere al quesito al quesito se la responsabilità del direttore di giornale, quale la configura l'art. 57, n. 1 c.p., rappresenti un caso di responsabilità per fatto altrui. La dichiarazione di legittimità o di illegittimità costituzionale dipende direttamente dalla risposta che si dà a questo quesito».

questione designasse o meno una responsabilità per fatto proprio¹⁰², come richiesto dal testo costituzionale, ma al contempo stabilire cosa dovesse intendersi per «fatto proprio» e quando una responsabilità ritenersi «personale».

La Corte affermava, con riguardo alla posizione del direttore del giornale periodico, che egli «risponde per fatto proprio per lo meno perché fra la sua omissione e l'evento c'è un nesso di causalità materiale al quale si accompagna sempre un certo nesso psichico (art. 40 c.p.) sufficiente, come è opinione non contrastata, a conferire alla responsabilità il connotato della personalità». Conseguentemente, la Corte sosteneva che, per «fatto proprio», si dovesse intendere il fatto eziologicamente commesso dal soggetto¹⁰³, ed inoltre, richiedendo la sussistenza di un «certo» nesso psichico¹⁰⁴, che la responsabilità personale fosse di natura «soggettiva». Al contempo sconfessava l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, in forza del quale, la personalità della responsabilità pretendeva unicamente la possibilità di stabilire la relazione materiale tra agente ed evento. Da queste premesse, la Corte aveva rigettato la questione di legittimità, proprio sulla base dell'assunto che l'art. 57 c.p. non configurasse un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui.

La Corte Costituzionale è chiamata a pronunciarsi nuovamente in merito al principio della responsabilità penale, con riguardo all'art. 539 c.p., sospetta ipotesi di responsabilità oggettiva, nella parte in cui dichiarava irrilevante l'errore o l'ignoranza in ordine all'età del soggetto passivo¹⁰⁵. L'interpretazione qui fornita, sfociata nella sentenza n. 107/57, è nettamente differente dalla posizione precedentemente esaminata¹⁰⁶.

Per riprendere le parole della Corte: «prendendo in esame la norma contestata alla stregua del principio sancito nella prima parte dell'art. 27 Cost., va tenuto presente che in detta disposizione la Costituzione, come si evince

¹⁰² PORZIO, *La responsabilità penale nella Costituzione italiana, (Premesse alla interpretazione dell'art. 27 della Costituzione)*, Napoli, 1961, 16.

¹⁰³ Contrariamente al fatto proprio «colpevole», che richiede, oltre al nesso materiale, anche la relazione subiettiva tra autore e fatto.

¹⁰⁴ PORZIO, *La responsabilità penale*, cit., 17. Il richiamo all'art. 40 non sembra chiaro, sia perché la Corte non precisa cosa debba intendersi per «nesso psichico», sia perché la disposizione richiamata non ha ad oggetto la disciplina dell'elemento psicologico, bensì quella del nesso di causalità materiale.

¹⁰⁵ GROSSO, *Principio di colpevolezza*, cit., 10.

¹⁰⁶ PORZIO, *La responsabilità penale*, cit., 19.

chiaramente dalla formulazione letterale del testo, non fa che enunciare il carattere personale della responsabilità penale e contiene perciò un tassativo divieto di responsabilità penale per fatto altrui, senza alcun riferimento alla c.d. responsabilità oggettiva. Così inteso il contenuto della prima parte dell'art. 27 richiede come requisito della responsabilità penale personale soltanto quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato nell'art. 40 del codice penale e che è sufficiente a stabilire fra il soggetto ed il fatto preveduto come reato quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale».

Richiamando a sostegno dell'interpretazione ivi formulata i lavori preparatori, la Corte aveva confutato la precedente impostazione incentrata sul nesso psichico, e perciò su una responsabilità soggettiva, in favore del solo nesso materiale, e dunque di una responsabilità meramente causale¹⁰⁷.

Questo orientamento, che intende per «fatto proprio» quell'evento riconducibile al soggetto sulla base della sola relazione materiale, si riscontra in numerose e successive decisioni: nella n. 39/59, riguardo l'art. 77 del d.l. 164/56, che prevedeva l'irrogazione di sanzioni penali a carico dei datori di lavoro e dei dirigenti per l'inosservanza delle norme contenute in differenti disposizioni del decreto ¹⁰⁸; nella n. 67/73, n. 167/71, n. 50/80 e la n. 30/72 in tema di pene accessorie.

In tutti questi interventi, il filo conduttore è un'interpretazione restrittiva della prima parte dell'art. 27 Cost., limitata al divieto di responsabilità per fatto altrui, in cui la Corte manifesta un atteggiamento prudente, volto a ridurre le potenziali conseguenze che una piena attuazione del principio di responsabilità personale avrebbe comportato sulla legislazione vigente¹⁰⁹. Tentando di «condizionare, di volta in volta, il contenuto della pronuncia»¹¹⁰, quel che traspare è l'intenzione di mantenere una posizione rinunciataria nell'affrontare la tematica del principio in questione, propendendo decisamente per la sopravvivenza del regime di responsabilità in vigore.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ GROSSO, *Il principio di colpevolezza*, cit., 11.

¹⁰⁹ ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, cit., 15

¹¹⁰ *Ibidem*.

Una graduale evoluzione nell'estensione ermeneutica del principio di personalità si rinviene nella pronuncia n. 42/65, in cui si dibatte della legittimità costituzionale dell'art. 116 del codice penale, il cd. concorso anomalo nel reato.

Nonostante anche in tal caso la giurisprudenza costituzionale resti ancorata alla consolidata interpretazione finora esposta, con conseguente intangibilità della responsabilità obiettiva, la Corte interpreta l'art. 116 c.p. eguale un'ipotesi di responsabilità fondata non unicamente sul nesso materiale, ma anche su un coefficiente psicologico, ossia la prevedibilità dell'evento, individuabile nei seguenti termini: il reato attribuito al soggetto concorrente che non lo ha voluto, né tantomeno se lo è prefigurato, doveva comunque essere da lui rappresentabile o prevedibile, pena l'impossibilità di considerarlo responsabile¹¹¹.

In questo intervento della Consulta si compiono i primi passi sul terreno della colpevolezza. Non potendo più mostrare indifferenza a fronte dei traguardi raggiunti sul campo della dogmatica dalla dottrina penalistica, cui si dedicherà attenzione a breve, e alle considerazioni sviluppate dalla giurisprudenza di merito, ha inizio il processo di «erosione»¹¹² delle figure di responsabilità oggettiva. Nonostante una linea di continuità mostratasi in precedenti orientamenti difformi¹¹³, nella sentenza n. 259/76 la Corte Costituzionale stabilisce, per la prima volta, l'illegittimità costituzionale della responsabilità oggettiva, per contrasto con l'art. 27, primo comma, Cost.

Sospettate di illegittimità sono le ipotesi di confisca previste dall'art. 116 della legge doganale e dall'art. 301 del t.u. delle disposizioni in materia doganale. Si riportano le parole della Corte: «contengono delle evidenti previsioni di responsabilità oggettiva, poiché prescindono del tutto dalla valutazione dell'elemento psicologico nella condotta del soggetto, e comminano la confisca delle cose destinate a commettere il reato, senza tenere conto alcuno della loro appartenenza».

L'orientamento viene peraltro ribadito nella n. 2/87: «deve affermarsi in via generale che, se possono esservi cose il cui possesso può configurare una illiceità

¹¹¹ GROSSO, *Il principio di colpevolezza*, cit., 13.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 105/75 e n. 173/76, nelle quali, in entrambi i casi, la Corte ribadisce che la responsabilità oggettiva non dia luogo ad illegittimità costituzionale.

obiettiva in senso assoluto, la quale prescinde dal rapporto col soggetto che ne dispone e legittimamente debbono essere confiscate presso chiunque le detenga, in ogni altro caso l'art. 27, primo comma, Cost. non può consentire che si proceda a confisca di cose pertinenti a reato, ove chi ne sia proprietario al momento in cui la confisca debba essere imposta non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto».

Questo è il percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Consulta in relazione al principio di responsabilità della responsabilità penale, nei decenni che precedono la storica sentenza n. 364/1988. Occorre, ora, soffermarsi sui risultati cui è pervenuta la dottrina penalistica, al fine di fornire il quadro dogmatico di riferimento in cui si colloca la predetta sentenza, senza, peraltro, trascurare un importante aspetto: la posizione del legislatore.

Nei plurimi tentativi di riforma del codice penale¹¹⁴, il legislatore, nel conferimento dell'incarico, aveva marcato l'esigenza di eliminare tutte le fattispecie criminose che delineassero un'imputazione esclusivamente obiettiva dell'evento, con lo scopo di conformare la normativa vigente ai nuovi principi costituzionali, dimostrando inclinazione ad identificare il principio di personalità della responsabilità con quello di colpevolezza, ed in netta antitesi rispetto all'originaria posizione assunta dalla Corte Costituzionale¹¹⁵.

3.3. Gli orientamenti elaborati dalla dottrina penalistica prima della sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale

La dottrina penalistica ha attribuito, sin dalla promulgazione della Carta Costituzionale, tre differenti significati al dettato della prima parte dell'art. 27 Cost. Il primo orientamento elaborato – quello originariamente prevalente e, come visto, condiviso dalla prima giurisprudenza costituzionale sul punto – ricava, quale accezione minima, un divieto assoluto di responsabilità per fatto altrui, per il quale è sufficiente che il fatto sia eziologicamente riconducibile al suo autore.

¹¹⁴ Tra i quali il progetto preliminare del Codice penale del 1949, ed il Progetto preliminare di modificazione al codice penale del 1956.

¹¹⁵ PORZIO, *La responsabilità penale*, cit., 15.

Questa interpretazione restrittiva dell'art. 27, primo comma, Cost., «banalizzandone»¹¹⁶ la portata, ammette la legittimità della responsabilità oggettiva. Si osserva¹¹⁷ in particolare che, se la responsabilità è personale, deve indissolubilmente legarsi ad una persona fisica, e, nella generalità dei casi, il rapporto intercorrente tra un'azione ed un'omissione si individua nel nesso psicologico, e, dunque, nella colpevolezza. Il carattere personale della responsabilità rimane comunque intatto anche nell'ipotesi di un mero legame causale¹¹⁸, al di fuori della colpevolezza, come avviene relativamente alla minore partecipazione psichica del soggetto riscontrabile nei reati colposi.

La disposizione costituzionale in esame richiederebbe, coerentemente con la personalità della responsabilità penale, che: a) rimproverabile sia l'autore materiale dell'evento; b) la comminatoria della sanzione avvenga nei confronti dell'autore materiale del reato; c) si risponda della sanzione con la propria persona¹¹⁹.

L'anacronismo di questa lettura è intuibile se posto a confronto con il terzo comma dell'art. 27 Cost., per il quale la pena deve tendere alla rieducazione del reo. Nei confronti del soggetto cui non possa essere mosso un rimprovero neanche a titolo di colpa, non avendo egli espresso ostilità nei confronti dei valori della convivenza sociale, e non necessitando, pertanto, di un intervento correttivo, vengono in rilievo tutti i limiti del predetto significato attribuito alla responsabilità personale.

L'orientamento intermedio, nel vietare l'imputazione essenzialmente obiettiva dell'evento, sancisce il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole, in forza di un duplice legame, materiale e psicologico, tra soggetto ed evento¹²⁰.

¹¹⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 287.

¹¹⁷ NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 32 ss.

¹¹⁸ NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., 33. «Al nesso psichico si sostituisce il nesso causale, ma il vincolo di appartenenza, di personalità, anche se meno accetto alla coscienza moderna, non è logicamente meno evidente».

¹¹⁹ PANNAIN, *La responsabilità obbiettiva e l'art. 27 della Costituzione, Conferenze al I corso di perfezionamento per gli uditori giudiziari*, II, 1958, 691.

¹²⁰ Si tratta dell'orientamento accolto dalla Corte Costituzionale nella sentenza 364/1988, con la quale viene «costituzionalizzato» il principio di colpevolezza.

Se il divieto di responsabilità per fatto altrui opera su un piano di civiltà assolutamente condivisibile¹²¹, in quanto traguardo già ampiamente recepito dal diritto penale liberale, avverso ad ogni visione utilitaristica dei rapporti sociali, e, ancor più profondamente, ad ogni strumentalizzazione dell'individuo¹²², al contempo, riconoscere esclusivamente questo significato alla norma costituzionale, appare limitativo. Partendo dal presupposto che se questa fosse stata la reale volontà del legislatore Costituente, sarebbe stata adottata più opportuna e specifica formula, è poi da evidenziare che la dimensione materiale richiesta per l'integrazione del reato è già garantita dall'art. 25, secondo comma, Cost., in cui viene impiegato il termine «fatto», in quanto evento criminoso cui consegue la sanzione penale per l'autore.

In armonia con il panorama costituzionale, il principio personalistico evoca la dimensione esistenziale dell'uomo, non nella prospettiva di un semplice agente materiale, quanto piuttosto come uomo in «carne ed ossa», che deve partecipare al reato con un imprescindibile elemento soggettivo. Accertata la sussistenza della relazione eziologica, per «responsabilità penale personale» è da intendersi la rimproverabilità per quel fatto cagionato anche psicologicamente, ossia in quanto «illecito penale colpevolmente commesso»¹²³, cosicché è il substrato psicologico intercorrente tra soggetto e fatto a rendere questo «proprio» e la responsabilità «personale». Congiuntamente al terzo comma dell'art. 27 Cost., nella piena valorizzazione della tutela della personalità morale dell'individuo, la responsabilità personale è attuazione del principio «*nullum crimen, nulla poena sine culpa*»¹²⁴

Concepito in questi termini, il principio di responsabilità personale è l'asse attorno al quale ruota un triplice ordine di idee: a) l'imputabilità, in quanto espressione della personalità morale dell'individuo, e, soprattutto, della sua libertà psico-fisica di assumere decisioni consapevoli innanzi ai valori del diritto penale, con conseguente potere di autodeterminazione circa la commissione o meno del

¹²¹ DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 360.

¹²² SPASARI, *Diritto penale*, cit., 70.

¹²³ SPASARI, *Diritto penale*, cit., 71.

¹²⁴ *Ivi*, 75. «Come sarebbe concepibile, infatti, una pena umana e rieducativa che avesse per destinatario un soggetto fatto penalmente responsabile in base al semplice presupposto di una qualifica personale o di una condizione sociale o, tutt'al più, della causazione meramente oggettiva di un fatto previsto come reato?»

fatto costituente reato; b) la colpevolezza, sintomatica dell'assunzione di una condotta lesiva del precetto penale, commessa con coscienza e volontà; c) la funzionalità della pena, commisurata non alla stregua del danno cagionato – in quanto strumento di difesa sociale – bensì alla colpa commessa, in forza di una sanzione ripristinatrice della giustizia offesa¹²⁵.

Il terzo orientamento, i cui tratti caratteristici possono ravvisarsi nella dogmatica del Bettiol, prevede una drastica personalizzazione del principio di responsabilità personale, nell'ottica di un giudizio di natura individuale, fondato sull'atteggiamento interiore del soggetto¹²⁶.

Nel proporre una concezione della colpevolezza che non si limiti a un divieto di responsabilità oggettiva o per fatto altrui, ma che valica anche il rimprovero per fatto proprio colpevole, questa impostazione collide con il rappresentativo approccio di stampo oggettivistico accolto nel nostro ordinamento. Ispirato al principio di offensività, in una prospettiva ancorata al disvalore oggettivo del fatto e sottesa all'imprescindibile tutela dei beni giuridici, il panorama costituzionale non ammette responsabilità costruite sul modo di essere, piuttosto che sull'atteggiamento della coscienza dell'individuo¹²⁷. Il tutto, perciò, dimostrativo di un diritto penale del fatto, che ripudia la simmetrica ed antitetica ipotesi di un diritto penale d'autore.

Al di fuori di questo triplice ordine di orientamenti, si colloca la teoria della «dominazione finalistica», per la quale l'art. 27 primo comma non richiederebbe necessariamente la colpevolezza del soggetto, quanto piuttosto che il fatto cagionato possa essere personalmente dominato da parte dello stesso, e venendo meno l'ascrizione della responsabilità ogni qualvolta il fatto, non potendo essere controllato dal soggetto, non possa essere evitato¹²⁸. Secondo questa impostazione, al principio di colpevolezza non si potrebbe riconoscere alcuna autonomia,

¹²⁵Ivi, 72 ss.

¹²⁶ BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1971, 4. L'Autore sottolinea come il principio di responsabilità personale implicasse vedute ben più ampie del semplice divieto di responsabilità oggettiva e per fatto altrui. In forza di una valorizzazione dell'atteggiamento interiore anche MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989.

¹²⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 288.

¹²⁸ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 6°ed., Milano, 1998, 313.

conseguentemente alla sua inidoneità a designare il carattere soggettivo della condotta illecita, se non in funzione sintetizzante delle figure di dolo e colpa¹²⁹.

Concludendo sul punto, l'esposizione circa le posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza nel corso del tempo, mostra le radici di un dibattito dai caratteri mutevoli, spesso tra loro in contraddizione, e dai quali risulta evidente la complessità della tematica trattata, spesso trascendente la disciplina dell'elemento soggettivo del reato, e attinente, in prima istanza, a caratterizzare il ruolo dell'individuo nella struttura dell'ordinamento penale.

Se anche la dottrina penalistica, *ab origine*, denota una maggiore propensione per il primo orientamento, sin dagli anni Settanta, simultaneamente alla giurisprudenza costituzionale, cambia direzione, in favore di una responsabilità per fatto proprio colpevole. Nell'attributo «colpevole» si identifica la necessaria presenza di un coefficiente psicologico, a titolo di dolo e colpa, al fianco della relazione causale con il fatto.

4. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza e la responsabilità penale per fatto proprio colpevole: la sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale

La sentenza in questione rappresenta uno spartiacque nel diritto penale sostanziale¹³⁰ non soltanto per la portata innovativa del suo contenuto, in grado di provocare dirompenti conseguenze sul piano della legislazione positiva, ma anche e soprattutto per le premesse ideologiche di fondo.

La dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p.¹³¹ – il quale sancisce il principio «*ignorantia legis non excusat*» – nella parte in cui non prevede l'inoperatività della norma per inevitabilità dell'errore di diritto in cui è incorso il soggetto, opera una profonda rivisitazione degli istituti cardine del diritto penale, volta a superare l'anacronistica concezione autoritaria del codice, in favore

¹²⁹ PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 495 ss.

¹³⁰ PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declatoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legislazione penale, Anno ottavo*, N°3-1988, 449. Secondo l'Autore «la sent. 364/1988 rappresenta, senz'ombra di dubbio, il più cospicuo ed incisivo intervento della Corte costituzionale sui cardini del nostro sistema penale».

¹³¹ Non rappresentando l'errore di diritto oggetto specifico della trattazione, si propone un'analisi della sentenza predetta per quanto concerne i profili attinenti al principio di colpevolezza.

di una prospettiva maggiormente garantista, di stampo liberal-democratico, e, così, uniformando il nostro ordinamento ad una regola ormai ampiamente condivisa dalla maggior parte dei sistemi giuridici stranieri.

Nell'esegesi dell'art. 5, la Corte ravvisa una manifesta espressione della preminenza accordata alla difesa sociale, nell'ottica di una cieca ed incondizionata¹³² obbedienza ed applicazione della legge penale. Corollario dell'imprescindibile obbligatorietà della norma penale, è un astratto formalismo¹³³ che preclude in partenza il riconoscimento di una qualsiasi rilevanza al processo motivazionale dell'agente, e dunque della conoscenza, o potenziale conoscibilità, del precetto penale¹³⁴. Ed è proprio in merito a questo ultimo punto, in cui facilmente si riconosce l'impronta del regime autoritario di riferimento, che la sentenza sancisce un fondamentale e rivoluzionario punto di rottura. Nel contemperamento tra esigenze collettive ed individuali, aderendo ad una netta superiorità della legge, le istanze personalistiche sottese al principio di colpevolezza – nella specie la rilevanza riconosciuta all'effettivo stato psicologico del soggetto – collassano, per cedere il passo all'esclusiva tutela accordata ai beni giuridici. Il tutto emerge chiaramente dalle parole della Corte: «ove, infatti, s'accettasse il principio dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale si darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità umana della persona umana, costretta a subire la pena (la più grave delle sanzioni giuridiche) anche per comportamenti (allorché l'ignoranza della legge sia inevitabile) non implicanti consapevole ribellione o trascuratezza nei confronti dell'ordinamento».

In particolare, la problematica in questione incide direttamente sul complesso terreno dell'imputazione soggettiva¹³⁵, a prescindere dal fatto che l'art. 5 attenga al principio dell'obbligatorietà della legge penale, e la Corte ne individua l'opportunità per una disamina delle implicazioni comuni alla tematica

¹³² FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364 del 1988*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.

¹³³ BETTIOL, *Diritto penale*, 11° ed., Padova, 1982, 508.

¹³⁴ Della quale, è opportuno ricordare, si è sempre temuta la difficoltà dell'accertamento in ambito probatorio.

¹³⁵ PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686 ss.

dell'*error iuris* è una valutazione del principio di colpevolezza, la Corte procede a ricostruirne il «quadro garantistico» di riferimento.

La colpevolezza nasce «per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per le azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio di legalità vigente in uno Stato di diritto».

In questa prospettiva strettamente garantista¹³⁶, volta a prevenire qualsiasi strumentalizzazione della persona umana per finalità di prevenzione generale o speciale da parte del potere coercitivo dello Stato, la colpevolezza viene valorizzata secondo una duplice accezione: la prima, quale categoria¹³⁷ formale e dunque immanente¹³⁸ alla normativa ordinaria, per determinare i requisiti subiettivi minimi per l'imputazione penale; la seconda nell'ottica di una colpevolezza in senso materiale, quale principio trascendente la legislazione vigente, che assume una propria dimensione costituzionale per fissare i requisiti minimi di una imputazione «giusta»¹³⁹, con cui è possibile un'eterointegrazione di parametri valutativi metapositivi, desumibili dal sistema costituzionale gerarchicamente sovraordinato alla legge ordinaria.

Inoltre, la Corte sottolinea la necessità di una lettura congiunta tra primo e terzo comma dell'art. 27: «collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost. agevolmente si scorge che, comunque s'intenda la funzione rieducativa di quest'ultima, essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa (rispetto al fatto) non ha, certo, bisogno di essere rieducato». In tal modo, la Corte restituisce dignità alla funzione rieducativa della pena, *ab origine* concepita quale semplice affermazione del carattere polifunzionale della stessa, e tenuta in considerazione nella sola fase esecutiva, per esaltarla anche

¹³⁶ Così la Consulta: «La colpevolezza costituzionalmente richiesta non costituisce elemento da poter essere, per discrezione del legislatore, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminata».

¹³⁷ FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile*, cit., 1385.

¹³⁸ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 690.

¹³⁹ FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile*, cit., 1385.

nel momento di ascrizione della responsabilità, al fine di riesaltare l'ideale della giustizia come valore etico-giuridico, in via antitetica rispetto alla pena come mera risposta meccanica a seguito della commissione del reato¹⁴⁰. Inoltre, dalle parole della Corte, si evince l'assoluta centralità del fine risocializzante della sanzione penale, in quanto espresso ed imprescindibile dovere costituzionale di cui deve farsi carico lo Stato, e non come una semplice eventualità.

La Corte Costituzionale perviene dunque ad identificare il principio di colpevolezza con la responsabilità penale personale, come stabilito dalla prima parte dell'art. 27, impiegandoli, per la prima volta, quali termini equivalenti. Avendo perciò «costituzionalizzato» il principio di colpevolezza, questo assurge a vincolo per la discrezionalità del legislatore nella criminalizzazione¹⁴¹ di fatti penalmente rilevanti, rappresentando quel complesso di «necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione, senza la previsione dei quali il fatto non può essere legittimamente posto a pena»¹⁴².

Dunque, per l'attribuzione della responsabilità, non è sufficiente che il fatto sia materialmente riconducibile al suo autore – coerentemente con l'orientamento restrittivo fino a quel momento prevalente – ma è necessario poterlo considerare un risultato delle sue scelte¹⁴³, compiute in una data situazione di potenziale dominabilità dei propri impulsi psichici, per poterli orientare secondo la propria volontà¹⁴⁴.

Accogliendo l'orientamento prevalente in dottrina¹⁴⁵, la Consulta elabora una propria, autonoma, concezione della colpevolezza, in armonia con lo spirito

¹⁴⁰ SPASARI, *Diritto penale, cit.*, 74.

¹⁴¹ FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile, cit.*, 1385.

¹⁴² *Ibidem*. In tal modo la colpevolezza assurge a criterio-guida, in sede di politica criminale, per esercitare una funzione critica nei confronti della disciplina dell'elemento soggettivo.

¹⁴³ Il principio di colpevolezza si erge non soltanto quale argine garantista, per inibire qualsiasi strumentalizzazione della persona umana, ma esercita anche una essenziale funzione di orientamento culturale per i consociati, per assicurarne la certezza giuridica di «consentite, libere scelte d'azione». C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, Parte Generale*, 3° ed., Torino, 2008, cit., 368 ss.

¹⁴⁴ *Ivi*, 369.

¹⁴⁵ Vedi per tutti PULITANÒ, *L'errore di diritto, cit.*, 105. «La certezza legale dell'azione individuale – coinvolgendo il momento soggettivo delle scelte d'azione – implica necessariamente la delimitazione dell'intervento legale a ciò che può essere riferito alla scelta soggettiva. [...] In questa prospettiva, il fondare la responsabilità penale (anche) su momenti soggettivi è necessario a completare la funzione di garanzia per cui è posto il principio di legalità. È in questa funzione, dunque, che il principio di colpevolezza trova il suo nucleo materiale, come "diritto di protezione" nei confronti dello Stato».

della Carta Costituzionale, secondo un'interpretazione estensiva della prima parte dell'art. 27, sinonimo del principio di responsabilità penale personale per fatto colpevole¹⁴⁶. La colpevolezza, così intesa, implica un giudizio di rimproverabilità soggettiva che si articola secondo una duplice valutazione: sul piano della tipicità, in relazione al momento obiettivo; nelle forme del dolo e della colpa, per quanto concerne il profilo subiettivo.

La Corte si sofferma, inoltre, sulle implicazioni che derivano dalla predetta lettura in merito al concetto di responsabilità oggettiva. L'art. 27 Cost. primo comma non stabilisce un tassativo divieto per il legislatore di delineare ipotesi in cui il criterio di imputazione è esclusivamente obiettivo: come già anticipato, la colpevolezza deve coprire gli elementi più significativi della fattispecie, ossia quelli più rilevanti in relazione al carattere illecito del fatto¹⁴⁷. Compatibile con il quadro delineato, sarebbe una responsabilità oggettiva «spuria» o «impropria», attinente agli elementi accidentali¹⁴⁸ della fattispecie, e, dunque, non quelli materiali che connotano il disvalore del fatto, ma quelli che tendono ad aggravare o condizionare l'offesa¹⁴⁹.

Alla stregua di queste premesse, il Giudice delle leggi riconosce la legittimità delle condizioni obiettive di punibilità estrinseche. Queste, estranee agli elementi costitutivi della fattispecie, non rappresentano in disvalore obiettivo del fatto, ma tendono soltanto a costituire una ragione di opportunità per punire, al verificarsi dell'evento o della circostanza che ne rappresenta, appunto, la condizione. Dunque, tra la condizione di punibilità e l'autore, non deve sussistere il nesso causale, né, tantomeno, quello psicologico, e sono svincolate dal giudizio di colpevolezza.

¹⁴⁶Accogliendo dunque l'orientamento intermedio, come esposto nel paragrafo precedente, l'impostazione accolta dalla Corte Costituzionale presenta molte affinità con le caratteristiche essenziali dalla concezione normativa, sebbene si ribadisca che la lettura fornita dalla sentenza sia a tutti gli effetti il risultato di una propria attività ermeneutica.

¹⁴⁷ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 700 ss.

¹⁴⁸ FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile*, cit., 1386.

¹⁴⁹ In favore di questa lettura PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile*, cit., 453. Se si garantisce un criterio d'imputazione soggettiva per tutti gli elementi rappresentativi il disvalore dell'illecito, l'ascrizione dei cosiddetti elementi accidentali, tali da aggravare o condizionare la pena irrogata al soggetto sulla base di fattori obiettivi, non mina la responsabilità personale per fatto colpevole. Sempre che non si giunga a determinare, in sostanza, una sanzione espressiva di una responsabilità unicamente fondata su quell'elemento a rilevanza obiettiva.

Per riprendere brevemente il tema oggetto della sentenza, si ricostruisce il rapporto Stato-cittadino¹⁵⁰ secondo una visione di origine contrattualista¹⁵¹. Al dovere del legislatore di definire i precetti penali in forma chiara, sintetica e conoscibile, corrisponde il simmetrico dovere, penalmente sanzionato, del cittadino e, quale obbligo strumentale desumibile dal principio di solidarietà ex art. 3 Cost, quello di informarsi¹⁵², per vagliare le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. L'ignoranza della legge penale non vale obiettivamente, in quanto dato di fatto nella situazione determinata, ma assume valore a seconda del soggetto cui la si riferisce, distinguendo l'errore inevitabile quale conseguenza di un'oggettiva situazione ingannevole, dall'errore imputabile al soggetto volutamente "cieco" e avverso ai valori tutelati dall'ordinamento¹⁵³. Ogni qualvolta, per oscurità del testo legislativo piuttosto che per un contrasto giurisprudenziale, al soggetto che, attraverso un'attenta valutazione del caso concreto¹⁵⁴, sia incorso in un errore di diritto inevitabile, può essere riconosciuta, come causa scusante, l'ignoranza della legge. La conoscenza, o potenziale conoscibilità¹⁵⁵, del precetto penale diviene un fondamentale ed imprescindibile presupposto del rimprovero soggettivo.

In conclusione, la sentenza 364/1988 costituisce la prima effettiva presa di posizione da parte della Consulta in relazione al principio di colpevolezza, e, come mai fino a quel momento, posto a fondamento di una dichiarazione di illegittimità costituzionale.

¹⁵⁰ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 696. «La questione specifica dell'ignoranza di legge si riconnette in definitiva – nella motivazione della sentenza n. 364/1988 – alla questione generale del volto costituzionale del sistema penale, quale momento (a sua volta) della costruzione e della garanzia di un equilibrato rapporto fra Stato e cittadini, autorità e libertà: fra la tutela dei beni giuridici mediante la coercizione penale, e la tutela dell'individuo di fronte alla coercizione».

¹⁵¹ *Ivi*, 698.

¹⁵² La Corte sottolinea come riconoscere incondizionata rilevanza all'ignoranza della legge, significherebbe «rimettere alla variabile "psicologia" dei singoli la tutela di beni che, per essere tutelati penalmente, si suppone siano fondamentali per la società e per l'ordinamento giuridico statale».

¹⁵³ PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile*, cit., 452.

¹⁵⁴ La Corte ribadisce con fermezza che devono giudicarsi distintamente l'ipotesi in cui il soggetto sia incorso in un errore, quale conseguenza di un atteggiamento di totale indifferenza, dal caso in cui il soggetto abbia tentato di informarsi in merito alla norma che viene in rilievo nel caso concreto. L'oggettiva possibilità di conoscere il precetto diviene effettiva conoscenza dello stesso «attraverso la "mediazione" ovviamente insostituibile, dell'attività conoscitiva dei singoli soggetti».

¹⁵⁵ PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 697. Questi fattori divengono veri e propri parametri per valutare la qualità del rapporto tra cittadini e ordinamento giuridico.

Quel che traspare dal pensiero della Corte, è un nuovo orizzonte per il principio di colpevolezza, quale espressione del sorgere di un «personalismo penale»¹⁵⁶, per una completa valorizzazione della persona umana e di tutte le componenti, oggettive e soggettive, che incidono sul processo motivazionale e che rappresentano condizioni di concreta applicabilità della norma.

5. Le sentenze «additive» 1085/1988 e 322/2007 della Corte Costituzionale

Il percorso della giurisprudenza costituzionale sin qui esposto, fino alla storica sentenza n. 364/1988, evidenzia un atteggiamento di incostanza ermeneutica seguito dalla Consulta, che ha, nel tempo, aderito a differenti orientamenti, e, in plurime decisioni, rivisitato le posizioni precedentemente ribadite.

La portata innovativa della sentenza n. 364/1988 non si manifesta esclusivamente per il suo contenuto, e per tutte le conseguenze che ne derivano, ma, anche, poiché sancisce una forte presa di posizione, avvalorata dalle successive pronunce «additive» operate dalla Corte Costituzionale nell'ambito della colpevolezza, in netta continuità con la predetta.

In particolare, viene in rilievo la pronuncia n. 1085/1988, con la quale la Corte applica, per la prima volta, i principi enunciati nella 364/1988, e così ponendo un'ulteriore pietra miliare nella genesi interpretativa dell'art. 27, primo comma, Cost., quale principio per fatto proprio colpevole. Nel caso di specie, sospetto di illegittimità costituzionale, proprio per un potenziale conflitto con il «nuovo» principio di colpevolezza, è il furto d'uso, regolato dall'art. 626 c.p. primo comma¹⁵⁷, nella parte in cui non prevede le ipotesi di mancata restituzione della cosa sottratta, dovute a cause non imputabili all'agente, quali il caso fortuito o la forza maggiore¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e nuovi orizzonti della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1988, 920 ss.

¹⁵⁷ «Se il colpevole ha agito al solo scopo di fare uso momentaneo della cosa sottratta, e questa, dopo l'uso momentaneo, è stata immediatamente restituita», art. 626, primo comma, c.p., numero 1.

¹⁵⁸ VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 299; INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d'uso (osservaz. A Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085)* in *Foro it.*, 1989, 1378. L'autorevole intervento della Corte, alla luce della nuova prospettiva introdotta dalla sentenza n. 364/1988, costituisce un espediente attraverso il quale ripensare la categoria della responsabilità oggettiva, e, in relazione al caso esaminato, del principio del *versari in re illicita*.

Preliminare alla più ampia tematica della compatibilità costituzionale tra la disposizione oggetto della decisione e il principio di colpevolezza, è uno sguardo alla struttura della fattispecie. Secondo l'interpretazione nettamente prevalente¹⁵⁹, l'art. 626 primo comma, nel regolare il furto d'uso, attribuisce alla restituzione la qualifica giuridica di elemento meramente obiettivo della fattispecie, tale per cui, essendo estraneo rispetto al nucleo del precetto, la mancata restituzione, pur se dovuta ad una causa non imputabile all'agente, integra il più grave furto comune, ex art. 624 c.p.¹⁶⁰. Il furto d'uso, dunque, oltre agli elementi costitutivi relativi al furto comune¹⁶¹, necessita del fine, che si pone l'agente, di fare un uso momentaneo della cosa sottratta, per poi restituirla immediatamente. Le due fattispecie divergono tra loro su un duplice piano: ad una diversità ontologica¹⁶², data dalla differente componente materiale del furto d'uso, che si consuma non con lo spossessamento ma con l'utilizzo della cosa, consegue un diverso elemento psicologico¹⁶³, nella specie, un dolo specifico, in forza del quale il soggetto, prima agisce allo scopo di impossessarsi della cosa, per farne un uso momentaneo, e poi di restituirla immediatamente.

L'impostazione tradizionale concepisce la mancata restituzione quale condizione obiettiva di punibilità, alla stregua di una condotta susseguente rispetto alla già avvenuta consumazione del reato, estranea al fatto tipico, e, dunque, non necessariamente sorretta da un coefficiente psicologico.

La Consulta, opponendosi a questa interpretazione, sottolinea l'esigenza, per poter riconoscere rilevanza normativa alla restituzione, che questa sia psichicamente riconducibile al soggetto. Medesimo discorso vale per la mancata restituzione: coerentemente con il principio di colpevolezza, la mancata restituzione non può comportare l'automatica applicabilità del furto comune, qualora non sia assistita dal relativo momento psicologico, ossia, la volizione di non restituire la cosa precedentemente sottratta. Ogni qualvolta il soggetto agente, essendosi sempre

¹⁵⁹ Per tutti DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951, Napoli, 58.

¹⁶⁰ INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza*, cit. 1378.

¹⁶¹ L'azione di impossessarsi della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne un profitto per sé o per altri (dolo specifico).

¹⁶² DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 56.

¹⁶³ Nel furto d'uso il soggetto non agisce al fine di trarre un profitto dall'impossessamento, come nel furto comune, quanto dall'uso momentaneo che fa della cosa sottratta.

prefigurato l'intenzione di restituire la cosa, non abbia materialmente potuto farlo per caso fortuito o forza maggiore, dovrà essere rimproverato per furto d'uso, e non per il più grave furto comune¹⁶⁴. Altrimenti, addebitare al soggetto la fattispecie di furto comune, quale riflesso della mancata restituzione – dovuta ad una causa a lui non imputabile – significa attribuirgli una conseguenza non voluta, ricadendo in una caratteristica ipotesi di responsabilità oggettiva.¹⁶⁵

Facendo piena applicazione dei principi enunciati nella n. 364/1988, la Corte richiama l'imprescindibile relazione, quantomeno nella forma della colpa, tra il soggetto e il fatto, al fine di poter muovere un rimprovero. Nella precedente decisione la Consulta richiama «gli elementi più significativi della fattispecie», senza averne specificato i contenuti; con la sentenza n. 1085/1988, la Corte compie un ulteriore passo in avanti: «in sede di colpevolezza, si analizzino i diversi dati, i singoli elementi che contribuiscono a contrassegnare il disvalore oggettivo del tipo: ed è in relazione a ciascuno di tali elementi che va ravvisata la rimproverabilità dell'autore del fatto perché possa concludersi per la sua personale responsabilità penale».

In tal modo, una piena attuazione del principio di colpevolezza richiede che non soltanto sussista un coefficiente psicologico tra l'autore e tutti gli elementi del precetto che ne rappresentano il disvalore, ma anche che per ciascuno di essi l'agente sia rimproverabile¹⁶⁶. Da ciò ne discende che la Corte difende la legittimità di elementi, quali le condizioni estrinseche di punibilità, che si collocano al di fuori delle componenti soggettive della fattispecie¹⁶⁷.

Per concludere la disamina della sentenza in questione, la Corte dichiara la parziale illegittimità dell'art. 626 primo comma, c.p. nella parte in cui non estende la disciplina prevista alla mancata restituzione della cosa sottratta, se dovuta a caso

¹⁶⁴ INGROIA, *Ulteriori sviluppi*, cit., 1379.

¹⁶⁵ L'impostazione tradizionale era solita richiamare, a sostegno dell'irrelevanza del caso fortuito o della forza maggiore, il brocardo «*qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*».

¹⁶⁶ «Perché l'art. 27, primo comma, Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti, del dolo o della colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

¹⁶⁷ «Soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità ex art. 27, primo comma, Cost.»

fortuito o forza maggiore. Nell'ottica di una responsabilità per fatto proprio colpevole, il furto comune risulta applicabile, in luogo del furto d'uso, alla sola condizione che, all'originaria volizione di restituire la cosa sottratta, si sostituisca altra, divergente, intenzione¹⁶⁸.

Il principio di colpevolezza viene nuovamente affrontato dal Giudice delle leggi in altra sentenza, la n. 322/2007, relativa all'art. 609 *sexies* c.p., che statuiva¹⁶⁹ l'irrelevanza dell'ignoranza dell'età della persona offesa nei delitti contro la libertà sessuale¹⁷⁰. La preclusione, introducendo una presunzione *iuris et de iure* di conoscenza dell'età della vittima, costituiva un'agevolazione probatoria, data l'esclusione di qualsiasi riscontro fattuale, inerente le condizioni che possano aver indotto in errore l'imputato, sull'età della persona offesa¹⁷¹. Così, il soggetto agente non avrebbe potuto provare l'incolpevole ignoranza dell'età della persona offesa, o, in alternativa, l'erronea convinzione di un'età maggiore.

In questa prospettiva, si ravviserebbe una violazione del primo comma dell'art. 27, Cost.¹⁷² Come già più volte ricordato, la disposizione richiama l'imprescindibile correlazione subiettiva tra l'agente e il nucleo significativo della fattispecie, espressione del disvalore penale del fatto. Il disvalore dell'art. 609-*sexies*, erede dell'abrogato art. 539¹⁷³, è integralmente concentrato sull'età della

¹⁶⁸ Per completezza espositiva, si ricorda anche la sentenza 179/1991, che dichiara non fondata la questione di illegittimità costituzionale sollevata in merito al furto d'uso militare (art. 233, primo comma, n.1 c.p.p.) nella parte in cui non estende la disciplina prevista alla mancata restituzione della cosa sottratta, dovuta a colpa dell'agente. Ciò proprio perché, secondo i principi ribaditi nelle sentenze 364/1988 e 1085/1988, è sufficiente il coefficiente subiettivo minimo, tra agente e fatto, quantomeno nella forma della colpa, per stabilire la rimproverabilità dell'agente.

¹⁶⁹ Il legislatore è intervenuto, aggiungendo la formula «salvo che si tratti di ignoranza inevitabile» con l'art. 4, L. 1 ottobre 2012, n. 172.

¹⁷⁰ La citata disposizione richiama espressamente gli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 609-*undecies*, 609-*quinquies*.

¹⁷¹ ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario temperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, Cass. Pen., 2008, 21.

¹⁷² «Ostinata riproposizione di una norma dichiaratamente incostituzionale» citazione di VERRI, *L'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609-sexies)*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. X, Vicenza, 2015, 459.

¹⁷³ Il contenuto dell'art. 539 viene integralmente trasposto nell'art. 609-*sexies*, introdotto con l'art. 7 della l. 15 febbraio 1996, n.66 (Norme contro la violenza sessuale), nonostante l'unanime disapprovazione della dottrina penalistica, concorde nel censurare l'illegittimità costituzionale della norma, in violazione dell'art. 27, primo comma, Cost. Riguardo all'abrogato art. 539, per tutti, PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrelevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio "assurda"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429; a seguito dell'introduzione dell'art. 609-*sexies* MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie*

persona offesa, che costituisce il discrimen tra un'azione penalmente rilevante, ed un'azione altrimenti lecita¹⁷⁴. L'età della vittima assurge, pertanto, ad elemento costitutivo della fattispecie¹⁷⁵, e, ancora più specificamente, rappresenta la *ratio essendi* della norma, posta a tutela di quei soggetti più deboli, ritenuti incapaci di prestare un valido consenso. Anche in relazione a questa ipotesi si ripropone, dunque, la necessità, al fine di rispettare il principio di responsabilità penale personale, che tra l'agente e gli elementi della fattispecie sia stabilito un nesso psichico, quantomeno a titolo colposo, poiché, diversamente si configurerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

L'art. 609-*sexies*, prescindendo dalla conoscenza dell'età della vittima, sanciva una deroga ai criteri di imputazione soggettiva, ossia al dolo e all'errore sul fatto¹⁷⁶.

Ciò risultava paradossale alla luce dei precedenti interventi della Consulta, palesemente contraddetti da tal previsione, considerando che qui l'*ignorantia aetatis* rappresenta il fondamento dell'illecito, distintamente dal furto d'uso, del quale si è riconosciuta la necessaria rimproverabilità anche per la mancata restituzione, nonostante il soggetto versi in *re illicita*.

Tale discostamento dalla disciplina generale dell'imputazione subiettiva era giustificato dalla predetta esigenza di un trattamento rafforzato per i soggetti più deboli, allo scopo di garantirne una più efficace tutela, subordinando l'istanza garantistica della colpevolezza a preponderanti finalità preventive. A tale

qualificate nella riforma del diritto penale (L. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395; relativamente all'incompatibilità con l'art. 27, terzo comma, Cost. per inutilità del fine rieducativo della pena BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali*, COPPI (a cura di), Torino, 2000, 110 ss. L'art. 539 era stato già oggetto di differenti pronunce da parte della Corte Costituzionale (n. 107/57, 20/71), con le quali, attraverso un'interpretazione riduttiva dell'art. 27, primo comma, Cost., ne aveva sancito la legittimità.

¹⁷⁴ ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale*, cit., 21.

¹⁷⁵ Altrimenti considerato presupposto del reato, poiché non attinente alla condotta materiale del reato, ma alle caratteristiche del soggetto passivo. FIANDACA, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, in *Foro It.*, 1983, 2652.

¹⁷⁶ Nel caso in cui il soggetto sia incorso in errore sul fatto, ex art. 47 c.p., ne risponde a titolo di colpa, qualora il reato sia previsto anche nella forma colposa. Considerata la natura dell'art. 609-*sexies*, del quale non è regolata una corrispondente fattispecie colposa, il soggetto sarebbe, dunque, stato punito nonostante fosse incolpevolmente caduto in errore sull'età della persona offesa.

impostazione si era osservato¹⁷⁷ che, a prescindere dagli interessi in gioco, seppur costituzionalmente protetti, non poteva rinunziarsi al rispetto del principio di colpevolezza, il cui giudizio necessita, sempre, di una rimproverabilità condizionata dalla conoscenza integrale di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie.

Proprio per questo, la dottrina penalistica¹⁷⁸ ha elaborato un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, considerando l'art. 609-*sexies* già intrinsecamente connotato dal limite della colpa: nella sfera dei reati sessuali, il soggetto sarebbe scusato esclusivamente nel caso di ignoranza inevitabile dell'età della vittima, o dell'erronea supposizione di un'età maggiore.

La Consulta, riconoscendo corretta la ricostruzione offerta dal giudice remittente, dichiara, tuttavia, la questione inammissibile, data l'erronea formulazione del *petitum* del giudice *a quo*. Richiamando i precedenti, le sentenze n. 364/1988 e n. 1085/1988, la Corte ammette la necessità di analizzare la fattispecie in questione alla luce del “nuovo” principio di colpevolezza, quale garanzia, per i consociati, per «libere scelte d'azione». Al contempo, sottolinea che dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 609-*sexies*, implicherebbe l'automatica applicabilità della disciplina generale in materia di imputazione dolosa e di errore sul fatto, ex artt. 43 e 47 c.p., e, conseguentemente, richiederebbe che la conoscenza dell'età della vittima rientri nella componente rappresentativa del dolo. Ancor più grave, secondo la Corte, sarebbe la lacuna normativa che si verrebbe a creare. L'ordinamento vigente non prevede delitti contro la libertà sessuale a titolo di colpa, *id est*, l'errore sul fatto in cui incorre il soggetto non lo renderebbe punibile a titolo di colpa. In ragione di ciò, il *corpus* di norme in tema di libertà sessuale, posto a tutela dei minori, non potrebbe assolvere quelle fondamentali esigenze politico-criminali che gli sono attribuite.

¹⁷⁷ PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., 437 ss. «Il principio di colpevolezza non rappresenta una sorta di cedimento di fronte alle esigenze di tutela, una concessione revocabile quando esse si presentino “particolarmente” accentuate. Al contrario, tale principio condiziona il senso stesso della tutela, in quanto essa, realizzandosi attraverso la comminazione, l'applicazione e l'esecuzione di una pena, non può che ruotare intorno a quest'asse. Ed è noto che, avulsa da un nesso di imputazione personale del fatto, la pena smarrisce in realtà il suo significato funzionale (e con essa lo perde anche la tutela alla cui realizzazione la pena è finalizzata)».

¹⁷⁸ MARANI, FRANCESCHETTI, *I reati in materia sessuale*, Giuffrè, 2001, 102 ss.

Inoltre, aggiunge la Corte, una potenziale lesione del principio di colpevolezza potrebbe investire non tanto la deroga ai criteri di imputazione dolosa, quanto l'inderogabile irrilevanza dell'ignoranza o dell'errore della persona offesa¹⁷⁹. Specie poiché le citate sentenze n. 364/1988 e 1085/1988 richiedono quantomeno un rimprovero a titolo di colpa, per gli elementi del reato rappresentativi il disvalore penale del fatto.

Nel richiedere l'integrale incostituzionalità del 609-sexies, il giudice *a quo* omette un'interpretazione conforme alla Costituzione, in forza della quale, la richiesta avrebbe dovuto censurare il conflitto tra il principio di colpevolezza e la disposizione, nella parte in cui non riconosce rilievo all'ignoranza o all'errore inevitabile sull'età della vittima¹⁸⁰. Alla stregua di quanto affermato nella n. 364/1988, stabilendo un parallelismo tra *error aetatis* ed *error iuris*, la Corte richiama il particolare dovere di impegno cognitivo in capo al soggetto¹⁸¹.

La decisione, tuttavia, ha rappresentato un primo passo per il procedimento di adeguamento della norma con l'art. 27, primo comma, Cost., culminato, poi, con il già citato intervento del legislatore¹⁸² nel 2012 (legge n. 2012/172), che ha espressamente riconosciuto efficacia scusante all'ignoranza od errore inevitabile dell'età della vittima.

Conclusa l'esposizione circa il principio di colpevolezza nella giurisprudenza costituzionale, si nota una netta continuità, dopo la 364/1988,

¹⁷⁹ VERRI, *L'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609-sexies)*, cit. 470.

¹⁸⁰ Nelle precedenti 364/1988 e 1085/1988, i giudici rimettenti non avevano richiesto l'abrogazione delle disposizioni censurate (artt. 5 e 626, primo comma, c.p.), quanto la loro conformazione al principio di colpevolezza.

¹⁸¹ «L'ignoranza e l'errore inevitabile – per come sono stati evocati dalla sentenza 364/1988, quale coefficiente minimo indispensabile e limite estremo di rimproverabilità, e quindi di compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, primo comma, Costituzione – non possono fondarsi soltanto, od essenzialmente sulla dichiarazione della vittima di avere un'età superiore a quella effettiva. Il giudizio di inevitabilità postula, infatti, in chi si accinga al compimento di atti sessuali con un soggetto che appare di giovane età, un "impegno conoscitivo proporzionato alla pregnanza dei valori in giuoco, il quale non può certo esaurirsi nel mero affidamento nelle dichiarazioni del minore: dichiarazioni che, secondo la comune esperienza, possono bene risultare mendaci, specie nel particolare contesto considerato»

¹⁸² Il legislatore, dopo le decisioni della Consulta sul terreno della colpevolezza, è intervenuto in forma alquanto contraddittoria. Allineandosi all'orientamento ribadito nella sentenza n. 364/1988, ha modificato il regime di imputabilità delle circostanze aggravanti, introducendo un secondo comma, in forza del quale queste possono addebitarsi al soggetto, qualora siano da lui conosciute, o, quantomeno, da lui ignorate o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Tuttavia, come detto, con l. n. 66/1996, ha riprodotto il contenuto del precedente art. 539 nel 609-sexies c.p.

nell'interpretazione dell'art. 27, primo comma, Cost., quale responsabilità per fatto colpevole, perpetrato anche nella realtà normativa.

6. Il principio di colpevolezza nella prospettiva di un «personalismo penale»

La “nuova era”¹⁸³ della colpevolezza, dichiarata dalla sentenza 364/1988, propone possibilità di riflessione pressoché sterminate, come del resto lo stesso principio in questione, alla luce della nuova veste conferitale dalla pronuncia della Consulta. Ed è proprio da questo che è opportuno trarre il fondamento preliminare della ricerca. In ragione di quanto detto finora, la colpevolezza assume un triplice significato concettuale: a) quale categoria dogmatica appartenente alla struttura del reato, ed in particolare, volta a determinare i criteri di imputazione subiettiva; b) quale criterio di commisurazione della pena, tale per cui ad una maggiore colpevolezza, in particolare ex art. 133 c.p., nelle forme dell' intensità del dolo o del grado della colpa, corrisponde l'irrogazione di una pena più grave; c) quale principio costituzionale¹⁸⁴, di natura dimostrativa¹⁸⁵, costruito mediante una lettura congiunta di primo e terzo comma dell'art. 27 Cost, che rappresenta un valore cogente per il legislatore in sede di incriminazione di fatti penalmente rilevanti, e che permea l'intero ordinamento penale.

Se, in tempi lontani, la colpevolezza poteva configurarsi quale criterio di indirizzo politico-criminale, coerentemente con un'interpretazione evolutiva del testo costituzionale, ora incarna un caposaldo del diritto penale di stampo liberale – che ripudia ogni tipologia di responsabilità penale fondata sulla mera realizzazione di un fatto¹⁸⁶ - al fianco di principi quali quello di offensività, di legalità, di irretroattività, tassatività e sufficiente determinatezza della norma penale,

Il principio di colpevolezza ha inoltre natura prettamente assiologica e, come tale, si rivela necessariamente indeterminato nei suoi massimi confini¹⁸⁷ e

¹⁸³ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 174.

¹⁸⁴ Come tutti i principi costituzionali in materia penale esplicanti un duplice ruolo: la predetta funzione di indirizzo politico per il legislatore, e la funzione garanzia nei confronti del cittadino, come argine al potere punitivo dello Stato.

¹⁸⁵ DONINI, *Teoria del reato, Una introduzione*, Padova, 1996, 29.

¹⁸⁶ GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 123 ss.

¹⁸⁷ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 43; GIUNTA, *Principio e dogmatica*, cit., 123 ss.

nelle sue potenzialità applicative. Difatti, proprio perché criterio attinente ad una dimensione assiologica, richiama costantemente un procedimento eterointegrativo attraverso i più ampi e disparati campi del sapere, quali la neuroscienza, la psicologia ecc. che tendono a renderlo una clausola generale suscettibile di un'elastica forma di concretizzazione¹⁸⁸. Al contempo, nella colpevolezza si rinviene quel fondamento metagiuridico, intriso di implicazioni filosofiche¹⁸⁹ ed ideologico-politiche, che la rende mutevole nel tempo e difficilmente catalogabile secondo schemi ben determinati.

Denominatore comune, peraltro, condiviso con tutti i principi costituzionali di natura regolativa: questi sono caratterizzati da «un relativismo storico»¹⁹⁰, in forza del quale appare ostico fornirne una definizione preventiva, poiché il loro contenuto intrinseco è volto ad assumere significati relativamente stabili e definiti, in forza di un procedimento di continuo rinnovamento, conseguente al momento storico di riferimento¹⁹¹. Esemplare di ciò è lo stesso percorso della colpevolezza precedentemente esposto, che *ab origine* assume la natura di un esclusivo divieto di responsabilità per fatto altrui, ed ora è sinonimo di responsabilità per fatto proprio colpevole.

Alla luce di ciò, considerata l'ampiezza del concetto, e la sua sottesa inafferrabilità, risulta più opportuno¹⁹² evitare qualsiasi determinazione specifica del contenuto della colpevolezza – che circoscriverebbe il principio entro limiti che inibirebbero soltanto il suo sviluppo - in favore di un approccio maggiormente focalizzato sull'impatto che il principio, e la sua dinamica implementazione, comportano nella struttura del reato e nel diritto vivente. Nel caso di specie, occorre dunque procedere a verificare quel che ha realmente significato la sentenza n. 364/1988 nella materia penalistica e, più nello specifico, in relazione al giudizio di rimproverabilità del soggetto agente per la condotta illecita.

¹⁸⁸ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 43.

¹⁸⁹ Basti pensare ai vari tentativi intrapresi agli inizi del XX secolo circa la dimostrabilità della libertà del volere. Vedi per tutti SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, Milano, 1937.

¹⁹⁰ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 122.

¹⁹¹ SPASARI, *Diritto penale*, cit., 58. «Si tratta, invero, ed è quasi ovvio il rilevarlo, non già di formulare delle premesse filosofiche personali e di ricavarne sillogisticamente delle deduzioni bensì di ricercare il fondamento razionale della responsabilità penale del quadro ideologico e politico scelto dal legislatore, ossia di tenere costantemente legato il procedimento ermeneutico al contesto storico nel quale il dato normativo è inserito e del quale è puntuale espressione».

¹⁹² BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 122.

La già citata sentenza porta con sé il vento dell'innovazione, rinvigorendo un dibattito precedentemente precluso dalla mancanza di riferimenti nel diritto positivo. L'orientamento ribadito dalla Consulta sancisce infatti la possibilità di giungere ad una maggiore personalizzazione del giudizio di colpevolezza, nell'ottica di una più profonda rilevanza dei profili dell'atteggiamento interiore del soggetto¹⁹³, per il processo motivazionale e le circostanze concomitanti in cui lo stesso si trova ad agire.

In particolare, il significato personalistico¹⁹⁴ del giudizio di colpevolezza deve rappresentare anche il fondamento morale della pena nei confronti del reo¹⁹⁵. Proprio in ragione di ciò, la lettura dell'art. 27 terzo comma Cost., proposta dalla Corte Costituzionale, appare ulteriormente «imposta»¹⁹⁶ da una colpevolezza percepita ormai come espressione di istanze etiche di rimprovero morale¹⁹⁷, ad immagine di un sistema¹⁹⁸ propenso ad etero-integrarsi con dettami di tipo etico - sociale.

Ancor prima di specificare il contenuto di queste premesse, bisogna contestualizzarne la portata. Infatti, coerentemente con la visione naturalistica¹⁹⁹ del reato accolta dal nostro ordinamento, in cui prevale un approccio oggettivistico²⁰⁰, si resta comunque nell'ambito di una colpevolezza per il singolo fatto, e la lesione del bene giuridico, in omaggio al principio di offensività, rappresenta ancora il principale punto di riferimento. L'atteggiamento interiore del soggetto può trovare perciò una sua collocazione nel giudizio di colpevolezza solo ed esclusivamente in relazione a quel particolare fatto concreto, e nella misura in

¹⁹³ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 174.

¹⁹⁴ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 579. «Definiamo 'personalistico', come tale attinente al piano della colpevolezza e delle scusanti, ciò che presiede alla valutazione giuridica – e quindi, necessariamente, secondo schemi ermeneutici e le tecniche probatorie che il diritto offre – del processo formativo della volontà realizzatasi nell'illecito».

¹⁹⁵ Ivi, 583. Così nel richiamare il fondamento etico della pena nella concezione retributiva di BETTIOL, *Diritto penale*, 10° ed., Padova, 1976, 707 ss.

¹⁹⁶ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 383.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ DE FRANCESCO *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107 ss.

¹⁹⁹ VENAFAO, *Scusanti*, Torino, 2000, 67.

²⁰⁰ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 174. Sebbene anche la stessa dottrina penalistica, certamente non fedele ad una visione soggettiva del reato, abbia manifestato interesse alla personalizzazione del rimprovero di colpevolezza.

cui vi possa aver influito, senza degenerare in visioni fondate sulla personalità dell'agente o sul suo modo di essere²⁰¹, che peraltro potrebbero causare un regresso ad infinitum nella vita del soggetto.

Se, concettualmente, il “nuovo” principio di colpevolezza mostra in modo chiaro la finalità di voler perseguire una maggiore individualizzazione del giudizio di responsabilità, la sua effettiva attuazione incontra differenti impedimenti.

In primo luogo, l'istanza personalistica stona con l'oggettivismo «imperante»²⁰² della prassi giudiziaria, tendente ad obiettivizzare perfino le categorie subietive. Basti pensare al procedimento di definizione ed accertamento del dolo eventuale precedentemente²⁰³ applicato, quale minore o maggiore consapevolezza della minore o maggiore probabilità del risultato²⁰⁴; o ancora al procedimento di accertamento della responsabilità colposa, fondato su una misura impersonale ed astratta²⁰⁵. La colpa, quale elemento psicologico, viene valutata alla stregua di «elementi obiettivi di imputazione soggettiva»²⁰⁶: il giudice si limita a verificare l'inosservanza di una regola cautelare, senza tenere in conto cosa il soggetto potesse prevedere nella situazione data, e se l'evento cagionato rientra tra quelli che la norma tende a prevenire, tanto basta a stabilire una colpa *in re ipsa*²⁰⁷.

Altro profilo da tenere certamente in considerazione è la stessa realtà normativa, la quale presenta ancora differenti fattispecie in conflitto con il principio di colpevolezza come precedentemente inteso: *l'aberratio ictus* plurilesiva ex art. 82 c.p., *l'aberratio delicti* ex art. 83 c.p., morte o lesioni come conseguenza di altro delitto doloso ex art. 586 c.p.²⁰⁸.

Dunque, è necessario individuare quella serie di elementi della colpevolezza che possano portare alla valorizzazione dell'atteggiamento del soggetto e del suo procedimento motivazionale, nel segno di un più accentuato personalismo dell'illecito.

²⁰¹ BLAIOTTA, *Commento all'art. 42 c.p.*, cit., 129.

²⁰² DONINI, *Teoria del reato*, cit., 159.

²⁰³ Come noto, il criterio distintivo tra colpa cosciente e dolo eventuale è stato recentemente ravvisato nella teoria dell'accettazione dell'evento. Cass., Sez. un., n. 38343/2014, la celebre sentenza Thyssenkrupp.

²⁰⁴ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 160.

²⁰⁵ *Ivi*, 260.

²⁰⁶ GALLO, voce *Colpa Penale*, in *Enc. Dir.*, Milano, vol. XIII, 1960, 636.

²⁰⁷ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 260.

²⁰⁸ *Ivi*, 253.

Ai fini della trattazione, è opportuno volgere lo sguardo verso le figure del dolo e della colpa. In particolare, queste svolgono un ruolo già sul terreno della tipicità, per quanto concerne l'elemento obiettivo del reato, prescindendo dalla formazione del volere, dal suo contenuto o dalla normalità del procedimento motivazionale. Rilevano, nella dimensione materiale del reato, in quanto fatto manifestatosi nella realtà esteriore, quali elementi, sempre di natura soggettiva, ma strettamente impersonali²⁰⁹. Accertato che il fatto sia tipico ed antigiuridico, è necessario valutare se sia anche colpevole, se cioè possa essere mosso un rimprovero al soggetto che lo ha commesso. Se nella originaria formulazione della colpevolezza, intesa quale rapporto psichico tra soggetto ed evento nelle forme del dolo e della colpa, era sufficiente stabilire il coefficiente psicologico richiesto, ora, nella prospettiva di una colpevolezza come quella accolta dalla sentenza n. 364/1988, questo non basta più, poiché implicherebbe semplicemente negare alla stessa colpevolezza quel carattere personalistico che le si intende attribuire.

La colpevolezza non si riferisce più ad un semplice giudizio di sintesi sul disvalore della volontà, ma attiene ad una concreta valutazione del processo motivazionale dell'agente, per evidenziare tutte le condizioni, oggettive e soggettive, che lasciano trasparire quel fatto come espressione della volontà del soggetto²¹⁰. Proprio per questo, nella valutazione della colpevolezza, al fianco di dolo e colpa, devono parimenti annoverarsi tutte le condizioni personali del soggetto, rilevanti nel caso concreto, relative al processo formativo del volere e alla normalità dello stesso.

Dunque, la colpevolezza non è più circoscritta soltanto al rapporto psichico tra autore e fatto tipico, ma investe tutte quelle componenti che costituiscono il reato e fondano la pena, ed assume un autonomo livello di imputazione per la valutazione di tutti gli elementi personalistici.

Nella specie, un ruolo di fondamentale importanza è riconosciuto alla normalità delle circostanze in cui il soggetto agisce, e della conseguente possibilità di riconoscere un normale procedimento di formazione del volere. Da questo

²⁰⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 546 ss.

²¹⁰ PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 908 ss.

concetto, in piena adesione alla concezione normativa della colpevolezza²¹¹, si elabora la categoria delle scusanti, o cause di esclusione di colpevolezza²¹². Queste, alla stregua delle scriminanti per l'antigiuridicità, rappresentano quelle condizioni negative per la sussistenza del dolo e della colpa, in presenza di un'anormale formazione del volere, e investono la delicata tematica dei rapporti tra colpevolezza e prevenzione cui ci si deve brevemente soffermare.

Infatti, ad una colpevolezza maggiormente personalizzata, attenta ad una concreta valutazione del procedimento formativo del volere del soggetto, può corrispondere un'esclusione della responsabilità penale²¹³ al ricorrere di quelle situazioni eccezionali connotate da un'anormalità motivazionale, che mal si concilia con quella funzionalità del diritto penale, tipica del nostro ordinamento, volta a dispiegare primariamente un'efficacia deterrente ed orientativa²¹⁴. Il binomio prevenzione- colpevolezza, che nel diritto penale mostra una netta propensione per la prima, comporta il sorgere di due differenti concezioni²¹⁵: la prima, di stampo personalistico, attiene alla dimensione personale del reato, e sostiene che la qualifica di colpevole debba esprimere una condizione soggettiva dell'agente, accertabile attraverso tutte le sue condizioni psico-fisiche; la seconda, denominata di carattere utilitaristico-funzionalista, ricerca il contenuto della colpevolezza, e di tutte le sue componenti strutturali, in esigenze di natura preventiva.

Partendo dall'assunto che la funzione preventiva non può essere empiricamente dimostrata in termini di certezza, ma soltanto di plausibilità, di conseguenza anche la colpevolezza dovrà essere concepita in termini realistici, rappresentativi del contesto fenomenico in cui si manifesta la condotta illecita. Perciò, se l'ordinamento penale presume che, nella data circostanza, il soggetto si trovasse nelle condizioni di poter assumere una condotta conforme alla norma, alla

²¹¹ L'istanza soggettivista si sviluppa infatti di pari passo al procedimento di normativizzazione della colpevolezza, dovendo includere tutte le condizioni e i presupposti per la disapprovazione della condotta assunta da parte del soggetto.

²¹² Alla tematica si dedica più specifica attenzione nel prosieguo della trattazione.

²¹³ GIUNTA, *Principio e dogmatica*, cit., 129. «Ne è conseguita l'assegnazione al principio di colpevolezza di contenuti che delimitano la spinta solidaristica del diritto penale ora dal suo interno, ponendosi come condizioni logiche della prevenzione, ora dall'esterno, rilevando come valori prioritari rispetto ad essa».

²¹⁴ PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 920 ss.

²¹⁵ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 14 ss.

stregua di un'aspettativa circa l'osservanza della condotta lecita, fondata sulla normalità delle circostanze, al contempo, dovrà prendere atto che possono profilarsi nella realtà esteriore situazioni tali per cui venga meno la capacità di compiere scelte razionali, riconducibili alla figura di un agente modello.

In sintesi, le cause di esclusione di colpevolezza - e medesimo ragionamento vale se, concretamente, la condotta fosse inesigibile - elidono quella presunzione di normalità delle circostanze²¹⁶, che la legge ritiene essere presente, e secondo la quale il soggetto può adempiere al precetto. Nel caso in cui, tuttavia, le condizioni in cui l'agente si trova ad agire siano anomale, tali cioè da precludere una normale formazione della volontà, riconoscere l'efficacia di una causa scusante non implica scalfire la tenuta dell'ordinamento e le sue istanze di prevenzione²¹⁷.

