



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE “*CESARE BECCARIA*”

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE “*CESARE BECCARIA*”
CURRICULUM DI DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE
XXX CICLO

Tesi di dottorato di ricerca
in diritto penale (IUS/17)

L'INESIGIBILITÀ NEL DIRITTO PENALE
TRA TEORIA E PRASSI

Coordinatore: prof. Claudio LUZZATI

Tutor: prof. Gian Luigi GATTA

Candidato: Andrea GIUDICI

Matricola: R10833

A mia moglie

INDICE

I. INTRODUZIONE.....	7
II. GENESI E SVILUPPI DELLA TEORIA DELL'INESIGIBILITÀ	12
1. 'Tracce' di inesigibilità nella dottrina a cavallo tra Settecento e Ottocento.	12
2. La «normalità delle circostanze concomitanti» nella concezione normativa della colpevolezza in Germania.	15
2.1. La rimproverabilità dell'azione come presupposto della responsabilità individuale. La crisi del modello nell'avvento del nazionalsocialismo.	15
2.2. L'inesigibilità nella rinnovata dimensione individuale della responsabilità penale del secondo dopoguerra.	22
3. Il potere di agire altrimenti in controtuce alla <i>defence of duress</i> negli ordinamenti di <i>common law</i>	30
3.1. Giustificazione e scusa, <i>necessity</i> e <i>duress</i>	30
3.2. La ricerca di un fondamento unitario per le scusanti.	38
4. La tiepida accoglienza della dottrina dell'inesigibilità in Italia.	44
4.1. Un primo bilancio, e il programma di un'indagine.	51
III. L'INESIGIBILITÀ NELLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELLA COLPEVOLEZZA	55
1. La colpevolezza come <i>unico</i> terreno di elezione dell'inesigibilità.	55
1.1. Il fatto tipico: l'impossibilità materiale di agire altrimenti come pretesa applicazione della teoria dell'inesigibilità. Critica.	56
1.2. Il fatto antigiuridico: la scelta di non punire come esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti. Critica.	63
2. La dimensione costituzionale della colpevolezza.....	69
3. Le scusanti: nozione, funzione, fondamento.....	77
3.1. Il tema della <i>scelta</i> nelle cause di esclusione della colpevolezza disciplinate nel nostro ordinamento.	85
3.2. Le scusanti sono un numero chiuso?	94
4. Il ruolo dell'esigibilità nella struttura della colpevolezza.....	101

IV. IL PRINCIPIO DI INESIGIBILITÀ ALLA PROVA DELLA CASISTICA	106
1. L'ammissibilità di un generale principio di inesigibilità nella giurisprudenza contemporanea. Una panoramica.	106
2. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale tributario al tempo della crisi economica.....	111
2.1. La tesi dell'assenza di dolo. Critica.	112
2.2. La tesi della forza maggiore. Critica.	115
2.3. Affermazione del principio di inesigibilità.	119
3. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale dell'immigrazione...	125
4. ...e nei rapporti economici relativi alla crisi familiare.	131
5. Un secondo bilancio.	134
6. Conclusioni.	140
Elenco bibliografico delle opere citate	144
Elenco cronologico delle pronunce giurisprudenziali	150
Giurisprudenza costituzionale.....	150
Giurisprudenza di legittimità.....	150
Giurisprudenza di merito	153
Giurisprudenza straniera e sovranazionale	154

INTRODUZIONE

Un imprenditore si trova ad affrontare una crisi finanziaria tanto improvvisa quanto drastica: vanta crediti in relazione a commesse già onorate, ma il principale tra i suoi debitori ha dichiarato fallimento e si è rivelato insolvente; le pubbliche amministrazioni verso le quali saltuariamente ha eseguito alcune forniture non si dimostrano affidabili e sempre regolari nei pagamenti; le banche non sono disponibili a concedere o a rinnovare le linee di credito di cui avrebbe bisogno. Le risorse disponibili sono scarse, non bastano neppure per continuare a pagare le retribuzioni dei dipendenti – tanto che in alcuni casi si rendono necessari dolorosi tagli – e i fornitori, i cui apporti sono però indispensabili per la prosecuzione delle attività.

Quale che sia lo scenario, il nostro imprenditore sa bene che entro le scadenze previste dalla legge sarebbe tenuto a versare all'erario le imposte periodiche e d'altra parte, fintantoché l'attività ha potuto proseguire normalmente, poniamo vi abbia sempre fatto fronte con puntualità. Tuttavia, posto di fronte alla limitatezza dei fondi a disposizione, in tutta coscienza non riesce a non assegnare priorità a chi ha lavorato per lui, verso cui, magari, è legato anche da consolidati rapporti di stima e di fiducia reciproca. O in alternativa, si ipotizzi che l'imprenditore in questione sia il rappresentante legale di una società che ha assunto la carica soltanto pochi giorni prima della scadenza fiscale, senza aver avuto alcun ruolo nella pregressa gestione imprenditoriale e nell'accantonamento periodico delle risorse necessarie per onorare gli obblighi tributari, che giungono a scadenza senza che egli disponga delle risorse necessarie per farvi fronte.

La scadenza tributaria arriva, ed egli, magari pur nella convinzione che la crisi sarà presto superata e potrà regolarizzare la propria posizione, decide di non pagare. L'omissione tributaria penalmente rilevante è senz'altro integrata, ne ricorrono gli estremi materiali ed egli sa di essere tenuto a pagare, sicché non si pone neppure un problema di *ignorantia le-*

gis; sosterrà dunque di *non aver voluto* evadere il fisco, puntando dunque a far valere l'assenza di un congruente elemento soggettivo? Oppure lamenterà di *essere stato costretto* a non pagare, non avendo egli avuto *altra scelta*? E dunque: da un lato, su un piano tecnico, quale *qualificazione giuridica* potrà essere assegnata a una simile difesa? Mentre dall'altro lato, su un piano sostanziale, può dirsi davvero che quell'imprenditore *merita* la pena che potrebbe derivargli? Avremmo noi saputo agire altrimenti e, soprattutto, avrebbe egli ragionevolmente *potuto* comportarsi diversamente da come ha fatto?

Queste, in estrema semplicità, le domande che sono alla base del presente lavoro, formulate in relazione a una particolare ipotesi casistica – le omissioni tributarie a vario titolo condizionate dagli effetti della crisi economica – particolarmente attuale nel panorama giurisprudenziale contemporaneo e affrontata dai nostri giudici, tanto di merito quanto di legittimità, con prospettive non sempre coincidenti e con esiti difformi (oltre che non sempre soddisfacenti).

Il tema dell'inesigibilità del comportamento conforme al precetto, del resto, non gode di particolare popolarità all'interno del nostro ordinamento, e in dottrina solo saltuariamente è stato oggetto di puntuali approfondimenti. Le opinioni più diffuse, come si avrà modo di vedere, segnano una posizione di sostanziale chiusura, opponendo argomenti che vanno dalla congenita e insuperabile vaghezza del concetto a insopprimibili esigenze di certezza del diritto, dall'assenza di appigli normativi su cui sviluppare il ragionamento alla tassatività delle determinate ipotesi di scusanti individuate da specifiche disposizioni di legge. Le (più rare) posizioni maggiormente possibiliste, al contrario, sono parse adottare prospettive settoriali, sforzandosi di individuare per il principio di inesigibilità singole applicazioni concrete, specialmente sul terreno del reato omissivo improprio e del reato colposo, senza però inferirne implicazioni più generali.

Proprio le rinnovate istanze avanzate dalla prassi, dunque, sono l'occasione per una rivisitazione critica delle une e delle altre impostazioni, nel tentativo di fornire una risposta agli interrogativi che si sono evidenziati e di condurre l'analisi nell'alveo di una concezione 'costituzionalmente orientata' della colpevolezza: vale a dire che tenga conto, al momento dell'ascrizione della responsabilità penale, della necessità di *rimproverare soggettiva-*

mente il fatto al suo autore e di orientare la pena alla *rieducazione* del condannato e che individui i meccanismi con i quali assicurare tale risultato.

Per condurre tale ricerca si muoverà da un esame delle radici storiche del concetto di inesigibilità, nato in Germania in relazione all'affermazione della concezione normativa della colpevolezza e alla base dell'emersione di una scusante sovralegale modellata sullo stato di necessità, per gettare uno sguardo sulle concezioni più recenti, sopravvissute all'avvento e alla caduta dello stato autoritario. Si guarderà, poi, all'affermazione del paradigma nei paesi di *common law*, ove la teoria generale delle *defences* potrà fornire spunti utili a individuare un fondamento unitario per le scusanti e ad arricchire la base gnoseologica per la formulazione del giudizio di colpevolezza.

Si giungerà, quindi, al nostro ordinamento, per richiamare gli approdi degli approfondimenti già compiuti dalla nostra dottrina e sottoporli a un vaglio critico, orientato, secondo la prospettiva cui si faceva cenno poc'anzi, al tentativo di fornire una risposta agli interrogativi portati avanti, prepotentemente, dalla prassi. E proprio alla prassi sarà dedicata un'ampia parte del lavoro, nella convinzione che ogni elaborazione concettuale, per quanto accurata e rispettosa dei principi, debba trovare nella vita quotidiana delle applicazioni giurisprudenziali la propria inevitabile destinazione, allo scopo di contribuire alla soluzione di problemi concreti e non ridursi, al contrario, a mera speculazione priva di incidenza.

Prima di avviare ogni approfondimento, tuttavia, pare indispensabile un chiarimento preliminare intorno al concetto stesso di «inesigibilità», che costituirà l'oggetto del lavoro, al fine di evitare improprietà terminologiche e individuare con precisione le questioni alle quali si intenderà volgere l'attenzione.

Come ha osservato Luigi Scarano nella sua monografia¹, approfondendo l'origine germanica dell'istituto, l'etimologia del termine 'inesigibilità' («*nichtzumutbarkeit*») viene dal verbo «*zumuten*», che designa l'atto di *volere* specificamente qualcosa che si è in diritto di esigere; e in questo senso è acquisito alla tradizione del diritto civile, laddove con

¹ L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, p. 2, e *ivi* per ulteriori riferimenti bibliografici.

l'espressione «*zumutbarkeit*» si individua la capacità del debitore medio di soddisfare le pretese della propria controparte.

Così, la clausola dell'inesigibilità ha trovato il proprio naturale ambito di applicazione sul terreno dell'impossibilità sopravvenuta all'adempimento, specie, ma non solo, per ragioni legate all'inflazione: ipotesi, in ogni caso, nelle quali la giurisprudenza ha affermato che compete al giudice indagare se, in considerazione dell'intervento di circostanze eccezionali, successive alla manifestazione della volontà, fosse ancora umanamente esigibile l'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione.

Simile assetto è conosciuto anche al nostro ordinamento, ma il codice civile del 1942 lo scinde in due regole distinte, profondamente diverse quanto a natura ed effetti: da un lato l'art. 1256, che individua nell'impossibilità definitiva e totale (v. in relazione a questo l'art. 1258) della prestazione non imputabile al debitore una causa di *estinzione* dell'obbligazione; dall'altro l'art. 1467, secondo cui l'eccessiva onerosità sopravvenuta di una prestazione, conseguente al «*verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili*», è causa di *risoluzione*, peraltro, dei soli contratti a prestazioni corrispettive ancora non completamente eseguiti.

Al di là delle differenze di disciplina, cui peraltro non compete in questa sede dedicare particolari approfondimenti, occorre chiarire che l'inesigibilità è senza dubbio estranea alla regola per prima enunciata, di cui la giurisprudenza, secondo una consolidata tradizione interpretativa assai restrittiva, riserva l'applicazione alle sole ipotesi di impossibilità materiale e assoluta della prestazione², fatta peraltro salva la regola secondo cui *res perit domino*.

Invece, il discorso appare diverso con riguardo al disposto dell'art. 1467 c.c., la cui operatività è dalla giurisprudenza subordinata al ricorrere di due presupposti: l'intervenuto squilibrio delle prestazioni, purché non prevedibile al momento della conclusione del contratto, e la riconducibilità dello stesso a circostanze che possano dirsi

² V., tra le altre, Cass. civ., sez. II, sent. 1° ottobre 2013, dep. 15 novembre 2013, n. 25777, Rv. 628305-01, secondo cui perché la disposizione possa operare è necessario che la ragione dell'impossibilità della prestazione sia individuata «*non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo ed assoluto che non possa essere rimosso*».

straordinarie *su un piano obiettivo*, in base a elementi «*quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni*»³.

In questo caso, infatti, la prestazione è *materialmente ancora possibile* e, pertanto, il debitore potrebbe adempiere, ma solo al prezzo di un *sacrificio ingiustificato*, poiché, in ossequio al parametro del *rebus sic stantibus*, sono radicalmente mutati i presupposti sostanziali che incidono sul rapporto di valore tra le prestazioni oggetto del sinallagma. In ciò, dunque, sta l'essenza dell'*inesigibilità* della prestazione: l'ordinamento non può attendersi dal debitore un adempimento che, ancorché imposto dal regolamento negoziale e pertanto doveroso, costituisca un sacrificio eccessivo per i propri interessi.

È in questa prospettiva che si appropcherà il tema della possibile rilevanza penalistica del principio di *inesigibilità*, che sarà inteso nel senso restrittivo poc'anzi evidenziato: una clausola, laddove ritenuta configurabile, che dunque non si interessa dei casi in cui l'agente non ha avuto la materiale possibilità di uniformarsi al contenuto del divieto (o del comando) penale, ma che si rivolge alle ipotesi in cui l'autore di un fatto di reato si attenda dall'ordinamento *comprensione* per l'*humana fragilitas*, in considerazione delle concrete, obiettive circostanze di fatto nelle quali l'azione delittuosa si è inserita.

Il lavoro, dunque, si propone di valutare se, in simili circostanze, all'imputato in un processo penale possa essere garantita una difesa fondata sull'*inesigibilità* del comportamento conforme al precetto, e di indicare i presupposti perché a essa possa essere garantita una concreta operatività; sforzandosi altresì, di indicare come tale istanza potrebbe essere qualificata alla luce dei criteri che governano la sistematica del reato, esplicitando le ragioni per le quali, come si sarà già intuito dalla definizione che si è offerta, si ritiene che il tema attenga esclusivamente all'ambito della colpevolezza.

Si prenderanno le mosse, come si conviene, dalle origini dell'approfondimento sulla nostra tematica, gettando uno sguardo sull'attuale stato dell'arte, anche con alcuni spunti comparatistici. L'attenzione dedicata alla prassi, come si è anticipato, sarà costante, sulla scia delle sollecitazioni che essa ha avanzato e nel tentativo di affrontare le questioni che, anche recentemente, sono state poste all'attenzione degli interpreti e che in alcuni casi sono rimaste senza risposta.

³ Così Cass. civ., sez. III, sent. 27 giugno 2006, dep. 19 ottobre 2006, n. 22396, Rv. 592932-01.

II

GENESI E SVILUPPI DELLA TEORIA DELL'INESIGIBILITÀ

SOMMARIO: 1. 'Tracce' di inesigibilità nella dottrina a cavallo tra Settecento e Ottocento. - 2. La «normalità delle circostanze concomitanti» nella concezione normativa della colpevolezza in Germania. - 2.1. La rimproverabilità dell'azione come presupposto della responsabilità individuale. La crisi del modello nell'avvento del nazionalsocialismo. - 2.2. L'inesigibilità nella rinnovata dimensione individuale della responsabilità penale del secondo dopoguerra. - 3. Il potere di agire altrimenti in controllo alla *defence of duress* negli ordinamenti di *common law*. - 3.1. Giustificazione e scusa, *necessity* e *duress*. - 3.2. La ricerca di un fondamento unitario per le scusanti. - 4. La tiepida accoglienza della dottrina dell'inesigibilità in Italia. - 4.1. Un primo bilancio, e il programma di un'indagine.

1. 'Tracce' di inesigibilità nella dottrina a cavallo tra Settecento e Ottocento.

Come si è anticipato nell'*Introduzione*, con il nome di inesigibilità si designa, essenzialmente, una regola di giudizio, secondo cui un dato comportamento, che l'ordinamento vieta *ovvero* pretende sia compiuto da parte di un soggetto modello, risulta, in ragione delle circostanze concrete che connotano l'azione, non evitabile *ovvero* non realizzabile da parte di un soggetto riconducibile al modello di riferimento, sicché nessun altro soggetto - neppure, in ipotesi, il giudice chiamato a valutare il fatto - avrebbe saputo o potuto agire in conformità alla norma.

Dal punto di vista della dogmatica penalistica, sulla quale ritorneremo a breve, tale costruzione trova la propria piena elaborazione in Germania, quale sorta di evoluzione della disposizione dettata dal codice del 1871 in materia di stato di necessità, ritenuta «*troppo angusta per una materia così vasta*»¹.

Tuttavia, v'è da dire che la regola di giudizio in parola vanta un'origine, per dir così, pre-dogmatica, che trascende le categorie e tende, per converso, verso un ideale di giustizia sostanziale. Già nel Seicento si deve alla teoria dell'imputazione di Samuel von Pufen-

¹ M.E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 302.

dorf la costruzione di un diritto penale imperniato sul concetto di *azione volontaria* di derivazione aristotelica: alla base, l'idea che di volontà possa parlarsi soltanto in presenza di una autentica *libertà di decidere*, ciò che costituisce il presupposto indispensabile per ascrivere a colpa dell'agente l'atto da questi compiuto².

Sul finire del Settecento, inoltre, Gaetano Filangieri osservava che «*le leggi possono dare 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*»³; mentre Pellegrino Rossi aggiungeva che «*l'ordine giuridico, del cui mantenimento abbia carico l'umana giustizia, non esige la repressione degli atti commessi in sì tremende circostanze allorquando non poterono essere evitate che da uno sforzo, che esige tutto quanto l'umana natura racchiude di forza e di coraggio*»⁴.

La concezione qui tratteggiata, ampiamente acquisita al bagaglio culturale del giurista dell'Ottocento, riecheggia anche nella costruzione del giudizio di imputazione operata da alcuni penalisti italiani. Secondo Giovanni Carmignani, l'imputazione dell'offesa al suo autore si compone di tre momenti di giudizio: il primo, che oggi definiremmo 'azione', o 'condotta', o 'causalità' a seconda dei casi, consiste nella «*fisica relazione del fatto denunziato come offesa con chi ne è indicato autore*»; il secondo, che attiene alla sfera della colpevolezza, ha lo scopo di «*stabilire la morale imputabilità dell'azione*»; il terzo, più rilevante in questa sede e definito «*imputazione civile*», postula una sorta di *rimproverabilità politica* del fatto, vale a dire un giudizio soggettivo di disvalore reso dagli altri consociati – la «*testa degli altri*» – per il tramite dell'ordinamento giuridico⁵.

² S. VON PUFENDORF, *De iure naturae ac gentium libri octo*, 1672, I, V, § 1. Pur con riferimento più puntuale allo stato di necessità, l'Autore rimarca che il legislatore rinuncia di regola a pretendere l'eroismo dai sudditi, conformandosi al comune sentire per il quale, in simili casi, occorre compatire, più che punire, il reo. Per i riferimenti aristotelici, citati in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000, p. 49 s., v. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 1 (trad. it. Milano, 1979, p. 147 ss.).

³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Milano, 1784, III, § 37.

⁴ P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852, p. 171. Prosegue l'autore: «*Il povero morente di fame non può scegliere che tra il furto e la morte. La sua azione è illegittima, ma scusabile. [...] 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*».

⁵ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi*, Pisa, 1831, II, p. 36 s. Secondo L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., p. 16, si tratta di una sorta di anticipazione *sui generis* di una concezione normativa della colpevolezza, intesa non come l'imputabilità di un dato psicologico, bensì come imputabilità di un comportamento in relazione a una norma: «*una persona è dichiarata colpevole non perché ha voluto, ma solo se ha voluto quello che non doveva volere*».

Sulla stessa scia anche Francesco Carrara, secondo cui «il giudizio con il quale il magistrato imputa ad un cittadino un'azione [...] è il risultato di tre distinti giudizi. Il magistrato trova in quell'individuo la causa materiale dell'atto: e gli dice, tu facesti – imputazione fisica. Trova che quell'individuo venne all'atto con volontà intelligente: e gli dice, tu facesti volontariamente – imputazione morale. Trova che quel fatto era proibito dalla legge della città: e gli dice, tu facesti contro la legge – imputazione legale»⁶. La particolarità di tale impostazione risiede, però, nella esatta individuazione della legge in relazione alla quale fondare il terzo giudizio di responsabilità individuale, giacché «non biasimevole» è l'atto imposto o comunque autorizzato da una «legge superiore».

Tali riferimenti evidenziano, dunque, l'elevato grado di attenzione che i commentatori più accorti hanno riservato, fino a tutto il diciannovesimo secolo, alla tematica dell'inesigibilità. Un'attenzione, si è tuttavia detto, 'pre-dogmatica', nella misura in cui da un lato nasceva in buona parte da valutazioni di senso comune e dall'esigenza di estendere l'applicazione dello stato di necessità oltre i limiti della *littera legis* e, dall'altro lato, non si è mai tradotta nel tentativo di sistematizzare i concetti all'interno di una unitaria concezione del reato.

A tale sforzo risulta dedicata, invece, la dottrina tedesca di inizio Novecento, sulla scia della chiara affermazione della c.d. concezione normativa della colpevolezza.

⁶ F. CARRARA, *Programma per il corso di diritto criminale*, Lucca, 1871, § 8 ss. Questa è, secondo l'esemplificazione dell'Autore, la ragione per cui non va punito chi commetta un fatto di favoreggiamento in favore di un prossimo congiunto; in sostanziale applicazione di tale linea di pensiero, ancorché in difetto di una scusante espressamente prevista dal codice Zanardelli, si pongono anche alcune pronunce giurisdizionali: v. in particolare C. App. Palermo, sent. 12 maggio 1906, in *Giust. pen.*, 1907, p. 38, in relazione all'omessa denuncia, da parte del genitore, di un reato commesso dal figlio.

2. La «normalità delle circostanze concomitanti» nella concezione normativa della colpevolezza in Germania.

2.1. La rimproverabilità dell'azione come presupposto della responsabilità individuale. La crisi del modello nell'avvento del nazionalsocialismo.

La domanda se, *in talune circostanze*, risulti esigibile da parte dell'agente l'obbedienza al precetto penale e dunque il compimento del comportamento doveroso postula necessariamente una tecnica di formulazione del rimprovero – e dunque un criterio di ascrizione della responsabilità – che tenga in qualche considerazione *proprio quelle circostanze*, il contesto nel quale la condotta concreta si iscrive.

La concezione tradizionale si fondava sull'idea che la responsabilità penale richieda, come presupposto necessario, una partecipazione psicologica alla realizzazione del fatto, e intendeva la colpevolezza quale vera e propria *mens rea* – locuzione che ancora ricorre nella letteratura anglosassone per indicare l'elemento soggettivo del reato, in contrapposizione all'*actus reus*, l'elemento oggettivo⁷ – e dunque quale *volontà di ciò che non doveva essere*: in due parole, quale *volontà colpevole*⁸.

Al di là delle critiche che ne hanno suggerito il superamento, e che comunque non possono essere richiamate in questa sede, è di tutta evidenza che tale concezione mal si presta a valutazioni di elementi estranei, appunto, alla volontà del reo, quand'anche condizionanti quest'ultima.

La prospettiva, invece, è ribaltata nell'ottica della concezione normativa della colpevolezza. Essa, come è noto, muove da un lato dall'avvertita necessità di considerare, nella va-

⁷ V. per es. A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2013.

⁸ Si tratta di una concezione maturata nel contesto dell'ideologia liberale tradizionale, in chiave sostanzialmente garantistica. Tra gli esponenti, nel cui ambito si annovera anche Francesco Carrara, menzioniamo F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, p. 39 ss., secondo il quale, anzi, anche il tema dell'imputabilità dev'essere ricompreso nel «*legame psicologico*» tra reo e condotta: un requisito, quest'ultimo, logicamente preesistente, di cui il primo esprimerebbe una mera «*qualità*». V. anche G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Padova, 1942, p. 119 ss., secondo il quale la colpevolezza andrebbe sì costruita secondo un concetto unitario – e dunque comprensivo sia del dolo sia della colpa – ma da intendersi in senso psicologico: vale a dire quale «*rapporto psicologico tra l'agente e l'azione, che cagiona un evento voluto, o non voluto, ancorché non preveduto, ma prevedibile*».

lutazione del disvalore del fatto, anche i motivi dell'azione e, più in generale, il contesto nel quale questa si realizza, dall'altro lato dal tentativo di individuare un fondamento comune al dolo e alla colpa: acquisito il carattere fundamentalmente normativo di quest'ultima, si fonda sull'idea che in entrambi i casi l'agente ha agito in modo difforme da quanto l'ordinamento si attendeva, esprimendo così una *volontà che non doveva essere*⁹.

Secondo Frank, dunque, la colpevolezza non si esaurisce in una precaria relazione psichica tra l'agente e il fatto, ma si compone di una pluralità di elementi il cui insieme, in definitiva, consente all'ordinamento di muovere all'agente un *rimprovero*: l'imputabilità, che continua a operare come preconditione necessaria; il dolo ovvero la colpa; e, ciò che più rileva ai nostri fini, la *normalità delle circostanze concomitanti all'azione*¹⁰. La definizione del terzo elemento della colpevolezza muta con l'edizione del 1911 dell'opera di Frank, che sostituisce il criterio della normalità delle *circostanze* con quello della normalità della *motivazione*, vale a dire la capacità dell'agente di determinarsi liberamente in ragione della particolare situazione di fatto nella quale si è trovato ad agire¹¹.

In ogni caso, ciò che qui più interessa è che, ponendo al centro del concetto di colpevolezza il tema della rimproverabilità soggettiva, Frank pone le premesse per lo sviluppo del tema dell'inesigibilità del comportamento doveroso siccome frutto dell'*anormalità della motivazione*, così giungendo a escludere tale rimproverabilità. Non risulta che Frank abbia

⁹ R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festgabe für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen, 1907; E. BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig, 1910; J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem. 1913 Österreichischer Zeitschrift für Strafrecht*, Wien, 1913; a quest'ultimo autore si deve anche, nella sostanza, la locuzione riportata in corsivo nel testo. Osserva tuttavia L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., p. 11 ss., che «*contrariamente a quanto concordemente si afferma*, [la concezione normativa della colpevolezza] non costituisce né può costituire una conquista recente della scienza moderna»: l'Autore, infatti, ne rinviene alcune tracce anche in Aristotele e in taluni pratici del primo Rinascimento, tra cui Pietro de Bellapertica («*culpa est deviatio a legis dispositione*»: v. *ivi* anche per i riferimenti bibliografici). Per l'Italia, v. G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 85, del quale è particolarmente nota l'affermazione secondo cui «*il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo è un fatto involontario che non si doveva produrre*».

¹⁰ Una categoria, precisò Frank successivamente, cui riferirsi *sub nomine* di *cause di esclusione della colpevolezza* in senso stretto, e dunque diverse dalle cause che escludono l'imputabilità ovvero il dolo o la colpa: in questo senso, si tratta di una categoria tutt'oggi presente nella manualistica nostrana: v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quinta edizione aggiornata da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2015, p. 374 ss.

¹¹ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, 1911, p. 109. È più che noto l'esempio dell'appropriazione di denaro compiuta da un commesso adeguatamente retribuito, ma abituato ad agi e costosi divertimenti, che risulterà certo più 'colpevole' – proprio in quanto maggiormente *rimproverabile* – dell'analoga condotta realizzata da un fattorino scarsamente retribuito, con la moglie ammalata e i figli da mantenere.

mai fatto ricorso al termine «inesigibilità» o altri simili, ma è sufficientemente chiaro che quella fosse la strada¹².