Nella circostanza concreta il soggetto avrebbe potuto agire conformemente al precetto, tuttavia viene esentato da pena poiché, per l'eccezionalità della situazione, la rinuncia alla sanzione non lede l'efficacia preventiva del sistema penale, e coerentemente con il terzo comma dell'art. 27 Cost., non necessita di alcuna rieducazione. In questa visione, la colpevolezza rappresenta un argine per la prevenzione, pur restringendo l'area della punibilità. Un fatto commesso intenzionalmente, o involontariamente per un atteggiamento colposo, può risultare non colpevole mediante una valutazione normativa del procedimento motivazione del soggetto²¹⁸.

La colpevolezza, secondo questo ordine di ragioni, assume la connotazione di un giudizio empirico-normativo, che si compone di una prima valutazione sulle condizioni attinenti il procedimento motivazionale dell'agente, in quanto dati empiricamente verificabili; cui consegue una valutazione normativa tra la norma e il procedimento formativo della volontà, con l'imprescindibile presunzione, per il soggetto, di poter agire diversamente²¹⁹.

²¹⁶ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 379.

²¹⁷ GIUNTA, *Principio e dogmatica*, cit., 129.

²¹⁸ DONINI, *Teoria del reato*, cit., 379.

²¹⁹ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 90.

Nel nostro ordinamento, dunque, a seguito della sentenza n. 364/1988, si intende una colpevolezza di stampo personalistico, che deve sempre essere contemperata con le massime esigenze preventive²²⁰.

7. Le cause scusanti nella teoria generale del reato

L'evoluzione in senso personalistico del principio di colpevolezza implica, dunque, necessariamente l'elaborazione di una categoria di scusanti. Nonostante ne sia stata ampiamente riconosciuta la valenza²²¹, tuttavia, si tratta dell'area inerente la colpevolezza decisamente meno approfondita da parte della letteratura penalistica, unanimemente concorde nell'individuare le ragioni di questa carenza di interesse²²².

In particolare, la problematica delle scusanti è strettamente correlata all'insufficiente sviluppo della concezione normativa della colpevolezza, oltreché ad un categorico rifiuto per il principio di inesigibilità, quale categoria generale di esclusione della responsabilità in senso scusante. Se dunque all'aprioristica negazione della concezione che maggiormente ha tentato di valorizzare le cause di scusa, si aggiunge la già citata predilezione del nostro ordinamento per l'elemento obiettivo del reato, è di agevole comprensione la ragione per cui alla categoria in

²²⁰ Contrariamente a quell'orientamento personalista, che fonda il giudizio di colpevolezza su un'integrale valutazione della psiche del soggetto, e delle condizioni rilevanti nel caso concreto. Questa prospettiva è decisamente sconfessata, nel nostro ordinamento, dalla realtà normativa. BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 90 ss.

²²¹ DELITALA, *Il fatto*, cit., 21, nell'individuare lo stato di necessità quale causa di esclusione della colpa, e non come causa di giustificazione; MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 183; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 268; MARINUCCI, *il reato come azione*, *Critica di un dogma*, Milano, 1971, 226, in particolare, al fine di evitare un'*interpretatio abrogans* dell'art 42 primo comma c.p., intenderne una formula riassuntiva di tutte le ipotesi di circostanze concomitanti anormali; MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1949, 89. Per l'Autore la colpevolezza si costituisce di imputabilità, dolo e colpa, assenza di cause di scusa o concreta inesigibilità della condotta doverosa; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 290. Le scusanti, il cui denominatore comune, dogmaticamente inteso, è la non esigibilità, sono una *species* del più ampio *genus* delle esimenti; PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, 429.

²²² PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, 4° ed., Torino, 2011, 463; VENEZIANI, *Motivi*, cit. 267; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55, ID, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 40 ss.; VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri, Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 245; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 364; PADOVANI, *Diritto penale*, 11° ed., Milano, 2017, 281; ID *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 814 ss.

questione – volta ad accentuare ulteriormente in senso individualizzante il giudizio di colpevolezza - si siano ricondotte, non senza ostacoli, soltanto le cause di esclusione del nesso psichico, quali l'errore nelle sue molteplici manifestazioni, e le cause di esclusione dell'imputabilità.

La stessa imputabilità è infatti stata storicamente intesa quale mera capacità di pena del soggetto, funzionale ad escludere la comminatoria della sanzione, e non il rimprovero. Inoltre, proprio perché concepita quale condizione per la regolare formazione della volontà, non sarebbe stato necessario procedere a delineare una classe di situazioni connotate dall'anomala costituzione del processo decisionale, se queste non possono verificarsi, una volta che è stata accertata l'imputabilità del soggetto²²³.

Più sinteticamente, la mancata elaborazione di una categoria delle scusanti si rispecchia nella simmetrica, assente, elaborazione di un concetto autonomo di colpevolezza²²⁴, precludendo così una fase valutativa delle categorie dell'illecito²²⁵. Il rinnovato interesse per la colpevolezza, a seguito della sentenza n. 364/1988²²⁶, ha suscitato anche un approfondimento in merito alle cause scusanti, ed alle varie ipotesi di queste normativamente contemplate, al fine di poterne trovare un'appropriata collocazione nell'ambito della teoria generale del reato.

Il legislatore del '30, al quale erano sconosciute molte delle odierne qualifiche formali – tra le quali, ovviamente, la problematica figura delle scusanti – ha previsto nel codice differenti ipotesi, sia di parte generale, sia di parte speciale, che stabiliscono la «non punibilità» del soggetto agente. Le fattispecie in questione, intrinsecamente legate tra loro per esentare da pena il soggetto, sono dogmaticamente riconducibili a tre categorie: a) le cause di giustificazione, o scriminanti; b) le scusanti, o cause di esclusione della colpevolezza²²⁷; c) le cause di non punibilità in senso stretto²²⁸.

²²³ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 575.

²²⁴ *Ivi*, 574.

²²⁵ VENAFFRO, *Scusanti*, cit., 67.

²²⁶ La stessa ha infatti espressamente riconosciuto che l'inevitabilità dell'errore sulla norma penale agisce quale causa di esclusione della colpevolezza.

²²⁷ In merito all'opportunità di impiegare un termine piuttosto che l'altro, o ancora di poterli utilizzare in forma equivalente, date le differenti interpretazioni affiorate in dottrina, si vedrà fra poco.

²²⁸ FIANDACA, MUSCO *Diritto penale, Parte Generale*, 6° ed., Bologna, 2009, 257.

Le cause di giustificazione, in armonia con una visione oggettivistica del reato, hanno destato vivo interesse nella dogmatica italiana, ed alla tematica è stato destinato un maggior approfondimento rispetto all'argomento qui trattato²²⁹. Queste presuppongono la commissione di un fatto tipico, completo in tutti i suoi elementi costitutivi, che tuttavia viene ad essere scriminato, ossia giustificato da parte dell'ordinamento, al ricorrere di una causa di liceità²³⁰. Elidendo il momento antigiusuridico del fatto, lo stesso non è considerato illecito, e, come tale, non assume una connotazione negativa²³¹. La valutazione sottesa alle cause scriminanti si fonda su un bilanciamento di interessi, tra la lesione del bene giuridico tutelato, e un bene di maggior valore, ritenuto tale da parte dell'ordinamento, che giustifica sia l'esenzione da pena, e, ancor prima, la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto. Proprio in ragione di un previo giudizio operato da parte del legislatore, le cause di giustificazione vengono in rilievo nella loro obiettività, con la conseguente operatività per la loro effettiva esistenza, e per l'estensione a chiunque partecipi alla commissione del fatto.

Contrariamente alle cause scriminanti, le scusanti si riferiscono ad un fatto tipico ed antigiusuridico, e, dunque, è assente un'oggettiva valutazione di liceità²³². Nonostante permanga l'obiettivo disvalore del fatto, che continua ad essere considerato socialmente dannoso, l'esenzione da pena si rinviene nella peculiare situazione psicologico-esistenziale vissuta dal soggetto, nel momento in cui si trova ad agire, e che l'ordinamento mostra di voler tenere in considerazione. I riflessi che l'alterazione motivazionale esercita nei confronti del soggetto, tali da integrare il concetto già ribadito di anormalità delle circostanze concomitanti, precludono così la formulazione del giudizio di colpevolezza in termini di rimproverabilità.

²²⁹ MORO, *L'antigiuridicità, cit.*, 147. «La teoria delle c.d. cause di esclusione della colpevolezza è svolta meno compiutamente che non quella delle cause di esclusione del momento oggettivo dell'antigiuridicità. La trattazione di questo punto dogmaticamente assai delicato vien soffocata sovente dalla eccessiva considerazione data a talune pretese cause di esclusione, come per es. l'errore e la non imputabilità, mentre vien trascurata quella veramente significante non esigibilità (*Nichtzumuthbarkeit*), che ha trovato poi invece miglior comprensione nella dottrina tedesca della colpa normativa».

²³⁰ Sono universalmente considerate cause di giustificazione: il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), la legittima difesa (art. 52 c.p.), l'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), lo stato di necessità (art. 54).

²³¹ ROMANO, *Cause di giustificazione, cit.*, 61.

²³² *Ibidem*.

In forza di una visione personalistica, come tale attinente ad una valutazione giuridica del processo formativo del volere estrinsecatosi nell'illecito²³³, la scusante si risolve nella tipizzazione normativa di un complesso di requisiti, condizioni e giudizi di valore²³⁴, capaci di escludere la motivabilità secondo il diritto, nonostante sussistano tutti gli elementi su cui si fonda la valutazione di colpevolezza (scientia iuris ed imputabilità)²³⁵. La soggettivizzazione delle cause di scusa può, inoltre, variare da fattispecie a fattispecie, per determinarne l'ambito di operatività²³⁶: in alcuni casi si richiede che il soggetto agente persegua un fine normativamente predeterminato, come l'ipotesi prevista dall'art. 384 c.p.; altre volte è sufficiente che ricorra una situazione tipica, senza un successivo accertamento del fine concretamente mirato dal soggetto, e viene in rilievo, per esempio, l'art. 307 c.p.

Le scusanti operano dunque su un piano esterno rispetto al reato, funzionalmente ad una valorizzazione di tutte le componenti personali significative per il caso concreto, dalle circostanze storiche del suo accadimento, alla personalità dell'autore, e, soprattutto, all'eccezionalità del procedimento motivazionale, *in limine* ad una valutazione che attesti la peculiarità del singolo, ma che non degeneri in un giudizio irripetibile, o con decisioni caso per caso²³⁷.

Il fondamento delle cause di scusa è stato individuato, oltreché nell'alterazione anomala della motivazione, sul presupposto che, in situazioni del genere, la pena non potrebbe svolgere alcuna efficacia special-preventiva²³⁸: sarebbe superflua²³⁹ la pena nei confronti di quel soggetto che ha subito un'incolpevole pressione decisionale, e dal quale non può, pertanto, esigersi un comportamento alternativo conforme alla norma. Proprio quest'ultimo concetto, altrimenti definito principio di inesigibilità²⁴⁰, è ritenuto essere la ratio ispiratrice, il denominatore comune, di tutte le cause scusanti, a cui l'evoluzione della

²³³ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 582.

²³⁴ DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 517.

²³⁵ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 463.

²³⁶ ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67.

²³⁷ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 584.

²³⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 364.

²³⁹ DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 583. Il soggetto non contesta la commissione dell'illecito, quanto l'esigibilità di una condotta diversa, conforme al precetto.

²⁴⁰ Non ci si sofferma in questa sede sulla questione, dal momento che il principio di inesigibilità sarà più dettagliatamente affrontato nel capitolo secondo.

concezione normativa²⁴¹ della colpevolezza ha riconosciuto il ruolo di causa di esclusione preterlegale della responsabilità penale, applicabile anche a quei casi non espressamente previsti dalla legge.

Relativamente a tutte quelle condizioni di anomala formazione del volere, finora denominate scusanti, si è prospettato un interrogativo di carattere linguistico, inerente la possibilità di impiegare il sostantivo «scusanti» e la formula «cause di esclusione della colpevolezza», in termini equivalenti, a poter dunque esprimere il medesimo concetto, o, se, al contrario, questi si riferiscano ad entità differenti.

Nonostante si sia dubitato²⁴² della stessa opportunità concreta di trovare la risposta ad un quesito del genere, poiché, in entrambi i casi, si perviene comunque ad escludere la responsabilità del soggetto, la questione è stata affrontata dalla dottrina penalistica italiana a seguito di un'impostazione elaborata da parte della dottrina tedesca. Quest'ultima ha individuato, quali cause di esclusione della colpevolezza, quelle ipotesi in cui viene integralmente elisa la possibilità di muovere un rimprovero²⁴³ al soggetto, tra cui la non imputabilità e l'errore inevitabile sul divieto. A fronte della totale assenza dei presupposti per cui il soggetto possa conformarsi al precetto, sussisterebbe una vera e propria necessità di scusarlo.

Le scusanti sarebbero viceversa caratterizzate dalla residua colpevolezza del soggetto, in quanto egli, imputabile, rimane motivabile ad osservare il precetto, tuttavia rimane esente da pena, poiché, l'ordinamento mostrerebbe "comprensione" nei suoi confronti, data la situazione esistenziale profilatasi nel caso concreto. I presupposti per un rimprovero ricorrono tuttavia, considerata l'eccezionalità delle circostanze, e l'inesigibilità della condotta lecita, l'ordinamento coglie l'opportunità per scusarlo²⁴⁴.

²⁴¹ Corollario della concezione normativa è che la volontà si possa costituire secondo circostanze concomitanti normali.

²⁴² VENEZIANI, *Motivi*, cit., 280.

²⁴³ CAVALIERE, *Riflessioni dottrinarie e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1479.

²⁴⁴ VENEZIANI, *Motivi*, cit., 281 ss.

Sebbene si sia affermata la sostanziale²⁴⁵ coincidenza tra scusanti e cause di esclusione della colpevolezza, una distinzione tra le due può ravvisarsi nei seguenti termini: le cause di esclusione, in ragione delle condizioni psico-fisiche dell'agente, della sua rappresentazione e capacità individuale nella situazione data, comportano la non rimproverabilità dell'autore del fatto, e rientrano nella categoria l'imputabilità e l'errore inevitabile sul divieto; le scusanti richiamano la presenza di circostanze esterne al soggetto, e alle loro ripercussioni emotivo-psicologiche, nei casi in cui la legge ne riconosca espressamente rilevanza.

Alla luce di quanto esposto, si può comprendere la complessità della figura delle scusanti. Una categoria concettualmente impegnata, considerate le implicazioni che ne derivano sul piano della prevenzione, per la potenziale collisione con le insuperabili esigenze di tenuta dell'ordinamento penale, ed al contempo ricca di risvolti pratici, circa l'individuazione di agevoli parametri di riferimento per la loro concretizzazione²⁴⁶, con particolare riguardo alla figura della inesigibilità.

Il tutto senza porre in secondo piano le molteplici modalità di manifestazione delle scusanti, che in alcuni casi possono incidere sul contenuto intellettuale della colpevolezza – come nel caso dell'errore inevitabile sul divieto – ed altre volte nel suo momento volitivo, relativamente al turbamento emotivo cui è sottoposto il procedimento di formazione del volere del soggetto²⁴⁷. Nonostante, dunque, tutte le conseguenze che derivano da una valorizzazione delle cause scusanti, queste colgono il segno di una colpevolezza in senso nettamente personalistico, e, più specificamente, di un diritto penale che riponga l'uomo, e ancor prima la sua dignità, quale obiettivo primario della sua tutela, e non della sua strumentalizzazione.

Nel nostro ordinamento sono generalmente ricondotte alla categoria delle scusanti²⁴⁸: l'art. 5 c.p., per errore inevitabile, perciò scusabile, sul precetto penale, a seguito della sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale; il difetto di

²⁴⁵ ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., 52 ss. Per il proseguo della trattazione si segue l'impostazione fornita dall'Autore.

²⁴⁶ La questione sarà più specificamente affrontata riguardo il principio di inesigibilità.

²⁴⁷ VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., 245 ss.

²⁴⁸ VENEZIANI, *Motivi*, cit., 281 ss.

imputabilità, nelle forme dell'incapacità di intendere e di volere, o per la minore età del soggetto; l'errore inevitabile sull'esistenza o sui limiti legali di una causa di giustificazione, o l'errore non colposo sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione, ex art. 59 terzo comma c.p.; l'ordine criminoso insindacabile, art. 51 quarto comma c.p.; lo stato di necessità determinato dall'altrui minaccia, altrimenti definito stato di necessità «scusante» ex art. 54 terzo comma c.p.; la violenza irresistibile, art. 46 c.p.; 307 terzo comma c.p., per quanto concerne l'assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, nel caso in cui il fatto sia commesso al fine di favorire un prossimo congiunto; art. 384 primo comma c.p., che stabilisce la non punibilità del soggetto che abbia commesso alcuni dei delitti contro l'amministrazione della giustizia, al fine di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore; art. 418 terzo comma.

Esemplare, del percorso sin qui descritto, è l'art. 384 terzo comma. Nel caso di specie, il soggetto non è esentato dall'applicazione della pena a seguito di un contemperamento degli interessi rilevanti, e dunque l'interesse pubblico dell'amministrazione della giustizia e della repressione dei reati da una parte, e dall'altra l'interesse personale o di un prossimo congiunto alla libertà e all'onore. Tutt'al più, l'ordinamento, valutata la situazione di forte turbamento emotivo in cui il soggetto si trova ad agire, riconosce che dallo stesso non possa esigersi un così elevato senso della giustizia, tale da richiedere al figlio di non aiutare il padre in un frangente giudiziariamente difficile, piuttosto che pretendere che lo denunci personalmente alle autorità²⁴⁹.

Per concludere la rassegna inerente le ipotesi di esclusione della pena, le cause di non punibilità in senso stretto prevedono un fatto tipico, antigiusuridico e colpevole.

Qui la valutazione che porta l'ordinamento ad esentare il soggetto da pena si colloca al di fuori della struttura del reato, prescindendo dal disvalore oggettivo del fatto o dalla situazione psicologica del soggetto, proprio perché, essendo il fatto già antigiusuridico e colpevole, questi si ritengono già sussistenti. Il fondamento per l'astensione dall'ascrizione della responsabilità concerne una valutazione di

²⁴⁹ ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 62.

opportunità politico-criminale²⁵⁰, relativa alla necessità o alla meritevolezza della pena, al fine di salvaguardare interessi, esterni al fatto, che potrebbero essere pregiudicati dalla concreta applicazione della pena. L'art. 649 c.p., per esempio, stabilisce una causa speciale di non punibilità, nell'ambito dei delitti contro il patrimonio, per il fatto commesso nei confronti di un prossimo congiunto, con la finalità di salvaguardare la stabilità del nucleo familiare, altrimenti compromessa dall'irrogazione della sanzione penale.

Emerge chiaramente la distinzione tra le cause scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto, chiamate ad assolvere funzioni ben differenti. Le prime tengono in considerazione la situazione psicologica in cui versa il soggetto nel momento in cui si trova ad agire, e sono, perciò, strettamente correlate al fatto. Le seconde esprimono un fine utilitaristico di stampo politico criminale²⁵¹.

8. La responsabilità dipendente da reato delle persone giuridiche

Il dibattito sulla colpevolezza è stato recentemente animato dall'introduzione della responsabilità amministrativa, dipendente da reato, delle persone giuridiche, con d. lgs. 231/2001²⁵². La peculiarità di un intervento di tal genere risiede proprio nella natura di questa responsabilità, qualificata formalmente come amministrativa, proprio al fine di eludere l'altrimenti esplicito ed inevitabile contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento penale, storicamente antropomorfo, concepito alla stregua di una persona fisica, "in carne ed ossa". Coerentemente con queste premesse, infatti, la letteratura penalistica ha sempre respinto qualsiasi possibilità di configurare una responsabilità penale per l'ente, strutturalmente incapace di poter ricevere e comprendere un rimprovero, precludendo alla pena irrogata una

²⁵⁰ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 257.

²⁵¹ ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 63 ss.

²⁵² Sul punto l'ampia letteratura DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012; PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.* 2001, 845; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; PASCULLI, *La responsabilità da 'reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, IV, 2008, 305; RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione, Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, 11.

funzione rieducativa e, dunque, difendendo strenuamente il principio «*societas delinquere non potest*».

La più manifesta delle violazioni, secondo coloro che si oppongono alla previsione di una responsabilità delle persone giuridiche, si rinviene nel contrasto con il principio di colpevolezza, nella sua accezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui, e nella sua più recente ed estensiva lettura, di responsabilità per fatto proprio colpevole²⁵³.

Riguardo alla responsabilità per fatto altrui, un insormontabile²⁵⁴ ostacolo è rappresentato dall'alterità tra persona fisica e persona giuridica. Punire l'ente per il reato commesso dalla persona fisica implicherebbe applicare la sanzione nei confronti di un soggetto diverso dall'autore materiale del reato, oltreché, ledere la posizione di soggetti estranei alla commissione dell'illecito, quali i soci di minoranza, i creditori sociali, i lavoratori. Data poi la natura artificiale dell'ente, questo non può essere destinatario di una volontà colpevole²⁵⁵, riferibile alla persona fisica, tale da poter delineare un'ipotesi di fatto «proprio», indice di un atteggiamento psicologico antidoveroso, da cui scaturisce la possibilità di muovere un rimprovero. La colpevolezza, concettualmente delineata per l'essere persona fisica, con implicazione etiche e costruita secondo parametri psico-fisici, necessita di un soggetto capace di poter dialogare con l'ordinamento, di poter interagire con i valori sociali, e psicologicamente suscettibile²⁵⁶ di essere dissuaso dalla commissione dell'illecito, mediante l'efficacia deterrente della pena.

Inoltre, ammettere la responsabilità del soggetto che, ontologicamente, non può essere rimproverato, comporta negare la funzione rieducativa della pena. Questa presuppone necessariamente un soggetto che, in primo luogo, percepisca il significativo disvalore della propria condotta, e la conseguente reazione punitiva prevista dall'ordinamento. Ancor più evidente risulterebbe l'integrale impossibilità, per l'ente, di essere risocializzato secondo i valori giuridicamente tutelati, al fine di

²⁵³ GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, II ed., Torino, 2020, 82.

²⁵⁴ RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione*, cit. 11.

²⁵⁵ BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951; ROMANO, *Societas delinquere non potest (Nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1035.

²⁵⁶ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 53.

un reinserimento sociale. Corollario di tutto ciò, sarebbe una trasvalutazione del diritto penale, non più funzionale alla tutela dei beni rilevanti, secondo una prospettiva assiologica, quanto piuttosto ridurlo «a pura tecnica di controllo sociale»²⁵⁷. Alla luce di tutte queste ragioni, si coglie l'ergersi dell'ineluttabile ostacolo dogmatico rappresentato dalla massima «societas delinquere non potest». Preso atto di un contesto decisamente avverso, si profilano anche orientamenti volti ad adeguare il diritto penale societario alla effettiva realtà imprenditoriale, per superare l'impostazione così consolidatasi²⁵⁸.

In particolare, focalizzando l'attenzione sulla struttura interna ed amministrativa dell'ente, possono cogliersi distorsioni nella gestione d'impresa, in cui la commissione dell'illecito è evidente espressione della politica adottata dalla persona giuridica, riconducibile a processi decisionali complessi, strumentale al raggiungimento delle sue finalità predeterminate, da cui traspare la probabile conclusione che l'autore non abbia agito autonomamente ed all'esclusivo intento di perseguire un proprio, personale scopo²⁵⁹. Pertanto, circoscrivere la comminatoria della sanzione alla sola persona fisica, autore del reato, negando all'ente ogni giuridica rilevanza, vuole dire colpire «un bersaglio parziale»²⁶⁰, senza ripristinare integralmente la realtà giuridica lesa dalla condotta illecita.

Inoltre, nella società odierna, è ormai noto il fenomeno della criminalità d'impresa, in grado di dispiegare dirompenti effetti per gli interessi fondamentali della società²⁶¹, e connotata da pericoli decisamente più elevati rispetto agli illeciti individuali, oltreché, tale da portare a gravi alterazioni del sistema economico,

²⁵⁷ FLORA, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in *Studi Urbinati*, 1994, 536. Il diritto penale «sia soprattutto un sistema posto a tutela di valori che dev'essere esso stesso "valore", espressione di civiltà giuridica».

²⁵⁸ Per tutti BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest"* cit., 951. «Malgrado il rafforzamento del principio numerosi sono i livelli ai quali riaffiora la problematica. Anzitutto: non è sempre agevole cogliere i motivi in virtù dei quali gli atti degli amministratori vengono, per il rapporto organico che lega questi ultimi all'ente, imputati alla società solo civilisticamente e non anche penalisticamente. Il differente trattamento appare ancor più ingiustificato nei casi in cui l'organo amministrativo funge da mero esecutore della politica d'impresa, della volontà assembleare o, meglio, del gruppo di potere in essa prevalente».

²⁵⁹ ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, 29.

²⁶⁰ *Ibidem*

²⁶¹ Si pensi alle attività espletate, nell'ambito dell'esercizio imprenditoriale, causative di inquinamento ambientale; alla commissione di fatti pregiudizievoli per la categoria dei consumatori; l'omessa previsione di un complesso di cautele per assicurare la tutela e la sicurezza dei lavoratori subordinati sul posto di lavoro.

come, per esempio, effetti distorsivi del regime concorrenziale. Proprio per le conseguenze superindividuali derivanti dai reati d'impresa, limitare la sanzione nei confronti della persona fisica appare insufficiente, necessitando, piuttosto, di coinvolgere, su piano punitivo differente da quello meramente privatistico²⁶², anche la persona giuridica.

Alla effettiva presa di coscienza del ruolo ricoperto dall'ente nell'attuale società del rischio, quale concentrazione di molteplici interessi intrinsecamente esposti alla commissione di illeciti, corrisponde, inoltre, l'affermazione della teoria dell'immedesimazione organica²⁶³. Secondo la teoria, anche detta organicistica, l'ente non è la mera proiezione della persona fisica, bensì, una realtà autonoma ed indipendente, che prende forma «nell'universo delle relazioni umane»²⁶⁴, titolare di una propria volontà collettiva, differente da quella dei singoli soci²⁶⁵, che si esprime mediante gli organi che, strutturalmente, la compongono, con i mezzi predisposti dalla trama societaria: riunioni, deliberazioni, votazioni²⁶⁶. Così, viene meno il rapporto di alterità tra ente e persona fisica, che diviene l'organo per mezzo del quale l'attività giuridica espletata è direttamente riferibile alla persona giuridica, come propria. Alla luce di ciò, nel momento in cui la persona fisica, rappresentante la volontà dell'ente e agente nel suo interesse, assume una condotta illecita, questa è, secondo la teoria sovraesposta, attribuibile all'ente stesso, chiamato a rispondere per un fatto proprio, e, così, superando l'invalidabile ostacolo del divieto di responsabilità per fatto altrui. Relativamente agli effetti che deriverebbero dall'applicazione della sanzione ai soggetti estranei che interagiscono con l'ente, la problematica svanisce nel momento in cui si prende atto che questa è una logica ed ineluttabile conseguenza, implicita nell'irrogazione della pena, che si riversa nel contesto di riferimento in cui la pena si applica. Dunque, per evitare ritorsioni

²⁶² Ovvero le sanzioni della restituzione e del risarcimento del danno. Queste non possono operare nell'ipotesi in cui non sussista un danno civilisticamente risarcibile, e, soprattutto, non sono idonee a dispiegare quei fini di deterrenza e prevenzione tipici della sanzione penale. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 54.

²⁶³ Sulla predetta teoria, e le differenze con la rappresentanza, per tutti CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995, 152 ss.

²⁶⁴ PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1178.

²⁶⁵ DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 83.

²⁶⁶ PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. Lavoro*, 1977, 357.

negative nei confronti di soggetti che non prendono parte alla commissione dell'illecito, si potrebbe optare per la predisposizione di un sistema sanzionatorio plasmato sulla base della persona giuridica di riferimento²⁶⁷.

In forza di queste ragioni, il mantenimento della massima «societas delinquere non potest» è niente più che la dimostrazione di un dogma ormai anacronistico, fedele ad una pura e formale concezione del diritto penale, ampiamente sconfessato dalla odierna realtà economica e dogmaticamente insostenibile.

Il tutto confluisce nell'accoglimento della necessità di configurare una responsabilità per le persone giuridiche che, sotto la spinta di istanze sovranazionali²⁶⁸, viene introdotta con d. lgs. 231/2001.

La responsabilità dell'ente, formalmente qualificata come amministrativa e dipendente dalla commissione di un reato²⁶⁹, ha suscitato un vivace dibattito specie per quanto riguarda la qualificazione della predetta responsabilità, che oscilla tra

²⁶⁷ PALIERO, *Problemi e prospettive*, cit., 1182.

²⁶⁸ Il decreto è attuativo della l. 29 settembre 2000, n. 300, presentata in questi termini “Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all’articolo K.3 del Trattato sull’Unione europea: Convenzione sulla tutela finanziaria della Comunità europea, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1975, del suo primo protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l’interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatta a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell’Unione Europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatto a Parigi il 17 dicembre 1997”. Si evince come il decreto in questione nasca al fine di promuovere strumenti per la lotta contro la corruzione, fenomeno di dimensione internazionale, ed eccezionale mezzo di distorsione della concorrenza.

²⁶⁹ Necessariamente tra quelli indicati dagli artt. 24-25 *duodecies*.

lanatura penale²⁷⁰, quella amministrativa²⁷¹ e quella di un eventuale *tertium genus*²⁷², categoria neutra che sintetizza le caratteristiche comuni delle due precedenti. La questione non attiene ad una valutazione meramente teorica, poiché dalla risposta al quesito dipendono importanti implicazioni pratiche, quali la normativa applicabile in caso di lacune o i principi generali di riferimento, nonostante si sia anche avanzata l'ipotesi che la discussione si riduca ad una mera «truffa delle etichette»²⁷³.

²⁷⁰ In favore della natura penale della responsabilità, orientamento decisamente prevalente, propende: la sua dipendenza dal reato-presupposto; la competenza del giudice penale, che accerta l'illecito addebitato all'ente congiuntamente al reato-presupposto, e che sussiste anche nel caso di estinzione del reato per una causa diversa dall'amnistia, o nel caso in cui l'autore del reato sia inimputabile o non sia stato identificato (art. 8); la natura della sentenza che definisce il giudizio; punibilità dell'ente anche a titolo di tentativo; il criterio di imputazione soggettivo; l'afflittività del trattamento sanzionatorio. Specialmente quest'ultimo riveste particolare rilevanza nella qualificazione della natura della responsabilità: la Corte Edu, sez. II nella pronuncia del 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia, relativa alle sanzioni pecuniarie amministrative previste nel t.u.f., ha affermato che una determinata sanzione, a prescindere da come sia formalmente intesa, può essere qualificata sostanzialmente penale, al ricorrere dei cosiddetti criteri di Engel, ossia la qualificazione giuridica dell'illecito del diritto interno, la natura dell'illecito e la natura e il grado di severità della sanzione. Corollario di ciò è che la sanzione, formalmente qualificata in modo differente, ma sostanzialmente penale, impone l'osservanza del diritto ad un equo processo, ex. Art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Sostengono la natura penale della responsabilità PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, cit., 845. Quale nuovo modello di responsabilità penale; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 305; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 175. Per la giurisprudenza Cass. pen., sez. II, n. 3615/2005 «ad onta del "nomen iuris", la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa, dissimula la sua natura sostanzialmente penale; forse sottaciuta per non aprire delicati conflitti con i dogmi personalistici dell'imputazione criminale, di rango costituzionale (art. 27 Cost.); interpretabili in accezione riduttiva, come divieto di responsabilità per fatto altrui, o in una più variegata, come divieto di responsabilità per fatto incolpevole»

²⁷¹ La tesi della natura amministrativa si fonda sulla rubrica del provvedimento, che recita testualmente «Responsabilità amministrativa da reato»; sulla procedura di archiviazione, effettuato senza un previo controllo giurisdizionale; la disciplina quinquennale della prescrizione; la disciplina prevista per la fusione e la scissione dell'ente. Per la natura amministrativa MARINUCCI, «*Societas puniri potest*»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1203. L'Autore richiama l'importanza rivestita dalla qualifica formale espressamente attribuita, alla responsabilità, dal decreto; PASCULLI, *La responsabilità da 'reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano*, cit.

Inoltre: «Nel vigente ordinamento, è prevista solo una responsabilità amministrativa e non una responsabilità penale degli enti (ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)» Cass. pen., Sez. Un., n. 10561/2014.

²⁷² Afferma la relazione illustrativa del decreto, in merito alla natura della responsabilità: «poiché conseguente da reato e legata (...) alle garanzie del processo penale, diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo ormai classicamente desunto dalla legge 689 del 1981. Con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo, nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia. Per tutti RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit. p. 30.

²⁷³ ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.

La disciplina si applica, ex art. 1 secondo comma, «agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica», ne rimangono dunque esenti, (terzo comma) Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici, nonché enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Il fine è, pertanto, quello di perseguire penalmente le condotte illecite compiute all'interno di enti collettivamente organizzati, dotati di una propria soggettività²⁷⁴, con necessaria alterità rispetto alla persona fisica autore del reato²⁷⁵, ed esercenti attività in forma economica, con finalità lucrativa. Di conseguenza, vengono esclusi dalla normativa tutti quegli enti pubblici non economici, che perseguono fini propri dello Stato, erogatori di beni e servizi pubblici, senza scopi di profitto, oltreché enti pubblici associativi quali ordini e collegi professionali. Per la rilevanza delle attività espletate, di primario interesse collettivo, l'applicazione della sanzione non sarebbe controbilanciata dalla privazione, per i consociati, dei servizi erogati.

La responsabilità, oltre a presupporre la commissione di un reato presupposto, si fonda su un criterio di imputazione oggettivo, l'interesse o vantaggio dell'ente, e uno soggettivo, il difetto di organizzazione, direzione o vigilanza.

In merito al primo, è necessario che dal compimento della condotta illecita da parte della persona fisica, ex art. 5 lett. a) i soggetti apicali²⁷⁶ o coloro che sono sottoposti²⁷⁷ alla loro vigilanza, lett. b), l'ente abbia tratto un interesse o vantaggio. Qualora l'autore del reato abbia agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi, l'ente non ne risponde, poiché viene meno il rapporto di immedesimazione organica, tale da non poter più riferire all'ente l'operato del soggetto, che agisce per fini estranei a quelli d'impresa. Relativamente alla distinzione tra interesse e

²⁷⁴ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale, Vol. I, I principi generali*, Torino, 2018, 91.

²⁷⁵ Nell'ambito di realtà quali i consorzi con attività esclusivamente interna, associazioni temporanee di imprese, associazioni in partecipazione, imprese familiari, condomini, non si rinvengono strutture e attività distinte da quelle dei loro componenti. Irrogare la sanzione nei confronti anche dell'ente vorrebbe dire punire, sostanzialmente, lo stesso soggetto per lo stesso fatto, con manifesta violazione del principio del *ne bis in idem*.

²⁷⁶ Coloro che «rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso». Il reato commesso dal soggetto posto al vertice dell'ente è intrinsecamente espressione della politica d'impresa adottata.

²⁷⁷ «Da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)».

vantaggio, il primo si connota quale direzione finalistica²⁷⁸ della condotta illecita, secondo una valutazione da effettuarsi *ex ante* ed in concreto, che sussiste in un'ottica potenziale, e prescinde da una sua effettiva realizzazione; il vantaggio attiene alle utilità ricavate dall'ente, a seguito della commissione del reato e del quale rappresenta una diretta conseguenza, accertabile *ex post* come un dato reale ed empiricamente verificabile secondo un riscontro fattuale²⁷⁹.

Secondo la teoria monistica, l'unico criterio ad assumere rilevanza, per l'attribuzione della responsabilità all'ente, è quello dell'interesse eventualmente conseguito, rispetto al quale il dato del vantaggio, concetto lato e generico, è soltanto accessorio, funzionale ad oggettivizzare, o ad avvalorare, la sussistenza dell'interesse, in quanto unico criterio imprescindibile²⁸⁰. L'interpretazione ristrettiva, in tal caso, si giustifica sulla base della natura del vantaggio, in grado di includere anche un beneficio casuale, esiguo e di natura non patrimoniale²⁸¹, con il rischio di una potenziale ascrizione oggettiva della responsabilità dell'ente. Tuttavia, prevalente nella giurisprudenza di legittimità²⁸² è la teoria dualistica, la quale sostiene l'alternatività tra interesse e vantaggio, tale per cui è condizione sufficiente la presenza indistinta di uno tra i due predetti requisiti.

Il criterio di imputazione subiettiva, ed è questo l'aspetto che maggiormente interessa la tematica della colpevolezza, si rinviene in un difetto di organizzazione, direzione e vigilanza, reale elemento innovativo della normativa. Se, come già anticipato, la criminalità d'impresa necessita di essere sanzionata, è ancor prima necessario tentare di prevenirla. In quest'ottica si coglie l'ormai moderna essenza del diritto penale, non più circoscritto ad una dimensione di esclusiva tutela dei beni

²⁷⁸ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 95 ss. Da intendersi non quale proiezione finalistica della condotta illecita della persona fisica – quasi a voler richiamare un dolo specifico – quanto piuttosto nella sua prospettiva oggettiva, esternamente riconoscibile perché favorevole all'ente.

²⁷⁹ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 94.

²⁸⁰ La teoria monistica desume l'indefettibile presenza dell'interesse, a fronte della sola eventualità del vantaggio, richiamando l'art. 5, comma secondo, in forza del quale l'ente non è responsabile qualora la persona fisica, dal reato, abbia perseguito un interesse esclusivo proprio o di terzi; parimenti, l'art. 12, comma primo lett. a), riduce l'importo della sanzione pecuniaria allorché, al prevalente interesse dell'autore, corrisponde un vantaggio minimo o inesistente per l'ente. Quest'ultimo a dimostrazione del fatto che interesse e vantaggio operano su piani differenti.

²⁸¹ Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2015, n. 29512; Cass. pen., sez. V, 20 giugno 2011, n. 24583.

²⁸² Cass. pen., sez. II, 9 dicembre 2016, n. 52316; Cass. pen., sez. II, 10 luglio 2015, n. 29512; Cass. pen., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343.

giuridici in chiave repressiva, che interviene, con la comminatoria della sanzione, a seguito dell'accertamento dell'illecito. La più recente veste assunta dal diritto penale si identifica, piuttosto, nella sua propedeuticità ad esortare l'elaborazione di strumenti volti alla prevenzione del rischio della commissione di illeciti.

Nella disciplina del d. lgs. 231/2001, l'ente è chiamato ad assumere una condotta attiva finalizzata a minimizzare il pericolo, intrinseco nell'espletamento dell'attività imprenditoriale, della commissione di reati, che si esplica nell'adozione di idonei ed adeguati modelli di organizzazione e gestione, altrimenti detti *compliance programs*. La funzione di questi modelli varia a seconda della qualifica soggettiva dell'autore del reato²⁸³, e contenutisticamente, elabora un complesso di regole comportamentali, precise e puntuali, condizionate dalla natura dell'attività svolta, e, dunque, dalla tipologia di reato che intendono prevenire.

L'art. 6, comma secondo, specifica il contenuto del modello di organizzazione e gestione, il quale deve: provvedere alla cosiddetta "mappatura delle aree a rischio", ossia individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati, le modalità con cui possono essere commessi, distinguendo a seconda della natura dolosa o colposa, e i soggetti che potenzialmente possono esserne gli artefici; prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, cioè, formalizzare i processi decisionali, dislocando poteri e competenze, al fine di coinvolgere più soggetti in quanto garanti; individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati

²⁸³ Con un peculiare inversione dell'onere della prova, l'art. 6 stabilisce che all'accusa spetta la dimostrazione della commissione del reato da parte dei soggetti apicali e del conseguimento, da parte dell'ente, dell'interesse o vantaggio; l'ente, invece, deve dimostrare che: «a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli e di curare i loro aggiornamenti è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b) ». L'art. 7, relativo ai sottoposti, statuisce che «l'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza», precisando al secondo comma che «in ogni caso, è esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi». Perciò, nel caso di reato commesso da un soggetto di vertice, l'adozione ed efficace attuazione del modello idoneo costituisce una causa di non punibilità per l'ente; nel caso di reato commesso dal sottoposto, l'assenza del modello è un elemento costitutivo della fattispecie.

(procedimentalizzazione della gestione delle risorse finanziarie); prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli (stimolare i flussi informativi tra l'organo gestorio e l'organismo di vigilanza); introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello²⁸⁴.

La valutazione sull'adozione del modello non è limitata ad un controllo formale e cartaceo, circa la sua presenza o meno, ma si estende a verificare la sua idoneità concreta ad elaborare un sistema di controlli e di decisioni, effettivamente capace di ridurre, in misura significativa, il rischio della commissione di reati. Il modello opera in una prospettiva di dinamicità, nella quale i meccanismi di controllo e i protocolli decisionali si conformano costantemente all'assetto organizzativo e operativo della persona giuridica, mediante una continua attività di monitoraggio ed intervento, per assicurarne sempre l'idoneità a prevenire l'illecito, ogni qual volta mutamenti nella struttura, nel personale, o nelle attività espletate, rendano il modello non adeguato alla variazione verificatasi.

Esposta la natura del modello, la sua funzione e il suo contenuto, e, in forza di ciò, su quale parametro si fonda il criterio di imputazione soggettivo per la responsabilità della persona giuridica, si può affrontare l'essenza del rimprovero di cui è destinatario l'ente, e la sua eventuale conformità al principio di colpevolezza. Come si è precedentemente rilevato, la teoria dell'immedesimazione organica ha esercitato un ruolo essenziale nel poter elaborare una responsabilità dell'ente, per fatti compiuti dai suoi componenti. Proprio in forza di questa identità tra persona fisica e persona giuridica, cosicché il primo agisce come organo del secondo, si sostiene che l'ente risponda per un fatto proprio, sintomatico della sua volontà collettiva. Al contempo, tuttavia, questa immediata referenzialità presta il fianco a molteplici osservazioni.

²⁸⁴ L'art. 7 sottolinea l'esigenza di adeguare il modello in relazione alla specifica natura dell'ente, alla dimensione dell'organizzazione e al tipo di attività svolta, con «misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio». Occorre ricordare inoltre che, per l'ente, l'adozione del modello non è obbligatoria, tale da comportare, in caso di sua assenza, l'applicazione di una sanzione. Come si desume dallo stesso art. 7, che subordina la responsabilità dell'ente da reato del sottoposto all'assenza del modello, l'adozione del modello può essere giuridicamente qualificata come un onere: nel caso in cui sia stato previsto, e risponda ai requisiti normativi stabiliti, l'ente non può essere rimproverato. In proposito si è parlato di «'autogestione' del rischio penale» in DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 174.

In primo luogo, l'immedesimazione organica è valida nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto di vertice, come tale in grado di manifestare la politica d'impresa e quindi, seppur in termini giuridici e non naturalistici, esprimerne l'*animus*; un medesimo collegamento non può essere ricondotto all'operato dei soggetti subordinati, proprio perché sottoposti all'attività direttiva degli apicali. Ragionare in questi termini, riferendo all'ente il fatto del soggetto sul piano della mera dipendenza dal reato²⁸⁵, alla stregua di un automatismo formale, si risolve in una responsabilità essenzialmente obiettiva²⁸⁶.

Dal quadro normativo di riferimento, si desume che il rimprovero dell'ente è incentrato proprio sui modelli di organizzazione e gestione, adeguati, in funzione preventiva, a inibire la commissione di illeciti, o, quantomeno, a ridurre il rischio. L'ente è responsabile in funzione di una colpa di organizzazione che ha determinato, od agevolato, la commissione della condotta illecita, conseguente alla mancata predisposizione di un insieme di misure cautelari idonee a prevenirla. Conseguentemente, il reato è il presupposto della responsabilità dell'ente, l'evento dal quale scaturisce la valutazione della sua natura strutturale ed organizzativa, in termini di adeguatezza – e dunque di assolvimento alla funzione di impedire la verifica dei reati – ma non rappresenta l'oggetto su cui verte il giudizio, che come detto, si focalizza su una colpevolezza di organizzazione²⁸⁷.

In questi termini, la responsabilità dell'ente, riconducibile all'archetipo della colpa – nella specie aver omesso una condotta di diligenza nell'ambito della gestione societaria – non consiste né in un rimprovero per fatto altrui, poiché all'ente è addebitato, come detto, un fatto differente da quello costituente reato commesso dalla persona fisica, comunque riconducibile all'ente mediante certi criteri di riferibilità, selettivi di quelle operazioni sintomatiche della politica d'impresa²⁸⁸ né, tantomeno, una violazione del principio di responsabilità per fatto proprio colpevole. «L'ente risponde per fatto proprio, senza alcuna violazione del

²⁸⁵ Si è prospettata un'altra qualificazione dogmatica alla responsabilità dell'ente, secondo la quale il reato dovrebbe essere considerato un fatto di entrambe, persona fisica e persona giuridica, secondo l'istituto del concorso di persone nel reato.

²⁸⁶ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 98.

²⁸⁷ ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010, 224.L 'Autore la qualifica come un «rimprovero per difetto di organizzazione in chiave preventiva».

²⁸⁸ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 56.

principio costituzionale del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (art. 27 Cost.). Né in proposito, si costruisce alcuna inammissibile ipotesi di responsabilità oggettiva, perché il sistema prevede la necessità che sussista la cosiddetta colpa di organizzazione dell'ente, basata sul non aver predisposto un insieme di accorgimenti preventivi idonei a evitare la commissione di uno dei reati presupposti»²⁸⁹.

Indiscutibilmente la colpevolezza dell'ente figura come una rimproverabilità "rivisitata", obiettivizzata e svincolata da quel substrato psicologico-naturalistico che ne costituisce l'essenza, purtuttavia è possibile, comunque, ravvisare un atteggiamento antidoveroso, che si esplica nell'omessa adozione, e conseguente attuazione, di tutti quegli accorgimenti necessari per la neutralizzazione del pericolo di commissione di reati, sigillati nel modello di organizzazione e gestione. In proposito le Sezioni Unite: «parimenti è da escludere che il sistema violi il principio di colpevolezza. [...] Tale principio deve essere considerato alla stregua delle peculiarità della fattispecie, affatto diversa da quella che si configura quando oggetto dell'indagine sulla riprovevolezza è direttamente una condotta umana. Qui il rimprovero riguarda l'ente e non il soggetto che per esso ha agito»²⁹⁰.

Perciò, l'ente risponde per una colpa di organizzazione, valutata secondo parametri normativi²⁹¹, dovuta ad una inadeguata ed inefficiente organizzazione prevenzionistica, per una responsabilità diretta e personale. Queste riflessioni conducono infatti a ritenere che trattasi quasi di una nuova forma di colpevolezza, che prescinde integralmente dall'elemento psicologico del reato commesso dalla persona fisica.

Ad un giudizio di conformità con il principio di responsabilità personale si perviene anche per quanto attiene alla funzione rieducativa della pena. Non senza trascurare che già la normativa²⁹², intrinsecamente, esorta la realtà d'impresa a un

²⁸⁹ Cass. pen., Sez. VI, n. 27735/2010.

²⁹⁰ Cass. pen., Sez. Un., n. 38343/2014, cit.

²⁹¹ La colpevolezza dell'ente è "normativa" proprio perché sono fissati una serie di criteri, come sopra riportati, per valutare l'idoneità dell'assetto organizzativo predisposto, e, in caso di esito affermativo circa il giudizio di adeguatezza, tali da escludere il rimprovero a carico dell'ente.

²⁹² Si potrebbero, peraltro, prevedere ulteriori sanzioni tese a introdurre meccanismi di controllo e vigilanza sull'attività d'impresa, rimuovendo i difetti di organizzazione riscontrati.

procedimento di ‘moralizzazione’, per dotarsi di strumenti atti a contrastare le condotte illecite, la necessaria rieducazione dell’ente si esplica mediante l’attuazione di interventi correttivi diretti a colmare le carenze organizzative, incentivati anche, a seguito dell’accertamento dell’illecito, per ottenere riduzioni sul piano sanzionatorio²⁹³.

Alla stregua di quanto precede si possono dunque comprendere le ragioni per cui la Corte di Cassazione abbia affermato la piena compatibilità costituzionale dei relativi criteri di imputazione soggettiva con il principio di colpevolezza: «la Corte ha ritenuto manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 5 d. lg. 8 giugno 2001 n. 231 sollevata in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., in quanto la responsabilità dell’ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio non è una forma di responsabilità oggettiva, essendo previsto necessariamente, per la sua configurabilità, la sussistenza della cosiddetta “colpa di organizzazione” della persona giuridica»²⁹⁴

Infine, è chiaro il principio tale per cui, in caso di idoneità del modello, l’ente non può essere rimproverato. Se la persona giuridica si è dotata di un assetto organizzativo e gestionale, adeguato ed efficace, che sia stato concretamente attuato, corrispondente a tutti i parametri normativi predeterminati, non le si può addebitare una responsabilità per un fatto che, a prescindere dagli strumenti predisposti, si sarebbe comunque verificato: non si può esigere, in quella determinata circostanza, un comportamento ulteriore.

²⁹³Gli artt. 12 e 17 richiedono, al ricorrere di altre condizioni, l’eliminazione delle carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l’adozione e l’attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, rispettivamente per la riduzione della sanzione da un terzo alla metà, e per l’inapplicabilità della sanzione interdittiva.

²⁹⁴Cass. pen., Sez. VI, n. 27735/2010.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI NON ESIGIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Il principio di non esigibilità nel diritto penale: definizione e manifestazioni precedenti l'elaborazione della concezione normativa della colpevolezza. – 2. Il principio di non esigibilità nella concezione normativa della colpevolezza con particolare riferimento all'esperienza tedesca. – 2.1. (...*Segue*) Il pensiero di Goldschmidt. – 2.2. (... *Segue*) Il pensiero di Freudenthal. – 3. Il dibattito nell'ordinamento italiano: le motivazioni a sostegno della dottrina della non esigibilità. – 3.1. Il principio di non esigibilità come causa ultralegale di esclusione della responsabilità penale. – 4. Le ragioni contrarie alla dottrina della non esigibilità. – 5. Un caso isolato nella giurisprudenza di merito: la sentenza 5 novembre 1965, Sez. I, Trib. Bologna. – 6. Il principio di non esigibilità nel diritto positivo: lo stato di necessità. – 6.1. (... *Segue*) La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. – 6.2. (... *Segue*) Altre fattispecie riconducibili alla dottrina della non esigibilità. – 7. I più recenti sviluppi in materia di non esigibilità e la tendenza verso una personalizzazione del giudizio di colpevolezza. – 8. L'atteggiamento della giurisprudenza: premessa. – 9. La giurisprudenza di legittimità in tema di false comunicazioni sociali fra non esigibilità e *nemo tenetur se detegere*. – 10. La riemersione del principio di non esigibilità nella recente giurisprudenza tributaria. – 11. Il principio di non esigibilità e la responsabilità colposa. – 12. Il principio di non esigibilità e la responsabilità omissiva. – 13. Principio di inesigibilità e colpevolezza nell'attuale sistema penale.

1. Il principio di non esigibilità nel diritto penale: inquadramento e manifestazioni precedenti alla formulazione della concezione normativa della colpevolezza

La personalizzazione del rimprovero di colpevolezza necessita di individuare quelli che sono i parametri normativi mediante i quali poter valutare le reali condizioni in cui agisce il soggetto e, nel caso in cui la volontà si sia formata in circostanze concomitanti anomale, eventualmente, escludere la responsabilità penale.

A tal fine risponde, storicamente, l'elaborazione del principio di inesigibilità¹, che in prima approssimazione può definirsi quel criterio secondo cui non può considerarsi penalmente responsabile quel soggetto dal quale, nel caso

¹ Dal tedesco *Nichtzumutbarkeit*; *zumuthen*, invece, richiama il volere, desiderare qualcosa da qualcuno che si è in diritto di esigere. *I Dizionari Sansoni*, Firenze, 8° ed., 1982, 916 ss.

concreto, non potesse “umanamente” o “moralmente” pretendersi un contegno conforme al precetto astrattamente stabilito dalla norma incriminatrice. I relativi avverbi, di solito impiegati per accompagnare la definizione di non esigibilità, stanno ad enfatizzare la peculiarità della situazione esistenziale vissuta dal soggetto nel caso concreto; una difficoltà da intendersi in una dimensione più morale che materiale, in guisa da potersi affermare che chiunque, in quelle determinate circostanze, si sarebbe comportato nella medesima modalità.

Il principio di inesigibilità trova la sua più naturale collocazione nel terreno della concezione normativa della colpevolezza, del quale rappresenta, secondo alcuni Autori, la più «raffinata»² evoluzione, e che nel nostro ordinamento, in campo penalistico, ha sempre destato profonde perplessità, specie con riferimento alla vaghezza dei suoi contenuti alle sue difficoltà applicative ed al suo inevitabile conflitto con imprescindibili istanze prevenzionistiche³.

Formatasi intorno al dibattito sull’art. 54 del codice penale tedesco del 1871, disciplinante lo stato di necessità, per estenderne l’applicabilità a quei casi non espressamente regolati dalla legge, la tematica della inesigibilità è un concetto già affrontato ed affinato in altri rami del diritto.

A livello terminologico la «inesigibilità» richiama una notevole ampiezza semantica, riconducibile a tutte quelle ipotesi in cui, concretamente, non si può pretendere una determinata prestazione che si è astrattamente in diritto di esigere.

Sicché, in una delle sue prime formulazioni, avvenuta nell’ambito della dottrina privatistica, l’esigibilità è impiegata per descrivere la capacità dell’uomo normale di soddisfare le pretese della controparte, e dunque l’adempimento dell’obbligazione, al fine di attenuare la simmetrica responsabilità per inadempimento. Perché sia esigibile l’adempimento deve ricorrere quella normalità delle circostanze caratterizzante il tempo in cui si è costituita la volontà di contrarre. In alternativa, qualora sopravvengano nuove circostanze, causative di un radicale

² PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 465.

³ Da ciò si desume anche la carenza di approfondimento da parte della letteratura penalistica, che all’argomento ha dedicato esclusivamente due monografie: SCARANO, *La non esigibilità*, cit. e, successivamente, FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990. Proprio in ragione di ciò, le due citate opere rappresentano il principale punto di riferimento per la trattazione della non esigibilità.

mutamento delle condizioni di fatto⁴, e tali da rendere eccessivamente gravoso il soddisfacimento dell'obbligazione, il soggetto può invocare la risoluzione del contratto⁵.

Ancora, brevemente, se ne è invocata l'operatività nel campo del diritto internazionale, con riguardo al principio *pacta sunt servanda*, la cui applicazione è subordinata alle esigenze di sviluppo dei singoli Stati⁶.

In secondo luogo, nel diritto penale il contenuto essenziale del principio di inesigibilità non rappresenta propriamente un *novum*, dal momento che i suoi tratti caratterizzanti sono stati oggetto di trattazione anteriormente rispetto alla elaborazione della concezione normativa della colpevolezza.

Filangieri, sostenendo che chi agisce in circostanze eccezionali non può essere considerato colpevole, afferma: «le leggi non possono dare dei martiri all'eroismo come la religione li ha dati alla fede, ma non possono come quella punire coloro che non hanno il coraggio di richiedere un simile sforzo»⁷. Nella medesima prospettiva, fedele ad un realismo penale che richiede al soggetto soltanto comportamenti che possono essere umanamente tenuti, Pellegrino Rossi riconosce la possibilità, per il giudice, di scusare l'azione illegittima del soggetto, scaturita in circostanze anomale, anche nei casi non espressamente previsti dalla legge. Inoltre, l'applicazione di queste premesse rappresenta il fondamento di varie pronunce della giurisprudenza italiana tra fine ottocento ed inizio novecento.

⁴VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 83. Come avvenuto nella Germania del primo dopoguerra conseguentemente ai rilevanti fenomeni inflattivi.

⁵SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 2.

⁶Si pensi anche, nell'ambito del diritto pubblico, ai rapporti tra privati e Pubblica amministrazione, per determinare il grado di esigibilità relativamente agli obblighi imposti ai primi. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 22.

⁷Il passo è ripreso da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 6.

⁸*Ivi*, 6 ss. Così nel riportare le parole dell'Autore: «l'ordine giuridico, del cui mantenimento abbia carico l'umana giustizia, non esige la repressione degli atti commessi in sì tremende circostanze allorchando non poterono essere evitate che da uno sforzo, che esige tutto quanto l'umana natura racchiude di forza e di coraggio. Il povero morente di fame non può scegliere che tra il furto e la morte. La sua azione è illegittima, ma scusabile. Esso non può impedire a se stesso di scegliere l'uno o l'altro dei soli partiti che gli rimangono: soffrire di un male immediato o nuocere agli altri. L'incapacità in cui trovasi il legislatore di prevedere tutti i casi scusabili e di fissare anticipatamente i diversi gradi di scusa non giustifica una legislazione in cui, per evitare la difficoltà, si pretendesse l'interdire ai tribunali di por mente ad ogni modificazione della reità che la legge non avesse preveduta».

In particolare si ricordano⁹: una decisione del 1881 della Corte di Cassazione di Torino, relativamente alla non colpevolezza del soggetto per aver deposto il falso, al fine di evitare la propria incriminazione, e non a favore di un prossimo congiunto¹⁰; sulla falsariga dei principi ribaditi nella precedente decisione, data l'omogeneità della questione, la pronuncia della Corte di Cassazione afferma che, anche se in mancanza di espressa previsione di legge, non commette falsa testimonianza il soggetto che depone il falso in propria difesa e senza pregiudizio altrui, coerentemente con la massima *nemo turpitudinem suam revelare tenetur*; la decisione della Corte di Appello di Palermo del 1906, per la quale non può umanamente esigersi che il figlio denunci il reato commesso dal padre, escludendo la conseguente responsabilità penale, a prescindere da una fattispecie che si esprima in tal senso¹¹; nella medesima prospettiva il Tribunale di Monza nel 1920, in applicazione analogica della causa di non punibilità prevista per la falsa testimonianza, estendendola alla fattispecie di falso giuramento¹².

La nota costante a tutti i precedenti riportati è sintetizzabile dal principio ribadito dalla Cassazione riguardo al caso di un padre che si rifiuta di prestare il proprio aiuto alla ricerca del figlio denunciato per furto: «in tutte queste ipotesi, comprese il favoreggiamento e la falsa testimonianza, il legislatore non volle essere inumano e sacrificare crudelmente i sentimenti di natura al tornaconto della vendetta sociale. Non è umanamente esigibile dal padre un contegno diverso»¹³. L'esigibilità – se così possono già denominarsi gli esempi riportati finora – è dunque, nella sua embrionale applicazione, riferita al ricorrere di circostanze

⁹ I passi delle sentenze citate sono ripresi da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 7 ss.

¹⁰ «Se la legge non obbliga ad attestare la colpevolezza del padre, del figlio e della moglie e del fratello non può – anche se apparentemente tace – sotto pena di condanna come falso testimone, obbligare a deporre contro se stesso, a proclamare ed assodare con la sua confessione la sua delinquenza come complice di un reato. [...] La natura della sua azione non poté essere modificata dal terribile cimento in cui fu posto fra il dovere giuridico di dire la verità e il dovere di difendere se stesso. Il postergare quest'ultimo dovere sarebbe, non può essere dubbio, un atto di sublime probità, di vero eroismo, ma la legge penale non domanda agli uomini azioni eroiche».

¹¹ «L'agente con questa qualità sempre avrebbe avuto il dovere di denunciare il fatto all'autorità. Se gli autori erano suoi fratelli: poteva egli denunciarli? Era umano, morale, che egli li indicasse come autori del furto?»

Tutto ciò non dice la legge positiva nel caso. Ma è scritto nella ragione della legge, in disposizioni analoghe. Perciò egli non commise reato».

¹² L'agente fu obbligato a giurare per non rimanere soccombente. Non si poteva esigere un giuramento, che se veritiero, avrebbe convinto della propria responsabilità».

¹³ Passo ripreso da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 7 ss.

eccezionali in cui la volontà del soggetto si costituisce secondo un procedimento motivazionale anormale, tale da rappresentare una causa scusante per la condotta illecita tenuta. Così è già chiara la funzione attribuita alla teoria in questione: quella di parametro valutativo volto a risolvere il contrasto tra situazione estreme, in cui appare difficile una condotta conforme al diritto, e la stessa pretesa di una condotta lecita formalmente esigibile da parte dell'ordinamento.

Poiché già dai brevi cenni introduttivi può cogliersi la natura ontologicamente astratta e generica del principio di non esigibilità, prima di vagliare la sua attuale validità nel sistema penale occorre soffermarsi sulla sua evoluzione storica e dogmatica. Così facendo possono emergere ragioni, obiezioni e punti critici sottostanti la problematica figura della non esigibilità.

2. Il principio di inesigibilità nella concezione normativa della colpevolezza con riferimento all'esperienza tedesca

La concezione normativa, come si è già avuto modo di esaminare¹⁴, persegue il tentativo di superare la lettura minimalista che la concezione psicologica riserva alle componenti personali nel giudizio di colpevolezza, e così tende a valorizzare il processo volitivo del soggetto agente. Nel fare questo, la nuova corrente dogmatica introduce il concetto di rimproverabilità: agisce colpevolmente il soggetto nei cui confronti possa essere formulato un rimprovero per l'atteggiamento antidoveroso della volontà¹⁵.

Rimprovero da affermarsi alla stregua delle "nuove" componenti della colpevolezza: imputabilità, dolo e colpa, normalità delle circostanze. La reale innovazione della concezione normativa si rinviene proprio nel presupposto della normalità del procedimento motivazionale, che si costituisce come tale in assenza di fattori esterni che possano minare o turbare le condizioni psico-fisiche che accompagnano la condotta del soggetto.

Conseguenza logica di queste affermazioni è che, nel caso di circostanze eccezionali che possano aver alterato l'ordinaria formazione dell'elemento volitivo, si venga a costituire il *discrimen* tra condotta rimproverabile e non rimproverabile,

¹⁴ *Supra*, cap. I, par. 2.1.

¹⁵ Per trattare della dottrina tedesca il riferimento principale è costituito da MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit.; SCARANO, *La non esigibilità*, cit.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit.

tra azione punibile e non. Da qui, dunque, l'elaborazione del principio di inesigibilità: non è esigibile una condotta conforme al precetto penale allorquando, da parte del soggetto, impossibilitato dalle circostanze anomale in cui agisce, non possa pretendersi un comportamento alternativo lecito¹⁶.

La figura della non esigibilità è storicamente riconducibile al dibattito sorto nella dottrina d'oltralpe circa la disposizione del codice tedesco sullo stato di necessità, da una celebre asserzione definito «troppo angusto per una materia così vasta»¹⁷, e sintomatica dello sfasamento tra la coscienza popolare tedesca dei primi decenni del novecento e l'ispirazione di fondo che permea il codice penale del 1871¹⁸. Secondo tale fattispecie ricorre uno stato di necessità nel caso in cui l'agente si sia trovato senza sua colpa nella necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un pericolo attuale di un danno grave ed inevitabile alla persona.

In tal senso rimarrebbero escluse dal campo di operatività della disposizione molteplici ipotesi di necessità relativa, ovvero determinate ipotesi che, in assenza delle circostanze spazio-temporali corrispondenti ai requisiti normativamente predeterminati di attualità ed inevitabilità del pericolo, non sono qualificabili come stato di necessità e dunque giustificabili¹⁹. Inoltre, la carente ampiezza della

¹⁶ NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1949, 66 ss. Si ritiene essere la più completa definizione in materia di non esigibilità quella fornita dal trattato di Liszt-Schmidt, per cui il giudice deve stabilire «se dall'agente si poteva pretendere una condotta conforme al diritto, anche in quei casi in cui egli prevede, in fatto e in diritto, la portata della sua azione, o almeno avrebbe dovuto e potuto prevederla; se, cioè, non ci si poteva attendere che la rappresentazione dell'evento tipico e della sua dannosità sociale funzionasse da contropinta decisiva per indirizzare l'agente verso un comportamento conforme al diritto; o con altre parole: se il processo di motivazione dell'agente non possa considerarsi erroneo o antidoveroso, avuto riguardo alla situazione in cui egli ebbe a muoversi, considerata nel suo complesso». La teoria della non esigibilità è costruita dunque sull'elemento psicologico, quale coazione morale, reale o presunta, che la realtà esterna esercita sul processo di determinazione della volontà del soggetto; e sull'elemento normativo, alla stregua del quale viene condotta la valutazione dei motivi, per stabilire se questi siano considerati positivamente o negativamente da parte dell'ordinamento.

¹⁷ Citazione del Mayer, oramai divenuta di scuola nella definizione dello stato di necessità del codice tedesco del 1871, e così ripresa da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 3.

¹⁸ MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente per non esigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1966, 1034. Con riferimento a questo concetto l'Autore riporta il pensiero di Mezger sulla necessità che il diritto si conformi alla dinamicità delle esigenze sociali: «nei suoi estremi e più complessi svolgimenti, esso si svincola da una così rigida bardatura ed esige talune forme che rendano possibile il suo adattamento agli svariati atteggiamenti della vita concreta».

¹⁹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 3 ss. Esemplare circa questa serie di esclusioni è la lettura fornita dalla giurisprudenza tedesca relativamente all'obbligo di assistenza nel delitto di omissione di soccorso, per il quale si riteneva non applicabile, proprio al fine di escludere l'obbligo giuridico di attivarsi, la norma generale sullo stato di necessità.

definizione generale dello stato di necessità si riverserebbe su molteplici fattispecie incriminatrici di parte speciale, evidenziando ulteriormente l'abisso tra diritto penale e sentire comune²⁰.

Sintetizzando, la volontà non può sempre costituirsi mediante un normale procedimento motivazionale. Considerata l'eccezionalità del contesto in cui, occasionalmente, si costituisce l'atto di volontà, può risultare umanamente impossibile un'autonoma formazione delle decisioni del soggetto.

Tali casi sono concettualmente prossimi ad ipotesi di necessità in cui, ciononostante, risultante non operante la relativa fattispecie generale. Alla luce di ciò sorge l'esigenza di determinare un principio di ordine generale, connotato proprio da una distorsione del procedimento di formazione del volere in condizioni anomale, applicabile in via analogica a quei casi non espressamente previsti dalla legge.

L'Autore tedesco Frank, cui notoriamente si attribuisce l'elaborazione primordiale della concezione normativa della colpevolezza, non tratta direttamente la tematica dell'inesigibilità. Tuttavia questa rappresenta la più naturale evoluzione della dogmatica del Frank, in cui elemento indissolubilmente correlato al concetto di rimprovero è la possibilità di una normale formazione della volontà, e della conseguente possibilità di adeguarsi al precetto penale.

L'Autore si limita a ravvisare nella inesigibilità una causa ultralegale di esclusione della sola responsabilità colposa²¹, nonché delle figure dolose tassativamente predeterminate dal legislatore, come quelle idealmente coperte dallo stato di necessità. Nel caso in cui ricorrano i requisiti strutturali della colpa – evitabilità e prevedibilità dell'evento – ma il volere si sia esplicato in seguito ad un turbamento motivazionale, è possibile giungere ad omettere il rimprovero di colpevolezza. Tale conclusione si sposa con la natura ontologicamente normativa della colpa, che come tale agevola una comparazione tra la valutazione della normalità delle circostanze

²⁰ *Ivi*, 4. Si riconosce l'impunità a chi, nel favoreggiamento personale, agisca in ausilio del prossimo congiunto, senza tuttavia riservare il medesimo trattamento al soggetto che agisce per favorire sé stesso. Il tutto proprio per l'inapplicabilità, nel caso specifico, della disposizione generale sullo stato di necessità.

²¹ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 99; così anche VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 82.

e quella della evitabilità-prevedibilità dell'evento (da condursi entrambe alla stregua di criteri normativi).

Al contempo, con specifico riferimento all'accertamento della responsabilità dolosa nei casi non espressamente disciplinati dalla legge, *ab origine* si preclude qualsiasi incidenza della non esigibilità sui profili dell'*an* del rimprovero, ma in via esclusiva per il giudizio di determinazione del *quantum* di pena²². Tale sbarramento si pone tuttavia in netta antitesi con la concezione di riferimento, che restituisce una colpevolezza oramai integralmente normativa. Da ciò ne deriva la logica estensione anche alle ipotesi dolose, cosicché la non esigibilità, sul presupposto dell'anormalità delle circostanze concomitanti, diviene una scusante superlegale ad efficacia generale²³.

In conclusione, la teoria della non esigibilità risponde sia all'esigenza pratica di individuare una valvola attraverso la quale riportare sotto lo stato di necessità ipotesi che ne condividono il fondamento, sia a quella dogmatica, in quanto ulteriore passo in avanti nello sviluppo della concezione normativa della colpevolezza²⁴.

2.1. Il pensiero di Goldschmidt

Il pensiero di Goldschmidt²⁵ presenta molteplici analogie con l'impostazione del Frank, specie perché anche nella prospettazione del primo Autore un ruolo centrale è rivestito dalla normale motivazione.

Per Frank ad una causa di discolta deve necessariamente corrispondere un simmetrico elemento della colpevolezza che viene meno, e che è l'assenza di circostanze concomitanti anomale, con cui è escluso il rimprovero di colpevolezza; per Goldschmidt è la violazione della norma dell'obbligo, la cui causa di discolta

²² VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 82.

²³ *Ibidem*.

²⁴ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 140.

²⁵ Per il pensiero dell'Autore si seguono MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 88 ss.; SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 23 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 60 ss. La speculazione di Goldschmidt trae ispirazione dalla disposizione sullo stato di necessità del progetto preliminare svizzero, e lo stesso può dirsi per il pensiero di Freudenthal. Sul punto VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 280.

è la non esigibilità, costruita sul presupposto della normale motivazione. Occorre tuttavia procedere con ordine.

L'impostazione di Goldschmidt parte dall'assunto che la normale motivazione, così come intesa da Frank, non abbia carattere normativo, bensì psicologico, alla stregua delle altre componenti della colpevolezza, come l'imputabilità e il dolo e la colpa²⁶.

Per l'Autore il carattere normativo della colpevolezza si identifica con l'antidoverosità: la colpevolezza è il volere antidoveroso contrario alla norma, il volere che non deve essere²⁷. L'antidoverosità è la violazione della norma dell'obbligo, che impone al singolo di lasciarsi motivare dalle norme, e in particolare dal fatto che l'assunzione di un determinato comportamento può causare l'evento giuridico che la norma vuole invece prevenire.

La peculiarità della dogmatica di Goldschmidt si identifica proprio con l'elaborazione del concetto di «norma dell'obbligo»²⁸, di evidente stampo kantiano²⁹. Si presuppone che, al fianco di ciascuna norma giuridica espressa, ne riposi altra, inespressa – appunto la norma dell'obbligo – che intimi al soggetto di conformare la propria condotta in ossequio ai valori dell'ordinamento. La colpevolezza è violazione di questa norma³⁰.

Tuttavia, in questi termini, il rimprovero di colpevolezza non è ancora completo: la violazione della norma dell'obbligo non implica necessariamente l'agire colpevole, dal momento che il carattere antidoveroso della condotta può essere eliso dal ricorrere di una causa di discolpa³¹ e dall'accertamento circa i motivi che hanno portato a quella condotta. Le cause di discolpa traggono la propria

²⁶SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 23.

²⁷MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 90.

²⁸ Con l'introduzione della norma di dovere Goldschmidt realizza la massima aspirazione della concezione normativa, ovvero stabilire un criterio mediante il quale la colpevolezza sia concepita come valore. Peraltro sulla falsariga del Beling, che ribadiva la necessità di «commisurare uno stato o un processo psichico ad una norma diretta al mondo interiore dell'uomo, ed accertare se esista una discrepanza». Ripreso da SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, cit., 653.

²⁹ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 61.

³⁰ *Ibidem*. Così nel riportare le parole di Goldschmidt: «C'è accanto ad ogni norma giuridica che richiede ai singoli un determinato comportamento esterno, un'altra norma inespressa che ingiunge al singolo di indirizzare il proprio comportamento interiore in modo che esso corrisponda alle esigenze che l'ordinamento giuridico stabilisce rispetto al suo comportamento esteriore».

³¹ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 90.

legittimazione dalla motivazione formatasi in circostanze anormali, in guisa da non potersi esigere un contegno conforme al precetto penale.

Al fianco di quelle condizioni tassativamente predeterminate dalla legge, che escludono il giudizio di colpevolezza, secondo l'Autore, deve riconoscersi l'applicabilità di cause di esclusione della responsabilità in tal modo non prevedute. Nella realtà fenomenica vi sono contingenze che, seppur non contemplate a livello normativo, sono comunque meritevoli di considerazione e in grado di far venir meno il rimprovero di colpevolezza. Sono i cosiddetti casi di non esigibilità, strettamente legati, come si vedrà a breve, alla formazione del procedimento motivazionale³².

Si è detto che per Goldschmidt colpevolezza è sinonimo di violazione della norma dell'obbligo ed assenza di cause di discolta e, dunque, esigibilità della condotta doverosa. Il carattere normativo della colpevolezza deriva poi, in particolare, dalla relazione tra la norma dell'obbligo e la motivazione del soggetto in forza della quale agisce³³. Così il carattere riprovevole dell'azione si identifica con la motivazione sottesa alla condotta antiggiuridica, ed anzi ne esprime il disvalore³⁴.

La motivazione assume significato giuridico, posta a confronto con la norma di dovere, e può sia affermare che escludere il giudizio di colpevolezza. Infatti, come è stato precedentemente ribadito, il presupposto delle cause di discolta è un'anormale motivazione: il soggetto non è rimproverabile qualora, secondo una valutazione dell'integrale situazione in cui la motivazione si forma, non potesse pretendersi che la rappresentazione dell'evento antiggiuridico diventi contro-motivo in grado di determinare l'agente al comportamento alternativo lecito³⁵. Ed è con

³² Per Goldschmidt sono casi di non esigibilità l'ignoranza della legge, l'errore di fatto o su un elemento essenziale del reato: si tratta di ipotesi nelle quali viene meno la possibilità di una normale determinazione del volere. Sul punto, per una critica a tale impostazione per cui il rovescio dell'errore non sia la colpevolezza ma il dolo vedi SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 41.

³³ *Ivi*, 24. Nel citare l'Autore: «Colpevolezza è la modalità di un'azione riconducibile ad una motivazione riprovevole; cioè ad una motivazione che non si lascia determinare dalla rappresentazione che la propria attività potrebbe realizzare un evento antiggiuridico».

³⁴ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 24. «All'antigiuridicità dell'azione corrisponde nell'agente sempre la subiettiva antidoverosità della motivazione».

³⁵ *Ivi*, 25.

riferimento a questo aspetto che Goldschmidt sviluppa ulteriormente il concetto di non esigibilità³⁶.

Il limite al procedimento formativo del volere imposto dalla norma di dovere si riscontra nell'istinto di autoconservazione, che viene in rilievo in situazioni di pericolo per la propria incolumità. Altrimenti detto non esigibilità, questo limite non può essere circoscritto alle disposizioni espresse, poiché possono aversi una miriade di circostanze *in limine* alla normale motivazione dell'uomo medio, che questi può reputare prevalenti rispetto alla norma di dovere.

Il fulcro del pensiero di Goldschmidt si concentra nella valorizzazione dell'elemento motivazionale, posto a confronto con la norma dell'obbligo, e che può assurgere a generale causa di discolta nel caso si presentino circostanze anomale.

Al pensiero dell'Autore tedesco, così riportato, sono state rivolte varie critiche.

In primo luogo, non si ravvisa una valida ragione per riconoscere una propria funzionalità alla norma dell'obbligo e porla al fianco della norma giuridica. La prima non vanta una vera e propria autonomia rispetto alla seconda, e soprattutto, in tal modo, si rischierebbe di sovvertire l'ordine concettuale tra antiggiuridicità ed antidoverosità, legittimando un superfluo duplicato di norme giuridiche³⁷.

Pur ammettendo la fondatezza di questa ricostruzione, in ogni caso, si determinerebbe un giudizio di colpevolezza che prescinde totalmente dalla norma giuridica, per concentrarsi in via esclusiva sulla norma di dovere, e così portando la concezione normativa ad entrare in contraddizione con sé stessa. Fedelmente alla citata concezione normativa, l'essenza della colpevolezza consiste nel rimprovero soltanto per quelle condotte difformi dalla volontà della legge. Logica conseguenza di queste premesse è l'inevitabile irrilevanza della norma di dovere.

Relativamente all'importanza che l'Autore riconosce ai motivi, inoltre, si osserva che per l'ordinamento è irrilevante quella serie di ragioni per cui il soggetto

³⁶ Che l'Autore originariamente elabora come clausola specifica per lo stato di necessità, per poi concepirlo di applicazione generale all'intera area delle scusanti. Sul punto FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 64.

³⁷ Sul punto Kriegsmann, citato da MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 92.

si attiene alla norma³⁸. Fondamentale è che vi si conformi, pena il rischio di sfociare in un diritto penale dell'autore che punisca le intenzioni e non i fatti realmente lesivi dei beni giuridici.

Venendo infine ai profili che più attengono alla trattazione, la non esigibilità delineata dal Goldschmidt è un concetto che, partendo da un errore di impostazione, si rivela vuoto nei suoi contenuti da un punto di vista normativo³⁹.

La non esigibilità è qui concetto ontologicamente naturalistico: è ciò che non è esigibile sul piano naturalistico, che non è naturale esigere, ed è contrario allo spirito di autoconservazione dell'individuo. Così la non esigibilità diviene indice psicologico di una motivazione anormale, ma non può assumere le vesti di limite al giudizio di colpevolezza, poiché, in tal modo, si confonderebbero valutazioni che operano su piani differenti, l'uno fenomenico, l'altro normativo. In questi termini, concordi sulla necessità della dottrina della non esigibilità⁴⁰, l'Autore incorre in quello che poi rappresenta l'eterno nodo gordiano per i sostenitori della dottrina della non esigibilità, ovvero come poterla concretizzare, come far sì che la non esigibilità costituisca una causa di esclusione della colpevolezza nei casi non previsti dalla legge.

In conclusione, si è osservato che la teoria di Goldschmidt si presenta come artificiosa e carente nei suoi contenuti, rispetto a quella proposta dal Frank, più aderente al diritto positivo e ai problemi della vita pratica⁴¹. Nonostante le criticità finora rilevate sul piano dogmatico e delle incongruenze riscontrate sul piano sistematico, al contempo, è da ammettersi il rilevante contributo che la teoria della norma dell'obbligo apporta alla dottrina della non esigibilità.

³⁸ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 28. «I motivi vengono convogliati indistintamente nel fenomeno complesso della volontà soltanto in quanto risultano rivelazioni di una condotta, causa di fatti antiggiuridici. I motivi a delinquere, per quanto influiscano sull'elemento psicologico del reato, acquistano rilevanza soltanto in quanto sintomi di una suscettibilità dell'individuo a particolari impulsi criminosi. Il diritto non colpisce la pura disobbedienza in sé e per sé, ma soltanto la disobbedienza in quanto produttiva di quel turbamento alla vita sociale che la norma giuridica ha il compito di prevenire e riparare. [...] E sarebbe oggetto di rimprovero il semplice processo psicologico: contro il principio che nel diritto penale i processi meramente cogitativi non hanno alcuna rilevanza».

³⁹ *Ivi*, 35.

⁴⁰ Un procedimento di formazione del volere anormale, costituitosi in circostanze anomale concomitanti, tale da non potersi pretendere un comportamento conforme al precetto, proprio in ragione dello stato turbativo cui è sottoposto il soggetto, e facendo sì che venga meno il rimprovero penale.

⁴¹ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 98.

Pedissequamente all'opera di Frank, Goldschmidt costruisce la teoria della norma dell'obbligo attorno al perno della normale motivazione, riconoscendo alla volontà formatasi in circostanze concomitanti anomale, tali da non potersi pretendere un contegno conforme al precetto, il ruolo di causa ultralegale di esclusione della responsabilità ad efficacia generale. Al fianco dunque di una disamina del procedimento formativo della volontà, meritevole di attenzione è inoltre l'elaborazione della formula «motivo soggettivo prevalente ed approvato» per il riconoscimento dell'esistenza di fattori scusanti⁴².

2.2. Il pensiero di Freudenthal

Nell'ambito della più ampia problematica relativa all'abisso esistente tra coscienza popolare tedesca degli anni Venti e sistema penalistico⁴³, ancorato a rigidi formalismi e non più riflessivo della scala di valori di riferimento, si inserisce l'impostazione del Freudenthal⁴⁴. Questa, sulla scia tracciata da Frank e seguita poi da Goldschmidt, si contraddistingue per i suoi contenuti fortemente etici, ed inscindibilmente connessi ad un elevato ideale di giustizia sociale.

Nella prospettiva dell'Autore, preliminare ad un giudizio di colpevolezza è un attento esame delle condizioni in cui agisce il soggetto, per verificare se da questi era possibile pretendere un comportamento differente. La valutazione delle circostanze assume un valore decisivo per determinare la colpevolezza del soggetto, in quanto, omettendo questa disamina, e considerando il soggetto egualmente responsabile, si muoverebbe un rimprovero contrario alla coscienza etica del popolo⁴⁵.

La questione da cui dipende la colpevolezza, e che più propriamente ne rappresenta la componente negativa, è se l'agente avesse il potere di agire diversamente. Qualora, nel caso concreto, il soggetto non avrebbe potuto comportarsi diversamente, poiché è mancata la possibilità di conformarsi alle

⁴² FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 64.

⁴³ *Ivi*, 80. Esempio di questo «abisso» è il divario culturale tra giuristi e «laici» del diritto: spesso i concetti giuridici sono troppo complessi per essere compresi dalle persone non competenti nelle materie giuridiche. Per cui può essere giuridicamente ritenuto colpevole un soggetto che, nel giudizio comune, non avrebbe potuto fare altrimenti per evitare l'accaduto, agendo come chiunque.

⁴⁴ Anche per questo Autore il riferimento è alle opere monografiche precedentemente citate.

⁴⁵ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 98.

norme, la rimproverabilità viene meno. In altri termini, il giudizio di colpevolezza implica il «poter agire diversamente»⁴⁶, e dunque l'esigibilità della condotta doverosa nel caso concreto. L'assioma è ispirato ad un principio di giustizia: se si esige da un soggetto una particolare condotta questi deve essere nelle condizioni di potervi adempiere, viceversa sarebbe contro all'etica considerarlo colpevole⁴⁷.

A differenza del pensiero di Goldschmidt, nel quale la non esigibilità è concepita in termini meramente naturalistici e non sono indicate modalità per poterla concretizzare, per Freudenthal la condotta non esigibile è stabilita secondo criteri etico-individuali appartenenti alla coscienza popolare: non agisce colpevolmente quel soggetto dal quale, alla stregua del pensiero collettivo, non potessi esigersi una condotta alternativa lecita. La non esigibilità di Freudenthal è un concetto intrinsecamente morale: non vi è colpevolezza se il soggetto non è eticamente rimproverabile⁴⁸.

In particolare, la non esigibilità è sottoposta ad un ulteriore processo di eterointegrazione, nella prospettiva di un più individualizzato giudizio di colpevolezza, secondo l'ambiente sociale e le condizioni familiari del soggetto. Soltanto tenendo conto di tutti questi presupposti è possibile stabilire se una condotta fosse realmente esigibile o meno, in omaggio ad un equo canone di giustizia⁴⁹. Anche nel pensiero di Freudenthal, dunque, la non esigibilità assurge a causa preterlegale di esclusione della colpevolezza, anche oltre i soli casi preveduti dalla legge, ogni qualvolta le circostanze meritino giustizia alla stregua di una valutazione adeguata al contesto sociale di riferimento⁵⁰.

Il «poter agire diversamente» è, secondo l'Autore, riferibile ad un potere sia morale che materiale, in guisa da delineare un criterio di non esigibilità simile alla

⁴⁶VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 83. Con questa formula si intende la misura di quanto è umanamente e moralmente possibile richiedere al soggetto, in quelle determinate circostanze, secondo la coscienza popolare.

⁴⁷ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 100. Coerentemente con la massima «*impossibilium nulla est obligatio*».

⁴⁸ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 8. In particolare l'esigibilità è elemento etico che fa da comun denominatore a dolo e colpa.

⁴⁹ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 105. Freudenthal, alla luce di quanto detto finora, difende la sentenza di assoluzione pronunciata dal Tribunale di New York nel caso di una ragazza siciliana che aveva cagionato la morte dei propri zii per un proprio risentimento, giustificando il crimine sulla base del presupposto che, data l'educazione e l'ambiente culturale di riferimento della ragazza, non potesse esigersi un comportamento diverso.

⁵⁰ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 47.

celebre «forza irresistibile», concetto memore del Codice Zanardelli. Nel superare i confini dello stato di necessità, si abbraccia un concetto eccessivamente vago e generico, in grado di scusare qualsiasi tipologia di impulsi e secondo le «più disparate e arbitrarie interpretazioni»⁵¹.

Il pensiero di Freudenthal si espone a varie critiche, per le carenze sul piano dogmatico, l'evanescenza dei suoi contenuti, e l'inevitabile conflitto con le primarie istanze di politica criminale. In particolare, identificando il criterio di colpevolezza, nella sua accezione normativa, con quello dell'etica si arriverebbe ad un vero e proprio «rammollimento del diritto penale»⁵², in cui le istanze collettive di difesa sociale cedono il passo in favore delle esigenze individuali di ciascuno.

La non esigibilità, originariamente sorta in quanto ausilio ermeneutico per identificare con maggiore precisione il volere della norma e adeguarla a fatti e valori della vita⁵³, qui viene propinata in quanto nuova entità normativa. Nel favorire un criterio di determinazione del grado di esigibilità della condotta desumibile dal caso concreto, secondo circostanze e condizioni personali, e negando così un criterio eguale per tutti i consociati, si assisterebbe ad una vera e propria capitolazione dell'ordinamento innanzi alle pretese del delinquente.

È dunque l'ordinamento, in quanto filtro attraverso il quale le categorie giuridiche riflettono la coscienza sociale, a stabilire se nel caso concreto, in alcune circostanze straordinarie, la condotta lecita fosse esigibile o meno.

Infine, nel prevedere che la non esigibilità, alla stregua del pensiero già anticipato da Frank, sia concetto immanente alla natura della colpa⁵⁴, l'Autore ne

⁵¹ *Ivi*, 49.

⁵² Celebre espressione di Liepmann, storicamente impiegata per descrivere gli effetti che si riverserebbero sull'ordinamento penalistico in caso di eventuale accoglimento della dottrina della non esigibilità, ripresa da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 58.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Specie con riferimento alla inevitabilità dell'evento, che Freudenthal lascia operare sul medesimo piano della non esigibilità. Sintomatico di questa lettura è la presa di posizione dell'Autore circa la famosa decisione della giurisprudenza tedesca nel caso del cocchiere che, avendo a disposizione un solo cavallo con la tendenza ad imbizzarrire, ricevuto l'ordine di effettuare un viaggio da parte del proprio padrone, consapevole dunque del rischio, intraprenda il viaggio, con il timore, altrimenti di perdere il posto di lavoro, provocando gravi ferite ad un passante, imputate a titolo di lesioni colpose. Questa pronuncia, storicamente intesa quale capostipite per la dottrina della non esigibilità, proprio perché pervenuta ad una sentenza di assoluzione del cocchiere, dal momento che, in quelle circostanze, per i motivi che lo spingono a eseguire il tratto, non era da lui esigibile una condotta conforme, è da Freudenthal interpretata, con riferimento all'inesigibilità, in quanto inevitabilità dell'evento.

estende l'operatività anche al dolo, sulla base dell'assunto che sarebbe paradossale omettere questa equiparazione nei confronti della forma più grave di colpevolezza⁵⁵.

La teoria ivi riportata è espressione di una non esigibilità portata alle sue più radicali conclusioni, di una concezione normativa della colpevolezza intrisa di dettami etici e di un ordinamento penalistico posto alle dipendenze di un generico riferimento alla coscienza morale del popolo. Il merito riconosciuto all'Autore è piuttosto quello di aver denunciato una ormai intollerabile distanza culturale tra ordinamento e realtà, tra dogmatici e «laici» del diritto, tra il formalismo tecnico-giuridico della norma e le peculiarità del caso concreto⁵⁶.

3. Il dibattito nell'ordinamento italiano: le motivazioni a sostegno della dottrina della non esigibilità

La preliminare introduzione sulle modalità con cui la dogmatica tedesca ha sviluppato il principio di non esigibilità rende di più agevole comprensione il corrispondente dibattito presso la letteratura penalistica italiana. Con la necessaria premessa che, in antitesi rispetto a quanto avvenuto negli anni '20 in Germania, essendovi a monte stato un profondo scetticismo nei confronti della concezione normativa della colpevolezza⁵⁷ da parte della dottrina, tale riflesso si è riversato nei confronti della stessa teoria della non esigibilità, capace di attirare più detrattori di quanti non abbiano rinvenuto in essa una certa funzionalità.

Il dilemma di fondo⁵⁸, correlato alla teoria della non esigibilità, esorta a chiedersi se questa debba essere considerata alla stregua di una componente positiva della colpevolezza, di un suo elemento al fianco di dolo e colpa, imputabilità e conoscibilità della legge penale (dopo la sentenza 364/1988), e in

⁵⁵ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 81.

⁵⁶ *Ivi*, 91.

⁵⁷ L'inscindibile correlazione tra principio di inesigibilità e concezione normativa della colpevolezza è efficacemente riassunta dalle parole di VASSALLI, *Scritti giuridici*, cit., 1136. «Una posizione contraria all'inesigibilità come causa generale di esclusione dell'elemento soggettivo del reato si concilia soltanto con la concezione psicologica o con una concezione normativa ristretta e del tutto *sui generis* [...]. I sostenitori della teoria normativa non possono senza grave incoerenza rifiutare l'inesigibilità».

⁵⁸ Almeno agli albori della sua formulazione, considerando che, data l'estrema latitudine del concetto, questo può essere inteso secondo differenti accezioni ed assolvere a molteplici funzioni.

forza ciò, qualora manchi l'esigibilità della condotta doverosa, riconoscere la stessa non rimproverabilità del soggetto; o parimenti attribuirle la figura di sintesi categoriale delle varie ed espressamente previste cause di esclusione della colpevolezza⁵⁹.

Coerentemente con quanto avvenuto a livello giurisprudenziale a cavallo tra i due secoli⁶⁰, la tematica della inesigibilità è *ab origine* circoscritta alla potenziale individuazione di un principio, configurabile come autonoma «entità normativa»⁶¹, mediante il quale legittimare l'applicazione in via analogica di alcune disposizioni di legge escludenti la responsabilità penale del soggetto per casi simili⁶². In sostanza, la non esigibilità è intesa secondo la possibilità di invocare una causa scusante ultralegale per tutti i casi non tassativamente regolati dalla legge⁶³, poiché rappresenterebbe proprio il principio di fondo di tutte le disposizioni espresse che agiscono in tal senso⁶⁴e specialmente dello stato di necessità.

Ancor prima di affrontare gli sviluppi cui sono pervenuti i primi teorici della non esigibilità nella dogmatica italiana, è opportuno soffermarsi su tutte le ragioni che hanno portato all'elaborazione del relativo principio, e che tuttora ne giustificano la reminiscenza.

⁵⁹ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 281.

⁶⁰ *Supra*, Cap. II, par. 2.

⁶¹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 64. Contro questo assunto FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit. 172. «Non è dato sapere, in verità, con l'aiuto di di quale bacchetta magica è possibile la singolare trasformazione di una entità di natura puramente empirico-fenomenologica (ovvero l'inesigibilità come *ratio* delle norme che escludono il reato per difetto dell'elemento soggettivo) in una di natura squisitamente normativa (ovvero la stessa inesigibilità come autonoma causa di esclusione della colpevolezza nei casi non previsti dalla legge), perdipiù con la pretesa che le due nature possano coesistere contemporaneamente nel medesimo principio».

⁶² Si è infatti potuto vedere come, secondo alcuni esponenti della dottrina tedesca, la non esigibilità occupi un'autonoma e definita posizione nella struttura del reato, ed in particolare quale limite e condizione negativa per l'affermazione della colpevolezza del soggetto.

⁶³ In tutte le cause di esclusione della colpevolezza il legislatore si ispira alla non esigibilità: se un comportamento è colpevole in quanto il soggetto ha previsto e voluto il fatto lesivo, al contempo se ne deve ammettere la non colpevolezza quando il processo psichico di rappresentazione e motivazione si sia formato in modo abnorme. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 490.

⁶⁴ PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, cit., 713. «Il problema relativo all'ammissibilità o meno di cause di non punibilità non codificate è stato studiato dalla dottrina sotto i due aspetti della non esigibilità [...]. Il problema è, sostanzialmente, questo: se la legge non sovviene espressamente ad esimere dalla punibilità l'autore di un fatto corrispondente al tipo legale, commesso, però in circostanze tali che la punizione di esso appare ingiusta, può il giudice mandarlo impunito in conformità di un principio non espressamente scritto nella legge, ma implicito negli scopi dell'ordinamento».

In proposito la non esigibilità non opera immediatamente ed in via esclusiva in sede di colpevolezza⁶⁵, bensì costituisce un punto di riferimento già in sede pre-normativa⁶⁶. Nel momento in cui infatti il legislatore descrive una fattispecie incriminatrice deve necessariamente tener conto della effettiva possibilità per i consociati di adeguarsi al contenuto del precetto, di poterlo rispettare in guisa da poter esigere la corrispondente condotta lecita.

Già da questa generale premessa, si è sostenuto, sarebbe «paradossale»⁶⁷ che, una volta che la norma si sia ispirata nella sua stesura al principio di non esigibilità, questo venga completamente omesso nel momento più delicato circa l'accertamento della responsabilità, ossia quello in cui la norma deve essere applicata, prescindendo così da una valutazione sulla reale possibilità del soggetto di conformarsi alla regola di condotta⁶⁸.

In armonia con quanto detto finora, gli Autori che si pronunciano in favore della non esigibilità si identificano con i primi sostenitori della concezione normativa della colpevolezza.⁶⁹

⁶⁵ Terreno di riferimento della non esigibilità, sebbene più avanti si tenterà di verificare se il principio possa già operare a livello di tipicità o di anti giuridicità del fatto.

⁶⁶ L'unica funzione espletata dalla non esigibilità secondo l'Alimena. Sul punto BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 490.

⁶⁷ *Ivi*, 490 ss.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Sul punto DELITALA, *Il fatto*, cit., 144. «Il legislatore, considerando umanamente il fatto, potrà lasciarlo impunito, se reputi che dall'agente, nelle circostanze concrete in cui ha agito, non si poteva ragionevolmente sperare un comportamento diverso». In favore della non esigibilità, inoltre, MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 189 «per aversi colpevolezza occorre considerare, accanto al dolo e alla colpa, le particolari condizioni psichiche dell'agente e la configurazione delle circostanze esteriori in cui l'azione si realizza. Il dolo e la colpa costituiscono il punto di maggior rilievo nel giudizio di attribuzione, ma a ciò non sono sufficienti se non vi è anche un soggetto capace e se non concorre una particolare configurazione delle circostanze estrinseche. Conseguentemente, agisce senza colpevolezza: l'inimputabile, chi agisce senza dolo e senza colpa e chi agisce in una posizione in cui non appare esigibile un comportamento conforme al diritto». SCARANO, *La non esigibilità*, cit.; VASSALLI, *Scritti giuridici*, cit., 1137: «oggi sono più che mai convinto del suo fondamento. Se l'imputazione a titolo di dolo riposa sulla possibilità dell'ordinamento di pretendere l'astensione da determinate azioni ed omissioni, se l'imputazione a titolo di colpa o ad altro titolo che tragga base dalla causazione colpevole di un fatto non voluto riposa esclusivamente sul duplice requisito della prevedibilità e dell'evitabilità, se dunque la colpevolezza è in ogni sua forma esigibilità di un comportamento diverso, non si riesce a comprendere come un comportamento in concreto inesigibile possa essere considerato colpevole e fonte di punizione.» Favorevole anche BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 489 ss; successivamente FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit.

Dunque, aderendo al nucleo concettuale della concezione normativa, per un rimprovero di colpevolezza occorre la normalità delle circostanze⁷⁰. Ogni qualvolta le condizioni in cui si estrinseca la condotta lesiva siano tali da alterare il normale processo di formazione del volere, e conseguentemente diventi impossibile pretendere un momento volitivo immune da difetti⁷¹, viene in rilievo la non esigibilità di una condotta alternativa lecita, elidendo la non colpevolezza del soggetto agente.

La teoria della non esigibilità è chiamata ad operare ogni qualvolta si presentano situazioni anomale e di natura straordinaria, caratteristiche di turbamenti di particolare complessità morale o esistenziale, ed in cui si richiede al giudicante di calarsi nelle medesime condizioni in cui si è trovato il soggetto agente. Partendo infatti da circostanze eccedenti l'ordinario, si procede a verificare le modalità con cui si è costituita la volontà al momento del fatto, mediante un processo di soggettivizzazione del giudizio di colpevolezza, esaminando le condizioni del caso concreto, al fine di rispondere al fondamentale interrogativo se dunque potesse o meno esigersi, da quell'individuo, una condotta ulteriore o comunque differente da quella effettivamente tenuta.

Il principio di inesigibilità costituisce dunque un parametro valutativo per determinare la liceità o meno di condotte *in limine* della rimproverabilità. Cosicché non è un principio ad efficacia generale, che può essere invocato da chiunque, ma soltanto da chi possa realmente contestare l'esigibilità di un comportamento differente, secondo l'estrema situazione in cui ha agito.

⁷⁰ MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente, cit., 1035. Nel riportare le parole di Welzel: «Anche il giudizio di illecito non può pienamente giustificare ancora la rimproverabilità della volizione, salvo che l'agente, nella concreta situazione, abbia potuto realmente determinare la propria volontà. In questa occasione si tratta non di una generale capacità di volizione conforme in genere, e, cioè, di una capacità di imputazione (che già sussiste indipendentemente dall'azione concreta), ma di una concreta possibilità dell'agente, capace di colpevolezza, di sapersi determinare ad una reale volizione durante la realizzazione del fatto. Questa concreta possibilità di autodeterminazione all'azione lecita è il più importante momento della rimproverabilità, di fronte al quale i momenti intellettivi sono subordinati. Dunque il contenuto della rimproverabilità è proprio questo, che il soggetto doveva e poteva determinare il proprio volere in conformità di questa possibile rappresentazione. Tuttavia, ci sono situazioni di fatto nelle quali non si potrebbe chiedere al soggetto, capace e anche operoso e nella piena conoscenza del torto, un'azione conforme al diritto. Senza dubbio il diritto deve limitare strettamente, nell'interesse della forza cogente delle proprie norme, tali situazioni».

⁷¹ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 490.

Tale asserzione, nel ribadire il *discrimen* tra situazioni ordinarie e condizioni di fatto estreme, discende direttamente dal principio di uguaglianza in senso sostanziale sancito dall'art. 3 della Costituzione. La disposizione impone di tenere in considerazione tutte quelle anomalie relative al procedimento motivazionale, in cui è più complessa l'osservanza del precetto, per distinguerle da tutte quelle contingenze in cui viceversa non si profila alcuna tipologia di impedimento: trattare casi differenti in maniera differente, ai fini di un diverso giudizio di colpevolezza, da modularsi secondo le esigenze del caso concreto⁷².

Inoltre, e sempre in armonia con il panorama costituzionale, la non esigibilità equivale ad un efficace espediente per rendere ulteriormente «proprio» il fatto addebitato al soggetto. Il principio costituzionale di colpevolezza, di concerto con il correlato principio di umanità della pena, impone di valutare attentamente situazioni in cui il comportamento conforme alla norma appaia inesigibile⁷³, in funzione di una sua piena attuazione.

In tal modo l'inesigibilità costituisce uno dei mezzi attraverso i quali poter assecondare la prospettiva personalistica⁷⁴ del giudizio di colpevolezza, nel tentativo – ribadito in apertura della trattazione⁷⁵ – di ridurre quel baratro esistente tra l'enunciazione formale ed astratta della norma applicabile al caso concreto, e le circostanze in cui agisce l'individuo, per giungere ad escludere la relativa responsabilità quando la condotta si sia esplicita in condizioni nel senso precedentemente descritto.

Nel valutare se quel determinato soggetto, in quel determinato contesto spazio-temporale e secondo quelle determinate motivazioni, di natura certamente straordinarie ed eccezionali, potesse conformarsi al precetto, è così possibile stabilire in pieno un addebito personale. In questi termini, eludendo un freddo e

⁷² VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 292.

⁷³ FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, *Enc. Dir.*, XXXIX vol., Varese, 1988, 1327. «Il principio di 'umanità' della pena dà fondamento anche costituzionale (art. 27 comma 3 cost.) alla categoria penalistica della 'non esigibilità', imponendo al legislatore ordinario di valutare attentamente l'eventuale presenza di situazioni in cui il comportamento conforme alla norma, pur non sottraendosi (in misura maggiore o minore) ai poteri naturalistici del soggetto, sia umanamente inesigibile. Né la legge ordinaria è certo insensibile al principio, conferendo rilievo a varie situazioni in cui vien apprezzato il condizionamento subito dal soggetto, sino ad escludere in alcune ipotesi ogni responsabilità ancorché per altri versi l'elemento psicologico si sia perfezionato».

⁷⁴ *Supra*, Cap. I, par. 6.

⁷⁵ *Supra*, Cap. I, par. 1.

meccanico processo di applicazione della norma, si favorisce un più intenso e profondo giudizio di colpevolezza per la condotta assunta.

Il tutto avviene nell'ottica di un fine di giustizia sostanziale, per certi versi utopico, eppure sinonimo di un ordinamento che si mostri più attento, in determinate situazioni, ai tratti caratterizzanti la debolezza dell'essere umano – la cd. «*humana fragilitas*»⁷⁶ - di cui poi deve assicurare la tutela.

Dunque, la dottrina delle non esigibilità assurge sì a criterio di giustizia sostanziale nel singolo caso – quando sia la stessa coscienza comune a reclamare l'impunità sebbene questa non sia espressamente consentita – ma tende a diramare i suoi effetti anche verso la generalità dei consociati. Infatti, qualora l'ordinamento si prefigurasse l'obiettivo di massimizzare la tutela dei beni giuridici e così facendo negasse qualsiasi minimo profilo di scusa, sarebbe certamente in grado di garantire la più elevata sicurezza sociale. Al contempo, tuttavia, il sistema penale incorrerebbe nel rischio di perdere di legittimazione nei confronti del soggetto agente, per il quale questo atteggiamento potrebbe risultare manifestamente ingiusto. Tale sentimento di ingiustizia maturerebbe nella generalità dei consociati, con un conseguente indebolimento di tutte le norme dell'ordinamento⁷⁷. Una così rigida preclusione potrebbe riecheggiare la figura dello Stato Leviatano⁷⁸, insensibile alle esigenze dei singoli⁷⁹.

Il principio di inesigibilità si presenta ontologicamente ampio e generico, se non propriamente vuoto nei suoi contenuti, e tale caratteristica risulta lampante

⁷⁶ MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem?*», *Sui confini tra «impossibile» ed «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 95. Concettualmente legato al principio di umanità, per cui non potrebbe pretendersi l'irrogazione della sanzione per quei fatti moralmente perdonabili e socialmente tollerabili, nonché all'idea di ciò che è «ragionevolmente pretendibile», espressione ripresa da HABERMAS, *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, 141. «Se devono essere valide soltanto le norme che – nel meritare l'approvazione razionalmente motivata di tutti gli interessati – presuppongono una prassi di universale osservanza normativa, allora non si potrà mai ragionevolmente pretendere da nessuno di tener fede alle norme prima che sia stata esaudita questa condizione. Ciascuno deve aspettarsi da tutti l'osservanza delle norme valide. Perciò le norme valide diventano ragionevolmente pretendibili soltanto quando possono effettivamente imporsi nei confronti del comportamento deviante». MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 65. «L'umana fragilità, è giusto sia dall'ordinamento scusata entro certi limiti, oltre i quali non è opportuno andare.»

⁷⁷ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit. 292.

⁷⁸ Per mutuare la celebre immagine di Hobbes.

⁷⁹ I rapporti tra dottrina della non esigibilità e prevenzione, per quanto attiene ai profili nel caso di un accoglimento della prima, sono approfonditi nel prossimo paragrafo. Qui basti anticipare che i detrattori dell'inesigibilità hanno sempre affermato l'incondizionata prevalenza della norma, altrimenti posta in balia della carenza contenutistica della non esigibilità.

considerando la sua unanime definizione: quel criterio secondo il quale, quando non può umanamente esigersi un contegno conforme al precetto, il soggetto va esente da responsabilità penale.

Nonostante dunque gli effetti potenzialmente dirompenti dovuti ad un suo accoglimento, sul piano sia della prevenzione che della certezza del diritto, la sua dinamica elasticità, regolata secondo oculati parametri, può al contempo rafforzarne la natura di principio di stampo regolativo. La non esigibilità può essere chiamata ad operare nei casi non previsti dalla legge, al fine di consentire al giudice di attingere da un espediente correttivo ed integrativo per eventuali lacune normative: in tal modo si tratterebbe di una valvola che permette «ad un sistema di norme di respirare in termini umani»⁸⁰.

Il carattere «umano» della non esigibilità si esalta proprio poiché ad esso potrebbe farsi riferimento quando la situazione appaia di natura talmente eccezionale che chiunque, trovatosi nelle medesime condizioni del soggetto agente, non avrebbe potuto agire diversamente, alla stregua di valori intrinsecamente parte del sentire comune.

Se infatti risulta decisamente complesso aspirare ad un sistema giuridico che rifletta simmetricamente il sistema valori di una società in un determinato momento storico, nella non esigibilità può rinvenirsi un concetto «aperto», contenutisticamente colorabile secondo una miriade di sfumature, e a seconda della prospettiva ideologica, filosofica o culturale che si intende assecondare. Al contempo rappresenta un peculiare mezzo di giustizia sostanziale, dal quale poter attingere quando altrimenti il sistema si rivelerebbe chiuso ed impreparato d'innanzi a casi intrisi di un elevato tasso di eccezionalità.

Infine la teoria della non esigibilità, sempre con l'intento di ridurre l'abisso tra la prospettiva formalistica dell'ordinamento e il realismo della vita quotidiana, nella specie tra essere umano in "carne ed ossa" ed agente modello, è in grado di elidere il rimprovero nei confronti del soggetto che, agendo in circostanze di elevato turbamento motivazionale, sarebbe chiamato ad assumere una condotta «eroica», pur di adempiere al precetto. Se è ineludibile il presupposto che l'ordinamento prenda ad esemplare un determinato agente modello, un soggetto ideale cui i

⁸⁰ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 493.

consociati devono ispirarsi e, soprattutto, conformarsi, quantomeno si ritiene necessario che tale possibilità sussista nel caso concreto. Se tale premessa viene meno, l'inesigibilità risponde proprio all'evenienza che sia ritenuto colpevole quel soggetto dal quale non si sarebbe potuto pretendere un comportamento ulteriore.

3.1. Il principio di non esigibilità come causaultraleale di esclusione della responsabilità penale

Il principio di non esigibilità è originariamente concepito, nel dibattito che ha preso vita tra la dogmatica tedesca e quella italiana, nella sua potenziale applicazione analogica, in chiave scusante, ai casi non tassativamente predeterminati dalla legge, quando appaia impossibile pretendere dal soggetto, per le circostanze in cui agisce, un contegno conforme al precetto penale. Tale legittimazione deriverebbe dal fatto che il principio di inesigibilità è la *ratio essendi* di tutte le cause di esclusione della colpevolezza, connotate da anormali formazioni del volere. Occorre dunque accertare la veridicità di questa premessa.

In tema di procedimento analogico, come operazione preliminare, bisogna stabilire se la norma che regola il caso simile sia riconducibile ad un principio superiore, di cui la disposizione in questione è esplicitazione normativa⁸¹. Successivamente è necessario vagliare se il principio in questione, riconosciuto da parte del diritto positivo, possa correttamente applicarsi al caso concreto senza che in tal senso ostino manifestazione contrarie di legge⁸².

Il quesito è dunque se possa affermarsi, come già anticipato, che il principio che regola lo stato di necessità⁸³ – disposizione da cui è stata ricavata la stessa dottrina della non esigibilità – e le altre cause che escludono il rimprovero penale, siano sussumibili nel medesimo principio ispiratore.

In adesione ad un'interpretazione risalente nel tempo, lo stato di necessità, che sarebbe da intendersi in senso scusante⁸⁴ – sebbene siano state avanzate critiche

⁸¹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 64 ss.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ MORO, *L'antigiuridicità*, cit., 147. Secondo l'Autore l'inesigibilità coincide con lo stato di necessità, se inteso più estensivamente rispetto a quello delineato dai ferrei requisiti dell'art. 54 c.p., poiché «togliendo al giudice in tale delicatissima materia l'essenziale libertà di umano apprezzamento della situazione di fatto, svuota di significato, nell'atto che lo riconosce, l'importante istituto».

⁸⁴ DELITALA, *Il fatto*, cit., 22.

quest'impostazione⁸⁵, peraltro attualmente disattesa⁸⁶- ed altre cause di esclusione della colpevolezza, come la forza maggiore o la coazione morale sarebbero sottese al principio di non esigibilità, che ne rappresenterebbe il fondamento ideologico. Così, stabilito il principio ispiratore del *genus* delle cause di esclusione della colpevolezza, se ne è dunque ammessa un'estensione in via analogica per quei casi non disciplinati direttamente⁸⁷.

Alla luce di ciò, il comun denominatore a tutte le disposizioni richiamate è che l'agente «posto nella dura alternativa di dover scegliere senza indugio fra il sacrificio del bene altrui e il pericolo della propria integrità personale, raggiunge la propria salvezza soltanto col sacrificio di beni inerenti a persone, che non determinarono la situazione pericolosa»⁸⁸.

Senza anticipare alcunché circa il problematico parametro rispetto al quale poter rapportare il grado di esigibilità, sulla base di queste premesse si legittima il procedimento analogico per casi simili, ed al contempo ci si riferisce ad un giudizio di natura etica e non giuridica, in forza del quale può affermarsi che chiunque si sarebbe comportato in tal modo⁸⁹.

⁸⁵ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 72. «Senonchè si potrebbe osservare che il principio contenuto nell'art. 54 si presenta con carattere di eccezionalità per cui non è possibile elevarlo a principio generale in relazione alle cause che escludono la punibilità. Ciò sarebbe dimostrato, dai numerosi e rigorosi requisiti dai quali l'art. 54 del codice penale condiziona l'esclusione del reato. [...] A questo rilievo non è difficile rispondere che soltanto le norme incriminatrici non sono passabili di analogia». Nel richiamare le parole del DELITALA, *Analogia in bonam parte, Studi in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, 517. «Le norme che contemplano le circostanze di esclusione della colpevolezza e dell'antigiuridicità non sono eccezionali. Col dettare le disposizioni relative alle cause di esclusione di colpevolezza per il difetto di uno dei suoi elementi, il codice non detta una disciplina in contrasto con quella della norma generale; ma ne esclude la applicabilità per il venir meno di un presupposto di quella». In conclusione, cause di esclusione di antigiuridicità e colpevolezza sono assimilabili a norme di diritto comune e come tali passibili di analogia. In tal senso anche ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 539. In quanto il diritto penale sarebbe diritto d'eccezione, le disposizioni negative dei precetti penali sarebbero comunque applicabili in via analogica, poiché costituirebbero l'eccezione dell'eccezione, e tali dunque da restaurare la regola. Viceversa, contrari ad un'estensione analogica dello stato di necessità VASSALLI, *Limiti al divieto di analogia in materia penale. Norme ordinaria e norme eccezionali*, Milano, 1942, 121 e DONINI, *Teoria del reato*, cit., 215. Per l'Autore lo stato di necessità sarebbe già tassativamente e puntualmente determinato nei suoi requisiti da parte del legislatore, e pertanto insuscettibile di integrazione analogica.

⁸⁶ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 282. L'interpretazione oggi prevalente concepisce lo stato di necessità in senso giustificante, e dunque regolato non dal sottostante principio di inesigibilità, ma dal principio del bilanciamento di interessi, in forza del quale per l'ordinamento, tra due beni di equivalente valore, è indifferente quale dei due sia sacrificato.

⁸⁷ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 65.

⁸⁸ *Ivi*, 75.

⁸⁹ *Ibidem*.

In conclusione, non è possibile pretendere una condotta conforme al precetto ogni qualvolta, pur determinandosi con coscienza e volontà, il soggetto agisca in una posizione d'eccezione, dal momento che «non è possibile sia preteso dalla massa delle persone un comportamento eroico che è eccezione»⁹⁰. Il riferimento a questa massima, che è criterio ispiratore delle cause di esclusione di colpevolezza e dunque principio immanente del sistema, non modifica le valutazioni effettuate dalla legge, come potrebbe avvenire in una concezione individualizzante della non esigibilità.

In tal senso l'inesigibilità agisce in funzione integratrice e correttiva della legge, per colmarne più efficacemente le lacune e meglio esaltarne lo spirito⁹¹.

4. Le ragioni contrarie alla dottrina della non esigibilità

Nei confronti della categoria della non esigibilità la letteratura penalistica italiana ha riservato un categorico e generalmente condiviso rifiuto⁹², dovuto alle complessità riscontrate in sede di concretizzazione di un principio che si presta di difficile collocazione da un punto di vista dogmatico⁹³ e non ordinabile secondo precisi concetti normativi.

⁹⁰ *Relazione al progetto definitivo*, 370.

⁹¹ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit. 282. «Sarebbe un errore considerare la non esigibilità come un equivalente della massima «*tout comprendre c'est tout pardonner*»; piuttosto vale l'antica regola implicita nell'idea stessa del diritto: *ultra posse nemo obligatur*».

⁹² Raramente la dottrina penalistica italiana si è trovata così concorde su una determinata questione, come avvenuto relativamente alla non esigibilità e alle ragioni di un suo universale rigetto. Si vedano sul punto ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 434; GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 144; PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 140; NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., 66; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 411; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 465; DE FRANCESCO, *I fondamenti*, cit., 346; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 4°ed., Padova, 2010, 289; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 464.

⁹³ Come si è già anticipato, circa il modo di concepire il ruolo della non esigibilità, se da applicarsi in chiave analogica per i casi non espressamente regolati dalla legge, o altrimenti quale quarto elemento della colpevolezza, secondo l'impostazione frankiana per cui ad una causa di discolpa deve corrispondere una componente del rimprovero che viene meno.

Pertanto il cuore del dibattito sulla non esigibilità si rinviene non tanto a livello ideologico⁹⁴, dal momento che gli stessi detrattori tendono a convenire in merito alla sua funzionalità⁹⁵, quanto nella sua dimensione fattuale.

Un principio che si presenta ontologicamente inafferrabile nei suoi contenuti, come appunto quello di non esigibilità, se la sua applicazione non viene incanalata secondo solidi criteri di riferimento è destinato a tramontare nella materia dei delitti e delle pene, in cui governano massime esigenze di tipicità della fattispecie e di certezza del diritto.

L'impedimento che risalta più evidente agli occhi, in chiave ostativa per l'accoglimento dell'inesigibilità, è il dato normativo. Nel nostro ordinamento penale è infatti assente una norma che prescrive un generale principio di scusa, e che legittimi un'esclusione della responsabilità del soggetto allorquando le contingenze concrete siano concettualmente riconducibili al *genus* della non esigibilità. In tal senso mancherebbe una disposizione che imponga al giudice il compito di accertare in concreto la soggettiva impossibilità di uniformarsi al precetto⁹⁶, per cui la non esigibilità difetta di legittimazione normativa⁹⁷, almeno secondo la lettera espressa della legge.

In primo luogo dunque la preclusione di una valutazione in termini di inesigibilità discende dall'assenza di un esplicito riscontro normativo, che altrimenti rischierebbe di minare il principio di legalità⁹⁸ in materia penale, oltreché la già citata certezza del diritto, in balia di un principio dai contenuti eccessivamente

⁹⁴Si rinvengono comunque altre letture che sostengono una differente configurazione dell'inesigibilità nella sistematica del reato, rispetto al ruolo originariamente assegnatole in sede di colpevolezza. In particolare ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 434. Per l'Autore, sebbene in termini contrari alla dottrina della non esigibilità, qualora dalle circostanze possa desumersi l'impossibilità di conformarsi alla norma, verrebbe meno lo stesso obbligo di osservarla, e dunque il suo momento imperativo. Si tratterebbe di una causa di esclusione dell'antigiuridicità e non della colpevolezza. Sempre nel riportare l'inesigibilità al momento antigiuridico del fatto NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., 66, ID, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 290. «Se si ritiene che, in concreto, non esista un dovere di tenere una certa condotta, questo significa che la condotta, in certe situazioni, non è antidoverosa: e l'inesistenza del dovere attiene all'elemento oggettivo.» Anche MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente, cit., 1040. Per quest'ultimo l'inesigibilità della condotta elide il disvalore penale del fatto.

⁹⁵ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 436. «In proposito non è possibile disconoscere che eccezionalmente si possono presentare dei casi in cui il giudice venga a trovarsi nel bivio angoscioso tra la lettera della legge e la sua coscienza che reclama l'assoluzione».

⁹⁶ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 465.

⁹⁷ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 284.

⁹⁸ DE FRANCESCO, *I fondamenti*, cit., 346.

dilatati. Per la dottrina penalistica l'inesigibilità può valere esclusivamente nel caso di un'espressa previsione legale⁹⁹: non essendo contemplata una causa preterlegale di esclusione della responsabilità, i casi di non esigibilità rappresentano un *numerus clausus*, ed in omaggio al principio di tassatività insuscettibili di applicazione analogica¹⁰⁰.

A questa preliminare obiezione si è risposto che un determinato principio, sebbene non espressamente enunciato dalla lettera della legge, possa comunque costituire l'ispirazione di determinate norme positive¹⁰¹, e più in generale permeare l'intero sistema penale, in quanto implicitamente desumibile da una disposizione costituzionale¹⁰².

Da ciò dunque l'esigenza di verificare se l'ordinamento presenti alcune fattispecie che possano rappresentare il fondamento normativo per l'accoglimento della non esigibilità, almeno in quanto principio immanente al sistema. Lo sguardo volge in via immediata alla fattispecie dello stato di necessità¹⁰³; la disposizione è tuttavia intesa, secondo l'impostazione attualmente prevalente, in chiave giustificante¹⁰⁴.

Proprio concepire lo stato di necessità quale una causa scriminante, facendo così venir meno il principale punto di riferimento normativo in materia di inesigibilità, equivale a ribadire ulteriormente il rigetto.

Assenti appigli sul piano normativo, e rigettata l'ipotesi di configurare una causa scusante ad efficacia generale, la riflessione sulla non esigibilità si concentra

⁹⁹ ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, cit., 89. «È il legislatore che in un primo momento stabilisce quali sono i fatti che debbono diventare reati; e in un secondo momento stabilisce che la conformità di un fatto ad una fattispecie non è da sola bastevole a dar vita al reato, ma che è necessario che, accanto alla conformità alla fattispecie, si verifichi l'assenza di una causa giustificata. Dopo di che, saranno contegni inesigibili quelli che, pur conformi ad una fattispecie, non sono autorizzati dalla presenza di una causa giustificata».

¹⁰⁰ CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 289.

¹⁰¹ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 144. In senso contrario BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, cit., 79, per il quale la non esigibilità sarebbe estranea allo spirito che presiede all'ordinamento penale.

¹⁰² Si pensi a quanto avvenuto con la già esaminata sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, con cui la Consulta, dal combinato disposto di primo e terzo comma dell'art. 27 Cost., ha prima riconosciuto la rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza, per poi stabilire che da questo derivi, in quanto sua componente, il principio della conoscibilità della norma penale, superando così la preclusione dell'art. 5 c.p., che nella sua originaria formulazione stabiliva la massima *ignorantia legis non excusat*.

¹⁰³ Fattispecie da cui è poi sorto il dibattito sull'inesigibilità.

¹⁰⁴ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 282.

sul piano ermeneutico¹⁰⁵. L'interrogativo è se tal principio possa rilevare quale limite per l'applicazione della norma penale¹⁰⁶, in chiave correttiva ed integrativa, ogniquale non appaia concretamente esigibile conformarsi al precetto penale¹⁰⁷. Per legittimare un procedimento in via analogica, come si è autorevolmente evidenziato¹⁰⁸, occorre rispettare un seppur minimo coefficiente di certezza, e dunque il principio in questione deve possedere requisiti di precisione e concretezza¹⁰⁹. Ed è qui che realmente emergono tutte le debolezze e le critiche cui presta il fianco il principio di inesigibilità.

Oltre la formula sintetizzante che nel corso della trattazione è già stata ripetuta più volte, la non esigibilità manca di ulteriori criteri sostanziali che ne specificano l'applicazione, oltreché di parametri comparativi che ne rendano più agevole l'accertamento. Onde si presenta decisamente carente sul piano contenutistico.

In tal modo ne vien fuori un principio inconsistente, generico ed eccessivamente ampio¹¹⁰, connaturato da «intrinseche incertezze concettuali ed applicative¹¹¹, una sorta di «clausola vuota»¹¹², in cui vi è il rischio di lasciar confluire tutto. Peraltro i suoi limiti si manifestano anche su un piano ideologico,

¹⁰⁵ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 147. L'Autore ripudia la teoria dominante che, come detto, vuole l'inesigibilità in chiave scusante ed ultralegale, spostando la questione sul piano dell'interpretazione del diritto positivo. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 277. «La non esigibilità è in primo luogo un problema di interpretazione e di integrazione delle lacune del diritto. La sua origine teorica e la sua configurazione dommatica impediscono forse di vedere la sua vera funzione che si ricollega all'interpretazione del diritto. In fondo l'atteggiamento scettico nei confronti di questo principio deriva da un ragionamento formalistico condotto attraverso l'argumentum a contrario per cui dal fatto che vi sono scusanti espressamente previste si deduce l'inesistenza di altre che non siano espressamente previste. Ma proprio il carattere formale di questo argomento consente di rovesciare il ragionamento: del resto la problematica di uno «stato di necessità ultralegale» costituisce la conferma più evidente che si sia individuata una lacuna del diritto. Basta già questa impostazione dei termini della questione per rilevare come la non esigibilità debba essere fissata non in relazione ad un criterio extra-giuridico, ma in un principio dell'ordinamento giuridico».

¹⁰⁶ NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., 13. La norma penale può incontrare dei limiti, espressi o taciti. Per ammettere la rilevanza di questi cd. limiti taciti è tuttavia necessario accertare la validità del principio logico o giuridico da cui traggono validità.

¹⁰⁷ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 434. Anche in tal senso non sarebbe possibile parlare di inesigibilità, poiché le condizioni ed i limiti delle norme sono posti dalle norme stesse.

¹⁰⁸ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 147.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 145. Si tratterebbe soltanto di una vaga etichetta, e non di un principio o una ratio.

¹¹¹ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 465.

¹¹² FIANDACA, MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., 411.

dal momento che non si specificano le ragioni per cui il soggetto non avrebbe potuto agire diversamente¹¹³.

Da ciò ne consegue l'assenza di quella concretezza necessaria per poter costruire un principio di ordine superiore applicabile a casi non regolati dalla legge¹¹⁴.

Prescindendo da quello che è un oggettivo *deficit* di precisione, la categoria si espone ad ulteriori perplessità nel momento in cui, per accertare l'inesigibilità della condotta doverosa, debbono determinarsi i parametri in relazione ai quali condurre tale valutazione¹¹⁵. Infatti non si è mai fornita una soluzione realmente normativa¹¹⁶, un insieme di criteri giuridici che consentissero di superare la dimensione eminentemente astratta della non esigibilità, per tentare di conferirle un volto più pragmatico, in linea con la concretezza necessaria che l'accertamento della responsabilità penale deve mantenere; quanto piuttosto una serie di elementi comparativi evanescenti ed autoreferenziali, che contraddicono in piena regola quanto detto precedentemente¹¹⁷.

In proposito, secondo una prospettiva strettamente individualizzante¹¹⁸, si è affermato che il parametro di valutazione debba essere lo stesso soggetto agente: sarebbe inesigibile la condotta alternativa lecita quando dal soggetto che viene in rilievo nel caso concreto non si potesse pretendere un comportamento differente. Si assiste così ad un'integrale personalizzazione del giudizio di colpevolezza, in cui confluiscono tutte le condizioni personali, sociali, culturali, tutti gli impulsi emotivi e gli stimoli psicologici rappresentativi dell'individuo, e la valutazione di inesigibilità perde quel senso di universalità che si intende attribuirle.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 434.

¹¹⁵ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 279. In tal modo la non esigibilità rischia di rimanere una clausola vuota ed inespressa, in quanto se ne deve stabilire la rilevanza normativa in termini di certezza del diritto.

¹¹⁶ PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 144.

¹¹⁷ Due le correnti prevalenti in tema di concretizzazione dell'inesigibilità: la prima, di carattere naturalistico, si fonda su criteri di natura empirica per accertare la situazione psicologica in cui versa il soggetto nel momento in cui assume il relativo comportamento; la seconda consiste in una valutazione a carattere normativo di quella che è la motivazione del soggetto, per esaminarne il valore secondo parametri anche extragiuridici e dunque morali. Sul punto FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 57.

¹¹⁸ Esemplare è in tal senso il pensiero di Freudenthal, e le relative critiche che sono stato avanzate nei confronti di quest'impostazione. *Supra*, Cap. II, par. I.

Bersaglio di ovvie considerazioni negative, accogliendo questo criterio di riferimento si incorrerebbe nel rischio di scusare qualsiasi azione criminosa¹¹⁹, per ammettere così la celebre capitolazione dell'ordinamento giuridico d'innanzi al delinquente, il cui sistema punitivo diverrebbe del caso per caso, secondo bisogni e ragioni invocati da ciascuno.

Nel correggere il tiro si è dunque proposto altro parametro di riferimento, con l'intento di condurre la valutazione dell'inesigibilità della condotta secondo una dimensione più obiettiva e coerente con le istanze di prevenzione generale.

Non esigibile sarebbe quella condotta da cui neanche lo stesso uomo-medio sarebbe stato capace di astenersi. Talché è necessario stabilire con più precisione a chi risponda effettivamente la figura dell'uomo-medio¹²⁰.

Si tratterebbe di un criterio «leggendario»¹²¹, anche questo frutto di pura interpretazione¹²², risultante da un procedimento di astrazione senza alcun riscontro fattuale nella realtà concreta, rispetto al quale vengono già formulate le pretese del diritto¹²³. Inoltre, far sì che questa figura sia punto di comparazione implica ammettere una generalizzazione delle circostanze del caso concreto, e dunque rinunciare ad un giudizio di colpevolezza incentrato su un soggetto in carne ed ossa¹²⁴. Parimenti non sarebbe possibile né intravedere gli estremi della situazione di necessità, per determinare la capacità di adeguarsi al precetto nelle circostanze anomale¹²⁵, né tantomeno accertare quanto l'uomo-medio avrebbe potuto effettivamente fare in quella determinata situazione¹²⁶. In tal modo si tornerebbe al

¹¹⁹ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 147.

¹²⁰PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 150. Se in quel caso la media degli uomini, cui non si richiedono pretese eroiche, si comporterebbe nello stesso modo. Il rischio intrinseco di ammettere questo criterio di giudizio è che lo stesso giudice si interroghi su cosa avrebbe fatto egli stesso.

¹²¹ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 279.

¹²² Sostanzialmente concordi in molti su questo punto. GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 147; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 279; FIANDACA, MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., 412;

¹²³ GALLO, *Il concetto unitario*, cit., 147.

¹²⁴ FIANDACA, MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., 412.

¹²⁵ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 297.

¹²⁶ Nel rivitalizzare la categoria dell'uomo medio, si è affermato che il procedimento di astrazione mediante il quale viene ricavata tale figura non è l'equivalente di delineare un qualcosa privo di riscontro nella realtà, quanto piuttosto un'operazione mentale con cui sottolineare le caratteristiche comuni alla totalità o alla maggioranza di un determinato gruppo di soggetti. L'uomo medio è quell'individuo dunque che, per spirito d'imitazione, si comporta alla stregua della mentalità del gruppo. Sul punto DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 108 ss.

punto di partenza per ricercare un parametro con cui determinare il grado di esigibilità della condotta conforme al diritto¹²⁷.

Le considerazioni effettuate finora circa l'evanescenza della non esigibilità, avulsa da criteri di riferimento e di concretizzazione, sono state efficacemente condensate nell'espressione «*tout comprendre c'est tout pardonner*». Accogliere l'inesigibilità implicherebbe il celebre «rammollimento» del diritto penale e di tutti i suoi imperativi¹²⁸, poiché un parametro di giudizio di tal genere e portata potrebbe ledere la stessa tenuta general-preventiva del sistema¹²⁹.

Un criterio che si presenta aprioristicamente indeterminato nei suoi contenuti è sinonimo di porre nelle mani del giudice uno strumento generale di discolpa¹³⁰, intriso di considerazioni etiche, che lo renderebbe libero di decidere secondo le proprie personali convinzioni¹³¹, in spregio dei principi di uguaglianza e uniformità decisionale, che è negazione stessa del diritto¹³².

Infine, riconoscere la valenza di un principio di questa tipologia porta con sé evidenti problematiche sul piano della prevenzione. Nei confronti della collettività, in seguito ad una pronuncia di non colpevolezza per inesigibilità della condotta, date le complessità sul piano dogmatico di inquadrare questo concetto¹³³,

¹²⁷ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 72.

¹²⁸ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 284. In senso contrario BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 493. In quanto favorevole alla non esigibilità, l'Autore sostiene che di un rammollimento dell'ordinamento potrebbe parlarsi soltanto con riferimento a quel sistema penale che si astenga dalla punizione nonostante ricorrano tutte le condizioni necessarie prescritte, compreso il rimprovero di colpevolezza.

¹²⁹ CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 464.

¹³⁰ DE FRANCESCO, *I fondamenti*, cit., 346.

¹³¹ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., 282. Così nel citare il trattato Listz-Schmidt: «Il giudice si trova qui davanti ad un compito difficile che si dirige alle sue conoscenze umane ed alla sua saggezza di vita e illumina tutta l'importanza del suo magistero. Debolezze sentimentali e rigori inflessibili costituiscono nella questione dell'esigibilità di un comportamento conforme al diritto le Scilla e Cariddi che mettono in pericolo la giustizia. Questo non è sfuggito al legislatore. Per questo egli cerca di togliere al giudice nei casi notoriamente più importanti di non esigibilità la grave decisione e la responsabilità per la giustizia. Il legislatore tipicizza le situazioni di pressione psicologica eccezionale con l'aiuto di elementi oggettivi e indica al giudice di presumere in via assoluta nel ricorrere di tali situazioni la non esigibilità di un comportamento conforme al diritto».

¹³² PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 150. L'Autore, piuttosto che di «rammollimento», parla del più radicale «annullamento» del diritto penale.

¹³³ Prescindendo dalle differenze tra causa di giustificazione e causa scusante, il risultato in concreto è lo stesso, ed è questo che vale agli occhi della generalità dei consociati. Sul punto VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 285.

potrebbe instillarsi la convinzione della liceità di comportamenti medesimi o simili, altrimenti vietati dalla norma penale¹³⁴.

5. Un caso isolato nella giurisprudenza di merito: la sentenza 5 Novembre 1965, Sez. I, Trib. Bologna

Ad una pressoché unanime repulsione da parte della dogmatica penalistica corrisponde un atteggiamento di totale indifferenza da parte della giurisprudenza, relativamente alla dottrina della non esigibilità.

Tale atteggiamento si desume dal fatto che, sin dalla formulazione della concezione normativa della colpevolezza, per anni, la decisione che si è in procinto di esaminare ha costituito l'unica nota pronuncia della giurisprudenza di merito che ha inteso escludere la colpevolezza dell'agente ponendo a fondamento delle proprie argomentazioni l'inesigibilità della condotta conforme al diritto, per anormale formazione del procedimento motivazionale¹³⁵.

Nel caso di specie si discute circa la penale responsabilità di alcuni direttori e gestori di sale cinematografiche, ai sensi dell'art. 528 del codice penale¹³⁶, per la proiezione di filmati a contenuto osceno, senza aver in alcun modo partecipato alla loro produzione, lesivi del comune sentimento del pudore, e ricevuti «a scatola chiusa», limitandosi a proiettarli in conformità delle prescrizioni ricevute.

Secondo il Collegio i soggetti sopra indicati dovrebbero essere prosciolti in conformità al principio di inesigibilità della condotta doverosa, recepito «da tutti coloro che accettano la concezione normativa della colpevolezza»¹³⁷, alla stregua delle seguenti riflessioni: «perché un'azione possa dirsi colpevole, non basta che

¹³⁴ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 289 ss. «L'ampiezza delle condizioni scusanti riconosciute dall'ordinamento sta in rapporto di proporzionalità inversa con l'efficacia general-preventiva della norma»

¹³⁵ Si veda in proposito MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente, cit., 1028 ss.

¹³⁶ L'art. 528 c.p., nella sua attuale formulazione, così recita al primo comma: «Chiunque, allo scopo di farne commercio o distribuzione ovvero di esporli pubblicamente, fabbrica, introduce nel territorio dello Stato, acquista, detiene, esporta, ovvero mette in circolazione scritti, disegni, immagini od altri oggetti osceni di qualsiasi specie, è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 50.000». Al terzo comma «Si applicano la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a euro 103 a chi: 1) adopera qualsiasi mezzo di pubblicità atto a favorire la circolazione o il commercio degli oggetti indicati nella prima parte di questo articolo; 2) dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche, che abbiano carattere di oscenità».