Si può aggiungere, anticipando concetti che saranno ripresi più avanti, che tale strada è ricondotta dalla dottrina¹³ nell'ambito delle c.d. teorie *decisionistiche*, che nella inesigibilità individuano uno strumento rimesso alla libera valutazione del giudice, privo della guida del legislatore per la ragione che nessuna norma generale e astratta è in grado di dettare tutti i criteri di concretizzazione applicabili al caso concreto¹⁴. A tale impostazione si contrappongono le c.d. teorie *cognitivistiche*, secondo le quali il giudice deve limitarsi a conoscere della sussistenza dell'anormalità delle cause concomitanti all'azione - ovvero, per rimanere all'impostazione dell'ultimo Frank, dell'anormalità della motivazione -, quale accertamento di mero fatto sprovvisto di discrezionalità.

È chiaro che, nel nucleo di tale seconda prospettiva, giacciono le accuse di eccessiva indeterminazione e di pregiudizio per la certezza del diritto che tradizionalmente accompagnano l'evoluzione della dottrina dell'inesigibilità nel diritto penale e sulle quali si tornerà. Ora, invece, ci si può limitare a prendere atto che è proprio per tali ragioni che il dibattito intorno a tale concetto, successivamente sviluppatosi in Germania, ne accoglie l'accezione cognitivistica.

Goldschmidt, infatti, riprende un'intuizione di Beling, secondo il quale il giudizio di colpevolezza esprime un disvalore che incide sull'agente e che discende da un raffronto tra il fatto e la norma di azione diretta al foro interno, proprio al fine di rimarcare la necessità di individuare una fonte giuridica per quest'ultima norma: elaborando, così, la propria teoria delle norme di dovere («*Pflichtnormentheorie*»)¹⁵.

¹² Si veda al riguardo l'osservazione di Frank - riportata in G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 55 - a proposito di una nota decisione del *Reichsgericht* del 1897, il c.d. caso *Leinenfänger-Fall*: un cocchiere, per paura di essere licenziato, aveva eseguito l'ordine del padrone di far trainare la carrozza da un cavallo (che egli conosceva come) 'ombroso', il quale aveva provocato lesioni a un passante. Dando conto della decisione assolutoria, fondata sull'idea che l'esigibilità del comportamento diligente è il primo presupposto della colpa, Frank commenta che «*con queste asserzioni le circostanze concomitanti che hanno condotto l'imputato in una situazione critica vengono ricondotte al concetto di colpevolezza*».

¹³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 56.

¹⁴ In questo filone sembra di potersi ascrivere anche il lavoro di L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., p. 64 e p. 75.

¹⁵ J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, cit., p. 144.

La colpevolezza, cioè, emerge dalla violazione della norma di dovere – ed è in tal senso da intendersi, in senso proprio: *normativa* –, che impone o vieta un dato comportamento in quanto riprovato dall'ordinamento, e di ciò il giudice si limita a prendere atto; il rimprovero, però, consegue a una valutazione della motivazione che sorregge la trasgressione della regola, sicché il procedimento di formazione della volontà svolge un ruolo essenziale nell'ascrizione della responsabilità¹⁶.

L'inesigibilità, dunque, opera come limite esterno, per tutti i casi nei quali non è possibile attendersi che la rappresentazione dell'evento disapprovato dall'ordinamento funzioni quale contromotivo, cioè determini l'agente all'osservanza della norma di dovere: il rimprovero, in definitiva, risiede nell'incapacità di «*farsi motivare dalla rappresentazione del dovere nonostante l'esigibilità*»¹⁷. Secondo l'Autore, in particolare, devono ritenersi determinanti i motivi che avrebbero agito allo stesso modo su un uomo medio.

A tale impostazione si obiettò, tra le altre cose, la scarsa funzionalità nell'ottica di una concezione unitaria della colpevolezza, risultando del tutto inadatta a comprendere i casi di colpa incosciente: quelli, cioè, nei quali l'agente non si è neppure rappresentato l'azione doverosa, ciò che non consente di porre il problema del rispetto della norma di dovere e della normalità della motivazione rispetto a quella.

Né valse a porvi alcun rimedio la rieditazione operata in epoca successiva da Karl Siegart, allievo di Goldschmidt, la cui concezione risente del mutato clima culturale che fa da sfondo al tramonto di Weimar e all'avvento del nazionalsocialismo. Secondo Sie-

¹⁶ Su tale scia, Goldschmidt giunge a una compiuta enucleazione della categoria delle scusanti, concettualmente distinta dalla categoria delle cause di giustificazione: le seconde espressive di un interesse risultato prevalente all'esito di un bilanciamento operato dall'ordinamento su un piano obiettivo, le prime al contrario fondate su un motivo da ritenersi prevalente in ragione delle circostanze e della loro influenza sulla motivazione dell'agente.

¹⁷ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Frank-Festgabe*, Tübingen, 1930, p. 442, cit. in D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, 1960, p. 655. Il criterio dell'uomo medio come parametro di concretizzazione dell'esigibilità del comportamento conforme alla norma giuridica è accolto anche da Eberhard Schmidt, cit. in G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 75 s.: peraltro, con la particolarità che tale parametro è declinato in senso 'sociale', vale a dire quale "cittadino medio", qual è il modello risultante da un bilanciamento degli interessi individuali con quelli perseguiti dalla comunità. La decisione del giudice, infatti, non può in nessun modo consistere nel risultato di una propria, autonoma intuizione, ma deve tenere conto del giudizio sociale, e del modo in cui la collettività ha riguardo – o non ha riguardo – per un dato processo motivazionale interiore. Il principio di inesigibilità, nella costruzione di Eb. Schmidt, diviene così istanza di garanzia dell'individuo dinanzi alle attese della comunità in cui egli vive. Sul punto, v. F. VON LISTZ, EB. SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, p. 225.

gert, la colpevolezza presuppone ancora la violazione di una norma di dovere, con la particolarità che tale norma è soltanto quella che pone un dovere 'sociale', posto nell'interesse e a tutela della collettività¹⁸.

Un passo ulteriore rispetto alla concezione di Goldschmidt è segnato da Berthold Freudenthal, che si svincola dalla costruzione della norma di dovere e afferma a chiare lettere l'impossibilità di formulare un rimprovero ogniqualvolta l'agente non abbia *potuto* comportarsi diversamente, in ragione delle circostanze nelle quali si è verificato il fatto¹⁹: una costruzione, per vero, che condivide – almeno sulla carta – l'impostazione cognitivista delle teorie di Goldschmidt, ma che si spinge ad affidare al giudice del caso concreto un ampio margine nell'apprezzamento della situazione di fatto.

Fino a che punto, anzi, possa spingersi la discrezionalità dell'interprete nella valutazione dell'inesigibilità del comportamento doveroso è chiarito da Freudenthal con alcuni esempi, invero piuttosto estremi.

Un primo esempio riguarda il caso, piuttosto noto al tempo, della giovane ragazza siciliana che, immigrata a New York, diventava ben presto l'amante dello zio che l'ospitava; la zia, che ne era a conoscenza, qualche anno dopo raccontava la vicenda all'uomo, pure siciliano, che nel frattempo era divenuto il marito della ragazza, suscitando l'immediata interruzione del matrimonio. La giovane, disperata, decide quindi di vendicarsi, uccidendo entrambi gli zii.

La Corte americana che si occupò della questione assolse la ragazza, del tutto legittimamente secondo Freudenthal: le origini siciliane, l'educazione ricevuta, il contesto cul-

¹⁸ K. SIEGERT, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, 1934, p. 49.

¹⁹ B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, 1922, p. 9 ss., cit. in F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 83. Evidenzia l'Autore da ultimo richiamato che con il verbo 'potere' «Freudenthal intendeva, evidentemente, non già il 'potere' fisico dell'ultra posse nemo tenetur, bensì la misura di ciò che è possibile 'umanamente', 'moralmente' pretendere dal soggetto in quelle particolari circostanze, secondo la valutazione della coscienza sociale». Per riprendere un esempio molto noto, la frase: «Non posso fare più niente» pronunciata da un medico davanti al letto di un malato ormai terminale, assume il chiaro significato dell'ammissione dell'impotenza umana dinanzi alla morte e rende l'idea di un'impossibilità fisica, materiale, assoluta. Al contrario, la frase: «Non posso fare altrimenti», per quanto del tutto assimilabile alla prima sul piano semantico, assume un significato del tutto differente se pronunciata da Martin Lutero al cospetto della Dieta di Worms, indicando un'impossibilità 'morale', relativa, espressione di un autonomo rifiuto di conformarsi a quanto richiesto dalla dottrina tradizionale.

turale d'origine facevano sì che in concreto la giovane *non potesse* comportarsi diversamente, rendendo dunque inesigibile ogni comportamento diverso²⁰.

Un secondo esempio: un rappresentante che, per dovere d'immagine, alloggi in alberghi costosi e si trovi in difficoltà economiche in ragione dell'inadeguatezza del salario – fisso, diremmo oggi – è naturalmente condotto ad appropriarsi per i propri bisogni del denaro di proprietà del datore di lavoro ma di cui si trova ad avere la disponibilità. Né per ciò solo potrebbe egli risultare rimproverabile, atteso che, ancora una volta, umanamente non risulterebbe esigibile un comportamento diverso: il rappresentante, cioè, *non poteva* fare altrimenti²¹.

La tesi, per quanto radicale e, conseguentemente, opinabile, tiene finché si tratta di giustificare l'impossibilità morale di eventi – a rigore – dolosi, in quanto frutto di rappresentazione e volizione dell'agente. Mostra più d'un fianco a critiche, invece, quando si sposta sul piano dei reati colposi, laddove Freudenthal forse non si avvide della sovrapposizione di piani tra inevitabilità dell'evento e inesigibilità della condotta: così avviene in relazione al caso del cavallo 'ombroso', rispetto al quale l'Autore mostra di condividere l'esito assolutorio sulla scorta del primo argomento e non, come sarebbe invece corretto, del secondo²².

Senonché le critiche più aspre che si mossero all'impostazione freudenthaliana erano motivate assai più che con argomenti giuridici – che pure non mancavano: ancora una volta, la genericità dei suoi presupposti, unita all'eccessivo spazio affidato all'intuizione del giudice – con ragioni ideologiche, di chiara matrice nazionalsocialista.

Si evidenziò che il principio che assegna rilevanza scusante all'impossibilità di agire diversamente (*ultra posse nemo tenetur*) costituisce una generalizzazione di una regola già presente nell'ordinamento tedesco, ma confinata all'ambito di applicazione di una singola causa esimente: lo stato di necessità. Tale norma, sulla cui natura scusante o giustificante

²⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 83, anche per l'osservazione critica di O. SCHUMACHER, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, Mannheim, 1927, p. 71, secondo il quale l'idea di Freudenthal avrebbe finito per determinare la 'capitolazione' della società.

²¹ Osserva L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., p. 49, che la teoria di Freudenthal sembra rifarsi, più che a un pre-concetto di inesigibilità o a un'ampia accezione dello stato di necessità, a un'idea di 'forza irresistibile', peraltro sconosciuta tanto al codice penale prussiano del 1871 quanto al codice Zanardelli in ragione della sua estrema vaghezza.

²² A proposito di tale posizione si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 86.

non è qui possibile soffermarsi²³, assume carattere in certo senso eccezionale, di deroga alla regola che fa conseguire l'affermazione della responsabilità penale alla commissione dolosa di un fatto antigiuridico; e in quanto norma eccezionale, può essere applicata soltanto allorché ricorrano i presupposti indicati dal legislatore.

Se ciò è vero, si conclude, la tesi di Freudenthal finirebbe per invertire il rapporto tra regola ed eccezione, pregiudicando gravemente la tutela degli interessi della collettività in favore di quelli individuali e indulgendo in manifestazioni di una sensibilità troppo debole, molle, 'femminea', in spregio alla necessaria durezza – alla 'mascolinità' – che ci si attende dall'ordinamento penale²⁴.

Si trattava, come si vede, di una totale inconciliabilità tra obiettivi di fondo: da una parte, l'esigenza di evitare forme di *ingiustizia sostanziale*, precludendo l'inflizione di una sanzione a imputati che hanno agito come ragionevolmente avrebbe agito chiunque altro, compreso il giudice che si trova a valutare la vicenda; dall'altra parte, l'esigenza di affermare in ogni contesto la supremazia della minaccia legale della pena, quale criterio generalpreventivo teso a perseguire la propria funzione di orientamento culturale della *generalità* dei consociati, anche a sacrificio di qualche diritto *individuale*.

Il definitivo trionfo dello Stato totalitario segnò chiaramente l'accoglimento di questa seconda concezione, con la conseguente reiezione della teoria dell'inesigibilità. In tale scenario, peraltro, si inserisce – per vero su un terreno del tutto diverso, ma certamente assai contiguo al nostro – la contestuale eccezione del riconoscimento di una *causa di giustificazione sovralegale*, frutto di una generalizzazione dello stato di necessità – ancora: inteso in senso giustificante – operata da una sentenza del *Reichsgericht* del 1927.

²³ Per un'ampia ricostruzione del dibattito in Germania, si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 61 ss.

²⁴ Sul tema si vedano H. LIEPMANN, *Recensione a Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, ZStW 43 [1922], nonché H. GROßMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1924, p. 8 ss., che addirittura critica l'inclinazione della tesi freudenthaliana a garantire un'eccessiva forma di tutela dei diritti umani, con ciò abdicando alla necessaria funzione pedagogica del diritto penale: la prevenzione della devianza individuale. Secondo H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, p. 156 (trad. it. S. Moccia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 838 ss.), la ragione ultima di una tanto veemente reazione ideologica alla teoria dell'inesigibilità dev'essere ricercato nelle pulsioni antiproletarie assai radicate nella borghesia tedesca nell'età di Weimar. Come osserva G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 115, peraltro, ciò finisce per confondersi in «un'istanza di conservazione dei privilegi contro qualsiasi apertura, essendo ben evidente che, in linea di principio, l'applicazione della teoria dell'inesigibilità potrebbe in singoli casi anche favorire gli autori di reati economici e di reati – come quelli contro la vita – che non sono in alcun caso suscettibili di una connotazione in senso classista».

Il caso ha per oggetto un aborto praticato, per ragioni non strettamente terapeutiche, a una donna che aveva manifestato propositi suicidi nel caso in cui la gravidanza fosse regolarmente proseguita. Chiarita la *tipicità* del fatto, ed acquisito che nessuna causa di giustificazione o scusante avrebbe potuto trovare applicazione al sanitario nel caso di specie, si giunse nondimeno all'esclusione dell'antigiuridicità in forza di una regola *non codificata*, ma desumibile in via interpretativa dai principi generali dell'ordinamento e - soprattutto - dal 'diritto vivente' come acquisito in un dato momento storico e in un dato territorio dalla coscienza sociale generalmente condivisa²⁵.

Ebbene, proprio in tale *regola non scritta* risiede, al di là delle etichette e della sua (dubbia) riconducibilità all'ambito della *giustificazione*, il concetto di inesigibilità, il quale, anche nell'età buia del nazionalsocialismo, non era destinato ad abbandonare definitivamente l'elaborazione giuridica contemporanea.

2.2. L'inesigibilità nella rinnovata dimensione individuale della responsabilità penale del secondo dopoguerra.

Il superamento delle derive ideologiche di matrice totalitaria che determinarono l'accantonamento della teoria dell'inesigibilità sul finire dell'età di Weimar consentì, com'è facile intuire, una sua riemersione in una prospettiva più equilibrata e più attenta alle diverse esigenze in gioco.

Per vero, già nel pieno furore concettuale degli anni Trenta, vi era stata una voce che - pur muovendo da altro fronte, e segnatamente da uno studio del dolo e della colpa - si era posta il problema di descrivere l'*esigibilità* (in positivo) del comportamento doveroso, indicata come condizione necessaria del rimprovero di colpevolezza - e, in particolare, di *colpa* -: quella di Karl Engisch.

²⁵ V. M. WACHINGER, *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgericht*, in *Frank-Festgabe*, cit., p. 507.

Engisch si era preoccupato, in prima battuta, di ricondurre la tendenza inaugurata dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* del 1927 su binari che a lui apparivano più consoni: dalla dimensione dell'antigiuridicità a quella della colpevolezza²⁶.

Egli osserva che le ragioni sostanziali che avevano indotto la Suprema Corte del Reich a indulgere clemenza verso il medico imputato non avevano nulla a che fare con il tema della supposta *non contrarietà* del fatto contestato *con l'ordinamento* – ciò che, anzi, non era in discussione, l'aborto su donna consenziente essendo incriminato dall'allora vigente § 218 comma 3 StGB –; tale decisione, al contrario, si fondava sulla considerazione assegnata ai motivi soggettivi che avevano indotto il sanitario a operare una scelta (pur sempre vietata dall'ordinamento, ma comunque) drammatica, escludendo nei suoi confronti il rimprovero di colpevolezza.

E ciò, evidenzia Engisch, a prescindere che l'ordinamento *approvi*, all'esito di una valutazione morale, la condotta contestata al reo, giacché la considerazione per l'anormalità delle circostanze concomitanti all'azione che preclude il rimprovero penale non incide, per converso, sulla valutazione etica del fatto: come nella vicenda del rappresentante di Freudenthal, dunque, in relazione al quale la riprovevolezza della condotta non è sufficiente a fondare un'affermazione di responsabilità. Quel che rileva, e che è sufficiente, per la formulazione di un rimprovero di colpevolezza, allora, è che l'azione posta in essere sia «volontaria»: nel senso, però, che, «l'agente era psicofisicamente in condizione di comportarsi diversamente: che possedeva 'libertà di azione'»²⁷.

Il terreno di elezione – e al tempo stesso, forse, il limite – della concezione di Engisch è rappresentato dal delitto colposo, sulla scorta dell'idea che l'eccezionalità delle circo-

²⁶ K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, p. 440 ss., e in particolare p. 450: secondo l'Autore, infatti, il fatto di chi si sia trovato nell'impossibilità di agire altrimenti non è per ciò solo contrario all'imperativo, e conserva dunque, su un piano obiettivo, la propria antigiuridicità. Ciò posto, però, l'ordinamento è libero di operare una valutazione ulteriore, su un piano diverso, che assegni prevalenza ai motivi di ordine soggettivo che hanno orientato il comportamento dell'agente, escludendo così la rimproverabilità che fa da sfondo al giudizio di colpevolezza.

²⁷ K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Kohlrausch-Festschrift*, Berlin, 1944, p. 164 s. Il concetto è ripreso successivamente da Jescheck, che individua il presupposto minimo del proprio concetto di azione non già nella «partecipazione della psiche», bensì nella «potenziale efficacia delle energie mentali-spirituali dell'uomo» (v. H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1966, p. 154); nonché da Welzel, secondo cui la volontà nel giudizio penale dev'essere valutata non già circoscrivendone l'ambito ai soli casi di effettiva esecuzione di un'attività volontaria, ma estendendola anche alle ipotesi di «dominabilità di un'attività o di una passività attraverso la volontà (cioè, attraverso la capacità di volere finalisticamente)»: cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969, p. 31.

stanze possa impedire all'agente di percepire la propria distanza dall'agente modello ovvero di adeguarsi alla regola cautelare che dovrebbe rispettare. Analoga attenzione, per converso, non è riservata alle ipotesi di delitto doloso: il dolo, si osserva, non ha natura normativa e presenta una struttura – la rappresentazione e la volizione di tutti gli elementi del fatto – che mal si presta ad attribuire efficacia scusante al turbamento motivazionale determinato dalle circostanze.

Nel secondo dopoguerra, la sconfitta del nazionalsocialismo aprì la strada alla riemersione di istanze liberali e a una rinnovata esigenza di tutela dei diritti e delle libertà individuali, il cui sacrificio sull'altare delle ideologie era risultato terribilmente feroce e, al tempo stesso, impresso nella coscienza (non soltanto) giuridica postbellica.

Di tali istanze è espressione la giurisprudenza che si occupò dei crimini commessi, per ordine del regime, da parte di soggetti che si difendevano adducendo di aver solo dato seguito alle disposizioni dei superiori e di aver agito spinti dal timore di una rappresaglia in caso di disobbedienza.

Emblematico, al riguardo, il caso dei medici delle cliniche psichiatriche tedesche, cui fu ordinato di dare esecuzione a un programma di progressiva eliminazione dei soggetti affetti da disturbi psichici, ritenuti non utili allo sviluppo del *Reich*²⁸. In un caso²⁹, i medici imputati si difesero sostenendo di aver effettivamente prestato la propria collaborazione al programma di eutanasia, ma allo scopo di ridurne gli effetti: vale a dire con il proposito di salvare almeno una parte dei soggetti destinati a morire, cosa che, a loro dire, non sarebbe stata possibile se, a fronte di un loro rifiuto, fossero stati chiamati altri medici, maggiormente asserviti al progetto hitleriano.

²⁸ La *EU-Aktion*, o *Aktion T4* (abbreviazione per *Tiergartenstraße 4*, l'indirizzo di Berlino presso il quale aveva sede la *Gemeinnützige Stiftung für Heil- und Anstaltspflege*, l'ente pubblico per la salute e l'assistenza sociale) consisteva in un programma di eutanasia applicato a malati terminali, soggetti affetti da patologie incurabili o da malformazioni fisiche e persone con disturbi di natura psichica, anche bambini. In quest'ultimo caso, i soggetti inseriti nel programma venivano inviati presso apposite strutture 'specializzate' ove, a seguito di un periodo variabile di 'osservazione', erano uccisi con un'iniezione letale, mentre il certificato di morte indicava la causa in una polmonite; il corpo delle vittime era destinato, almeno in parte, alla ricerca scientifica, così da dissimulare la reale natura dell'operazione (v. R.J. LIFTON, *I medici nazisti. La psicologia del genocidio*, Milano, 2003, p. 84). Si calcola che le vittime di tale operazione ammontarono a 35.224 unità nel 1940 e a 35.049 unità nel 1941 (dati cit. in E. KLEE, *Dokumente zur "Euthanasie"*, Frankfurt-am-Main, 1985).

²⁹ Corte d'Assise di Köln, sent. 24 ottobre 1951, in *NJW*, 1952, p. 358 ss.

La Corte fonda la propria decisione assolutoria osservando che: «Al di sopra di ogni diritto legislativo vi è un diritto più elevato e non scritto. Il diritto creato dagli uomini non può avere alcuna pretesa di validità se esso contraddice il diritto naturale. Chi senza propria colpa si trova in una situazione in cui può salvare un più elevato numero di uomini destinati alla morte solo attraverso il sacrificio di un più piccolo numero non può essere giustificato, ma tuttavia agisce penalmente senza colpevolezza»³⁰.

La pronuncia, al di là della conclusione cui perviene, opera probabilmente una sovrapposizione di piani, confondendo la sfera della giustificazione con quella della scusa: ammettendo che le ragioni addotte dagli imputati fossero fondate, va da sé che l'argomento seguito dai giudici della Repubblica Federale si sarebbe collocato sul terreno della *scusa* qualora avesse dato conto del turbamento motivazionale vissuto dai sanitari, posti dinanzi la drammatica alternativa se mandare a morte innocenti ovvero seguire la propria coscienza, fronteggiando essi stessi il pericolo di una rappresaglia letale.

Sembra invece più affine alla logica della *giustificazione* un'operazione che comporti un bilanciamento su un piano obiettivo degli interessi in gioco, assegnando prevalenza a quello maggioritario e accettando, in una prospettiva quasi 'ordinamentale', il sacrificio di quello meno tutelato.

Al di là di tale argomento, però, il punto è chiaro: muovendo dal presupposto che il diritto positivo possa essere *ingiusto* su un piano sostanziale – come in effetti è accaduto nell'esperienza così recente dei totalitarismi –, vi è l'idea che l'antigiuridicità *materiale* che viene a costituire un presupposto per l'affermazione della responsabilità penale debba essere valutata anche con riguardo al *diritto non scritto*, e dunque alle regole di comportamento imposte dal *diritto naturale*³¹.

In questo risiede il cuore della concezione dell'inesigibilità come causa di esclusione della colpevolezza *sovralegale*: quante volte anche all'infuori dell'ordinamento positivo sia dato rinvenire un imperativo – contrario a quello penale – finalizzato al conseguimento di

³⁰ Corte d'Assise di Köln, sent. 24 ottobre 1951, cit.

³¹ Per riferimenti più ampi sul tema, v. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965. Con specifico riferimento al caso del programma di eutanasia, l'Autore subordina l'esclusione della responsabilità alla sussistenza di tre condizioni: la *necessità* dell'azione penalmente sanzionata, che doveva risultare in concreto l'unica in grado di evitare il maggior danno; la *proporzionalità* del danno cagionato rispetto a quello evitato, nel senso che il male prodotto dev'essere quanto più possibile limitato, per effetto degli sforzi dell'agente; l'*effettività* della condotta, nel senso che il risparmio di vite deve risultare accertabile *ex post*.

un interesse apprezzabile e, in concreto, socialmente prevalente, il comportamento adottato in violazione del divieto penale non potrà risultare rimproverabile, e chi l'ha posto in essere andrà esente da responsabilità³².

Tale concezione, però, non incontrò il favore della prevalente dottrina tedesca del dopoguerra e fu gradualmente accantonata, anche per effetto della positivizzazione, operata dai §§ 34 e 35 del codice penale tedesco del 1975, di due forme di stato di necessità – una giustificante e una scusante – che almeno in parte recepì talune istanze avanzate dalla dottrina dell'inesigibilità³³.

Un approccio diverso, infatti, fu prescelto da Heinrich Henkel, ad avviso del quale la possibilità di agire altrimenti costituisce un principio generale dell'ordinamento, comune a tutte le branche del diritto, dotato di funzione regolativa, tale cioè da circoscrivere e modulare in sua funzione i doveri e le facoltà, rispettivamente, imposti o concessi ai singoli³⁴.

La particolarità delle clausole regolativa, secondo Henkel, è che la funzione di delimitazione di cui si è detto è realizzata mediante una concretizzazione della regola di giudizio, che dev'essere ritagliata sul caso concreto: in sostanza, assegnando al giudice un criterio per il cui tramite individuare il contenuto dei doveri che gravano sull'individuo. In questa opera di individualizzazione, il giudice è libero di operare trasversalmente lungo le diverse categorie della dogmatica penalistica, giacché anche la sistematica del reato esprime uno schema descrittivo suscettibile di adattarsi alla necessità di applicare i principi, e non viceversa.

Ne consegue che l'esigibilità del comportamento doveroso, quale criterio regolativo – e cioè delimitativo degli obblighi posti al singolo dalla norma penale –, viene a costituire la

³² La tesi richiama palesemente, ancorché non espressamente, l'idea dello stato di necessità come scusante sovralegale come emerge da un passo della sentenza del *Reichsgericht* del 1927, secondo il quale qualora «un'azione conforme a una fattispecie di reato costituisce il solo mezzo per tutelare un bene giuridico e per adempiere un dovere posto o riconosciuto dall'ordinamento, la questione se l'azione sia lecita, non vietata o illecita deve essere risolta sulla base del rapporto di valore, da ricavarsi dal diritto vigente, tra i beni giuridici o i doveri in conflitto»: sul punto v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, cit., p. 90 s.

³³ Rileva G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 143 ss., che la strada prescelta dalla dottrina dell'epoca fu quella, che l'Autore definisce «tutt'altro che ineccepibile», della causa personale di esclusione della punibilità, motivata da considerazioni di politica criminale.

³⁴ H. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Mezger-Festschrift*, 1954, p. 251 ss.

lente attraverso la quale guardare a tutti gli elementi costitutivi del reato: dalla *colpevolzza*, in ossequio alla concezione tradizionale, alla *tipicità*, in chiave di limitazione della condotta doverosa – si pensi all'*ultra posse nemo tenetur* che fa da sfondo alla configurabilità stessa delle posizioni di garanzia nel reato omissivo improprio –, nonché, a determinate condizioni, all'*antigiuridicità*.

L'intuizione di Henkel costituisce, ancora oggi, la 'griglia' concettuale per approcciarsi al tema dell'inesigibilità nella materia penale: è adottata dalla più recente dottrina che in Italia si è dedicata allo studio del tema³⁵ e, per quel che vale, come si vedrà sarà seguita anche in questo lavoro, pur con le osservazioni che di volta in volta si riterrà opportuno formulare.