¹³⁷ Trib. Bologna, sez. I, sent. 25 Novembre 1965.

un soggetto abbia previsto e voluto un dato evento, ma occorre che la sua volontà si sia potuta determinare normalmente all'azione: tale determinazione normale non si può richiedere quando le condizioni di fatto nelle quali l'individuo opera sono tali da rendere impossibile o molto difficile la formazione di un valore immune da difetti. La colpevolezza, in una concezione normativa, viene meno tutte le volte in cui – date le condizioni dell'operare – non si può esigere dal soggetto agente un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto. Quando si parte dal presupposto che in tanto un comportamento è colpevole solo in quanto il soggetto abbia previsto e voluto il fatto lesivo [...] si deve necessariamente ammettere che tale comportamento non possa più considerarsi colpevole tutte le volte in cui, a cagione di una situazione di fatto, il processo psichico di rappresentazione e di motivazione si è formato in modo anormale: ovvero non ha avuto modo di formarsi. Qui, veramente, assume rilevanza la situazione esteriormente creatasi. Trattasi, infatti, di direttori ovvero gestori di sale cinematografiche che nessuna parte ebbero nella creazione, nella concezione, nella produzione dell'opera; e che ricevettero le pellicole «a scatola chiusa», apprendendo che dallo spettacolo erano esclusi i minori degli anni 18 ed attenendosi a tale prescrizione. Qui il dato esteriore, la situazione creatasi, opera non già sotto l'aspetto della carenza del dolo, bensì per il principio di della non esigibilità di un comportamento normale, di una condotta che va umanamente giustificata. E la contrapposizione che il Tribunale va facendo non potrebbe rendere più evidente la necessità, l'imperativo categorico di una differenziazione di fondo: la buona fede utilmente è invocata da chi nessuna parte ha avuto nella creazione e nella produzione. In tal modo il Collegio ritiene di fare opera di giustizia, riscontrando la buona fede dove essa può genuinamente e seriamente essere invocata: ed evitando di incorrere in troppo disinvolute, se non aberranti, conclusioni, se non altro per quanto concerne, delicatissima, del dolo»¹³⁸.

L'inesigibilità della condotta, dunque, discenderebbe dall'ignoranza circa il contenuto della cassetta, tale da rendere incolpevole la proiezione avvenuta.

In realtà il procedimento logico-giuridico che costituisce la premessa per la conclusione precedentemente riportata si rivela essere erroneo¹³⁹.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente, cit., 1043.

Al fine di poter qualificare una condotta come inesigibile, è ancor prima necessario – come insegna la concezione normativa della colpevolezza – poter affermare che il volere si sia determinato secondo circostanze anomale e straordinarie. L'irresistibile motivazione, nel caso di specie, consisterebbe nella mera ignoranza, da parte di direttori e gestori, del contenuto osceno dello spettacolo, ovvero di un elemento normativo del fatto. Ulteriore dimostrazione della non esigibilità di altra condotta risiede nell'avere l'agente osservato tutte le altre prescrizioni stabilite dalla legge¹⁴⁰.

Senza dilungarsi su quelle che sono le regole generali in tema di responsabilità dolosa, per il dolo occorre la componente rappresentativa della condotta e, qualora questa manchi, viene meno un elemento del fatto: in tal caso si esclude la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo, e perciò della responsabilità penale dell'agente, dal momento che della relativa fattispecie non è disciplinata una corrispondente figura colposa.

Sostanzialmente, l'organo giudicante sarebbe potuto comunque pervenire al medesimo esito – il proscioglimento di direttori e gestori delle sale cinematografiche – escludendo il ricorrere del dolo, in quanto mancava la conoscenza del contenuto delle cassette, lesivo del comune sentimento del pudore. Il tutto proprio perché, senza alcuna alterazione del procedimento motivazionale, l'unica possibile conclusione era un'esclusione dell'elemento soggettivo, senza la necessità di scomodare la tormentata categoria della non esigibilità¹⁴¹.

Come già anticipato, la relativa pronuncia ha per tempo costituito un *unicum* nel panorama giurisprudenziale, senza essere in grado di rappresentare un precedente. Al contempo, ciononostante, descrive efficacemente quel che rappresenta la teoria della non esigibilità, ovvero una valvola da cui poter attingere quando, nel caso concreto, si riveli necessario non rimproverare una condotta umanamente comprensibile.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ *Ibidem*.

6. Il principio di non esigibilità nel diritto positivo: lo stato di necessità

Da quanto è stato detto finora appare che nella teoria generale del reato non vi è posto per il principio di inesigibilità. In ogni caso può rivelarsi utile, ai fini della presente trattazione, esaminare le fattispecie che storicamente la letteratura penalistica ha tentato di ricondurre alla teoria della non esigibilità, per valutare se, ed eventualmente con quali modalità, sia chiamata a coordinarsi con la trama normativa.

Tra le molteplici fattispecie sospette di muoversi in questa direzione è doveroso soffermarsi con specifica attenzione sulla figura dello stato di necessità. La relativa disposizione è infatti collocata nel primo libro del codice penale, dedicato ai principi generali – e come tale suscettibile di universale applicazione – nonché per il forte legame dogmatico che lega la fattispecie in questione all'inesigibilità¹⁴².

Lo stato di necessità è regolato dall'art. 54 del codice penale, che così lo descrive al primo comma: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo»; prosegue così al secondo comma «questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo»; e il terzo «la disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo».

La norma contemplata dal codice Rocco segue la disposizione impiegata dal codice Zanardelli, con le ulteriori addizioni del requisito della proporzione tra fatto e pericolo, dell'inapplicabilità della previsione a chi abbia il dovere giuridico di esporsi al pericolo, e viceversa la sua operatività quando il pericolo derivi dall'altrui minaccia¹⁴³.

¹⁴² Si è più volte ricordato in precedenza che la non esigibilità è la risposta della dottrina penale tedesca al ridotto campo di operatività dell'art. 54 del codice tedesco del 1871, disciplinante lo stato di necessità.

¹⁴³ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 125.

L'art. 54 riconosce una situazione di necessità al ricorrere di stringenti e puntuali requisiti tassativamente predeterminati, ovvero: a) l'attualità del pericolo, nella prospettiva di un'elevata probabilità di verificazione dell'evento temuto al momento del fatto; b) il pericolo consistente in un grave danno alla persona; c) il pericolo stesso non oggetto della volontaria causazione dell'agente; d) alla stregua del secondo comma, sul soggetto agente non deve incombere un particolare obbligo di esporsi al pericolo. A questi presupposti si aggiungono poi l'assoluta necessità dell'azione lesiva, al fine di salvarsi da un pericolo altrimenti inevitabile, e il requisito della proporzione tra azione e pericolo.¹⁴⁴

La disposizione si presenta in quanto applicazione del più generale principio *necessitas non habet legem*¹⁴⁵, secondo un'«intonazione equitativa»¹⁴⁶ che ne richiama l'applicazione ogni qualvolta pretendere la condotta conforme al diritto posso apparire iniquo alla generalità dei consociati.

Da questa breve introduzione sulla *ratio* dello stato di necessità consegue uno dei profili più controversi inerenti la fattispecie, ovvero la sua qualificazione giuridica.

Relativamente al requisito della costrizione, la domanda è se questo risponda alla logica del bilanciamento di interessi sotteso alle cause scriminanti, in guisa da denotare l'oggettiva impossibilità di salvare il bene esposto a pericolo, da cui consegue la mancanza di un danno sociale, perché viene meno il sacrificio del bene altrui¹⁴⁷; o se sia altrimenti declinabile secondo un effettivo turbamento psicologico che richiama l'inesigibilità della condotta alternativa lecita¹⁴⁸.

Si tratta di stabilire in sostanza se lo stato di necessità appartenga alla categoria delle cause di giustificazione oppure a quella delle cause scusanti¹⁴⁹.

Originariamente lo stato di necessità è inteso in chiave soggettiva¹⁵⁰, secondo interpretazioni parzialmente diverse, dipendenti dalla concezione della colpevolezza per cui si propende¹⁵¹. In modo difforme da più risalenti

¹⁴⁴ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 310 ss.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Sul punto anche, per tutti, MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*», cit.

¹⁴⁶ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., 65.

¹⁴⁷ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 228.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Per la distinzione tra le due categorie vedi Cap. I, par. 7.

¹⁵⁰ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 125.

¹⁵¹ CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939, 104.

impostazioni¹⁵², i sostenitori della concezione normativa della colpevolezza¹⁵³ affermano che lo stato di necessità rappresenti una causa di esclusione del rimprovero penale, mantenendo così inalterato il carattere antigiuridico del fatto¹⁵⁴. Come tale lo stato di necessità inciderebbe non sull'imputabilità, o sul dolo e la colpa, ma si riverserebbe sulla normalità del processo formativo del volere, alterato dalle circostanze estrinseche in cui si viene a costituire. La condotta non sarebbe qualificabile come propria del soggetto agente e della sua personalità¹⁵⁵.

Tutto ciò altro non può significare se non identificare il principio ispiratore dello stato di necessità con la teoria della non esigibilità¹⁵⁶, di cui sarebbe «la tipizzazione più vistosa e caratteristica»¹⁵⁷. La non esigibilità, qui sinonimo di istinto di conservazione, può intendersi come una vera e propria impossibilità per l'ordinamento di vietare il compimento del fatto necessitato. Qui il sistema mostra di comprendere l'*humana fragilitas*, quando la condotta conforme sia di così difficile adempimento che possa risultare ingiusto e irragionevole pretenderne l'osservanza¹⁵⁸.

¹⁵² CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, Lucca, 1877, 220 ss. Secondo l'insigne Autore, con riferimento all'allora art. 34 del codice penale toscano del 1853, lo stato di necessità configura una causa di esclusione della libertà di elezione, dovuta alla perturbazione ed al costringimento subito dalla volontà dell'agente.

¹⁵³ Secondo Goldschmidt lo stato di necessità è una causa di esclusione del grado di esigibilità della condotta.

¹⁵⁴ DELITALA, *Il fatto*, cit., 22 ss. «A differenza di quanto accade nella legittima difesa, lo stato di necessità non toglie al fatto il carattere generico di illegittimità. Non toglie, cioè, l'antigiuridicità oggettiva, ma, unicamente, la punibilità del fatto, e, con essa, l'esistenza del reato, o, se così si vuole, l'antigiuridicità penale, poiché, «tutte le volte che la pena non è applicabile, il fatto cessa di costituire un reato». Se poi nello stato di necessità si debba ravvisare una semplice condizione di non punibilità del fatto o, come a noi sembra meglio, una circostanza di esclusione della colpa (in senso lato), è questione che dipende dalle diverse concezioni intorno alla natura della colpa: se si ritiene che a costituire il dolo basti la semplice volontarietà del fatto, il fatto commesso in stato di necessità è un fatto oggettivamente antigiuridico e doloso, ma che resta, tuttavia, impunito per la presenza di una condizione estrinseca di non punibilità (BELING), o di una causa di rinuncia dello Stato alla potestà di punire (MANZINI); mentre, se si ritiene che il concetto di colpa implichi, accanto al momento psicologico, anche un momento normativo, se si ritiene cioè che il concetto di colpa importi, sempre e necessariamente, un giudizio di riprovazione giuridica dell'agente, e, con ciò, l'obbligo che l'agente agisca in modo diverso da come ha agito, si può concludere, col GOLDSCHMIDT, che nello stato di necessità, fa difetto, non solo la punibilità, ma anche la colpevolezza, poiché il legislatore, nonostante l'antigiuridicità oggettiva del fatto, valutando umanamente tutte le circostanze del caso, ha rinunciato a pretendere che l'agente si astenesse dall'azione».

¹⁵⁵ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 183. Sul punto convergono anche MORO, *L'antigiuridicità*, cit., 147; DOLCE, *Lineamenti*, cit., 34.

¹⁵⁶ Sul punto, per tutti, SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 65.

¹⁵⁷ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., 45.

¹⁵⁸ *Ivi*, 48. Sarebbe altresì inopportuno pretenderlo.

Il soggetto agente in una circostanza di necessità assume comunque una condotta cosciente e volontaria, che tuttavia va esente da punizione poiché è assente il momento riprovevole del fatto: l'individuo preferisce il sacrificio altrui a quello della propria persona¹⁵⁹. In tal senso lo stato di necessità è sinonimo di un pericolo involontario che si riflette sul procedimento psicologico del soggetto, incidendo direttamente in sede di colpevolezza.

Proprio perché attinente alla dimensione subiettiva dell'illecito, il giudizio relativo alla situazione di pericolo è una valutazione casistica, di natura essenzialmente soggettiva, perché variabile da persona a persona, da condursi alla stregua del carattere dell'individuo e dei motivi che costituiscono la ragion d'essere da cui scaturisce la situazione di pericolo¹⁶⁰.

Conseguentemente lo stato di necessità è una circostanza «squisitamente emozionale»¹⁶¹, che colora anche i differenti requisiti stabiliti dalla norma. Dunque il grado di imminenza del pericolo, nonché la sua attualità, non si riferiscono ad una situazione obiettivamente esistente da intendersi in senso fenomenico. Invero è la situazione reale che deve giudicarsi per come si proietta nella mente nel soggetto, e tale da configurare una posizione d'eccezione proprio per le condizioni personali in cui viene a trovarsi il soggetto agente¹⁶².

Lo stato di necessità sarebbe perciò una causa scusante in grado di escludere la colpevolezza del soggetto.

Tale impostazione non si nasconde, tuttavia, a molteplici rilievi critici. Questi attengono in particolare alle ipotesi in cui sia stato lo stesso soggetto, che poi versa in stato di necessità, ad aver cagionato la situazione pericolosa. Più propriamente, l'inesigibilità non sarebbe in grado dare copertura anche a queste

figure.

¹⁵⁹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 119.

¹⁶⁰ CARRARA, *Programma*, cit., 293. Così sul punto: «la dirimente della coazione non si misura sulla perdita o sulla perseveranza dei diritti di colui che fu vittima dell'azione o della reazione coatta: si guarda tutta nel coatto medesimo, e si misura dalla sua posizione».

¹⁶¹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 122.

¹⁶² *Ibidem*. Il giudizio sul pericolo si riduce ad una valutazione sulle condizioni psico-fisiche in cui agisce il soggetto, e dunque viene a coincidere con il giudizio di colpevolezza. Specialmente perché, qualora non si valutassero queste componenti, non sarebbe possibile ricostruire la stessa situazione di pericolo.

È pur vero che, astrattamente, ai fini di una valutazione di non esigibilità della condotta, quel che preme è che sussista una circostanza anomala in cui la volontà si manifesta alterata e tale da delineare una situazione di eccezionalità. Se fondamentale è che vi sia un turbamento psicologico, si potrebbe prescindere dall'individuazione del soggetto cui addebitare la creazione del pericolo¹⁶³. Vi è perfetta equiparabilità, sul piano dell'alterazione emotiva, tra chi partecipa alla causazione delle condizioni da cui poi sorge il fatto necessitato, e colui che non vi ha in alcun modo preso parte.

Quanto detto è peraltro avvalorato dal dato normativo, che contempla ipotesi, fondate sulla non esigibilità, in cui è scusato anche lo stesso soggetto che ha causato il pericolo¹⁶⁴.

Ciononostante, ammettendo la fondatezza di quest'obiezione, si verrebbero a concretizzare tutti quelli che sono i timori che da sempre aleggiano attorno la figura della non esigibilità, circa la capitolazione della società d'innanzi al delinquente. Infatti, in via preliminare, al soggetto che contesta di non potersi comportare da eroe per pericoli da lui causati, si risponde agevolmente che, non essendosi astenuto dal comportamento, egli è chiamato a rispondere delle relative conseguenze¹⁶⁵.

In secondo luogo, nel riconoscere una causa di esclusione della colpevolezza al soggetto che abbia volontariamente causato il pericolo, si verrebbe a creare un incentivo per la commissione di reati: consapevole di poter contestare la non esigibilità della condotta conforme al diritto compiuta in stato di necessità il soggetto potrebbe dapprima creare la situazione di pericolo, per poi compiere il fatto costituente reato, avvalendosi in un secondo momento della causa scusante.

Inoltre le limitazioni così poste all'efficacia dello stato di necessità convergono, in realtà, con la stessa natura del principio di inesigibilità: l'ordinamento richiede un aumento della pretesa normativa a seconda delle circostanze in cui il soggetto agisce e delle sue stesse condizioni personali, specie se alla creazione del pericolo abbia egli stesso preso parte. La motivazione anormale

¹⁶³ MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit., 62. Sarebbe erroneo condizionare la riconducibilità dell'art. 54 al principio di inesigibilità all'involontaria causazione del pericolo.

¹⁶⁴ *Ibidem*. Si pensi all'art. 384 c.p., cui a breve si dedicherà maggior attenzione.

¹⁶⁵ *Ivi*, 66.

viene, cioè, valutata diversamente¹⁶⁶, ed esemplare di questa diversificazione è il secondo comma dell'art. 54.

L'esimente in questione non si applica a quel soggetto su cui gravi un obbligo di esposizione al pericolo: l'agente è tecnicamente preparato ad affrontare e gestire la situazione di pericolo, ed in ragione di ciò non si configura quel turbamento motivazionale che è invece presupposto per il riconoscimento di una causa scusante¹⁶⁷.

Anzi, l'aspetto dirimente la questione, che negherebbe natura scusante allo stato di necessità, è da identificarsi proprio con le esclusioni del soggetto che abbia volontariamente causato il pericolo e di colui che sia obbligato di esporsi allo stesso. Questi rimangono al di fuori del campo di operatività della fattispecie poiché il fondamento della norma non è l'eccezionale formazione del volere¹⁶⁸.

Infine, a confutare ulteriormente la seguente impostazione, verrebbe in rilievo la figura del cd. «soccorso di necessità»¹⁶⁹, quando cioè l'azione lesiva sia compiuta al fine di salvare altro soggetto che versi nella situazione di pericolo.

La norma non attua alcuna distinzione circa la relazione che deve intercorrere tra il soggetto agente e l'individuo a cui si presta soccorso. Non occorrono rapporti di natura parentale o affettiva, pertanto sarebbe di difficile comprensione la previsione di una causa scusante – si ribadisce, per definizione, costruite su un'alterazione psichica – per il reato commesso allo scopo di salvare uno sconosciuto, quando cioè non verrebbe a configurarsi quel turbamento psicologico che è caratteristico delle cause di esclusione della colpevolezza¹⁷⁰. In tal modo si eccede la «prospettiva individualistica dell'istinto di conservazione e dell'inesigibilità»¹⁷¹.

¹⁶⁶ DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 21.

¹⁶⁷ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 229.

¹⁶⁸ DE FRANCESCO, *La proporzione*, cit., 20.

¹⁶⁹ La norma si riferisce alla necessità di «salvare sé od altri».

¹⁷⁰ FIANDACA, MUSCO, *Manuale di diritto penale*, cit., 310.

¹⁷¹ Così ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84*, Milano, 1987, 488.

Alla luce delle contraddizioni insite nella lettura soggettivistica dello stato di necessità, si rivela prevalente – oltretutto più favorevole nella prospettiva del reo – l'interpretazione che concepisce la disposizione in ottica scriminante¹⁷².

Secondo quest'impostazione, che nella sua fase embrionale si rinviene già nella speculazione hegeliana¹⁷³, lo stato di necessità appartiene alla categoria delle scriminanti, concettualmente retto dalla teoria del bilanciamento di interessi¹⁷⁴.

In questa prospettiva lo stato di necessità è sottoposto alla disciplina dell'oggettiva operatività delle scriminanti, ragion per cui diviene applicabile anche qualora non sia conosciuto, o altrimenti sia ritenuto inesistente per errore, da parte del soggetto agente. Il principio in questione, di applicazione generale, è derogato soltanto qualora la scriminante si riferisca a particolari requisiti di natura soggettiva. Nel caso dello stato di necessità, i cui presupposti si manifestano obiettivamente, dunque, la causa di giustificazione opera prescindendo dalla cognizione che il soggetto abbia o meno della situazione di pericolo in cui versa¹⁷⁵.

Aderendo alla teoria giustificante si espande sia il campo di operatività della fattispecie, in una prospettiva peraltro favorevole al reo¹⁷⁶, ed inoltre si fornisce una

¹⁷² Questa è l'impostazione più seguita anche nella manualistica. Per tutti ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 309 ss. Sul punto: «A noi sembra che il fondamento dello stato di necessità possa ravvisarsi, come nella legittima difesa, nella mancanza di un danno sociale. Questa mancanza appare evidente allorché il bene sacrificato ha un valore minore di quello salvato. Essa però si verifica anche quando i due beni hanno lo stesso valore. L'azione della persona in pericolo, infatti, in tal caso non peggiora la situazione nei confronti della comunità sociale, perché ha il solo effetto di far incidere l'offesa in un soggetto anziché in un altro. Siccome uno dei due beni doveva necessariamente soccombere e siccome essi si equivalgono, non vi è danno per la comunità sociale. È quindi ben naturale e logico che lo Stato rimanga indifferente di fronte al conflitto di interessi, tanto più che non è possibile pretendere dalla massa dei sudditi l'eroismo».

¹⁷³ HEGEL, MARINI (a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, 9° ed., Bari, 1999. Il filosofo tedesco afferma che in circostanze di necessità, di imminente pericolo, nei confronti del soggetto che vi versi si debba riconoscere un corrispondente «diritto di necessità», prevalente nei confronti della proprietà altrui. Così l'Autore: «La particolarità degli interessi della volontà naturale, raccolta nella loro semplice totalità, è il personale esserci come vita. Questa nell'estremo pericolo e nella collisione con la proprietà giuridica di un altro ha un diritto di necessità (non come equità, bensì come diritto) da prendere, giacché dall'un lato sta l'infinita lesione dell'esserci ed ivi la totale mancanza del diritto, dall'altro lato soltanto la lesione di un singolo limitato esserci della libertà».

¹⁷⁴ Per una lettura oggettivistica dello stato di necessità, per tutti, MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, cit.; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964. Contro quest'impostazione SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 129 ss. Secondo l'Autore, come già ricordato favorevole ad uno stato di necessità "scusante", sarebbe alquanto complesso poter individuare un criterio con il quale effettuare il bilanciamento di interessi, e con cui giudicare il diverso valore dei beni in conflitto, specie se tendono a perdere di sostrato materiale e assumere contorni più astratti. Contrario anche a criteri come quello del valore sociale attribuibile al bene tutelato dalla norma, distanti dal concetto di certezza giuridica.

¹⁷⁵ GROSSO, *Difesa legittima*, cit., 254.

¹⁷⁶ *Ivi*, 242.

giustificazione normativa all'esclusione dal campo di operatività della fattispecie del soggetto che abbia volontariamente causato il pericolo, in modo coerente così con il principio del bilanciamento di interessi¹⁷⁷.

Per completezza espositiva¹⁷⁸ si ricorda un'altra interpretazione attribuita allo stato di necessità. La norma, alla stregua di questa concezione, opererebbe in quanto causa di esclusione della *suitas*, ovvero dei requisiti della coscienza e volontà richiesti dal primo comma dell'art. 42 c.p.¹⁷⁹. Lo stato di costrizione cui è sottoposto il soggetto farebbe sì che l'azione non gli possa essere addebitata come propria¹⁸⁰.

6.1. (...Segue) La causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p.

Sin dalla promulgazione del codice Rocco il primo comma dell'art. 384 c.p. ha rappresentato un fondamentale punto di riferimento nella disputa sul principio di inesigibilità. Questa speciale causa di non punibilità investe una pluralità di tematiche, concernenti il criterio ispiratore di fondo, il conflitto tra i beni giuridicamente tutelati, la necessità stessa della sua previsione¹⁸¹, e reclama di conseguenza un attento approfondimento.

La disposizione¹⁸², rubricata «Casi di non punibilità», funge da norma di chiusura per il titolo terzo, libro secondo, dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Così recita al primo comma: «nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363,

¹⁷⁷ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 128.

¹⁷⁸ MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 229. Si ricorda infine che il terzo comma dell'art. 54, lo stato di necessità altrimenti detto «determinato dall'altrui minaccia», è considerato una causa scusante.

¹⁷⁹ «Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà»

¹⁸⁰ GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, 144.

¹⁸¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, 15°ed., Milano, 2008, 571. L'Autore contesta la seguente previsione, in quanto sinonimo di «acquiescenza ai tristissimi fenomeni dell'omertà e del mendacio verso gli organi della Giustizia: fenomeni che, invece, sarebbe oltremodo necessario combattere energicamente e cercare di sradicare nel nostro Paese, nel quale, purtroppo, sono assai diffusi». Dunque opzione più «saggia» sarebbe stata quella di non prevedere tali situazioni in quanto cause di non punibilità, quanto piuttosto circostanze attenuanti il trattamento sanzionatorio.

¹⁸² La disposizione non rappresenta propriamente un *novum* nel panorama normativo, considerando che già il codice penale toscano contemplava una fattispecie simile. L'art. 61 così statuiva: «Il favoreggiamento che sia stato prestato solamente per proteggere la persona del delinquente rimane impunito tra i coniugi, fra i consanguinei od affini in linea retta fino a qualunque grado, fra i consanguinei od affini in linea collaterale fino al quarto grado civile inclusive, fra il padre ed il figlio adottivo, e fra il tutore e il pupillo».

364, 365, 366, 369, 371 *bis*, 371, *ter*, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore»¹⁸³.

In senso analogo rispetto a quanto avvenuto per lo stato di necessità, anche la disposizione in questione ha sollevato differenti questioni dogmatiche relative alla sua configurazione, da cui discendono conseguenze di carattere generale¹⁸⁴.

Il primo comma dell'art. 384 è universalmente ritenuto posto a tutela dell'istinto di conservazione della libertà e l'onore e del mantenimento degli affetti familiari. Pertanto è idealmente scindibile in due parti: nella prima il legislatore mostra di tenere in considerazione le condotte espressione del principio *nemo tenetur se deteger*, compiute dal soggetto per eludere l'instaurazione di un procedimento penale nei suoi confronti; nella seconda, invece, per quei comportamenti che rispondono all'insopprimibile forza emotiva sottesa ai legami di parentela¹⁸⁵.

La condotta valorizza la componente emozionale della costrizione¹⁸⁶, da intendersi in guisa ad una situazione di effettivo condizionamento della volontà da parte di una contingenza esterna. Anche per quanto attiene alla natura giuridica di questa disposizione si ripropone dunque l'annosa *quaestio* se trattasi di una norma a carattere scriminante o scusante.

La carica soggettiva della norma è in realtà evidente. Il fine di salvare sé stesso od un prossimo congiunto dal grave nocimento nella libertà o l'onore

¹⁸³ Le norme richiamate disciplinano rispettivamente l'omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale, l'omessa denuncia da parte di un incaricato di pubblico servizio, omessa denuncia aggravata, l'omessa denuncia di reato da parte del cittadino, l'omissione di referto, il rifiuto di uffici legalmente dovuti, l'autocalunnia, le false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale, le false dichiarazioni al difensore, la falsa testimonianza, la falsa perizia o interpretazione, la frode processuale, il favoreggiamento. Ne restano pertanto escluse le fattispecie di simulazione di reato, calunnia e di intralcio alla giustizia, per la ragione che si vedranno.

¹⁸⁴ Anche in tal caso attinenti alla possibilità di desumere dalla norma l'esistenza di un generale principio di inesigibilità nell'ordinamento penale.

¹⁸⁵ PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Tomo I, in MARINUCCI, DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, 2005, 865.

¹⁸⁶ *Ivi*, 866.

costituisce la principale motivazione della condotta, e da cui deriva l'effettiva costrizione psicologica¹⁸⁷.

In situazioni dalla forte carica emotiva e psicologica, il soggetto è posto nella dura alternativa tra l'osservanza del precetto, con la conseguente sottrazione al procedimento penale, o viceversa nel mettere a repentaglio libertà e onore proprio o di un prossimo congiunto¹⁸⁸. La struttura della norma, di stampo dunque eminentemente personale, suggerisce di includere la disposizione tra le cause di esclusione della colpevolezza, ogni qualvolta l'alterazione psicologica sia tale da rendere inesigibile la condotta conforme al precetto penale¹⁸⁹.

Ad avvalorare ulteriormente la seguente interpretazione, cui converge la stessa giurisprudenza¹⁹⁰, valgono le fattispecie escluse dal terreno di operatività dell'art. 384.

Nella specie la stessa non si applica né al favoreggiamento reale, disciplinato dall'art. 379 c.p.¹⁹¹, in cui è assente quel conflitto emotivo, quell'esposizione ad un potenziale nocimento da cui scaturisce l'inesigibilità della condotta doverosa, dal momento che, in realtà, la condotta conforme è ancora

¹⁸⁷ ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 1996, 541. Secondo l'Autore la norma conterrebbe in tal senso un'espressa clausola di inesigibilità.

¹⁸⁸ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 66. L'Autore cita peraltro il seguente passo di Manzini: «sarebbe inumano esigere che il pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio faccia rapporto di un reato commesso da lui medesimo o da un suo prossimo congiunto. Si può imporre sotto sanzione penale alla media degli uomini l'adempimento dei propri doveri, ma non l'eroismo, che è virtù di pochissimi». Ugualmente MIRTO, *Estensione specifica dello stato di necessità*, *Giustizia penale*, 1937, 1023. «Si riconosce, in breve, che non è possibile pretendere che un individuo debba porre sé o un prossimo congiunto nelle condizioni di dover sopportare un male per ubbidire ad un precetto di legge».

¹⁸⁹ La dottrina è quasi integralmente concorde nel riconoscere che la norma in questione rappresenti un caso di non esigibilità. SCARANO, *La non esigibilità* cit., 136; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 355; ZOTTA, *Casi di non punibilità*, cit., 541; PIFFER, *I delitti*, cit., 867. L'Autore sottolinea che la riconducibilità dell'art. 384 al principio di non esigibilità non implica automaticamente che l'inesigibilità stessa possa assurgere a causa generale di scusa nel nostro ordinamento; BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 327. Sul punto «non essendo esso, poi, altro se non l'estrinsecazione del sottostante principio di inesigibilità».

¹⁹⁰ Distinguendosi dallo stato di necessità, qualificato alla stregua di una causa oggettiva di esclusione dell'antigiuridicità, la disposizione ivi trattata è una causa di esclusione della colpevolezza fondata sul principio di inesigibilità. Così Cass., Sez. I, 3 luglio 1980; Cass., Sez. VI, 10 febbraio 1997, in cui si afferma «l'inesigibilità [...] di un comportamento diverso da quello corrispondente alla lesione o messa in pericolo di interessi collegati all'amministrazione della giustizia».

¹⁹¹ «Chiunque fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648 bis, 648 ter, aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, è punito [...]».

esigibile e sussiste ancora un margine di libera scelta¹⁹²; né tantomeno alle ipotesi di simulazione di reato (art. 367 c.p.¹⁹³), calunnia (art. 368 c.p.¹⁹⁴) intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.¹⁹⁵) per le predette motivazioni. Il comun denominatore a queste condotte è che non si ravvisa quella situazione d'eccezione, imprescindibile requisito dell'art. 384 c.p., quanto piuttosto un'iniziativa individuale finalizzata ad eludere l'amministrazione della giustizia¹⁹⁶.

Come si è accennato in apertura, pacifica la collocazione dogmatica della norma tra le cause scusanti, l'art. 384 ha comunque dato adito a riflessioni circa la sua natura scriminante, dovute principalmente ai suoi rapporti con lo stato di necessità.

Parte della dottrina penalistica¹⁹⁷ ha sostenuto che questa causa di non punibilità costituisca un'ipotesi speciale dello stato di necessità.

In tal modo, se fra stato di necessità e l'art. 384 si instaura una correlazione di genere a specie, non soltanto la seconda deve necessariamente annoverarsi tra le cause di giustificazione – altrimenti si legittimerebbe un illogico difetto di coordinamento tra norma generale scriminante e norma speciale scusante – ma le si dovrebbero estendere anche tutti i requisiti che descrivono lo stato di necessità¹⁹⁸.

¹⁹² Sul punto convergono anche le parole di Carrara, riprese da SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 69: «la dirimente non si estende alla forma di favoreggiamento che consiste nell'assicurare il criminoso profitto: in questa forma non trova ragione la scusa».

¹⁹³ «Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, afferma falsamente essere avvenuto un reato, ovvero simula le tracce di un reato, in modo che si possa iniziare un procedimento penale per accertarlo, è punito con la reclusione da uno a tre anni».

¹⁹⁴ «Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne o alla Corte penale internazionale, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni».

¹⁹⁵ «Chiunque offre o promette denaro o altra utilità alla persona chiamata a rendere dichiarazioni davanti all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale ovvero alla persona richiesta di rilasciare dichiarazioni dal difensore nel corso dell'attività investigativa, o alla persona chiamata a svolgere attività di perito, consulente tecnico o interprete, per indurlo a commettere i reati previsti dagli articoli 371 -bis, 371-ter, 372 e 373, soggiace, qualora l'offerta o la promessa non sia accettata, alle pene stabilite negli articoli medesimi ridotte dalla metà a due terzi».

¹⁹⁶ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 70.

¹⁹⁷ Per tutti MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 366. In tal senso anche NUVOLONE, *Il sistema*, cit., 317.

¹⁹⁸ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 137. L'art. 384 si differenzia dallo stato di necessità per una serie di ragioni: innanzitutto, ai fini dell'art. 384 l'autorità procedente non può essere equiparata alla situazione di pericolo imminente tipica dello stato di necessità; quest'ultimo non specifica alcuno *status* personale del soggetto cui si presta soccorso, viceversa l'art. 384 si riferisce ad un prossimo congiunto; l'art. 384 non contiene alcuna espressa menzione della volontaria causazione del

Tuttavia, pur ammettendo la fondatezza di questo presupposto rapporto di specialità¹⁹⁹, che ha ottenuto peraltro qualche consenso giurisprudenziale²⁰⁰, tale impostazione manifesta una pluralità di aporie sistematiche.

Infatti, non soltanto si verrebbe ad un' illogica duplicazione di norme dal medesimo contenuto, ma tale estensione avviene attraverso un procedimento analogico in *malam partem* riferibile al requisito della mancata volontaria causazione del pericolo, formalmente non richiesto dal 384, e che, per converso, ne limiterebbe il campo di efficacia²⁰¹.

Al contempo, assecondare la seguente prospettiva scriminante implicherebbe ammettere che la norma debba rispondere al principio del bilanciamento degli interessi.

Dunque il legislatore, soppesando gli interessi in conflitto, di natura eterogenea tra loro²⁰², eccezionalmente avrebbe riconosciuto la prevalenza alla libertà e l'onore del soggetto, o parimenti ai vincoli di affetto e solidarietà del nucleo familiare, rispetto ai beni tutelati dalle norme richiamate, ovvero l'interesse pubblico della corretta amministrazione della giustizia²⁰³. Invero, in armonia con la dimensione prettamente obiettiva caratterizzante la categoria delle scriminanti, si conclude per negare ciascun rilievo agli elementi soggettivi della disposizione²⁰⁴.

Quanto detto è in realtà sconfessato dalla stessa lettera della norma.

La stessa enfatizza il carattere motivazionale che esorta il soggetto ad agire, ovvero quell'istinto di conservazione o di solidarietà che non tendono a scriminare

pericolo, né circa l'ingiustizia del danno o della proporzione tra fatto e pericolo; né tantomeno si parla di grave pericolo alla persona, quanto di «nocimento nella libertà o nell'onore».

¹⁹⁹ *Contra* ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, 66 ss. L'avversione per questa chiave di lettura riposa sull'assunto che mancherebbe un fondamentale requisito per riconoscere il rapporto di specialità tra norme, ovvero che la norma speciale non contiene tutti gli elementi contemplati dalla norma generale.

²⁰⁰ Cass., Sez. I, 11 febbraio 1991, in cui si legge che l'art. 384 primo comma «elimina il carattere di penale anti giuridicità».

²⁰¹ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 354.

²⁰² Già sulla base di questa obiezione si ritiene dimostrata l'infondatezza dell'impostazione che vorrebbe l'art. 384 una causa scriminante. BELLAGAMBA, *I problematici confini*, cit., 307.

²⁰³ BELLAGAMBA, *I problematici confini*, cit., 366. MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*», cit., 101. Ipotesi in cui, in via straordinaria, la legge risolve il contrasto tra interesse privati e pubblici in favore dei primi.

²⁰⁴ Secondo la logica delle scriminanti la situazione rivelerebbe oggettivamente, a prescindere dalla rappresentazione che ne abbia il soggetto agente.

l'illiceità del fatto, quanto piuttosto ad escludere il rimprovero penale per l'inesigibilità della condotta conforme al diritto.

Alla luce di quanto esposto, le riflessioni effettuate conducono a ritenere che l'art. 384 configuri una causa scusante fondata sul principio di inesigibilità.

In particolare, nel valorizzare l'alterazione motivazionale del soggetto²⁰⁵, la disposizione delinea una clausola espressa di inesigibilità, determinata secondo dei parametri valutati aprioristicamente dal legislatore, ed in tal modo l'inesigibilità, principio ontologicamente psicologico, acquista la natura di criterio normativo.

6.2. (...Segue) Altre fattispecie riconducibili alla teoria della non esigibilità

Le disposizioni precedentemente esaminate sono le norme che in modo più lampante sono sospette di ispirarsi alla logica della non esigibilità, tanto da costituire un fondamentale punto di riferimento per la presente discussione.

Ciò non toglie che, con la dichiarata aspirazione di dimostrare la trasversalità del principio di non esigibilità nell'ordinamento penalistico, diverse fattispecie in cui si enfatizza l'alterazione psico-fisica del soggetto, in quanto elemento di costrizione sulla sua libera volontà, sono state lette secondo questa chiave dogmatica.

Queste ipotesi potrebbero identificarsi con la «coazione morale»²⁰⁶ che, diversamente dal costringimento fisico²⁰⁷, prevede una situazione in cui l'agente si

²⁰⁵ Coerentemente con l'esclusione dal testo della norma di qualsiasi riferimento alla volontaria causazione del pericolo. Ciò sta a significare appunto che quel che rileva è la vicenda esistenziale cui è esposto il soggetto nel momento di commissione del fatto. BELLAGAMBA, *I problematici confini*, cit., 308.

²⁰⁶ Disciplinata dal terzo comma dell'art. 54, che, come si è visto, è anche definito «stato di necessità determinato dall'altrui minaccia».

²⁰⁷ Per tutti PECORARO-ALBANI, voce *Costringimento fisico*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 242 ss. In tal caso si viene a configurare una situazione di costrizione ben diversa dalla coazione morale: «Reato è azione e, quindi, volontà, non accadimento meramente causale, fisico. Da questo principio fondamentale della imputazione penale esistente nel nostro ordinamento positivo discende la non punibilità per il fatto lesivo «cagionato» da chi versa in stato di costringimento fisico. Fisicamente costretto è il soggetto che resta privato del suo potere d'agire a seguito della violenza fisica altrui. In esso si riscontra soltanto un movimento corporeo, fisico, passivo, non una condotta. Come si dice, egli *non agit sed agitur*». Nel caso di costringimento fisico, dunque, il soggetto va esente da pena perché il fatto costituente reato non è sua opera, quanto dell'individuo autore della violenza: «se evento lesivo non può farsi risalire all'azione di un soggetto viene meno anche la possibilità di imputarglielo oggettivamente. Nel costringimento fisico non può individuarsi un'azione e, pertanto, la inesistenza del reato balza a prima vista già sul piano oggettivo». In conclusione, con riferimento al caso di una costrizione fisico, non si pone nemmeno un problema di inesigibilità della condotta,

trova di fronte ad una duplice possibilità, circa l'alternativa tra un pericolo alla propria persona ed un pregiudizio da arrecarsi ad altri. Il soggetto agisce con coscienza e volontà, ma non si pretende una condotta conforme alla norma, dal momento che l'opzione prescelta è *ab origine* alterata dalla necessaria decisione di quale tra i due danni avallare, se quello alla propria o all'altrui incolumità²⁰⁸. Così, riscontrandosi un volere formatosi in circostanze estreme, si conclude per l'inesigibilità di una condotta conforme al precetto²⁰⁹.

Quanto detto potrebbe valere anche con riferimento alla forza maggiore²¹⁰, così che le due fattispecie apparterebbero alla classe delle cause di esclusione della colpevolezza fondate sul principio di non esigibilità²¹¹.

La teoria della non esigibilità, come più volte ribadito nel corso della trattazione, implica una situazione di conflitto motivazionale in cui la conformità della condotta alla legge è scalfita dalla possibilità di adottare altro comportamento, integrante la fattispecie incriminatrice, e che si risolve essenzialmente nel cedere ad altra contingenza esterna che, in egual misura rispetto all'efficacia deterrente del precetto penale, incide sul processo di autodeterminazione²¹².

circa la possibilità del soggetto di reagire o rispondere al fattore di pressione che egli subisce. Non si parla di inesigibilità perché, ancor prima di mancare l'elemento soggettivo del reato, è assente il momento materiale, per cui il reato non viene proprio a giuridica esistenza.

²⁰⁸ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 70. L'Autore ravvisa nell'inesigibilità il principio di fondo nella coazione morale ma non nel costringimento fisico, che viceversa vi viene ricondotto, insieme a caso fortuito, forza maggiore ed errore sul fatto da BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 490.

²⁰⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 414.

²¹⁰ L'art. 45 c.p. afferma che «non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore». Anche in tal caso è valida la massima per cui il soggetto «*non agit sed agitur*». La forza maggiore è da intendersi quale quell'energia esterna in grado di compromettere qualsiasi capacità di resistenza da parte del soggetto, così da non lasciare altra alternativa se non quella di agire. Il caso della forza maggiore è simile, da un punto di vista normativo, alle situazioni di costringimento fisico (tanto che le due ipotesi sono disciplinate dalla medesima disposizione): non può configurare una causa di esclusione della colpevolezza perché mancano gli stessi requisiti del rimprovero, ovvero i presupposti della coscienza e volontà della condotta. Non può definirsi cosciente e volontaria quell'azione in cui il soggetto è esposto ad una forza così dirompente da non lasciargli scelta alcuna. Sul punto CAVALLO, *La forza maggiore nel diritto penale*, Napoli, 1945.

²¹¹ SCARANO, *La non esigibilità*, cit., 118.

²¹² Caso di scuola in proposito è quello dei medici tedeschi che durante la seconda guerra mondiale si trovarono a dover adempiere all'ordinanza di Hitler che imponeva loro di indicare i nomi dei soggetti affetti da pazzia irreversibile, perché venissero trasportati presso il luogo dell'esecuzione. Nel processo i medici sostennero di aver fornito le generalità soltanto di alcuni, ma non di tutti i ricoverati, seguendo soltanto parzialmente il contenuto dell'ordinanza. Se non avessero cooperato, sarebbero stati sostituiti da altri medici, più fedeli al regime e meno scrupolosi, andando così in pregiudizio delle vittime stesse; indicare alcuni nominativi sarebbe stato l'unico modo per salvarne il numero più alto possibile. Così la difesa fu impostata sul conflitto di coscienza, tale da rendere inesigibile altra condotta. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit, 410.

Esemplare in proposito si rivela la figura del «conflitto di doveri»²¹³, ricorrente in quelle circostanze in cui nei confronti del medesimo soggetto insistono più obblighi giuridici, che come tali impongono l'assunzione di una determinata condotta²¹⁴. Talvolta poi il turbamento emotivo è notevolmente enfatizzato – e simmetricamente il dibattito sulla non esigibilità così ampliato ed alimentato di ulteriori profili problematici – nel caso in cui la norma che si pone in contrasto con la disposizione penale appartenga a dimensioni differenti da quella normativa, come nel caso di sistemi morali o religiosi²¹⁵. Si allude in definitiva al perpetuo dilemma dell'antinomia tra diritto positivo e diritto naturale, in cui la non esigibilità è il vaso comunicante attraverso il quale si tenta di far confluire il secondo, dopo un attento filtro normativo, tra le categorie del primo²¹⁶.

Figura prossima in tal senso è la scusante prevista per l'esecuzione di un ordine criminoso insindacabile, impartito dalla pubblica Autorità²¹⁷. Gli ordini insindacabili non prevedono alcuna possibilità, per il soggetto cui è impartito di darne attuazione, di effettuare valutazione nel merito: compito esclusivo, peraltro espressivo di obblighi di natura gerarchica²¹⁸, è di portarlo ad esecuzione.

Pertanto, nel caso di commissione di un illecito penale conseguente all'esecuzione di un ordine insindacabile, del subordinato incaricato non potrebbe ravvisarsi alcun profilo di responsabilità. Il conflitto di pressione psicologica in cui si viene a trovare – relativamente ad un ordine manifestamente illegittimo da cui tuttavia non può esimersi – è considerato bastevole per riconoscere in capo al soggetto un volere formatosi in circostanze anormali, e che consentirebbe di ricondurre la fattispecie al *genus* dell'inesigibilità²¹⁹.

²¹³ Sul punto VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit.

²¹⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 410.

²¹⁵ Per un approfondimento sul tema FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it.*, 1983, II, 27.

²¹⁶ Categorico è tuttavia il rifiuto per eventuali cause scriminanti o cause scusanti che lascino prevalere le convinzioni morali o religiose dell'individuo sull'efficacia della norma penale.

²¹⁷ Si ricade nel contesto dell'adempimento di un dovere, ex art 51 c.p. Nella specie vengono in rilievo secondo, terzo e quarto comma, che rispettivamente stabiliscono: «se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine»; «risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo»; «non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

²¹⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 245.

²¹⁹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 414.

La disamina non può concludersi senza uno sguardo ad alcune fattispecie di parte speciale che, come il paradigmatico art. 384 primo comma, propendono per una valorizzazione dell'elemento motivazionale dell'agente.

Si pensi, per esempio, al terzo comma dell'art. 307 c.p.²²⁰, da intendersi in quanto «limite scriminante di tipo soggettivo, che incide sul profilo personalistico (colpevolezza) dell'illecito penale; o meglio sulla motivazione, implicando la rilevanza di un motivo eticamente apprezzabile che spinge il prossimo congiunto ad agire»²²¹. In sostanza, dunque, una causa di esclusione della colpevolezza in cui il legislatore mostra comprensione, alla stregua di quanto già visto per la causa di non punibilità dell'art. 384, per l'illecito commesso al fine di salvare un prossimo congiunto. Discorso analogo vale poi per il terzo comma dell'art. 418²²².

7. Il principio di non esigibilità e l'art. 42 primo comma c.p.

Nel tentativo di individuare un fondamento normativo al principio di non esigibilità, in una prospettiva puramente teorica, si potrebbe proporre un procedimento ermeneutico non dissimile da quello delineato in relazione all'art. 49 secondo comma c.p.²²³, in guisa da considerare la disposizione di riferimento del principio di offensività in ambito penale.

La finalità di questa interpretazione risponde all'intento di attribuire una propria dignità alla norma, altrimenti sospetta di riproporre in negativo i requisiti

²²⁰ Relativamente al reato di assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata, il terzo comma prevede una causa di non punibilità per «chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto». Sul punto LEMBO, *Commento all'art. 307 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale*, cit., 347.

²²¹ La citazione è così ripresa da BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 121. Così anche FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 358, e ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67. In senso parzialmente differente PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 48. Secondo l'Autore sia il terzo comma dell'art. 307, e così il terzo comma dell'art. 418, sarebbero cause personali di esclusione della pena, e non cause di inesigibilità della condotta. Ben diversi potrebbero essere i moventi di un'assistenza che si presume essere fondata sull'intensità del vincolo familiare, da ricercarsi per esempio in ragioni di opportunità. In tal caso, dice PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 466, le norme integrano una presunzione legale di inesigibilità, precludendo così al giudice qualsiasi valutazione circa le ragioni di questa assistenza. L'Autore, con riferimento al 307, sostiene che l'inesigibilità ne rappresenti solo il criterio di fondo, ma la norma non sarebbe da annoverare tra le scusanti, ma fra le cause di esclusione della pena.

²²² La disposizione prevede una causa di non punibilità per il reato di assistenza agli associati nel caso in cui il soggetto assistito sia un prossimo congiunto. Anche in tal caso si tratterebbe di una causa di esclusione della colpevolezza, così FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 359, e ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67.

²²³ «La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso».

del tentativo, e come tale decisamente superflua²²⁴. Da qui dunque l'intento di affermare che dal cd. «reato impossibile» potesse desumersi il riconoscimento esplicito di un principio già immanente nell'ordinamento penalistico, ossia quello di necessaria lesività del fatto.

In omaggio alla concezione realistica del diritto penale, legittimato ad intervenire esclusivamente qualora ricorra una concreta ed effettiva offesa al bene protetto, nel caso di assoluta impossibilità di arrecare un pregiudizio all'interesse tutelato dalla norma si giunge ad escludere la punibilità del fatto. Infatti, alla stregua di questi presupposti, viene *ab origine* esclusa la corrispondenza tra lesione del bene e tipicità del fatto, così da travolgere la stessa esistenza del reato, che in tal modo non si configura proprio²²⁵.

La medesima tipologia di ragionamento può essere avanzata relativamente al principio di non esigibilità. La norma che costituisce il fulcro di questo procedimento interpretativo è l'art. 42, comma primo, c.p., il quale sancisce i requisiti necessari della coscienza e volontà che devono accompagnare il soggetto nel momento in cui assume la condotta attiva o passiva che risponde al tipo.

Lungimirante in tal senso si rivela la teoria di Marinucci²²⁶. L'Autore, con lo scopo di evitare un'*interpretatio abrogans* del primo comma dell'art. 42 – mai realmente valorizzato nelle sue potenzialità applicative – ritiene che la norma possa rappresentare una generale clausola riferibile alla presenza di circostanze concomitanti anormali, di natura intrinseca o estrinseca, incidenti sulla volontà del soggetto. Le circostanze concomitanti anormali agirebbero cioè sulla volontà del soggetto in modo così intenso da far sì che la condotta non possa essere considerata espressione della sua personalità, cioè, della sua coscienza e volontà. Ragion per cui, tutte le volte in cui le circostanze rispondano alle citate condizioni, dovrebbe essere escluso lo stesso presupposto della *suitas*, momento giuridicamente e naturalisticamente anteriore rispetto al configurarsi di dolo e colpa. Dunque, mancando coscienza e volontà della condotta, il reato è reciso in partenza, e così la stessa tipicità del fatto.

²²⁴ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 504.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 226. Il punto è già stato parzialmente anticipato quando si è affrontato il tema delle scusanti. *Supra*, Cap. I, par. 7.

Questo peculiare espediente dogmatico rivisita peraltro lo stesso ruolo della non esigibilità nella teoria del reato. Dapprima di operare in sede di colpevolezza, infatti, in tal modo l'inesigibilità escluderebbe direttamente la tipicità soggettiva dell'illecito penale.

Premesso quanto detto finora in merito alle caratteristiche essenziali della non esigibilità – un'anormale formazione del volere in circostanze concomitanti eccezionali – l'art. 42 primo comma sarebbe una causa di esclusione della tipicità tutte le volte in cui, in difetto di un'azione cosciente e volontaria, la condotta conforme al diritto risulti inesigibile.

8. I più recenti sviluppi in materia di inesigibilità e la tendenza verso una personalizzazione del giudizio di colpevolezza

Nel corso dei paragrafi precedenti si è individuato il contesto storico e dogmatico per la nascita della teoria della non esigibilità, al fine poi di valutare tutte le riflessioni che ne sono scaturite. Si sono dunque esaminate le motivazioni favorevoli ad un ingresso dell'inesigibilità tra le componenti della colpevolezza, o altrimenti per riconoscerle il ruolo di criterio ispiratore della categoria delle cause scusanti – così sintetizzabili nell'impossibilità di pretendere un comportamento conforme a quanto delineato in astratto dalla norma – alla stregua della teoria del bilanciamento di interessi sul terreno delle cause di giustificazione. E così anche le obiezioni mosse alla non esigibilità, fondate sul timore delle ripercussioni che ne deriverebbero – nel caso di un suo accoglimento – sul piano della prevenzione e della tenuta del sistema penale.

Al contempo si sono analizzate le differenti fattispecie in cui è centrale la valutazione motivazionale dell'agente, per verificare se in quelle circostanze fosse da lui esigibile un contegno conforme al precetto.

Con un occhio di riguardo alla pressoché inesistente giurisprudenza sull'argomento²²⁷, si prende consapevolezza che il ruolo della non esigibilità, in un primo momento, se non è stato nullo, è quantomeno da definirsi minimo.

²²⁷ Si è già esaminata la sentenza del Tribunale di Bologna in cui si è pervenuti ad una sentenza di assoluzione per inesigibilità della condotta dovuta. *Supra*, Cap. II, par. 5.

Ciò vale in un'epoca – quella in cui si colloca cronologicamente la formulazione del principio di inesigibilità – in cui la letteratura penalistica è quasi esclusivamente focalizzata sul momento obiettivo del reato ed in cui, soprattutto, presupposto per la trattazione di un qualsiasi istituto è la sua imprescindibile riferibilità al dato espresso dalla lettera della legge.

Da ciò si comprende dunque l'aprioristica impossibilità concettuale che nel nostro ordinamento potesse ammettersi la valenza di un generale principio di scusa, non contemplato direttamente da alcuna norma – e dunque riconosciuto solo in via tacita – nell'ambito peraltro meno approfondito della struttura del reato²²⁸.

L'originaria preclusione nei confronti della non esigibilità necessita, invero, di aggiornarsi e confrontarsi con quelli che sono i più recenti risultati di teoria generale del reato. Dando così seguito all'eterna lezione di Bricola, con riguardo all'importanza di ricostruire le categorie generali della responsabilità penale alla luce dei principi costituzionali²²⁹, si tratta di relazionare l'inesigibilità con l'istanza personalistica del giudizio di colpevolezza, sottesa alla carica innovativa della sentenza 364/1988 della Consulta.

La pronuncia in questione, tra i suoi molteplici effetti, ha imposto una rivalutazione del concetto di colpevolezza e di tutte le sue componenti, prime fra tutte le cause scusanti, alla ricerca di un equilibrio con i nuovi principi dettati per l'elemento soggettivo dell'illecito penale. Medesimo discorso vale anche per l'inesigibilità.

Dunque finalità principale è quella di comprendere se attualmente, nell'ordinamento penale, si possa rinvenire qualche traccia del principio di inesigibilità, ed in caso affermativo con quale ruolo all'interno della struttura del reato, con quale scopo e secondo quali modalità. Preliminare a tutto ciò è al contempo accertare come negli anni più recenti – di certo successivi rispetto

²²⁸ DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 32 ss. Così l'Autore: «La ricerca di soluzioni adeguate a circoscrivere l'area dell'intervento penale, è stata per lo più sviluppata [...] dall'angolo visuale delle direttive costituzionali in tema di connotati obiettivi dell'illecito penale, senza attribuire la dovuta importanza alle implicazioni derivanti dal riconoscimento costituzionale del principio della «personalità» della responsabilità penale, ed ai rapporti problematici di tale principio con le possibilità concrete a disposizione dei consociati per orientare e dirigere la propria condotta in senso conforme alle esigenze di tutela sottese alla funzione esplicata dalla singola norma incriminatrice».

²²⁹ BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1996, 16 ss.

all'intervento della Corte Costituzionale – sia stato rivitalizzato il dibattito sulla non esigibilità, con riferimento sia ad insolite applicazioni giurisprudenziali, sia riguardo ai nuovi confini tracciati dalla dogmatica, capace di elaborare innovative prospettazioni concettuali all'interno della sistematica del reato.

Pertanto si coglie l'opportunità di trattare del principio di inesigibilità in una dimensione più propriamente sostanziale, senza trascurare le modalità con cui questo possa operare nei vari momenti dell'illecito per tentare di circoscrivere l'area di responsabilità penale del soggetto.

A titolo esemplificativo, circa l'opportunità di approfondire una tematica del genere, si può tentare di comprendere come la non esigibilità possa operare per l'accertamento dell'inevitabilità dell'errore, al fine scusare il soggetto, in seguito alla sentenza 364/1988.

Infatti, nel momento in cui si deve accertare se il soggetto fosse a conoscenza, o potesse quantomeno conoscere del carattere illecito della propria condotta, occorre valutare l'esigibilità del «comportamento (omesso) impeditivo dell'*ignorantia legis*»²³⁰. In sostanza il principio in questione può assumere una funzione regolativa nell'accertare il cd. «sforzo di coscienza»²³¹ che il soggetto ha compiuto per conformarsi alle prescrizioni del diritto, dal momento che debbono differenziarsi i profili di responsabilità a seconda di quanto compiuto nella situazione di fatto, del tipo di reato in questione e dei fattori specifici capaci di incidere sulla situazione psicologica del soggetto, in termini di inevitabilità oppure evitabilità dell'errore di diritto. Il tutto per poter rispondere all'ormai costante quesito se dal soggetto potesse pretendersi un contegno conforme al precetto e, nel caso di specie, se potesse assumere una condotta ulteriore finalizzata ad evitare così di incorrere nella situazione di (in)colpevole ignoranza e di quanto fosse così penalmente rilevante.

9. L'atteggiamento della giurisprudenza: premessa

La giurisprudenza svolge un fondamentale ruolo «creativo» nell'innovare i concetti giuridici esistenti, al fine di adeguarli alle nuove esigenze che di volta in volta sono

²³⁰ PALAZZO, *Ignorantia legis*, cit., 961. Nel caso in cui, attraverso questo accertamento, non si possa escludere l'inevitabilità dell'errore, l'esigibilità opera quantomeno ai fini di graduabilità della pena.

²³¹ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 359.

chiamati ad assolvere. Di conseguenza è a partire dalla prassi giudiziaria che nuove tendenze possono cominciare a permeare il diritto vivente, incentivandone un dinamico sviluppo.

Nei confronti del principio di non esigibilità, specialmente la Corte di Cassazione mostra una posizione alquanto incostante, di prevalente ostilità e favorevole ad accogliere la miriade di critiche che alla tematica sono sempre state riservate, seppur alternata ad alcune aperture decisamente “particolari”. Si pensi a quegli orientamenti in materia di false comunicazioni sociali e più recentemente in ambito penale tributario che hanno rievocato, non senza talune perplessità, la non esigibilità per pervenire ad esiti assolutori²³².

Ebbene la Cassazione, salda nel mantenersi coerente con la letteratura penalistica avversa all’inesigibilità, nega a tal principio qualsiasi diritto di cittadinanza nell’ordinamento penale; un’influenza della non esigibilità potrebbe ravvisarsi esclusivamente con riferimento a cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza codificate (peculiare l’inclusione nella categoria delle figure del caso fortuito, costringimento fisico e forza maggiore). Drastico è invece il rifiuto per un’estensione analogica delle scusanti a casi simili alla stregua della non esigibilità.

In adesione alla tesi di Nuvolone, limiti e condizioni di applicabilità della norma sono posti dalla norma stessa; viceversa ammettere l’antitetica soluzione implicherebbe portare ad un’eccessiva dilatazione del potere discrezionale del giudice, sprovvisto peraltro di affidabili parametri attraverso i quali stabilire se la condotta lecita fosse in concreto esigibile o meno²³³.

La Cassazione, contraria ad attribuire al giudice un così ampio potere decisionale nell’individuazione della condotta punibile o meno, intravede poi nella teoria della non esigibilità inconciliabili tensioni con il principio di legalità in materia penale²³⁴.

A prescindere dall’elemento del reato in cui si tenti di collocare la non esigibilità - se con riguardo alla colpevolezza, o parimenti nell’ambito dell’antigiuridicità quando non appaia umanamente possibile conformarsi al

²³² Sul punto si tornerà più approfonditamente nei prossimi paragrafi.

²³³ Cass. pen., sez. III, sent. 8 maggio 1985, in *Cass. Pen.*, 1987, 892.

²³⁴ Cass. pen., sez. III, sent. 27 febbraio 1991, in *Giust. Pen.*, 1991, II, 505.

precepto penale – il principio opera soltanto se criterio ispiratore di fattispecie già previste dalla legge. Non vi è spazio alcuno per cause preterlegali di esclusione della responsabilità²³⁵.

A queste insormontabili premesse seguono tuttavia alcune più timide aperture, a cominciare dallo spazio che il diritto positivo riconoscerebbe alla non esigibilità. E dunque primariamente si converge per un'interpretazione dell'art. 384 c.p. in chiave scusante e fondato così sulla non esigibilità, data la situazione in cui il soggetto non può autonomamente autodeterminarsi²³⁶; successivamente, nel settore dell'anti-infortunistica sui luoghi lavoro, il suddetto principio è impiegato per mandare esente da pena il datore di lavoro, in ragione di una condotta non obiettivamente prevedibile, nel caso di grave errore del lavoratore altrimenti non evitabile con l'adozione di particolari cautele²³⁷.

L'inesigibilità esercita in tal modo la funzione di componente negativa dell'accertamento della responsabilità colposa, relativamente alle cautele che nel caso concreto si potessero pretendere dal soggetto agente, e che, nel caso di specie, riguardano la complessa questione del concorso di persone nel reato colposo.

Infine si rinviene una pronuncia della giurisprudenza di merito – in tal caso il Tribunale di Palermo – in cui si esclude la responsabilità penale di un imprenditore, imputato per concorso esterno in associazione mafiosa, per aver messo a disposizione di un'organizzazione criminale la propria abitazione per l'espletamento di alcune attività illecite. La paura prevale così sull'imperativo della norma, non potendo esigersi una condotta differente da quella tenuta²³⁸.

Concludendo questa breve rassegna introduttiva, il bilancio giurisprudenziale propende anche in tal caso per un generale scetticismo nei confronti della non esigibilità, stemperato tuttavia da alcune graduali evoluzioni sul terreno della colpevolezza in senso individualizzante.

²³⁵ Cass. pen., sez. VI, sent. 2 aprile 1993, in *Mass. Cass. Pen.*, 10, 8.

²³⁶ Cass. pen., sez. VI, sent. 25 ottobre 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, I, 2000.

²³⁷ Cass. pen., sez. IV, sent. 24 novembre 1988, in *Giust. Pen.*, 1989, II, 670.

²³⁸ Trib. Palermo, sent. 4 aprile 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 44.

10. La giurisprudenza di legittimità in tema di false comunicazioni sociali tra non esigibilità e *nemo tenetur se detegere*

Un orientamento della giurisprudenza di legittimità²³⁹ diffusosi sul finire degli anni ottanta fornisce un'interpretazione decisamente peculiare relativamente alla fattispecie delle false comunicazioni sociali, disciplinata dall'art. 2621 c.c.²⁴⁰ Il principio di diritto che ne costituisce il fondamento può essere riassunto mediante la seguente massima: «Il reato di false comunicazioni sociali non è configurabile quando nelle scritture contabili non siano riportati i proventi e le attività commerciali ricavati da azioni delittuose. Le false attestazioni infatti pur rientrando formalmente nella previsione normativa non sono punibili perché nessuno può essere obbligato a fornire – attraverso la scritturazione nei libri sociali – prove a suo carico di reati commessi»²⁴¹.

In tal modo la Cassazione circoscrive l'ambito di operatività della fattispecie, e più in generale di tutte le norme incriminatrici che impongono obblighi di annotazione o di dichiarazione, individuando un limite nell'autodenuncia del soggetto agente²⁴². La portata della norma non potrebbe infatti essere estesa fino al punto da pretendere che gli amministratori di società riportino nel bilancio la prova degli illeciti penali commessi nell'esercizio del proprio incarico²⁴³.

Il giudice di legittimità, nel valutare gli interessi coinvolti – il dovere di fedeltà, tutelato dal 2621 c.c., e il diritto di difesa sancito a livello costituzionale –

²³⁹ Cass. pen., sez. III, sent. 14 marzo 1989, in *Cass. Pen.*, 1990, 2208; Cass. pen., 11 giugno 1994, in *Dir. pen. e processo*, 1995, 90.

²⁴⁰ Nella sua attuale formulazione la disposizione stabilisce: «fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni».

²⁴¹ Così Cass. pen., 21 gennaio 1987, in *Cass. Pen.*, 1988, 379.

²⁴² PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1999, 540.

²⁴³ ZUCALÀ, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1989, 784. Secondo l'Autore non potrebbe trattarsi di un post-fatto non punibile.

mostra di propendere per il secondo, individuandone un limite sostanziale per l'applicabilità della fattispecie²⁴⁴.

Si ricade dunque nell'ambito del principio *nemo tenetur se detegere*, espressione del diritto costituzionale di difesa, tutelato dal secondo comma dell'art. 24 Cost.²⁴⁵, e a livello di legislazione ordinaria dal primo comma del già approfondito art. 384 c.p.²⁴⁶

Il divieto di auto-incriminazione è da sempre concepito in una dimensione esclusivamente processuale. L'interrogativo è se questo possa trovare applicazione anche in una prospettiva sostanziale, travalicando i suoi originari confini processuali, per riconoscere un diritto di impunità²⁴⁷ a chi commetta un fatto costituente reato per evitare l'incriminazione per altri illeciti penali.²⁴⁸

Il principio di diritto enunciato in apertura tuttavia non indica *l'iter* logico-giuridico attraverso il quale si perviene alla non punibilità per la figura delittuosa delle false comunicazioni sociali, commessa con il fine di occultare la commissione di altri reati. La motivazione viene infatti ritenuta eccessivamente sintetica sul punto, dando così, almeno apparentemente, l'impressione di ribadire un criterio universalmente condiviso²⁴⁹. La letteratura penalistica ha così tentato di ricostruire, attingendo dalle varie categorie di parte generale, quella che fosse più correttamente in grado di esplicitare questa particolare causa di esclusione della pena.

La questione attiene in particolare al momento della colpevolezza: si tratta di stabilire se una situazione connotata da un'anormale formazione del volere – il timore circa l'instaurazione di un procedimento penale – legittimi di configurare il principio *nemo tenetur se detegere* come una causa scusante, e se in via espressa, perché integrata da una specifica disposizione, o viceversa tacita.

²⁴⁴ ZANOTTI, «*Nemo tenetur se detegere*»: profili sostanziali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174. «Deve ritenersi inclusa nell'obbligo di leale comunicazione la esposizione di proventi od utili derivanti da fatti penalmente illeciti pena l'applicabilità della previsione incriminatrice di cui all'art. 2621 n° 1 c.c., od il loro occultamento rimane condotta penalmente indifferente?»

²⁴⁵ «La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento».

²⁴⁶ PERINI, *Ai margini dell'esigibilità*, cit., 586. L'unica potenziale applicabilità, in termini sostanziali, del *nemo tenetur se detegere* sarebbe nei limiti predeterminati dall'art. 384.

²⁴⁷ Concorde sul punto PERINI, *Ai margini dell'esigibilità*, cit., 566.

²⁴⁸ Cass. pen., 14 marzo 1989 in *Cass. pen.*, 1990, 2208. La giurisprudenza mostra di accondiscendere a questa interpretazione: «un principio generale che può trovare applicazione in ogni ipotesi di reato, siccome affermazione di un criterio generale e superiore, espressivo di consolidata civiltà giuridica».

²⁴⁹ ZANOTTI, «*Nemo tenetur se detegere*»: profili sostanziali, cit., 175.

Le ipotesi proposte dalla dogmatica, coerenti con la premessa sopra menzionata, investono tutta la tematica della non esigibilità. Si è dunque sostenuto che questa causa di esclusione della colpevolezza potesse configurare un caso specifico dello stato di necessità²⁵⁰, nel caso in cui si aderisse alla lettura «scusante» dell'art. 54; altrimenti il *nemo tenetur se detegere* potrebbe confluire nella disciplina dell'art. 384, come già detto ispirato al principio di non esigibilità; ed infine potrebbe rappresentare una causa scusante tacita, fondata o sullo stato di necessità o sull'art. 384, applicabile analogicamente tutte le volte in cui l'autodenuncia appaia in concreto inesigibile²⁵¹.

L'impostazione che ha ottenuto maggior riscontro legittima un'estensione analogica dell'art. 384 c.p., poiché questo costituirebbe una norma di carattere generale, espressiva del diritto di difesa ed applicabile a casi simili²⁵². La disposizione assurgerebbe così a clausola di non esigibilità per tutte le condotte autoaccusatorie. Quanto detto non si espone a critiche con riferimento alla riconducibilità della disposizione al principio di inesigibilità – dato ormai acquisito dalla scienza penalistica – quanto piuttosto per la natura dell'art. 384, da cui dipende la stessa validità del procedimento ermeneutico così descritto.

Ritenerlo applicabile ad ipotesi simili implica contraddire il testo della norma, che non si riferisce ad un numero indefinito di fattispecie incriminatrici, bensì ad un elenco tassativo di reati già predeterminati da parte del legislatore – in cui non è contemplato il reato di false comunicazioni sociali²⁵³ - alla stregua di valutazioni di politica criminale. La norma non è estensibile in via analogica dal momento che non è principio generale dell'ordinamento, ma disposizione eccezionale, e tale assunto è confermato proprio dalla scelta di aver limitato i

²⁵⁰ *Contra* PAGLIARO, voce *Falsità personali*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, 651. Per un caso simile afferma l'Autore: «La scriminante dello stato di necessità non è applicabile nel caso che di chi dichiara agli agenti di polizia false generalità per sottrarsi alla esecuzione di un mandato di cattura. [...] L'ordinamento contraddirebbe se stesso, se in casi del genere ammettesse una scriminante».

²⁵¹ PERINI, *Ai margini dell'esigibilità*, cit., 552.

²⁵² ZUCALÀ, *Le false comunicazioni sociali*, cit., 754.

²⁵³ Peraltro riconoscere un'impunità del genere implicherebbe negare la tutela che il delitto di false comunicazioni sociali intende assicurare agli obblighi di veridicità del bilancio e delle altre comunicazioni sociali, specie nel caso delle più gravi violazioni.

corrispondenti richiami²⁵⁴. Fare altrimenti vorrebbe dire violare i principi generali in materia penale.

Alla luce di ciò, con il fine di dimostrare il fondamento ideologico di questa specifica causa di esclusione della colpevolezza, si è tentato di non coinvolgere il principio di inesigibilità. In tal modo si eludono anche tutti i complessi profili che ontologicamente caratterizzano la relativa teoria, con specifico riferimento all'individuazione dei parametri con i quali poterle dare attuazione²⁵⁵.

Perciò, in ultima istanza, per giustificare la generale valenza del *nemo tenetur se detegere* si è prospettato che questa discendesse direttamente dal diritto di difesa, secondo una prospettiva favorevole a rivisitare i rapporti tra diritto penale sostanziale e processuale. Così il diritto di difesa implicherebbe «la costituzionalizzazione del divieto di obblighi, il cui adempimento si risolve comunque in autoincriminazione; e sarebbe proprio nella proiezione preprocessuale che il canone '*nemo tenetur se detegere*' verrebbe ad evidenziarsi come limite logico di ordinamento, di portata generale»²⁵⁶. Ragion per cui si verrebbe a configurare una classica ipotesi di esercizio di un diritto, tale da scriminare l'eventuale condotta considerata oggettivamente illecita²⁵⁷.

L'orientamento che ha intravisto una potenziale estensione del *nemo tenetur se detegere*, oltre i confini processuali che storicamente le appartengono, è stato superato dalla giurisprudenza degli anni successivi, che ne ha negato qualsiasi profilo di carattere sostanziale²⁵⁸. Malgrado questo la relativa parentesi giurisprudenziale, nel coinvolgere – seppur in modo marginale – il principio di non esigibilità, prova come lo stesso, per la sua ampiezza concettuale, possa rispondere

²⁵⁴ Sul punto concordi VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 304; BELLAGAMBA, *I problematici confini*, cit., 323.

²⁵⁵ PERINI, *Ai margini dell'esigibilità*, cit., 543. L'Autore riconosce una certa funzionalità all'inesigibilità soltanto in fase pre-normativa; nel caso di riconoscere spazio ad un criterio del genere nel momento di accertamento della responsabilità si arriverebbe altrimenti al cd. «annullamento» del diritto penale di cui aveva già parlato Petrocelli.

²⁵⁶ PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1275. Prosegue così l'Autore: «Ritornando infine al caso delle false comunicazioni sociali, si conclude che l'omessa iscrizione di proventi illeciti non può assumere rilievo penale, "pena una irrimediabile contraddizione con il divieto di recare testimonianza *contra se*"».

²⁵⁷ PERINI, *Ai margini dell'esigibilità*, cit., 542.

²⁵⁸ Cass. pen., 22 gennaio 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 2198; Cass. pen., 5 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2780.

ad una pluralità di esigenze e mantenere sempre vivo l'interesse circa la prospettiva individualizzante del giudizio di colpevolezza che le è sottesa.

11. La riemersione della non esigibilità nella recente giurisprudenza tributaria

Gli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74/2000²⁵⁹ disciplinano rispettivamente le fattispecie delittuose di «omesso versamento di ritenute certificate»²⁶⁰ e di «omesso versamento di IVA»²⁶¹. I reati in questione, nel simboleggiare l'archetipo di «modelli tipici di una concezione autoritaria dello strumento penalistico»²⁶², stonano con quella che è l'ispirazione di fondo del decreto²⁶³.

Aggiunte con un intervento successivo nel novero dei reati tributari contemplati dal decreto²⁶⁴, gli artt. 10-*bis* e 10-*ter* se ne distinguono profondamente, poiché mancano di riproporre il dolo specifico volto a contrassegnare il fine evasivo del soggetto agente. Qui il legislatore persegue il fine di garantire l'effettiva riscossione delle imposte dichiarate dal contribuente²⁶⁵, e prescinde pertanto dal prevedere, quali elementi costitutivi della condotta, modalità fraudolente od ingannevoli.

²⁵⁹ Da ora in poi soltanto «decreto».

²⁶⁰ «È punito [...] chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta».

²⁶¹ «È punito [...] chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta».

²⁶² MUSCO, ARDITO, *Diritto penale tributario*, Torino, 2010, 24. Nei confronti della norma sono stati sollevati alcuni dubbi di legittimità costituzionale, con riferimento alla sua conformità all'art. 1 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che afferma: «Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad un'obbligazione contrattuale».

²⁶³ CARACCIOLI, *Omessi versamenti con la via d'uscita della forza maggiore*, in *Ilsole24ore*, 23 settembre 2013. Le due fattispecie si presentano «anomale» con riguardo al fine che ha portato all'adozione del decreto, ossia quello di punire soltanto quei comportamenti fraudolenti o mendaci, o le condotte più gravi di emissione di documenti o pagamento di imposte.

²⁶⁴ L'art. 10-*bis* è stato introdotto dall'art. 1, co. 414, l. 30.12.2004 n. 248 (la cd. legge «finanziaria»); il 10-*ter* dall'art. 35, co. 7, d.l. 4.7.2006, convertito in l. 4.8.2006 n. 248 («Decreto Bersani»). L'intervento additivo si è reso necessario perché nel periodo intercorrente tra il 2000 ed il 2005, in cui le relative omissioni non erano penalmente sanzionate, si è assistito ad un drastico incremento di omessi versamenti, con conseguente danno all'Erario, al fine di poter destinare le risorse ad altre finalità, proprio in assenza di una norma penale che agisse in tal senso.

²⁶⁵ VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10-*bis* e 10-*ter*, d.lgs. 74/2000) per insolvenza del contribuente*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 20 dicembre 2013, 2.

Le fattispecie di omesso versamento di ritenute certificate o di IVA presentano molte analogie tra loro, relative alla struttura, alla *ratio legis*, alla condotta ed all'interesse tutelato, per cui è possibile trattarle congiuntamente.

Più precisamente, configurano due reati omissivi propri istantanei, consistenti nel non avere il soggetto attivo effettuato il versamento entro il termine stabilito dalla legge, che è anche l'istante con cui si identifica il momento di consumazione del reato²⁶⁶.

La condotta lesiva, costruita su un dolo generico richiedente coscienza e volontà di omettere il versamento entro il termine, si manifesta così nella corretta dichiarazione o certificazione di imposte poi non versate, in pregiudizio dell'interesse erariale alla tempestiva riscossione delle somme²⁶⁷. Colui che riceve le somme assume la qualifica di «sostituto d'imposta», e dunque non ha potere di disporre di queste. Il possesso è giustificato esclusivamente dal fine di versarle all'Erario²⁶⁸.

La lettera della legge, nel descrivere la condotta penalmente rilevante, non si pronuncia in merito a determinate condizioni che fanno venir meno l'obbligo di assolvere al debito tributario. Conseguenza di ciò è che la dottrina e parte della giurisprudenza si sono interrogate se fosse possibile invocare una oggettiva impossibilità di adempiere, dovuta per esempio ad una crisi di liquidità o di difficoltà finanziaria²⁶⁹, al fine di escludere la responsabilità penale del soggetto²⁷⁰. Impossibilità ad adempiere che può intendersi come «assoluta» qualora il soggetto non abbia risorsa alcuna, o altrimenti come «relativa» se il contribuente, i mezzi a disposizione, li abbia impiegati in altro modo (pagamento delle retribuzioni per i propri dipendenti).

²⁶⁶ Il termine per l'integrazione della fattispecie diverge da quello fissato dalla normativa tributaria, che stabilisce un termine più breve. Il legislatore lascia un margine temporale al soggetto affinché adempia l'obbligazione tributaria prima che sia penalmente sanzionabile.

²⁶⁷ SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. 74/2000)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 7 ottobre 2013, 2.

²⁶⁸ *Ivi*, 9.

²⁶⁹ La questione è stata sollevata con riferimento alla mancanza di liquidità da parte delle imprese a causa della grave crisi globale degli ultimi anni, che ha portato le difese, nei procedimenti per omesso versamento *ex art. 10-bis e 10-ter*, ad allegare prove dimostrative che l'inadempimento tributario non fosse scelta presa liberamente, bensì imposta dalla mancanza di mezzi per farvi fronte.

²⁷⁰ Spesso la causa dell'inadempimento è proprio una situazione di difficoltà finanziaria in cui versa l'azienda, specie perché l'omesso versamento è preceduto dalla corretta autodichiarazione. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente*, cit., 3.

In proposito si possono concettualmente distinguere le posizioni, da un lato, di letteratura e giurisprudenza di merito, che hanno intrapreso differenti percorsi dogmatici volti a pervenire ad esiti assolutori, mostrandosi dichiaratamente favorevoli a verificare quali fossero le reali condizioni causative dell'inadempimento; e, per converso, dall'altro lato la giurisprudenza di legittimità, unanimemente – se non con qualche orientamento di segno contrario – tesa a rigettare qualunque spiraglio in grado di limitare il terreno di efficacia di ambedue le disposizioni, che omettono di riconoscere qualsiasi rilevanza, sia essa scriminante o scusante, alla difficoltà economica del soggetto contribuente chiamato per legge a versare all'Erario le somme ritenute.

La letteratura penalistica che ha affrontato la questione tende a risolverla sul piano dell'elemento soggettivo, per escludere la sussistenza del dolo. Infatti, per poter riscontrare la presenza della componente volitiva – nel caso di specie omettere il versamento nel termine – occorre prima di tutto accertare che il soggetto agente si trovi nelle condizioni di poter adempiere all'obbligazione tributaria. La possibilità viene meno al ricorrere di una profonda crisi finanziaria in forza della quale, valido il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, non può contestarsi al soggetto un'omissione cui non avrebbe potuto realisticamente ottemperare²⁷¹.

Fondamentale è dunque ravvisare una condotta sorretta dalla volontà di omettere il versamento entro il termine di scadenza stabilito²⁷², secondo una valutazione delle possibilità di adempiere, per quanto «umanamente esigibile»²⁷³ nel caso concreto²⁷⁴. Altrimenti, assente una normale formazione della volontà, il

²⁷¹ Secondo un'impostazione elaborata sotto il regime previgente FLORA, *I reati previsti dagli artt. 2 e 3 legge n. 516/1992*, in AA. VV., *Responsabilità e processo nei reati tributari*, GROSSO (a cura di), Milano, 1992, 164.

²⁷² Negli stessi termini Trib. Firenze, sent. 27 luglio 2012, n. 1141/2012. «Il processo penale, a differenza di quello tributario, impone di valutare e di provare la volontarietà dell'omissione (nel senso richiesto dalla norma violata, di tal che deve risultare che l'agente si è rappresentato, e ha voluto l'omissione del versamento nel termine richiesto): volontarietà che nel caso di specie non sussiste, causa la crisi finanziaria in cui si era venuto a trovare l'imputato in conseguenza, anche, delle condotte di soggetti terzi inadempienti nei suoi confronti; crisi che lo ha posto in una condizione di "illiquidità" che nel caso di specie lo rende, pur se inadempiente al pagamento dell'Iva, non perseguibile penalmente».

²⁷³ SOANA, *I reati tributari*, 3^oed., Milano, 2013, 302.

²⁷⁴ Chiaro è dunque il riferimento al principio di inesigibilità: non può esigersi il versamento del tributo da parte del soggetto la cui impresa versi in gravi condizioni economiche, al punto da tentare in ogni modo di ristabilirne l'ordine finanziario.

dolo non arriva a configurarsi poiché mancherebbe perfino la stessa *suitas* della condotta e dei presupposti della stessa responsabilità omissiva²⁷⁵.

Riepilogando, nei confronti del contribuente che debba affrontare una crisi di liquidità, in altro modo non governabile, non potrebbe muoversi alcun rimprovero perché assente il dolo tipico dell'omissione²⁷⁶.

Alla stregua di quanto detto in dottrina, anche la giurisprudenza di merito coglie nella teoria della non esigibilità l'opportunità per sottoporre al vaglio dei principi in materia di colpevolezza la crisi di liquidità, quando incidente in modo inequivocabile sull'omesso versamento²⁷⁷. L'assunto è ben esplicito dal seguente passo: «in presenza di una crisi di liquidità dell'azienda non imputabile all'agente e alla quale questi ha dimostrato di aver fatto fronte tramite tutte le misure che risultavano idonee in concreto, s'impone al giudice una valutazione complessiva della vicenda nel cui contesto la condotta incriminata fu tenuta. Ciò dipende dal fatto che l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato non può limitarsi ad un riscontro decontestualizzato della volontarietà dell'azione o dell'omissione posta in essere, ma deve invece comprendere una generale valutazione di esigibilità soggettiva del comportamento doveroso, sulla scorta dell'incontestabile insegnamento secondo cui la "colpevolezza", quale elemento indefettibile del reato, non è altro che l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso un fatto anti-giuridico»²⁷⁸.

Il principio di non esigibilità agisce in tal modo in quanto componente negativa del giudizio di colpevolezza, qui esclusa quando le circostanze concomitanti siano tali da non potersi esigere comportamento diverso ed ulteriore. Focalizzandosi poi sulle ipotesi di «impossibilità relativa» di adempiere, ovverosia quando le somme destinate all'Erario siano in realtà state destinate per altra utilità,

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ ROMOLI, *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità*, in www.archiviopenale.it, 2013.

²⁷⁷ G.I.P. Trib. Catanzaro, 19.12.1990, in *Giust. pen.*, 1992, II, 95, con nota di CARROZZA. «Per il principio della inesigibilità, non costituisce reato, per difetto dell'elemento psicologico del dolo, il comportamento del sostituto d'imposta che, dopo aver regolarmente praticato la ritenuta d'acconto al percettore del reddito, per mancanza assoluta di mezzi economici, non provveda al relativo versamento». Anche Trib. Milano, III sez. pen., sent. 15 dicembre 2015, n. 13701, in cui si ribadisce oltretutto la natura eminentemente «costituzionale» del principio di colpevolezza, desumibile dai principi costituzionali di colpevolezza (art. 27 primo e terzo comma), ragionevolezza (art. 3) e dignità umana (art. 2). Favorevoli anche alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, come Cass. pen., III sez., 6 febbraio 2014, n. 15176; Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 9264.

²⁷⁸ Trib. Milano, III. sez., *cit*.

come il pagamento delle retribuzioni o di altri contratti necessari per la continuazione dell'attività, traspaiono lucidamente valutazioni extragiuridiche, fondate su dettami morali. Il rimprovero penale, che necessita di essere moralmente compreso dall'individuo, non può in circostanze estreme come le predette astenersi dal valutare le ragioni per cui, nel caso di specie, sia stato omesso il relativo versamento.

La giurisprudenza di merito ha prospettato un'altra soluzione, questa volta attinente alla dimensione oggettiva del reato, ritenendo che la crisi di liquidità, non essendo applicabile lo stato di necessità²⁷⁹, possa integrare la figura della forza maggiore, *ex art. 45 c.p.*²⁸⁰ Il contribuente «*non agit sed agitur*», ragion per cui si comporta in tal modo poiché non può altrimenti d'innanzi a cause indipendenti la sua volontà²⁸¹, come un'incombente crisi finanziaria. Così risulta essere «corretto qualificare la crisi economica alla stregua di una forza esterna in grado di condizionare la condotta del sostituto di imposta, il quale non avrà alcuna possibilità se non quella di agire illecitamente»²⁸².

La crisi di liquidità non è tuttavia automaticamente equiparata ad uno stato di forza maggiore. In proposito la giurisprudenza ritiene che la situazione di carenza finanziaria debba rappresentare un fatto imprevisto ed imprevedibile, in alcun modo non imputabile al sostituto d'imposta, avendo egli tentato di fare tutto ciò che era in suo potere per superare la relativa crisi²⁸³.

Alle ipotesi avanzate dalla dottrina e da una «innovativa»²⁸⁴ giurisprudenza di merito corrisponde un atteggiamento decisamente opposto da parte della Corte di Cassazione²⁸⁵. Il giudice di legittimità ha strenuamente negato che una crisi finanziaria, cui consegue l'impossibilità di versare le somme all'Erario, possa assumere efficacia esimente per escludere la punibilità. La crisi di liquidità, perfino

²⁷⁹ CARACCIOLI, *Omessi versamenti*, cit. Mancherebbe il pericolo attuale di un danno grave alla persona, invece configurabile

²⁸⁰ Trib. Roma, sent. 7 maggio 2013, Giud. Di Nicola; Trib. Di Roma, sent. 12 giugno 2013, Giud. Di Nicola;

²⁸¹ SOANA, *Crisi di liquidità*, cit., 5.

²⁸² Trib. di Roma, cit.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ ROMOLI, *Omesso versamento*, cit., 5.

²⁸⁵ Cass. pen., sez. III., 5 luglio 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 3207; Cass. pen., sez. III, 25 settembre 2007, in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1236.

nel caso di fallimento dell'azienda, non preclude l'integrazione della fattispecie da un punto di vista né oggettivo né tantomeno soggettivo²⁸⁶.

La Cassazione suggerisce di porre l'attenzione sulla condotta tenuta dal contribuente prima della scadenza del termine previsto per effettuare il versamento. Nei suoi confronti vige infatti un obbligo organizzativo in forza del quale il versamento deve necessariamente essere preceduto dall'accantonamento delle somme ricevute, così da poterle ripartire razionalmente ed in guisa da assicurarsi poi la futura capacità di adempiere. Il tutto si spiega in ragione del fatto che sulle somme versate incombe un vincolo di destinazione in forza del quale il contribuente non può in alcun modo disporne liberamente; così egli deve adempiere al versamento anche a costo di dover impiegare risorse destinate ad altre finalità, come per il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti²⁸⁷.

Sicché, valutando la condotta anteriore l'omissione, qualora si riscontrino determinate anomalie di gestione delle risorse, il soggetto può essere considerato colpevole per non aver previsto la futura incapacità di adempiere; ovvero, seppur prevista, per non aver predisposto tutti quegli accorgimenti necessari al fine di evitare l'inadempimento²⁸⁸.

La Cassazione desume così l'inadempienza non dalla sopravvenuta crisi di liquidità, bensì dall'aver il soggetto volontariamente omesso di accantonare le somme ricevute, e ciò è quanto basta per ritenere integrata rappresentazione e volontà del dolo generico di non effettuare il versamento all'Erario entro il termine di scadenza²⁸⁹.

Al contempo, si è osservato²⁹⁰ che gli obblighi di accantonamento e di versamento operano su piani differenti, così da non potersi ricavare implicitamente il dolo del versamento dall'omesso accantonamento²⁹¹. Peraltro, così facendo, l'ascrizione della responsabilità a titolo di dolo, se condotta esclusivamente sulla

²⁸⁶ ROMOLI, *Omesso versamento*, cit., 5.

²⁸⁷ Cass. pen., sez. III, 18 giugno 1999, n. 11694.

²⁸⁸ VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate*, cit, 5.

²⁸⁹ In proposito la giurisprudenza di legittimità afferma che si potrà configurare una responsabilità anche a titolo di dolo eventuale, quando il contribuente non effettui l'accostamento delle somme, assumendosi il rischio – costi quel che costi - di non essere poi in grado di versarle alla scadenza. Sul punto Cass. pen., sez. III, 27 luglio 2011, n. 29975.

²⁹⁰ SOANA, *Crisi di liquidità*, cit, 5.

²⁹¹ Ben potendo questo essere frutto di una semplice negligenza e non di una scelta libera e consapevole.

base dell'assolvimento agli obblighi di accantonamento, rischierebbe di degenerare in una responsabilità a titolo di colpa, ovvero per non aver attuato tutte quelle diligenti misure volte ad assicurare la prossima capacità di adempiere²⁹².

L'orientamento per ultimo esposto, come detto, cela tratti eminentemente colposi, evidenziati dalla particolare attenzione riservata agli obblighi organizzativi che gravano sul sostituto d'imposta²⁹³. E parimenti rischia di collidere con il principio di colpevolezza, ogni qualvolta nega rilevanza a qualsiasi profilo personale che possa aver avuto incidenza nel caso concreto.

A fronte di queste riflessioni, la giurisprudenza di legittimità ha parzialmente rivisitato la propria posizione, mostrando di non escludere, «almeno in astratto»²⁹⁴, che situazioni di oggettiva impossibilità ad adempiere possano rilevare ai fini di sancire l'assenza della componente dolosa²⁹⁵. A corroborare queste oggettive impossibilità un onere di allegazione dimostrativo della non imputabilità della crisi finanziaria all'imprenditore, peraltro non fronteggiabile con altri mezzi – da valutarsi secondo quanto attuabile nel caso concreto – come il ricorso al credito bancario o alle risorse patrimoniale personali²⁹⁶.

Le conclusioni relative a questa esperienza oscillante tra dogmatica e giurisprudenza in ambito penale-tributario non possono essere dissimili da quelle avanzate nel paragrafo precedente. Anche in tal caso, d'innanzi a circostanze eccezionali in cui opera il soggetto agente, e conflitti di coscienza per chi lo deve giudicare, nella prospettiva di individualizzare il rimprovero di colpevolezza si valorizzano le componenti personali – tra cui la concreta esigibilità della condotta lecita - in piena attuazione del principio di personalità della responsabilità penale.

12. Il principio di non esigibilità e la responsabilità colposa

La breve panoramica giurisprudenziale dimostra un'indiscutibile resistenza del principio di non esigibilità, che nonostante lo scetticismo da sempre maturato nei

²⁹² SOANA, *Crisi di liquidità*, cit., 5.

²⁹³ ROMOLI, *Omesso versamento*, cit., 9.

²⁹⁴ FASSI, *Crisi di liquidità dell'impresa e responsabilità penale: considerazioni sull'elemento soggettivo*, in *Riv. pen.*, 2016, 206.

²⁹⁵ Cass. pen., sez. III, 15 dicembre 2014, n. 52038; Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2014, n. 10813; Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2014, n. 5647; Cass. pen., sez. III, 28 aprile 2015, n. 17711.

²⁹⁶ FASSI, *Crisi di liquidità*, cit., 206.

suoi riguardi, è tuttora presente, benché sporadicamente, nelle dinamiche del diritto vivente.

Questa capacità di adattamento non si esaurisce in una dimensione esclusivamente giurisprudenziale, bensì si riversa anche in quella che è la stessa struttura generale del reato ed i vari momenti in cui essa si articola. Occorre dunque fare un passo indietro per esaminare più da vicino il ruolo che è stato assegnato – o che può eventualmente assegnarsi – dalla dogmatica più recente alla non esigibilità da un punto di vista sistematico, al fine di osservare come possa dialogare con i principi generali in materia di responsabilità penale.

Come è già stato ribadito il fine principale del lavoro è quello di comprendere fino a che punto possa ritenersi legittima una personalizzazione del rimprovero penale in sede di colpevolezza. Ed anche che uno dei mezzi attraverso i quali attuare in pieno il primo comma dell'art. 27 Cost. risulta essere – almeno potenzialmente - il principio di non esigibilità. Si coglie in tal senso l'opportunità di porre in relazione l'inesigibilità ed una delle tematiche che meno si sono rivelate suscettibili ad un processo di soggettivizzazione, ovvero la responsabilità colposa, seppur senza pretese di completezza per la vastità dell'argomento. Tra colpa ed esigibilità vi è peraltro un legame prediletto, sia per la natura ontologicamente normativa della prima, sia perché sin dagli albori della non esigibilità si sostiene che questa sia immanente alla colpa²⁹⁷.

La struttura del reato colposo, che costituisce ormai il prototipo di illecito penale della società del rischio, risulta ancora oggi concepito in una prospettiva prevalentemente oggettiva²⁹⁸. La letteratura penalistica converge nel ritenere che la colpevolezza di stampo colposo implichi poter rimproverare l'agente concreto per non aver conformato la propria condotta alla regola cautelare, nonostante avesse la possibilità di farlo²⁹⁹. Ragion per cui, parlandosi di rimproverabilità, si parla anche

²⁹⁷ MUSOTTO, *Colpevolezza*, cit., 99. Così nel riportare il pensiero di Frank.

²⁹⁸ BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. Pen.*, 2005, 75. Dato indiscutibile sarebbe la tendenza personalizzante che investe l'attuale diritto penale. Esemplici sarebbero in proposito l'eliminazione del regime di imputazione oggettiva delle circostanze, la disciplina dell'errore di diritto, il nuovo ruolo della colpevolezza nella struttura del reato preterintenzionale. A tal procedimento risulta essere estraneo l'elemento soggettivo della colpa.

²⁹⁹ GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 325.

nel caso della colpa della necessità di poter individuare tra soggetto ed evento quel nesso psicologico, quell'adesione al fatto tipico così da valutare le ragioni in forza delle quali l'agente ha ommesso l'adozione della condotta diligente.

La colpa diviene così, in considerazione di tutte le componenti estrinseche influenti sull'attitudine psico-fisica del soggetto ad osservare la regola, la possibilità di muovere un rimprovero³⁰⁰. Per dirlo altrimenti: «il rimprovero è determinato dal mancato utilizzo da parte del soggetto agente di un potenziale di capacità di cui lo stesso risulta essere dotato e che, nel caso concreto, gli avrebbe consentito di evitare il fatto lesivo posto in essere»³⁰¹.

Anche la responsabilità colposa presenta dunque la necessità di una valorizzazione della partecipazione personale del soggetto al fatto, per rispondere affermativamente al quesito se il soggetto, in quelle particolari condizioni, avesse potuto comportarsi conformemente alla norma cautelare. Se cioè da egli, alla stregua della capacità concreta che aveva in quel momento, potesse esigersi una condotta corrispondente al contenuto della regola di condotta.

Malgrado ciò la giurisprudenza è arroccata sulle proprie posizioni di matrice oggettivistica; il grado di diligenza del soggetto agente viene accertato con riferimento alla complessa figura dell'agente modello, finendo sempre per presumere la colpa sulla base della mera verifica dell'evento, od ancora secondo l'attività svolta o le competenze professionali³⁰². Salvo casi eccezionali, nei quali risulta essere evidente che il soggetto nel caso concreto si fosse trovato nell'impossibilità oggettiva di osservare la regola cautelare³⁰³, la prassi giudiziaria

³⁰⁰ BORSATTI, *La soggettivizzazione*, cit., 75.

³⁰¹ CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa, Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 201 ss.

³⁰² *Ivi*, 97; sul punto anche GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 325.

³⁰³ In tal senso Cass., sez. IV, sent. 3 novembre 1998, in *Igiene e sicurezza lav.*, 1998, 647. «Uno dei canoni essenziali di individuazione della colpa è quello della esigibilità del comportamento, che significa semplicemente che non c'è colpa quando la condotta che si esige dal prevenuto non era esperibile»; nel caso esaminato si prosegue affermando che «debba individuarsi l'inesigibilità del comportamento, la cui omissione si addebita, quella del controllo continuativo su ogni singolo operaio da parte di un direttore generale responsabile della sicurezza, perché ciascun operaio rispettasse le norme di sicurezza ed usasse i mezzi di protezione a disposizione, in ambito di compiti e responsabilità complessi, riferiti a uno stabilimento farmaceutico importante, in un contesto di sussistenza di tutte le misure di sicurezza previste, di compiuta informazione ai dipendenti dei rischi legati all'uso delle macchine e della utilizzazione dei dispositivi di sicurezza, di attività di lavoro eseguita da dipendente esperto e competente». Nella prassi sostanzialmente, più di esigibilità della condotta, si parla in negativo di non esigibilità.

presume il binomio prevedibilità-evitabilità dell'evento secondo criteri formali ed obiettivi. Non si assiste pertanto ad un accertamento della responsabilità colposa fondato sulle reali capacità di adempiere – anche “grado di esigibilità” - per come si presentano nel caso di specie, e che viceversa rappresenterebbe una piena affermazione del principio di colpevolezza³⁰⁴.

L'accertamento della responsabilità colposa presuppone un parametro in relazione al quale poter stabilire il grado di diligenza richiesto nel caso concreto, e l'oggettivismo imperante della prassi giudiziaria si manifesta preponderante in questa prospettiva³⁰⁵.

In un primo momento si assume quale punto di riferimento la figura dell'uomo ideale, ben presto abbandonata in quanto rappresentativa di un archetipo «disumano e avulso dalla realtà sociale»³⁰⁶; verso una maggiore personalizzazione si presenta l'adozione del criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, in quanto criterio comparativo più realistico e riflessivo delle capacità tecniche o professionali di chi opera in un determinato ambito³⁰⁷. Come tale questo è e rimane un modello designato attraverso un procedimento di astrazione, un qualcosa di ideale rispetto al quale riportare il soggetto in carne ed ossa agente nel caso concreto.

Così facendo rimane preclusa la possibilità di valutare il dato motivazionale che nel caso concreto può incidere sull'attitudine dell'individuo ad adempiere alla regola di condotta. Dato motivazionale che tende a diversificare poi tra loro la molteplicità di casi che si possono manifestare nella realtà quotidiana: precludendo qualsiasi valutazione delle componenti personali e rapportando tutte le situazioni al medesimo parametro si propina quasi un ritorno alla concezione psicologica della colpevolezza.

Corollario di quest'ultima riflessione è che ne rimane ulteriormente contraddetto lo stesso principio di colpevolezza, che per converso imporrebbe

³⁰⁴ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 323.

³⁰⁵ Le ragioni si identificano principalmente nel timore che una misura soggettivizzata di accertamento della colpa causerebbe un generalizzato indebolimento degli *standard* di diligenza, con l'ulteriore rischio di un'eccessiva discrezionalità nell'individuazione delle caratteristiche subiettive da impiegare in tal senso; ed al contempo si teme di rendere eccessivamente complesso sul piano probatorio il relativo accertamento.

³⁰⁶ BORSATTI, *La soggettivizzazione*, cit., 79.

³⁰⁷ *Ibidem*.

l'ascrizione della responsabilità penale soltanto per la causazione di quei fatti dannosi o pericolosi comunque dominabili dal soggetto, ed in assenza di contingenze tali da alterarne la capacità di autodeterminazione³⁰⁸.

Con il fine di non relegare l'accertamento della colpa nell'alveo delle presunzioni legali, si può dunque tentare di verificare in che modo l'inesigibilità possa operare sul terreno della responsabilità colposa³⁰⁹. Preliminare in proposito è sia chiarire la misura con cui si propenda per una soggettivizzazione della colpa, nonché fornire una breve disamina sulla cd. «misura soggettiva della colpa»³¹⁰, poiché l'applicabilità della non esigibilità alla colpa presuppone l'adesione alla predetta teoria³¹¹.

Riguardo al primo aspetto, determinare il grado di individualizzazione nell'accertamento della colpa ne rappresenta il “nodo gordiano”. L'accertamento subiettivo della colpa implica stabilire se possa attribuirsi al soggetto agente l'inottemperanza ad una regola di condotta, che prescrive un determinato dovere di diligenza o prudenza³¹², la cui inosservanza risulta essere causativa di un evento lesivo.

Come già anticipato, lo scopo principale di questo processo personalizzante è riconoscere rilevanza alle condizioni soggettive dell'individuo, per verificare se alcune di esse possano aver influito in guisa da alterare la tenuta psico-fisico del soggetto e conseguentemente menomare la sua propensione a conformarsi alla norma cautelare³¹³. Questa valutazione attiene alla necessità di comprendere quanto avrebbe potuto fare il soggetto nel caso concreto, cosicché possa concludersi che il fatto, non solo fosse oggettivamente evitabile, ma anche soggettivamente rimproverabile³¹⁴.

Per rispondere al seguente interrogativo – ovvero sia quale livello di soggettivizzazione ammettere nell'accertamento della colpa – due sono le tendenze,

³⁰⁸ *Ivi*, 81.

³⁰⁹ VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 281. L'Autore evidenzia come nella dottrina tedesca sia pacifico il rifiuto della non esigibilità nei reati dolosi, mentre sia viceversa discussa la sua applicabilità per quelli colposi ed omissivi.

³¹⁰ Per tutti vedi DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, Studi urbinati, 1978.

³¹¹ Concorda sul punto la dottrina FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 321; BORSATTI, *Soggettivizzazione*, cit., 94; GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 338.

³¹² BORSATTI, *Soggettivizzazione*, cit., 83.

³¹³ *Ivi*, 94.

³¹⁴ CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 202.

tra loro antinomiche, ad aver alimentato la discussione: la prima, di stampo rigorosamente oggettivista, favorevole ad un esclusivo procedimento di generalizzazione ed astrazione; il secondo viceversa propende per un'eccessiva soggettivizzazione, così da ammettere nel giudizio colposo tutto quel che attiene alla sfera personale dell'agente³¹⁵.

L'impostazione essenzialmente obiettiva non può che collidere con il principio di colpevolezza di natura costituzionale³¹⁶, poiché cela finalità esclusivamente prevenzionistiche e si risolve in una completa neutralizzazione del momento soggettivo del reato. Parimenti la corrente soggettivista, nel tentare di valorizzare la componente personale si rivela eccessivamente arbitraria e soprattutto autoreferenziale: avere come unico parametro lo stesso agente concreto rispetto al quale comparare la condotta comporterebbe il pericolo di scusare qualsiasi comportamento negligente. Non potendo pertanto ammettersi come unico modello di riferimento l'agente concreto³¹⁷, è necessario mantenere comunque un ideale esempio di condotta.

Tra le due ipotesi si può tuttalpiù ammetterne una media aritmetica, ovvero sia mantenendo un modello astratto cui rapportare la condotta concreta, senza trascurare i profili soggettivi della agente. Questa appare l'unica strada percorribile per non "annacquare" il concetto ontologico di colpa, per «non oggettivizzarla fino a renderla un concetto astratto e nel non soggettivizzarla fino a rendere scusabile ogni violazione alla regola cautelare»³¹⁸.

La teoria della doppia misura soggettiva della colpa si muove proprio in questa direzione³¹⁹. Evidente è sul punto l'influenza della teoria dell'azione finalistica³²⁰, che tende a risolvere integralmente il problema della colpa nel momento della tipicità, e dunque della condotta.

³¹⁵ GROTO, *Il principio di colpevolezza*, cit., 338.

³¹⁶ Sul punto DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento, "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 96; «questa tendenza troppo oggettivizzante deve essere contrastata, altrimenti la colpa si converte in responsabilità oggettiva».

³¹⁷ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 324.

³¹⁸ Così GROTO, *Il principio di colpevolezza*, cit., 338.

³¹⁹ Ad essa sono comunque state sollevate determinate critiche. Per tutti FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 295 ss. In particolare la misura soggettiva porta con sé il rischio di confondere illecità e colpevolezza, reato omissivo e commissivo, ed elevare le difficoltà nell'individuazione del parametro di diligenza richiesto.

³²⁰ Per tutti GALLO, *La teoria dell'azione «finalista» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950.

Secondo questa impostazione il giudizio sulla colpa dovrebbe articolarsi su un duplice piano: il primo di natura obiettiva, attinente alla tipicità del fatto e avente ad oggetto la violazione della regola cautelare; il secondo, da collocarsi nel momento soggettivo del reato e perciò della colpevolezza, concerne le caratteristiche soggettive dell'agente di adeguarsi al parametro di diligenza richiesto. Per dirla altrimenti con le parole di Marinucci: «la nota concettuale dell'indirizzo – nel suo complesso – è data dall'affermazione che la diligenza dovuta “deve essere determinata oggettivamente”, dove “oggettivamente” significa: “senza tener conto della persona dell'agente”. Le sue capacità e le altre qualità e condizioni personali entrano in ballo, invece, solo in un secondo momento – quanto si sia cioè già accertata la violazione della diligenza oggettiva – e solo in *bonam partem*, ossia solo per appurare se l'agente può essere riconosciuto “definitivamente colpevole”»³²¹.

L'inesigibilità può in questo contesto operare sia in chiave valutativa, nel momento oggettivo dell'antigiuridicità, in quanto limite al dovere di diligenza, finendo per scriminare il carattere illecito del fatto³²²; oppure, nel momento in cui si accerta la colpevolezza a titolo colposo, per accertare la possibilità del soggetto di conformarsi alla norma a contenuto cautelare. In tal modo, peraltro, non verrebbero a ridursi le misure generalizzate di diligenza imposte dalla regola di condotta³²³.

Il ruolo della non esigibilità nel momento di accertamento soggettivo della colpa deve tuttavia essere precisato, a scanso di possibili equivoci. Infatti, sebbene si possa ammettere una qualche rilevanza alla non esigibilità in ambito colposo, tale ruolo non può, almeno nell'attuale sistema vigente, intendersi alla stregua dell'originaria funzione assegnatale, ovvero in quanto componente positiva del concetto di colpevolezza, al fianco di dolo e colpa, imputabilità, conoscenza della norma penale. Si assisterebbe così alle stesse obiezioni già ampiamente sollevate all'inesigibilità, ed inoltre questo implicherebbe parlare non di «inesigibilità», ma di «esigibilità» della colpa, tale da escludere la colpevolezza ogni qualvolta risulti in concreto inesigibile osservare il contenuto della norma di valore. In sostanza,

³²¹ MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 186.

³²² BORSATTI, *La soggettivizzazione*, cit., 94.

³²³ *Ibidem*.

senza esigibilità non si avrebbe colpa, e spetterebbe all'accusa la dimostrazione del carattere esigibile della condotta diligente³²⁴.

Pertanto la non esigibilità dovrebbe più correttamente rappresentare una delle differenti caratteristiche significative per il caso concreto, da valutarsi alla stregua della misura soggettiva della colpa. Al fianco delle condizioni personali dell'agente, in funzione integrativa della misura soggettiva, la non esigibilità diviene funzionale ad evidenziare circostanze di fatto anormali che siano tali da alterare il procedimento di autodeterminazione del soggetto, condizionandone la reale capacità di rispettare la regola di condotta³²⁵.

La non esigibilità è così criterio regolatore della colpa quando si deve valutare in concreto la rimproverabilità o meno del soggetto agente. Più nello specifico ne rappresenta una componente negativa³²⁶, per delimitare il dovere di diligenza incombente sul soggetto³²⁷, ed in maniera tale da escludere l'affermazione della responsabilità tutte le volte in cui sarebbe eccessivamente impegnativo prevedere ed evitare la realizzazione del fatto³²⁸. Conclusione logica è che, investendo la stessa struttura della colpa, al ricorrere di circostanze eccezionali tali da rendere inesigibile l'osservanza della norma cautelare, si escluda la presenza di un comportamento colpevole.

Alla luce di tutto ciò, attraverso una valorizzazione del profilo soggettivo mediante il principio di non esigibilità, la colpa recupera la sua dimensione più propriamente conforme al principio di responsabilità penale personale. Con maggiore attenzione alle componenti personali del soggetto agente, si potrebbero così eludere imputazioni essenzialmente oggettive dell'evento.

³²⁴ GROTTA, *Principio di colpevolezza*, cit., 351.

³²⁵ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334.

³²⁶ GROTTA, *Il principio di colpevolezza*, cit., 345.

³²⁷ CANEPA, *L'imputazione soggettiva*, cit., 42.

³²⁸ Sul punto esemplari le parole di MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Digesto delle discipline penali*, II, Torino, 1988, 303, «l'essenza unitaria della responsabilità colposa [deve] ravvisarsi nel rimprovero al soggetto per avere realizzato, involontariamente ma pur sempre attraverso la violazione di regole doverose di condotta, un fatto di reato, che egli poteva evitare mediante l'osservanza, esigibile, di tali regole. [...] Nella colpa il fatto è rimproverabile all'autore in quanto, pur non avendolo voluto, doveva – perché poteva – impedirlo. E in tanto poteva impedirlo in quanto da lui poteva pretendersi l'osservanza delle regole di condotta, impeditive dell'evento. Può agire imprudentemente o negligenziosamente solo chi è in grado di agire prudentemente o diligentemente. La mancanza di volontà del fatto differenzia la colpa dal dolo, l'esigibilità dell'osservanza di tali regole della responsabilità oggettiva».

Per attribuire maggiore concretezza a quanto illustrato finora a livello teorico, si può esaminare più da vicino la materia della sicurezza sui luoghi di lavoro. Il settore ripropone tutte quelle che sono le tematiche più complesse attinenti la responsabilità colposa, che debbono porsi a confronto con un proliferarsi di fattispecie incriminatrici addebitate a titolo di colpa, con la peculiare figura del datore di lavoro e quella speculare del lavoratore.

Il testo normativo di riferimento è il d.lgs. n. 81/2008³²⁹, che prevede un'organica disciplina volta a designare un complesso di obblighi che insistono nei confronti del datore di lavoro affinché adotti un sistema di sicurezza tale da prevenire la verifica di infortuni o la contrazione di malattie da parte dei lavoratori nell'espletamento della relativa attività.

Il debito di sicurezza prevede che in primo luogo il datore di lavoro effettui una valutazione del rischio, con l'individuazione di tutti quelli che sono i rischi cui può essere esposto il lavoratore; una successiva fase in cui il datore puntualizzi una serie di regole a contenuto cautelare, da suggellarsi nel «documento di sicurezza»³³⁰; cui segue un'attività di formazione, informazione ed addestramento dei lavoratori, al fine di renderli preparati per lo svolgimento dell'attività lavorativa; non per ultimo che eserciti un'attività di sorveglianza circa l'osservanza, da parte dei lavoratori, delle misure a contenuto cautelativo adottate, provvedendo al loro aggiornamento, in una prospettiva dinamica e di continuo sviluppo, ogni qualvolta si presentino nuovi rischi, od ancora quando le norme adottate risultino inadeguate o inefficaci.

Nonostante le specifiche indicazioni, il legislatore non indica lo *standard* di sicurezza che il datore deve perseguire e garantire nel predisporre le misure di sicurezza. Il che assume estrema rilevanza poiché stabilire il grado di diligenza cui attenersi è sinonimo di individuare quella soglia che distingue una condotta negligente da una diligente, e dunque rispettivamente tra comportamento rimproverabile e non. La letteratura penalistica ha delineato due potenziali criteri

³²⁹ «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro», comunemente definito testo unico in materia di sicurezza del lavoro, o t.u.s.l.

³³⁰ Atto endoaziendale con cui il datore concretizza le regole cautelative previste dal decreto, per adattare al contesto cui devono essere applicate.

di riferimento: quello della «massima sicurezza possibile» e quello della «massima sicurezza praticabile»³³¹.

Il primo, avvalorato anche da parte della giurisprudenza³³², richiede al datore di lavoro un'attività di continuo adeguamento al contesto aziendale, all'acquisizione della scienza e della tecnica, senza limite alcuno³³³. Conseguentemente fine primario dovrebbe essere quello di garantire la massima sicurezza possibile che può attuarsi in un dato momento storico, prescindendo da valutazioni di natura organizzativo-gestionale o economiche relative ad analisi costi-benefici³³⁴.

Una formula di tal genere si presenta eccessivamente vaga nei suoi contenuti, pretendendo l'adempimento dell'obbligo di sicurezza secondo modalità pressoché utopiche. Peraltro, proprio perché elaborato sulla base di un concetto sfuggente, è di difficile individuazione un criterio con cui valutare il dovere di diligenza, ed è così possibile rievocare la tematica della non esigibilità.

Nei confronti del datore di lavoro impossibilitato oggettivamente, da un punto di vista economico piuttosto che tecnologico, a predisporre strumenti di sicurezza più efficaci di quelli già in dotazione, così da non potersi esigere un adeguamento ulteriore, sarebbe di difficile comprensione l'affermazione di un giudizio di colpevolezza.

Più razionale risulta essere il criterio della «massima sicurezza tecnologicamente praticabile», comunque suscettibile di alcune obiezioni, che viceversa ammette una valorizzazione di fattori economici e produttivi nel

³³¹ TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in *Sicurezza sul lavoro, Profili penali*, Torino, 2019, 57.

³³² Sul punto Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2018, n. 30173. «in tema di prevenzione degli infortuni, il datore di lavoro, avvalendosi della consulenza del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ha l'obbligo giuridico di analizzare e individuare, secondo la propria esperienza e la migliore evoluzione della scienza tecnica, tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e, all'esito, deve redigere e sottoporre periodicamente ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi previsto da D.lgs. n. 81 del 2008, art. 28, all'interno del quale è tenuto a indicare le misure precauzionali e i dispositivi di protezione adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori».

³³³ Dubbio peraltro questo confine, se debba intendersi nel senso che il datore debba investire acquisendo i mezzi più innovativi, o investire direttamente nello sviluppo tecnologico e scientifico.

³³⁴ TORRE, *La valutazione del rischio*, cit., 60.

momento di gestione del debito di sicurezza³³⁵, e che ha ottenuto il parere favorevole della Consulta³³⁶.

Al contempo questo presenta il rischio di legittimare sistemi di sicurezza inferiori ai parametri richiesti, qualitativamente ridotti anche dall'ammissione di analisi economiche, con il pericolo di un'autoreferenzialità in sede di accertamento della colpa³³⁷.

Una soluzione compromissoria, idonea a stabilire un adeguato *standard* di esigibilità dell'attività di adeguamento da parte del datore di lavoro potrebbe essere la seguente: «le misure da adottare sono quelle fattibili alla luce delle correnti conoscenze sui mezzi disponibili sul mercato al tempo della supposta violazione del dovere»³³⁸

A tutti questi obblighi gravanti sul datore di lavoro corrisponde la problematica figura del lavoratore. Seppur principale destinatario delle tutele predisposte dal decreto, il lavoratore è comunque considerato formalmente soggetto complementare al datore nell'assolvimento del debito di sicurezza. Il decreto restituisce la figura di un lavoratore preparato e attento, competente a gestire i rischi cui si espone nell'esercizio dell'attività di lavoro, e sul quale il datore di lavoro può ragionevolmente fare affidamento.

Il contesto normativo è tuttavia parzialmente disatteso dalla prassi giurisprudenziale, e questo atteggiamento è ben evidente relativamente ai casi del concorso colposo del lavoratore, ovvero situazioni nelle quali alla causazione di un infortunio pregiudizievole per il lavoratore corrisponde una sua attività negligente, compiuta in violazione delle prescrizioni cautelari. In quest'ottica la giurisprudenza è restia nel riconoscere il concorso colposo del lavoratore al fine di escludere la responsabilità del datore, «dovendo ritenersi ricompreso, entro l'ambito delle responsabilità di quest'ultimo, l'obbligo di prevenire anche l'ipotesi di una condotta imprudente o negligente del lavoratore, al fine di scongiurare la verifica delle

³³⁵ *Ivi*, 61.

³³⁶ Corte. Cost., 25 luglio 1996, n. 312. La Consulta, con riferimento alle misure concretamente attuabili, afferma che il giudice dovrà valutare le misure che «nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate ed accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti».

³³⁷ TORRE, *La valutazione del rischio*, cit., 61.

³³⁸ MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento alle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2005, 52.

prevedibili evenienze riconducibili all'ordinario sviluppo delle lavorazioni oggetto d'esame. Il datore di lavoro, infatti, in quanto destinatario delle norme antinfortunistiche, è esonerato da responsabilità quando il comportamento del dipendente, rientrando nelle mansioni che gli sono proprie, sia abnorme, dovendo definirsi tale il comportamento imprudente del lavoratore che sia consistito in qualcosa di radicalmente e ontologicamente diverso dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nell'esecuzione del lavoro»³³⁹.

La giurisprudenza determina dunque la penale responsabilità del datore di lavoro anche nel caso di negligenze od imprudenze del lavoratore, poiché gli accorgimenti necessari in materia di sicurezza dovrebbero includere le misure idonee a contrastare anche le predette.

Solo sporadicamente la responsabilità del datore è esclusa, nel caso di condotte assolutamente abnormi, esorbitanti o eccedenti le mansioni del lavoratore³⁴⁰. Peraltro a questi esiti assolutori si perviene più affrontando la questione da un punto di vista eziologico – la condotta del lavoratore in quanto concausa sopravvenuta idonea a cagionare l'evento – che non valorizzando i profili soggettivi in tema di responsabilità colposa³⁴¹.

Ciò significherebbe sia riferirsi al principio dell'affidamento, che nel caso di specie implicherebbe soffermarsi da un punto di vista oggettivo sulla condotta del lavoratore per accertare quanto si potesse da lui ragionevolmente attendere; sia accertare se il datore di lavoro potesse realisticamente prevedere che il lavoratore assumesse una condotta simile a quella causativa dell'evento, e di concerto prevenirla con una preventiva e corretta gestione del rischio.

E pertanto concludere per un'esclusione della responsabilità del datore qualora non si potesse esigere che predisponesse una serie di strumenti di sicurezza ulteriori e più efficaci per prevenire un infortunio imprevedibile ed integralmente riconducibile alla negligenza del lavoratore.

³³⁹ Cass. pen., sez. IV, 28 novembre 2014, n. 489725.

³⁴⁰ In argomento Cass. pen., sez. IV, 23 marzo 2007. «Il datore di lavoro è esonerato da responsabilità solo quando il comportamento del lavoratore, e le sue conseguenze, presentino i caratteri di eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive di organizzazione ricevute».

³⁴¹ TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza cit.*, 112.

13. Il principio di non esigibilità e la responsabilità omissiva

Il principio di inesigibilità può costituire un criterio orientativo anche per quanto concerne l'accertamento della responsabilità omissiva, con i dovuti accorgimenti resi necessari dalla particolare struttura del reato per omissione, che può assumere due differenti configurazioni, ontologicamente divergenti.

La prima tipologia di responsabilità omissiva può definirsi «propria», qualora all'agente si addebita l'aver omesso una determinata azione che invece la legge comanda di porre in essere, quando sia integrata la situazione corrispondente al tipo³⁴².

In tal caso può porsi una questione di inesigibilità della condotta tutte le volte in cui il soggetto si trovi concretamente nell'impossibilità di agire in maniera conforme al comportamento che gli è richiesto. Impossibilità che può intendersi nella sua accezione materiale, in assenza di quelle condizioni psico-fisiche necessarie perché il soggetto possa attivarsi; nonché nel caso in cui manchino le condizioni estrinseche necessarie per compiere l'azione doverosa³⁴³.

Con la finalità di circoscrivere il dovere di attivarsi imposto dalla norma, si è proposta l'operatività del principio di non esigibilità già in sede di tipicità del fatto³⁴⁴. Quando si presenti una circostanza anomala, tale da rendere complesso se non impossibile assumere la condotta attiva, l'obbligo di agire verrebbe escluso *ab origine*. Esemplici in tal senso sarebbero le ipotesi di errore o ignoranza inevitabile e dunque scusabile sul comando. Al ricorrere di questo genere di situazioni, ancor prima di esclusione del rimprovero di colpevolezza, potrebbe più propriamente parlarsi di circostanze nelle quali, per il contesto eccezionale di riferimento, l'obbligo non possa oggettivamente sorgere e il reato così non configurarsi sin dal momento oggettivo³⁴⁵.

In questa prospettiva si inseriscono quelle disposizioni contenenti espresse clausole di inesigibilità, che tendono a delimitare il valore giuridico del dovere di attivarsi. Si pensi all'art. 328 c.p. che punisce «il pubblico ufficiale o l'incaricato di

³⁴² FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 623.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 250.

³⁴⁵ *Ibidem*.

un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità». Qui la cd. «clausola di inesigibilità espressa» sarebbe da individuarsi nell'avverbio «indebitamente», che all'interno della fattispecie individua quelli che sono i caratteri illeciti della condotta, o più propriamente rappresenta il *discrimen* tra comportamento penalmente rilevante o altrimenti lecito. Alla luce di ciò, può affermarsi che non sarebbe esigibile dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio l'emanazione dell'atto quando questo si presenti manifestamente lesivo dell'interesse pubblico tutelato dalla pubblica amministrazione di riferimento³⁴⁶.

Discorso analogo vale per l'art. 731 c.p.³⁴⁷ La formula «giusto motivo» rende dunque la relativa omissione non penalmente rilevante poiché non conforme al tipo.

A riflessioni ben diverse conduce invece la responsabilità omissiva «impropria», anche detta «reato commissivo mediante omissione». Senza eccedere dall'oggetto della trattazione, questa classe di reati comporta la responsabilità del soggetto per non aver impedito la verificazione di un evento lesivo che si aveva l'obbligo giuridico di prevenire. Per individuare i soggetti titolari del relativo obbligo si ricorre al concetto della posizione di garanzia, ossia «uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico»³⁴⁸, dal quale discende per il garante il dovere di apprestare al bene tutelato quella protezione che non è autonomamente in grado di procurarsi.

Coerentemente con il principio di colpevolezza, nella prospettiva di muovere un rimprovero soltanto per quei fatti psicologicamente addebitabili al soggetto, occorre verificare nel caso concreto quanto avrebbe potuto fare il garante per impedire la verificazione dell'evento pregiudizievole nei confronti del bene

³⁴⁶ *Ivi*, 290.

³⁴⁷ «Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, d'impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare è punito [...]». Il tutto sarebbe stato valevole anche per l'art. 732 c.p., abrogato dall'art. 18, comma primo, della l. 25 giugno 1999, n. 205, che così statuiva: «Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore che ha compiuto gli anni quattordici e deve trarre dal lavoro il proprio sostentamento, omette, senza giusto motivo, di avviarlo al lavoro è punito [...]».

³⁴⁸ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 645.

tutelato³⁴⁹. La letteratura penalistica ritiene infatti che possa ritenersi sussistente un obbligo giuridico di attivarsi per impedire la causazione di un evento soltanto se il garante sia titolare di una serie di poteri concretamente adeguati a gestire e controllare la fonte di rischio³⁵⁰. Per ritenere colpevole il garante, ed evitando così un'ipotesi di responsabilità oggettiva, è necessario verificare se sia possibile e soprattutto esigibile il comportamento impeditivo, alla luce dei poteri effettivamente esercitabili da parte del titolare della posizione di garanzia.

Preliminare a tutto ciò si rivela poi la conoscenza che il soggetto abbia della situazione illecita, da cui scaturisce di conseguenza l'obbligo di attivarsi. Solo nel caso di un'effettiva cognizione dell'esposizione ad un pericolo del bene tutelato, e nella concreta possibilità di impedire codesto pregiudizio, il garante può essere rimproverato per un atteggiamento di inerzia³⁵¹, quando cioè da lui potesse esigersi una condotta alternativa conforme alle pretese dell'ordinamento.

La tematica si rivela di fondamentale importanza per quanto riguarda le posizioni di garanzia nel diritto penale d'impresa, ogni qualvolta possa attribuirsi all'organo gestionale o sindacale l'omesso impedimento di condotte penalmente illecite commesse all'interno della struttura sociale.

L'*iter* giurisprudenziale su cui ci si sofferma brevemente è indicativo di come, in questo ambito, l'accertamento della responsabilità omissiva di chi riveste determinate qualifiche o svolge determinate attività³⁵² all'interno di contesti imprenditoriali sia ben lungi da un ossequioso rispetto del principio di colpevolezza, per oscillare verso derive prevalentemente oggettivistiche.

La realtà societaria odierna si presenta come un organigramma complesso, risultante da un reticolato di garanti che si ripartiscono poteri e doveri. Nel rispetto di una completa attuazione del principio di colpevolezza, l'addebito penale non dovrebbe limitarsi ad un'imputazione formale ai vertici della società, presumendo che chi la dirige sia automaticamente a conoscenza dei fatti ivi compiuti; quanto piuttosto procedere attentamente ad un accertamento della reale organizzazione

³⁴⁹ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 56. «una scelta imposta dalla garanzia costituzionale di punire soltanto nell'ambito delle possibilità di controllo e per condotte esigibili».

³⁵⁰ *Ivi*, 59.

³⁵¹ *Ivi*, 60.

³⁵² La problematica investe principalmente gli amministratori non esecutivi, ovverosia sprovvisti di delega, comunque titolari di una posizione di garanzia.

sociale e delle regole interne che ne dirigono il funzionamento, in guisa da poter individuare il soggetto gestore della fonte di rischio e dei corrispondenti poteri.

Nella fase anteriore alla riforma del diritto societario del 2003, la giurisprudenza ricorreva all'estrema latitudine dell'art. 2392 c.c.³⁵³ per ricostruire una posizione di garanzia eccessivamente rigorosa in capo a tutti i membri del consiglio di amministrazione, ed al 2403 c.c.³⁵⁴ con riferimento ai membri del collegio sindacale³⁵⁵. La giurisprudenza riteneva che il negligente assolvimento agli obblighi previsti in funzione della propria carica equivalesse ad accettare consapevolmente – e dunque a titolo di dolo eventuale – la potenziale commissione di reati da parte degli amministratori con funzioni gestorie³⁵⁶. L'omessa vigilanza si traduceva in accettazione del rischio, così da snaturare la stessa essenza del dolo, qui presunto *in re ipsa*. Ciò implica andare contro i principi generali della teoria del dolo, che nella componente rappresentativa reclama un'effettiva conoscenza, e non una potenziale conoscibilità esperibile mediante un corretto svolgimento della funzione.

Una tendenza così oggettiva, dai lineamenti peraltro affini alla colpa, assume connotati differenti in seguito alla riforma del diritto societario³⁵⁷. Così la giurisprudenza, in un'ottica più garantista, aderisce alla cd. teoria dei «segnali d'allarme»: la componente rappresentativa del dolo necessiterebbe dell'avvenuta percezione da parte di amministratori e sindaci di una serie di anomalie, di «sospetti» nella gestione sociale da cui possa desumersi il compimento di operazioni illecite. Tali segnali, che debbono essere «perspicui e peculiari»,

³⁵³ L'amministratore aveva l'obbligo di agire con la diligenza del mandatario, di vigilare sul generale andamento della gestione e di impedire fatti pregiudizievoli di cui fossero a conoscenza.

³⁵⁴ Il collegio sindacale doveva vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

³⁵⁵ Cass. pen., Sez. V, 22.4.1998, n. 8327. «La responsabilità degli amministratori e dei sindaci, allorquando è conseguente ad un comportamento omissivo legato all'assunzione di rischi anomali, discende dall'art. 2392 c.c., norma che impone agli amministratori di adempiere i doveri imposti dalla legge e dall'atto costitutivo con la diligenza del mandatario, obbligo espressamente richiamato dall'art. 2407 dello stesso codice in relazione ai sindaci di una società».

³⁵⁶ ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 74.

³⁵⁷ Vengono riformulate le norme di riferimento: gli amministratori sono chiamati ora svolgere il proprio incarico secondo la natura dello stesso e delle loro specifiche competenze, mentre l'obbligo di impedire fatti pregiudizievoli si riduce a quelli di cui abbiano avuto conoscenza; nei confronti dei sindaci sussiste invece, rimasti invariati tutti gli altri, il neo-introdotta obbligo di presiedere all'osservanza dei principi di corretta amministrazione.

lasciano trasparire la futura commissione di un illecito, ed è da quell'istante che amministratori e sindaci hanno l'obbligo di attivare i poteri loro conferiti con i quali, eventualmente, prevenire la verifica dell'evento lesivo³⁵⁸.

La giurisprudenza ha compiuto un ulteriore passo indietro nel momento in cui, rivisitando il precedente orientamento, ha affermato che in presenza di segnali d'allarme inequivocabili non fosse necessaria l'avvenuta percezione degli stessi, essendo sufficiente la loro concreta conoscibilità³⁵⁹.

Quanto detto opera in spregio non solo del principio di inesigibilità, in quanto è evidente che dal garante il quale non sia a conoscenza del dovere di impedire l'evento antiggiuridico, non si può certamente esigere una condotta differente; ma la predetta corrente giurisprudenziale si pone anche in netto contrasto con il principio di colpevolezza, in favore di una palese imputazione oggettiva dell'evento, contraddicendo i principi generali in materia di responsabilità omissiva che sono stati precedentemente illustrati.

14. Non esigibilità e colpevolezza nell'attuale sistema penale

Concluso l'*excursus* dogmatico-giurisprudenziale che ha coinvolto il principio di non esigibilità negli anni successivi all'intervento della Consulta sul terreno della

³⁵⁸ Cass. pen., Sez. V, 19.6.2007, n. 23838. «La riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, introducendo l'onere di agire informato e sopprimendo il generale obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, ha indubbiamente alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe. Attesa questa obiettiva restrizione della responsabilità apportata nel contesto del codice civile e la obiettiva situazione più favorevole per gli amministratori privi di delega, rimane tuttavia invocabile la penale responsabilità degli amministratori stessi ex art. 40, 2° comma, c.p. ogniqualvolta, prescindendo dalla modalità e dalla tipologia del canale conoscitivo, essi siano a conoscenza della commissione di reati commessi da altri amministratori pregiudizievoli per l'ente amministrato e, pur avendone l'obbligo giuridico, abbiano consapevolmente ommesso di impedirlo. [...] detta responsabilità richiede la dimostrazione, da parte dell'accusa, della presenza (e della percezione da parte degli imputati) di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta ma per l'amministratore privo di delega».

³⁵⁹ Cass. pen., Sez. V, 22.7.2014, n. 32352.: «In tema di reati fallimentari e societari, ai fini della affermazione della responsabilità penale degli amministratori senza delega e dei sindaci è necessaria la prova che gli stessi siano stati debitamente informati oppure che vi sia stata la presenza di segnali peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, giacché solo la prova della conoscenza del fatto illecito o della concreta conoscibilità dello stesso mediante l'attivazione del potere informativo, in presenza di segnali inequivocabili, comporta l'obbligo giuridico degli amministratori non operativi e dei sindaci di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento illecito, mentre la mancata attivazione di detti soggetti, in presenza di tali circostanze, determina l'affermazione della penale responsabilità, avendo la loro omissione cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento di danno».

colpevolezza, è possibile giungere alle conclusioni e rispondere all'interrogativo posto in apertura, su quale sia la funzione esercitata e la posizione occupata dall'inesigibilità nell'odierno ordinamento penalistico.

Se *ab origine* il rifiuto per l'inesigibilità come causa generale di scusa preterlegale preclude in partenza un suo potenziale sviluppo³⁶⁰, il «personalismo penale» cui si è già fatto cenno si rivela capace di donare al predetto principio nuova linfa vitale. Questo procedimento di rivitalizzazione si esprime in un modo differente di intendere l'inesigibilità.

In adesione alla teoria del giurista Henkel, il principio di inesigibilità non rimane più circoscritto nell'ambito della teoria della colpevolezza, ma diviene piuttosto un principio di carattere regolativo che permea l'intero sistema penale³⁶¹. La possibilità per la non esigibilità di operare sin dal momento della tipicità della condotta nei reati omissivi, o di scriminare i reati colposi nel momento oggettivo di accertamento del canone di diligenza, oltre al costante apporto garantito in sede di rimproverabilità consentono di valorizzarne una dimensione precedentemente sconosciuta.

In quanto principio «regolativo», l'inesigibilità si distingue drasticamente dai principi normativi. Questi ultimi sono criteri di giudizio che indicano al giudicante il percorso da seguire per la corretta applicazione della norma. Viceversa i criteri di stampo regolativo non possono apportare alcunché di concreto ed empiricamente attendibile ai fini della decisione. I principi regolativi sono piuttosto clausole generali che costituiscono un ausilio ermeneutico per orientare il giudice nell'individuazione della norma che, partendo dal principio generale, si plasma alla stregua del caso concreto³⁶².

La non esigibilità è dunque criterio che entra in gioco qualora si presenti un caso di natura eccezionale, e nel valorizzare il processo di individualizzazione della responsabilità funge da parametro per delimitare gli obblighi cui sono tenuti i consociati. I quali, in omaggio all'inesigibilità, non potranno essere chiamati ad

³⁶⁰ Testimone di ciò è la pressoché inesistenza giurisprudenza sul punto.

³⁶¹ Per il pensiero dell'Autore tedesco il riferimento è a FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 150 ss.

³⁶² *Ivi*, 151.

assolvere sforzi moralmente, materialmente o – per dirla coerentemente con la concezione normativa - «umanamente» inesigibili.

Dalla norma generale ed astratta, per definizione impossibilitata a disciplinare tutti i potenziali casi, l'inesigibilità è strumento per adattare gli obblighi imposti dalla legge secondo le contingenze peculiari della situazione concreta.

Queste riflessioni introduttive sono finalizzate a demarcare i lineamenti ontologici dell'inesigibilità, per come la si potrebbe intendere attualmente da una visuale meramente sistematica. E dunque attengono ad una dimensione preliminare, di carattere astratto e teorico, che precede il punto cruciale della trattazione, ovvero comprendere da un punto di vista concreto se ed eventualmente con quali modalità possa operare l'inesigibilità.