La funzione regolativa della clausola di inesigibilità mantiene un certo seguito anche nella dottrina tedesca contemporanea, che ne accoglie, del pari, lo schema di analisi che si è definito 'trasversale', trascendente le singole categorie del reato.

Così, anche Günther Jakobs condivide l'idea che la dottrina dell'inesigibilità meriti senz'altro considerazione da un lato nell'ambito della *tipicità* nel reato omissivo, onde individuare lo spettro di doveri suscettibili di fondare, in concreto, la capacità dell'agente di obbedire il comando – e dunque di delimitare l'imperativo: ciò che è sommamente evidente nei reati omissivi impropri, in cui la possibilità materiale di compiere l'azione antidoverosamente omessa è elemento essenziale della condotta –; dall'altro, nell'ambito della *colpa*, quale limite esterno alla possibilità di conformarsi al modello di comportamento³⁶.

Pur con tali premesse, però, assai più dubbia secondo Jakobs è la possibilità di ritagliare per la clausola di inesigibilità uno spazio *al di fuori* di questi ambiti.

Per vero, un'applicazione ulteriore si rinviene in favore di quelli che Jakobs definisce «*autori per motivi di coscienza*»³⁷: al di là di un tentativo di limitare la propria apertura mediante il richiamo, anche in questo particolare campo, alle categorie del reato omissivo e del reato colposo, l'Autore riconosce che vi sono casi in cui si può essere spinti alla commissione di un fatto rilevante per l'ordinamento penale dalla necessità di dare seguito a

³⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit.

³⁶ G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagend und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, trad. sp., Madrid, 1997, p. 714 s.

³⁷ G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagend und die Zurechnungslehre*, cit., p. 697 ss.

imperativi morali, etici, ideologici: un conflitto di doveri di diversa natura – l'uno giuridico-penale, l'altro attinente alla sfera individuale – cui l'agente ritiene di subordinare al primo il secondo³⁸.

Ebbene, in questi casi possono darsi due eventualità. Qualora il conflitto interiore che affligge l'agente possa comunque risolversi con una decisione conforme a diritto, egli sarà rimproverabile, nondimeno beneficerà di un'adeguata considerazione per la propria condizione personale in sede di commisurazione della pena. Ma anche qualora la spinta della motivazione individuale risulti invincibile, perché venga meno il rimprovero occorrerà verificare che l'agente manifesti un «*deficit di socializzazione*» suscettibile di scusarne il comportamento.

In difetto di tale requisito, conclude Jakobs, l'inesigibilità non può operare, onde non cadere in un'indebita applicazione analogica delle scusanti – norme penali di natura eccezionale – e non pregiudicare le prevalenti esigenze di certezza, stabilità e uniformità nell'applicazione del diritto.

Uno sguardo più approfondito al tema, invece, si ha da parte di Winfried Hassemer. L'idea di fondo della sua concezione, che egli riprende da Günther Bierbrauer e Bernhard Hafke, è che la partecipazione interiore al fatto possa classificarsi in cinque distinti gradi: (i) la *association*, in forza della quale si è responsabili di tutti gli eventi in qualsiasi modo ricollegabili alla propria persona – sicché, in questa ipotesi, la partecipazione interiore all'evento è sostanzialmente assente: per riprendere l'esempio di Hassemer, Tizio è responsabile quando Caio investe un ciclista con l'auto di Tizio –; (ii) la *commission*, in forza della quale si è responsabili dei risultati, e soltanto di quelli, alla cui verificaione si è fornito un contributo diretto, benché imprevisto e imprevedibile – sostanzialmente, la responsabilità oggettiva, basata sulla mera causalità materiale: Tizio è responsabile quando investe il ciclista con la propria auto, anche se l'evento è dipeso da un'improvvisa caduta del ciclista, dovuta a un capogiro –; (iii) la *foreseeability*, in forza della quale si è responsabi-

³⁸ Nel tentativo di offrire una definizione di quelli che chiama “delitti di coscienza”, Jakobs richiama le parole della Corte costituzionale tedesca, secondo cui le pulsioni rilevanti a questi fini sono costituite da «ogni decisione etica 'seria', vale a dire orientata in funzione delle categorie del 'bene' e del 'male' [...] che l'individuo vive internamente come motivazione preponderante e incondizionatamente obbligatoria per sé, di modo che egli non potrebbe ragionevolmente agire in contrasto con essa senza un grave conflitto di coscienza»: v. G. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlegend und die Zurechnungslehre*, cit., p. 700.

li dei soli eventi che era possibile prevedere, ancorché non voluti – è la responsabilità colposa: Tizio è responsabile quando investe il ciclista in occasione di una manovra imprudente –; (iv) la *intentionality*, in forza della quale si è responsabili dei risultati che sono oggetto di previsione e volizione – è la responsabilità dolosa: Tizio è responsabile quando investe il ciclista di proposito –; (v) la *justification*, in forza della quale *non* si è responsabili dei risultati cagionati tramite condotte poste in essere nell’ambito di «*circostanze che non rientrano nella sfera di controllo dell’agente*», allorché «*anybody would have felt and acted as he did under [those] circumstances*»³⁹.

Secondo Hassemer, del resto, il diritto penale non può funzionare soltanto sui meccanismi che attribuiscono colpe e responsabilità nella vita di tutti i giorni: da quella logica, per dir così, primordiale prende certamente spunto, ma esso si fonda su una valutazione autonoma di ciò che è ‘giusto’ e ‘opportuno’ al fine ultimo di individuare i presupposti in presenza dei quali si può muovere un *rimprovero di colpevolezza* nei confronti dell’individuo.

Nel novero di tali presupposti – anzi: al primo posto – l’Autore indica la «*libertà del volere*», giacché «*materia di ogni rimprovero di colpevolezza è sempre la constatazione che il colpevole aveva un’alternativa al comportamento che gli si rimprovera di aver tenuto, insomma la constatazione che egli avrebbe potuto agire altrimenti. In mancanza di una simile alternativa verrebbe meno il sostrato stesso del rimprovero di colpevolezza, verrebbe meno quella componente del comportamento la quale fonda la possibilità stessa, per l’uomo, di commettere un errore. [...] Senza libertà del volere nessun comportamento alternativo, senza comportamento alternativo nessun rimprovero di colpevolezza*»⁴⁰.

Di più: ad avviso di Hassemer, il potere di agire altrimenti dev’essere misurato non già sulla base del *singolo individuo*, giacché trattasi di entità difficilmente afferrabile, che presupporrebbe l’esistenza di una libertà reale e, soprattutto, misurabile, ciò che ne imporrebbe necessariamente l’esatta dimostrazione processuale; bensì sulla base dell’*uomo medio*, valutando ciò che ci si può attendere da un individuo di capacità ordinarie: ciò che costi-

³⁹ W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 46 s. Il quinto livello, osserva l’Autore, «è quello proprio delle scusanti: la inesigibilità, lo stato di necessità scusante, lo stato di necessità ultralegale, l’errore di diritto scusabile, l’eccesso scusabile» (corsivi aggiunti).

⁴⁰ W. HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, cit., p. 54.

tuisse – rileva Hassemer – il trionfo della concezione normativa della colpevolezza, estesa così anche al *rimprovero*. Tale concezione, per di più, consente altresì di prescindere dall'onere di una piena prova, che risulterebbe anzi impossibile se è vero che, conclude l'Autore, il processo penale ha la funzione di ricostruire il fatto e, lungo tale attività, consente di osservare la libertà individuale solamente in negativo, vale a dire nelle varie limitazioni che essa subisce per opera dei fattori causali⁴¹.

3. Il potere di agire altrimenti in controtuce alla *defence of duress* negli ordinamenti di *common law*.

3.1. Giustificazione e scusa, *necessity* e *duress*.

Nella tradizione penalistica del Regno Unito, poi mutuata anche nell'ordinamento nordamericano, è presente da tempo una copiosa elaborazione dottrinale a proposito delle c.d. «*general defences*»: vale a dire, le cause di esclusione della colpevolezza – le nostre 'scusanti' –.

Al di là del nome, però, la categoria è piuttosto eterogenea. I singoli istituti che la compongono sono stati tradizionalmente oggetto di intenso studio casistico e individuale, e comprendono sia talune delle nostre cause di esclusione dell'imputabilità – per esempio, il vizio di mente (*insanity* o *mental disorder*) e l'intossicazione da alcool o da stupefacenti (*intoxication*) – sia le cause di esclusione della colpevolezza in senso proprio; arduo, però, sarebbe dire se siano per lo più compiutamente ricondotte a una disciplina unitaria.

⁴¹ Cfr. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, trad. sp., Barcelona, 1984, p. 296, ove l'Autore si sforza di concretizzare il proprio pensiero in questi termini: «*Che cosa realmente si rimprovera al delinquente quando si constata che non ha rispettato i criteri del 'potere generale' e si è comportato difformemente dall'uomo medio? [...] Onestamente non gli si potrà rispondere nulla di diverso da questo: non sappiamo cosa avresti dovuto fare, né sappiamo se tu sia responsabile per quello che hai fatto. Ma per il tipo di rimprovero che ti muoviamo, non abbiamo alcuna necessità di conoscere ciò: sarà sufficiente, al contrario, verificare che tu ti sia comportato difformemente da un 'uomo medio', che, viceversa, abbiamo individuato con precisione*».

Di tale sforzo si è fatto interprete, di recente, John Gardner, nel suo *Gist of Excuses*⁴²: un tentativo, appunto, di individuare un nocciolo comune alla disciplina delle scusanti, con il quale affrontare e risolvere i problemi posti da situazioni di fatto cui non si applicano ipotesi espressamente previste dalla legge; su questa linea si innestano il tema della *duress of circumstances* e quello, contiguo, dell'inesigibilità. A questo, però, si arriverà a breve.

Per ora conviene prendere le mosse dall'osservazione che la difesa di *duress* affonda radici antichissime nell'elaborazione del pensiero giuridico d'oltremontana⁴³, di regola in relazione al fatto commesso dietro la minaccia di un'offesa ingiusta alla vita o alla incolumità personale, e si sviluppa tradizionalmente in contrapposizione con la difesa di *necessity*: vale a dire, secondo la consueta dicotomia tra stato di necessità *scusante* (la *duress*) e stato di necessità giustificante (la *necessity*)⁴⁴.

Si avvanzerà *defence of necessity*, cioè, quante volte l'imputato intenda far riconoscere l'intrinseca *giustizia* del proprio comportamento, che egli afferma conforme alla legge.

Così, per esempio, nel noto caso del c.d. disastro di Zeebrugge. Il 6 marzo 1987 la *MS Herald of Free Enterprise*, un traghetto battente bandiera britannica, si capovolse su un fianco appena lasciato il porto belga di Zeebrugge. Un buon numero di passeggeri si trovava intrappolato in uno dei locali della nave soggetto a rapido allagamento; l'unica via di fuga era rappresentata da una scala a pioli, alla cui estremità, però, stazionava un giovane, pietrificato dalla paura, che ostruiva il passaggio. L'ufficiale di bordo che dirigeva le operazioni di evacuazione della nave cercò a più riprese di smuovere l'*impasse* incitando l'uomo a salire, ma invano; finché, spinto dalla *necessità* di salvare i passeggeri, ordinò che il giovane fosse spinto in acqua, dove con tutta probabilità trovò la morte per annegamento.

⁴² Letteralmente: «L'essenza delle scusanti». V. J. GARDNER, *The Gist of Excuses*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, p. 575 ss.

⁴³ Cenni in tema di *duress* si rinvencono anche nel pensiero di Jeremy Bentham: v. ID., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, I ed. 1789, cap. XIV, § 11.

⁴⁴ I termini dell'alternativa sono, invero, piuttosto noti: da un lato, la logica della *giustificazione* su un piano obiettivo, all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti – ciò che costituisce il fondamento delle scriminanti in senso stretto – e che conduce a ritenere *giusto, lecito* il fatto commesso; dall'altro lato, la logica della *scusa*, che presuppone l'antigiuridicità – e dunque: l'*ingiustizia* – del fatto ma esclude la colpevolezza in ragione del principio, appunto, di inesigibilità.

Le circostanze di fatto non furono mai completamente chiarite e l'inchiesta che ne seguì fu archiviata per tale ragione. Il *coroner*, però, osservò che, quand'anche vi fossero state evidenze più chiare, egli avrebbe comunque suggerito alla giuria che «*cagionare la morte di un uomo attraverso un'azione ragionevole che consente di salvare non soltanto se stessi ma anche altre vite umane non costituisce affatto, secondo la mia opinione, un omicidio*»⁴⁵.

La logica sottesa a tale asserzione è chiara: il fatto è lecito perché giusto, conforme a diritto, in quanto ha consentito «*a net saving of lives*»; ciò equivale a dire, per l'appunto, un bilanciamento di interessi, che costituisce la logica fondante delle cause di giustificazione: il sacrificio del diritto di *uno* a fronte della tutela del diritto di *molti*.

Diversamente accade in relazione al caso, altrettanto noto ma assai più risalente, del naufragio della *Mignonette*⁴⁶, un piccolo vascello britannico affondato il 5 luglio 1884 a seguito di una burrasca mentre navigava verso Capo di Buona Speranza. I quattro membri dell'equipaggio ripararono a bordo di una scialuppa, ma, dopo diciotto giorni alla deriva e quando ormai incominciavano a disperare di salvarsi, due dei naufraghi uccisero il più giovane tra loro e, insieme al terzo compagno, si cibarono delle sue carni. Quattro giorni più tardi, i tre superstiti furono tratti in salvo.

Al loro rientro in patria si pose il problema di come valutare penalmente l'uccisione del giovane e più sfortunato compagno di sventura. Nelle parole di Lord Chief Justice Coleridge si avverte una posizione concettualmente chiara, ancorché frutto di una certa confusione di piani: «*Now it is admitted that the deliberate killing of this unoffending and unresisting boy was clearly murder unless the killing can be justified by some well recognised excuse admitted by the law. It is further admitted that there was in this case no such excuse, unless the killing was justified by what has been called 'necessity'. But the temptation to the act which existed here was not what the law has ever called necessity. Nor is this to be regretted*»⁴⁷. Dunque: nessuna giustificazione per simili azioni, la *common law* non può ammettere alcuna *defence of necessity* per i casi di omicidio.

Sennonché, a essere rigorosi, non sembra che al caso in esame sia applicabile la logica della *justification* propria della *defence of necessity*. Gli imputati, infatti, sanno che anche

⁴⁵ Cfr. J.C. SMITH, *Justification and Excuse in Criminal Law*, London, 1989, p. 73 s.

⁴⁶ *Dudley and Stephens*, [1884] 14 Q.B.D. 273.

⁴⁷ V. J.C. SMITH, *Justification and Excuse in Criminal Law*, cit., p. 75.

nelle condizioni estreme in cui si sono trovati ad agire uccidere un innocente è contrario alla legge; il cannibalismo, poi, suscita orrore in ogni contesto. Verosimilmente, essi non avrebbero affermato il loro *diritto* di agire come hanno agito, ma avrebbero domandato *comprensione* per la loro debolezza, sulla scorta dell'idea che chiunque al loro posto avrebbe operato la stessa drammatica scelta, onde non incorrere in morte certa. L'esonazione da responsabilità si fonderebbe, allora, sull'assenza di rimprovero, che costituisce il nucleo della difesa di *duress*.

L'applicabilità ai casi di omicidio della *defence of duress*, però, è stata espressamente esclusa dalla *House of Lords* nel caso *Howe*, di oltre cent'anni successivo⁴⁸, nel quale erano imputati due giovani, Howe e Bannister, accusati di due omicidi e di un tentato omicidio commessi insieme a e su ordine di un terzo soggetto, Murray. I due si difesero invocando la *duress* e affermando di aver preso parte ai fatti soltanto perché spinti dal timore di poter diventare, in caso di un rifiuto, a loro volte vittime della violenta follia di Murray.

La difesa fu rigettata, e fu ribadito il principio per cui neppure la difesa di *duress* può applicarsi ai casi di omicidio, anche solo tentato. Particolarmente significativa è l'argomentazione di Lord Griffiths: «*For centuries it was accepted that English criminal law allow duress as a defence to murder. [...] Against this background are there any present circumstances that should impel your Lordships to alter the law that has stood for so long and to extend the defence of duress to the actual killer? My Lords, I can think of none. It appears to me that all present indications point in the opposite direction. We face a rising tide of violence and terrorism against which the law must stand firm recognising that its highest duty is to protect the freedom and lives of those that live under it. The sanctity of human life lies at the root of this ideal and I would do nothing to undermine it, be it ever so slight*»⁴⁹.

Il tema della sacralità della vita umana, del resto, porta con sé il problema della *scelta*, ossia – atteso che una vita, tra quella dell'aggressore e quella dell'agredito, dovrà comun-

⁴⁸ *Howe and Bannister* [1987] 1 All ER 771. Nelle parole di Lord Mackay: «*The justification for allowing a defence of duress to a charge of murder is that a defendant should be excused who killed as the only way of avoiding death himself or preventing the death of some close relation such as his own well-loved child. This was essentially the dilemma which Dudley and Stephens faced and in denying their defence the court refused to allow this consideration to be used in a defence to murder. If that refusal was right in the case of Dudley and Stephens it cannot be wrong in the present appeals*» (v. J.C. SMITH, *Justification and Excuse in Criminal Law*, cit., p. 76).

⁴⁹ Cfr. A. TAYLOR, P. HUNGERFORD-WELCH, M.T. MOLAN, *Sourcebook on Criminal Law*, London, 2001, p. 521. L'argomento riecheggia la questione della necessaria 'mascolinità' dell'ordinamento penale in voga nella Germania di Weimar: v. *supra*, in questo capitolo, nota 24.

que essere sacrificata – il problema di determinare quale dei due interessi debba soccombere. La questione, che in effetti trova alcuni echi in dottrina⁵⁰, sembra però mal posta: in *Howe* non si ha alcun problema di scelta tra beni in conflitto *da parte di un terzo*, sia egli disinteressato – come nel caso del disastro di Zeebrugge – ovvero parte in causa, come in *Dudley*. La ‘scelta’ operata dagli imputati in *Howe*, infatti, risente della particolarità delle circostanze in cui matura: e la sua ragionevolezza può essere valutata solamente tenendo in adeguata considerazione proprio tali circostanze.

Quale che sia il modo di argomentare, però, è certo che la giurisprudenza si assestò nel senso di ritenere inapplicabile ai casi di omicidio anche la *defence of duress*. A questo punto, si pone il problema di indicare *in positivo* i presupposti di applicabilità di tale difesa.

Tradizionalmente, essi sono individuati (i) nella minaccia di morte o, comunque, di lesione personale, attuale e concreta, rivolta all’indirizzo dell’agente o di altra persona a questi legata da una relazione affettiva; (ii) nella sussistenza di un nesso causale tra la minaccia e la realizzazione del fatto tipico, di modo che quest’ultimo *non sarebbe stato commesso se non fosse intervenuta la spinta esterna determinante*; (iii) in un grado di apprezzabile serietà della minaccia, che dev’essere tale, in analoghe circostanze, da forzare la mano anche di un uomo ragionevole (un uomo ‘medio’) al posto dell’agente⁵¹.

Ne consegue che avanzando la difesa di *duress*, l’agente riconosce di aver commesso il fatto, ma rigetta ogni responsabilità in relazione ad esso. Talora, egli potrà affermare di non aver avuto altra scelta che il delitto, e pure ciò non sarebbe, a rigore, esatto: avrebbe potuto scegliere la via dell’eroismo e sacrificarsi, ma tale opzione risulta così scarsamente attraente che nessuno, ragionevolmente, la percorrerebbe. Quel che conta, però, è che una scelta diversa sarebbe pur sempre stata possibile, ma risultava in concreto *inesigibile*: sicché ciò che viene a mancare, in definitiva, è la possibilità di rimproverare il fatto al suo autore⁵².

⁵⁰ Cfr. G.L. WILLIAMS, *Criminal Law. The General Part*, London, 1961, p. 744. L’Autore riporta le parole di Chief Justice Lord Coleridge, che nel caso *Dudley and Stephens* si domandava: «*Who is to be the judge of this sort of necessity? By what measure is the comparative value of lives to be measured? [...] It is plain that the principle leaves to him who is to profit by it to determine the necessity which will justify him in deliberately taking another’s life to save his own*».

⁵¹ V. ancora *Howe and Bannister* [1987] 1 All ER 771 cit.

⁵² Cfr. J.C. SMITH, B. HOGAN, *Criminal Law*, Bath, 2002, p. 252 s.; A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 223 ss.

In un numero crescente di casi, la *defence of duress* è stata successivamente estesa anche a ipotesi di fatti commessi non già sotto la spinta di una minaccia umana (la *duress by threats* di cui si è detto fin qui), bensì in un contesto caratterizzato più ampiamente dall'anormalità delle circostanze concomitanti all'azione (la *duress of circumstances*).

Uno di tali casi, per vero, si pone a cavallo tra le due categorie: Tizio guida senza patente spinto dalla necessità di condurre il proprio figlio al lavoro su pressione della moglie Caia, la quale, affetta da pulsioni suicide, ha minacciato di togliersi la vita qualora il figlio venga licenziato per essersi presentato in ritardo in ufficio⁵³. La riconducibilità di tale minaccia entro l'ambito di applicazione della *duress by threats*, infatti, è dubbia ma possibile: è vero che la minaccia è direttamente rivolta non tanto all'agente quanto alla moglie di lui – che poi si tratti di una minaccia autoinflitta è circostanza irrilevante ai nostri fini –, ma è ragionevole ritenere che lo stretto legame con il soggetto in pericolo basti a condizionare il comportamento dell'uomo.

Altri due casi, peraltro sempre riguardanti violazioni al codice della strada, inaugurano invece un percorso realmente innovativo.

In *Willer*⁵⁴, la vicenda riguardava un'ipotesi di guida pericolosa commessa da un giovane che era salito con la propria automobile su un marciapiede, mettendo così a repentaglio l'incolumità dei passanti, perché spinto dalla necessità di sfuggire a taluni aggressori; in *Conway*⁵⁵, invece, si trattava di un'ipotesi di eccesso di velocità commesso da un soggetto che, trasportando un amico in passato oggetto di svariate minacce da parte di alcuni estorsori, aveva visto avvicinarsi alla propria auto alcuni individui dal fare sospetto e aveva deciso di fuggire.

In entrambi i casi la *Court of Appeal* ritenne di annullare le decisioni di condanna emesse dai giudici di prima istanza, censurando la scelta di non sottoporre alla giuria la questione della configurabilità della *duress*. E questo benché, secondo l'impostazione tradizionale, la *duress* non fosse configurabile in nessuno dei due casi: l'agente, infatti, non

⁵³ *Martin* [1989] 1 All ER 652 (CA), cit. in A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, cit., p. 748.

⁵⁴ *Willer* [1986] 83 Cr App R 225 (CA).

⁵⁵ *Conway* [1989] QB 290 (CA).

era stato a rigore ‘costretto’ a commettere il fatto dalla minaccia di altri⁵⁶ e fino a quel momento simili situazioni avrebbero scusato la commissione di un reato soltanto allorché sussumibili entro l’ambito di applicazione della legittima difesa⁵⁷.

Il nuovo corso giurisprudenziale, mosso evidentemente dalla constatata *identità di ratio* sottesa alle ipotesi tanto di minaccia derivante *direttamente* da una condotta umana quanto di pericoli provenienti da una *qualsiasi altra causa esterna*, operò dunque un’applicazione analogica della *duress by threats*, sancendo che l’esonazione dalla responsabilità penale – per mancanza del rimprovero – dovesse essere assicurata anche qualora «*a person of reasonable firmness would have responded to the pressure in a manner similar to D*», con l’espressa eccezione per i casi in cui l’agente abbia causato o tentato di causare un omicidio.

La *duress* si fonda, allora, sull’anormalità delle circostanze concomitanti all’azione ovvero, per dirla con le parole del secondo Frank, sull’anormalità della motivazione dell’agente, che si è trovato ad agire in un contesto caratterizzato da una pressione tale che anche un ipotetico agente modello non avrebbe saputo resistervi⁵⁸.

Resta così superato il diverso argomento, un tempo avanzato dalla dottrina, secondo il quale l’intensità della minaccia finirebbe per escludere il requisito stesso dell’azione, attesa l’involontarietà del comportamento⁵⁹. In disparte il tema dell’utilità del concetto stesso di ‘azione’ nello studio del reato⁶⁰, è infatti sufficientemente chiaro che l’involontarietà di cui si parla a proposito della *duress* non è affatto intesa in senso fisico: sicché, a stretto ri-

⁵⁶ Notano acutamente A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan’s Criminal Law. Theory and Doctrine*, cit., p. 748, che: «*It was certainly not a case of X’s directing D to do something. X, on the account offered by D, would have preferred D to do nothing: to stay where he was so that X could inflict violence on him*».

⁵⁷ V. sul punto anche J. HORDER, *Self-Defence, Necessity and Duress: Understanding the Relationship*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, p. 143

⁵⁸ Cfr. sul punto A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 219 s.

⁵⁹ L’argomento è ben compendiato nelle parole di Lord Chief Justice John Widgery, in Hudson [1971] 2 QB 202, secondo il quale «*it is clearly established that duress provides a defence [...] if the will of the accused has been overcome by threats of death or serious personal injury so that the commission of the alleged offence was no longer the voluntary act of the accused*».

⁶⁰ La questione della configurabilità di una sovra-struttura concettuale nella dogmatica penalistica, e in particolare nella sistematica del reato, è nota, complessa, piuttosto risalente e, almeno un tempo, assai dibattuta; ma, in questa sede, per evidenti limiti di spazio non può essere neppure accennata. Per una piana esposizione della tematica, anche in chiave critica, nonché per ulteriori spunti bibliografici si rinvia a G. MARI-NUCCI, *Il reato come ‘azione’*. *Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 1 ss. e p. 68 ss.

gore, ciascuno degli esempi di comportamento sopra descritti può dirsi frutto di una scelta, ancorché condizionata da circostanze estranee al controllo del reo.

Il tema, a questo punto, diventa quello di individuare *le condizioni in presenza delle quali* il procedimento analogico sopra descritto risulta percorribile.

È chiaro che, in tema, il giurista di *common law* si riporterà alle peculiarità del proprio ordinamento, procedendo per induzione – e dunque: dal particolare del caso concreto al generale della *regula iuris* – e assegnando al precedente giurisprudenziale la vincolatività che gli compete in un sistema improntato al principio dello *stare decisis*.

In ciò si iscrive, e si spiega, anche la regola – espressa in *Willer*, ribadita in *Conway* e di cui si è appena dato conto – la quale limita l'operatività della *duress of circumstances* escludendola per l'ipotesi in cui l'agente che la invochi abbia commesso un fatto di omicidio, anche soltanto nella forma tentata.

Al contrario, il giurista di *civil law* non potrà non procedere nella direzione opposta – vale a dire, per deduzione: dal generale della norma astratta al particolare della sua applicazione puntuale nel caso concreto – e si affannerà alla ricerca del principio cui attenersi per la disciplina delle situazioni in parola. In vista di tale sforzo vengono in soccorso lo studio di Gardner e le relative reazioni critiche cui si è fatto cenno poc'anzi, il cui esame conviene dunque riprendere.

3.2. La ricerca di un fondamento unitario per le scusanti.

La ricerca di un ‘fondamento’ comune per la teoria delle scusanti – e dunque della loro ‘essenza’ – muove dalla constatazione che nella dottrina penalistica contemporanea sono diffuse due differenti tesi, che Garder definisce rispettivamente «*Humean*»⁶¹ e «*Kantian*»⁶², ma che nella letteratura sono generalmente note come ‘teoria del carattere’ («*the character theory*») e ‘teoria della scelta’ («*the choice theory*»).

La teoria del carattere, o ‘Humeana’, afferma in buona sostanza che all’agente può essere garantita una scusa ogniqualvolta egli possa affermare di aver commesso un fatto penalmente rilevante che, però, non costituisce manifestazione – appunto – del suo carattere. Si prenda un’azione – in sé – codarda: siccome il soggetto che l’ha posta in essere non è uso, di regola, a comportamenti codardi, egli non potrà a buon diritto considerarsi codardo: e l’azione codarda, allora, sarà stata posta in essere «*out of character*»⁶³.