La rassegna che è stata proposta nei paragrafi precedenti evidenzia in proposito due fondamentali aspetti. In primo luogo la non esigibilità nasce e vive in quanto principio applicabile a casi di natura eccezionale, e da essa si attinge quando si necessita di un mezzo attraverso il quale personalizzare il rimprovero di colpevolezza, così da scusare una condotta che diverge da tutti gli altri casi per un'anormale formazione della volontà.

Sia che si tratti di un amministratore di società che al fine di non autodenunciare le proprie attività illecite commetta il delitto di false comunicazioni sociali, o di un imprenditore che ometta il versamento di ritenute certificate o dell'imposta sul valore aggiunto perché in assenza di liquidità finanziaria, quel che rileva da un punto di vista fondamentale è che vi sia una più specifica attenzione per la motivazione che esorta il soggetto ad agire in tal modo. Lo stesso vale, in termini più generali, per il ruolo che l'inesigibilità può astrattamente esercitare all'interno della struttura del reato omissivo o colposo, ossia enfatizzare l'eventuale presenza di circostanze concomitanti anomali per un giudizio di colpevolezza più soggettivo.

In secondo luogo la nota costante agli esempi citati manifesta un riferimento alla non esigibilità in termini negativi, piuttosto che positivi. Si parla di non esigibilità, piuttosto che di esigibilità³⁶³. La motivazione è evidente, poiché il riferimento all'esigibilità in positivo implicherebbe farne una componente

³⁶³ GROTTI, *Il principio di colpevolezza*, cit., 326.

costitutiva della colpevolezza, la quale sarebbe da escludersi nel caso di alterazione motivazionale tale da non potersi esigere una condotta conforme al diritto. E così il dibattito sull'inesigibilità si riproporrebbe nei medesimi eguali termini, sollevando quelle obiezioni che sin dagli inizi investono la sua natura generica ed evanescente, che porterebbe ad un «annullamento del diritto penale»³⁶⁴.

Conseguentemente è da escludersi con vigore che il principio di inesigibilità possa ritenersi applicabile in via analogica per quei casi non previsti dalla legge, quando la situazione concreta si connoti per una particolare complessità di conformazione al precetto; e ciò vale anche per l'ipotesi che vorrebbe l'inesigibilità quale elemento del giudizio di colpevolezza al fianco di dolo e colpa, imputabilità e conoscenza della legge penale.

Quel che può desumersi attiene piuttosto alla funzione che, nelle varie situazioni richiamate, la non esigibilità è portata ed esercitare.

L'inesigibilità della condotta doverosa diviene piuttosto una delle differenti caratteristiche soggettive rilevanti nel caso concreto che sono oggetto di valutazione nel giudizio di colpevolezza. Non si pone più un problema di inesigibilità in quanto tale, non si valuta più la condotta unicamente alla stregua della non esigibilità.

La colpevolezza, tra tutte le componenti personali del soggetto agente, prende in considerazione e congiuntamente alle prime anche la soggettiva possibilità di adeguarsi alla norma, e dunque l'esigibilità della condotta conforme. Così la non esigibilità si pone al fianco di tutte le peculiarità del caso concreto in funzione integrativa: relativamente all'ipotesi delle false comunicazioni sociali l'inesigibilità è legata al principio *nemo tenetur se detegere*; nel caso di omesso versamento la valutazione di inesigibilità attiene il previo accertamento di una crisi di liquidità finanziaria, tale da non lasciare altra scelta; nella responsabilità colposa l'esigibilità è uno dei vari parametri con i quali si valuta l'attitudine subiettiva dell'agente ad osservare il metro di diligenza; con riferimento alla responsabilità omissiva accompagna la valutazione di rimproverabilità per verificare quali fossero i reali ed effettivi poteri esercitabili nel caso concreto.

Alla stregua di ciò, affermare che la non esigibilità è una delle condizioni rilevanti da valutarsi in sede di colpevolezza equivale a dire che l'inesigibilità

³⁶⁴ La già impiegata formula di PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., 150.

confluisce nella più ampia prospettiva del personalismo penale. Il principio di non esigibilità diviene di fatto sinonimo di quella tendenza orientata a riconoscere maggior significato alle componenti personali, alla stregua di quanto si è già prospettato con riferimento alla misura soggettiva della colpa.

Ragion per cui è superfluo tentare di dare al predetto principio una collocazione da un punto di vista sistematico, o cercare di qualificarla da un punto di vista dogmatico. Ciò che realmente interessa è che vi sia, nel sistema penale, e in armonia con la prospettiva personalistica, un espediente finalizzato a porre in evidenza quelle situazioni estreme che reclamano giustizia sostanziale, in guisa da rispettare il principio di giustizia sostanziale sancito dall'art. 3 Cost.

Il principio di inesigibilità non configura più principio di ordine generale, ma parametro orientativo che come tale non necessita di sciogliere la perpetua problematica di stabilirne un valido punto di riferimento.

In conclusione, la non esigibilità è ora una delle varie caratteristiche del giudizio di colpevolezza, di cui è componente immanente, che si pone su una linea di netta continuità con la tendenza personalista proclamata dalla sentenza 364/1988.

Dunque assume i contorni di uno di quei mezzi per affermare in pieno il personalismo penale, annichilire il rischio di imputazioni oggettive dell'evento ed affermare a trecentosessanta gradi il principio di personalità della responsabilità penale per fatto proprio colpevole.

CAPITOLO III

LE COMPONENTI IMPULSIVE DELLA CONDOTTA

SOMMARIO: 1. Colpevolezza e componenti impulsive della condotta: premessa. – 2. La nozione di impulso e la sua qualificazione normativa. – 3. L’originaria irrilevanza degli stati emotivi e passionali: la genesi dell’art. 90 c.p. – 4. La portata della disposizione. – 5. Neuroscienze, psicologia e diritto penale. Alcune brevi riflessioni. – 6. Gli stati emotivi e passionali oltre l’art. 90 c.p. – 7. La posizione della dottrina nei confronti dell’art. 90 c.p. – 8. Il percorso giurisprudenziale degli stati emotivi e passionali. – 9. L’intervento della giurisprudenza di legittimità: La sentenza “Raso” delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 8 marzo 2005, n. 9163. – 10. Gli stati emotivi e passionali nell’ambito del giudizio di colpevolezza. – 11. Le componenti impulsive della condotta secondo la prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza. – 12. Cenni sul concetto di precolpevolezza. – 13. Le componenti impulsive della condotta come causa di esclusione della coscienza e volontà della condotta. – 14. Le componenti impulsive della condotta fra accertamento del dolo eventuale e misura soggettiva della colpa. – 15. Le componenti impulsive della condotta fra errore sul fatto, erronea supposizione o eccesso nelle cause di giustificazione.

1. Colpevolezza e componenti impulsive della condotta: premessa

Il «personalismo penale» ed una sua piena attuazione impongono di valutare tutte quelle che sono le molteplici contingenze potenzialmente incidenti sulla relazione psicologica tra autore e fatto. Con l’obiettivo dunque di proseguire sulla scia di quanto detto in apertura, nella prospettiva di ridurre l’abisso tra formalismo giuridico e realismo della vita quotidiana, è doveroso tentare di prendere in considerazione la personalità umana nella sua integrità, con le sue plurime e variegata sfumature con cui si manifesta nel momento di commissione del fatto penalmente illecito.

Ciò implica soffermarsi sulla più vistosa deroga alla possibilità di riconoscere rilevanza alle caratteristiche soggettive dell’individuo, ovvero l’art. 90

c.p. Questa, una vera e propria «norma di sbarramento»¹, stabilisce che «gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità».

Di rara chiarezza nella sua fermezza, la disposizione rappresenta storicamente il principale ostacolo ad un'evoluzione della partecipazione emotiva del soggetto nel giudizio di responsabilità personale. L'efficacia preclusiva non si è riversata peraltro in una dimensione esclusivamente normativa, ma ha diramato i suoi effetti anche a livello speculativo, cosicché la discussione sul tema è stata elusa sin dagli albori. Il ruolo che le componenti impulsive esercitano nella formazione del volere, ampiamente sottovalutato, si inserisce nella più ampia problematica di un generico scetticismo circa l'accertamento della concreta capacità di autodeterminarsi dell'individuo, spesso presunta alla stregua di mere finzioni piuttosto che di validi canoni empirici².

Il che interessa in maniera evidente la presente trattazione. Alla categoria degli atti impulsivi, che traggono la propria origine nel contesto emozionale dell'animo umano, appartengono infatti quei fattori scatenanti tali da alterare le condizioni psico-fisiche e motivazionali dell'individuo.

Peraltro secondo modalità del tutto variabili da soggetto a soggetto: ciascuno ha freni inibitori più o meno saldi, da cui dipende dunque una maggiore o minore capacità di resistenza all'impulso; esperienze passate in grado di segnare intensamente l'animo umano; legami affettivi di particolare valore sentimentale³. Spaziando nel campo degli impulsi, è certamente complesso il procedimento di astrazione e generalizzazione con cui si tenta di darne una sistemazione normativa.

È noto come al fianco delle componenti razionali e trasparenti, a costituire la personalità umana, contribuiscano anche gli aspetti emotivi e passionali, quelli più profondi ed imprevedibili. Per dirla con un'espressione ormai ricorrente, questi possono perciò essere qualificati alla stregua di fattori “concomitanti anomali” in

¹ L'espressione è di PIVA, *Le componenti impulsive della condotta, Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 5. Nella presente opera monografica l'Autore rivitalizza il dibattito sul tema, con apporti di natura sia scientifica che giuridica. Di conseguenza rappresenta il principale punto di riferimento per lo sviluppo di questa parte del lavoro.

² *Ivi*, 88 ss.

³ Per dirla altrimenti con le parole di BUONINCONTI, *Emozioni e passioni secondo il Nuovo Codice*, in *Corte d'Assise*, 1934, I, 24 ss. Bisogna considerare, nell'ambito di quei reati a sfondo passionale, «la costituzione fisio-psichica del soggetto; il sesso e le particolari condizioni fisiologiche in cui esso si trova al momento del delitto».

grado di comportare un turbamento psicologico nella formazione della volontà. Ragion per cui la prospettiva personalista e la sua validità passa inevitabilmente per comprendere fino a che punto, in una prospettiva *de iure condendo*, la dimensione istintiva dell'essere umano possa essere riconosciuta e conseguentemente tutelata dall'ordinamento penale.

Nell'affrontare i delicati rapporti tra la natura "deontologica" dell'ordinamento e quella "ontologica" dell'essere umano, l'art. 90 c.p. e la sua rigidità si manifestano come un silenzio assordante, in quanto esempio di una norma anacronistica non più riflessiva del contesto culturale e giuridico di riferimento, secondo alcuni studiosi in grado di integrare perfino un'ipotesi di «responsabilità oggettiva in senso lato»⁴

Il tema non rimane circoscritto alla sola categoria dell'imputabilità, ma investe anche e soprattutto il momento di rimproverabilità personale, per arrivare a mettere in discussione gli stessi capisaldi del processo penale, avulso dall'innovazione scientifica e dalle conoscenze inerenti la fisiologia umana.

Conseguentemente, in questa fase dell'elaborato, si tenta di fornire un'adeguata ricostruzione del ruolo che le componenti emotive assumono nel nostro sistema penale, nonostante il predetto rappresentato dall'art. 90 c.p., per valutare se possano incidere anche in sede di colpevolezza, rispetto alla quale, allo stato attuale delle cose, rappresentano «veri e propri limiti in funzione preventiva»⁵.

2. La nozione di impulso e la sua qualificazione normativa

Prima di affrontare la questione da una prospettiva più propriamente normativa, bisogna specificare in che modo si traduce il contenuto della preclusione sugli stati emotivi e passionali. Si tratta, sostanzialmente, di stabilire le caratteristiche essenziali della nozione di impulso che qui interessa, senza pretese di completezza con riguardo alla natura di un concetto che affonda le proprie radici nella materia scientifica.

Per «componenti impulsive» si intende innanzitutto qualcosa di ben differente dalle componenti «compulsive», che designano piuttosto una patologia e

⁴ Così PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 391.

⁵ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 97.

che dunque rientrano nella categoria delle infermità⁶. Le prime si riferiscono piuttosto a quegli impulsi psicologici dovuti a turbamenti emotivi o passionali (ansia, angoscia, ira, paura, dolore), ad alcune anomalie della personalità (follia) o attinenti al mondo sentimentale o affettivo⁷ (amore, odio) che prescindono dal controllo razionale dell'animo umano.

Questa tipologia di influenza sull'agire implica il sorgere di una pluralità di stimoli che, prevalenti sulle altre attività psichiche, alterano pensiero e volontà del soggetto, in maniera tale da minarne la stessa capacità di autodeterminarsi, ponendosi *in limine* ai requisiti minimi di coscienza e volontà della condotta.

L'impulso è così «atto che sorge improvviso, si svolge con rapidità, talora con violenza, ed è privo di una razionale motivazione»⁸, in quanto «tendenza ad assumere forme pratiche di condotta in maniera incontrollata per difetto dei poteri elaborativi e inibitori»⁹. Immediatezza e incapacità di resistenza sono dunque i tratti costanti dell'impulso, che attiene alla sfera istintiva ed “arazionale” dell'essere umano – secondo modi comunque variabile da soggetto a soggetto – e che sfugge al normale potere di controllo, comportando un'elevata alterazione delle condizioni psico-fisiche. Si ricorda in proposito: «a ogni singolo episodio di vita corrisponde una combinazione di impulsi nel sistema nervoso di durata inferiore ai cinque secondi dalla quale non sempre scaturisce un agire realmente volontario, maturando talvolta la decisione persino pochi secondi dopo il compimento del primo atto che pertanto risulterebbe, sia pur per una piccola frazione di tempo, incosciente»¹⁰.

Questo meccanismo è la conseguenza di un determinato fattore scatenante che può provenire dall'interno o dall'esterno¹¹: i primi originano dalla stessa persona che ne è in balia, dipendenti quindi dal suo carattere e dalla sua personalità, nonché da tutti gli aspetti che su questi influiscono (contesto familiare, culturale, economico, vicende del passato); quelli *ab externo* costituiscono invece la risposta

⁶ Il vizio totale di mente è disciplinato dall'art. 88 c.p.: «Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere»; quello parziale all'art. 89, che afferma che «chi, nei momenti in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita».

⁷ La suddivisione è ripresa da PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., 1.

⁸ La definizione è ripresa da www.treccani.it

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Testualmente PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 163.

¹¹ *Ivi*, 39.

a situazioni o comportamenti altrui, o comunque contingenze che fanno parte della realtà esteriore, che finiscono tuttavia per integrare la prima categoria di impulsi citata, nel momento in cui si conformano alle caratteristiche personali del soggetto¹².

L'impulso può poi articolarsi secondo differenti modalità, divergenti sia per quanto concerne l'influenza che esercitano sulla condotta¹³, sia per l'alterazione che possono comportare sul procedimento motivazionale del soggetto o sulla sua estrinsecazione. Rispetto ai motivi possono infatti configurarsi gli atti volontari semplici, riconducibili ad un'unica ragione prevalente su tutte le altre; da quelli complessi, frutto di più motivazioni tra loro confliggenti¹⁴.

Dopo questa celere premessa introduttiva sull'argomento¹⁵, si può esaminare più da vicino il significato della formula «stati emotivi e passionali» direttamente impiegata dall'art. 90 c.p. per qualificare da un punto di vista normativo lo stato psicologico rilevante.

Già il termine «stato», più volte utilizzato dal microsistema del codice penale dedicato all'istituto dell'imputabilità, contrassegna la condizione soggettiva dell'agente nel momento di commissione del fatto illecito. Ai fini dell'art. 90 c.p., orbene, la condizione personale del soggetto è alterata da fattori emotivi o passionali in modo relativamente durevole nel tempo, senza integrare una situazione permanente, ma comunque sufficiente a ridurne – naturalisticamente parlando – la capacità di intendere e di volere¹⁶.

Lo *status*, in quanto situazione costante ma non definitiva del soggetto agente, può subire influenza di un'emozione o di una passione. Tra le due, prescindendo da definizioni comunque suggestive¹⁷, vi è una differenza sostanziale relativa all'intensità del coinvolgimento del soggetto in cui maturano. L'emozione,

¹² Esemplici in tal senso le molteplici fattispecie fondate sulla cd. *affectio parentalis*.

¹³ Sul punto PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., 45. L'Autore richiama la distinzione tra impulsi stenici o eccessivi, come ira, collera, gelosia, che provocano stati di reazione o eccitazione, e quelli astenici o recessivi, che per converso implicano stati di depressione riduttivi di attenzione e volontà.

¹⁴ ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 44 ss.

¹⁵ La compatibilità di questa categorizzazione degli impulsi con la realtà normativa sarà approfondita con riferimento alle fattispecie che prendono in considerazione i fattori emotivi incidenti sulla condotta del soggetto agente.

¹⁶ RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale degli stati emotivi e passionali*, Napoli, 1958, 64 ss.

¹⁷ ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale*, Napoli, 1954, 257. Così l'Autore: «fiumana che travolge le dighe l'emozione, torrente che scava sempre più profondamente la passione».

fenomeno di natura biologica¹⁸, appartiene al novero di quelle «relazioni affettive intense ma di breve durata, determinate da una causa precisa (interna o esterna) e aventi come funzione quella di riorientare l'attenzione»¹⁹. È dunque esperienza soggettiva di particolare intensità, attuazione dell'istinto da cui scaturisce, che si connota per una certa persistenza e che si modula secondo le caratteristiche individuali di ciascuno²⁰. Da una prospettiva più propriamente scientifica, lo stato emotivo consisterebbe in un momento diffuso e durevole, alla stregua di «un episodio saliente della vita affettiva, caratterizzato da turbamenti psicologici e fisiologici più duraturi della semplice emozione»²¹, in grado di indurre una serie di mutazioni psico-somatiche.

La passione sarebbe invece da intendersi quale sentimento pervasivo e meno intenso rispetto all'emozione²², da cui si distingue anche per la maggiore longevità e la gradualità con cui si manifesta. Lo stato passionale prende il sopravvento su tutti gli altri impulsi emotivi, per attenuare considerevolmente il potere di autocontrollo e lo spirito critico dell'individuo²³. Da una prospettiva delittuosa, l'emozione può sfociare nella commissione di un reato mediante un procedimento di premeditazione²⁴.

Lo stato emotivo o passionale penalmente rilevante sarà necessariamente quello che si estrinsechi verso l'esterno in un movimento corporeo addebitabile al soggetto. Si ricade così nel momento ultimo dell'impulso, che dalla percezione, identificazione e comprensione, si esaurisce nella fase della sua gestione²⁵.

Dal momento che il presente lavoro attiene al principio di colpevolezza e ad una sua possibile individualizzazione, gli argomenti finora affrontati non possono che riferirsi alla figura del soggetto agente. Ragion per cui la parte qui dedicata alle componenti emotive della condotta penalmente rilevante prescinde da un approfondimento circa il loro eventuale impatto sulla vittima del reato. Per

¹⁸ FERRACUTI, GIARRIZZO, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 661.

¹⁹ HARRÈ-LAMB-MECACCI, *Psicologia. Dizionario enciclopedico*, Bari, 2007, 296.

²⁰ FERRACUTI, GIARRIZZO, *Stati emotivi*, cit., 662.

²¹ Testualmente MARZI, *Psicologia*, Firenze, 1963, 97.

²² FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, 356.

²³ MARZI, *Psicologia*, cit., 176. Per un approccio comparativo tra emozione e passione, l'Autore richiama la seguente proporzione: «la passione sta alla emozione come lo stato cronico sta allo stato acuto».

²⁴ BONGIORNO, *Il delinquente per tendenza e il delinquente passionale*, in *Riv. pen.*, I, 1957, 287.

²⁵ Sul punto PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 31.

completezza espositiva si ricordano comunque, brevemente, quelle fattispecie che si concentrano su alcuni *status* emotivi della persona offesa.

Il legislatore mostra infatti di tenere in particolare considerazione le condizioni in cui si trova la vittima del reato: in alcune ipotesi tutela il soggetto incapace di intendere e di volere²⁶; altrimenti colui che si trova in stato di ansia²⁷ o che subisce atti di molestia e di disturbo²⁸ od ancora chi subisce il timore dovuto all'altrui minaccia²⁹; nonché la tradizionale circostanza aggravante, *ex art. 61 n. 5 c.p.*, che prevede un aumento di pena per «l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa».

3. L'originaria irrilevanza degli stati emotivi e passionali: la genesi dell'art. 90 c.p.

L'art. 90 c.p. rappresenta tuttora il principale impedimento ad un ingresso delle componenti emotive e passionali nell'accertamento della responsabilità penale. Agli occhi dei compilatori del codice Rocco - che attraverso la presente disposizione ribadisce la propria impronta autoritaria³⁰ - era necessario un rigido filtro normativo per precludere quanto avvenuto sotto l'imperio del codice Zanardelli³¹, più attento ad un approfondimento della personalità del reo ed ai

²⁶ L'art. 613 c.p. punisce «chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato di incapacità d'intendere o di volere [...]».

²⁷ L'art. 612-*bis*, il reato cd. di «stalking» punisce «chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

²⁸ L'art. 660 c.p. tutela il soggetto cui «col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo» sia arrecata molestia o disturbo.

²⁹ Molte le fattispecie che riconoscono rilevanza a questo stato, come ad esempio il delitto di concussione (art. 317 c.p.); di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.); violenza privata (610 c.p.); violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (611 c.p.); minaccia (612 c.p.).

³⁰ NUVOLONE, *Il sistema penale*, cit., 145.

³¹ Oltre alla problematica figura della «forza irresistibile», concettualmente in grado di racchiudere pressoché tutte le più disparate alterazioni motivazionali, il codice Zanardelli si presentava decisamente permissivo nei confronti delle componenti impulsive incidenti sulla condotta. L'art. 51 infatti affermava: «colui che ha commesso il fatto nell'impeto d'ira o d'intenso dolore, determinato da ingiusta provocazione, è punito con la reclusione non inferiore ai 20 anni, se la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi, con la pena stabilita diminuita di un terzo. Se la provocazione sia grave, all'ergastolo è sostituita la detenzione da 10 a 20 anni, e le altre pene sono

risultati ottenuti in ambito criminologico³². La giurisprudenza nei cd. «delitti passionali» era propensa infatti ad assolvere l'imputato attraverso un'estensione a condotte denotate da un'intensa carica emotiva, e senza alcuna patologia dichiarata, la disciplina dell'infermità di mente³³.

Scorrendo i lavori preparatori del codice penale, è chiara l'intenzione di prendere le distanze dal passato e ristabilire l'imperativo della legge sugli istinti passionali; in seno ai compilatori si accende una discussione inerente piuttosto la portata estensiva da riconoscere a questa preclusione.

Tra i fautori della norma si afferma che le componenti emotive e passionali sono normale attività psichica della mente umana, e ad esse non dovrebbe essere riconosciuta alcuna incidenza normativa sull'agire penalmente rilevante. Sul punto appare limpido il pensiero di Rocco: «gli affetti, le emozioni, le passioni sono un modo normale di essere dell'anima umana, non vi è azione, onesta o disonesta, morale o immorale, lecita o illecita, conforme o contraria alle leggi, che non sia determinata da un motivo affettivo, da un motivo emozionale, da un motivo passionale. Se noi sopprimessimo dall'anima umana quella che è la base sentimentale di essa, toglieremmo ogni e qualsiasi motore alla volontà ed all'azione umana, perché la volontà si determina soprattutto in base al sentimento non in base al raziocinio. L'affetto, l'emozione, la passione possono anche condurre all'azione più onesta e all'azione più criminosa, anzi è precisamente allo stato affettivo, emotivo e passionale che si debbono le più nobili azioni umane [...]. Le manifestazioni più nobili della nostra attività sono determinate da motivi affettivi, emozionali e passionali senza che per questo venga meno il merito delle nostre azioni, che per essi, anzi, si accresce. Ed allora perché deve venir meno il demerito delle azioni disoneste, delle azioni illecite, delle azioni criminose che sono pure determinate da emozioni e da passioni? La verità è che le emozioni e le passioni

diminuite dalla metà ai due terzi, sostituita alla reclusione la detenzione, e all'interdizione perpetua dai pubblici uffici, l'interdizione temporanea».

³² BONGIORNO, *Il delinquente per tendenza e il delinquente passionale*, cit., 273.

³³ MAZZANTI, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Novissimi digesto*, I, vol. XVIII, Utet, 1971, 215. Di particolare interesse è sul punto l'opinione di DE VINCENZIIS, *L'articolo 90 del codice penale*, in *Giust. Pen.*, 1947, I, 1 ss. Secondo l'Autore la soluzione per superare una giurisprudenza eccessivamente indulgente per i reati passionali non richiedeva l'adozione dell'art. 90 c.p., poiché sarebbe stato comunque possibile attraverso altri espedienti, come l'introduzione della categoria del delinquente passionale o del giudice psichiatra.

possono produrre, sì, perturbamenti psichici, ma poiché da esse possono nascere le azioni più oneste come le più disoneste, è il caso di dire sempre che le azioni vanno considerate per quel che sono e quindi, allorché ci troviamo di fronte ad un delitto, poco importa accertare se la sua origine sia emozionale e passionale»³⁴.

La norma sottende dunque il timore che anche la più marginale rilevanza riconosciuta alle passioni possa agevolare un «allentamento»³⁵ dei freni inibitori dei consociati, i quali sono viceversa chiamati a sopprimere le proprie pulsioni potenzialmente causative di condotte illecite. Il messaggio è chiaro: il soggetto in balia delle passioni non potrà invocare a propria scusa il turbamento psichico che ne ha alterato la volontà, qualunque sia la sua intensità od il suo fattore scatenante³⁶.

Come anticipato, è condivisa la generale irrilevanza degli stati emotivi e passionali per l'accertamento della capacità di intendere e di volere, e quel che ne costituisce il principio ispiratore di fondo³⁷.

Gli aspetti critici attengono principalmente all'esclusione di qualsiasi potere discrezionale del giudice nella valutazione degli stati emotivi e passionali, i quali, secondo le acquisizioni di scienza, possono determinare uno «stato eccezionale di perturbazione del senso critico»³⁸, al punto da sembrare opportuno, quantomeno, prevedere una riduzione della responsabilità. Malgrado queste obiezioni, di cui la norma è tuttora bersaglio, l'art. 90 c.p. ribadisce che gli stati emotivi e passionali sono ben diversi dall'infermità di mente, poiché componenti «impulsive» ma non «compulsive» della condotta. Si legge nella Relazione del Ministro al disegno definitivo: «il vizio di mente va inteso solo come conseguenza di infermità fisica o

³⁴ Le parole di Rocco sono riprese da BUCOLO, *Stati emotivi o passionali*, in *Giust. pen.*, I, 1957, 427.

³⁵ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 446.

³⁶ Nonostante in sede di lavori preparatori – a testimonianza della pluralità di opinioni che sono state espresse con riferimento alla norma – Aloisi affermi «ferma l'irrilevanza degli stati rispetto all'imputabilità, essi potevano venire in considerazione ai fini della responsabilità penale specie quando determinati da motivi ritenuti meritevoli dal legislatore». Il passo è ripreso da RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 9.

³⁷ *Relazione del Guardasigilli*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, I, 142. Testualmente: «evitare che ogni bizzarria di temperamento e di carattere, ogni minima forma di nervosismo, possa dar luogo alla diminuzione, mentre occorre che si riscontri uno stato patologico veramente serio».

³⁸ RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 9. Sempre Aloisi: «l'individuo è normalmente imputabile, ma, per il concorso delle circostanze accennate, la sua responsabilità è diminuita».

psichica clinicamente accertata. Le passioni, le emozioni attengono alla valutazione della quantità del delitto e della pericolosità del delinquente»³⁹.

L'infermità mentale attiene ad un'affezione morbosa, uno stato patologico duraturo e sussumibile in categorie specifiche della scienza psichiatrica, e che costituisce concetto certamente differente dagli impulsi emotivi.

4. La portata della disposizione

La norma ha una funzione essenzialmente «pedagogica»⁴⁰: in ottica general-preventiva⁴¹, esorta a non cadere in preda agli istinti. Statuendo la totale irrilevanza di stati emotivi e passionali sulla capacità di intendere e di volere, il codice penale sposa così un concetto formale di imputabilità, che mal si concilia con la naturalistica presenza di tutte le componenti intellettive e volitive stabilite dall'art. 85 c.p. per la capacità penale, e più in generale contrasta con la costituzione della personalità umana. Gli impulsi dell'agire, la prospettiva più caratterizzante dell'essere umana, è omessa integralmente nel delicato momento di accertamento della psicologica riferibilità di un fatto al suo autore materiale.

L'art. 90 c.p. è dunque una presunzione positiva di imputabilità, che deroga dal generale disposto dell'art. 85 c.p.⁴², secondo il quale gli stati emotivi e passionali non possono dar origine ad infermità di mente⁴³. Così il concetto di imputabilità elaborato dal codice penale si discosta da quanto appurato a livello scientifico – in particolare da quello psichiatrico – che viceversa ammette la possibilità che emozioni e passioni, per l'intensità con cui avvolgono l'animo del soggetto, alterino il processo motivazionale dell'individuo⁴⁴.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 684.

⁴¹ *Relazione ministeriale al progetto del codice penale*, 783. Testualmente: «principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione così detta satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione, che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie, causa gravissime di disordini e occasione di nuovi delitti».

⁴² PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 446.

⁴³ VASSALLI, *Limiti al divieto di analogia*, cit., 93.

⁴⁴ La norma omette di considerare «quanto acquisito sul meccanismo psicologico e sul contenuto psicopatologico degli stati emotivi e passionali e, conseguentemente, sulla responsabilità medico legale inerente agli atti compiuti per effetto della loro influenza». Passo ripreso da MADIA, *Stati emotivi e passionali con riferimento all'art. 90*, in *Riv. di dir. penit.*, 1957, 157.

Infermità di mente e stati emotivi e passionali divergono tra loro, poiché la prima è a tutti gli effetti originata da un processo patologico in quanto tale, che si manifesta secondo un processo morboso clinicamente accertabile, mentre queste caratteristiche sono assenti nei secondi⁴⁵. Ciò che rileva tuttavia è che, da un punto di vista sostanziale, entrambe possono fenomenicamente portare al medesimo stato psicologico. Traslando la questione sul piano normativo, dunque, gli stati emotivi e passionali sono naturalisticamente in grado di escludere o diminuire la normale capacità di intendere e di volere⁴⁶, anche prescindendo da un vizio di mente⁴⁷.

L'efficacia generale della preclusione è parzialmente attenuata nel momento in cui è chiamata a dialogare con gli artt. 88 e 89 c.p., che disciplinano rispettivamente vizio totale e parziale di mente. Se infatti gli stati emotivi e passionali, in quanto tali, non escludono né diminuiscono l'imputabilità, questi possono comunque rilevare come sintomi, manifestazioni o mezzo di riconoscimento⁴⁸ – possono cioè essere indicativi – della presenza di un'infermità mentale totale o parziale, per confluire sotto il regime delle rispettive disposizioni⁴⁹. Al ricorrere di questa possibilità sorge dunque il dovere, per il giudice che ritenga che lo stato emotivo o passionale sia riconducibile ad uno sfondo patologico, di disporre perizia.

Nonostante in tal modo gli impulsi possano dispiegare una seppur minima incidenza a livello patologico, la dottrina auspica un'abrogazione della disposizione⁵⁰, oramai percepita come anacronistica⁵¹, in quanto sintomatica di un contesto superato dalla moderna scienza psichiatrica⁵². Nella prospettiva di una

⁴⁵ MAZZANTI, voce *Stati emotivi e passionali*, cit., 217.

⁴⁶ «Una emozione intensa o una passione travolgente possono talvolta produrre un tale sconcerto psichico, anche nell'individuo normalmente equilibrato, da porlo nella condizione anormale di colui che è incapace di volere». Testualmente DI DEDDA, *Gli stati emotivi e passionali come cause generative di infermità mentale*, in *Nuovo Diritto*, 1934, 553.

⁴⁷ Per tutti PELLEGRINI, *Trattato di medicina legale*, vol. II, Padova, 1959, 106.

⁴⁸ ONDEI, *L'imputabilità dei reati passionali*, in *Scuola positiva*, 1938, 369.

⁴⁹ ROMANO, *Commentario*, II, cit., 44. Questo è quanto viene evidenziato anche da parte della Commissione parlamentare in sede di compilazione del codice. Sul punto MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle «finzioni giuridiche» alla «terapia sociale»*, Torino, 1997, 17. In tal senso inoltre, nuovamente DI DEDDA, *Gli stati emotivi e passionali*, cit., 553 ss. «La legge [...] dice che gli stati emotivi e passionali, considerati sotto lo aspetto impulsivo e sentimentale, non sono, per ciò solo, assimilabili agli stati di alterata capacità psichica, ma non nega con ciò, senz'altro, valore agli stati d'infermità transeunte derivante da emozioni o passionali».

⁵⁰ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 406.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² DE MATTEIS, *Commento all'art. 90 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Commentario*, cit., 48.

riforma dell'imputabilità, si ritiene necessario riconoscere rilevanza ad ipotesi di non imputabilità transitoria, riconducibili cioè ad alterazioni episodiche ed occasionali⁵³, che per l'intensità con cui si manifestano siano tali da impedire – o comunque indebolire – le normali facoltà psichiche⁵⁴.

4. Neuroscienze, psicologia e diritto penale. Alcune brevi riflessioni

Quanto si è accennato con riguardo alla natura anacronistica dell'art. 90 c.p., se comparato alle più recenti acquisizioni in materia, consente di aprire una breve parentesi, senza eccessive pretese di completezza, sui complessi rapporti tra diritto penale, sia sostanziale che processuale, ed il sapere scientifico, più propriamente di quello che approfondisce lo studio della mente umana.

Proprio la categoria dell'imputabilità, onde tutte le implicazioni ad essa correlate, tra cui anche le componenti impulsive della condotta, è l'istituto penalistico che più si presta a dialogare con la materia delle neuroscienze. Ed anzi, la problematica dell'imputabilità dipende proprio da quelli che sono i rapporti tra giustizia penale e le scienze predette⁵⁵.

Le neuroscienze possono definirsi quell'insieme di «indirizzi di ricerca che hanno per oggetto lo studio del sistema nervoso sotto l'aspetto normale e patologico, e tendono a integrare le discipline di base (anatomia, biochimica, fisiologia, psicologia) con la neuropatologia e con la neurologia clinica»⁵⁶. In termini più "laici", le neuroscienze si occupano dei rapporti tra i meccanismi cerebrali ed il comportamento umano, in guisa da rappresentare il vero e proprio

⁵³ ROMANO, *Commentario*, cit., 45.

⁵⁴ Il punto è ulteriormente avvalorato da una recente questione di costituzionalità sollevata da un giudice di merito con riferimento agli artt. 85, 88, 89 e 90 c.p., per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost., e fondata sul mancato riconoscimento delle infermità psichiche di rilievo minore sull'imputabilità. Le citate disposizioni «presuppongono una nozione di infermità, nella specie psichica, superata dalle nuove acquisizioni della scienza ed in quanto tale, non utilizzabile in alcun modo, e pertanto contrastanti con il criterio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., nonché in quanto, utilizzando una nozione di infermità come sopra descritta, precludono al giudice il poterdovere della motivazione dei suoi provvedimenti giurisdizionali, poiché l'*iter* logico di tale argomentazione sarebbe irrimediabilmente inficiato dalla incongruità della nozione di infermità comunemente utilizzata». Così Trib. Ancona, sez. dist. Fabriano, 13 febbraio 2003, P.A., in *G.U.*, 16 luglio 2003, I parte speciale, n. 28.

⁵⁵ FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2005, 257.

⁵⁶ TRECCANI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 1987, 403.

terreno di elezione per l'accertamento della capacità di intendere e volere del soggetto agente⁵⁷.

In favore della cd. concezione «monistica»⁵⁸, secondo la quale corpo e mente costituiscono una singola entità, le neuroscienze hanno recentemente dimostrato che alcune disfunzioni della personalità sono in realtà la risposta ad alcuni *deficit* neurologici; come anche che alcune disfunzioni, di natura sia cognitiva che comportamentale, hanno fondamento biologico, e come tali possono manifestarsi persino in circostanze di assoluta normalità⁵⁹.

La neuroscienza si propone così di analizzare un determinato stato mentale per verificare se siano presenti alcune anomalie in grado di annullare o quantomeno attenuare la normale capacità di autodeterminazione. Risulta dunque di agevole comprensione quello che potrebbe essere il concreto apporto per il processo penale ricavabile dalle neuroscienze.

Una più approfondita conoscenza del funzionamento della mente umana potrebbe permettere accertamenti sulla capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione del fatto, quanto la stessa rilevanza causale per l'evento lesivo, secondo criteri più affidabili ed empiricamente dimostrati; inoltre, una più accurata mappa delle patologie potenzialmente contraibili dalla mente umana potrebbe portare anche ad un'espansione dell'ambito di incidenza del vizio di mente⁶⁰, alla stregua delle scoperte più recenti.

L'esigenza di un adeguamento al sapere scientifico traspare più lucidamente in una dimensione processuale, in cui fine primario è l'accertamento di comportamenti umani e delle modalità con cui si sono verificati. Attingendo dal campo neuroscientifico e dai suoi strumenti si potrebbero condurre più accurate ricostruzioni del fatto, in luogo delle meno attendibili massime di comune esperienza, sia affiancare i tradizionali mezzi che il processo penale conosce ed utilizza. Per esempio la tomografia computerizzata o la risonanza magnetica potrebbero rappresentare nuove modalità di accertare l'infermità di mente,

⁵⁷ FERRUA, *La prova nel processo penale*, 2° ed., Torino, 2017, 317.

⁵⁸ DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. pen.*, 2017, 838.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., 316.

congiuntamente ai classici colloqui clinici, per avvalorarne o contestarne le risultanze⁶¹.

Le neuroscienze rappresentano pertanto quel recipiente cognitivo dal quale il diritto penale può trarre quell'empiria necessaria a rendere più accurati gli accertamenti sulla psiche umana, ed al contempo avere della stessa una più specifica planimetria. Tale operazione sarebbe peraltro avvalorata dal dato normativo, che espressamente riconosce la possibilità che la capacità di intendere e di volere venga meno totalmente o parzialmente: assumere quale criterio-guida il sapere in questione non farebbe che aumentare le conoscenze a disposizione dell'organo giudicante per situazioni connotate da elevata complessità⁶².

Malgrado tutto ciò, l'atteggiamento del diritto, e della letteratura penalistica in particolare, è alquanto prudente⁶³.

La diffidenza poggia sul timore che legittimando un ingresso delle neuroscienze nel processo penale si attiverebbe un meccanismo a catena in grado di minare le fondamenta stesse dell'ordinamento penale.

Secondo le neuroscienze, infatti, un ruolo centrale nell'attività psichica della mente è rivestito dall'intelligenza emotiva, da cui possono scaturire determinati impulsi non sempre consapevoli⁶⁴. La relativa materia, prendendo ad esame la mente umana nella sua integrità, approfondisce la relazione tra emozioni e potere decisionale e di autodeterminazione dell'individuo, con tutti i corrispondenti condizionamenti. L'assunto è che da ogni anomalia psichica può dipendere un'alterazione cerebrale di tipo funzionale o strutturale⁶⁵. Il che potrebbe dunque porre in discussione il concetto di libero arbitrio e portare alla conclusione che, in alcuni casi, il comportamento umano non sia predeterminabile, in quanto prodotto dell'inconscio. Si tratta, niente di meno, che riesumare l'antica disputa tra deterministi e non deterministi in merito all'agognata dimostrabilità della libertà del volere.

⁶¹ *Ivi*, 315.

⁶² DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., 841.

⁶³ DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., 837.

⁶⁴ *Ivi*, 842.

⁶⁵ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 168.

Ulteriori, radicali conseguenze potrebbero manifestarsi nell'ambito della teoria del dolo, mettendo in crisi la classica bipartizione delle sue componenti – rappresentazione e volontà della condotta – qualora nel momento di accertamento della corretta percezione esteriore debbano considerarsi eventuali fattori emotivi⁶⁶.

Sul versante processuale invece la dottrina teme che l'applicazione di strumenti di stampo neuroscientifico possano sia ledere la libertà di autodeterminazione del soggetto, in spregio dell'art. 188 c.p.⁶⁷, sia riproporre gli stessi profili problematici relativi all'uso della prova scientifica. In tal modo, perciò, si verrebbe ad espropriare il giudice della fase di valutazione della prova, riducendone sensibilmente i margini di apprezzamento, per consegnarlo nelle mani del perito e relegarlo ad un ruolo meramente formale, di garante dell'osservanza delle procedure stabilite dalla legge⁶⁸. Si tratterebbe del cd. «progressivo soppiantamento del giudice da parte del perito»⁶⁹

La prassi giudiziaria mostra un generale favore nei confronti della materia, che in essa vede un ausilio i cui contenuti possono integrare le categorie tradizionali, senza alterarne l'essenza.

Riflessioni non dissimili valgono per quanto concerne i rapporti tra diritto penale e psicologia. Questa si occupa della psiche, dei fenomeni e dei processi psichici, coscienti e inconsci, cognitivi (percezione, attenzione, memoria, linguaggio, pensiero ecc.) e dinamici (emozioni, motivazioni, personalità, ecc.)⁷⁰.

Qui il dilemma si palesa nel momento in cui fenomeni di natura psicologica debbono tradursi sul piano normativo per divenire formali criteri di imputazione soggettiva⁷¹. Tra diritto penale e psicologia intercorre un frequente uso della stessa terminologia, impiegata per indicare stati o processi psicologici. Ciononostante, il significato attribuito a un determinato termine può essere oggetto di una discrasia semantica. Nel senso che il diritto penale predetermina quegli stati psicologici

⁶⁶ FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte d'Assise*, 2011, 83.

⁶⁷ «Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti».

⁶⁸ DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, cit., 843.

⁶⁹ MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 227.

⁷⁰ TRECCANI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 1991, 1185.

⁷¹ Quanto segue è integralmente ripreso da VENEZIANI, *Motivi*, cit., 72 ss.

giuridicamente rilevanti per poi elaborarli secondo propri criteri, così da renderli concetti normativi ed oggetto di interpretazione giuridica⁷². Sostanzialmente possono valere nel diritto penale concetti differentemente intesi dal mondo della psicologia, seppur denominati nello stesso modo.

Peraltro il diritto penale non prende in considerazione tutta l'attività psicologica della mente umana, ma seleziona preventivamente alcune delle sue componenti. Il che è sinonimo di un diritto penale del fatto, che, in una prospettiva più pragmatica, si interessa soltanto di quel substrato psicologico che prende forma e si manifesta nella realtà esteriore in una condotta penalmente rilevante.

Viceversa la psicologia – specie quella del profondo – esamina a fondo i più reconditi meccanismi della volontà umana, appunto i fattori da cui scaturiscono gli istinti, secondo le dinamiche del subconscio.

In un primo momento si potrebbe dunque suggerire che il diritto penale prenda come punto di riferimento i concetti elaborati dalla psicologia. In tal modo l'ordinamento penale non si esporrebbe alla critica di rifarsi a criteri privi di riscontro nel mondo fattuale, avulso dal sapere scientifico, secondo imputazioni soggettive che non corrispondono ai corrispondenti concetti psicologici. Tutto quel che attiene all'elemento soggettivo del reato, altro non è se non un complesso di realtà psicologiche di cui la predetta materia si occupa.

Al contempo accogliere il sapere psicologico senza alcun filtro potrebbe portare a snaturare lo stesso sistema penale. Si pensi al dolo, concetto che si arresta alla fase consapevole della coscienza, qualora se ne accogliesse una dimensione più prossima a quella psicologica: si arriverebbe ad un concetto di dolo che copre l'intera coscienza umana, e così ad una colpevolezza per il modo di essere.

Un compromesso, lungi dal trasvalutare il diritto penale del fatto, potrebbe essere quello di ammettere un contributo dalla psicologia, con riguardo per esempio alla ricostruzione della componente volitiva del dolo, senza considerare i fattori inconsci. La giurisprudenza è attestata su questa tendenza, senza sfiorare dai confini che il soggetto abbia della consapevolezza delle proprie azioni, salvo ovviamente i casi in cui si profilino ipotesi di non imputabilità.

⁷² PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2005, 249.

5. Gli stati emotivi e passionali oltre l'art. 90 c.p.

Il principio generale stabilito dall'art. 90 c.p. è in parte attenuato da alcune specifiche disposizioni del codice penale – numero peraltro parzialmente ridotto da una serie di interventi abrogativi succedutisi nel tempo⁷³ - in cui il legislatore mostra di prendere in considerazione l'incidenza che le componenti impulsive possono esercitare sulla condotta del soggetto. Si tratta di fattispecie che, in quanto riferite a situazioni psicologiche del tutto particolari, non sono estensibili in via analogica e dunque non alterano la portata universale dell'art. 90 c.p.⁷⁴.

Questa discrepanza tra parte generale e speciale del codice Rocco finisce, ciononostante, per mettere in discussione la stessa generale efficacia della norma, «contraddetta»⁷⁵ da molteplici situazioni in cui si tende a valorizzare la componente impulsiva incidente sulla condotta, oltreché dal disposto dell'art. 133 c.p., per quanto concerne la valutazione dell'intensità del dolo.

Circostanze di particolare coinvolgimento emotivo possono innanzitutto comportare un'attenuazione del trattamento sanzionatorio. In questa direzione si muovono le due attenuanti comuni previste dall'art. 62, n. 2⁷⁶ e n. 3⁷⁷ c.p.

La prima delle due ipotesi, la cd. attenuante della «provocazione», rappresenta una espressa deroga al regime normativo dell'art. 90 c.p.⁷⁸.

⁷³ Il riferimento è agli artt.: 551 c.p., rubricato «Causa d'onore», che affermava che «se alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 545, 546, 547, 548, 549 e 550 è commesso per salvare l'onore proprio o quello di un prossimo congiunto, le pene ivi stabilite sono diminuite dalla metà ai due terzi»; il 578 c.p., che regolava il cd. «infanticidio in condizioni di abbandono materiale o morale», secondo il quale «la madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale o morale connesse al parto, è punita con la reclusione da quattro a dodici anni»; il 587 c.p., disciplinante «omicidio e lesione personale a causa di onore», per cui «chiunque cagiona la morte del coniuge, della figlia o della sorella, nell'atto in cui scopre la illegittima relazione carnale e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia, è punito con la reclusione da tre a sette anni»; ed infine il 592 c.p., che regolava il cd. «abbandono di un neonato per causa di onore» nei seguenti termini «chiunque abbandona un neonato, subito dopo la nascita, per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto, è punito con la reclusione da tre mesi ad un anno. La pena è della reclusione da sei mesi a due anni se dal fatto deriva una lesione personale ed è da due a cinque anni se ne deriva la morte del neonato. Non si applicano le aggravanti stabilite nell'art. 61».

⁷⁴ MAZZANTI, voce *Stati emotivi e passionali*, cit., 217.

⁷⁵ BUONINCONTI, *Emozioni e passioni secondo il Nuovo Codice*, in *Corte d'Assise*, 1934, I, 24.

⁷⁶ «L'aver agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui».

⁷⁷ «L'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza». Qui le due deroghe previste si giustificano nell'opportunità di prevenire riunioni vietate dalla legge, e di proibire la partecipazione di riunione viceversa legittime a soggetti socialmente pericolosi. Sul punto ROMANO, *Commentario*, cit., 584.

⁷⁸ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 593.

L'attenuante è infatti riconosciuta al ricorrere di un particolare turbamento emotivo, appunto causato dall'ira per un fatto ingiusto altrui, ed è dunque esclusivamente questo stato emotivo a rilevare nel caso di specie⁷⁹.

Lo stato d'ira è una condizione soggettiva – di stampo come detto emotivo - dell'agente che si manifesta mediante un impulso irresistibile, che può sfociare perfino in atteggiamenti aggressivi, percepibile mediante una serie di alterazione fisiche e, soprattutto, determinante una rilevante riduzione della capacità di auto-controllo⁸⁰. Trattasi peraltro di «stato» d'ira e non di un atteggiamento impetuoso, il che implica che è ammesso un intervallo temporale tra la provocazione e la conseguente reazione.

Ai fini dell'attenuante è al contempo necessario che lo stato d'ira sia la reazione ad un fatto ingiusto altrui, che si configura in senso sia normativo, che etico. La giurisprudenza⁸¹, coerente con questa linea ermeneutica, ribadisce fermamente la necessaria situazione di legittimità originaria del soggetto: l'ordinamento ammette una riduzione della responsabilità penale per quella condotta illecita espressiva di un turbamento emotivo che trova la propria ragion d'essere in reazione ad ingiustizie⁸².

Tra fatto ingiusto altrui e conseguente stato d'ira occorre infine un rapporto di causalità psichica: lo stato d'ira deve essere psicologicamente causato dalla verifica del fatto ingiusto⁸³.

Ad analoghe conclusioni conduce la seconda delle due attenuanti richiamate, quella dell'aver agito per la suggestione di una folla in tumulto. In questo caso l'attenuazione della punizione si giustifica in relazione alla minore resistenza psicologica dell'agente, dovuta ad un'alterazione emotiva per la presenza di fattori esterni, ossia lo stato di eccitamento e timore della folla in tumulto.

⁷⁹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 457. Non possono essere considerati stati emotivi diversi dall'ira.

⁸⁰ IADECOLA, *Commento all'art. 62*, in LATTANZI, LUPO, *Codice commentato*, cit., 726. Per dirla con le parole della Cassazione lo stato d'ira sarebbe «una situazione psicologica caratterizzata da un impulso emotivo incontenibile, che determina la perdita dei poteri di auto-controllo, generando un forte turbamento connotato da impulsi aggressivi».

⁸¹ Cass. pen., 24 ottobre 1996, in *CED*, 206927/1996.

⁸² IADECOLA, *Commento all'art. 62*, cit., 727.

⁸³ ROMANO, *Commentario*, cit., 583.

«Una riunione imponente e disordinata di individui che per un concorso di emozioni reagisca in modo improvviso e rumoroso»⁸⁴ possono ingenerare particolari condizioni emotive – come panico collettivo ed allucinazioni di massa⁸⁵ – in cui i freni inibitori rispondono diversamente rispetto a situazioni di normalità.

Anche qui vale quanto detto per la prima attenuante esaminata, ovvero occorre il nesso di causalità psicologica tra contingenza esterna e reazione emotiva: deve essere la suggestione della folla in tumulto ad aver agevolato il compimento della condotta illecita. Inoltre, si è osservato che «se la *ratio* sta nella difficile esigibilità di una dissociazione dalla suggestione di una simile forza collettiva, si comprende come la giurisprudenza escluda l'attenuante ove il soggetto sia rimproverabile per essersi volontariamente messo in condizione di subire la suggestione rilevante, o addirittura possa annoverarsi tra gli istigatori del tumulto»⁸⁶.

Le attenuanti della provocazione e della condotta causata dalla suggestione per una folla in tumulto configurano dunque ipotesi di una minorata resistenza psichica, riconducibili «ad un criterio di colpevolezza inteso come pretesa esigibile di un comportamento differente meno rimproverabile; anche se non scusabili – v. art. 90 – le azioni di chi soggiace ad influssi come quelli ora in considerazione, notoriamente idonei ad incidere sull'affettività dell'agente, mettendo a dura prova la capacità di controllare istinti criminosi»⁸⁷. Per concludere sulle due attenuanti, pertanto, la riduzione di pena poggia non sulla riprovevolezza delle motivazioni che hanno portato alla condotta illecita, quanto piuttosto per l'incidenza di fattori emotivi sulla normalità del procedimento formativo della volontà⁸⁸.

Una figura prossima all'attenuante della provocazione è quella contemplata dal secondo comma dell'art. 599 c.p., che qui alla provazione riconosce perfino efficacia scusante. La norma afferma che «non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dall'articolo 595 nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto

⁸⁴ Così Cass. pen., sez. V, 27 febbraio 1990, in *CED*, 1990/6396.

⁸⁵ FERRACUTI, GIARRIZZO, voce *Stati emotivi e passionali*, cit., 667.

⁸⁶ VALLINI, *Circostanze del reato*, in DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 49.

⁸⁷ *Ibidem*. Particolari entrambi i passi citati dell'Autore, che interpreta il turbamento emotivo connesso alle due ipotesi in chiave di non esigibilità, proprio per la complessa situazione psicologica in cui si trova ad operare il soggetto.

⁸⁸ BUONINCONTI, *Emozioni e passioni*, cit., 24 ss.

altrui, e subito dopo di esso»⁸⁹. In questo caso lo stato d'ira – per il quale vale quanto evidenziato precedentemente – costituisce una causa di esclusione della colpevolezza⁹⁰ per il turbamento emotivo legato alla precedente provocazione, in quanto fatto ingiusto altrui, contrario alla legge o alle norme morali o della civile convivenza.

L'unico aspetto per cui l'art. 599 c.p. secondo comma diverge dall'attenuante della provocazione si identifica nel requisito dell'immediatezza della reazione offensiva, espressamente richiesto dal testo della norma.

A questi ipotesi, che integrano tutte situazioni soggettive di condizionamento psicologico dell'agente nei confronti di un fattore esterno, può affiancarsi l'attenuante prevista dal terzo comma dell'art. 114 c.p., nell'ambito del concorso di persone del reato. La norma afferma che «la pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo e nel terzo comma dell'articolo 112». Dunque si prevede un'attenuante per il soggetto che subisca il timore reverenziale o di subalternità nell'ambito di relazioni genitoriali, di autorità, direzione o vigilanza, od ancora nel caso di un cui ci si approfitti delle condizioni di vulnerabilità per età, infermità o deficienza psichica⁹¹. Si pensi, per esempio, in ipotesi di conflitto di doveri, alla situazione di assoggettamento psicologico in cui possa venire a trovarsi il sottoposto d'innanzi all'ordine impartito dal proprio superiore gerarchico.

Le fattispecie che sono state finora esaminate, salvo quella prevista dal terzo comma dell'art. 114 c.p., eludono il problema della potenziale rilevanza, ai fini dell'imputabilità, degli stati emotivi e passionali, per incidere direttamente sulla posizione del soggetto agente, in modo a lui favorevole.

Il tratto comune a queste disposizioni è che passioni ed emozioni normativamente previste si fondano su un motivo di natura etico-sociale, approvato dalla coscienza comune che, per quanto correlato ad una condotta penalmente disapprovata,

⁸⁹ Il reato previsto dall'art. 595 c.p. è la diffamazione.

⁹⁰ Per tutti SPASARI, voce *Diffamazione e ingiuria*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 494.

⁹¹ PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., 21.

suggerisce comunque un'attenuazione – se non una vera e propria esclusione – del trattamento sanzionatorio⁹².

A circostanze attenuanti applicabili a condotte che seppur illecite si ispirano a motivi eticamente apprezzabili possono specularmente corrispondere circostanze aggravanti fondate su motivi contrari al senso comune⁹³. Esemplare in questo senso è l'aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 1 c.p., ossia «l'aver agito per motivi abietti o futili. Secondo la definizione di scuola, per cui il motivo sarebbe la causa psichica, l'impulso, l'istinto da cui trae origine la condotta delittuosa⁹⁴, dunque, la volontà dell'agente, alterata dall'insorgere di componenti emotive e passionali, ben potrà tradursi in una condotta moralmente riprovevole. Il che non esclude comunque la possibilità che il relativo impulso sia legato ad un'infermità di mente e debba così preventivamente valutarsi un eventuale incapacità di intendere e di volere.

Il motivo «abietto» è quello contrario alla coscienza morale, quello turbe ed ignobile che contraddistingue così l'agente per una particolare malvagità, in guisa da presentarsi come ripugnante secondo il comune sentimento umano⁹⁵. Motivo «futile» è invece quel motivo superfluo e del tutto sproporzionato rispetto al fatto commesso, anche qui da giudicarsi secondo il contesto sociale e culturale di riferimento⁹⁶.

Infine, a completamento di questo *excursus* normativo, riecheggiano le fattispecie già approfondite previste dal terzo comma dell'art. 307 c.p., dal primo comma dell'art. 384 c.p. e dal terzo comma dell'art. 418 c.p.. Tutte queste ipotesi si concentrano sull'intenso turbamento emotivo cui è sottoposto il soggetto, per il coinvolgimento nella vicenda di un proprio congiunto. Si tratta dunque di situazioni riconducibili al *genus* degli impulsi *ab externo*, sintomatiche dell'*affectio parentalis*.

Compiendo un passo indietro si può peraltro porsi la domanda se lo strumento penalistico possa intervenire per predisporre una diretta tutela ai

⁹² BUCOLO, *Stati emotivi o passionali*, cit., 433.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 287.

⁹⁵ IADECOLA, *Commento all'art. 61 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Codice*, cit., 696.

⁹⁶ *Ivi*, 697 ss.

sentimenti, sia come stati emotivi, sia come qualcosa di percepibile dall'animo umano, e che concorra a strutturarlo, in quanto dunque come beni giuridicamente tutelabili.⁹⁷

Questa prospettiva non è sconosciuta al codice Rocco, che appresta tutela penale al sentimento religioso e alla pietà dei defunti, al sentimento per gli animali e, mediante l'art. 529 c.p., al comune sentimento del pudore⁹⁸.

L'aspetto problematico potrebbe essere rappresentato dal carattere evanescente ed astratto dei sentimenti, suscettibili perciò di una carenza di tassatività e di determinatezza – strettamente necessaria in sede di incriminazione – difficilmente superabile. Tale obiezione potrebbe essere superata qualora si tratti di sentimenti radicati nella coscienza comune e connotati da una certa universalità, così da superare questo *deficit* di inafferrabilità⁹⁹.

La tematica diviene di vivace attualità nel momento in cui si assume consapevolezza della società odierna, oramai agglomerato di culture tra loro differenti e dunque multiculturale, in cui sentimenti religiosi, onore e pudore, in quanto beni meritevoli di protezione penale, possono assurgere a risposta per condotte discriminatorie e denigratorie, nella prospettiva della pari dignità di tutti gli uomini¹⁰⁰.

6. La posizione della dottrina nei confronti dell'art. 90 c.p.

Da questa disamina sui rapporti tra componenti impulsive della condotta e l'istituto dell'imputabilità sono emersi i profili problematici che aleggiano attorno all'art. 90 c.p.¹⁰¹ Alla stregua di queste riflessioni, anche la letteratura penalistica ne ha fortemente contestato il contenuto, divergente da un concetto naturalisticamente

⁹⁷ L'interrogativo è posto in particolare da PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, 41 ss.

⁹⁸ «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore».

⁹⁹ PULITANÒ, *Un'introduzione*, cit., 41. L'Autore si dichiara apertamente contrario ad una tutela diretta degli stati emotivi e passionali.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Di conseguenza, al fine di evitare superflue ripetizioni, si analizza il pensiero della dottrina per quegli aspetti non ancora evidenziati.

inteso di capacità di intendere e di volere¹⁰², che finisce peraltro per estendersi anche sul terreno dell'elemento soggettivo del reato.

Secondo autorevole opinione¹⁰³, la condizione di perturbamento psicologico in cui versa il soggetto al momento del fatto non deve necessariamente dipendere da un'infermità di mente. Quel che importa, per il diritto penale, sono la coscienza e volontà della condotta, e queste possono ben scemare per l'incontrollabile insorgere di un impulso.

Da ciò ne consegue che i compilatori del codice penale, nel dibattito relativo all'art. 90 c.p., sarebbero incorsi in un errore di impostazione. Infatti si è ommesso di considerare la distinzione tra emozioni e passioni tipiche dell'essere umano, della vita di tutti i giorni, con un basso coefficiente di intensità, da quelle che comportano un vero e proprio turbamento psico-fisico¹⁰⁴.

Prescindendo da un inquadramento patologico, il turbamento emotivo si accompagna ad una serie di disfunzioni organiche e fisiche, in guisa da alterare le normali facoltà psichiche dell'individuo. Il soggetto non è infermo di mente, il che implica che resta imputabile e come tale assoggettabile a pena. L'ordinamento dovrebbe tuttavia tenere in conto lo stato psicologico di alterazione, di transitoria mancanza della propria capacità di resistere agli impulsi, che si ripercuote sulla volontà del soggetto. Emozioni o passioni, per il loro grado di intensità, possono travolgere l'animo umano a tal punto da creare una divergenza percettiva tra foro esterno e foro interno, tra realtà esteriore del mondo circostante e quella interiore della coscienza del soggetto.

Una riduzione del *quantum* di pena si rivela necessitata per la semplice presenza di una componente psicologica in grado di menomare la normalità del processo motivazionale¹⁰⁵. Proprio per questo appare alquanto iniqua la ferrea preclusione che inibisce al giudice una qualsiasi valutazione sulla dimensione

¹⁰² Qui si affronta la posizione della dottrina con esclusivo riferimento alla portata dell'art. 90 c.p., poiché l'eventuale incidenza degli stati emotivi e passionali nel giudizio di colpevolezza viene trattata nel paragrafo appositamente dedicato all'argomento.

¹⁰³ VANNINI, *Ancora degli stati emotivi e passionali*, in *Riv. di dir. penit.*, 1938, 319 ss.

¹⁰⁴ Risulta evidente la differenza tra questa impostazione ed il pensiero di Rocco, citato nell'ambito dei lavori preparatori.

¹⁰⁵ SANDULLI, *Stati emotivi e passionali*, cit., 568 ss. Sul punto afferma l'Autore: «il delinquente emotivo e passionale non è dunque certamente un infermo di mente, ma non può escludersi a favore di lui alcuna attenuazione per il delitto commesso in un momentaneo e transitorio stato di equilibrio, perché non si può negare che il moto improvviso e violento altera lo stato normale della coscienza».

emotiva del soggetto agente che si rivela essere determinante per il caso concreto¹⁰⁶: l'accertamento della responsabilità penale dell'individuo viene condotto tenendo a mente un archetipo di essere umano ben lungi da quello in "carne ed ossa", ovvero fallibile e cedevole agli istinti, che seppur biasimevoli costituiscono la prospettiva più "umana" caratterizzante l'individuo.

Per dirla altrimenti: «le emozioni e le passioni, ripudiate inesorabilmente dall'art. 90, fanno immediatamente sentire la loro influenza, eterna ed immutabile, che nessun legislatore, se non vuol compiere opera inconciliabile con l'umanità medesima, potrà mai eliminare¹⁰⁷.

In conclusione, il contenuto dichiarativo della norma ha sempre precluso qualsiasi tentativo di eluderne la portata. La dogmatica penalistica ha così cercato altra soluzione percorribile, nella teoria del reato, per una valorizzazione delle componenti impulsive della condotta, al fine di attribuir loro nuova vitalità e una più profonda considerazione. Dunque, stabilita la totale irrilevanza ai fini dell'imputabilità, la dottrina ha spostato la questione sul piano dell'elemento soggettivo, domandandosi se gli stati emotivi e passionali potessero quantomeno rilevare nell'ambito del giudizio di colpevolezza¹⁰⁸.

7. Il percorso giurisprudenziale degli stati emotivi e passionali

L'intenzione del legislatore con l'introduzione dell'art. 90 c.p. viene confermata dalla prima giurisprudenza della Cassazione formatasi sul punto, rigida nel ribadire l'irrilevanza degli stati emotivi e passionali nell'accertamento della capacità di intendere e di volere.

In un primo *corpus* di decisioni, espressione dell'orientamento più restrittivo, il giudice di legittimità ritiene che gli stati emotivi e passionali, lungi dal rappresentare malattie mentali, non possano costituire elementi integratori

¹⁰⁶ Sarebbe viceversa sinonimo di giustizia riconoscergli questo potere. Sul punto AJELLO, *Gli stati emotivi e passionali nel sistema del codice*, in *Giur. Delle Corti regionali*, 1937, 6-7, 549.

¹⁰⁷ BUONINCONTI, *Emozioni e passioni*, cit., 24 ss.

¹⁰⁸ La questione si affronterà nei prossimi paragrafi in modo più approfondito.

dell'infermità totale o parziale, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.¹⁰⁹. Più propriamente, la mancanza di poteri di autocontrollo non può essere considerata alla stregua di un vizio totale o parziale di mente¹¹⁰. Si legge in proposito: «l'infermità mentale ex art. 88 e 89 presuppone l'esistenza di un vero e proprio stato patologico idoneo ad alterare i processi dell'intelligenza e della volontà con esclusione o notevole diminuzione della capacità di intendere e di volere. Ne consegue che esulano da tale nozione sia le anomalie caratteriali non conseguenti ad uno stato patologico, sia agli stati passionali, quali la gelosia, salvo che questa derivi da squilibrio integrante gli estremi della malattia mentale, poiché in quest'ultimo caso lo stato passionale ne costituisce solo la manifestazione»¹¹¹.

La giurisprudenza della Cassazione aderisce al contempo a posizioni più flessibili, riconoscendo quantomeno la possibilità che le componenti impulsive rilevino sul piano dell'infermità di mente: «gli stati emotivi e passionali i quali, in forza dell'art. 90 c.p., non escludono né diminuiscono l'imputabilità, possono, in via eccezionale, influire su questa solo quando, esorbitando dalla sfera psicologica, provochino una infermità mentale, anche transitoria, con disordini e perturbamenti nelle funzioni della mente e della volontà così da eliminare o attenuare la capacità di intendere e di volere»¹¹². Dunque, prima di applicare l'art. 90 c.p., bisognerebbe valutare se il turbamento psicologico in cui incorre il soggetto dipenda da uno stato patologico¹¹³.

Infine la giurisprudenza concorda nel sostenere che l'influenza esercitata dagli stati emotivi e passionali sulla psiche del soggetto debba essere presa in considerazione per la determinazione del trattamento sanzionatorio – passando in tal modo dall'accertamento della capacità di intendere e di volere a quello dell'applicazione della sanzione - sia per la concessioni delle attenuanti

¹⁰⁹ Cass. pen., 21 gennaio 1935, in *Corte d'Assise*, 1995, 205; Cass. pen., 6 febbraio 1948, in *Giur. Compl. Cass. pen.*, 1948, I, 180; Cass. pen., 6 novembre 1948, in *Giur. Compl. Cass. pen.*, 1948, II, 182; Cass. pen., 11 maggio 1950, in *Giur. Compl. Cass. pen.*, 1950, II, 220.

¹¹⁰ Cass. pen., 6 luglio 1938, in *Riv. pen.*, 1938, 1015.

¹¹¹ Testualmente Cass. pen., 5 maggio 1976, in *Mass. dec. pen.*, 1976, 10911.