Tale estraneità al carattere, precisa Gardner, non va intesa nel senso che vi è una distanza tra il comportamento oggetto di attenzione e ciò che ci si attende ordinariamente dalla persona che l’ha posto in essere: il paradosso, a ragionare in questo senso, sarebbe di scusare anche chi provocatoriamente affermi di essersi sempre comportato in modo deplorevole e malvagio, sicché nulla di meno ci si potrebbe attendere da lui.

⁶¹ La riconducibilità a David Hume della teoria che si andrà a esporre sotto il suo nome discende dall’opera di Paul Helm, *Hume on Exculpation*, in *Philosophy*, 1967, p. 268, il quale riporta le parole del filosofo scozzese: «*Actions are by their very nature temporary and perishing; and where they proceed not from some cause in the characters and disposition of the person, who perform’d them, they infix not themselves upon him, and can neither redound to his honour, if good, nor infamy, if evil. The action itself may be blameable; it may be contrary to all the rules of morality and religion. But the person is not responsible for it; and as it proceeded from nothing in him, that is durable or constant, and leaves nothing of that nature behind it, ’tis impossible he can, upon its account, become the object of punishment or vengeance*» (D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, 1739, Book II, Part III, Section 2). Tuttavia, che Hume fosse realmente convinto di tale visione è posto in discussione da John Bricke nel suo *Hume, Freedom to Act and Personal Evaluation*, in *History of Philosophy Quarterly*, 1988, p. 141 ss. Per ulteriori e più ampi riferimenti bibliografici a proposito di tale teoria, v. M.S. MOORE, *Placing Blame*, Oxford, 2010, p. 562 s.

⁶² In questo caso, la paternità della teoria che va sotto tale nome è attribuita a Immanuel Kant da M.D. Bayles, *Character, Purpose and Criminal Responsibility*, in *Law and Philosophy*, 1982, p. 5 ss., ma è posta in dubbio direttamente da Gardner: secondo l’Autore, infatti, la tesi in parola è incompatibile con la visione del filosofo di Königsberg, secondo cui: «*Noi non dobbiamo determinare i doveri etici in relazione alla nostra considerazione delle capacità umane di osservare la legge morale; al contrario, dobbiamo determinare le possibilità umane in relazione alla legge, che pone l’imperativo categorico. Di conseguenza, dobbiamo valutare questo potere sulla base della nostra conoscenza razionale di ciò che dovrebbero essere uomini in linea con l’Idea di Umanità, non sulla base della nostra conoscenza empirica degli uomini per quel che sono*» (I. KANT, *Metafisica dei costumi*, Roma, 1991).

⁶³ Cfr. J. GARDNER, *The Gist of Excuses*, cit., p. 576 s.

Al contrario, il parametro di giudizio va calibrato su quel che ci si può attendere da un certo individuo *in senso normativo* («*the question is whether that person lived up to expectation in the normative sense*»), vale a dire con riguardo a uno standard minimo accettabile e comunemente accettato: in altre parole, un agente *modello*.

Anche così ricalibrata, però, la teoria ‘Humeana’ fallisce, secondo Gardner, la missione che si era prefissata: individuare l’essenza delle scusanti. La ragione è che i comportamenti di un individuo sono *per definizione* manifestazione del suo carattere: di più, essi *plasmano* e non già *manifestano* il carattere di una persona. Una differenza reale, apprezzabile, tra il carattere ostentato in una determinata azione e il carattere della persona che l’ha posta in essere non può, in definitiva, essere tracciata: affermare che il carattere dell’agente al tempo in cui ha agito era diverso dal suo carattere ‘normale’ – e dunque che egli ha agito «*out of character*» – potrebbe essere al più motivo di indulgenza nella commisurazione della pena⁶⁴: la mancata capacità di conformarsi al proprio ‘buon’ carattere, e dunque un’eventuale differenza tra quello e il carattere concretamente dispiegato in un dato contesto, non può fornire, infatti, alcuna scusa.

La teoria proposta in alternativa, c.d. della scelta o ‘Kantiana’⁶⁵, afferma invece che l’agente può essere scusato quante volte, pur avendo commesso un fatto di rilievo penale, egli abbia fatto tutto quanto in suo potere per conformarsi alla legge e non avrebbe potuto compiere alcun altro sforzo per non violare la norma incriminatrice. La ragione, in sin-

⁶⁴ Già le premesse del ragionamento di Gardner, del resto, tradivano questa posizione, laddove si legge che «*nobody can be a thief in English law, for instance, unless she acts dishonestly. There is, to be sure, a difference between asking whether the accused acted dishonestly, and asking whether she is dishonest. She is dishonest if and only if she tends to act dishonestly*» (v. ID., *The Gist of Excuses*, cit., p. 575). In altri termini, l’idea di fondo è che il giudizio se una persona sia o meno disonesta presenta una dimensione diacronica che, invece, manca al giudizio se un’azione sia o meno disonesta. Ma, al di là di tale aspetto, il parametro di valutazione è il medesimo, e interessa non soltanto quel che è stato fatto, ma anche lo spirito con il quale lo si è fatto e le ragioni che hanno suggerito un certo comportamento.

⁶⁵ In realtà, gli appellativi con i quali tale teoria è stata designata dalla dottrina anglofona sono vari, da «*il principio di responsabilità*» a «*il principio volontarista*»; per ulteriori e più ampi riferimenti, cfr. M.S. MOORE, *Placing Blame*, cit., p. 549. Quale che sia la locuzione scelta per definirla, la sua formulazione essenziale risale al lavoro di H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, p. 152, ad avviso del quale «*ciò che è cruciale è che coloro i quali noi decidiamo di punire abbiano avuto, nel momento in cui agivano, una normale capacità, sia fisica sia mentale, di astenersi dal compiere quel che la legge vieta, e un’equa opportunità di esercitare detta capacità. Qualora queste capacità e opportunità siano invece assenti – come sono assenti, a diverso titolo, nelle ipotesi di caso fortuito, errore, atti riflessi, costringimento fisico, incapacità, etc., l’obiezione sul piano morale è che sarebbe moralmente sbagliato punire, perché l’agente ‘non avrebbe potuto evitare l’evento’, o ‘non avrebbe potuto agire altrimenti’ o ‘non aveva alcuna ragionevole alternativa’*» (corsivi aggiunti).

tesi, è che il diritto penale sanziona gli individui *per le scelte sbagliate*⁶⁶ che essi compiono: sicché, qualora manchi una scelta, viene meno il fondamento stesso della pena.

Secondo Gardner, però, anche questa prospettiva non è sufficiente. Il punto dolente, afferma, è che la tesi della ‘scelta’ non considera la capacità, che l’agente ha in un dato momento t , di optare per la virtù in un dato momento $t+1$, quello cioè, cronologicamente successivo, in cui dovrà operare la propria scelta. Essa, al contrario, considera la capacità che l’agente ha in un dato momento t di scegliere di agire nello stesso momento t con maggior virtù di quanto egli stesso non abbia fatto *proprio nello stesso momento* t ⁶⁷. Il che è un nonsenso.

Il contemporaneo rigetto di ambedue le tesi tradizionali, però, non impedisce a Gardner di individuare egualmente un comune fondamento alle scusanti – ciò che rappresenta la *pars construens* della sua concezione –. Si è detto, al fine di esaminare e poi respingere la visione ‘Humeana’, che non ci si può non attendere che l’agente rispetti e soddisfi le aspettative che si formano naturalmente in ragione del particolare ruolo che il singolo riveste nella società⁶⁸.

Posta tale premessa, sarà dunque naturale scusare colui che abbia commesso un fatto anti-giuridico qualora risulti comunque soddisfatto il parametro di ragionevolezza valutato

⁶⁶ Per le implicazioni rispetto al principio costituzionale di colpevolezza, v. *infra*, cap. III.

⁶⁷ Il concetto è esemplificato dallo stesso Gardner: «*The real question is what sense it makes to think of this ‘can’ as the ‘can’ of capacity rather than merely the ‘can’ of possibility. Given the march of technology, I may one day enjoy the possibility of flying to the moon. But I will never enjoy the capacity to fly to the moon, because the fact that I can fly to the moon will never be owed to anything about me. Instead my flying to the moon will exploit the capacities of others, e.g. engineers and spaceship commanders. They are the ones with the array of qualities – in this case, skills as well as virtues – that will get me on the moon. Now courage is undoubtedly one of those qualities. Being courageous means that one has capacities that one would not otherwise have, such as the capacity of being a spaceship commander. That is because courage gives one the capacity to act courageously, and spaceship commanders, among others, need that capacity to be fit for their job. The question we are facing here is whether someone who is not courageous may nonetheless have that same capacity to act courageously. I must admit to finding the whole idea baffling. The reason is that I cannot see how someone with that capacity could fail to have the corresponding tendency.*» Cfr. ID., *The Gist of Excuses*, cit., p. 581 s.

⁶⁸ I giudizi morali, tra cui è annoverata anche l'impossibilità di muovere un rimprovero, sono, cioè, basati su ‘ruoli’ – il medico, l’automobilista, l’agente di polizia, il genitore, l’educatore, e così via – i quali, a loro volta, si accompagnano a parametri di qualità personali (il ‘carattere’): modelli di onestà, abilità, conoscenza, etc. La scusante opererà a condizione che la condotta dell’agente sia riconducibile al paradigma di ragionevolezza calibrato sul ruolo concreto che egli riveste nella società. Ma, laddove manchi un ‘ruolo’ adeguato al caso concreto, sarà possibile ricorrere quale *extrema ratio* al ‘ruolo’ generale e sussidiario dell’essere umano: «*It holds that, whatever other roles we may have in life, we also have the distinct role of being human beings, which itself sets basic standards of character. [...] Every virtue, every skill, every taste is such that some roles make no specific demand for it, unless, as it turns out, they must incidentally make that demand just by virtue of being human roles*» (ID., *The Gist of Excuses*, cit., p. 594).

in relazione al particolare ruolo ricoperto: e questo, per Gardner, è il fondamento delle scusanti⁶⁹.

La voce di Gardner resta, però, minoritaria, quantomeno nella sua assertività; ed è anzi espressamente confutata da chi, sulla scia delle impostazioni più tradizionali, prende posizione a favore dell'uno o dell'altro fondamento concettuale sopra esaminato – ovvero di entrambi⁷⁰ –.

Un corollario della diversità di opinioni in ordine alla possibilità di individuare una comune *ratio* delle scusanti è rappresentato dal disaccordo che, di riflesso, si registra sul contiguo terreno della loro enumerazione. La dottrina d'oltremarica, infatti, non offre un catalogo generalmente condiviso delle scusanti, al di là di un nucleo più o meno consolidato⁷¹; e i confini della materia restano rimessi in definitiva all'apprezzamento giudiziale del caso concreto.

Un ulteriore, e assai rilevante, sforzo 'unitario' si rinviene nell'opera di George Fletcher⁷², che si distingue per prendere le mosse dal contesto dicotomico di cui si è dato conto – teoria della scelta *versus* teoria del carattere – e per trattare le due diverse prospet-

⁶⁹ «*Contrary to popular myth the gist of an excuse, even in the criminal law, is not that one had no capacity to conform, in one's actions, to the standards of character which were demanded of one. On the contrary, as I have tried to explain, the gist of an excuse is that one lived up to those standards*»: v. ID., *The Gist of Excuses*, cit., p. 597 s.

⁷⁰ Si veda in proposito il lavoro di V. TADROS, *The Characters of Excuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, p. 495 ss., e spec. 517 s. Secondo l'Autore, anzi, i possibili fondamenti delle scusanti sono molteplici, e comunque più dei due tradizionalmente avanzati. Egli propone, quale esempio, il caso *Kingston*, nel quale l'imputato – che già di suo aveva tendenze pedofile – era stato drogato da un terzo e così indotto ad abusare sessualmente di un ragazzino, cui, del pari, lo stesso terzo aveva somministrato droghe. L'eccezione avanzata, e rigettata, fu l'involontaria intossicazione derivante dal fatto del terzo – l'equivalente del nostro art. 91 c.p. –, ma si replicò che, per quanto le azioni dell'imputato avessero potuto essere in parte indotte dallo stupefacente, le stesse non si allontanavano troppo dalle azioni che costituiscono ordinaria manifestazione del carattere di un soggetto con tendenze pedofile, non meritando, per l'effetto, alcuna scusa. Per Tadros, al contrario, è necessario assegnare maggior rilievo alle particolari condizioni nelle quali l'imputato ha in concreto agito: può anche darsi, cioè, che egli sarebbe stato tentato egualmente di violare la legge penale anche in assenza dell'intossicazione, ma non si può non considerare che la particolarità delle circostanze concomitanti all'azione l'ha indotto a *motivarsi in modo anormale rispetto al precetto*; ciò che – avverte l'Autore – costituisce (non già *la*, bensì *almeno*) un'altra possibile base concettuale per una scusante.

⁷¹ All'interno di questo 'zoccolo duro' si annoverano, pacificamente, la *minore età*, l'*infermità mentale*, l'*errore*, l'*intossicazione da alcool* o da stupefacenti, la *duress* e lo *stato di necessità scusante*. Accanto a tali ipotesi, però, nella manualistica si registra una pluralità di opinioni: taluni vi riconducono anche l'*incapacità processuale*, l'*ignoranza scusabile della legge penale* e la *provocazione* (v. A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 206 ss.); altri richiamano l'*ordine del superiore*, l'*impossibilità di conformarsi al precetto* (!) e il *contrasto della norma incriminatrice con il diritto dell'Unione europea* (v. J.C. SMITH, B. HOGAN, *Criminal Law*, cit., p. 287 ss.); altri ancora aggiungono anche, benché a particolari condizioni, l'ipotesi in cui il fatto sia commesso su impulso dell'*agente provocatore* (c.d. «*entrapment*»: v. A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, cit., p. 756 ss.).

⁷² Il riferimento è a G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978, p. 798 ss.

tazioni non già come soluzioni irrimediabilmente alternative, ma come parti e complemento ideale di una visione sincretistica.

Invero, Fletcher osserva preliminarmente che la scusante si differenzia dalla giustificazione perché, se quest'ultima in qualche modo implica che l'azione (giustificata) rispecchi adeguatamente il coraggio dell'agente ovvero, comunque, la sua devozione all'interesse pubblico, la prima prelude qualsiasi inferenza in proposito: l'*actus reus* scusabile, cioè, rappresenta una temporanea distorsione del carattere dell'agente, sicché risulterebbe improprio trarre qualsiasi conclusione in ordine alla sua personalità.

Per questa via, è rispettato il caposaldo della teoria che abbiamo definito 'Humeana': l'azione è contraria alla legge, ma non costituisce manifestazione del carattere del reo. Ciò, però, finisce per implicare necessariamente che l'azione compiuta non possa dirsi a rigore 'volontaria': e non si parla, osserva Fletcher, dei casi estremi nei quali manca a rigore anche la stessa 'azione', giacché in tali eventualità non vi sarebbe alcun illecito e, dunque, mancherebbe la necessità di una scusa⁷³.

Il concetto di involontarietà richiede dunque una precisazione terminologica. Laddove manchi la stessa 'azione', avverte Fletcher, è possibile a rigore parlare di involontarietà in senso *fisico*; al contrario, può parlarsi di involontarietà in senso *normativo*, o *morale*, allorché sul piano fenomenico vi sia effettivamente un'azione, intesa quale movimento corporeo volontario dell'agente, che risulta però determinata dalle circostanze esteriori («*external pressure*»): l'agente, cioè, «*non sceglierebbe tale azione per se stessa*»⁷⁴.

⁷³ L'esempio di Fletcher – quello in cui un soggetto abbia forzato la mano dell'agente, che brandiva un pugnale, a penetrare la gola della vittima – appare nel nostro ordinamento riconducibile all'ipotesi di costrinimento fisico di cui all'art. 46 c.p.; per ulteriori riferimenti essenziali alla disputata teoria dell'azione, v. *supra*, in questo capitolo, nota 60.

⁷⁴ Fletcher compendia la sua concezione con le parole di Aristotele, già richiamate più sopra, ma di cui è forse opportuno riportare un passo più esteso: «*Si ammette, dunque, comunemente, che sono involontari gli atti compiuti per forza o per ignoranza. Forzato è l'atto il cui principio è esterno, tale cioè che chi agisce, ovvero subisce, non vi concorre per nulla [...]. Le azioni che si compiono per paura di mali più grandi oppure per qualcosa di bello [...] è discutibile se siano involontarie o volontarie. [...] Simili azioni, dunque, sono miste, ma assomigliano di più a quelle volontarie, giacché sono fatte oggetto di scelta nel momento determinato in cui sono compiute e il fine dell'azione dipende dalle circostanze. Per conseguenza, anche il volontario e l'involontario devono essere determinati in riferimento al momento in cui si agisce. In questo caso si agisce volontariamente, giacché il principio che muove come strumenti le parti del corpo in simili azioni è nell'uomo stesso: e le cose di cui ha in se stesso il principio, dipende da lui farle o non farle. Tali azioni, dunque, sono volontarie, anche se in assoluto forse sono involontarie, giacché nessuno sceglierebbe alcuna delle azioni di tal genere per se stessa*» (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., libro III, 1). Tali azioni, quindi, non sono eterodeterminate, e sono pertanto volontarie su un piano meramente materiale, fisico; tuttavia, esse sono im-

Ne deriva che la libertà di scelta dell'agente risultava enormemente contratta; anzi, sostanzialmente annullata: e il tema dell'assenza di scelta è caro, come è noto, alla teoria 'Kantiana'⁷⁵.

A questo punto, si pone il problema di individuare i criteri sulla base dei quali misurare il grado di 'involontarietà normativa' necessario perché l'ordinamento possa astenersi dal rimprovero. In proposito, Fletcher richiama il *Model Penal Code* del 1962, che in tema di *duress* assegna rilevanza scusante alla pressione sofferta dall'agente quante volte «*a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist*»⁷⁶. In sintesi: il criterio rimane sfuggente, ma ciò, secondo Fletcher, non necessariamente è un male, giacché in simili casi il cuore del giudizio richiede che si possa valutare – sottinteso: quale che ne sia il modo – l'*assenza di colpevolezza* in colui che ha agito sulla spinta della pressione esteriore.

Tale concetto, si noti, era ben presente nel pensiero giuridico contemporaneo: lo studio del *perché punire* di Hart aveva già messo in luce l'opportunità di confinare la sanzione penale alle sole ipotesi di illeciti volontari, per un'*esigenza morale*: che la società deve offrire a *tutti* gli individui – inclusi i criminali – l'*equa* protezione della legge, ossia garantire a chiunque un'*equa* possibilità di scelta tra rispettare le regole della convivenza sociale ovvero violarle, pagandone il prezzo⁷⁷.

poste dal «*momento in cui si agisce*» – *recte*, dalle circostanze in cui si agisce –, e sono dunque involontarie su un piano morale, normativo.

⁷⁵ Per assicurare un efficace coordinamento della teoria del carattere con la teoria della scelta, Fletcher recupera un antico assunto aristotelico, secondo cui, in definitiva, gli uomini *scelgono* di sviluppare il tipo di carattere che hanno: v. G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 805.

⁷⁶ *Model Penal Code*, § 2.09, 1.

⁷⁷ H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 22 s.; nonché ID., *Legal Responsibility and Excuses*, in H.L.A. Hart, J. Gardner (a cura di), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008, p. 49 s. L'obiettivo che Hart si propone di perseguire è assicurare che la responsabilità penale sia in ogni circostanza condizionata all'insussistenza di ragioni per scusare il comportamento deviante: solo così, infatti, la società potrebbe rispettare l'individuo come tale o, quantomeno, come *essere capace di scelte* («*choosing being*»). L'idea affonda radici nel pensiero di Bentham, che individuava due classi di ipotesi qui di interesse: la prima comprende i casi nei quali la minaccia della pena non avrebbe impedito all'agente di realizzare un *qualsiasi fatto* vietato dalla legge penale, e sono i casi di minore età o di infermità di mente nei quali l'agente non aveva la «*disposizione mentale*» a far orientare il proprio comportamento dalla legge; la seconda, invece, comprende i casi nei quali la minaccia della pena non avrebbe impedito all'agente di realizzare *quello specifico fatto* penalmente rilevante, in ragione della sua mancanza di conoscenza o di controllo. Ciò che accomuna le due ipotesi, secondo Bentham, è la *totale inutilità della pena*, che cagiona sofferenza al condannato e nessun vantaggio alla società. Cfr. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., cap. XIII, § 3, significativamente intitolato «*Cases in which punishment must be inefficacious*».

Proseguendo idealmente lungo questa linea di pensiero, Fletcher afferma che siffatte esigenze possono essere assolte solamente se l'ordinamento mostra *compassione* per quegli individui che abbiano scelto la via dell'illecito soltanto perché soverchiati dalle circostanze: il sentimento alla base di tale assunto – egli osserva – è che chi giudica dall'esterno deve necessariamente identificarsi nell'agente, riconoscere la sua identica condizione di essere umano, comprendere che *chiunque altro* avrebbe agito allo stesso modo, così da scusare una *debolezza fin troppo umana* («*his all-too-human transgression*»)⁷⁸. Comportamenti (anche soltanto normativamente) involontari, infatti, non possono essere né prevenuti né dissuasi: e l'inflizione di una pena, in questi casi, risulterebbe 'insensata' («*pointless*») e 'sprecata' («*wasteful*»)⁷⁹.

4. La tiepida accoglienza della dottrina dell'inesigibilità in Italia.

Le elaborazioni concettuali e le riflessioni maturate negli ordinamenti di Gran Bretagna e Stati Uniti rimasero estranee al pensiero giuridico nostrano, che invece risentì massicciamente, anche in questo campo, dell'influenza degli autori tedeschi. E vi è da aggiungere, peraltro, che tale influenza fu invero assai limitata, funzionale perlopiù a consentire della dottrina dell'inesigibilità un esame talora fugace e un generale, benché non unani-

⁷⁸ G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 808. L'Autore evidenzia che affermare che l'ordinamento deve mostrare 'compassione' («*compassion*») è frutto di una scelta terminologica tutt'altro che casuale: la compassione, infatti, ricorre tra soggetti posti sullo stesso piano, di talché chi la manifesta non si limita a mettere da parte il suo diritto di punire, ma riconosce che non sussiste alcun presupposto per una sanzione. Diversamente, invece, opera la 'pietà' («*mercy*»), che presuppone un rapporto per dir così 'gerarchico' tra colui che 'perdona' e colui che ne beneficia. La distinzione è relevantissima ai nostri fini, per affrontare il problema, di cui si dirà oltre, del rapporto tra scusanti e norme incriminatrici: le scusanti fondate sulla 'compassione', chiosa infatti Fletcher, *non derogano alle regole ordinarie* di attribuzione della responsabilità penale, ma concorrono a valutare *se sussistano proprio le condizioni di fondo* per attribuire la responsabilità penale (v. *infra*, cap. III, § 3 e spec. 3.2.).

⁷⁹ L'inutilità della sanzione in siffatte ipotesi emerge cristallina se soltanto si ponga mente alla teoria generale della pena: una condanna inflitta in relazione a comportamenti *involontari*, infatti, risulterebbe priva di qualsivoglia possibile finalità stigmatizzante-retributiva – perché l'agente non risulta rimproverabile –, generalpreventiva – perché siffatti comportamenti non sono normativamente evitabili – o specialpreventiva, perché l'agente non avrebbe alcun bisogno di essere rieducato. Su tali concetti si tornerà oltre nel capitolo successivo.

me, rigetto⁸⁰; e, in effetti, a essa rimane sostanzialmente impermeabile la manualistica contemporanea⁸¹.

La prospettiva storica adottata in questa parte del lavoro, e l'opportunità di concentrare l'attenzione al pensiero giuridico formato sotto la vigenza del codice del 1930, suggeriscono di prendere le mosse dall'opera di Vincenzo Manzini, nella quale il tema dell'esigibilità del comportamento conforme alla norma è, nella sostanza, assente. Fa apparentemente eccezione un frammento del *Trattato* dedicato all'imputabilità, nel quale si legge espressamente che «fondamento dell'imputabilità è soltanto la coscienza che il soggetto ha del proprio atto, e la normale autonomia volitiva di lui»⁸²; ma è lo stesso Manzini a prevenire ogni possibile fraintendimento, sull'osservazione che «i precetti e le sanzioni penali sono stabiliti nel presupposto, non già di ciò che l'individuo possa fare o non fare, ma di ciò che deve fare od omettere. L'imputabilità e la responsabilità, alla loro volta, sono fondate sul presupposto, non di ciò che l'individuo avrebbe potuto fare o non fare, ma di ciò che ha fatto od omissso»⁸³. Sicché, di quel che l'agente abbia potuto in concreto fare o non fare l'ordinamento penale deve disinteressarsi: esista o meno il libero arbitrio, è nondimeno da escludere che esso giochi qualche ruolo nel giustificare, giuridicamente e, per dir così, anche politicamente, l'inflizione di una pena, quante volte si riconosca sussistente la minima libertà del volere che è costituita dall'assenza di coazione esterna.

Il merito di aver offerto una prospettiva innovativa, tale da sollecitare il dibattito sull'argomento, spetta a Giuseppe Bettiol, che nel suo *Diritto penale* mostra di accogliere esplicitamente l'impostazione di Frank e subordina il giudizio di colpevolezza alla valuta-

⁸⁰ Come ormai noto, fa eccezione, in entrambi gli aspetti, l'opera monografica di L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit.; tra gli Autori più o meno apertamente favorevoli alla possibilità di offrire cittadinanza a tale principio nel nostro ordinamento si vedano G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, p. 126 ss., e ID., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, vol. VII, p. 20 ss.; nonché G. BETTIOL, *Diritto penale*, 10^a ed., Padova, 1978, p. 475 ss.

⁸¹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 374 s.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 422 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 361 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 236 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 353 ss. Di «rifiuto pressoché totale dell'inesigibilità quale causa generale di scusa, dovuto alla sua incompatibilità con primarie esigenze di 'tenuta' dell'ordinamento e di determinatezza dei confini della responsabilità personale» aveva del resto già parlato, a suo tempo, M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 43.

⁸² V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1948, p. 632 (corsivi aggiunti).

⁸³ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., p. 632 s.

zione della *normalità delle circostanze* concomitanti all'azione⁸⁴. L'operazione è consentita, nel nostro ordinamento, dalla considerazione che l'impossibilità di muovere un rimprovero che consegue all'impossibilità di agire altrimenti costituisce il fondamento – la *ratio* – delle cause di esclusione della colpevolezza codificate.

Di più, in tal senso depone altresì lo stesso criterio normativo di attribuzione del reato al suo autore indicato dall'art. 42 c.p. – *i.e.* la commissione del fatto con *coscienza e volontà*, ciò che, secondo la dottrina più tradizionale, fonda la c.d. *suitas*⁸⁵ –: l'esclusione della responsabilità nel caso in cui il processo psichico si sia sviluppato in modo abnorme ne costituisce un precipitato logico necessario. Le circostanze di fatto in cui si inserisce la condotta, secondo Bettiol, incidono sul giudizio di colpevolezza perché in esse si riflette la psiche individuale, e in relazione a esse si forma la volontà del caso concreto: «*così, se il soggetto si rappresenta la realtà diversa da come effettivamente essa è, non ci potrà essere colpevolezza in relazione al reato perpetrato, alla stessa guisa di come dovrà escludersi la stessa quando la volontà si sia mostrata priva del potere di autodeterminazione*»⁸⁶.

In un lavoro più maturo, Bettiol contamina il proprio pensiero con elementi che deriva dalle impostazioni esistenzialistiche, ad avviso delle quali, egli afferma, l'essere umano si contraddistingue per essere un soggetto dotato di coscienza, che determina il proprio comportamento in funzione dei propri valori e dei dettami della legge morale. Su questa scia, il penalista italiano che pur voglia rimanere fedele, doverosamente, all'impostazione oggettivistica, può aprirsi a elementi *personalistici*, vale a dire di valutazione

⁸⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 1978, p. 475.

⁸⁵ In argomento si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2015, p. 299 ss.

⁸⁶ G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit. p. 477. Nello stesso senso, cfr. anche G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 226 s., secondo il quale è un dato «*incontestabile*» che la norma in questione esiga, perché si dia luogo a un reato, che il fatto sia commesso con una «*volizione cosciente*» dello stesso; tuttavia, è parimenti incontestabile che tra le azioni che comunemente, e da sempre, si catalogano entro l'ambito di applicazione della colpa, le quali risultano prive di qualsiasi sostegno effettivo di coscienza e volontà (per es., i movimenti involontari), la clausola dell'art. 42 c.p. non può che leggersi come «*espressione riassuntiva di tutte le 'circostanze anormali'*, diverse dal costringimento fisico, dal caso fortuito e dalla forza maggiore» – vale a dire, delle scusanti *tipiche* – in grado di incidere concretamente sulla commissione del fatto da parte dell'agente. Più esplicitamente: la «*'tipicità' di cui hanno assoluto bisogno tutte le 'circostanze anormali concomitanti' [...] viene ottenuta [...] solo indirettamente per le circostanze 'innominate': attraverso il rinvio cioè operato dalla clausola dell'art. 42 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*» (corsivi tutti originari). L'Autore, come si intuisce dall'assunto dal quale prende le mosse, è peraltro molto netto nel limitare l'ambito di rilevanza delle proprie osservazioni al terreno del reato commissivo colposo.

dell'atteggiamento interiore, già popolari in Germania presso i sostenitori del c.d. *Gesinnungsstrafrecht*⁸⁷.

La valutazione della personalità dell'agente – della sua *dimensione etica* – nella formulazione del giudizio di responsabilità penale risulta così eccessivamente compressa o finanche annullata, confinata com'è dal nostro ordinamento a operare in un momento logicamente successivo, nella quantificazione di una pena sulla cui meritevolezza non è in grado di dire. L'interrogativo che Bettiol si pone a titolo di esemplificazione è, del resto, emblematico, e la risposta folgorante: «*che cosa vuol dire, ad esempio, che “la responsabilità penale ha carattere personale”? Non crediamo che attraverso tale espressione si sia voluto bandire dal diritto penale solo la responsabilità per fatto altrui, o la responsabilità oggettiva. Ciò sarebbe troppo banale o superficiale. La “personalità” della responsabilità penale vuol dire ben altro: essa ha orizzonti larghi e profondità non ancora intravviste o sospettate*» (siamo nel 1971), ma è chiaro che essa deve poter risultare funzionale a *stabilire* la colpevolezza, a fondare il rimprovero e quindi la sua misura, in relazione allo specifico fatto concreto.

L'assunto è condiviso da Luigi Scarano, che lo pone a fondamento della propria monografia. Nel dettaglio, egli ritiene che tanto lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., quanto ogni altra causa di esclusione della colpevolezza conosciuta dal nostro ordinamento, si basino sull'idea che dall'agente fosse impossibile pretendere un contegno differente da quello tenuto nel caso concreto: in breve, sull'inesigibilità del comportamento doveroso⁸⁸.

Di qui, il passo è breve: nei casi non espressamente considerati dalla legge, la medesima *ratio* assume egualmente valenza scusante in forza di un *procedimento analogico*⁸⁹: con la particolarità che, nella concezione di Scarano, il termine di riferimento della valutazione – vale a dire, il metro con il quale misurare quale sia in concreto la condotta esigibile – è

⁸⁷ Il riferimento è a G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 7 s., al quale si rinvia anche per i riferimenti tedeschi. Secondo l'impostazione esistenzialistica accolta dall'Autore, «*l'essere 'uomo' sta proprio in questo: sentire nella propria coscienza un imperativo che può essere seguito o trasgredito, ma doverne poi portare le conseguenze sulla base del comportamento tenuto e del grado della colpevolezza stessa. Colpevolezza che è un concetto che si esprime in termini di rimprovero e che varia di intensità tra uomo e uomo, tra azione e azione a seconda dell'atteggiamento di coscienza, dei motivi, dei fini*».

⁸⁸ L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, cit., spec. p. 75 s.

⁸⁹ È l'argomento sostenuto anche da G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, cit., p. 126.

costituito non già da un inconsistente e sfuggevole *uomo medio*, ma dal comportamento, egualmente concreto, che *il giudice* avrebbe tenuto nelle medesime circostanze.

Tale è, nella sostanza, l'orizzonte lungo il quale la dottrina dell'inesigibilità fu seguita in Italia da coloro che l'accosero. È necessario evidenziare, però, che si tratta di una linea di pensiero notevolmente minoritaria, quasi marginale; e che a fronte di essa si stagliano, immutate nel tempo, numerose posizioni (anche aspramente) critiche.

(i) In primo luogo, si evidenzia che l'idea dell'*ultra posse nemo tenetur*, che i teorici dell'inesigibilità vorrebbero affermare *connaturata* a ogni norma attributiva di diritti o di obblighi, non fa i conti con l'idea che i limiti e le eccezioni delle norme sono quelli - e solo quelli - individuati dalle norme stesse, sicché ogni scelta di ricavare deroghe non nominate sarebbe non soltanto arbitraria, ma anche capace di vulnerare irrimediabilmente l'effettività dell'ordinamento⁹⁰.

(ii) Accanto a tale argomento, in secondo luogo, si adduce sovente l'obiezione che la scelta di scusare quel che non si può *umanamente esigere* rischia di compromettere irrimediabilmente l'esigenza di certezza del diritto, che proprio nell'ordinamento penale raggiunge forse la massima intensità. Non sempre, si osserva, si lamenta il rischio della capi-

⁹⁰ Sul punto v., più diffusamente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quindicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2000, p. 432; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, p. 146; per spunti nello stesso senso v. anche G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, cit., p. 220 ss. Un'opinione simile sembra di potersi ricavare anche dalle parole di B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Milano, 1955, p. 145 s., il quale, muovendo dalla considerazione del carattere *specifico* della disciplina dello stato di necessità, osserva che non vi è «nulla [...] di meno rispondente al vero del principio "necessità non ha legge". Nella realtà giuridica la necessità ha invece la sua legge, anzi la sua variabile legge», soggetta com'è alle diverse sensibilità mutevoli nel tempo e nello spazio: e l'Autore dà conto che nell'elaborazione del 'nuovo' codice penale si avanzarono istanze volte a inserire nell'art. 54 una formula più ampia, ma prevalse un'opinione più restrittiva, «essendo parso pericoloso» allargare il concetto di stato di necessità. Sembra riecheggiare, sullo sfondo di questa concezione, la consueta obiezione di natura politico-criminale che lamenta il pericolo di indebolimento del diritto penale, e delle sue garanzie di effettività e deterrenza, a fronte di un'eccessiva considerazione per la particolarità della situazione individuale e per le esigenze garantistiche ad essa sottese. Tali effetti, si aggiunga, potrebbero estendersi anche alla dimensione della *prevenzione generale*, laddove si ritenga che la scusa del singolo comportamento doveroso possa aprire la strada a un'impropria funzione di orientamento culturale, tale da *generalizzare* nello stesso senso il comportamento dei consociati che sarebbero spinti, ove versino nelle medesime condizioni, a commettere analoghe condotte confidando nella successiva impunità. Sul punto, fu Fletcher ad avanzare una contro-obiezione in grado di arginare le preoccupazioni testé richiamate, osservando che, se una decisione ha riconosciuto la *defence of duress* in favore di un dato soggetto a causa delle particolari circostanze presenti al momento del fatto, un secondo soggetto, che versi nelle medesime circostanze e per l'effetto invochi la medesima scusante, dovrebbe faticare maggiormente per convincere la giuria che la propria condotta sia stata determinata non già soltanto dalla speranza di impunità che discende dal precedente giurisprudenziale, bensì da autentiche ragioni scusanti (v. G.P. FLETCHER, *The Individualization of Excusing Conditions*, in *Southern California Law Review*, 1974, p. 1303 ss.); per osservazioni critiche a tale teoria si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 289 s.

tolazione della società dinanzi alla compassione per l'*humana fragilitas*⁹¹, ormai ampiamente nota: la dottrina nostrana, infatti, concentra perlopiù le proprie critiche sul punto all'ineluttabile indeterminatezza del giudizio.

Si osserva, infatti, che la valutazione di quanto un comportamento imposto da una norma giuridica possa risultare *umanamente* non esigibile finisce per dipendere in larga misura – se non esclusivamente – dal margine di apprezzamento che traduce in termini pratici la sensibilità del singolo giudice, di talché risulterebbe arduo stabilire a priori, e secondo criteri generali, *perché* non fosse possibile agire diversamente: e ciò è senz'altro vero laddove si segua l'impostazione di Scarano – secondo cui l'agente modello è l'agente concreto alternativo, personificato proprio nel giudice della causa –; ma non meno vero risulterà qualora si individui il termine di riferimento nell'*uomo medio*, un parametro tanto vago da risultare del tutto inafferrabile⁹².

(iii) Tale problema – e siamo al terzo punto – si ripresenterebbe pari pari anche qualora si voglia argomentare in favore dell'esistenza di una causa generale di esclusione della colpevolezza che si fonda sull'applicazione analogica *in bonam partem* delle singole scusanti espressamente disciplinate dalla legge penale: anche ammettendo che esse condividano una *ratio* comune, l'analogia richiederebbe egualmente «una qualche garanzia di certezza», sì da non essere rimessa, in definitiva, all'arbitrio dell'interprete. Al contrario, l'inesigibilità sconta l'inconsistenza che le deriva dalla propria estrema genericità: con le parole di Petrocchi, «*tutto può entrare in questa non esigibilità. Ogni norma che esclude comunque la responsabilità penale può essere ricondotta a un fondamento di non esigibilità*», sicché il principio di

⁹¹ Come pure, viceversa, rammenta F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 433, secondo il quale, poiché «*tout comprendre c'est tout pardonner*», «*si corre il pericolo di scusare ogni azione criminosa*», elevando gli istinti e le passioni del «*delinquente*» (!) a criteri regolatori della legge e delle sue possibilità applicative. Nello stesso senso, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 362 s.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, p. 411.

⁹² Secondo F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 292 ss. questa è, anzi, l'obiezione «*realmente decisiva*» al riconoscimento dell'esigibilità come «*requisito positivo*» della colpevolezza, che finirebbe per comportare l'assoluta imprevedibilità delle decisioni giurisdizionali. In particolare, il ricorso al parametro dell'uomo medio risulterebbe *impercorsibile* in situazioni caratterizzate da *rilevanti anomalie* – quali quelle che affliggono il processo motivazionale dell'agente – e che proprio per tale ragione non potrebbero essere efficacemente oggetto di una tipizzazione normativa.

inesigibilità finirebbe per essere un criterio del caso per caso⁹³: nulla più di una vaga etichetta, del tutto incapace di dettare parametri e *ratio* utili ai fini dell'analogia.

A ciò si aggiunga che la dottrina da molto tempo è ferma nel ritenere che l'applicazione analogica *in bonam partem* di una norma penale sia consentita soltanto a condizione che ciò non vada a colmare una *lacuna intenzionale* dell'ordinamento – frutto, cioè, della *voluntas legislatoris* – e che la norma di favore da applicare *non sia eccezionale*⁹⁴. Ciò non accade, però, per le scusanti: da un lato, e diversamente dalle cause di giustificazione, esse *sono norme penali*, siccome concepite per disciplinare l'imputazione soggettiva di un fatto (tipico e antiggiuridico) al suo autore, e debbono necessariamente soggiacere alle regole sulla produzione normativa in materia penale, *in primis* la riserva di legge⁹⁵; dall'altro lato, esse costituiscono il frutto di una puntuale scelta del legislatore, posto che le ragioni che suggeriscono l'opportunità di scusare l'autore di un reato non possono che risultare da precise opzioni di politica criminale rilevanti in via di *eccezione espressa* alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale⁹⁶.

(iv) In quarto luogo, infine, si avanza una obiezione di carattere, per dir così, dogmatico. Si osserva che, a tutto concedere, affermare che una condotta è *inesigibile* equivale ad affermare che essa *non è dovuta*, perché la non esigibilità può essere intesa soltanto in due modi: o come limite *materiale, obiettivo*, connaturato all'azione e alle possibilità umane; ovvero come limite *normativo*, ma, in questo senso, *solo apparentemente* attinente all'elemento soggettivo: infatti, «*anche qui si tratta di limiti oggettivi, perché ciò che conta non è*

⁹³ B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 144 (corsivi originari). Rilevano G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 411, che a rimanere sostanzialmente senza risposta è l'interrogativo «*più importante, che è quello di sapere perché non si sarebbe potuto agire altrimenti*» (corsivo aggiunto): e una risposta sarebbe rimessa alla sensibilità del singolo giudice, al cui arbitrio sarebbe, così, esposta la decisione del caso concreto. In realtà, questo assunto sembra poggiare sulla considerazione che la dottrina dell'inesigibilità manca di un preciso riferimento normativo, l'unico in grado di attribuirle legittimazione positiva e, per l'effetto, sforzarsi di rispondere alla domanda in questione. Sennonché, posto in questi termini il tema tradisce una certa superficialità: se è vero che l'ordinamento non conosce una causa generale di esclusione della colpevolezza che sia espressamente disciplinata in una norma di legge, è d'altra parte vero che la stessa potrebbe affondare le proprie radici in altro e più rilevante terreno, quale il principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost. Il tema sarà ripreso *infra*, cap. III, § 4, ma v. fin d'ora per uno spunto in tal senso F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 284 ss.

⁹⁴ Sul punto, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 187 ss., nonché IID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 75 s.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 110.

⁹⁵ Si vedano le puntuali osservazioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 248 ss.

⁹⁶ V. ancora G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 374 s.

lo stato psichico soggettivo, ma il valore attribuito oggettivamente ai motivi»⁹⁷. La condotta non più antidoverosa, allora, non è antiggiuridica, perché l'esistenza del dovere è condizionata a una valutazione obiettiva; e l'inesigibilità, anche laddove ritenuta ammettere nel nostro ordinamento, dovrebbe comunque essere ricondotta all'ambito delle cause di giustificazione, al pari della legittima difesa e, secondo taluni, dello stato di necessità⁹⁸.

4.1. Un primo bilancio, e il programma di un'indagine.

Le considerazioni fin qui esposte offrono un quadro sufficientemente chiaro della resistenza avanzata dalla dottrina italiana largamente maggioritaria all'importazione, nel nostro ordinamento, della teoria dell'inesigibilità, nonché di come tale atteggiamento non sia sostanzialmente mutato nel tempo e, in effetti, perduri tutt'ora.

Le argomentazioni via via addotte a sostegno dell'opzione negativa sono varie e, come si è visto, soltanto per ragioni espositive è risultato possibile catalogarle in quattro distinti nuclei concettuali; alla base di ognuno di essi, ci sembra, la fedeltà assoluta al principio di legalità, inteso anche nella duplice accezione del corollario della riserva di legge e dell'incidenza sulla tecnica di formulazione del precetto penale, e correlativamente la necessità di tutelare la certezza del diritto, cui si ricollegano conseguenze rilevanti nella valu-

⁹⁷ Così P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 113 s. In senso analogo, anche A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963, p. 89 s.

⁹⁸ Entrambi i parallelismi si devono a P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 67, al cui pensiero sembra opportuno aggiungere soltanto che le cause di giustificazione, come ormai unanimemente acquisito, *non sono norme penali*, sicché rispetto a tale concezione non si porrebbero i problemi, sopra esaminati, del rispetto dei limiti entro cui è ammissibile il ricorso all'analogia in favore del reo. A parte ciò, l'Autore chiarisce il proprio pensiero con l'esempio della causa di esclusione della punibilità prevista in favore dell'adultera indotta dal marito alla prostituzione dall'allora vigente art. 561 c.p., la cui abrogazione - per effetto di dichiarazione di illegittimità costituzionale: v. Corte cost., sent. 27 novembre 1969, dep. 3 dicembre 1969, n. 147 - suggerisce a chi scrive di riproporre le medesime considerazioni, *mutatis mutandis*, in relazione all'esimente di cui all'art. 384 c.p. Affermare che detta ipotesi disciplini un caso di inesigibilità della condotta equivale a dire una cosa «*ultronea o inesatta: ultronea, se si vuol dire semplicemente che la donna non è colpevole perché l'azione non costituisce reato (rimarrebbe, però, sempre da determinare per quale causa); inesatta, se si vuol dire che vien meno in questo caso l'elemento soggettivo del reato, mentre resta integro l'elemento obiettivo: è proprio l'elemento obiettivo che vien meno, perché il legislatore considera la precedente induzione alla prostituzione come un presupposto che modifica il fatto, o, in altre parole, come un limite alla tutela dell'interesse alla fedeltà coniugale*».

tazione della colpevolezza individuale, in punto di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali e di garanzia dei singoli.

Se ciò è vero, occorre ribadire il *perché* della scelta di riprendere in mano il tema nei termini già esposti, a fronte di un contesto culturale tuttora impermeabile a sollecitazioni in questo senso. La ragione risiede proprio nella necessità di garanzia individuale da ultimo richiamata: è il principio di colpevolezza, in definitiva, a imporre di considerare con estrema accuratezza *se* sia consentito (muovere un rimprovero, e dunque) punire in presenza, ci pare, di ragioni contrarie, *anche diverse* da quelle esplicitamente considerate dall'ordinamento, domandandosi se eventualmente – e, nel caso, entro quali limiti – tale ‘condiscendenza’ possa manifestarsi anche a prescindere da chiari riferimenti nel diritto positivo.

In effetti, non sembra sia possibile dubitare che il nostro ordinamento conosca *già* la logica dell'inesigibilità, che pone a fondamento della *ratio* delle scusanti codificate; tale dato, anzi, è ormai accettato dalla manualistica pressoché unanime⁹⁹ e, per quel che vale, non sarà posto in discussione in questo lavoro.

Riflettere sulla possibilità di estenderne l'ambito di applicazione, del pari, non consente di paventare con ragionevolezza il pericolo di un concreto *rammollimento* del diritto penale: sia perché è ormai abbondantemente superato il tempo di una concezione autoritaria del potere repressivo statale in campo criminale; sia, e soprattutto, perché di autentico rammollimento sembra di potersi parlare quando l'ordinamento sceglie di ‘perdonare’ – *i.e.* di non punire – quando viceversa sussistano *tutti i presupposti* per la sanzione: il fatto – e dunque l'offesa –, l'antigiuridicità, la colpevolezza. Ma se si pone in dubbio l'esistenza della colpevolezza, e laddove dunque si concluda che vi sono effettivamente talune ipotesi nelle quali l'agente *non è rimproverabile* perché non è risultato motivabile secondo le norme, l'esclusione della responsabilità sarebbe tutt'altro che una *debolezza*: sarebbe una scelta *necessaria*¹⁰⁰.

⁹⁹ Tra gli altri, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 374; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 237; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 413 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 361 s. Si vedano anche le considerazioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 255 ss. e p. 279 ss.

¹⁰⁰ Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 479. Di più: secondo G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 21, si può affermare che la colpevolezza sia «in ogni sua forma» – *i.e.* nel dolo e nella colpa – esigibilità di un com-

In effetti, nessun ordinamento che voglia dirsi *davvero* moderno può massimizzare la tutela dei beni giuridici eccedendo la misura della colpevolezza individuale, salvo da un lato risultare sostanzialmente *ingiusto* nei confronti del condannato¹⁰¹; dall'altro lato, infliggere una pena nel migliore dei casi *inutile* in relazione alle funzioni che comunemente le si assegna, anche sul piano stigmatizzante/retributivo, e nel peggiore dei casi in grado di pregiudicare la fiducia dei consociati verso l'ordinamento nel suo complesso, con evidenti ricadute sul piano generalpreventivo. E vi sarebbe da aggiungere, sul punto, che nemmeno la responsabilità oggettiva – vale a dire, il criterio di imputazione della responsabilità penale che *per definizione* prescinde dalla colpevolezza – deroga a quanto osservato, fin tanto che si discute della possibilità per l'agente di motivarsi secondo le norme: anzi, è del tutto verosimile che la scelta, propria di quel criterio di imputazione, di trascurare del tutto l'atteggiamento psichico del reo spinga ancor di più quest'ultimo a orientare il proprio comportamento nel senso desiderato dall'ordinamento, sì da evitare anche di porre in essere gli antecedenti causali dell'evento i quali, soli, fondano la responsabilità¹⁰².

Nel cimentarsi in tale intento, pare opportuno non discostarsi dalla struttura di analisi e di organizzazione del lavoro adottata da Gabriele Fornasari nella propria opera, peraltro l'unica – quantomeno, con taglio monografico – che in epoca recente abbia affrontato il nostro tema. In essa l'Autore evidenzia che tra i vari limiti che la teoria dell'inesigibilità ha sofferto nel corso della lunga e travagliata elaborazione concettuale, un ruolo predominante ha giocato il ricorso, da parte dei suoi sostenitori, a un approccio inevitabilmente casistico, tutto appiattito sulla dimensione dell'individualizzazione del giudizio e privo, per converso, della necessaria attenzione per l'elaborazione di criteri *generali* c.d. di concretizzazione, che guidino l'interprete nella propria valutazione¹⁰³.

portamento diverso, perché, se è chiaro che la colpa si fonda sulla *prevedibilità* e sulla *evitabilità* di un dato evento, anche il dolo presuppone la possibilità che l'agente si astenga dal comportamento vietato *ovvero* compia ciò che gli si impone; ma allora «non si riesce a comprendere come un comportamento in concreto *inesigibile*» possa dirsi autenticamente *colpevole*, tanto da risultare fonte di responsabilità penale.

¹⁰¹ Sul punto, v. ancora le considerazioni di H.L.A. HART, *Legal Responsibility and Excuses*, cit., p. 39 ss.

¹⁰² V., anche per ulteriori riferimenti, T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 819.

¹⁰³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in materia penale*, cit., p. 207 ss. Il riferimento è alle critiche espresse *supra* in questo capitolo, § 4, *sub* (ii): secondo l'Autore, tali regole non possono *per definizione* essere di fonte legislativa, perché la norma generale e astratta non ha i mezzi e la struttura adeguati per farsi carico di

Nell'impegnarsi in tale sforzo, Fornasari sceglie di ancorare la propria elaborazione alle tradizionali categorie della sistematica del reato, sulla scorta dell'osservazione che «*la dogmatica [...] è una carta di navigazione che può fornire un valido aiuto all'operatore giuridico fino a quando non emergano valori ed esigenze nuove che impongono di cambiare rotta*»¹⁰⁴. È nostra ferma convinzione che nessuna nuova esigenza sia sopravvenuta, e che le categorie dogmatiche tradizionali assolvano tuttora la funzione di lente attraverso la quale leggere le diverse manifestazioni del reale, se non altro anche in ragione della loro universale popolarità. Non soltanto: riteniamo che un approccio analitico al tema dell'inesigibilità articolato secondo i diversi elementi della sistematica del reato sia il solo in grado di evitare l'equivoco di fondo cui qualche cenno abbiamo dedicato già nell'*Introduzione*: la confusione tra *possibilità materiale* e *possibilità morale o normativa* di agire altrimenti.

La prima, pertanto, sarà trattata nel prosieguo soltanto in chiave negativa, al fine di delimitare con assoluta chiarezza il vero oggetto del lavoro che sarà esposto più oltre, in ossequio a quell'*actio finium regundorum* che si era enunciata – ma soltanto enunciata – nell'*Introduzione*: giacché, infatti, soltanto il superamento di ogni possibile ambiguità semantica che consegue a una chiara distinzione tra i piani consentirà di affrontare il tema della configurabilità del *rimprovero*, per dir così, *morale* quale elemento autonomo del giudizio di colpevolezza.

guidare l'individualizzazione del giudizio e l'applicazione di un principio in ragione delle peculiarità del caso concreto.

¹⁰⁴ Così G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in materia penale*, cit., p. 241. A proposito dell'influenza del pensiero di Henkel su tale elaborazione si è già detto *supra*, v. intorno a nota 35.

III

L'INESIGIBILITÀ NELLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE DELLA COLPEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. La colpevolezza come *unico* terreno di elezione dell'inesigibilità. - 1.1. Il fatto tipico: l'impossibilità materiale di agire altrimenti come pretesa applicazione della teoria dell'inesigibilità. Critica. - 1.2. Il fatto antiggiuridico: la scelta di non punire quale esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti. Critica. - 2. La dimensione costituzionale della colpevolezza. - 3. Le scusanti: nozione, funzione, fondamento. - 3.1. Il tema della *scelta* nelle cause di esclusione della colpevolezza disciplinate nel nostro ordinamento. - 3.2. Le scusanti sono un numero chiuso? - 4. Il ruolo dell'inesigibilità nella struttura della colpevolezza.

1. La colpevolezza come *unico* terreno di elezione dell'inesigibilità.

Il tema dell'inesigibilità, come è naturale, è più ampio e complesso dello spaccato che si è cercato di tratteggiare fin qui, e del resto le pagine che precedono non hanno altra pretesa se non quella di inquadrare l'argomento ai fini e limitatamente alle esigenze proprie di questo lavoro.

In questo sforzo, peraltro, si è dato almeno in parte atto della diversità di prospettive che ne hanno caratterizzato lo studio e l'approfondimento, *in limine* richiamando la costruzione del lavoro di Gabriele Fornasari - la più recente opera monografica dedicata all'argomento - che nel meritorio tentativo di individuare un saldo fondamento dogmatico ha ripreso uno schema di analisi del principio di inesigibilità modellato sulla più comune sistematica del reato: e dunque in relazione alla tipicità, all'antigiuridicità e alla colpevolezza.

Tale scelta, si è accennato, merita in linea di principio apprezzamento, poiché in grado di assicurare al nostro tema un grado di materialità sufficiente a dissipare almeno in parte le tradizionali critiche di eccessiva vaghezza, sì da fargli guadagnare un 'diritto di cittadi-

nanza' nella dogmatica penalistica e da renderlo, in definitiva, pienamente intellegibile e meritevole di discussione.

Ciò premesso, tuttavia, occorre ribadire che, secondo l'accezione che programmaticamente si è accolta, di inesigibilità in senso proprio è possibile discorrere solamente in quanto venga in considerazione un'alterazione del processo motivazionale dell'agente: ciò che, in ultima analisi, necessariamente attiene all'elemento della colpevolezza, il quale, a propria volta, postula un implicito accertamento positivo circa la sussistenza degli altri elementi del reato.

Prima di dedicarsi compiutamente al tema oggetto di questa indagine, allora, appare opportuno soffermarsi brevemente sui (supposti) rapporti tra inesigibilità da una parte e tipicità e antigiusuridicità dall'altra, onde escludere – ancora una volta – ogni possibile rischio di confusione di piani.

1.1. Il fatto tipico: l'impossibilità materiale di agire altrimenti come pretesa applicazione della teoria dell'inesigibilità. Critica.

Nell'ambito della tipicità, un'attenzione privilegiata – per non dire esclusiva – va rivolta al reato omissivo, e in particolare al reato omissivo proprio: esso, infatti, configura un'ipotesi di responsabilità penale che si fonda esclusivamente sull'omesso compimento di un'azione doverosa, e per sua natura presuppone la *possibilità materiale* di adempiere il dovere¹.

¹ Del carattere necessitato di tale logica presupposizione dà conto, in effetti, la dottrina contemporanea, per la quale l'assunto appare sostanzialmente ovvio e, come tale, non meritevole di particolari approfondimenti: così, per es., G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 230, che difatti si limitano a osservare che «l'obbligo giuridico di agire presuppone il potere materiale di compiere l'azione doverosa (ad impossibilia nemo tenetur)». Nello stesso senso anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 129; nonché G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 591 s., i quali peraltro – del tutto correttamente, secondo la prospettiva che si è adottata in questo lavoro – hanno cura di precisare come la «possibilità di agire va intesa nel senso minimo di possibilità materiale di adempiere al comando [mentre] degli ulteriori elementi che entrano a far parte della possibilità di agire intesa in un senso più ampio inclusivo delle capacità intellettive dovrà, invece, tenersi conto in sede di colpevolezza» (enfasi originaria).