¹¹² Cass. pen., 22 gennaio 1973, in *Mass. dec. pen.*, 1973, 4123. Nello stesso ordine di idee anche Cass. pen., 4 luglio 1980, in *Mass. dec. pen.*, 1980, 9357, in cui si legge «gli stati emotivi e passionali possono eccezionalmente aver rilievo, ai fini dell'eliminazione o attenuazione della capacità di intendere e di volere, solo quando, esorbitando dalla sfera puramente psicologica, degenerino in un vero e proprio, anche se transeunte, squilibrio mentale, tale da obnubilare o attenuare la coscienza e da paralizzare in toto o notevolmente i freni inibitori e, con essi, la volontà».

¹¹³ Cass. pen., 5 febbraio 1937, in *Giust. pen.*, 1938, II, 129.

normativamente previste, sia per quelle generiche¹¹⁴, ed anche per l'esclusione di circostanze aggravanti¹¹⁵.

La caratteristica comune a tutte le varie pronunce della Cassazione risiede nel convergere sull'irrelevanza delle componenti impulsive nella valutazione dell'elemento soggettivo, nel senso che emozioni o passioni non sono in grado di escluderlo. Ciononostante si rinviene qualche lieve apertura, tesa a collocare il dibattito sull'impulsività in sede di colpevolezza: «una violenta agitazione dell'animo che abbia la sua causa in una reale gravissima situazione di pericolo, e che possa ritenersi anormale in coloro che vengono a trovarsi in situazioni del genere, deve indurre il giudice a tenere conto della fortissima diminuzione del potere di riflessione che da essa deriva, per stabilire se effettivamente vi sia stata imprudenza o negligenza punibile, versandosi fuori del campo regolato dall'art. 90 c.p.»¹¹⁶

8. L'intervento giurisprudenza di legittimità: la sentenza “Raso” delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 8 marzo 2005, n. 9163

Quanto affermato nei paragrafi precedenti in merito ai complessi rapporti tra imputabilità e componenti impulsive della condotta rappresenta il contesto storico-normativo in cui si erge una nota presa di posizione della Corte di Cassazione¹¹⁷. L'oggetto della pronuncia non investe direttamente gli stati emotivi e passionali, dal momento che esplora più da vicino la potenziale rilevanza dei gravi disturbi della personalità ai fini dell'infermità mentale, come causa di esclusione dell'imputabilità *ex artt. 88 e 89 c.p.*

Tuttavia la cd. sentenza «Raso» costituisce a tutti gli effetti un punto cruciale per la trattazione, poiché, per la sua trasversalità, approfondisce questioni di più ampio

¹¹⁴ «Gli stati emotivi o passionali, i quali non escludono né diminuiscono l'imputabilità, possono essere considerati dal Giudice ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche, influenzando essi sulla misura della responsabilità penale». Passo ripreso da Cass. pen., 15 novembre 1982, in *Mass. dec. pen.*, 1983, 2897.

¹¹⁵ Cass. pen., 11 maggio 1950, in *Giur. Compl. Cass. pen.*, 1950, II, 226.

¹¹⁶ Cass. pen., 31 ottobre 1952, in *Giust. pen.*, 1953, II, 609.

¹¹⁷ Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, in *Cass. pen.*, 2005, 1851 ss.

respiro, dal concetto di infermità al sapere scientifico nel processo penale, dai rapporti tra imputabilità e colpevolezza al volto costituzionale della prima¹¹⁸.

Le Sezioni Unite, con il presente intervento, sono chiamate ad esprimersi in merito al concetto di infermità. Nel determinare la portata da assegnare a questa locuzione, le Sezioni Unite approcciano la questione in via decisamente estensiva e, interpretando le norme del codice penale disciplinanti l'imputabilità alla stregua di un aperto rinvio all'innovazione scientifica¹¹⁹, costruiscono un concetto di infermità di natura più psicologica, che non medica, in grado di includervi così anche i gravi disturbi della personalità.

Il tutto è riassunto nel principio di diritto enunciato: «Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i disturbi della personalità, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di «infermità», purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriale o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di infermità»¹²⁰.

Prima di districarsi nei meandri della questione, il Supremo Collegio affronta la categoria dell'imputabilità e la sua posizione della teoria del reato.

Storicamente, la dogmatica ha inteso l'imputabilità secondo una duplice accezione¹²¹: quale elemento o presupposto del giudizio di colpevolezza, od

¹¹⁸ In argomento FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 1851; COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 420; BERTOLINO, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, 212; PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, *ivi*, 248; FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, *ivi*, 257; PAVAN, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata dalle SS. UU. 25.1.2005 n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi di personalità*, in *Ind. pen.*, 2008, 307.

¹¹⁹ PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità*, *cit.*, 248. Usa l'espressione «elemento normativo extragiuridico scientificamente incerto» BERTOLINO, *Empiria e normatività*, *cit.*, 212.

¹²⁰ Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, *cit.*

¹²¹ Sul punto si tornerà più avanti.

altrimenti in quanto personale condizione di assoggettabilità a pena¹²². La seconda impostazione, avvalorata dalla collocazione della categoria nel libro quarto del libro primo del codice penale, dedicato al reo, concepisce l'imputabilità come una qualifica soggettiva dell'agente, uno *status* personale che lo renderebbe potenzialmente destinatario della sanzione penale.

Le Sezioni Unite aderiscono invece alla prima teoria: l'imputabilità diviene «propedeuticità soggettiva rispetto al reato»¹²³ e presupposto e componente essenziale del giudizio di colpevolezza, affianco a dolo e colpa. In linea con i confini tracciati dalla sentenza 364/1988 della Consulta, la cd. «capacità di colpevolezza» è da intendersi nella triplice prospettiva di «principio costituzionale, di categoria dommatica del reato, di presupposto e criterio guida della sanzione penale»¹²⁴.

Se, con riferimento al principio di colpevolezza, si è più volte ribadita la necessità che il soggetto, per poter essere rimproverato, debba potersi concretamente conformare alla norma, una valutazione non dissimile attiene all'accertamento dell'imputabilità del soggetto agente¹²⁵. Questi deve cioè trovarsi nelle condizioni naturalistiche di poter orientare la propria condotta secondo le pretese dell'ordinamento, e di discernere l'illecito dal consentito. Ciò implica di conseguenza prendere in considerazione eventuali disturbi psichici, in grado di escludere o diminuire le facoltà psichiche e volitive, anche se non di natura patologica¹²⁶.

In una prospettiva di prevenzione speciale, e nel rispetto del principio costituzionale di colpevolezza, occorre dunque prendere in considerazione tutte le componenti soggettive incidenti sulla condotta, sulla determinazione a delinquere e sull'attitudine psico-fisica del soggetto ad osservare il contenuto della norma penale – potenzialmente alterabile mediante anomalie anche non patologiche – e per quanto ciò possa esser sinonimo di collisione con le istanze di prevenzione

¹²² PAVAN, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza*, cit., 309.

¹²³ Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*. «Il collegamento psichico fra fatto e autore, comunque necessario per dar senso alla risocializzazione, ancora una volta non può che essere visto nella possibilità che il soggetto aveva di agire altrimenti al momento del fatto commesso».

¹²⁶ COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, cit., 435.

generale. Altrimenti, prescindere nell'accertamento dell'imputabilità dall'innovazione scientifica, implica assecondare una concezione general-preventiva da cui può sorgere il rischio di legittimare la comminatoria della sanzione penale nei confronti di un soggetto che, al momento di commissione del fatto, non era in grado di normalmente autodeterminarsi¹²⁷. Anche la categoria dell'imputabilità si inserisce a pieno titolo nella più generale tematica dei delicati rapporti tra garanzie individuali ed esigenze prevenzionistiche, eppure, quanto illustrato finora, impone di tenere a mente quelle condizioni personali che possano aver inciso sulla capacità di intendere e di volere.

L'imputabilità può così definirsi concetto normativo, il cui contenuto viene a delinearsi secondo conoscenze di natura extra-giuridica, che rappresenta il presupposto del rimprovero di colpevolezza, ed oramai tendente ad identificarsi alla naturalistica capacità di intendere e di volere.

Approfondita la seguente "questione preliminare", si può esaminare più da vicino l'oggetto della decisione, ovverosia il legame fra infermità e disturbi della personalità da un punto di vista normativo. La precedente giurisprudenza sull'argomento era divisa secondo due orientamenti: il primo definito «medico organicista» ed il secondo «giuridico»¹²⁸.

La prima tendenza giurisprudenziale sostiene che nel concetto di infermità mentale possano rientrare esclusivamente le malattie mentali in senso stretto. In questa categoria non sarebbero dunque contemplate quelle malattie senza basi anatomiche o prive di lesione organiche: le anomalie psichiche sarebbero soltanto alterazione caratteriali, incapaci di tradursi in vizi di mente e senza presentare insufficienze cerebrali originarie o dovute a danni cerebrali permanenti.

L'infermità mentale sarebbe viceversa unicamente quella avente una radice patologica, in grado di escludere o grandemente scemare le facoltà psichiche. Le anomalie psichiche, tra le quali anche i disturbi della personalità, sarebbero semplici alterazioni della personalità, e appartenerebbero dunque alla categoria degli

¹²⁷ *Ivi*, 433.

¹²⁸ Sul punto si segue la ricostruzione prospettata da FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità, cit.*, 1877.

stati emotivi e passionali: applicabile pertanto la corrispondente disciplina stabilita dall'art. 90 c.p.¹²⁹.

Di questo primo orientamento viene a formarsi una più flessibile declinazione, quella cd. «nosografica», secondo la quale nel concetto di infermità possono confluire quelle alterazioni mentali riconducibili ad una patologia clinicamente accertata ed etichettata come tale dalla nosologia psichiatrica. Tutto ciò che non può essere qualificato come «patologico» non è infermità, e non ha pertanto alcuna rilevanza giuridica per gli artt. 88 e 89 c.p.

Di segno decisamente antitetico si presenta la seconda corrente giurisprudenziale, che critica la prima impostazione per un approccio eccessivamente rigoroso e formale. Qui il concetto di infermità viene esteso fino ad includervi tutti gli aspetti della personalità del soggetto, di carattere sia fisiologico che psicologico, astrattamente idonei ad incidere sulla capacità di intendere e di volere al momento del fatto. Sposando una nozione di infermità più ampia di quella medica, il predetto concetto finisce così per prescindere da una stretta classificazione psichiatrica del disturbo mentale.

Nel procedimento di accertamento della capacità di intendere e di volere, secondo questo orientamento della giurisprudenza di legittimità, non è più necessario andare alla ricerca di una patologia conclamata e considerata come tale dalla scienza psichiatrica. Il giudice è piuttosto chiamato a verificare, caso per caso, la concreta capacità di autodeterminarsi secondo il diritto. Dunque non soltanto le malattie mentali in senso stretto incidono sull'imputabilità, ben potendo questa essere esclusa o diminuita al ricorrere di una serie di anomalie psichiche non patologiche, purché in grado, per la loro intensità, di menomare la capacità di autodeterminazione¹³⁰.

¹²⁹ Cass. pen., sez. I, 25 marzo 2004, in *C.E.D. Cass.*, n. 227926; Cass. pen., sez. VI, 7 aprile 2003, *ivi*, n. 225560; Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2003, *ivi*, n. 225231; Cass. pen., sez. V, 19 novembre 1997, *ivi*, 209681; Cass. pen., sez. I, 20 ottobre 1997, *ivi*, n. 208929; Cass. pen., sez. I, 4 aprile 1995, *ivi*, n. 201735; Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 1991, *ivi*, n. 190728; Cass. pen., sez. I, 22 dicembre 1986, *ivi*, n. 175175; Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1986, *ivi*, n. 173950.

¹³⁰ Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2003, in *C.E.D. Cass.*, n. 226006; Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1991, *ivi*, n. 187953; Cass. pen., sez. I, 22 aprile 1997, *ivi*, n. 207825; Cass. pen., sez. I, 9 aprile 2003, *ivi*, n. 224809; Cass. pen., sez. I, 29 settembre 1989, *ivi*, n. 175252; Cass. pen., sez. I, 4 marzo 1997, *ivi*, n. 207228.

La fondamentale divergenza fra i due orientamenti descritti può cogliersi più agevolmente con riferimento al modo di concepire, ai fini del giudizio di imputabilità, le cd. «reazioni a corto circuito»¹³¹. Secondo il primo, queste non possono incidere sulla capacità di intendere e di volere, poiché sono espressione di un turbamento psicologico che non è correlato ad alcuna patologia, ma dipendente da cause emotive o passionali (art. 90 c.p.); l'indirizzo giuridico ammette viceversa una loro rilevanza sull'imputabilità, «incidendo soprattutto sull'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità di optare per la condotta adatta al motivo più ragionevole e di resistere, quindi, agli stimoli degli avvenimenti esterni»¹³².

Nel caso di specie le Sezioni Unite mostrano di aderire all'orientamento «giuridico», che trova un favorevole riscontro anche nella giurisprudenza di merito¹³³.

L'infermità verrebbe così a costituire un concetto di natura aperta, che prescinde dalla malattia mentale in senso stretto per ammettere qualsiasi alterazione psicologica incidente sulla capacità di intendere e di volere: gli artt. 88 e 89 c.p. «non circoscrivono il proprio rilievo alle sole infermità psichiche, ma estendono la loro previsione anche alle infermità fisiche che a quello stato di mente possono indurre»¹³⁴.

¹³¹ Il fenomeno è descritto da PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 93. «A livello psicopatologico il fenomeno viene per lo più descritto come un'esagerata reazione ad accadimenti o sentimenti di vita nella quale mentre il tono emotivo si amplia, oscillando tra stati di accensione o esasperazione, e il confine noetico si restringe travalicando la volizione per approdare a stati primitivi collerici e distruttivi, scatta una carica esplosiva incoercibile che conduce all'atto come risposta a una cieca necessità istintiva o a un impulso egosintonico o egodistonico oppure come conseguenza di istante deliranti o allucinatorie.

¹³² Così Cass. pen., sez. I, 22 aprile 1997, in *C.E.D. Cass.*, n. 207825. Dalla premessa di ordine generale la giurisprudenza si mostra poi relativamente divisa tra una pluralità di criteri, che oscillano tra quello dell'intensità del disturbo, a quello del valore di malattia o del nesso eziologico.

¹³³ Testualmente G.i.p. Trib. Milano, 24 ottobre 2003, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 469 ss. «Se la riduzione della capacità di intendere e di volere è grande diventa ben difficile immaginare che la piccola quota residua riesca a governare la condotta in modo davvero libero»; con riferimento poi alle classificazioni contenute nel *DSM-IV*, «pur quasi ignorate dalla nostra giurisprudenza, possono costituire un decisivo strumento per interpretare il concetto altrimenti vuoto di incapacità di intendere o di volere purché si abbia ben chiaro che l'infermità di cui parlano gli artt. 88 e 89 c.p. è concetto ben più ampio rispetto a quello di malattia psichica potendo in essa rientrare le psicopatie, alcune psiconevrosi e anche disturbi clinicamente non definibili che tuttavia abbiano inciso significativamente sul funzionamento dei meccanismi intellettivi o volitivi del soggetto».

¹³⁴ Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit.

Il microsistema codicistico dedicato all'imputabilità abbraccia una nozione di infermità più estesa di quella di «malattia», accogliendo le istanze della più moderna psichiatria, che riconosce una potenziale rilevanza, sulle facoltà psichiche e volitive, anche ai disturbi atipici e della personalità in genere¹³⁵. L'infermità mentale è così in grado di contemplare anche i disturbi della personalità¹³⁶.

Questi sono assimilati a quell'insieme dei tratti della personalità che provocano un disagio significativo nel funzionamento sociale e nella capacità di lavoro¹³⁷, e vengono classificate da parte della scienza psichiatrica nel *genus* delle psicopatie¹³⁸.

Secondo il Supremo Collegio i disturbi della personalità possono integrare un'infermità mentale ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., qualora siano di una consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere. In forza di tutte queste caratteristiche, la relativa anomalia deve determinare «una situazione di assetto psichico incontrollabile e

¹³⁵ COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità di mente*, cit., 443.

¹³⁶ PAVAN, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza*, cit., 336.

¹³⁷ COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità di mente*, cit., 428. La Cassazione ne stabilisce la concreta idoneità «ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere».

¹³⁸ Una dettagliata descrizione dei disturbi della personalità è fornita da FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, cit., 1873 ss. Testualmente l'Autore: «Una definizione più o meno condivisa di cosa sia il disturbo della personalità è contenuta nel *Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali* (DSM-IV), realizzato dall'*American Psychiatric Association* nel 1994 e punto di riferimento per gli psichiatri». Tra i vari disturbi mentali dell'adulto il DMS-IV annovera: disturbi d'ansia (attacchi di panico, fobie), disturbi dell'umore (depressioni, disturbi bipolari), disturbi dell'alimentazione, disturbi sessuali, disturbi somatoformi, disturbi dissociativi, schizofrenia e disturbi psicotici, dipendenza da sostanze (alcool e stupefacenti) ed infine i disturbi della personalità. Su questi ultimi ancora l'Autore: «i disturbi della personalità rientrano nella più ampia categoria delle psicopatie, distinta da quella delle psicosi, che la scienza psichiatrica considera come vere e proprie malattie mentali, in quanto comportano la perdita dei confini dell'Io come compromissione importante della cognizione della realtà, caratterizzata da deliri e allucinazioni della cui natura patologica il soggetto non ha consapevolezza. Le psicopatie, invece, sono considerate come modelli abituali di esperienza interiore e di comportamento che deviano sensibilmente rispetto alle aspettative di cultura dell'individuo e che coinvolgono la capacità di interpretare se stessi e gli altri, l'adeguatezza alla risposta emotiva, il controllo degli impulsi e il funzionamento interpersonale. Nel DSM-IV il disturbo della personalità viene considerato un «modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative della cultura dell'individuo», pervasivo ed inflessibile, stabile nel tempo e che «determina disagio e menomazione». Quando è costante si evidenzia in «un'ampia gamma di situazioni personali e sociali e si manifesta in almeno due delle seguenti aree: cognizione, affettività, funzionamento interpersonale o controllo degli impulsi». I tratti di personalità diventano disturbi di personalità solo «quando sono inflessibili e maladattivi». I disturbi della personalità sono suddivisi in varie sottocategorie, che comprendono il disturbo paranoide, il disturbo schizotipo, il disturbo antisociale, il disturbo istrionico, il disturbo narcisistico, il disturbo ossessivo/compulsivo e il disturbo dipendente di personalità».

ingestibile [...] che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi»¹³⁹.

Rinnegando una concezione formalista di infermità, ed in favore della necessità di verificare caso per caso l'intensità del disturbo, l'anomalia non deve più rispondere ad una precisa categorizzazione psichiatrica. Quel che si perde nella forma, deve comunque essere compensato dalla realtà fattuale: occorre sempre accertare che il disturbo della personalità sia stato in grado di incidere sulle facoltà psichiche e volitive del soggetto alla stregua di una patologia, pregiudicandole totalmente o lasciandole scemare grandemente.

Al contempo viene ribadita la necessità del nesso eziologico fra il disturbo della personalità e la condotta penalmente rilevante. Ciò implica che il fatto deve essere la risultanza diretta dell'anomalia psichica¹⁴⁰. Il fine di questo presupposto restrittivo si identifica con l'intento di escludere o diminuire la capacità di intendere e di volere unicamente per quelle circostanze in cui riecheggia un'effettiva alterazione delle componenti psico-fisiche del soggetto, evitando così un'eccessiva dilatazione della categoria delle cause di esclusione dell'imputabilità¹⁴¹.

Nel quadro così delineato il Supremo Collegio ricorda che gli stati emotivi e passionali, *ex art. 90 c.p.*, possono rilevare in quanto sintomatici di una delle anomalie psicologiche che presentano le citate caratteristiche, qualora portino ad un'estrema «compromissione dell'Io»¹⁴².

La presente pronuncia, sebbene non si occupi in via principale delle componenti impulsive della condotta, rappresenta un fondamentale contributo per la trattazione. Rinnegando una concezione semplicistica dell'imputabilità, quale semplice condizione personale dell'agente, la capacità di intendere e di volere normativamente intesa viene intesa in quanto presupposto del rimprovero di colpevolezza, affinché questo sia modulato secondo le particolari condizioni soggettive di ciascuno, in una dimensione special-preventiva della pena¹⁴³. Per

¹³⁹ Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit.

¹⁴⁰ *Ibidem*. «È necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo».

¹⁴¹ FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, cit., 1885.

¹⁴² Cass. Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit.

¹⁴³ PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, cit., 248.

quanto, dunque, il concetto di imputabilità ne esca inevitabilmente esteso, non più vincolato ad una rigida classificazione medica, seppur con il conseguente pericolo di una dilatazione dell'area di discrezionalità, lo stesso si focalizza più incisivamente sul rapporto eziologico e motivazionale fra reato e *status* del soggetto agente¹⁴⁴.

9. Gli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza

Tutto quel che precede consente ora di affrontare la possibile rilevanza da riconoscere alle componenti emotive e passionali della condotta nel giudizio di rimproverabilità personale. Come si è già anticipato, peraltro, la categorica statuizione dell'art. 90 c.p., ineludibile sul piano ermeneutico, ha fatto sì che la dottrina penalistica spostasse il campo d'indagine dalla sua originaria collocazione – ovvero la capacità di intendere e di volere – in favore dell'elemento soggettivo del reato, per una completa valorizzazione della dimensione impulsiva dell'individuo nell'accertamento della responsabilità penale, e, specularmente, per attenuare la portata applicativa della predetta disposizione. Ebbene, proprio con riguardo all'intento di approcciare la questione da un differente angolo visivo, sono state sollevate una serie di obiezioni, per superare le quali è opportuna una breve introduzione di carattere generale sulla categoria dell'imputabilità.

L'imputabilità, nel suo tradizionale significato, è la possibilità giuridica di riconoscere un fatto come prodotto dell'operato di un soggetto, ed in quanto presupposto per l'attribuzione, nei suoi confronti, delle corrispondenti conseguenze normative¹⁴⁵. La capacità di intendere e di volere attiene invece all'entità naturalistica concernente l'insieme delle facoltà intellettive e volitive di un soggetto¹⁴⁶. Il piano fenomenico può, in alcuni casi, divergere da quello normativo: esemplare di questa discrasia è proprio l'art. 90 c.p.

In questa prospettiva, secondo una risalente concezione¹⁴⁷, l'imputabilità sarebbe requisito per l'applicabilità delle norme che disciplinano gli elementi di natura psicologica (il riferimento immediato è all'art. 42 c.p.). Da questo assunto

¹⁴⁴ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 89.

¹⁴⁵ MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, 64 ss.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 106 ss.

dovrebbe desumersi che tutto ciò che non può essere preso in considerazione in sede di imputabilità, non potrebbe di conseguenza assurgere ad oggetto di valutazione per l'accertamento della colpevolezza del soggetto. La preclusione degli stati emotivi e passionali per la capacità di intendere e di volere, stante l'art. 90 c.p., si riverserebbe sul terreno della rimproverabilità personale.

Porre la questione sul piano della colpevolezza, per un eventuale incidenza degli stati emotivi e passionali, implicherebbe aggirare lo sbarramento designato dal legislatore, mutuando la prospettiva ma non il fulcro del divieto¹⁴⁸. Quest'impostazione non può essere condivisa per ragioni di natura logico-sistematica.

In prima battuta, l'art. 90 c.p. si riferisce esclusivamente all'irrelevanza degli stati emotivi e passionali per quanto concerne l'imputabilità. La disposizione dispiega la propria efficacia con unico riferimento all'accertamento della capacità penale, mentre, logicamente, non osta in alcun modo a valutare l'incidenza di un'intensa carica emotiva o passionale per il giudizio di colpevolezza¹⁴⁹. Dunque la presenza di un impulso che sia tale da alterare drasticamente la normale formazione della volontà potrebbe escludere, *ex art.* 42 primo comma c.p., l'elemento psicologico del reato¹⁵⁰.

In proposito è stata sollevata una questione che richiama i rapporti fra imputabilità e colpevolezza. Infatti, nel momento in cui si afferma che il soggetto fosse imputabile al momento del fatto, si dice anche che egli agisse con coscienza e volontà¹⁵¹. L'accertamento della capacità di intendere e di volere – ovvero dell'imputabilità – precede temporalmente l'esame della relazione psicologica fra autore e fatto: imputabilità e colpevolezza sono legate da un rapporto di reciproca interdipendenza¹⁵².

¹⁴⁸ RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 79.

¹⁴⁹ *Ivi*, 80.

¹⁵⁰ VANNINI, *Ancora degli stati emotivi e passionali*, cit., 319 ss. L'Autore è il primo studioso, tra i tanti che si sono occupati della questione, ad aver sostenuto la possibile incidenza degli stati emotivi e passionali sul piano della colpevolezza. Afferma in proposito: «certe verità si indagano meglio chiudendo gli occhi e scrutando nell'intimo della coscienza nostra anziché spalancandoli dinanzi ai tavoli di un istituto biologico o sulle memorie di Clinica».

¹⁵¹ FIERRO CENDERELLI, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1339. Così facendo si incorrerebbe nel rischio di confondere tra loro coscienza e volontà da una parte e capacità di intendere e volere dall'altra.

¹⁵² RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 83.

Il che potrebbe reputarsi corretto qualora si accogliesse una concezione psicologica della colpevolezza, secondo la quale questa si compone della sola riferibilità psichica del fatto al soggetto agente, ovvero della coscienza e volontà di quanto addebitato all'autore. In netta antitesi con l'oramai universalmente accolta concezione normativa della colpevolezza. Il rimprovero di colpevolezza investe tutte le componenti personali rilevanti nel caso concreto, pertanto al fianco dell'imputabilità debbono essere valutati tutti i fattori esterni che possono alterare il processo formativo del volere, ed in grado così di escludere l'elemento soggettivo del reato¹⁵³.

Le due indagini - coscienza e volontà da una parte, capacità di intendere e volere dall'altra – vanno perciò necessariamente tenute distinte. L'imputabilità, come mostra anche la recente presa di posizione delle Sezioni Unite, è un presupposto della responsabilità penale¹⁵⁴, relativo ad uno stato psicologico differente dall'elemento soggettivo del reato¹⁵⁵.

L'accertamento dell'imputabilità non si estende così fino a considerare le componenti personali – tra le quali quelle impulsive – che prendono parte alla formazione del volere. Gli stati emotivi e passionali possono elidere il disvalore soggettivo del fatto, prescindendo dall'imputabilità¹⁵⁶, per incidere direttamente sul grado di rimproverabilità del soggetto¹⁵⁷: «una situazione psicologicamente anomala può incidere sul giudizio di colpevolezza sotto forma di inesigibilità o ridotta inesigibilità del comportamento doveroso»¹⁵⁸.

¹⁵³ *Ivi*, 84.

¹⁵⁴ In conformità ad una prospettiva costituzionalmente orientata. Così FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 409.

¹⁵⁵ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 107. L'Autore afferma sul punto: «non si vede come possa ritenersi che la disposizione dell'art. 90, vietando di valutare gli stati emotivi e passionali ai fini dell'imputabilità, non consenta di riprenderli poi in esame nell'ambito dell'art. 42 c.p., come causa di esclusione della colpevolezza. Sarebbe illogico estendere l'irrelevanza all'elemento psicologico del reato».

¹⁵⁶ *Ivi*, 108.

¹⁵⁷ VENEZIANI, *Motivi*, cit., 311. L'Autore richiama il parametro dell'esigibilità della condotta lecita per valutare, in senso scusante, l'impatto di stati emotivi e passionali sulla formazione del volere. In tal senso l'art. 90 c.p. non rappresenterebbe un ostacolo.

¹⁵⁸ Testualmente PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 108. Similmente anche MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 163 ss, «un'emozione o una passione non incide sempre sulla facoltà di autodeterminazione dell'uomo e sulla sua intelligenza, vale a dire sulla capacità di intendere e di volere, ma non impedisce di dar rilievo ad un significato che per la forza psicologica di questi stati d'animo possa incidere sul disvalore dell'azione determinando una diminuzione della pena».

In quanto circostanze concomitanti anomali, le componenti impulsive possono comportare un'alterazione motivazionale sulla volontà del soggetto, in guisa da ridurre il grado di esigibilità della condotta doverosa¹⁵⁹ e la dominabilità dell'azione¹⁶⁰. Con riferimento al giudizio di colpevolezza, le componenti emotive e passionali implicano la possibilità di rimproverare il soggetto per non aver attivato i propri freni inibitori, evitando di cedere all'impulso.

Un attento esame dell'incidenza che questi impulsi possono esercitare sulle facoltà intellettive e volitive dell'individuo si presenta certamente complesso, poiché impervia è la strada per un procedimento di astrazione e generalizzazione normativa della componente più volatile dell'animo umano. Ciononostante, un coefficiente minimo di diversificazione, nella valutazione di casi tra loro diversi, ad imporlo è lo stesso principio di colpevolezza: il legislatore «non può – in realtà – esigere da chiunque [...] ed allo stesso modo, in qualunque situazione emotiva, la medesima capacità di autocontrollo, e di inibizione dei motivi antisociali, perché ciò urta contro la necessità – in un'ottica costituzionalmente orientata – di garantire un'effettiva personalizzazione del rimprovero giuridico-penale»¹⁶¹.

Una potenziale efficacia in chiave scusante delle componenti impulsive della condotta richiama la distinzione, già esaminata con riguardo alle cause di esclusione della colpevolezza¹⁶², fra necessità ed opportunità di scusare.

Nel primo caso verrebbero a mancare gli stessi presupposti affinché potesse esigersi dal soggetto agente il controllo dell'impulso insorto. L'opportunità di scusare viceversa implica la possibilità, per il soggetto, di non cadere in preda alle proprie emozioni o passioni, attivando le proprie capacità di autocontrollo. Tuttavia, al ricorrere di un irrefrenabile impulso incidente sulla volontà, è una concezione materiale della colpevolezza a suggerire al legislatore, considerando circostanze concomitanti anomale e soprattutto l'attitudine psico-fisica del soggetto, di escludere la responsabilità.

¹⁵⁹ VENEZIANI, *Motivi*, cit., 313.

¹⁶⁰ FIERRO CENDERELLI, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali*, cit., 1340.

¹⁶¹ Così VENEZIANI, *Motivi*, cit., 313.

¹⁶² *Supra*, Cap. I par. 7.

Si tratta di situazioni di «necessità imperfetta»¹⁶³, in cui mancano tutte le caratteristiche tipiche della costrizione, ciononostante la formazione del volere è alterata da impulsi tra loro in conflitto per ragioni di coscienza o di dovere, in guisa da considerare il fatto non meritevole di pena.

In una prospettiva *de iure condendo* il tutto potrebbe avvenire facendo affidamento su presunzioni legali, ovvero parametri oggettivi come quelli cui ricorrono gli artt. 307 terzo comma c.p. e 418 terzo comma c.p., in quanto esemplari ipotesi di *affectio parentalis*; altrimenti mediante una combinazione di elementi obiettivi e del corrispondente riflesso psicologico di questi nella psiche del soggetto, come avviene nel caso dell'ipotesi di errore od eccesso nelle cause di giustificazione; ed infine enfatizzando il turbamento emotivo che, nel caso di specie, incide fatalmente sulla volontà del soggetto determinandolo alla commissione dell'illecito penale, come nel caso disciplinato dall'art. 599 secondo comma c.p.¹⁶⁴.

Le riflessioni di carattere generale svolte finora conducono dunque ad ammettere la possibilità di valutare il riflesso che le componenti impulsive dell'animo giocano sulla formazione della volontà nel giudizio di colpevolezza. Prima di approfondire le modalità con cui gli stati emotivi e passionali possono dialogare con l'istanza personalistica del rimprovero, si esaminano le soluzioni che la prima dottrina ad essersi soffermata sulla questione ha prospettato.

Una prima impostazione¹⁶⁵, secondo la quale gli stati emotivi e passionali possono causare una falsa percezione della realtà esteriore, si sviluppa a partire da una decisione della giurisprudenza di merito, per cui: ««se il legislatore recisamente esclude all'art. 90 la rilevanza degli stati emotivi o passionali ai fini di escludere o diminuire l'imputabilità, non formula analogo divieto in materia di elemento soggettivo, onde è da ritenersi che per essi vigano i principi generali che reggono la disciplina dell'elemento soggettivo del reato. Per ciò ben può configurarsi l'ipotesi di stati emotivi o passionali che, determinando una falsa rappresentazione

¹⁶³ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 323.

¹⁶⁴ Ivi, 206.

¹⁶⁵ Per tutti SINISCALCO, *Considerazioni sugli stati emotivi e passionali e loro rilevanza giuridica*, in *Giur. Ital.*, 1952, II, 327. Secondo l'Autore è «logicamente possibile prendere in considerazione il problema della rilevanza degli stati emotivi e passionali nei riguardi della volontà colpevole».

della realtà, incidono nell'elemento soggettivo in modo da escluderlo totalmente e da togliere al comportamento della gente il carattere di reato, per mancanza dell'elemento subbiiettivo»¹⁶⁶.

Di conseguenza l'elemento psicologico del reato viene escluso in quanto, alterata la corretta percezione della realtà esterna in presenza di un impulso, il soggetto incorre in un errore di fatto, disciplinato dall'art. 47 c.p. Per quanto la norma riconosca rilevanza soltanto l'errore scusabile, non potrebbe considerarsi responsabile quel soggetto che ha mancato di uniformarsi al precetto: la componente emotiva o passionale rappresenterebbe in questo senso un vero e proprio impedimento¹⁶⁷.

A questa potenziale sistemazione delle componenti impulsive nell'ambito della teoria dell'errore si è obiettato che fra stato emotivo e passionale e l'esimente in questione si frapponga un'ontologica differenza.

L'azione compiuta in stato di errore implica, per quanto la percezione sia alterata, una condotta cosciente e volontaria che si rivela poi essere divergente da quella originariamente voluta dal soggetto. Viceversa nell'azione dettata da ragioni emotive o passionali non si rinviene quel processo di formazione del volere alterato da un'erronea rappresentazione delle cose¹⁶⁸. In questo caso vi è un turbamento psicologico che certamente deve essere valutato in sede di colpevolezza, ma senza scomodare la figura dell'errore, che è concetto ben differente.

Altro percorso dogmatico che è stato intrapreso – alquanto utopico, che si riporta se non altro per completezza espositiva ed attinenza alla tematica trattata – riprende la dottrina della non esigibilità¹⁶⁹. Coerentemente con l'originaria elaborazione del principio di inesigibilità, questo sarebbe espediente per realizzare un più elevato spirito di giustizia, in funzione di una più specifica individualizzazione delle circostanze dell'agire, e potrebbe legittimare un'estensione in via analogica delle cause di esclusione della colpevolezza, tra le quali gli artt. 54 e 384 c.p. Ambedue le disposizioni, nel segno di una situazione di

¹⁶⁶ Trib. Saluzzo, 23 gennaio 1952, in *Giur. Ital.*, 1952, II, 328.

¹⁶⁷ BONGIORNO, *Il delinquente per tendenza e il delinquente passionale*, cit., 290.

¹⁶⁸ RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 90.

¹⁶⁹ Teoria avanzata da BONGIORNO, *Il delinquente per tendenza e il delinquente passionale*, cit., 296, il quale aderisce all'impostazione, già ampiamente approfondita, di Scarano.

necessità, scusano quelle condotte illecite compiute “a mente fredda”, ragion per cui, logicamente, dovrebbero ampliare la propria operatività fino ad includervi anche quelle condotte intrise da una particolare carica emotiva o passionale.

Poiché gli stati emotivi e passionali incidono sulla formazione della volontà alla stregua di circostanze concomitanti anomale, si è sostenuto, questi escluderebbero il rimprovero di colpevolezza per inesigibilità della condotta doverosa¹⁷⁰.

Una causa scusante risultante dalla media aritmetica fra principio di inesigibilità – nel suo stato embrionale – ed alterazione psicologica dovuta alle componenti impulsive della condotta, non può essere accolta. In primo luogo riecheggerebbero la miriade di obiezioni mosse alla teoria della non esigibilità, concettualmente ancor più inafferrabile se al relativo giudizio si affiancano le componenti soggettive per definizione, in guisa da eccedere i margini della discrezionalità per finire nel libero arbitrio giudiziario. Ed inoltre sarebbe pressoché inimmaginabile delineare un criterio generale ed astratto di questa portata, dal momento che ai propri impulsi ciascuno risponde secondo modalità aprioristicamente non determinabili. Tuttalpiù, come si tenterà di dimostrare più avanti, non esigibilità della condotta e componenti impulsive, eventualmente combinate fra loro, possono rilevare nel giudizio di colpevolezza in quanto condizioni personali che, congiuntamente agli elementi su cui si fonda il rimprovero, rendono impossibile o comunque difficile assumere la condotta lecita. Da qui ad un'esclusione della colpevolezza legittimata unicamente su una valutazione di inesigibilità della condotta per turbamento emotivo o passionale il passo è ben più lungo.

Infine, si è avanzata la possibilità di escludere la responsabilità penale del soggetto, in presenza di stati emotivi o passionali, attraverso un'estensione analogica dell'esimente della forza maggiore¹⁷¹. Questa configura un evento naturale o umano incidente sull'agente e contro la sua libera volontà¹⁷², tale da escluderla completamente per l'intensità con cui si manifesta. La forza cioè «deve incidere sul comportamento del soggetto passivo così gagliardamente da

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 112 ss.

¹⁷² DE MARSICO, *Diritto penale, Parte Generale*, Napoli, 1937, 154.

trascinarlo, *invitus*, al delitto», senza «renderlo *perinde ac cadaver* e da degradarlo ad uno strumento materiale, abolendo senz'altro il concetto di azione»¹⁷³

Considerando l'ammissibilità del procedimento analogico per le cause di esclusione della responsabilità¹⁷⁴, l'intensità dell'emozione o della passione che avvolge l'animo del soggetto può essere comparata a quella causa, esterna o umana, indipendente da egli, che elide coscienza e volontà della condotta. Mutuando dalle scienze psicologiche, infatti, alcuni impulsi, eccedenti l'ordinario, possono assumere i contorni di una «causa di costrizione psicologica dal carattere irresistibile»¹⁷⁵. Lungi dall'integrare un'energia materiale, gli stati emotivi e passionali potrebbero comunque travolgere la volontà del soggetto, alla stregua della figura della forza maggiore.

Nonostante evidenti affinità fra la forza maggiore e gli stati emotivi e passionali, questa soluzione non ha ottenuto il consenso necessario tale da imporsi nel panorama dogmatico, in ragione, da una parte, del timore di reintrodurre una fattispecie simile alla «forza irresistibile», e dall'altra di un'antitetica differenza di fondo tra le due figure.

Infatti, per quanto l'accadimento che integra la forza maggiore e l'impulso irresistibile che avvolge il soggetto possano comportare il medesimo turbamento emotivo, la forza maggiore rimane una forza esteriore, estrinseca alla volontà del soggetto e da lui indipendente¹⁷⁶; perciò ben diversa dalla natura prettamente "interiore" di emozioni e passioni, che rimangono esplicita manifestazione della volontà dell'individuo. Pertanto, mancando nelle componenti impulsive il presupposto tipico della forza maggiore, ovvero l'esteriorità della forza, viene meno la stessa possibilità di legittimare il procedimento analogico.

¹⁷³ Citazione di Maggiore ripresa da RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 113.

¹⁷⁴ *Supra*, Cap. II, par. 3.1

¹⁷⁵ Così RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 115. L'Autore ritiene che la *ratio* ispiratrice della norma sia propria la cd. «forza irresistibile».

¹⁷⁶ FIERRO CENDERELLI, cit., 1342.

10. Le componenti impulsive della condotta secondo la prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza

L'efficacia preclusiva dell'art. 90 c.p. ai fini del giudizio di colpevolezza, per quanto si sia tentato di dimostrarne l'infondatezza dogmatica, ha seriamente comportato una sottovalutazione, se non un vero e proprio svilimento, della categoria dell'impulsività umana nell'accertamento della responsabilità penale.

La fredda affermazione della disposizione ha finito per elevare uno scoglio nella prospettiva di un ulteriore passo del principio di colpevolezza in senso personalistico, rispetto al quale appare «senza dubbio incompatibile»¹⁷⁷.

La prassi giudiziaria è infatti orientata a riconoscere un significato pressoché irrilevante agli stati emotivi e passionali per quanto concerne l'*an* della responsabilità. L'incidenza di questi sul comportamento del soggetto rileva piuttosto al fine esclusivo della concessione delle attenuanti generiche¹⁷⁸

Il paragrafo che precede, congiuntamente alla concezione dell'imputabilità cui hanno aderito le Sezioni Unite, è indicativo di come le componenti impulsive della condotta e la loro rilevanza sulle facoltà intellettive e volitive, siano concetto ben diverso da una loro potenziale incidenza sulla formazione del volere, e dunque sull'elemento psicologico del reato.

Il realismo penale, finalità ma ancor prima criterio di orientamento per l'attuazione dell'individualizzazione del rimprovero di colpevolezza, impone di rivalutare questa categoria. Altrimenti, sposando tendenze di segno contrario, si accetta il rischio, più volte evocato, di legittimare una concezione del diritto penale il cui nucleo risiede in un fotogramma dell'essere umano, piuttosto che nella figura dell'uomo in "carne ed ossa". Colui che, fra emozioni e passioni da una parte e raziocinio dall'altra, tra componenti impulsive e componenti compulsive a costituire il proprio archetipo strutturale, reclama di essere valutato nella sua integrità.

Alla stregua di tutto ciò, e prescindendo per un istante da quel che simbolicamente ha rappresentato l'art. 90 c.p., ovvero una "soglia di sbarramento", in omaggio alla sentenza 364/1988, con cui, sostanzialmente, la Consulta accoglie

¹⁷⁷ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 98.

¹⁷⁸ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 344.

la concezione normativa della colpevolezza, le componenti impulsive possono rilevare in sede di accertamento dell'elemento soggettivo quali circostanze concomitanti anomale, che debbono essere prese in considerazione come tutte le altre caratteristiche soggettive rilevanti per il caso concreto. In tal modo, mediante un esame di tutte le componenti personali, tra le quali rientrano anche quelle impulsive, si tratta di stabilire se dal soggetto, in quelle particolari condizioni psico-fisiche, potessi esigersi di agire diversamente¹⁷⁹.

Un principio di colpevolezza che si mostra essere attento anche alla sfera emotiva dell'individuo è sinonimo di una valutazione del fatto che diviene espressione della sua libertà del volere, e non mero accertamento della relazione materiale autore-fatto. Tutto ciò implica infatti ricercare un elemento psicologico costruito anche sulle componenti impulsive dell'agire¹⁸⁰, mediante un'indagine a tutto campo nella psiche del soggetto e del suo procedimento motivazionale.

Ammessa dunque la rilevanza degli stati emotivi e passionali nel giudizio di rimproverabilità, imposta dal principio costituzionale di colpevolezza, si possono valutare le modalità che, nel corso del tempo, sono state ipotizzate per una valorizzazione della categoria, nella ricostruzione della determinazione del volere e di tutto ciò ne rappresenta il contorno.

11. Cenni sul concetto di precolpevolezza

Il rimprovero di colpevolezza nei confronti di una condotta a sfondo emotivo o passionale si fonda sul non avere il soggetto esercitato i propri poteri di autocontrollo – i cd. “freni inibitori” – cedendo all'impulso, che sfocia così nella commissione di un fatto penalmente illecito. In situazioni contrassegnate da elevata intensità come le seguenti, in grado perfino di escludere la capacità di intendere e di volere, un normale processo di autodeterminazione può aversi soltanto nel momento in cui il soggetto comincia a percepire i sintomi dell'insorgere dell'impulso o, tutt'al più, quando si trova a doverlo gestire. Può accadere infatti che il soggetto sia in grado di controllarsi esclusivamente nel momento anteriore alla condotta penalmente rilevante¹⁸¹.

¹⁷⁹ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 199.

¹⁸⁰ *Ivi*, 202.

¹⁸¹ BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 136.

Un concetto interessante per una sistemazione delle componenti impulsive, mutuato dalla scienza penalistica tedesca, potrebbe identificarsi nella cd. «precolpevolezza» (*Vorverschulden*), orientata proprio ad enfatizzare l'istante di estrinsecazione del fattore scatenante, che diviene l'oggetto principale della valutazione, con conseguente affermazione di responsabilità nel caso in cui questo potesse essere evitato¹⁸².

Con il termine «precolpevolezza» non si intende un elemento che va a comporre la struttura del reato, e nemmeno un'autonoma figura dogmatica. L'espressione viene impiegata per sintetizzare quell'insieme di situazioni nelle quali «l'imputazione di un evento tipico è collegato anche a un comportamento che precede cronologicamente la condotta tipica che produce direttamente tale evento»¹⁸³ o ancora in cui «il rimprovero di colpevolezza può appuntarsi soltanto su circostanze che esistono al di fuori del vero e proprio sviluppo del fatto tipico, poiché al momento del fatto tipico non sussiste alcuna colpevolezza»¹⁸⁴.

Questa concezione, che presenta notevoli affinità con l'istituto tipico dell'imputabilità della *actio libera in causa*¹⁸⁵, implica la possibilità di scindere idealmente il reato in due momenti: nel primo si individua la condotta conforme al tipo, rispetto alla quale tuttavia il soggetto non risulta essere colpevole, ad esempio perché non imputabile; ed il momento anteriore, quello che precede la commissione del fatto, in cui il soggetto è motivabile – *id est* rimproverabile – ed è considerato responsabile poiché avrebbe potuto evitare la condotta illecita¹⁸⁶.

Il giudizio di precolpevolezza si incentra dunque su tutte quelle condizioni che precedono il fatto costituente reato, rispetto al quale viceversa colpevolezza non vi è. In queste situazioni il rimprovero si fonda sul non avere il soggetto

¹⁸² PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 202.

¹⁸³ Citazione del tedesco Neumann ripresa da BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 191.

¹⁸⁴ *Ibidem*. Citazione questa di Hettinger.

¹⁸⁵ Stabilisce in proposito l'art. 92, secondo comma c.p., in deroga al principio generale stabilito dall'art. 85 della necessaria corrispondenza temporale fra imputabilità e commissione del fatto: «se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata»; ed analoga disciplina si estende al caso di sostanze stupefacenti. In situazioni di questo genere il soggetto, al momento di commissione del fatto, si trova in uno stato di incapacità di intendere e di volere intenzionalmente causato. Per evitare di mandarlo esente da pena, si identifica un margine di volontà nel momento in cui il soggetto decide di porsi nel relativo stato: «l'azione è libera in causa appunto perché l'agente aveva il potere di porsi o non porsi in condizione d'incapacità». Così FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 362.

¹⁸⁶ Così BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 192.

correttamente gestito il fattore scatenante – cedendo allo stesso – od ancora, nel non essere stato in grado di prevenire la situazione *ex ante*, potendo egli evitarla¹⁸⁷. Logicamente, qualora non potesse pretendersi dal soggetto di controllare l'impulso insorto, la responsabilità dovrebbe essere esclusa.

Il concetto di precolpevolezza costituisce una deroga al generale principio della necessaria correlazione tra l'elemento psicologico e la commissione del fatto, stabilito dall'art. 42 c.p., proprio perché, come visto, in quell'istante, egli non è colpevole. La carenza di approfondimento della tematica si giustifica dunque per una potenziale tensione con il principio *nullum crimen sine culpa*¹⁸⁸, oltretutto nel timore di permettere un regresso *ad infinitum* nelle precedenti scelte del soggetto, in guida da assecondare un diritto penale dell'atteggiamento interiore¹⁸⁹

Un'ipotesi che astrattamente potrebbe essere ricondotta al *genus* della precolpevolezza è la colpa per assunzione¹⁹⁰. Si tratta di situazioni nelle quali un soggetto, titolare di un certo livello di capacità professionali ed esperienza, assume un determinato ruolo che non è oggettivamente in grado di rivestire, in quanto

¹⁸⁷ PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., 404.

¹⁸⁸ *Ivi*, 403.

¹⁸⁹ In proposito FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, cit., 421 ss. «Un problema di grande rilevanza pratica si pone invece quando si tratti di individuare la misura in cui un dato più latamente personale può esser preso in considerazione per definire i disvalori di atteggiamento psicologico. È chiaro che un diritto penale, che guardi allo specifico fatto generatore della responsabilità, non esclude che in qualche misura il giudizio della stessa dominabilità risalga a momenti precedenti in cui il soggetto poteva formarsi un corredo di informazione e/o di abilità pratiche che avrebbero permesso di fronteggiare quel singolo fatto. [...] Per cogliere come il problema si ponga in maniera decisiva basti pensare all'accertamento di elementi quali la coscienza della condotta ai sensi dell'art. 42 c.p. e la rappresentabilità del precetto penale, nei cui confronti bisogna appunto chiedersi in qual misura il soggetto potesse effettivamente rappresentarsi un significato della condotta anche in rapporto ai suoi possibili esiti. Il che rimanda evidentemente ad informazioni pregresse. Non sembra dubbio che non si possa imputare all'agire presente carenze del tutto remote che abbiano perso una "connessione" specifica e storicamente apprezzabile con l'attualità del condursi. Anche perché, altrimenti, si lastricherebbe l'incidere dell'uomo di ostacoli insormontabili e perciò arbitrari. Un diritto penale orientato verso il fatto singolo è orientato anche verso la condotta dell'uomo per come appare secondo le diverse fasi della sua esistenza, esigendo dal medesimo solo quello che può chiedergli in rapporto a quelle diverse fasi. Per non mutilare irrimediabilmente ogni ulteriore possibilità di libero sviluppo del soggetto, cioè, la legge non può imputargli manchevolezze ormai "strutturali" [...], pur influenti e magari in maniera penetrante sul presente, ma che non è pensabile che il soggetto fosse obbligato a riparare prima di realizzare la condotta origine dell'evento criminoso. Si tratta cioè di volta in volta, rispetto ai singoli casi, di individuare cosa esattamente la legge potesse umanamente esigere dal soggetto, tenendo conto di quello che egli ormai è divenuto. Ove non si tratti di attività per lui assolutamente precluse (come potrebbe accadere per le attività "professionali"), potrebbe trattarsi di attività esplicabili solo in certi limiti perché comunque implicanti un pericolo dominabile solo in forza di specifiche abilità [...] o di certe informazioni».

¹⁹⁰ Sul punto BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza*, cit., 177; PIVA, *Le componenti impulsive*, cit., 410.

eccedente le sue competenze¹⁹¹. Si attinge da questo concetto poiché, altrimenti, mediante una valutazione personalizzata della responsabilità colposa, attenta pertanto alle condizioni soggettive dell'agente, questi non potrebbe essere considerato colpevole per la mancanza delle capacità necessarie ad osservare la regola di condotta.

Nel rispetto del principio di colpevolezza, comunque, al fianco della oggettiva violazione della norma cautelare bisogna verificare se il soggetto fosse effettivamente in grado di percepire il carattere della predetta violazione, ovvero se potesse rendersi conto che l'attività espletata non rientrasse nelle sue abilità¹⁹². In termini di doppia misura della colpa, il momento oggettivo è già integrato nell'istante in cui il soggetto non è tecnicamente idoneo allo svolgimento dell'attività; cui si aggiunge l'elemento psicologico del reato, nei confronti del soggetto che non fosse a conoscenza del proprio *deficit* rispetto al parametro richiesto¹⁹³. Al fine di eludere un rimprovero nei termini di una colpa per assunzione, in conclusione, il soggetto dovrebbe astenersi dall'espletamento di un'attività per la quale non è preparato.

Per concludere la breve parentesi sul punto, nonostante le obiezioni sollevate, il concetto di precolpevolezza rappresenta una modalità alternativa con cui valutare l'incidenza delle componenti impulsive sull'agire. Piuttosto che sull'impulso in quanto tale, infatti, l'attenzione si focalizza sulla precedente fase della percezione e conseguente gestione dell'impulso, in cui il soggetto mantiene un maggiore livello di lucidità ed una più elevata capacità di orientarsi secondo il diritto.

12. Le componenti impulsive della condotta come causa di esclusione della coscienza e volontà della condotta

Per quanto concerne l'accertamento dell'elemento psicologico, si può prendere in considerazione la possibilità che le componenti impulsive incidano già a livello di tipicità soggettiva del reato, in quanto causa di esclusione della *suitas*¹⁹⁴.

¹⁹¹ DE FRANCESCO, *I fondamenti*, cit., 436.

¹⁹² *Ivi*, 437.

¹⁹³ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 291.

¹⁹⁴ Sul punto FERRANTE, *La «suitas» nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010.

Il concetto di azione penalmente rilevante è infatti stabilito dall'art. 42 primo comma c.p., in forza del quale la condotta deve essere sorretta da coscienza e volontà. L'azione che interessa al diritto penale è, dunque, caratterizzata dall'imprescindibile carattere teleologico della volontà¹⁹⁵, per esclusivi impulsi di natura cosciente¹⁹⁶, divenendo «volizione cosciente dell'attività tipica»¹⁹⁷.

Conseguentemente il requisito della *suitas* può essere eliso nelle ipotesi di atti istintivi, automatici o riflessi, i quali possono essere causati anche dall'insorgere di impulsi di natura emotiva o passionale. Si pensi, ad esempio, alle reazioni automatiche dell'organismo dovute a sentimenti di terrore o spavento per eventi imprevisti. In situazioni di questo tipo si afferma che, più di "azione", debba parlarsi di "non azione"¹⁹⁸, in quanto viene a mancare proprio la stessa coscienza della condotta: «il movimento corporeo è dovuto a processi che, svoltisi nella parte più intima della personalità, sono passati in esecuzione senza attraversare la zona lucida della psiche»¹⁹⁹.

Per quanto determinati atti possano essere *ab origine* controllati, mediante l'attivazione delle proprie facoltà intellettive, e potrebbe pertanto ravvisarsi un impulso cosciente, vi sono tuttavia circostanze in cui il soggetto non contempla neanche, nella sua coscienza, la possibilità del compimento dell'atto. I primi sarebbero ancora espressione della volontà del soggetto, seppur nella sua inerzia, rinvenibile nell'ultimo dei comportamenti rispetto ai quali divenga poi impossibile adempiere all'obbligo²⁰⁰; mentre i secondi non potrebbero essere evitati in alcun modo, poiché eccedenti i poteri di controllo del soggetto²⁰¹.

Secondo una tradizionale impostazione, cosciente e volontaria sarebbe quella condotta che risulta essere espressione della personalità del soggetto, di una manifestazione del cd. "Io" nella realtà circostante. Gli atti involontari, della specie di quelli menzionati, potrebbero rientrare nel disposto dell'art. 42 c.p. qualora si

¹⁹⁵ BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960, 61; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 341.

¹⁹⁶ FROSALI, *L'errore di diritto nella teoria del diritto penale*, cit.,

¹⁹⁷ L'espressione è di ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, cit., 128.

¹⁹⁸ MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., 203.

¹⁹⁹ ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 342.

²⁰⁰ GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001, 8 ss.

²⁰¹ Questa distinzione è accolta da ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 343.

possa affermare che, su quella condotta, il soggetto abbia mantenuto un margine della propria dominabilità²⁰². Movimenti involontari, reazioni abnormi, *raptus* e più in generale ogni reazione improvvisa dovuta ad un evento dalla forte carica emotiva sono così azioni di natura incosciente, rispetto alle quali non appare esigibile un controllo interiore²⁰³.

Esemplari per questa prospettazione dogmatica si rivelano essere le figure di colpa incosciente, ovvero senza previsione dell'evento, correlate a riflessi fisici o automatici che si traducono nella violazione di una regola di condotta. Il carattere illecito della condotta si individua proprio per non avere osservato quel parametro di diligenza per cui il soggetto avrebbe dovuto assumere un comportamento diverso, o ancora di esercitare i propri poteri di controllo e non abbandonarsi a movimenti riflessi²⁰⁴. La domanda, per questo genere di circostanze, è: «sono sempre esigibili le pretese normative che hanno per oggetto il compimento o l'astensione da determinate attività riflesse, oppure vi sono determinate circostanze anomale in presenza delle quali una reazione, benché «errata», non appare più riprovevole?»²⁰⁵.

Le azioni riflesse, piuttosto che quelle automatiche, sono spesso la reazione a stati di terrore o spavento, o ancora riconducibili a determinati malori, in guisa da prendere il sopravvento su tutte le altre facoltà intellettive, ridurre drasticamente la propria capacità di attenzione, ed elidere così coscienza e volontà della condotta²⁰⁶. Per impiegare una formula oramai ricorrente nel presente lavoro, questi atti possono definirsi “circostanze concomitanti anomale”, in tal caso interne la psiche del soggetto, che alterano il procedimento motivazionale e pregiudicano l'attitudine

²⁰² ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., 57 ss.

²⁰³ Così PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 217. L'Autore sottolinea peraltro che questo espediente sarebbe permesso nonostante la preclusione dell'art. 90 c.p. che, come detto, si riferisce esclusivamente all'accertamento della capacità di intendere e di volere.

²⁰⁴ MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 208.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ *Ivi*, 213. Testualmente l'Autore: «per lo spavento provocatogli ad esempio da uno sciame d'api che entra nell'abitacolo della sua autovettura, un automobilista – durante un comportamento di guida completamente automatico – reagisce insensatamente deviando da destra verso sinistra sino ad occupare la corsia opposta della strada, dove va ad urtare con una macchina proveniente in senso inverso, il cui conducente muore nell'urto. In un caso del genere, la violazione della regola scritta di diligenza che imponeva di marciare sulla destra, è incontestabile, com'è incontestabile che la violazione è stata realizzata con una attività riflessa: basta però questa contestazione per esaurire l'iter dell'imputazione per colpa, oppure si può riconoscere all'automobilista «un momento di terrore» come «scusante» per quella violazione?»

psico-fisica del soggetto al punto da rendere inesigibile l'osservanza della regola di condotta.

In talune circostanze l'insorgere dell'evento scatenante può essere astrattamente prefigurato dal soggetto, nei confronti del quale sorge dunque l'obbligo di non intraprendere la corrispondente attività pericolosa, quanto di interromperne immediatamente lo svolgimento. Altre volte, al contempo, il soggetto non può concretamente prevedere la perdita delle proprie capacità. La contingenza esterna è così intensa ed improvvisa da rendere la violazione della regola cautelare un atto necessitato²⁰⁷.

Un fondamento normativo, per escludere la colpevolezza del soggetto in questo genere di situazioni, può essere rinvenuto proprio nel primo comma dell'art. 42 c.p., analogamente a quanto si è detto con riguardo al principio di inesigibilità²⁰⁸.

Sul punto dunque: «attraverso il rinvio cioè operato dalla clausola dell'art. 42 c.p. a quelle circostanze che, secondo consolidate regole di esperienza tracciate dalle scienze psicologiche, fanno venir meno o rendono più difficile, se presenti, la normale possibilità psico-fisica dell'agente-tipo di evitare di agire nel modo «errato» in cui ha agito»²⁰⁹.

A titolo esemplificativo può ricordarsi un noto caso di cronaca giudiziaria riguardante l'infanticidio commesso da un padre ai danni del proprio figlio neonato focomelico²¹⁰. Appresa la notizia della deformazione del bambino, e di tutte le conseguenze che ne sarebbero derivate in ambito familiare, il soggetto si trovò in un vero e proprio smarrimento della coscienza, al punto da agire in modo del tutto automatico, e definito dai giudici di merito come un «vero e proprio sconcerto psichico», tale da comportare un «momento fondamentale di rottura nel continuum esistenziale». Al fine di pervenire ad un esito assolutorio, considerata la preclusione sugli stati emotivi e passionali sancita dall'art. 90 c.p., ed evitando di richiamare una patologia che avrebbe altrimenti imposto l'applicazione della misura di

²⁰⁷ *Ivi*, 224.

²⁰⁸ *Supra*, Cap. 2, par. 7.

²⁰⁹ Testualmente MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 227.

²¹⁰ La breve esposizione del caso è ripresa da FERRANTE, *La «suitas» nel sistema penale italiano*, cit., 158 ss.

sicurezza, l'organo giudicante attinse dal primo dell'art. 42 c.p., sostenendo che il soggetto avesse agito senza i requisiti della coscienza e volontà della condotta.

Il caso giudiziario riportato, e quanto di teoria generale che precede, avvalorano la possibilità di un'incidenza delle componenti impulsive della condotta già sul piano della *suitas*, per elidere a priori qualsiasi disquisizione sull'elemento psicologico del reato. Per l'intensità con cui si manifestano in talune circostanze, gli stati emotivi e passionali possono rilevare a tal punto sul processo motivazionale del soggetto, in guisa da escludere completamente la possibilità di addebitare la proprietà dell'azione alla coscienza e volontà del soggetto agente. Il tutto risulta peraltro dogmaticamente permesso dal fatto che il primo comma dell'art. 42 c.p. si riferisce ad uno stato psicologico differente da quello attinente alla capacità di intendere e di volere, in conformità con la concezione dell'imputabilità che si è precedentemente descritta.

13. Le componenti impulsive fra accertamento del dolo eventuale e misura soggettiva della colpa

L'influenza degli impulsi emotivi e passionali sulla condotta penalmente rilevante può rappresentare un ausilio nel complesso accertamento del dolo eventuale, e del conseguente *discrimen* rispetto alla figura della colpa con previsione. La questione è stata recentemente risolta dalle Sezioni Unite nel noto caso "*ThyssenKrupp*"²¹¹.

Il concetto di dolo eventuale, secondo il pensiero del Supremo Collegio, implica comunque, sebbene la figura sia marginale nella teoria del dolo, «un atteggiamento psichico che indichi una qualche adesione all'evento»²¹². Dunque, il confine fra il dolo eventuale e la colpa cosciente è comunque da ravvisarsi nella componente volitiva che caratterizza imprescindibilmente la nozione di dolo, e che viceversa manca nella seconda. Il tratto comune ad entrambe è piuttosto la previsione dell'evento, cioè la componente intellettuale, che comunque è divergente fra le due: «la previsione dell'evento può ben essere diversa nel dolo eventuale e nella colpa cosciente; e ciò costituisce il riflesso della diversità di fondo tra

²¹¹ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343.

²¹² *Ibidem*.

colpevolezza dolosa e colpevolezza colposa. Nel dolo si è in presenza dell'agire umano ordinato, organizzato, finalistico. Un processo intellettuale che, lungamente elaborato o subitaneamente sviluppatosi e concluso, sfocia pur sempre in una consapevole decisione che determina la condotta antigiuridica. [...] Il dolo esprime la più intensa adesione interiore al fatto. [...] Ne consegue che nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice [...]. In breve l'evento deve essere descritto in modo caratterizzante e come tale deve essere oggetto [...] di chiara, lucida rappresentazione; quale presupposto cognitivo perché possa, rispetto ad esso, configurarsi l'atteggiamento di scelta d'azione antigiuridica tipica di tale forma d'imputazione soggettiva»²¹³. Viceversa, la colpa cosciente implica «forme di consapevolezza della sfera fattuale diverse e più sfumate rispetto a quella propria dell'ambito doloso»²¹⁴. La componente intellettuale nella colpa è più vaga e sfumata che nel dolo, pur mantenendo comunque consapevole la violazione della regola di condotta.

Il dolo eventuale, ed è qui che le Sezioni Unite superano definitivamente la teoria dell'accettazione del rischio per "restaurare" l'ineludibile volontà nella nozione di dolo, è sinonimo di accettazione dell'evento: «occorrerà comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta, si sia per così dire confrontato con esso e infine, dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l'eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l'eventualità della causazione dell'offesa»²¹⁵.

Chiarito quello che è attualmente il criterio di orientamento da seguire nel distinguere le due figure, le componenti impulsive possono certamente influire sulla componente intellettuale o volitiva. L'insorgere di un impulso, idoneo ad alterare la corretta percezione del mondo esteriore, può instillare nella coscienza del soggetto un'opaca ed approssimativa rappresentazione della realtà, nella forma della previsione dell'evento; nonché ingenerare maggiore incertezza nella speranza della

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ *Ibidem.*

²¹⁵ *Ibidem.*

mancata verificaione dell'evento lesivo²¹⁶. In sostanza gli stati emotivi e passionali possono contaminare la lucida rappresentazione dell'evento o la piena adesione volontaristica allo stesso caratterizzanti il dolo eventuale, in favore della colpa con previsione.

Nella ricostruzione dell'*iter* psicologico la presenza di impulsi può condurre a quell'atteggiamento ottimistico o fiducioso del soggetto circa la mancata verificaione dell'evento, in guisa da elidere la componente volontaristica, strettamente necessaria ai fini del dolo eventuale.

Il ruolo delle componenti impulsive nella tematica in questione ha sollevato peraltro un interessante punto di vista, secondo cui queste sarebbero perfino in grado di escludere le ipotesi di colpa con previsione, in favore della più mite colpa incosciente. Si afferma in proposito: «si tratta soprattutto di quelle situazioni in cui [...] il soggetto abbia operato sotto l'influenza di una "veemente passione", e non sia stato, pertanto, concretamente in grado di valutare i possibili esiti ulteriori della propria condotta. Chi agisca sotto l'impulso dell'ira, di una forte emozione, di un movente suscitato, *illico et immediate*, dall'incitamento di terzi, non soltanto potrà essere indotto a sottovalutare gli effetti collaterali di certe reazioni, ma, per l'appunto, potrà ben trovarsi nelle condizioni di non prevedere nemmeno il verificarsi di tali risultati, per quanto prevedibili essi potessero considerarsi. [...] L'ipotesi della colpa incosciente verrà, dunque a dipendere [...] dalla mancanza di una sia pur astratta consapevolezza del pericolo del verificarsi dell'evento più grave»²¹⁷.

Per quanto attiene alla responsabilità colposa, l'incidenza delle componenti impulsive può valutarsi con riferimento alla già esaminata questione della misura soggettiva della colpa, e sul punto pertanto ci si sofferma brevemente.

Con soluzione di continuità rispetto a quanto approfondito nel paragrafo precedente, gli impulsi possono comportare reazioni automatiche o ridurre fortemente il coefficiente di attenzione, al punto che i riflettori mentali si concentrino esclusivamente sul fattore scatenante, prescindendo da tutti i pericoli

²¹⁶ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 235.

²¹⁷ DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Il "mistero" del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, a cura di BRUNELLI, Torino, 2014, 153 ss.

insiti nella realtà circostante²¹⁸. L'impulso può quindi alterare l'attitudine psicofisica del soggetto ad osservare la norma di condotta, precludendo la possibilità di riconoscere la situazione pericolosa, quanto di intervenire al fine di evitare l'evento pericoloso: fattori come l'agitazione, la stanchezza, la paura possono indurre il soggetto in errori di tipo cognitivo od esecutivo²¹⁹.

Le componenti impulsive della condotta, al fianco della non esigibilità, potrebbero dunque configurare quelle caratteristiche personali che debbono essere prese in considerazione per l'attuazione della misura soggettiva della colpa, e determinare così il grado di esigibilità della condotta conforme alla norma a contenuto cautelare.