Come si è osservato, del resto, l'omissione è «*il regno dell'ultra posse nemo tenetur*»², nel senso che in essa il tema dell'impossibilità di conformarsi al precetto attiene al *proprium* del reato e occupa un rilievo che non ha pari nell'ambito del reato commissivo³.

Tale rilevanza si manifesta e si esaurisce sul terreno della *tipicità* della condotta omissiva, nel senso che, qualora l'azione doverosa omessa risulti impossibile, a venir meno è lo stesso fatto di reato, *recte* la condotta, nella sua dimensione materiale: non omette alcunché colui il quale non può compiere l'azione cui sarebbe tenuto⁴.

Vi è da osservare, in proposito, che tale evidenziazione appare coerente con l'impostazione adottata tanto dal codice Rocco quanto dai legislatori successivi, nelle cui disposizioni non sembrano rinvenibili limitazioni espresse al dovere imposto dalla norma incriminatrice fondate sull'impossibilità di conformarsi al precetto⁵, mentre ricorrono formule suscettibili di configurare deroghe all'estensione della potestà punitiva che appaiono più propriamente operare sul terreno dell'antigiuridicità se non della stessa colpevolezza⁶.

² G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 233.

³ Come osserva A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. II: profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, p. 814, mentre con riferimento ai reati commissivi è facile che un soggetto abbia la possibilità di non porre in essere (e dunque: *omettere*) l'azione che la norma penale gli vieta – sicché di impossibilità potrebbe parlarsi, a rigore, soltanto per l'intervento di «*forze particolarmente potenti*» –, nel caso di reati omissivi è sufficiente che intervenga un ostacolo qualsiasi, anche relativo e, dunque, in astratto superabile, perché l'agente *in concreto* risulti privo della possibilità di conformarsi al precetto: così, nell'esempio dell'Autore, con riferimento al delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.) «*basta una situazione di particolare ristrettezza economica per rendere impossibile all'obbligato l'adempimento, e dunque per costringerlo all'omissione*». In realtà tale esempio non appare dei più felici, giacché riferito a un aspetto – la necessità c.d. economica – che soltanto con molti limiti appare configurare un'ipotesi di impossibilità materiale, in particolare allorché venga in considerazione un'ipotesi di assoluta indigenza che, in ogni caso, non possa imputarsi alla pregressa dissolutezza dell'agente. Va soltanto accennato, peraltro, che a determinate condizioni argomenti collegati alla sfera della necessità c.d. economica appaiono spendibili nell'ambito della teoria dell'inesigibilità in senso proprio, come si avrà modo di evidenziare nel prossimo capitolo.

⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *La volontà nel reato*, Roma, 1932, pp. 150 s. Secondo P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 316, ciò è la conseguenza di un «*limite logico*» della norma penale, secondo cui, poiché l'obbligo è un presupposto dell'omissione, qualora esso venga meno per l'impossibilità di agire altrimenti venga meno l'omissione in sé.

⁵ Siffatte clausole non sono sconosciute, invece, ad altri ordinamenti. Si veda il caso, per esempio, del § 330 c. StGB introdotto in Germania nel 1935, che sanzionava con la reclusione fino a due anni chiunque, in caso di incidente o di pericolo comune o di necessità, non prestasse aiuto: superato il periodo dell'autoritarismo nazionalsocialista, che aveva evidentemente forgiato una fattispecie a carattere fortemente promozionale, pedagogico e di orientamento culturale, la riemersione delle istanze solidaristiche portò a riformare la disposizione in parola aggiungendovi, nel 1953, un'espressa clausola di esigibilità. Sul punto v. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 1069 ss.

⁶ Si tratta di formule come «*senza giustificato motivo*» o altre a quella equivalenti od omologhe – «*senza giusta causa*», «*senza giusto motivo*», «*senza necessità*», «*arbitrariamente*», etc. –, che compaiono con particolare frequen-

È il caso delle c.d. clausole di illiceità espressa, quantomeno laddove non si ritenga di accedere a quell'impostazione che le derubrica a inutili superfetazioni, funzionali soltanto a rammentare all'interprete la necessità di verificare qualcosa cui sarebbe comunque tenuto, ossia la sussistenza di una causa di giustificazione⁷. Invero, sembra più corretto rilevare che vi sono formule del tipo appena descritto che svolgono una reale funzione di espunzione dall'ambito applicativo di una disposizione incriminatrice talune ipotesi pure ad essa, in astratto, riconducibili. Si pensi alle fattispecie descritte dall'art. 14 commi 5 bis e 5 ter d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che sanzionano penalmente lo straniero irregolare che non abbia ottemperato all'ordine di espulsione emesso dal questore «salvo giustificato motivo». È appena il caso di osservare che tale locuzione non appare riferibile all'ipotesi in cui l'osservanza del provvedimento sia divenuta *materialmente impossibile* su un piano assoluto, eventualità destinata a rimanere sostanzialmente confinata all'ipotesi in cui l'immigrato provenisse da Atlantide o da altra nazione *medio tempore* sprofondata negli abissi. Al contrario, essa attribuisce rilievo a situazioni innominate che, pur senza costituire un vero e proprio 'diritto' che lo straniero pretenda di esercitare, vengono prese in considerazione dall'ordinamento per escludere la rilevanza penale del fatto vuoi in esito a un bilanciamento tra contrapposti interessi, vuoi attraverso un'espressa valutazione del grado di rimproverabilità individuale⁸.

za nel corpo di norme incriminatrici collocate sia nel codice penale sia in leggi speciali. Con riferimento alle prime si vedano, a titolo di esempio, gli artt. 616, 618, 619, 620, 621, 622, 633, 652, 727, 731 c.p.; con riferimento alle seconde, tra le altre, l'art. 4 l. 18 aprile 1975 n. 110, l'art. 5 l. 22 maggio 1975 n. 152, l'art. 180 d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, l'art. 6 comma 3 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, l'art. 56 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274. Vale la pena rimarcare soltanto che tra le fattispecie appena richiamate, alcune descrivono reati di natura commissiva, mentre altre – cui se ne aggiungerà subito una più oltre nel testo – reati di natura omissiva.

⁷ Parlano espressamente di pleonaso G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 257.

⁸ Tale prospettiva, del resto, è stata fatta propria dalla Corte costituzionale nella nota sent. 18 dicembre 2003, dep. 13 gennaio 2004, n. 5, nella quale era stata chiamata a pronunciarsi, tra le altre cose, sulla compatibilità con il principio di determinatezza (*recte*, precisione) proprio della clausola «senza giustificato motivo» contenuta nell'art. 14 del t.u. immigrazione. Sviluppando l'argomentazione che avrebbe poi condotto al rigetto della questione di legittimità costituzionale per infondatezza, la Consulta ha osservato che la locuzione in parola, insieme alle altre omologhe disseminate nelle varie disposizioni incriminatrici, svolge la funzione di «*valvola di sicurezza*' del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – *l'osservanza del precetto appaia concretamente* 'inesigibile' in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori» (corsivi aggiunti). A conclusioni non difformi, nonostante le apparenze, sembra esser giunta anche Corte cost., sent. 5 luglio 2010, dep. 8 luglio 2010, n. 250, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione (art. 10 bis

Si osservi, in proposito, che questa conclusione appare confermata in dottrina anche dallo stesso Cadoppi, il quale, pur studiando il reato omissivo proprio su un piano obiettivo, allorché si è trovato a trattare della *misura* dell'impossibilità suscettibile di escludere l'omissione penalmente rilevante, ha ritenuto «*eccessivo*» che questa debba qualificarsi tale in termini assoluti: «*allorché la norma comanda un'azione ad un soggetto, limita maggiormente la sua libertà, e gli richiede uno sforzo maggiore di quello che – nell'ambito dei reati commissivi, viene richiesto al soggetto cui si vieta di agire. Come conseguenza si ha che [...] l'ordinamento non può spingersi troppo in là, e dunque non può richiedere al 'suddito' sacrifici eccessivi per non incorrere nei rigori di una sanzione criminale. Ciò comporta che, se nel caso concreto risulta 'particolarmente costoso' per il soggetto intraprendere l'azione comandata, egli – in un ordinamento 'tollerante' – dovrebbe essere 'scusato' della propria mancanza*»⁹.

Tale conclusione appare confermata anche dal disposto dell'art. 384 c.p. Tale norma, infatti, attribuisce efficacia esimente a un'*impossibilità* invero *particolare*, quella del soggetto che si trovi a dover scegliere tra la leale collaborazione con l'autorità giudiziaria e il legame affettivo verso il prossimo congiunto, ma in nessun caso potrà dirsi che l'agente *non fosse materialmente in grado*, per esempio, di testimoniare il vero in danno del familiare. La rinuncia alla pena si spiega – ma su tale tema si tornerà in seguito – esclusivamente e proprio grazie alla logica della *inesigibilità*, che arresta la potestà punitiva a fronte del timore di domandare al cittadino, non più suddito, un sacrificio irrazionale¹⁰; ed è appena

d.lgs. 286/1998) che sanziona penalmente lo straniero che entri o si trattenga irregolarmente nel territorio dello Stato, nella parte in cui non esclude espressamente la punibilità per l'ipotesi che ricorra un «*giustificato motivo*». Ad avviso della Corte, infatti, una previsione espressa in parola non è «*indispensabile al fine di assicurare la conformità al principio di colpevolezza*» della disposizione in parola, per la ragione che «*rimane [...] operante il basilare principio ad impossibilia nemo tenetur, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude [...] la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità*» (enfasi aggiunta): più accurata, probabilmente, sarebbe risultata una distinzione di piani più marcata tra l'impossibilità *materiale*, che esclude la tipicità, e l'impossibilità (che la Corte definisce) *giuridica*, che invece opera su un piano del tutto diverso.

⁹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., p. 819 ss., spec. 823.

¹⁰ In proposito v. G. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2005, p. 867; M. ROMANO, *sub art. 384*, in *Commentario sistematico del codice penale*, p. 490; G.D. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 45.

il caso di rilevare che tale esimente è destinata a essere applicata anche a figure di reato commissivo¹¹.

Se quanto appena esposto convince, occorre verificare altresì che resista all'obiezione avanzata da chi ritiene, viceversa, che l'inesigibilità abbia margini di applicazione (anche) in relazione al primo elemento della sistematica del reato. Avverte Fornasari, infatti, che l'inesigibilità quale limite di fattispecie – «che non riguarda la colpevolezza, ma la stessa conformità al tipo della condotta» e che è esplicitamente prevista, come si ricorderà, nel § 323 c StGB e in altre disposizioni di diritto straniero – fa la sua comparsa anche in talune norme del codice Rocco «che contengono richiami idonei a giustificare una delimitazione di obblighi»: tra gli esempi addotti, meritano una menzione l'art. 328 c.p., che sanziona l'omissione di atti d'ufficio da parte del pubblico ufficiale, e l'art. 570 c.p., in relazione alla violazione di obblighi di assistenza *lato sensu* 'moralì' da parte del coniuge¹².

Quanto alla prima ipotesi, l'Autore sofferma la propria attenzione sull'avverbio «*indebitamente*» che a suo dire, operando come clausola di illiceità espressa, delimiterebbe l'ambito delle omissioni punibili (*recte*, del tipo, dunque escludendo l'omissione *tout court*). Tale risultato sarebbe reso possibile da un mutamento nella sensibilità degli interpreti, che secondo le più recenti evoluzioni sarebbero maggiormente inclini a ravvisare l'oggetto della tutela non già nella mera obbedienza alle leggi da parte del pubblico ufficiale, bensì nell'interesse, diremmo costituzionalmente orientato, a che sia emanato un provvedimento in grado di assicurare in concreto il rispetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.¹³

È in tale prospettiva, rileva Fornasari, che l'avverbio «*indebitamente*» svolgerebbe la funzione che gli ascrive, poiché «non si può esigere [...] dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un

¹¹ Per esempio, la circostanza che la legge includa espressamente il delitto di falsa testimonianza (art. 372 c.p.) tra i reati in relazione ai quali può trovare applicazione la causa di non punibilità prevista dall'art. 384 c.p. ha consentito alla giurisprudenza di affermare che non è punibile chi «afferma il falso nel corso di una deposizione testimoniale per evitare la riapertura delle indagini nei confronti del coniuge la cui posizione sia già stata definita con decreto di archiviazione»: v. Cass., sez. VI, sent. 17 settembre 2013, dep. 4 ottobre 2013, n. 41092, Rv. 257815.

¹² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 295 ss.

¹³ La mera adozione dell'atto, pertanto, potrebbe assicurare una tutela meramente apparente al bene giuridico, in concreto arrecando alla pubblica amministrazione un pregiudizio anche più consistente di quel che sarebbe derivato dalla sua omissione. Per uno spunto in questo senso, v. A.M. STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo in atti d'ufficio*, Napoli, 1974, p. 155.

pubblico servizio il rispetto del dovere di emettere l'atto nei casi in cui in tal modo porrebbe in discussione – ad esempio obbedendo all'ordine di emanazione di un provvedimento illegittimo, che pertanto verrà poi inevitabilmente annullato – il concreto interesse al reale funzionamento dell'amministrazione»¹⁴.

Tale argomento, tuttavia, non sembra cogliere nel segno.

La ragione è che il piano del bene giuridico è concettualmente distinto da quello della condotta, ancorché entrambi condividano la medesima collocazione all'interno del primo elemento della sistematica del reato. Nell'esempio addotto da Fornasari, il pubblico ufficiale che si sia astenuto *davvero* non meriterebbe alcuna sanzione, *davvero* perché il fatto non sussiste: ma non già perché l'inesigibilità ha eliso il dovere e dunque eliminato la stessa omissione, bensì perché è mancata l'*offesa al bene giuridico*.

Nell'esempio di Fornasari, infatti, il pubblico ufficiale ha egualmente omesso di provvedere a qualcosa cui, in astratto, sarebbe stato tenuto, senza esservi materialmente impossibilitato: e tanto basta a ritenere integrato, su un piano materiale, il primo requisito della tipicità, vale a dire la condotta (naturalmente, omissiva). Tuttavia, una volta che si sia rinvenuto nel principio del buon andamento l'interesse tutelato dalla disposizione incriminatrice, è logico derivare che una mancanza volontaria finalizzata proprio a garantire il rispetto finisca per risolversi in un *fatto conforme al tipo e nondimeno inoffensivo*: l'omissione sussisterà, pertanto; il reato no¹⁵.

¹⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 290. L'Autore riprende un'osservazione di A.M. STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo in atti d'ufficio*, cit., p. 155, secondo cui «non si può dire che esista un dovere d'ufficio al compimento di un atto illegittimo», sicché nell'esempio riportato «non si verifica in realtà neppure un vero conflitto di interessi da risolvere in sede distinta da quella della tipicità».

¹⁵ R. PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966, p. 196; S. RICCIO, *Inadempimento di doveri funzionali*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, 1968, p. 469; A.M. STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo in atti d'ufficio*, cit., p. 114; A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, p. 337, secondo cui il bene tutelato è «per comune consenso, l'interesse concernente il normale funzionamento della pubblica amministrazione, in quanto attiene alla effettività, tempestività ed efficacia dell'adempimento delle pubbliche funzioni e della prestazione dei pubblici servizi». In giurisprudenza, per l'affermazione che «il bene giuridico protetto dalla fattispecie è il buon andamento della pubblica amministrazione, potendo il privato, non considerato specificamente dal paradigma normativo, risentire solo eventualmente, e quindi nella diversa qualità di soggetto danneggiato dal reato, della condotta giuridica del pubblico ufficiale» v. Cass., sez. VI, sent. 3 luglio 2003, dep. 29 luglio 2003, n. 32019, Rv. 226266, conf. anche da Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2008, dep. 30 ottobre 2008, n. 40594, Rv. 241482 e da Cass., sez. III, sent. 14 gennaio 2009, dep. 13 febbraio 2009, n. 6229, Rv. 242532. Per vero, la giurisprudenza più recente sembra aver mutato almeno in parte il proprio avviso: cfr. Cass., sez. VI, sent. 27 novembre 2013, dep. 27 febbraio 2014, n. 9730, Rv. 259104, secondo cui «il delitto di omissione di atti di ufficio [...] integra un delitto plurioffensivo, in quanto la sua realizzazione lede, oltre l'interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza della

Quanto alla seconda ipotesi, quella di cui all'art. 570 c.p., secondo Fornasari la norma, nella parte in cui individua nell'abbandono del domicilio la modalità di condotta perché sia integrato il reato, descrive «un limite implicito di inesigibilità nella stessa fattispecie, in quanto ha sostanzialmente indicato come integrative del tipo quelle sole condotte di violazione tenute sul presupposto di un allontanamento non giustificato dall'inesigibilità della permanenza nel domicilio»¹⁶.

Tale argomento, però, prova troppo: muove da una direzione opposta a quanto appena osservato a proposito del delitto di cui all'art. 328 c.p., affermando che tipicità e offensività stanno e cadono insieme; ma non si avvede che nel proprio esempio la rinuncia alla pena si giustifica non già per la mancata lesione del bene giuridico, bensì per la valorizzazione di ragioni obiettive o soggettive – il «giustificato motivo» – che a seconda dei casi escludono l'antigiuridicità o la colpevolezza¹⁷.

L'assunto di partenza risulta così confermato: le valutazioni intorno all'esigibilità di un dato comportamento rimangono estranee alla dimensione del fatto tipico, e debbono trovare altrove la propria naturale sede¹⁸.

pubblica amministrazione, anche il concorrente interesse del privato danneggiato dall'omissione o dal ritardo dell'atto amministrativo dovuto, con la conseguenza che pure quest'ultimo assume la posizione di persona offesa dal reato ed è pertanto legittimato a proporre opposizione avverso la richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero».

¹⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 294.

¹⁷ Così pare di doversi leggere, in definitiva, l'esempio del marito che si sia allontanato dal domicilio per l'imperativa esigenza di interrompere una convivenza non più pacifica né serena: soltanto con molta difficoltà appare possibile argomentare nel senso dell'insussistenza della stessa omissione per la presenza di una giusta causa di abbandono, mentre in misura più convincente potrebbe ritenersi che tale esigenza abbia reso inesigibile, su un piano soggettivo, il rispetto del dovere di coabitazione cui comunque, su un piano obiettivo, si è (volontariamente) venuti meno. E su tale assunto conviene anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui «l'abbandono del domicilio domestico è punibile solo in quanto abbia avuto per risultato la violazione degli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge, con la conseguenza che il giudice non può limitarsi ad accertare il fatto storico dell'abbandono, ma deve ricostruire la situazione in cui esso si iscrive per verificare l'esistenza di eventuali cause di impossibilità, intollerabilità o estrema penosità della convivenza»: cfr. Cass., sez. VI, sent. 19 febbraio 2013, dep. 27 maggio 2013, n. 22912, Rv. 256622. Per converso, la 'giusta causa' che si espliciti su un terreno tutto obiettivo – è l'esempio della moglie che lasci la casa familiare perché chiamata altrove a svolgere la propria attività professionale – appare sì in grado di escludere la conformità della condotta concreta a quella tipica: non già, però, perché interviene in chiave di limitazione dei doveri imposti al coniuge, in modo tale da configurare un «abbandono non tipico»; bensì perché non consente di ravvisare in detta condotta il disvalore che è espresso dalla pregnanza semantica del verbo «abbandonare» e che, solo, giustifica la sanzione penale, sicché l'allontanamento dalla casa familiare descritto nell'ipotesi in parola non costituirebbe alcun «abbandono», ma una condotta diversa e non conforme alla fattispecie.

¹⁸ A proposito del delitto di cui all'art. 570, si veda anche *infra*, cap. IV, § 4.

1.2. Il fatto antiggiuridico: la scelta di non punire come esito di un bilanciamento tra interessi contrapposti. Critica.

La seconda dimensione della sistematica del reato, nelle sue concezioni più diffuse e accolte, è comunemente individuata nell'antigiuridicità, intesa quale contrarietà del fatto (già tipico) all'intero ordinamento giuridico complessivamente considerato¹⁹.

Non altrettanto condiviso, tuttavia, è il fondamento di tale valutazione di liceità. Secondo l'impostazione più accreditata, che appare alla base della maggioranza delle scriminanti c.d. comuni, esso va rinvenuto in una valutazione comparativa tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e quello, perseguito dall'agente, che l'ordinamento pone a fondamento della causa di liceità, sicché il giudizio di liceità del fatto conseguirebbe a un giudizio di prevalenza del secondo sul primo (teoria c.d. dell'interesse prevalente). Qualche voce osserva, tuttavia, che tale *ratio* non appare sottesa anche alla causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), posto che in tale ipotesi la stessa rinuncia da parte del titolare alla conservazione del proprio bene giuridico priverebbe il giudizio di bilanciamento del secondo termine di paragone: è la teoria c.d. dell'interesse mancante).

Le due opzioni, per la verità, non appaiono inconciliabili, e appare possibile ritenere che anche la scriminante di cui all'art. 50 c.p. si fondi su una valutazione, invero peculiare, di prevalenza di uno dei due interessi in conflitto: quello del titolare del diritto, che sceglie liberamente di abdicarvi²⁰. Al di là della preferenza per l'una o l'altra impostazione, tuttavia, è chiaro che l'assunto fondamentale della teoria delle scriminanti si esplica su un piano obiettivo, nel senso che è lo stesso ordinamento giuridico a operare una valutazione comparativa e ad assegnare – in via generale, non curandosi delle caratteristiche individuali dei soggetti coinvolti e delle particolarità della vicenda concreta – prevalenza all'uno o all'altro degli interessi in conflitto: in ossequio a quella che è stata ribattezzata la

¹⁹ Rimarcano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., che in tanto un fatto può considerarsi *non antiggiuridico*, e dunque lecito, in quanto «*in qualsiasi luogo dell'ordinamento*», e dunque anche in settori estranei al diritto penale, «*anche una sola norma [...] facoltizzi o addirittura renda doverosa*» la commissione dello stesso.

²⁰ Per ulteriori spunti in questo senso, v. T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 147 s.

teoria del male minore («*the theory of lesser evils*»)²¹. Radicalmente differente, per converso, è il fondamento delle cause che escludono la colpevolezza, poiché esse – per la stessa ragione che pongono il tema di una *scusa* – postulano che vi sia un ‘*male*’ da scusare: e tale ‘*male*’ non può essere altro che un fatto tipico e antigiuridico.

Ciò che vale la pena sottolineare ai fini del presente lavoro, con la consapevolezza che non si tratta che di mera evidenziazione dell’ovvio, è che sia le cause di giustificazione sia le scusanti impediscono la formulazione di un giudizio di responsabilità penale, dunque, ma per ragioni estremamente differenti.

La logica della giustificazione, infatti, non risponde soltanto all’esigenza di tutelare uno degli interessi in conflitto, ma svolge anche una funzione, diremmo, di *law enforcement*, nella misura in cui, rendendo lecito o addirittura doveroso quel ‘*male*’ cui sopra si è fatto cenno – il fatto *astrattamente* illecito –, impedisce che lo stesso possa chiamarsi tale. La difesa che l’ordinamento assicura al beneficiario di una causa di giustificazione, pertanto, svolge anche una funzione di prevenzione generale, nel senso che autorizzando, per esempio, la difesa privata contribuisce a esercitare un effetto deterrente circa la commissione di reati²².

In questa prospettiva, occorre domandarsi se, all’esito del riferito giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti, sia possibile pervenire anche a una valutazione di inesigibilità del comportamento conforme a diritto che conduca, però, ad affermare la liceità del fatto in astratto conforme alla fattispecie penale. Su questo terreno è con riferimento al reato omissivo improprio che la dottrina, in particolar modo quella tedesca, si è maggiormente rivelata incline a riconoscere un margine di operatività alla logica dell’inesigibilità.

Come è noto, tale figura di reato assimila il *nihil facere* al comportamento penalmente sanzionato per il tramite della posizione di garanzia, sicché soltanto chi abbia l’*obbligo giuridico* di impedire un dato evento potrà risponderne, qualora esso si verifichi, *come se* l’avesse cagionato. La clausola di cui all’art. 40 cpv. c.p., cioè, pone un nesso di *equivalenza normativa* tra la condotta che causa l’evento tipico e l’inerzia che quell’evento non im-

²¹ Per una più estesa analisi, v. G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 774 ss.

²² Il concetto è sviluppato con maggiori dettagli in D.L. HOROWITZ, *Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 1986, p. 110 ss.

pedisce²³: ed è proprio tale natura di mero nesso di imputazione normativa, destinato a operare ai soli fini dell'attribuzione della responsabilità penale, ad aver condotto taluna dottrina a osservare che il tipo del reato omissivo si esaurisce nell'inerzia del garante e nella successiva verifica dell'evento, mentre sarebbe da ascrivere alla dimensione dell'antigiuridicità ogni valutazione circa la sussistenza della posizione di garanzia²⁴.

Tale posizione, tuttavia, è stata criticata²⁵, e poi sostanzialmente abbandonata, per la ragione che il ruolo che il fatto tipico verrebbe a svolgere in questa figura di reato risulta sostanzialmente svuotato e, in definitiva, destinato a descrivere in modo eccessivamente vago la relazione che si instaura tra l'inattività e il risultato esterno che a essa consegue. Si è affermata, così, una diversa opinione, che ascrive al fatto tipico la qualifica soggettiva che, intesa in senso statico, determina la posizione di garanzia, ma da essa tiene logicamente distinto l'obbligo giuridico che ne consegue, da valutare in chiave dinamica e da assegnare, su un piano dogmatico, alla dimensione dell'antigiuridicità²⁶. In quest'ottica, dunque, sarebbe «*la contrarietà all'obbligo giuridico a connotare la condotta già tipica (cioè tenuta in presenza della situazione di garanzia) del requisito di antigiuridicità*»²⁷.

Secondo tale ottica, allora, si comprende che, nei reati omissivi impropri, la clausola di inesigibilità non possa giocare alcun ruolo quanto alla dimensione del fatto tipico: essa, invero, per definizione costituisce un limite a un dovere giuridicamente imposto e logi-

²³ In questo senso v. F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss., secondo cui la clausola di cui all'art. 40 cpv. c.p. si limiterebbe a imputare giuridicamente un evento «*a un soggetto che, per definizione, non lo ha causato*» (enfasi originaria).

²⁴ Tra i sostenitori di tale concezione anche R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, cit., p. 16 ss. Per un'eco italiana si veda F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, p. 203.

²⁵ Cfr. la posizione di G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 117 ss., secondo cui con la violazione dell'obbligo giuridico di agire si identifica esattamente il mancato compimento dell'azione che avrebbe impedito l'evento, ragion per cui «*non ha senso parlare di un'omissione 'causale' e 'tipica' ai sensi di una fattispecie di parte speciale [...] ove prima non si accerti che essa rappresenta la violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento*» – ove, dunque, non si sia preliminarmente accertata l'esistenza di un'omissione tipica –. Ne consegue che, sul piano della sistematica del reato, la collocazione di tale elemento «*non può che essere sul piano della conformità alla fattispecie, perché su di esso si impernia la descrizione della condotta legalmente tipizzata*» (corsivo originario).

²⁶ È la posizione, tra gli altri, di H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., p. 570.

²⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 311. Puntualizza l'Autore, peraltro, che al momento dell'antigiuridicità atterrebbe solo ed esclusivamente la contrarietà all'obbligo e non anche l'obbligo stesso, poiché esso costituisce «*un'entità estranea ai gradini della costruzione del reato, così come il divieto di uccidere non costituisce elemento né della tipicità, né dell'antigiuridicità, né della colpevolezza del reato di omicidio*».

camente preesistente, ma se tale dovere risulta estraneo alla tipicità omissiva ne deriva che nessun limite potrà operare in quella sede.