14. Le componenti impulsive fra errore sul fatto, erronea supposizione o eccesso nelle cause di giustificazione

Nonostante la dottrina²²⁰ abbia rigettato l'ipotesi di un'esclusione della responsabilità per errore sul fatto dovuto alla presenza di uno stato emotivo o passionale, è ben noto come l'impulso possa facilmente ingenerare nella coscienza una alterata percezione della realtà, «far apparire come esistente qualcosa che non esiste, può non far vedere o focalizzare qualcosa che invece esiste e, soprattutto, può alterare il giudizio da cui si forma poi il convincimento che spinge l'agente porre in essere una determinata condotta»²²¹. Il che implica valutare se agli stati emotivi e passionali possa riconoscersi qualche spazio nell'ambito di quegli istituti fondati su un'erronea percezione del mondo circostante, ovvero l'errore sul fatto, l'erronea supposizione o l'eccesso nelle cause di giustificazione.

Per quanto riguarda l'errore sul fatto, dunque, l'impulso agisce a livello psicologico portando ad una discrasia tra realtà interna ed esterna, o determinando l'autore a porre in essere la condotta illecita. Ed analoghe considerazioni valgono per quanto concerne l'erronea supposizione di una causa di giustificazione,

²¹⁸ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 245.

²¹⁹ CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 591 ss.

²²⁰ In particolare RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale*, cit., 90.

²²¹ PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 252.

disciplinata dall'art. 59 c.p., secondo cui: «se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui». Uno stato di angoscia, paura, ansia potrebbe instillare nel soggetto la convinzione di trovarsi in una situazione di pericolo, da cui consegue la commissione di un reato che il soggetto suppone, erroneamente, essere compiuto in una situazione di legittima difesa²²².

Venendo all'eccesso colposo nelle cause scriminanti, questo è disciplinato dall'art. 55 c.p., che recita: «quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità, ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

L'istituto prevede che nel caso concreto ricorrono gli estremi obiettivi per una causa di giustificazione, i cui limiti vengono tuttavia oltrepassati dal soggetto, il quale ritiene erroneamente di agire nel lecito²²³. In tal modo, per una divergenza tra l'intenzione originaria del soggetto ed il risultato effettivamente prodotto, ne vien fuori un evento lesivo più grave di quello tollerato.

L'eccesso colposo può contemplare due differenti forme di manifestazione²²⁴. La prima implica un iniziale errore di valutazione, in forza del quale il soggetto reputa necessario agire contro un pericolo in realtà inesistente (*error in intelligendo*). Nel secondo caso vi è invece un errore di esecuzione per cui, materialmente, il soggetto causa un evento diverso da quello voluto per imprudenza, imperizia o negligenza (*error in agendo*)²²⁵.

Nelle ipotesi che sono state esaminate, al ricorrere di un errore inescusabile, il soggetto sarà punibile a titolo di colpa qualora il relativo delitto sia previsto dalla legge nella relativa forma, «sempre che, naturalmente, le sue condizioni

²²² STRANO LIGATO, *Art. 59*, in CRESPI, STELLA ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, 241. L'Autore ricorda un orientamento giurisprudenziale secondo il quale non possa negarsi la configurabilità del dolo qualora la percezione erronea della realtà sia dovuta a fatti non concreti. Questo sarebbe tuttavia contraddetto dal termine «sempre» utilizzato dalla norma, sintomatico dell'intenzione di includere nello spazio di propria operatività anche questo genere di situazioni.

²²³ GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 251.

²²⁴ NUVOLONE, *Le due forme di eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, II, 1949, 804.

²²⁵ *Ibidem*.

psicofisiche non siano state turbate da far venir meno la colpa»²²⁶. In questi casi dunque all'impulso potrebbe riconoscersi un'efficacia scusante per l'alterazione motivazionale causata nell'animo del soggetto, al punto da non potersi esigere una condotta differente.

²²⁶Così MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV ed., Milano, 1965, 123.

CAPITOLO QUARTO

LA PROSPETTIVA PERSONALISTICA DEL GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA FRA LEGISLAZIONE RECENTE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Il principio di colpevolezza e le cause scusanti nei recenti progetti di riforma del codice penale. – 2. Il banco di prova della prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza: la legge 26 aprile 2019, n. 36 per una riforma della legittima difesa e dell'eccesso colposo. – 3. Alcune riflessioni. La prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza tra studio comparatistico e prospettive di riforma.

1. Il principio di colpevolezza e le cause scusanti nei recenti progetti di riforma del codice penale

Nel corso dell'elaborato si è approfondito l'esame della tendenza personalistica del giudizio di colpevolezza, quale naturale conseguenza dell'intervento della Consulta con la sentenza n. 364/1988, per una piena applicazione del disposto del primo comma dell'art. 27 Cost. L'attenzione si è poi focalizzata sulle concrete modalità con cui questo atteggiamento possa essere attuato, attraverso una valutazione della eventuale non esigibilità della condotta doverosa, ed un ampliamento dell'oggetto del rimprovero, esteso anche alla componente impulsiva dell'agire umano.

Finora, dunque, la trattazione ha assunto un carattere prevalentemente dogmatico, relativo all'astratta possibilità di ammettere una più accentuata individualizzazione delle caratteristiche personali del soggetto agente.

Si tratta, nella fase conclusiva del presente lavoro, di verificare se le premesse esposte abbiano ricevuto l'avallo da parte del diritto vivente, per ergersi a punto di riferimento per il legislatore nei più recenti interventi nel campo del diritto penale.

A tal proposito, una conferma del "nuovo" principio di colpevolezza di natura costituzionale trova riscontro nei recenti progetti di riforma del codice penale, in particolare nel cd. «Progetto Pagliaro», per la redazione di uno schema di legge delega per un nuovo codice, e nel progetto della Commissione presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso. In ambedue le circostanze i più autorevoli studiosi hanno tentato – seppur invano – di adeguare l'ordinamento penalistico alle garanzie

della Carta fondamentale, talvolta disattese dalla tuttora presente impronta autoritaria del codice Rocco. Un ruolo di primo ordine, in questo processo di rinnovamento, è stato riservato al principio di colpevolezza: «uno dei principi fondamentali ed inderogabili di garanzia del diritto penale»¹.

Entrambi i progetti condividono l'intenzione di sposare un concetto di responsabilità che sia sinonimo di rimproverabilità per fatto proprio colpevole, con la conseguente eliminazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva, rispetto alla quale la Corte Costituzionale non ne aveva esplicitamente stabilito l'incompatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale.

L'obiettivo si concreta nella omessa previsione di una disposizione analoga a quella del terzo comma dell'art. 42 c.p.², nel segno di un rimprovero di colpevolezza che nella psicologica riferibilità del fatto al proprio autore identifica la propria imprescindibile caratteristica: «escludere qualsiasi forma di responsabilità incolpevole, prevedendo due sole forme di imputazione: il dolo e la colpa»³. In proposito l'art. 25 del Progetto Grosso, rubricato coerentemente con quanto precede «Responsabilità colpevole», afferma: «la colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale».

Di conseguenza, il Progetto Pagliaro ed il Progetto Grosso non prevedono più, in quanto criterio di imputazione soggettiva, il modello preterintenzionale; il Progetto Grosso, inoltre, non ripropone più i necessari presupposti della coscienza e volontà della condotta, in quanto implicitamente desumibili dal principio di colpevolezza⁴.

¹ Comm. Grosso, *Rel. Art. (2001)*.

² «La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione».

³ Art. 12 Comm. Pagliaro, *Rel. Bozza. Art.*

⁴ Comm. Grosso, *Rel. Art. (2001)*. Testualmente: «esigere la coscienza e la volontà della condotta come presupposto indispensabile di ogni forma di responsabilità penale aveva senso in un sistema che prevedeva la responsabilità oggettiva, una forma di responsabilità che, per essendo "altro" rispetto al dolo e alla colpa, presupponeva pur sempre la realizzazione di una condotta cosciente e volontaria; enunciato il principio di colpevolezza, e cioè una responsabilità necessariamente ancorata alla presenza del dolo o della colpa, è implicito che la condotta dovrà essere cosciente e volontaria, secondo i contenuti propri dell'uno o dell'altra. Ugualmente inutile è prevedere il caso fortuito, la forza maggiore, ed il costringimento fisico. Il primo non significa altro se non la mancanza di colpa, il mancato insorgere della responsabilità penale in caso di forza maggiore e di costringimento fisico è a sua volta implicito nell'enunciazione del principio di colpevolezza».

Il principio di rimproverabilità del soggetto per fatto colpevole viene ribadito anche sul versante concorsuale, relativamente all'art. 116 c.p. per le ipotesi di responsabilità anomala per taluno dei concorrenti.

Il Progetto Pagliaro costruisce questa tipologia di responsabilità introducendo, quale indispensabile coefficiente psicologico, quantomeno, la prevedibilità dell'evento, e la condotta penalmente rilevante del soggetto concorrente viene configurata in quanto agevolazione per l'atto criminoso degli altri concorrenti (la rubrica dell'art. 28, dedicato alla fattispecie in questione, recita «Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto»)⁶. Il Progetto Grosso afferma la responsabilità del concorrente a titolo colposo, se il delitto commesso sia espressamente disciplinato nella corrispondente forma: anche in tal caso deve necessariamente sussistere la relazione psicologica fra fatto e concorrente, almeno nella forma colposa⁷.

I due progetti, nel rimodulare i vari istituti di teoria generale del reato, condividono la medesima prospettiva di fondo. Si è detto, nel momento in cui si sono esaminate le caratteristiche essenziali della tendenza personalistica⁸, che il principio di colpevolezza e la sua attuazione dipendono anche dall'elaborazione di una categoria di cause di scusa, in quanto componenti negative del giudizio di responsabilità personale. Fra i due progetti vi è una discrasia che riguarda proprio la previsione delle cause scusanti escludenti la colpevolezza, categoria cui il progetto Pagliaro dedica ampio approfondimento, contrariamente al progetto

⁵ «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle meno grave»

⁶ Comm. Pagliaro, *Rel. Bozza. Art.* Si legge sul punto: «si sono in proposito distinte due ipotesi, una generale, l'altra speciale. In termini generali (art. 29.1), la realizzazione di un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti può essere a questo imputato obbiettivamente, soltanto se il suo contributo abbia assunto carattere di agevolazione. Soggettivamente, la responsabilità non può essere che di natura colposa (qualora della colpa sussistano gli estremi). [...] Dall'ipotesi generale è stato distinto (art. 29.2) il caso in cui il reato commesso (e non voluto da taluni) ricomprenda in se il reato voluto. [...] In questa eventualità, è corretto, secondo il principio di colpevolezza, che il concorrente risponda senz'altro del reato da lui voluto [...] con un congruo aumento di pena se il reato più grave effettivamente realizzato risulta per lui prevedibile».

⁷ Comm. Grosso, *Art. (2001)*. L'art. 45, rubricato «Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti», stabilisce: «se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questi ne risponde quando il reato sia a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come reato colposo. Se oltre al reato diverso risulta commesso anche il reato voluto, si applicano le norme sul concorso di reati».

⁸ *Supra*, Cap. I, par. 7.

Grosso, che viceversa aderisce alla tendenza più rigorosa tipica del codice Rocco, fedele alla dimensione oggettiva delle cause di giustificazione.

Il Progetto Pagliaro infatti, nel tentativo di superare la categoria unitaria delle «cause di non punibilità» del codice Rocco, riconosce espressamente la categoria dogmatica delle cause scusanti all'art. 17, dal titolo «cause soggettive di esclusione della responsabilità». Rispetto alle cause di esclusione di colpevolezza lo schema di riforma sostiene che trattasi di situazioni «caratterizzate dalla presenza di un elemento soggettivo incompatibile con una colpevolezza o rimproverabilità del soggetto agente»⁹.

La disposizione contemplava quattro cause scusanti: l'ordine illegittimo non sindacabile della Pubblica Autorità, sempre che la criminalità dell'ordine non sia manifesta o comunque nota all'esecutore; l'ordine di un privato rivestito di un'autorità specificamente riconosciuta dalla legge, quando l'ordine si riferisce ad attività inerenti al rapporto di dipendenza e l'agente confidi ragionevolmente nella sua liceità; la necessità cogente, nella ipotesi che il soggetto abbia commesso il fatto per salvare sé od altra persona a lui legata da speciali vincoli affettivi, dal pericolo attuale, non altrimenti evitabile né volontariamente causato, di morte o di danno grave all'integrità fisica o alla libertà personale o sessuale, purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso; affidamento nel consenso altrui, qualora il fatto sia commesso nell'interesse proprio, ma l'agente ragionevolmente confidi che il titolare del bene disponibile avrebbe consentito¹⁰.

Meritevoli di attenzione sono principalmente le ipotesi dell'ordine criminoso insindacabile e della necessità cogente, entrambe sottese al principio di inesigibilità.

La prima è così distinta dalla figura dell'adempimento del dovere, *ex art. 51 c.p.*, e prevede una causa di esclusione della responsabilità nel caso di ordini illegittimi vincolanti, con il limite della manifesta criminalità dell'ordine o della

⁹ *Relazione sullo schema di riforma del codice penale*, in *Documenti Giustizia*, 1992, n. 3, 313.

¹⁰ Passo ripreso da FORNASARI, *La categoria delle scusanti nella prospettiva di riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2000, 114. L'Autore evidenzia peraltro la necessità di introdurre una disposizione di carattere generale che disciplini l'imputazione soggettiva delle scusanti, così da riconoscere al giudice il potere di accertare l'intensità del turbamento psicologico del soggetto.

sua conoscenza da parte dell'esecutore¹¹. Qualora il soggetto versi in una situazione di incertezza relativa alla illiceità dell'ordine, che possa essere superata attraverso un'efficace attività informativa, omessa in presenza di un'alterazione motivazionale, si propende per l'inesigibilità della condotta doverosa¹².

La fattispecie invece definita di «necessità cogente» accoglie le istanze dogmatiche che da tempo reclamavano l'opportuna distinzione fra stato di necessità “giustificante”¹³ e “scusante”¹⁴, in guisa da poter includere nella seconda quelle situazioni che non coincidono con tutti i requisiti previsti dalla corrispondente forma scriminante¹⁵. L'interesse per questa scusante della letteratura penalistica, il cui rinnovato interesse per le cause di esclusione del rimprovero è legato proprio a quella tendenza personalistica proclamata dalla sentenza 364/1988, è ulteriore indizio della universale propensione per una concezione normativa della colpevolezza¹⁶.

Una previsione di questo genere non può che rievocare la tematica della non esigibilità. In una concezione “scusante”, infatti, lo stato di necessità si focalizza non sugli interessi in conflitto tra loro, bensì sui fattori psicologici che incidono sulla formazione del volere del soggetto¹⁷. Più propriamente, dunque, la disposizione avrebbe potuto rappresentare quella tanto ricercata base normativa per

¹¹ CAVALIERE, *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1478.

¹² *Ivi*, 1493.

¹³ Questo viene riproposto all'art. 16 n. 4, secondo cui la scriminante ricorre nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito per salvare, da un pericolo inevitabile e non volontariamente causato, un interesse personale proprio od altrui superiore a quello sacrificato. Sul punto BOSCARRELLI, *Osservazioni, specie in tema di esimenti, su un recente “schema di delega legislativa” per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 57. L'Autore fornisce una potenziale formula da adottare per la descrizione della fattispecie: «esercita un potere giuridico il soggetto che realizza un fatto di reato necessario per sventare il pericolo attuale, incombente sul soggetto stesso o su altri che a lui sia legato da speciali vincoli affettivi, di un pregiudizio grave a un interesse concernente un attributo della persona umana in quanto tale, quando il pericolo non sia altrimenti sventabile, non sia stato causato, consapevolmente o con colpa grave, da chi vi soggiaccia, e sempreché il pregiudizio necessario perché il pericolo venga sventato non sia eccessivo rispetto al pregiudizio di cui sussista il pericolo».

¹⁴ Conferma sul punto FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, 365.

¹⁵ Sulla distinzione fra le due figure Cap. II, par. 6.

¹⁶ CAVALIERE, *Riflessioni dommatiche e politico-criminali*, cit., 1479.

¹⁷ MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*»? , cit., 308.

la legittimazione della teoria della non esigibilità, sebbene l'assunto potesse essere contraddetto dal requisito dell'equivalenza fra interesse salvato e quello offeso¹⁸.

La carica innovativa, sul versante delle cause scusanti, di cui è portatore il progetto Pagliaro, viene contraddetto dal successivo progetto Grosso, come detto, coerente con l'originaria impostazione del codice Rocco. Questa tendenza è avvalorata sia dalla mancata adozione di una disposizione analoga a quell'art. 17 che aveva caratterizzato il progetto Pagliaro, disciplinante le cause di esclusione della colpevolezza; indice peraltro del non avere questa potenziale riforma del codice confermato la bipartizione dello stato di necessità, viceversa elemento di evidente rottura nel progetto precedente. Nel progetto Grosso lo stato di necessità è descritto infatti, all'art. 34, nella medesima forma dell'attuale art. 54 c.p., il che è sintomatico della netta preferenza per le cause di giustificazione rispetto alla categoria delle cause scusanti.

Come è noto, i due progetti di riforma del codice sono rimasti tali, senza condurre all'avvento di un nuovo codice penale. Ciononostante, per le motivazioni che sono state illustrate, entrambi sono la dimostrazione di come il principio di colpevolezza nella sua prospettiva personalistica, sottesa al primo comma dell'art. 27 Cost., sia penetrato nella coscienza penalistica, al punto da elevarsi a caposaldo per quel procedimento di "costituzionalizzazione" dei criteri di imputazione soggettiva. Inoltre, da un punto di vista concettuale, i due progetti di riforma hanno comunque rappresentato un importante punto di riferimento da cui il legislatore ha potuto attingere per le più recenti riforme nel campo del diritto penale¹⁹.

2. Il banco di prova della prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza: la legge 26 aprile 2019, n. 36 per una riforma della legittima difesa e dell'eccesso colposo

L'istanza personalistica trova il suo più esplicito riconoscimento normativo nella recente riforma della legittima difesa, con specifico riguardo all'eccesso colposo incolpevole. Con l'aggiunta dell'espressione «grave turbamento emotivo», infatti,

¹⁸ *Ivi*, 366 ss.

¹⁹ FIORELLA, *La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*, in www.archiviopenale.it, 2019. L'Autore richiama, a sostegno di questo pensiero, la recente "Riforma Orlando", introdotta con legge 103/2017.

è possibile scindere concettualmente la situazione così delineata nelle due componenti che sono state prese in considerazione per la individualizzazione del rimprovero di colpevolezza. Il termine «turbamento» sta ad enfatizzare quella alterazione motivazionale in guisa da rendere inesigibile la condotta conforme alla norma; con l'attributo «emotivo» il legislatore intende sottolineare l'incidenza, sul piano della formazione del volere e dunque della colpevolezza, delle componenti impulsive della condotta. Il tutto è peraltro da coordinarsi con la responsabilità a titolo colposo derivante dall'eccesso nella causa scriminante della legittima difesa, ad avvalorare ulteriormente un argomento già approfondito nel corso della trattazione: la misura soggettiva della colpa, da attuarsi mediante una valutazione di tutte le caratteristiche personali rilevanti nel caso concreto per determinare il grado di esigibilità della condotta osservante la regola di condotta²⁰.

Nell'esame di questo peculiare intervento normativo è comunque necessario procedere con ordine. Per quanto infatti il nuovo testo della fattispecie avvalori la speculazione dogmatica che precede, al contempo esso presenta differenti punti oscuri, profili di vaghezza ed indeterminatezza, sottesi al più delicato fenomeno del cd. «populismo penale»²¹ di cui la norma stessa è figlia, in grado di sollevare pertanto complesse questioni dogmatiche²², che potrebbero minare la stessa validità del «personalismo penale» e delle sue potenziali evoluzioni.

Con legge 26 aprile 2019, n. 36, recante «Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa», il legislatore interviene in primo luogo sul testo dell'art. 52 secondo comma c.p., introducendo la locuzione «sempre»: «nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro

²⁰ *Supra*, Cap. II, par. 12.

²¹ Sul punto CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2019.

²² In argomento, a testimonianza dei molteplici profili problematici, l'ampia letteratura: ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, in www.archiviopenale.it, 2019; CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di 'liceità' e cause di 'scusa'*, *ivi*, 2019; CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica, cit.*; BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2019, 5, 55 ss; BARTOLI, *Verso la "legittima offesa", brevi considerazioni in itinere sulla riforma della legittima difesa*, *ivi*, 2019, 1, 17 ss; GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, *ivi*, 1 Aprile 2019.

mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza o vi è pericolo d'aggressione». In tal modo il legislatore rivisita il requisito della proporzione fra offesa e difesa, ritenuto sempre sussistente, con l'obiettivo di precludere interpretazioni restrittive come quella elaborata dalla giurisprudenza in seguito alla riforma, sempre in tema di legittima difesa, del 2006, con legge 13 febbraio 2006, n. 59, neutralizzata da un procedimento ermeneutico volto a renderla compatibile con la Costituzione²³. La giurisprudenza, nonostante la dizione letterale della norma, richiede infatti di accertare sempre il rapporto di proporzionalità.

Con la novella del 2019 il requisito della proporzione assurge così ad una presunzione assoluta riferibile a tutti gli elementi costitutivi della legittima difesa, in particolare il nesso causale fra l'aggressione e lo stato di costrizione, la necessità della reazione difensiva rispetto all'offesa e l'istante inerente l'attualità del pericolo²⁴.

Altro già anticipato intervento concerne invece l'introduzione di un secondo comma all'art. 55 c.p. che, come noto, disciplina l'eccesso colposo. La norma attualmente recita: «nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità, ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto». Il legislatore contempla qui una causa di non punibilità – su cui ci si soffermerà più avanti con riferimento alla qualifica normativa – per le ipotesi in cui il soggetto, in stato di legittima difesa, ne abbia colposamente ecceduto i limiti se, al momento del fatto, versasse in stato di minorata difesa – il richiamo è dunque alla circostanza aggravante prevista dall'art. 61 n. 5 c.p. – o, alternativamente, in una situazione di grave turbamento emotivo.

Le modifiche normative sopra descritte perseguono l'obiettivo di estendere l'ambito di non punibilità del soggetto agente, per quelle reazioni difensive ad aggressioni perpetrate nei suoi confronti nel domicilio privato. Nella prospettiva di

²³PULITANÒ, *Legittima difesa; fra retorica e problemi reali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4, 2017, 267.

²⁴ RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima domiciliare*, in www.legislazionepenale.it, 2019, 1 ss.

«umanizzare»²⁵ i criteri di bilanciamento fra offesa e difesa, il legislatore eleva letteralmente una «cortina di ferro»²⁶ contro la responsabilità penale dell'individuo che agisca in presenza delle condizioni fattuali e psicologiche predette.

A questo punto risulta legittimo domandarsi per quale ragione il legislatore abbia previsto una siffatta disposizione. Infatti l'intervento può certamente sembrare "incoerente" rispetto a quanto detto finora con riferimento all'assetto del nostro ordinamento penale, in cui vive tuttora una dimensione prevalentemente oggettiva del reato, ed in cui, specularmente, scarseggiano cause scusanti attente al turbamento psicologico-emotivo del soggetto. La principale motivazione della presente riforma è da identificarsi, secondo la pressoché unanime dottrina, in una "trasvalutazione" del diritto penale, che da garanzia della collettiva sicurezza e dei beni meritevoli di tutela viene snaturato in uno strumento di consenso elettorale²⁷.

La norma sarebbe dunque la reazione al recente, per certi versi "morboso", interesse della pubblica opinione ai fatti di cronaca, tra i quali possono rientrare anche casi che rispondono ai canoni normativi stabiliti dalla figura dell'eccesso colposo. Ovvero contingenze che la collettività reputa ingiuste qualora, processualmente, l'esito nei confronti del soggetto aggredito si traduca in una sua condanna. Si parla, in proposito, di un vero e proprio processo di immedesimazione della generalità dei consociati nelle vesti dell'autore-vittima del reato, ossia l'aggressore in stato difensivo²⁸, per il quale non si può che invocare l'esclusione della colpevolezza poiché "chiunque avrebbe reagito in quel modo".

Per dirla altrimenti, questa esperienza normativa sarebbe esemplare manifestazione di quell'atteggiamento definito come "populismo penale", ossia «quell'approccio politico-criminale orientato a fini elettorali più che alla produzione di concreti risultati in termini di tutela di interessi socialmente meritevoli»²⁹. Le caratteristiche fallaci che si vedranno a breve sono pertanto dimostrative della triste realtà che, in

²⁵ BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 57.

²⁶ L'espressione è di GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

²⁷ CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., 1 ss.

²⁸ BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 54.

²⁹ CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit. 2.

alcuni frangenti, la «voce del popolo»³⁰ sia in grado di fomentare un «diritto penale del nemico»³¹, e di soppiantare la competenza e la preparazione dello studioso.

La norma presenta determinate contraddizioni di natura logico-sistematica. In primo luogo l'aver collocato una disposizione di questo genere, di stampo eminentemente soggettivo, nel microsistema delle cause scriminanti, rischia di stonare con la dimensione oggettiva di queste, che rispondono ad una logica del bilanciamento di interessi e ad un'analisi obiettiva della situazione in cui agisce il soggetto, che appare incompatibile con il turbamento emotivo che contrassegna il “nuovo” eccesso colposo incolpevole³². Prescindendo dai profili sistematici, l'aspetto problematico che maggiormente caratterizza la riforma si riscontra nella “sottovalutazione” del requisito della proporzione, il fulcro su cui si regge la figura della legittima difesa e, più idealmente, «limite di tollerabilità etico-sociale che comporta un costo etico-sociale»³³.

Il legislatore guarda con «empatia»³⁴ l'agredito, apprestando una tutela di natura oggettiva con riferimento allo stato di minorata difesa, e soggettivamente mediante il grave turbamento emotivo. Il punto di equilibrio tiene qui conto della situazione eccezionale in cui opera il soggetto, e del conseguente stato di vulnerabilità che inevitabilmente ne altera la normale volontà. Tanto basta dunque affinché, attraverso una presunzione *iuris et de iure*, sia ridotto, se non completamente “annichilito”³⁵, il potere discrezionale del giudice nella valutazione del rapporto di proporzionalità fra offesa e difesa. Evidente è così la possibilità di contraddire la recente presa di posizione della Consulta sulle presunzioni assolute: «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*“id quod plerumque accidit”*»³⁶ così «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si

³⁰ *Ibidem*.

³¹ RISICATO, *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit. 1 ss.

³² BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa*, cit., 57.

³³ PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4, 2017, 263 ss.

³⁴ ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, cit., 14.

³⁵ BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”*, cit., 19.

³⁶ Testualmente Corte Cost., sentenza 183/2011.

può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»³⁷.

Il che pone peraltro l’evidente pericolo di riconoscere, in capo al privato cittadino, un diritto di autotutela derivante dall’originaria aggressione subita, che nega qualsiasi diritto, compreso il bene della vita, a colui che si è volutamente posto nelle condizioni di subire la reazione difensiva³⁸.

Venendo agli aspetti che qui interessano, l’eccesso colposo incolpevole prevede dunque una causa di esclusione della responsabilità per avere il soggetto in stato di minorata difesa o di grave turbamento emotivo ecceduto i limiti della difesa legittima in seguito ad aggressione nel proprio domicilio. La dimensione oggettiva dello stato di minorata difesa viene equiparato, in via alternativa, ad una situazione decisamente differente, ovvero ad un grave turbamento emotivo, caratteristico di una causa scusante che, come si vedrà, connota la relativa norma. Si può cioè configurare l’ipotesi di una causa di esclusione della colpevolezza fondata su un requisito prettamente obiettivo come lo stato di minorata difesa. Alcuni Autori hanno sostenuto, considerando inopportuno il relativo accostamento, che maggior coerenza avrebbe suggerito di costruire integralmente la fattispecie sul requisito del grave turbamento emotivo, ed impiegare lo stato di minorata difesa come cornice fattuale ed oggettiva in cui matura e si evolve l’alterazione motivazionale³⁹.

Detto ciò, l’impiego dello stato di minorata difesa per accentuare una condizione psicologica in cui versa il soggetto che commette la condotta penalmente illecita, è certamente peculiare⁴⁰. Infatti l’aggravante prevista dall’art. 61 n. 5 c.p., ovvero «l’aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa», si riferisce allo stato di vulnerabilità in cui si trova la vittima del reato. In questo frangente questo condizionamento psicologico viene impiegato con riguardo all’autore del reato, in guisa da rappresentare, secondo alcuni Autori, un improprio richiamo legislativo ⁴¹.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”*, cit., 19.

³⁹ BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa*, cit., 57.

⁴⁰ GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

⁴¹ Così GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2, 2019, 4.

Il giudice è chiamato ad accertare concretamente la presenza dello stato di minorata difesa, e del necessario nesso eziologico fra questo e l'eccesso nella legittima difesa. In proposito afferma la giurisprudenza di legittima: «solo un accertamento in concreto, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessa valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata è idoneo ad assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo»⁴².

La seconda contingenza psicologica che può condurre all'eccesso colposo incolpevole è viceversa caratterizzata da un «grave turbamento emotivo», formula che rappresenta un vero e proprio *novum*, senza alcun precedente, nella legislazione penale, e che, sostanzialmente, sintetizza la tendenza personalistica. Il grave turbamento emotivo è dunque quello stato psicologico ingenerato nel soggetto «autore-vittima» dal pericolo di un potenziale pregiudizio alla propria o altrui incolumità, causativo di un contesto di natura eccezionale, incidente direttamente sulla esigibilità della condotta nei limiti determinati dalla scriminante della legittima difesa.

Analogamente a quanto affermato per lo stato di minorata difesa, anche per l'accertamento del grave turbamento emotivo è necessario che questo, mai presunto, sia concretamente accertato da parte del giudice, per quanto attinente alla sua intensità, all'effetto che ne deriva dalla situazione potenzialmente pregiudizievole in cui versa il soggetto, alla causalità psichica fra il relativo stato e l'eccesso nella legittima difesa⁴³. Ne deriva la necessità di duplice nesso causale: il turbamento deve essere provocato dalla concreta situazione di pericolo, e deve elevarsi a fattore causale per l'eccesso colposo. In altre parole, è l'intensità della carica emotiva, necessariamente legata alla reazione ingenerata dal pericolo che, alterando la normalità del procedimento motivazionale, si traduce in una reazione eccedente i parametri della necessità della difesa. Sebbene la riforma si ponga in netta antitesi rispetto al tradizionale sbarramento che l'ordinamento penale ha riservato alle componenti impulsive della condotta, stante la preclusione dell'art.

⁴² Testualmente Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2018, n. 15214.

⁴³ GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

90 c.p.⁴⁴, il turbamento emotivo deve essere sì grave, ma non tale da alterare completamente la capacità di intendere e di volere.

La condizione psicologica dovuta al grave turbamento emotiva attribuisce alla disposizione una dimensione strettamente soggettiva, ragion per cui la letteratura penalistica concorda nel ritenere che trattasi di una causa scusante⁴⁵: «una scusante soggettiva quale causa di non punibilità di reazioni difensive antiggiuridiche ma non colpevoli»⁴⁶, astrattamente fondata sulla presunzione che la situazione anomala di turbamento emotivo non consenta a nessuno di normalmente autodeterminarsi con riferimento all'azione da compiere per la reazione difensiva. Espressione dunque di un vero e proprio istinto di autodifesa, l'alterazione emotiva in questione, mutuando quanto è stato affermato relativamente alla fattispecie di *stalking*, costituisce una «apprezzabile e tangibile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima»⁴⁷, desumibile «da elementi sintomatici ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente e anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempi in cui è stata consumata»⁴⁸.

Acclarata la natura scusante dell'eccesso colposo incolpevole, ciò che esclude la responsabilità del soggetto, mantenendo comunque inalterato il carattere antiggiuridico del fatto, è proprio la non esigibilità di una condotta conforme alla norma, in tal caso corrispondente a tutti i presupposti stabiliti dalla legittima difesa, *ex art. 52 c.p.* Dal bilanciamento di interessi il discorso viene traslato sul piano della rimproverabilità individuale, nella prospettiva di «una maggiore sensibilità per le istanze sottese al giudizio di colpevolezza colposa»⁴⁹. Una valorizzazione delle

⁴⁴ Secondo ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, cit., 14, la norma si muove nella prospettiva di un superamento dell'efficacia preclusiva dell'art. 90 c.p.

⁴⁵ Convergono sul punto BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 56; ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, cit., 2; CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., 9; CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa*, cit., 5.

⁴⁶ Così BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 56.

⁴⁷ Cass. pen., sez. V, 10 gennaio 2011, n. 16864, in *Mass. Uff.*, n. 250158.

⁴⁸ Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2017, n. 17795, in *Mass. Uff.*, n. 269621.

⁴⁹ Sul punto ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, cit., 2.

componenti emotive incidenti sulla condotta, significativa direttamente sull'*an* della responsabilità penale, conduce ad affermare che «lo stato di alterazione motivazionale comporta un'inesigibilità che appare ragionevole dal punto di vista empirico-fattuale»⁵⁰.

Esposte le caratteristiche essenziali della fattispecie, e prima di sviluppare le conseguenze che ne derivano, si può tentare di dare adeguata sistemazione alla norma secondo la suddivisione che è stata descritta con riguardo alle modalità con cui valorizzare gli stati emotivi e passionali sul piano della colpevolezza. In primo luogo, la norma risponde all'archetipo di una causa scusante che stabilisce l'inesigibilità della condotta doverosa in presenza di una componente impulsiva irresistibile, cui il soggetto non può che cedere. Scusante peraltro appositamente descritta per un caso specifico – quello dell'eccesso colposo incolpevole – piuttosto che contemplata da una generale clausola di inesigibilità.

L'eccesso colposo incolpevole è paradigmatico dell'incidenza che gli stati emotivi e passionali possono esercitare sulla corretta percezione della realtà esteriore, o nell'erronea esecuzione materiale di una determinata condotta, come visto, dunque, nell'ambito dell'eccesso colposo nelle cause di giustificazione⁵¹. Ed inoltre, trattandosi del fatto compiuto in eccesso di legittima di difesa di un reato addebitato a titolo colposo, inesigibilità e componenti emotive tendono a personalizzare il giudizio della colpa⁵² – integrando la misura soggettiva della colpa – prendendo quale punto di riferimento un agente «ragionevolmente turbato»⁵³, da cui non può esigersi una condotta differente da quella effettivamente tenuta in preda al grave turbamento emotivo.

La novella disposizione, oltre ai già richiamati difetti sistematici e alle contraddizioni ideologiche che hanno condotto alla sua introduzione, presenta talune problematiche di carattere ermeneutico. Infatti l'espressione «grave turbamento emotivo», per quanto si riferisca inequivocabilmente all'incidenza che la dimensione emotiva dell'individuo può esercitare sull'agire umano, è concetto

⁵⁰ BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 64.

⁵¹ *Supra*, Cap. III, par. 13.

⁵² *Supra*, Cap. III, par. 12.

⁵³ BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 60.

alquanto vago e generico, in cui possono confluire una miriade pressoché sconfinata ed indeterminabile di contingenze psicologiche, fra loro eterogenee⁵⁴.

Il grave turbamento emotivo è infatti uno stato psicologico certamente complesso, che può rappresentare il risultato di una pluralità di stimoli in conflitto fra loro. Da qui dunque l'esigenza, avvertita da parte della dottrina penalistica⁵⁵, di circoscrivere il campo di operatività della scusante attraverso un'interpretazione oggettiva e soprattutto restrittiva del concetto di «grave turbamento emotivo», da accertarsi concretamente caso per caso e senza mai presumerlo *in re ipsa*.

La non punibilità dell'eccesso colposo incolpevole è, per certi versi, già limitata dagli stessi elementi costitutivi della fattispecie, che risulta applicabile esclusivamente all'eccesso nella legittima difesa, e non all'erronea supposizione di una causa di giustificazione, disciplinata dall'art. 59 c.p. Scusabile è l'eccesso colposo nei confronti dell'autentico aggressore, non dell'innocente che, per il grave turbamento emotivo, l'autore-vittima supponga essere intenzionato ad aggredirlo nel proprio domicilio⁵⁶. La norma si riferisce poi soltanto a quelle reazioni difensive poste in essere per evitare un pregiudizio e salvaguardare perciò la propria od altrui incolumità, ossia per beni giuridici di rango primario. Questo tipo di pericolo è cioè l'unico in grado di generare quel grave turbamento emotivo meritevole di essere scusato da parte dell'ordinamento.

Per eludere dunque eccessive dilatazioni del concetto di grave turbamento emotivo, con il conseguente timore di permettere l'impunità innanzi alle più macroscopiche violazioni del rapporto di proporzione fra offesa e difesa, si potrebbe tentare di circoscrivere il *genus* di impulsi sussumibili nella categoria. In particolare, attingendo dalla nozione di impulso che è stata fornita⁵⁷, si potrebbe prendere quale punto di riferimento la distinzione tra reazione steniche ed asteniche⁵⁸. Queste ultime – tra cui paura, terrore, panico – possono essere correlate

⁵⁴ CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica*, cit., 9.

⁵⁵ GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.; ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, cit., 15.

⁵⁶ BARTOLI, *Verso la "legittima offesa"*, cit., 25. L'Autore propone di aggiungere un quarto comma all'art. 52 c.p. proprio per estendere una scusante di questo tipo anche nel caso di erronea supposizione della presenza di uno stato di legittima difesa, nei seguenti termini: «nei casi di cui al secondo e terzo comma dell'art. 52, non è punibile chi a causa della paura suppone erroneamente l'esistenza della circostanza della legittima difesa ovvero ne eccede i limiti».

⁵⁷ *Supra*, Cap. III, par. 2.

⁵⁸ Sul punto BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 65.

ad ipotesi di difesa passiva rispetto a quelle steniche, le quali viceversa possono sfociare in reazioni aggressivo-punitiva, eccedenti l'azione difensiva necessitata, e così non meritevoli di scusa. Altro ausilio per l'accertamento del grave turbamento emotivo potrebbe rinvenirsi nella predeterminazione di parametri oggettivi stabiliti dal legislatore che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, possono concorrere alla formazione del turbamento. Si pensi, per esempio, ad una reazione difensiva amplificata per il timore derivante dalla presenza di propri familiari nel domicilio.

Senza eccedere sulla questione – che sarà ripresa in sede di conclusione – in situazioni di questa tipologia, denotate da un'intensa alterazione emotiva, un equilibrio nell'applicazione della causa scusante potrebbe ottenersi mediante una previa ed efficace tipizzazione delle circostanze obiettive da parte del legislatore, cui consegue l'accertamento, per quanto attiene ai profili soggettivi, della loro intensità ed della loro motivazione da parte del giudice.

La novella solleva più problematiche di quante siano le lacune che è astrattamente in grado di colmare. La diatriba sorta in proposito al requisito della proporzione, oltretutto la assoluta genericità relativa al «grave turbamento emotivo», potrebbero condurre ad una neutralizzazione della stessa da parte della giurisprudenza⁵⁹, come già avvenuto con la riforma del 2006. Al contempo il nuovo eccesso colposo incolpevole può presentare forti tensioni con l'art. 2 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che sancisce il diritto alla vita⁶⁰. In tal caso una violazione si può profilare per quanto concerne la mancata predisposizione di un'efficace tutela della vita del soggetto aggressore nei cui confronti si rivolge la reazione difensiva non proporzionata. La disposizione convenzionale è infatti interpretata estensivamente così da configurare per il legislatore nazionale l'obbligo di specifici vincoli di criminalizzazione delle condotte lesive della vita umana. Obbligo disatteso nel caso di specie, in cui la presunzione sul rapporto di proporzionalità può costituire un vuoto di tutela.

In conclusione, nonostante quel che è stato detto precedentemente, la riforma della legittima difesa è netta espressione della tendenza personalistica, nel

⁵⁹ CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa*, cit., 4.

⁶⁰ RISICATO, *Le interferenze fra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 1 ss.

segno di una causa scusante che attribuisce diretta rilevanza, sul piano della colpevolezza, ad una situazione emotiva di natura eccezionale, incidente sul grado di esigibilità della condotta doverosa.

3. Alcune riflessioni. La prospettiva personalistica del giudizio di colpevolezza fra studio comparatistico e prospettive di riforma

Giunti al termine della nostra ricerca, occorre rispondere al quesito fondamentale: in che modo, da un punto di vista sostanziale, possa essere valorizzata l'istanza individualizzante sottesa al giudizio di colpevolezza.

A parere di chi scrive il punto cruciale della questione attiene alla necessità di elaborare un'esaustiva categoria di cause scusanti. Queste, ancor prima di rappresentare semplici componenti negative del giudizio di colpevolezza, sono un punto di equilibrio fra interessi dei cittadini ed interessi della collettività⁶¹. Più propriamente, le cause di scusa esprimono la consapevolezza, da parte dell'ordinamento, che in determinate circostanze sarebbe del tutto iniquo esigere una condotta lecita che non è moralmente possibile adottare. Dunque, le cause scusanti aprono una breccia nella rigidità formale della fattispecie incriminatrice, imponendo di prendere in considerazione quelle contingenze eccezionali in cui la cd. "*humana fragilitas*" prende il sopravvento sul normale agire della volontà umana.

Prima di procedere ad esaminare le eventuali prospettive di riforma, che implicano necessariamente la descrizione di una classe di cause di esclusione della colpevolezza, può essere prolifico un breve approfondimento comparatistico, elevando ad oggetto del confronto la tanta "agognata" riforma della legittima difesa ed analizzare le modalità con cui, in altri sistemi giuridici, viene affrontato l'istituto dell'eccesso colposo.

La recente riforma della legittima difesa, dei cui profili problematici si è già discusso, emerge in tutta la sua irragionevolezza se posta a confronto con le corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti. Quel che rende l'attuale configurazione della fattispecie una novità nel panorama europeo è l'aver

⁶¹ FORNASARI, *Osservazioni critiche in chiave comparata sulla disciplina delle scusanti nel nuovo codice penale spagnolo. A margine, un suggerimento per la riforma del sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1998, 1120.

rinunziato ai requisiti della necessità dell'azione e della proporzionalità fra offesa e difesa⁶². Nella prospettiva antitetica si muovono i codici penale francese, albanese, svizzero e danese, mentre in quello spagnolo⁶³ e sloveno il requisito della proporzionalità è implicitamente ricavabile dal presupposto della stretta necessità del mezzo impiegato per la reazione difensiva⁶⁴.

Il § 33 *StGB* non contiene alcun riferimento ai predetti requisiti, poiché l'unico limite oggettivo è costituito dalla necessità della condotta difensiva⁶⁵. Eppure dottrina e giurisprudenza formatesi sul punto ritengono la proporzione tra offesa e difesa un fondamento implicito della legittima difesa, che non può essere pertanto riconosciuta nel caso di reazioni difensive spropositate o eseguite per proteggere beni di rango inferiore.

Per tornare alla figura dell'eccesso colposo, la caratteristica comune a tutti gli ordinamenti penalistici stranieri cui si è fatto cenno è proprio il modo di intendere questa fattispecie. Si prevede cioè la punibilità se il soggetto ecceda i limiti della legittima difesa, salvo il caso in cui la reazione eccessiva sia dovuta a stati di paura, panico o turbamento. Ed inoltre le corrispondenti disposizioni sono considerate cause di esclusione della colpevolezza, alla stregua del nostro attuale secondo comma art. 55 c.p. Sono orientate in questo senso il § 33 *StGB*, l'art. 11 del codice penale sloveno, l'art. 18 di quello svizzero, l'art. 33 di quello portoghese o l'art. 25 del codice penale polacco, che riconosce al giudice il potere discrezionale di scegliere fra esclusione o diminuzione della pena.

Medesima disciplina è prevista dall'art. 36 del codice penale ucraino, il quale sancisce il necessario requisito della proporzione, ma, al contempo, stabilendo l'impunità per eccesso nella legittima difesa determinato da un elevato grado di agitazione, da valutarsi secondo le circostanze del caso concreto e l'entità del pericolo di aggressione⁶⁶. L'ultimo comma della citata disposizione prevede

⁶² RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 13.

⁶³ *Ivi*, 14. La giurisprudenza spagnola ritiene che si possa configurare una violazione dell'art. 2 Cedu, qualora si riconosca la sussistenza della legittima difesa per quella reazione, finalizzata a difendere un bene patrimoniale, che si risolve nella morte dell'aggressore.

⁶⁴ FORNASARI, *Legittima difesa*, in FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 3° ed., Milano-Padova, 2012, 55 ss.

⁶⁵ PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 87.

⁶⁶ RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., 15.

infine che «l'uso di armi o di altri strumenti di protezione contro un attacco da parte di una persona armata o di un gruppo di persone armate, e per evitare una violenta intrusione illegittima in una privata dimora, non sarà considerato come eccesso di difesa necessaria né implicherà responsabilità penale a prescindere dalla gravità del danno causato all'aggressore»⁶⁷.

Analogamente la Sezione 22 del codice penale ungherese elide sostanzialmente il requisito della proporzione con una serie di presunzioni, cioè: «non è infatti applicabile alcuna pena a chi abbia agito per prevenire un'aggressione illegale contro la sua persona o la sua proprietà, o contro la persona o la proprietà di altri, contro l'interesse pubblico o contro un attacco illegittimo che rappresenti una minaccia diretta nei suoi confronti. La reazione contro l'attacco illegittimo sarà considerata proporzionata se quest'ultimo sia stato commesso contro una persona, di notte, utilizzando un'arma letale, recando indosso un'arma letale, oppure in gruppo. L'illegittimità dell'attacco è parimenti presunta quando l'aggressore s'introduca nell'abitazione della vittima di notte o utilizzando un'arma letale o portando con sé un'arma letale o in gruppo. La disposizione si chiude ribadendo l'impunità per chi abbia ecceduto dalla legittima difesa *a causa di shock* o giustificato motivo»⁶⁸.

La più radicale tutela accordata al soggetto originariamente aggredito è garantita dall'ordinamento statunitense, rispetto al quale può parlarsi di una vera e propria «difesa del domicilio»⁶⁹. Esempio si rivela il regime previsto dallo stato della Florida, che stabilisce un'immunità dalla persecuzione in sede civile e penale per il soggetto che abbia agito in stato di legittima difesa domiciliare; cui conseguono il divieto di arresto ed il potere del pubblico ministero di svolgere unicamente indagini per l'accertamento della sussistenza della scriminante. Questa disciplina è conforme alla stessa natura del diritto di difesa armata nell'ordinamento americano, ovvero un principio di natura costituzionale⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

⁷⁰ *Ibidem*.

La recente riforma della legittima difesa e dell'eccesso colposo presentano molteplici affinità con le "illiberali" dimostrazioni del codice penale ucraino ed ungherese.

Al fine di supplire a quelle contraddizioni di cui i rivisitati artt. 52 e 55 c.p. sono intrinsecamente affetti, si potrebbe guardare con favore al § 33 *StGB*. Questo recita testualmente: «l'autore non è punito se eccede i limiti della legittima difesa per turbamento, paura o panico»⁷¹. Trattasi, secondo dogmatica e giurisprudenza, di una causa scusante fondata sulla non esigibilità di una condotta differente, che presenta requisiti più rigorosi di quelli introdotti con la novella italiana, con specifico riferimento allo stato psicologico da cui scaturisce l'eccesso nella reazione difensiva. Prescindendo da accertamenti di natura presuntiva, si ribadisce la necessità di verificare caso per caso l'impossibilità, per il soggetto agente, di autodeterminarsi secondo una normale motivazione, e dunque di poter comprendere l'evento *in itinere* e la conseguente reazione difensiva⁷².

La scusante in questione si fonda così sul limite della motivazione da cui dipende l'eccesso: soltanto reazioni di natura astenica, impeditive della normale formazione della volontà, comportano l'esclusione del rimprovero di colpevolezza⁷³.

Alla stregua di ciò, mantenendo intatto il fondamentale requisito della proporzione, si potrebbe delineare una scusante sì per un eccesso colposo incolpevole, ma da attuarsi secondo una concezione più ristretta di turbamento psicologico, descritta preventivamente dal legislatore, e lasciandovi confluire soltanto quelle reazioni esagerate dipendenti dall'impossibilità di esigere una condotta differente e più proporzionata.

Fra le prospettive di riforma, relative dunque all'introduzione di nuove scusanti, è di fondamentale importanza il rispetto del principio di tassatività e sufficiente determinatezza in ambito penale. Da ciò consegue che, anziché delineare una scusante che si riferisce ad un generico «grave turbamento emotivo», sarebbe opportuno impiegare termini più mirati e specifici nel descrivere lo stato psico-emotivo che rende difficile, se non impossibile, uniformarsi al precetto. In

⁷¹ FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 372.

⁷² GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio*, cit.

⁷³ FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 373.

particolare, al legislatore spetterebbe il compito di descrivere la situazione da un punto di vista obiettivo, per riconoscere al giudice un margine di discrezionalità nel valutare il turbamento emotivo o psicologico.

Nella elaborazione di queste cause di esclusione del rimprovero penale non si può prescindere dal principio di ragionevolezza, espressione dell'art. 3 Cost., e sinonimo di adeguatezza del mezzo rispetto allo scopo da perseguire. In questo frangente normativo il principio di ragionevolezza impone di descrivere cause scusanti finalizzate a non punire quel soggetto che concretamente non potesse assumere una condotta conforme alla norma, piuttosto che cause di esclusione della responsabilità strumentalizzate per fini divergenti da quello di una piena attuazione del rimprovero di colpevolezza.

Inoltre, una valorizzazione delle cause scusanti necessiterebbe della tanto discussa introduzione di uno stato di necessità scusante, contemplandovi quelle ipotesi di inesigibilità che non possono essere regolate dalla corrispondente fattispecie scusante.

Per quest'ultimo tentativo, rifiutando ipotesi ampie ed eccessivamente generiche come la fattispecie del «*miedo insuperable*»⁷⁴ del codice penale spagnolo, si può nuovamente prendere spunto dall'ordinamento penale tedesco. Il sistema penale d'oltralpe infatti, da alcuni definito un «diritto penale della colpevolezza»⁷⁵, si connota per una netta accentuazione delle componenti soggettive della condotta. A titolo esemplificativo, si può osservare come la fattispecie che ci si accinge ad analizzare – ovvero lo stato di necessità scusante – era dall'ordinamento tedesco intesa originariamente come una causa di esclusione della colpevolezza. Solo con la riforma del 1975, il legislatore tedesco ha introdotto lo stato di necessità anche come scriminante⁷⁶.

La fattispecie, che al fianco dell'eccesso nella legittima difesa compone il *genus* delle scusanti del sistema penale tedesco, è disciplinata dal § 35 *StGB*, che recita: «chi commette un fatto anti-giuridico per allontanare da sé un congiunto o da

⁷⁴ FORNASARI, *Osservazioni critiche in chiave comparatistica sulla disciplina delle scusanti nel nuovo codice penale spagnolo*, cit., 1129. L'espressione si traduce letteralmente come "paura irresistibile", ed è una figura, connotata da eccessivi margini di genericità, che la dottrina penalistica spagnola ha ricondotto alla teoria della non esigibilità,

⁷⁵ L'espressione è di Palazzo, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., 83.

⁷⁶ *Ivi*, 89.

un'altra persona a lui prossima un pericolo attuale ed altrimenti inevitabile per la vita, l'integrità fisica o la libertà, agisce senza colpevolezza. Ciò non vale se dall'autore, date le circostanze, cioè perché ha causato il pericolo o perché si trova in una particolare posizione giuridica, si poteva esigere di affrontare il pericolo»⁷⁷.

L'operatività della scusante è condizionata dal requisito dei beni altamente personali del soggetto agente e dall'intenzione di allontanare il pericolo, poiché non sarebbe esigibile che questo venga affrontato. Elemento peculiare della fattispecie è proprio la clausola di esigibilità: il soggetto agisce colpevolmente qualora si poteva ragionevolmente pretendere che egli si imbattesse nel pericolo⁷⁸.

In questa prospettiva, infine, si potrebbe vagliare l'ipotesi di introdurre una causa generale di non esigibilità della condotta doverosa, relativa a situazioni di forte turbamento emotivo. L'ipotesi potrebbe essere attuata mediante una meticolosa descrizione delle condizioni che debbono sussistere, in una dimensione oggettiva, al fine di limitare l'applicabilità della scusante esclusivamente a circostanze di natura eccezionale ed evitare in tal modo varchi di impunità mediante questa clausola. Nell'accertamento della condizione psicologica ed emotiva in cui versa il soggetto agente, mutuando dalla letteratura penalistica americana, potrebbe accogliersi la distinzione fra emozioni e reazione ragionevoli⁷⁹. Per quanto il fattore scatenante possa essere eticamente apprezzabile, un criterio di orientamento nella valutazione della condotta eventualmente da scusare può essere rappresentato dal parametro della ragionevolezza della reazione rispetto alla sua causa originaria.

Per concludere, dunque, se è necessario un certo grado di oculatezza nella descrizione delle fattispecie di reato, questa esigenza è avvertita in egual modo nell'elaborazione di una categoria di cause scusanti. Intervenire come nel caso della recente riforma della legittima difesa può portare con sé il rischio di etichettare definitivamente il «personalismo penale» come una tendenza da scoraggiare, piuttosto che da incentivare ed assecondare.

Se invece questo atteggiamento fosse incanalato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, potrebbe portare ad una piena attuazione del principio di personalità della responsabilità penale sancito dal primo comma

⁷⁷ FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 362.

⁷⁸ *Ivi*, 367.

⁷⁹ Sul punto BACCO, *Il "grave turbamento emotivo" nella legittima difesa*, cit., 71.

dell'art. 27 Cost. Disposizione che i padri Costituenti hanno volutamente e con lungimiranza inteso alla stregua di uno spiraglio aperto, in continua evoluzione, intuendo come attraverso l'ermeneutica che vi si sarebbe sviluppata attorno si giocassero i delicati equilibri fra ordinamento penale e uomo in "carne ed ossa", fra prevenzione e colpevolezza, fra punizione e libertà. Libertà che rimane tuttora il più elevato dei beni cui il diritto penale possa aspirare di offrire la propria tutela.

BIBLIOGRAFIA

- AJELLO, *Gli stati emotivi e passionali nel sistema del codice*, in *Giur. Delle Corti Regionali*, 1937, 6-7, 549.
- ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.
- ALESSANDRI, *Il 1° comma dell'art. 27*, in AA. VV., *Commentario della Costituzione, Artt. 27-28, Rapporti civili*, BRANCA, PIZZORUSSO (a cura di), Bologna, 1991, I.
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.
- ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, 2010.
- ALESSANDRI, SEMINARA, *Diritto penale commerciale, I principi generali*, vol. I, 2018.
- ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1939.
- ALTAVILLA, *Il delinquente e la legge penale*, Napoli, 1954.
- ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.
- ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, Roma, 1932.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 16° ed., Milano, 2003.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, II*, 15° ed., Milano, 2008.
- ARIOLLI, *L'ignoranza dell'età della vittima nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale: un necessario contemperamento tra il principio di colpevolezza e le esigenze di tutela dell'intangibilità sessuale dei soggetti più deboli*, in *Cass. pen.*, 2008, 21.
- BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in www.dirittopenalecontemporaneo, , 2019, 5, 55,.
- BARTOLI, *Uno studio sulla colpevolezza tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
- BARTOLI, *Verso la "legittima offesa", Brevi considerazioni in itinere sulla riforma della legittima difesa*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 1, 17, 2019.
- BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007.

BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, in *Annali dell'Università di Palermo*, 1942.

BERTOLINO, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, 212.

BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1938.

BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 4.

BETTIOL, *Diritto penale*, 10° ed., Padova, 1976.

BETTIOL, *Diritto penale*, 11° ed., Padova, 1982.

BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12° ed., Padova, 1986.

BLAIOTTA, *Commento all'art. 42 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. II, Milano, 2000.

BONGIORNO, *Il delinquente per tendenza e il delinquente passionale*, in *Riv. pen.*, I, 1957, 256.

BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75.

BOSCARELLI, *Osservazioni, specie in tema di esimenti, su un recente "schema di delega legislativa" per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 57.

BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960.

BRICOLA, voce *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano, 1962, 121.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951.

BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 16.

BRUNELLI, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*, in *I reati sessuali*, COPPI (a cura di), Torino, 2000.

BUCOLO, *Stati emotivi o passionali*, in *Giust. pen.*, I, 1957, 427.

BUONINCONTI, *Emozioni e passioni secondo il Nuovo Codice*, in *Corte d'Assise*, 1934, I, 24.

- CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 4°ed., Padova, 2010.
- CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa, Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.
- CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007.
- CARACCIOLI, *Omessi versamenti con la via d'uscita della forza maggiore*, in *Ilsole24ore*, 23 settembre 2013.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, 4° ed., 1871, Lucca.
- CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di 'liceità' e cause di 'scusa'*, in www.archiviopenale.it, 2019.
- CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.
- CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1995.
- CAVALIERE, *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1475.
- CAVALLO, *La forza maggiore nel diritto penale*, Napoli, 1945.
- COLLICA, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 420.
- CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in www.giurisprudenzapenale.it, 2019.
- CONTIERI, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939.
- DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa, Studi urbinati*, 1978.
- DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.
- DE FRANCESCO, *Il 'modello analitico' fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 107.
- DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 32.

- DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Il "mistero" del dolo eventuale, Scritti del dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, BRUNELLI (a cura di), Torino, 2014.
- DE FRANCESCO, *Diritto penale, I fondamenti*, 2° ed., Torino, 2011.
- DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002.
- DE MARSICO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, in *Studi di diritto penale*, 1930, 83.
- DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale*, Napoli, 1937.
- DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli, 1951.
- DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012.
- DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, IV, 2008, 305.
- DE VICENTIIIS, *L'articolo 90 del codice penale*, in *Giust. pen.*, 1947, I, 1.
- DEL RE, *Colpevolezza e colpevolizzazione*, Jovene Editore, 1976.
- DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DELITALA, *Analogia in bonam partem*, *Studi in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938.
- DI DEDDA, *Gli stati emotivi e passionali come cause generative di infermità mentale*, in *Nuovo Diritto*, 1934, 553.
- DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in *Arch. pen.*, 2017, 838.
- DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957.
- DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.
- DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI, *Teoria del reato, Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento, "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- FASSI, *Crisi di liquidità dell'impresa e responsabilità penale: considerazioni sull'elemento soggettivo*, in *Riv. pen.*, 2016, 206.
- FERRANTE, *La «suitas» nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010.

- FERRACUTI, GIARRIZZO, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 661.
- FERRUA, *La prova nel processo penale*, 2° ed., Torino, 2018.
- FIANDACA, *Diritto alla libertà religiosa e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Foro it.*, 1983, II, 27.
- FIANDACA, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, in *Foro it.*, 1983, 2652.
- FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n 364 del 1988*, in *Foro it.*, I, 1988, 1385.
- FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2005, 257.
- FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, in *Corte d'Assise*, 2011, 83.
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 6° ed., Bologna, 2009.
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7° ed., Torino, 2014.
- C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, 3° ed., Torino, 2008.
- FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 1851.
- FIERRO CENDERELLI, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1339.
- FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX vol., Varese, 1988, 1327.
- FIORELLA, *Le strutture del diritto penale, Questioni fondamentali di part generale*, Torino, 2018.
- FIORELLA, *La codificazione penale in Italiana e le sue prospettive di riforma*, in www.archiviopenale.it, 2019.
- FLORA, *I reati previsti dagli artt. 2 e 3 legge n. 516/1992 in AA. VV., Responsabilità e processo nei reati tributari*, GROSSO (a cura di), Milano, 1992.
- FLORA, *L'attualità del principio "societas delinquere non potest"*, in *Studi Urbinati*, 1994.
- FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, 365.

FORNASARI, *Osservazioni critiche in chiave comparata sulla disciplina delle scusanti nel nuovo codice penale spagnolo*, in *Ind. pen.*, 1998, 1120.

FORNASARI, *La categoria delle scusanti nella prospettiva di riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2000, 114.

FORNASARI, *Legittima difesa*, in FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 3° ed., Milano-Padova, 2012.

FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018.

FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933. GALLO, *La teoria dell'azione «finalista» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950.

GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.

GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1960, 636.

GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001.

GALLO, *Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2, 2019, 4.

GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, 2° ed., Torino, 2020.

GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 1 Aprile 2019.

GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.

GIUNTA, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 123.

GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961.

GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.

GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006.

GROTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

- HABERMAS, *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.
- HARRÈ-LAMB MECACCI, *Psicologia. Dizionario enciclopedico*, Bari, 2007.
- HEGEL, MARINI (a cura di), *Lineamenti di filosofia del diritto*, 9° ed., Bari, 1999.
- INGROIA, *Ulteriori sviluppi del riconoscimento costituzionale del principio di colpevolezza: parziale incostituzionalità del furto d'uso (osservaz. a Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085)*, in *Foro it.*, 1989, 1378.
- LEMBO, *Commento all'art. 307 c.p.*, in LATTANZI, LUPO, *Codice penale, Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 7/2, *I delitti contro la pubblica amministrazione. Artt. 314-360*, Milano, 2010.
- MADIA, *Stati emotivi o passionali con riferimento all'art. 90*, in *Riv. dir. penit.*, 1957, 157.
- MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 123.
- MALINVERNI, voce *Motivi (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 287.
- MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione, Dalle "finzioni giuridiche" alla terapia sociale*, Torino, 1997.
- MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 303.
- MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, 7° ed., Padova, 2011.
- MARANI, FRANCESCHETTI, *I reati in materia sessuale*, Milano, 2001.
- MARINI, «*Non colpevolezza*» dell'agente per non esigibilità dell'azione conforme al precetto o errore su elemento normativo del fatto?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1034.
- MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, *Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI, «*Societas puniri potest*»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1203.
- MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento alle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 52.
- MARZI, *Psicologia*, Firenze, 1963.
- MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.

MAZZANTI, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Novissimo digesto*, I, vol. XVIII, Utet, 1971, 215,

MEZZETTI, «*Necessitas non habet legem*»? *Sui confini tra «impossibile» e «inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000.

MIRTO, *Estensione specifica dello stato di necessità*, *Giustizia penale*, 1937, 1023.

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale (L. 15 febbraio 1996, n. 66); un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 395.

MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964.

MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939.

MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1949.

MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989.

MUSCO, ARDITO, *Diritto penale, tributario*, Torino, 2010.

MUSOTTO, *Colpevolezza, Dolo e colpa*, Palermo, 1939.

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1949.

NUVOLONE, *Le due forme di eccesso colposo*, in *Giust. pen.*, II, 1949, 804..

NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.

ONDEI, *L'imputabilità nei reati passionali*, in *Scuola positiva*, 1938, 369.

PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973.

PADOVANI, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio "assurda"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 429.

PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 814.

PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declatoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 3, 1988, 449.

PADOVANI, *Diritto penale*, 11° ed., Milano, 2017.

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PAGLIARO, voce *Falsità personali*, in *Enc. Dir.*, vol XVI, Milano, 1967, 651.

- PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 391.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 6° ed., Milano, 1998.
- PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e nuovi orizzonti della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 920.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4° ed., Torino, 2011.
- PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.
- PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, 1178.
- PALIERO, *Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845.
- PANNAIN, *La responsabilità obbiettiva e l'art. 27 della Costituzione, Conferenze al I corso di perfezionamento per gli uditori giudiziari*, II, 1958.
- PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Volume primo*, Torino, 1967.
- PASCULLI, *La responsabilità da 'reato' degli enti collettivi nell'ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Bari, 2005.
- PAVAN, *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata dalle SS. UU. 25.1.2005. n. 9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi della personalità*, in *Ind. pen.*, 2008, 307.
- PECORARO ALBANI, voce *Costringimento fisico*, in *Enc. Dir.*, XI vol., Milano, 1962, 242.
- PECORELLA, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. giur. Lavoro*, 1977, 357.
- PEDRAZZI, *L'exceptio veritatis. Dogmatica ed esegesi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, 429.
- PELLEGRINI, *Trattato di medicina legale*, vol. II, Padova, 1959.
- PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 3° ed., Padova, 1959.
- PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1962.
- PERINI, *Ai margini dell'esigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 540.
- PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, Tomo I*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, 2005.

- PIVA, *Le componenti impulsive della condotta, Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Naoli, 2020.
- PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 48.
- PORZIO, *La responsabilità penale nella Costituzione italiana, (Premesse alla interpretazione dell'art. 27 della Costituzione)*, Napoli, 1961.
- PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.
- PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
- PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686.
- PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1275.
- PULITANÒ, *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2005, 248.
- PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010.
- PULITANÒ, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2017.
- RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1933.
- RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in www.legislazionepenale.it, 2019.
- RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione, Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009.
- ROCCO, *L'oggetto del reato e la tutela giuridica penale*, Torino, 1913.
- ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo d'autore*, in www.archiviopenale.it, 2019.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, Art. 1-84*, Milano, 1987.
- ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55.
- ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 40.
- ROMANO, *Societas delinquere non potest*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1035.

ROMOLI, *Omesso versamento dell'I.V.A. e crisi di liquidità*, in www.archiviopenale.it, 2013.

RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale degli stati emotivi e passionali*, Napoli, 1958.

SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milano, 1960.

SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961.

SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, Milano, 1937.

SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948.

SINISCALCO, *Considerazioni sugli stati emotivi e passionali e la loro rilevanza giuridica*, in *Giur. Ital.*, 1952, II, 327.

SOANA, *I reati tributari*, 3° ed., Milano, 2013.

SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10-bis e 10-ter) d. lgs. 74/2000*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 7 ottobre 2013.

SPASARI, voce *Diffamazione e ingiuria*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 494.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

STRANO LIGATO, *Art. 59*, in CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale, Complemento giurisprudenziale*, 6° ed., Milano, 2017.

TORDINI CAGLI, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza sul lavoro, Profili penali*, Torino, 2019.

TORRE, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in *Sicurezza sul lavoro, Profili penali*, Torino, 2019.

VALLINI, *Circostanze del reato*, in DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, 49.

VALSECCHI, *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA, (artt. 10-bis e 10-ter, d. lgs. 74/2000)*, in www.dirittopenalecontemporaneo, 20 dicembre 2013.

VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, Studi Senesi, 1926.

VANNINI, *Ancora degli stati emotivi e passionali*, in *Riv. dir. penit.*, 1938, 319.

VASSALLI, *Limiti al divieto di analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942.

VASSALLI, *Scritti giuridici, Tomo I*, Milano, 1997.

VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2000.

VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 299.

VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000.

VERRI, *L'ignoranza dell'età della persona offesa (art. 609-sexies)*, in MARINUCCI, DOLCINI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, vol. X, Vicenza, 2015.

VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri, Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000.

ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984.

ZANOTTI, «*Nemo tenetur se detegere*»: *profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 174.

ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 1996.

ZUCCALÀ, *Le false comunicazioni sociali. Problemi antichi e nuovi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 1989, 784.