Tale valutazione, dunque, viene più correttamente ricondotta al momento dell'antigiuridicità, di cui in definitiva verrebbe a condividere non soltanto la funzione regolativa – cioè quella di delimitare in concreto l'estensione di un obbligo giuridico che, al contrario, risulta in astratto pienamente sussistente –, ma anche il fondamento ultimo, quale esito di un bilanciamento tra interessi, o valori, contrapposti.

Ciò accadrebbe, si sostiene, nel momento in cui al garante sia imposto, dalla norma che pone l'obbligo di agire, di causare una situazione di pericolo per un bene o per un interesse proprio: ciò si verificherebbe, in particolare, allorché il garante sia tenuto ad agire ponendo a repentaglio la propria integrità fisica, ma non già – come accade nella prospettiva dello stato di necessità c.d. giustificante – al fine di tutelare un interesse di rango pari o inferiore, giacché in quella prospettiva il suo comportamento risulterebbe già scriminato; bensì al fine di tutelare un interesse prevalente, che la logica di bilanciamento sottesa al giudizio di liceità giudicherebbe meritevole del sacrificio. E allora, si conclude, non si può esigere che il garante adempia il proprio dovere fino a sacrificarsi, poiché tale è risulta del tutto estraneo agli obiettivi di tutela cui la costituzione di posizioni di garanzia è funzionale²⁸.

Questa impostazione, però, non può essere condivisa.

L'intera costruzione teorica, infatti, si fonda per espressa ammissione dei suoi sostenitori sull'avvertita esigenza di delimitare l'ambito di efficacia dell'obbligo giuridico, al dichiarato fine di impedire che l'ordinamento possa esigere l'eroismo dai garanti. Tuttavia, se il risultato che si vuole conseguire non è disprezzabile, non persuasivo risulta il percorso argomentativo addotto a supporto.

Il primo punto debole ci pare costituito dalla premessa minore del ragionamento: l'esigenza di sopperire ai supposti limiti dello stato di necessità c.d. giustificante, che si pa-

²⁸ È la posizione di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 317, che aggiunge come la posizione del garante non sia affatto parificabile a quella dei soggetti cui è precluso il ricorso allo stato di necessità siccome gravati di un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo: rileva l'Autore, in proposito, che mentre in quel caso gravi rischi per la vita o per l'incolumità fisica costituiscono nella sostanza l'oggetto dell'obbligo, in relazione al garante simili pericoli vengono a costituire un'ipotesi eccezionale, di fronte alla quale l'agente non sarebbe né preparato, né tantomeno tenuto, ad agire comunque.

lesano ogniqualvolta l'interesse individuale risulti di rango inferiore a quello tutelato dalla norma di comando. La ragione, peraltro, è frutto di una precisa scelta di campo: riteniamo, infatti, che lo stato di necessità descriva una causa scusante, destinata cioè a escludere il rimprovero di colpevolezza²⁹.

Così mutando la prospettiva, si comprende che l'esigenza di superare gli angusti limiti di operatività della causa di giustificazione viene meno, e il relativo impianto argomentativo si rivela impercorribile. La scusa, infatti, non poggia su alcun giudizio di bilanciamento, e anzi per definizione presuppone una valutazione preliminare di illiceità del fatto: sicché, quante volte il garante sia stato realmente costretto ad agire per la necessità di autoconservazione, nei termini e con le condizioni descritte dall'art. 54 c.p., non vi sarà alcuna necessità di individuare una clausola regolativa dell'obbligo *diversa* dallo stato di necessità, che troverà al contrario piena applicazione.

Tale prima obiezione, si è anticipato, poggia però su una scelta di campo, qual è quella che attiene alla qualificazione da assegnare allo stato di necessità; ve n'è una seconda, che riteniamo valida quale che sia la scelta in ordine a tale esimente e che attiene alla struttura del reato omissivo improprio.

Non si ritiene di condividere, infatti, l'impostazione descritta neppure nel punto in cui distingue tra posizione di garanzia e obbligo giuridico, espungendo quest'ultimo dal fatto tipico. Si può osservare che l'obbligo costituisce un presupposto esterno del fatto, siccome preesistente a esso e indipendente dalle azioni individuali: tuttavia, esso colora indelebilmente l'omissione del garante, che diviene conforme al tipo proprio e soltanto nella misura in cui egli fosse tenuto ad agire.

Si pensi a un esempio di scuola. Il bagnante e il bagnino che assistano inerti all'annegamento di un giovane nuotatore assumono un interesse del tutto differente per il diritto penale: soltanto il bagnino potrà essere chiamato a rispondere di omicidio, e ciò *indipendentemente* da ogni valutazione circa la liceità o meno del suo comportamento, che sarebbe necessariamente successiva. La preesistenza dell'obbligo giuridico, cioè, determina il titolo di reato: e non ha importanza, a questo fine, che il bagnino si sia astenuto dall'intervenire perché le condizioni del mare impetuoso e la lunga distanza dalla riva

²⁹ Sul tema si tornerà *infra*, § 3.1.

avrebbero posto a repentaglio la sua incolumità. Qualora si aprisse un procedimento penale a suo carico, infatti, egli sarebbe inevitabilmente accusato di omicidio, mentre soltanto nel processo potrebbe far valere le ragioni che gli rendevano *inesigibile* adempiere il proprio obbligo³⁰.

In altri termini, nella fattispecie omissiva impropria l'obbligo giuridico viene a costituire un elemento espressamente ascrivibile al fatto tipico, in quanto in grado di orientare in senso illecito la condotta del garante. E quanto all'osservazione che la fonte dell'obbligo preesiste al fatto, ovvero che essa può eventualmente essere rinvenuta in una norma giuridica extrapenale, si può replicare che ciò, oltre a rappresentare il *proprium* di tale figura di reato, non potrebbe essere diversamente: è la fondamentale esigenza di garanzia individuale cui assolve il principio di legalità, in definitiva, a imporre che gli obblighi siano cristallizzati e noti ai consociati *prima* che si verifichi l'omissione cui si pretende di attribuire rilevanza penale³¹.

In relazione a tali obblighi, dunque, riteniamo che eventuali valutazioni di inesigibilità del comportamento imposto al garante non possano dirsi fondate su un bilanciamento di interessi contrapposti: potrà operare una causa di giustificazione, naturalmente, ma la valutazione che a essa è sottesa non attiene, come si confida di aver argomentato, al campo che ci occupa. E allora, al di là dell'ipotesi della impossibilità materiale di adempiere al proprio dovere³², che non appare differire dalla corrispondente eventualità già esaminata con riferimento al reato omissivo proprio, resta da osservare che eventuali circostanze che

³⁰ *Mutatis mutandis*, l'obiezione è analoga a quella già avanzata da F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 249 ss., il quale, respingendo l'idea che le scusanti possano operare come limiti alle norme incriminatrici, formula il «palesamente assurdo» esempio di una regola di condotta che vieti «portare in luogo pubblico coltelli la cui lama superi i dieci centimetri di lunghezza, salvo che l'agente non conosca o non sia in grado di conoscere il presente divieto»: l'assurdità della disposizione si spiega considerando che «chi, ignorando scusabilmente la norma, venga sorpreso dalla polizia a portare un tale coltello in luogo pubblico potrà magari sperare di essere riconosciuto non colpevole in sede processuale, laddove il giudice sarà chiamato a valutare, appunto, la sua colpevolezza in applicazione dell'art. 5 c.p. [...]; ma certo non potrà, nel momento in cui venga sorpreso in flagranza, sostenere di avere esercitato una propria facoltà legittima ed opporsi, conseguentemente, a che gli agenti gli sequestrino il coltello: il cui porto è obiettivamente vietato, a prescindere dalla buona o mala fede del suo detentore» (enfasi originaria).

³¹ Cfr. sul punto G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 590 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 127 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 223 ss.

³² Così *apertis verbis* G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 231, i quali riportano l'esempio del padre di famiglia, tenuto ex art. 147 c.c. a impedire che si verifichino eventi lesivi dell'integrità psicofisica dei figli minori, che assiste inerte all'annegamento del figlio: egli, se non sa nuotare, non potrà essere chiamato a rispondere per non aver impedito un evento che in nessun caso avrebbe materialmente potuto prevenire.

incidano sulla motivazione del garante, trattenendolo antidoverosamente dall'azione, non valgono a elidere né l'omissione né l'illiceità della stessa, ma possono essere apprezzate esclusivamente sul terreno della colpevolezza.

2. La dimensione costituzionale della colpevolezza.

Le pagine che precedono hanno avuto la funzione – che si spera abbiano assolto senza evidenti fallacie – di illustrare i motivi per cui si ritiene che la teoria dell'inesigibilità non abbia possibilità di trovare accoglimento nei primi due elementi della sistematica del reato; ora, invece, si tratterà di passare all'ideale *pars construens*, argomentando sulle basi per cui si ritiene che essa attenga (esclusivamente) al piano della colpevolezza, e di esporre le ragioni per le quali essa può trovare accoglimento nel nostro ordinamento.

Del resto, non va dimenticato che la stessa genesi storica della categoria concettuale dell'inesigibilità si rinviene, come si è osservato nel secondo capitolo, nell'evoluzione dello studio della colpevolezza, orientato al fine di escludere la responsabilità penale nei casi in cui l'agente appaia immeritevole di un rimprovero.

È bene rammentare fin d'ora che tale prospettiva non è certo estranea al nostro ordinamento: infatti, non soltanto la tesi più accreditata ascrive alla logica dell'inesigibilità il fondamento delle cause di esclusione della colpevolezza codificate, ma in nome di tale criterio talune voci qualificano in senso scusante esimenti la cui natura è, in realtà, oggetto di discussione³³.

La nostra indagine, tuttavia, si propone di andare al di là di quanto espressamente previsto dal legislatore, esaminando il rapporto tra la colpevolezza e la meritevolezza del rimprovero in una prospettiva più ampia. In quest'ottica, si avrà riguardo per la dimensione 'costituzionale' della colpevolezza, come delineata dalla Corte costituzionale a partire dalle note sentenze 364 e 1085 del 1988 e come rispondente alla logica della rieducazione ai sensi dell'art. 27 comma 3 Cost. Si esaminerà, poi, se e in quali termini la formulazione

³³ Sul punto, più diffusamente, *infra*, § 3.

di un rimprovero sia un presupposto necessario per l'attribuzione della responsabilità penale, anche al di là di valutazioni più puntuali riferite al dolo o alla colpa.

In vista di tali obiettivi, appare necessario descrivere il confine entro il quale ci si muove.

Come è noto, il termine 'colpevolezza' assume, a seconda che sia impiegato nel linguaggio corrente ovvero in quello tecnico giuridico, un duplice significato: affermazione di responsabilità in relazione a uno specifico fatto da un lato, sintetica enunciazione delle componenti soggettive del reato dall'altro³⁴. Non è mancato, peraltro, chi abbia osservato che la colpevolezza, intesa come unione delle due accezioni appena richiamate, assolve al ruolo di collegamento con il mondo dell'etica, cui il diritto positivo è unito da un «*legame indissolubile*»³⁵; e vi è da aggiungere, in proposito, che gli ordinari criteri in base ai quali si attribuisce la responsabilità penale sono sostanzialmente mutuati dalla vita di tutti i giorni, nella quale il rimprovero 'etico' o morale assume una valenza senza dubbio più intelligibile: il dolo come equivalente dell'intenzione di compiere un torto, la colpa come rimprovero per un'impropria disattenzione³⁶.

Il valore etico della colpevolezza è stato studiato e sviluppato, in effetti, da illustri giuristi³⁷, e tale consapevolezza ha consentito, in definitiva, di approdare alle più recenti conquiste che fanno della colpevolezza al tempo stesso fondamento e limite della potestà punitiva statale³⁸.

³⁴ Per ulteriori approfondimenti cfr. G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 1 ss.

³⁵ A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 506.

³⁶ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 308; gli Autori aggiungono, peraltro, che anche nella vita di tutti i giorni i rimproveri di 'dolo' («*lo hai fatto apposta!*») e di 'colpa' («*potevi stare più attento!*») non vengono mossi «*se l'autore del torto (che, ad es., ha travolto o calpestato altre persone) lo ha commesso in una situazione del tutto anormale*».

³⁷ Si tratta di una prospettiva certamente non sconosciuta alla giurisprudenza: si vedano in proposito i richiami operati da Arth. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, p. 213 all'affermazione contenuta nella sentenza resa il 18 marzo 1952 dal *Bundesgerichtshof* tedesco, secondo cui «*l'intimo fondamento del rimprovero di colpevolezza sta nel fatto che l'uomo è dotato di una libera, responsabile autodeterminazione morale, e pertanto abilitato a decidersi per il diritto e contro l'illecito*».

³⁸ Secondo H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974 (trad. it. S. Moccia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 838 ss.), il principio di colpevolezza assume dunque un triplice significato: (i) la regola positiva, materiale, che attiene alla libertà del volere e alla relazione soggettiva tra il fatto e al suo autore, in modo tale da legittimare l'intervento repressivo statale e l'inflizione di una pena; (ii) l'unità di misura di tale pena, che in nessun caso può eccedere il grado della colpevolezza; (iii) in negativo, le condizioni per l'esclusione della pena, nonostante la commissione di un fatto tipico e antigiuridico.

Come è noto, tale concezione è accolta anche dal nostro ordinamento, che eleva il principio di colpevolezza al rango costituzionale e che impernia su di esso l'intero meccanismo di inflizione della responsabilità penale. L'evoluzione interpretativa che ha consentito di ricavare dal disposto dell'art. 27 comma 1 Cost. («*la responsabilità penale è personale*») un assunto ben più incisivo del mero divieto di responsabilità per fatto altrui è nota e, nella sua compiutezza, esula dall'ambito del presente lavoro³⁹. Basterà rammentare che si deve alla corte costituzionale l'acquisizione per cui «*perché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato [...] è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa*»⁴⁰.

Gli argomenti sulla cui base poggia tale assunto sono i seguenti. In primo luogo, si è evidenziata la necessità di scongiurare una interpretazione riduzionistica della personalità della responsabilità penale, alla luce del coordinamento interno tra il primo e il terzo comma dell'articolo 27 della Costituzione: è la stessa funzione rieducativa della pena, in altri termini, a imporre che l'agente versi quantomeno in colpa rispetto a tutti gli elementi della fattispecie, poiché «*non avrebbe senso la 'rieducazione' di chi, non essendo almeno 'in colpa' (rispetto al fatto) non ha, certo, 'bisogno' di essere rieducato*». Viene in considerazione, pertanto, un primo elemento: in un ordinamento moderno, che dunque abbia abbandonato l'ottica meramente retributiva della sanzione per la disobbedienza come tale alla volontà del sovrano, la legittimazione e la funzione della pena si fondano sul duplice presupposto che sia stata arrecata un'offesa a un interesse meritevole di tutela e che l'agente sia colpevole, nel senso dianzi precisato, in relazione a essa⁴¹.

In secondo luogo, la colpevolezza appare legata a doppio filo all'esigenza di garanzia che è propria del principio di legalità e dei suoi corollari: difatti, se soltanto la legge, con

³⁹ Per ogni approfondimento, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 455 ss. Del resto, che la colpevolezza costituisca un elemento indefettibile del reato era tutt'altro che pacifico anche nella stessa dottrina, che in qualche occasione argomentava intorno alla responsabilità per «*fattispecie criminose le quali, benché antiggiuridiche, non sono colpevoli*»: così M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 143; analogamente, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 118 s.

⁴⁰ Corte cost., sent. 30 novembre 1988, dep. 13 dicembre 1988 n. 1085, disponibile su www.giurcost.org e in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1989, p. 289 ss.

⁴¹ Sul punto, *amplius*, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 10 ss. Più oltre si tratterà di domandarsi se, alla luce di quanto esposto, sia costituzionalmente legittima l'inflizione di una pena in assenza (di meritevolezza, e quindi) di un'apprezzabile funzione rieducativa.

disposizioni chiare e precise, ed emanate prima della commissione del fatto da sanzionare, è in grado di garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione, occorre altresì assicurare al cittadino che egli non potrà essere chiamato a rispondere se non «*per azioni da lui controllabili, e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate*».

È peraltro noto che, nell'enunciare il rango costituzionale di tale accezione del principio di colpevolezza, la corte costituzionale non ha potuto che dedicare la propria attenzione a singole disposizioni del codice penale di volta in volta sottoposte alla sua attenzione per il tramite della questione incidentale di costituzionalità. Ai fini del nostro discorso, però, merita soffermarsi brevemente su ciascuna di esse.

Con la sentenza 23-24 marzo 1988 n. 364, la corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza *inevitabile*. Il caso sottoposto all'attenzione dei giudici costituzionali riguardava una contravvenzione edilizia, in relazione alla quale il giudice *a quo* riteneva gli imputati meritevole del proscioglimento perché, pur avendo eseguito senza la prescritta licenza talune opere di bonifica di un terreno agricolo, avevano ritenuto *in buona fede*, sulla base della giurisprudenza del Consiglio di Stato, di poter eseguire i lavori senza licenza.

Con la seconda pronuncia, sent. 13 dicembre 1988 n. 1085, la corte costituzionale ha invece dichiarato l'illegittimità dell'art. 626 comma 1 n. 1 c.p., relativo al c.d. furto d'uso, nella parte in cui non estende la disciplina ivi prevista, più favorevole rispetto al furto comune, all'ipotesi in cui l'agente non abbia potuto restituire il bene sottratto per caso fortuito o forza maggiore. La vicenda *a quo* riguardava due soggetti i quali, effettivamente, avevano sottratto un'autovettura per farne uso momentaneo e poco dopo erano stati sorpresi da un agente di polizia locale pochi metri prima che potessero parcheggiarla nella posizione originaria, così completando la restituzione.

Con una terza pronuncia, sent. 24 luglio 2007 n. 322, la corte costituzionale ha infine censurato la disposizione dell'art. 609 *sexies* c.p., relativa all'ignoranza dell'età della persona offesa nei reati sessuali, nella parte in cui non prevedeva che l'imputato fosse ammesso a far valere in proprio favore il carattere inevitabile dell'ignoranza, ovvero dell'errore, su

tale specifico elemento della fattispecie. Pur con taluni distinguo, pertinenti per lo più alla delicatezza degli interessi in gioco nel caso concreto e volti a escludere che la mera parola della persona offesa – che abbia dichiarato un'età non rispondente al vero – sia sufficiente a esaurire lo sforzo di diligenza che l'ordinamento si attende in simili casi dai suoi cittadini, i giudici costituzionali hanno ribadito il proprio orientamento, con una significativa conquista ulteriore: il principio di colpevolezza, infatti, è stato elevato al rango di *canone ermeneutico* per il giudice comune, che in tanto è legittimato a sollevare questione di legittimità di una norma penale in quanto abbia già esperito, senza successo, un tentativo di interpretazione della stessa conforme a Costituzione; per tale ragione, la corte ha concluso dichiarando l'inammissibilità della questione di costituzionalità, osservando che è compito di ogni interprete valutare se una certa norma penale sia armonizzabile, tra gli altri, anche con il principio di colpevolezza, se del caso provvedendo a restringerne l'ambito applicativo in modo tale da espungerne i casi di responsabilità oggettiva.

Un primo punto fermo che si trae da questo discorso è, dunque, il seguente: il principio di colpevolezza non soltanto ha rango costituzionale, ma si caratterizza altresì per il contenuto immediatamente precettivo e non già meramente programmatico: esso si rivolge in prima istanza al legislatore, imponendogli di conformare le norme incriminatrici sì da bandire dall'ordinamento forme – espresse o tacite – di responsabilità oggettiva; in seconda istanza, però, esso fa carico all'interprete, laddove il legislatore abbia ommesso di adempiere alla propria funzione, di guardare alle norme *secundum constitutionem*, ricercando dunque la colpevolezza anche nelle ipotesi in cui la stessa non sia normativamente richiesta.

È bene ammettere immediatamente che quanto precede non ha certo una portata innovativa: è da parecchi anni che la dottrina, sostanzialmente unanime, ammonisce circa la necessità di adeguare il diritto vivente agli insegnamenti della giurisprudenza costituzionale, con alterne fortune⁴².

⁴² I passi avanti più significativi si sono probabilmente registrati con riguardo alla fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, disciplinata dall'art. 586 c.p. Come è noto, infatti, anche dopo le pronunce della Corte costituzionale la giurisprudenza aveva manifestato una certa resistenza a estenderne gli esiti alle singole ipotesi di parte speciale non espressamente sottoposte al vaglio di costituzionalità; ciò che, con riferimento alla fattispecie in parola, aveva giustificato interpretazioni minimali del coefficiente di colpevolezza in relazione all'evento (morte o lesioni), risolto ora nella c.d. prevedibilità in astratto ora nella

A questa consapevolezza, allora, sembra opportuno aggiungere fin da subito un paio di dati ulteriori. Il primo attiene alla funzione della pena, che come si è già rammentato è ispirata dalla logica, anch'essa di rango costituzionale, della rieducazione del condannato. È noto che la rieducazione, nella stessa architettura costituzionale, rappresenta un dato soltanto tendenziale, tanto da poter essere in concreto subordinata a esigenze di eguale rilievo e far risultare compatibili con la Costituzione taluni istituti storicamente problematici, come l'ergastolo⁴³ e l'ergastolo c.d. ostativo⁴⁴. D'altra parte, però, non si può na-

colpa per inosservanza della legge penale – segnatamente, della norma che vieta e sanziona la fattispecie delittuosa base –. Tali ‘scorciatoie’ ermeneutiche, come è evidente, costituendo altrettante ipotesi di presunzione di colpa finivano per riaffermare sotto mentite spoglie la responsabilità oggettiva quale valido criterio di imputazione della responsabilità penale e risultavano, a propria volta, incompatibili con il principio di colpevolezza delineato in Costituzione. Una vera e propria svolta, finalmente, si è avuta con Cass., sez. un., sent. 22 gennaio 2009, dep. 29 maggio 2009, n. 22676, Rv. 243381, che ha affermato espressamente come il giudizio di colpa in relazione all'evento postuli l'accertamento della *prevedibilità in concreto* dello stesso. Secondo la Suprema Corte, infatti, in relazione all'evento non voluto (nel caso allora in esame si trattava della morte come conseguenza di un'illecita cessione di sostanza stupefacente) è necessario «che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma penale che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale». Analoga consapevolezza, tuttavia, non è stata ancora raggiunta in relazione alle altre ipotesi di responsabilità oggettiva presenti nel nostro ordinamento, e soprattutto con riferimento alla fattispecie di omicidio preterintenzionale disciplinata dall'art. 584 c.p. In relazione a tale ipotesi di reato, infatti, nella giurisprudenza contemporanea ancora convivono, e risultano maggioritarie, le forme di responsabilità oggettiva che le Sezioni Unite, con la loro mirabile presa di posizione del 2009, avrebbero dovuto superare: così, secondo Cass., sez. V, sent. 27 giugno 2012, dep. 17 settembre 2012, n. 35582, Rv. 253536, «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale [...] non è costituito da dolo misto a colpa, ma unicamente dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni, a condizione che la morte dell'agredito sia causalmente conseguente alla condotta dell'agente, il quale, pertanto, risponde per fatto proprio, sia pure per un evento più grave di quello effettivamente voluto che, per esplicita previsione legislativa, aggrava il trattamento sanzionatorio»; nello stesso senso anche la più recente Cass., sez. V, sent. 21 settembre 2016, dep. 26 ottobre 2016, n. 44986, Rv. 268299, secondo cui «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto de quo è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa» (!).

⁴³ Secondo Corte cost., sent. 21 novembre 1974, dep. 22 novembre 1974, n. 264, infatti, «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione, usando la formula “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”, non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la

scondere che il bilanciamento cui si faceva cenno poc'anzi costituisce il frutto di un prudente apprezzamento delle circostanze del caso concreto – il grado dell'offesa e il rango primario del bene giuridico nei delitti puniti con la pena dell'ergastolo; la libera scelta di non collaborare con l'autorità giudiziaria nei casi di ergastolo c.d. ostativo – e in nessun caso può risolversi in un mero obnubilamento, puro e semplice, delle istanze di rieducazione.

Il secondo dato attiene, invece, alla struttura e alla funzione della stessa colpevolezza, intesa in senso normativo. Ciò vale a dire, come si ricorderà, certamente che il dolo e la colpa presentano un tratto fondamentale comune, vale a dire che in ambedue i casi, consapevolmente o meno, il soggetto ha agito difformemente da come l'ordinamento voleva che egli agisse⁴⁵; ma vale a dire anche che la colpevolezza assume un significato unitario e distinto dalla mera sommatoria dei suoi componenti, che peraltro non possono essere ridotti soltanto al dolo e alla colpa. D'altronde, la consapevolezza che dolo e colpa non siano in grado di esaurire la complessità del tema della colpevolezza non costituisce un'acquisizione recente, e si accompagna all'idea che lo stesso *quantum* della colpevolezza individuale – intesa qui nella sua accezione atecnica, quale sintesi dei vari elementi che

pericolosità e l'efferatezza della loro indole». Proprio sulla natura di pena perpetua dell'ergastolo la Consulta è tornata con la sent. 27 aprile 1994, dep. 28 aprile 1994, n. 168, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra gli altri, degli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile, evidenziando che in relazione a tale soggetto, cui l'art. 31 Cost. assegna una speciale tutela, è inderogabile la finalità rieducativa della pena. Va comunque osservato, per completezza, che la legittimità dell'ergastolo è garantita anche sul piano convenzionale da numerose pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, che costantemente afferma la compatibilità della pena vitalizia con l'art. 3 Cedu – che vieta la tortura, le pene e i trattamenti disumani e degradanti – a condizione che la legislazione nazionale preveda adeguati meccanismi di liberazione anticipata, tali da poter incidere in concreto sulla natura perpetua della detenzione, che viene così ad assumere carattere meramente tendenziale. Sul punto v. C.edu, grande camera, sent. 9 luglio 2013, resa in causa 66069/09, *Vinter c. Regno Unito*, § 102-122, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2013. Per ulteriori riferimenti, cfr. A. COLELLA, *sub art. 3*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 78 s.

⁴⁴ In proposito v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 603.

⁴⁵ Ciò può valere, entro certi limiti, anche per le ipotesi di colpa incosciente, o di colpa senza previsione dell'evento, perché in questi casi all'agente si rimprovera di non aver tenuto conto della possibilità che l'evento delittuoso avesse a verificarsi: e proprio la valutazione questa possibilità – di cui un agente modello, viceversa, si sarebbe avveduto – è ciò che l'ordinamento avrebbe voluto dal proprio consociato. Con riferimento al dolo, quale «*intenzione che non doveva essere*», v., oltre ai cenni già tratteggiati nel *capitolo II*, anche B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1955, p. 25, il quale avverte, peraltro, che di concezione normativa è possibile parlare proprio (e soltanto) con riferimento al rapporto di contraddizione che intercorre tra volontà e dovere.

fondano il giudizio di responsabilità penale – non possa essere indicato soltanto con un riferimento all'intensità del dolo e al grado della colpa⁴⁶.

Alla dimensione della colpevolezza, dunque, appartengono anche elementi ulteriori, quali – almeno secondo una certa impostazione – l'imputabilità (*primo presupposto del giudizio di colpevolezza*⁴⁷) e, per quel che qui maggiormente interessa, la *riprovevolezza* del comportamento tenuto e l'*esigibilità* di un comportamento diverso, conforme al precetto⁴⁸.

Si potrà obiettare che con questa affermazione si è realizzata un'indebita inversione logica nell'argomentare, dando per presupposto quel che, invece, dovrebbe essere oggetto di dimostrazione. Non è così, però, perché finora ci si è limitati a dare un nome al *quid alii* che, si è detto, insieme al dolo e alla colpa compone il giudizio di colpevolezza, riservando al prosieguo del discorso ogni concretizzazione circa il suo contenuto. Né, del resto, il punto, così circoscritto, può dirsi seriamente in contestazione, se è vero che la manualistica contemporanea, pressoché senza eccezioni, concorda nell'ascrivere alla colpevolezza una struttura complessa, nella quale figura anche la *normalità delle circostanze concomitanti* alla commissione del fatto cui si dà rilievo attraverso l'*assenza di scusanti*⁴⁹.

Proprio alle scusanti, dunque, è necessario rivolgere ora l'attenzione, nella consapevolezza che esse, quali componenti a pieno titolo del giudizio di colpevolezza, rivestono la funzione di esprimere quel *quid alii* che si è definito *riprovevolezza* o *meritevolezza del rimprovero* e che si fonda, come si dirà nel prosieguo, sul giudizio di *esigibilità* di un comportamento differente. In ciò, peraltro, occorrerà tenere a mente anche le scusanti contribuiscono a far sì che sia rispettata la funzione costituzionale che la colpevolezza è chiamata a svolgere, e che sopra si è tratteggiata: soltanto la meritevolezza del rimprovero, infatti, ap-

⁴⁶ Si tratta, ci pare, di un dato non sconosciuto neppure ai compilatori del codice Rocco, che difatti all'art. 133 c.p. individuarono tra i criteri di commisurazione della pena – e dunque di calcolo del grado di colpevolezza individuale – ben sette parametri, dei quali *uno soltanto* – il n. 3 relativo alla «gravità del reato» – dedicato alla «intensità del dolo» o al «grado della colpa».

⁴⁷ Cfr. A. CRESPI, *Imputabilità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 767, nonché F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1939, p. 39; nella manualistica contemporanea si vedano G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 383 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 290; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 327 ss.

⁴⁸ Secondo G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, cit., p. 16, l'inclusione detti elementi nella struttura della colpevolezza sono, anzi, «quelli che danno ragione della concezione normativa e del suo carattere più esaustivo e convincente rispetto a quella psicologica».

⁴⁹ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 308 e p. 374 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 327 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 290.

pare in grado sia di soddisfare la garanzia di una reale libertà delle scelte d'azione posta dal principio di legalità – perché, sola, in grado di prevenire realmente il pericolo di una punizione a fronte di scelte *incolpevoli* – sia, e soprattutto, di assicurare effettività alla funzione rieducativa della pena, di cui sono evidentemente prive sanzioni formalmente ineccepibili ma, nondimeno, (percepite come) *ingiuste*.

3. Le scusanti: nozione, funzione, fondamento.

Le scusanti, come è noto, sono cause che escludono la colpevolezza, e dunque impediscono l'inflizione di una pena, sulla base dell'impossibilità di rimproverare al suo autore un fatto che però resta, sul piano oggettivo, non soltanto conforme alla fattispecie ma anche illecito⁵⁰. Esse, come si è anticipato, si differenziano dalle cause di giustificazione per operare su un terreno del tutto distinto: non già sulla regola di condotta – che nella sua oggettività resta valida ed efficace, senza deroghe, per tutti i consociati – ma sulle regole di attribuzione della responsabilità, destinate a operare in un *momento successivo* alla commissione del fatto⁵¹.

Ciò ha condotto alla qualificazione delle scusanti come norme 'secondarie', che dettano regole di giudizio o di valutazione e, come tali, trovano il proprio destinatario naturale nel giudice; al contrario, le cause di giustificazione – al pari, naturalmente, delle norme incriminatrici – sono norme 'primarie', nel senso che dettano regole di comportamento

⁵⁰ Le espressioni «*scusanti*» e «*cause di esclusione della colpevolezza*» saranno utilizzate in termini fungibili nel testo, nella duplice consapevolezza che in questo senso esse sono impiegate dalla manualistica contemporanea, ma che, d'altra parte, non tutta la dottrina ha sempre e in ogni tempo condiviso l'idea di una perfetta sovrapponibilità tra i concetti: per ogni più ampio approfondimento sul punto si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 553 ss.

⁵¹ V. anche *supra*, sub nota 30. Riconoscere che le scusanti sono destinate a operare in un momento successivo alla commissione del fatto – a differenza delle cause di giustificazione – consente di comprendere in *forza di quale meccanismo logico* non soltanto esse non intervengano sulla qualificazione in termini di liceità o di illiceità del fatto stesso, ma anche sia sempre configurabile una difesa legittima a fronte di un'offesa scusata e sia dovuto il risarcimento del danno (*ingiusto*) arrecato al terzo, eventualmente, sotto forma di indennità ex art. 2045 c.c.

rivolte direttamente al cittadino⁵². Come evidenzia Fletcher, cioè, le scusanti privano il giudice della possibilità di derivare dal fatto alcunché in ordine alla personalità (*recte*, alla rimproverabilità) del suo autore: e tale elemento è coesenziale all'inflizione di una pena tanto nella prospettiva specialpreventiva della rieducazione, quanto nell'ottica della pura retribuzione⁵³.

A questo punto è opportuno domandarsi *perché* un ordinamento penale moderno debba concepire la possibilità di scusare l'autore di un fatto illecito: e non di mero esercizio di stile si tratta, riteniamo, perché dalla risposta che si riterrà di individuare discendono importanti conseguenze intorno al nostro tema.

Abbiamo già osservato come il fondamento delle scusanti sia stato individuato da Frank nella «normalità delle circostanze concomitanti alla condotta» ovvero nella «normalità della motivazione» dell'agente, e come fu Freudenthal a formularlo apertamente quale rimprovero condizionato all'esigibilità di una condotta orientata secondo le norme⁵⁴: e proprio alla logica dell'*inesigibilità* fa riferimento, oggi, la prevalente dottrina, al fine di individuare la *ratio* sottesa alle diverse ipotesi di scusa previste nel nostro ordinamento⁵⁵.

Tale opinione convince, perché – e conviene qui anticipare appena un'opzione di fondo che sarà esplicitata più avanti – invero riteniamo che le singole cause di esclusione della colpevolezza rappresentino la concretizzazione legislativa di un principio comune che a esse sottende; tuttavia, poiché è nostro interesse verificare se e in quale misura detto principio sia autonomamente in grado di operare, dunque anche al di fuori dei casi di volta in volta oggetto di puntuali disposizioni di legge, onde non cadere in inopportune tautologie non possiamo accontentarci di individuare il fondamento di queste ultime proprio su ciò che dobbiamo dimostrare.

⁵² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, p. 116; G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 810 ss.; per uno sguardo critico, secondo cui non tutte le scusanti detterebbero regole rivolte esclusivamente al giudice, v. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 255 s.

⁵³ G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., p. 800.

⁵⁴ V. *supra*, capitolo II, § 2.1.

⁵⁵ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 374, osservano che «da chi ha agito sotto la pressione di quelle circostanze anormali non si poteva esigere un comportamento diverso»; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 361, secondo cui il giudizio di inesigibilità si fonda, alternativamente o cumulativamente, sull'alterazione motivazionale dell'agente o sulla funzione specialpreventiva della sanzione penale; G. FIAN-DACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 408 ss.; C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 322.

In una primissima approssimazione, dunque, possiamo riprendere l'espressione di John Gardner, secondo cui la caratteristica della scusa è quella di illuminare l'agente attraverso una luce favorevole («*things that [...] cast the person who did them in a favorable light*») su un piano morale, tanto che risulterebbe *ingiusto* condannarlo⁵⁶. Nella costruzione dell'Autore, come già si è detto, ciò consente di ritenere che la logica della scusa si fondi sulla possibilità di affermare che l'agente, nel comportarsi come si è comportato, ha mantenuto le aspettative che su di lui era stato possibile formulare, intese, però, in senso normativo⁵⁷. Tale ultima precisazione è di estrema importanza, poiché il riferimento a una valutazione normativa esclude che simili aspettative siano conformate sul sentire del singolo individuo chiamato a valutare la questione (sicché il giudice finirebbe per scusare *soltanto* quante volte *egli stesso* non avrebbe saputo agire diversamente, personalizzando il giudizio fino al limite dell'arbitrio), ovvero su quel che di regola è possibile attendersi dalla maggioranza dei consociati secondo massime di esperienza; al contrario, tale valutazione andrà parametrata rispetto a un modello di comportamento elaborato in senso oggettivo, ma che tenga in adeguata considerazione anche le caratteristiche – in linea di principio oggettive pur'esse – del soggetto agente⁵⁸.

Tale argomento, nella sua linearità, presenta almeno un merito che ci pare indiscusso. Evitando un'impropria estensione della logica dell'inesigibilità, essa fornisce alla sfuggente categoria delle scusanti un chiaro sostrato comune che, in linea con l'impostazione che abbiamo adottato e che fa del rimprovero – e delle cause che escludono il rimprovero – un autonomo *elemento positivo* della colpevolezza, consente di mantenerle concettualmente distinte da quelli che la dottrina più avveduta ha opportunamente etichettato quali meri

⁵⁶ J. GARDNER, *The Gist of Excuses*, cit., p. 578. L'espressione è ripresa anche da J. HORDER, *Excusing Crime*, Oxford, 2003, p. 8 s., secondo cui un soggetto in tanto è meritevole di una scusa in quanto un certo fattore – che si desidera elevare a causa di esclusione della colpevolezza – ha svolto un ruolo «*moralmente attivo*» nella realizzazione del fatto, sia egli a sua volta «*attivo*» (per es., nel caso di *duress*) o «*passivo*» (per es., nell'ipotesi di caso fortuito) rispetto a quello.

⁵⁷ V. anche *supra*, capitolo II, § 3.2. È lo stesso Autore a mettere in guardia contro la possibilità di equivocare il suo pensiero: «*On first encounter, this claim may give the misleading impression that people's wrongful actions are excused so long as they continue to live up to the character standards that they have always lived up to, however appalling. One may have an image of someone excusing themselves by saying: "I've always been spiteful and malicious, so how did you expect me to behave?" Being spiteful and malicious is, of course, no excuse for anything. [...] The question is whether that person lived up to expectations in the normative sense. Did she manifest as much resilience, or loyalty, or thoroughness, or presence of mind as a person in her situation should have manifested?*».

⁵⁸ Va rammentato, in proposito, che l'impianto di Gardner si fonda sulla teoria aristotelica dei 'ruoli' sociali, e i giudizi morali sono a propria volta «*role-based*»: v. in proposito *supra*, capitolo II, nota 68.

«rovesci negativi» di altrettanti elementi positivi della colpevolezza⁵⁹. Vale a dire: elementi che si limitano a negare la sussistenza del dolo, o della colpa, o dell'imputabilità, ossia di questo o quell'altro elemento che *in positivo* compongono la struttura della colpevolezza⁶⁰.

Questo modo di procedere, tuttavia, deve essere misurato con la natura oggettivistica del nostro ordinamento che, nel formulare un giudizio di responsabilità penale – in vista del quale l'*assenza di scusanti*, si è detto, costituisce un passaggio necessario, quale elemento *positivo* del giudizio di colpevolezza – ha riguardo al fatto e non già al suo autore⁶¹. Così, anche l'assenza del rimprovero, che per definizione trova il proprio destinatario nella persona dell'agente, dev'essere modellata sul fatto da questi commesso, e deve dunque fondarsi su dati concretizzabili su un piano generale e, soprattutto, riscontrabili obietti-

⁵⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 258 ss.

⁶⁰ È il caso, per esempio, dell'errore sul fatto di cui all'art. 47 c.p., che come è noto *esclude sempre il dolo*, quand'anche imputabile a colpa, perché si pone in termini di incompatibilità logica con il momento rappresentativo che fonda l'elemento soggettivo doloso. Tale posizione non è, tuttavia, sempre stata pacifica: secondo G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 499 ss., l'errore interviene a viziare il processo di formazione della volontà, ma l'evento che consegue all'azione sarebbe egualmente voluto, ancorché in seguito a una rappresentazione erronea; sicché, in tale prospettiva, l'errore escluderebbe non già il dolo, che invece sussisterebbe nella sua ordinaria struttura di rappresentazione (falsa) e volizione, bensì la colpevolezza in senso più ampio. Simile assunto non convince ed è, in effetti, rigettato dalla dottrina contemporanea; peraltro, esso condurrebbe all'indesiderabile conseguenza di affermare la *necessaria sussistenza del dolo* in ogni caso in cui l'agente versi in *dubbio* circa la sussistenza di uno degli elementi del reato, poiché la volontarietà dell'evento non è posta in discussione, mentre la coesistenza tra una rappresentazione *vera* e una rappresentazione *falsa* esclude che si possa parlare, a mente dell'art. 47 c.p., di vero e proprio *errore*. Tale impostazione, tuttavia, è incompatibile con la struttura del dolo, che postula sempre, anche nella forma eventuale, una componente volitiva diretta alla consapevole decisione contro il bene giuridico: cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, p. 55 ss.; in giurisprudenza, Cass., sez. un., sent. 24 maggio 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, ric. Espenhahn, disponibile in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014, con *ivi* ulteriori approfondimenti.

⁶¹ Del resto, nell'ordinamento inglese tale impostazione è tutt'altro che pacifica: come evidenzia bene P.H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in *Columbia Law Review*, (1982) 82, p. 199 ss., «la condotta di Tizio è giustificata; Tizio è scusato» (corsivi originari). A sostegno della propria posizione, l'Autore riporta – in ID., *The Bomb Thief and the Theory of Justification Defenses*, in *University of Pennsylvania Law School-Faculty Scholarship*, (1997), paper 603 – l'esempio di Motti Ashkenazi, un giovane israeliano che, con il proposito di impossessarsene, aveva sottratto uno zaino che giaceva abbandonato in una spiaggia affollata; una volta aperto, si era accorto che conteneva una bomba pronta a esplodere. Senza perdere la calma, aveva portato lo zaino al più vicino albergo, dove aveva richiamato l'attenzione della polizia e si era attivamente adoperato per mantenere quanti più passanti possibili lontani dal luogo in cui le forze di sicurezza stavano, con successo, disinnescando l'esplosivo. Secondo Robinson, il fatto di furto è *giustificato*, perché Ashkenazi non aveva idea di quel che lo zaino conteneva, e dunque non può dirsi «*morally blameless*» in relazione a quel che ha compiuto; ma il diritto penale non si occupa di «*positive outcomes*», sicché, se l'esito è aver impedito una strage, non vi è alcun illecito da sanzionare. Peraltro, va precisato che l'ordinamento inglese non ha pienamente abbracciato tale impostazione, nel senso che non soltanto il buon esito di una vicenda non comporta *di per sé* una giustificazione di eventuali condotte contrarie alla legge, ma nemmeno è impossibile che esiti negativi conseguano a condotte che vengono, nondimeno, giustificate anche in forza di «*personal motivation and blameworthiness*»: per ogni ulteriore approfondimento, v. A.P. SIMESTER, J.R. SPENCER, G.R. SULLIVAN, G.J. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, cit., p. 674 ss.

vamente, non essendo viceversa sufficiente evidenziare supposte debolezze morali del carattere dell'agente.

Questa esigenza è imposta anche dalla considerazione che la funzione cui le scusanti assolvono comporta, in definitiva, l'impossibilità di ricollegare a un fatto *descritto obiettivamente da regole di diritto* una sanzione *anch'essa obiettivamente prevista*: sicché anche il giudizio di assenza di rimprovero, nel quadro dell'imputazione normativa della responsabilità penale, deve fare i conti con le contrapposte esigenze punitive manifestate dalle norme incriminatrici.

Un esempio esprimerà meglio il concetto. Si immagini una comunità la cui larga maggioranza ritenga che agli omosessuali debbano essere assicurati i medesimi diritti garantiti agli eterosessuali, ma che politicamente sia guidata da una classe dirigente che, stabilmente insediata al vertice, continui a criminalizzare i comportamenti omosessuali in quanto contrari a una vetusta concezione morale; qualora due soggetti intrattengano un rapporto omosessuale, essi violerebbero la legge penale e i valori etici che essa si propone di implementare dietro minaccia della sanzione, ma non potrebbero ragionevolmente vedersi riconoscere alcuna *scusa* sul presupposto di sostituire i propri valori a quelli, e alle corrispondenti regole, della comunità.

Il tema si collega strettamente all'esigenza, ben nota agli ordinamenti giuridici di ogni epoca, di *limitare* il numero dei fattori in grado di privare di effettività l'imperativo legale. Sul punto si ritornerà a breve⁶², ma è fin d'ora necessario chiarire che si tratta di un'urgenza ancora attuale, onde non elidere del tutto la funzione generalpreventiva che l'ordinamento penale svolge, anche in termini di orientamento culturale dei consociati: ed è in effetti assoluta, nel nostro ordinamento, dalla generale convinzione che le scusanti costituiscano un numero chiuso, non suscettibile di estensione al di fuori dei casi espressamente considerati dal legislatore.

In questa fase del discorso, tuttavia, conviene accantonare per il momento la questione e tornare al tema del fondamento delle scusanti. L'argomento di Gardner, al di là dei meriti che gli abbiamo ascritto, deve essere opportunamente ridimensionato, per una serie di ragioni: in primo luogo, esso conduce a una iperindividualizzazione del modello normati-

⁶² Si rinvia *infra*, § 3.2.

vo di riferimento che, fondandosi sul ‘ruolo’ occupato dall’imputato nella società, è congegnato in modo tale da assegnare un peso eccessivo alle caratteristiche personali dello stesso, sicché il parametro finisce per costituire una sorta di *alter ego* del singolo agente concreto; in secondo luogo, l’intera valutazione della meritevolezza della sanzione è modellata sulla struttura del giudizio di *colpa*, del quale condivide il parametro (normativo) dell’agente modello, e appare difficilmente esportabile alle ipotesi di responsabilità dolosa: se è vero che anche il dolo ha una componente normativa, quale volontà che non doveva essere, è altresì vero che il parametro di valutazione di tale volontà è proprio quello dettato dalla norma penale – che descrive il comportamento doveroso e quindi, per definizione, esprime la volontà che doveva essere –, sicché il *test* congegnato da Gardner finirebbe sistematicamente per fallire.

Per tali ragioni, appare più adeguato spostare il fuoco dell’analisi dal *tipo di persona* che ha posto in essere il comportamento anti-giuridico al *tipo di comportamento* medesimo: e non si tratta, riteniamo, di una mera variante nominalistica, ma comporta che nel discorso si introduca un elemento concettualmente distinto: la libertà di scelta, ovvero, più ampiamente, la libertà del volere.

Gardner, come si ricorderà, aveva criticato questa impostazione, affermando che la capacità di un soggetto di agire per il meglio in un dato momento *t* non è altro che il modo in cui agisce in quel momento *t*, poiché è impossibile concepire un soggetto che sia animato da propositi virtuosi e, al contempo, si trattiene dal praticarli⁶³; per tale ragione, non vi sarebbe alcun parametro di riferimento al quale raffrontare la condotta del singolo agente concreto.

Tale linea di pensiero non persuade, tuttavia. Si consideri il seguente esempio: Tizio giace nel letto in un determinato momento *t* e, *proprio in quel momento t*, pensa che dovrebbe alzarsi, anzi, non riconosce alcuna valida ragione per non alzarsi; dopo qualche istante, nel momento *t+1*, si alza⁶⁴. Come si vede, l’esempio descrive un’ipotesi in cui il

⁶³ V. *supra*, capitolo II, § 3.2.

⁶⁴ Sono debitore dell’esempio a V. TADROS, *The Characters of Excuse*, cit., p. 511 ss., il quale ne configura un altro, questa volta di più immediata attinenza con la materia penalistica: «Consider a case of duress. A threatens D that he will beat him up if he does not rob the nearest bank. D then robs the bank. The capacity test says: if D could have acted more courageously than he did he will not be entitled to a defence of duress. If, on the other hand, he could not have acted more courageously than he did he will not be entitled to that defence. But there are cases of the former. It

protagonista riconosce una ragione superiore per agire, e nondimeno sceglie di rimanere inerte: ciò che sta a significare, ci pare, che è possibile *in uno stesso frangente temporale* mantenere distinti il possesso di una capacità di agire per il meglio e la scelta di comportarsi di conseguenza.

Da tale separazione concettuale consegue che è del tutto possibile che un soggetto fallisca di rispettare lo *standard* di intelligenza, coraggio, abilità, o che dir si voglia, che l'ordinamento si attende da lui, senza che ciò faccia di lui uno stolto, un codardo, un inetto in senso più ampio: e, tornando alla prospettiva del fatto concreto, senza che il suo comportamento sia meritevole di una sanzione penale.

Si consideri un secondo esempio. Tizio minaccia Caio di fargli del male se quest'ultimo non compirà una rapina nella più vicina banca; Caio, quindi, rapina la banca. Il punto, a noi pare, è domandarsi quale sia stato l'atteggiamento di Caio a fronte della minaccia. Certamente egli potrà aver reagito con opportunismo, pensando che dopotutto non fosse il caso di rischiare conseguenze spiacevoli per la propria persona e preferendo, per l'effetto, rapinare la banca: non è in dubbio che nessuna scusa potrebbe essergli riconosciuta, ma cionondimeno è altresì chiaro che sarebbe fuor d'opera – oltre che irrilevante sul piano del diritto penale – inferire alcunché in ordine alla sua propensione al coraggio, perché in questo caso egli ha *scelto* di non essere virtuoso. Al contrario, è possibile che a fronte della minaccia ricevuta Caio sia soverchiato dalla paura e, nonostante nutra il più profondo rispetto per i valori che l'ordinamento penale mira a far rispettare, non può evitare di rapinare la banca. Egli, cioè, non ha avuto una *reale libertà di scelta*, su un piano morale, e per questo *non merita* di essere sanzionato, avendo agito costretto dalla necessità imposta dall'altrui minaccia (art. 54 comma 3 c.p.).

In ambedue i casi sopra considerati, è dunque la paura a determinare il comportamento dell'agente che, ancorché sulla scorta di motivazioni contrastanti, in entrambi i casi ha *scelto* di compiere una rapina – sicché il dolo del fatto non pare seriamente in discussione

may be that although D is generally reasonably courageous, he also did not care very much about whether or not he robbed the bank. Consequently, in order to avoid the prospect of being beaten up, he thinks, 'well, I might as well rob the bank'. Clearly the defence of duress ought not to be available to him. Whilst he was not courageous on this occasion, he could have acted courageously had he decided to. And he would have decided to had he been sufficiently motivated by the values enshrined by the criminal law. His failure to behave courageously is nothing to do with a lack of courage. He simply decided not to be courageous at that moment» (corsivi originari).

-. Ciò che cambia notevolmente, però, è il ruolo giocato dalla paura, intesa qui quale esemplificazione di un fattore motivazionale esterno che condiziona la *formazione* della scelta e dunque la scelta stessa: in un caso freddamente piegata a un utilitaristico bilanciamento di interessi, nell'altro vero e proprio fattore determinante la commissione del reato.

Ciò consente di trarre le fila del discorso, dunque, e di affermare che essenza e fondamento delle scusanti è davvero il principio di inesigibilità, applicato però alla scelta motiva posta in essere dal consociato: un cittadino che, pur avendo in astratto la capacità di tendere alla virtù, *non ha saputo* orientare liberamente il proprio processo motivazionale *in ragione di un fattore esterno obiettivamente apprezzabile*⁶⁵, sicché quel bilanciamento di interessi che è insito nella logica di ogni incriminazione – che tra il bene giuridico protetto dalla norma penale e la pluralità di possibili ragioni che potrebbero condurre un soggetto a infrangerla assegna prevalenza, in linea di principio, al primo – si manifesta *a quel cittadino* come se fosse rovesciato. Egli, cioè, non è in grado di riaffermare la propria fedeltà ai valori della convivenza civile cui, fosse per lui, non vorrebbe discostarsi, perché non attribuisce un categorico ossequio all'effetto deterrente che discende dall'imperativo penale: egli, dunque, sente di non aver altra scelta, nel senso che non ha la *piena libertà* di decidere se astenersi dall'agire *contra legem*⁶⁶.

È per questo motivo che la pena che gli si vorrebbe infliggere secondo diritto finirebbe per apparire *ingiusta*, poiché non è possibile attendersi che *ogni altra persona* – *id est*, la generalità dei consociati cui la norma è rivolta – sotto la spinta delle medesime circostanze

⁶⁵ Sul carattere obiettivo del fattore scusante si avrà modo di tornare in seguito, ancorché per cenni, quando si descriveranno i tratti caratteristici delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente disciplinate dal nostro ordinamento. Qui è appena il caso di aggiungere, invece, che è proprio tale elemento a distinguere le scusanti in senso proprio da quella particolarissima esimente rappresentata dall'errore sulla sussistenza di una causa di giustificazione (art. 59 comma 4 c.p.): anch'essa esclude la colpevolezza, per vero, ma in conseguenza di un'errata percezione della situazione di fatto che sta tutta nella mente dell'agente, la cui mano si muove volontariamente in conseguenza di una lucida, quanto fallace, rappresentazione. Al contrario, le scusanti in senso proprio presuppongono l'intervento di un fattore esterno suscettibile, diversamente dall'ipotesi appena descritta, di incidere sulla formazione della volontà.

⁶⁶ La tesi è nota ed è stata variamente formulata nel corso dei decenni; appare utile rammentare qui le parole di H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, cit., p. 138, secondo cui «*la colpevolezza fonda il rimprovero personale rivolto all'agente per non avere egli ommesso di compiere l'azione antigiuridica pur avendo avuto la possibilità di ometterla*». E in effetti, nel secondo dopoguerra tale costruzione fu oggetto di profonda attenzione da parte della dottrina tedesca, che giunse alla conclusione di non condividere tale argomento quantomeno nelle ipotesi – quale, su tutti, lo stato di necessità – in cui la libertà del soggetto è sì compresa, ma non esclusa. Sul tema v. più diffusamente *infra*, il § successivo.

ze esterne, avrebbe saputo comportarsi diversamente. Non si può escludere che *qualcuno* avrebbe egualmente optato per la virtù, anche a costo di sacrifici personali: ma, si è detto più volte, l'ordinamento penale in linea di principio non esige alcun atto di eroismo dai propri cittadini, e risulterebbe irragionevole parametrare su tale modello quel che può esigersi dal singolo individuo.

3.1. Il tema della *scelta* nelle cause di esclusione della colpevolezza disciplinate nel nostro ordinamento.

Dopo aver affrontato il problema di individuare una nozione di scusante in grado di esprimerne il fondamento logico, e dunque di manifestare perché l'ordinamento rinunci a punire l'autore di un male ingiusto corrispondente a una fattispecie di reato, è possibile passare in rassegna le varie ipotesi di scusanti espressamente disciplinate nel nostro ordinamento, con il proposito di verificare se e in quale misura esse, secondo la nostra impostazione, concretizzino specifiche situazioni nelle quali l'intervento di fattori esterni obiettivamente apprezzabili ha privato l'agente di una reale libertà nella formazione del processo motivazionale: in sintesi, della libertà di scegliere se violare o meno il comando penale.

Nell'operare simile rassegna occorre avvertire che, coerentemente con quanto si è già accennato, si escluderà ogni riferimento alla tematica dell'*errore*, in ogni sua possibile accezione: sia nella forma di errore (di fatto o di diritto) sul fatto *ex art. 47 c.p.*, sia nella forma di errore nell'esecuzione del fatto che configura le ipotesi di *aberratio*. La ragione di tale scelta sta in ciò, che in linea generale l'errore, riteniamo, *non costituisce affatto* una causa (o il frutto di una causa) esterna di limitazione della libertà della scelta d'azione, ma è un fattore che vizia la rappresentazione sulla base della quale si forma la volontà: per riprendere un concetto già espresso, dunque, un «*rovescio negativo*» del dolo. Ciò che deve essere chiaro, infatti, è che il problema della ricerca di una scusa in tanto può porsi in quanto vi sia un fatto *doloso* o *colposo* da scusare: ma l'insussistenza dell'elemento soggettivo del reato non consente, per l'ordine sistematico interno alla struttura della colpevolez-

za, di proseguire oltre il discorso, già pervenendo autonomamente a escludere la responsabilità per il fatto.

Analogo discorso vale, ci pare, anche per l'errore di diritto sulla legge penale, rilevante ex art. 5 c.p. I termini della questione, qui, sono soltanto apparentemente modificati dal fatto che la dottrina sostanzialmente unanime assegna a tale elemento il rango di componente autonomo nella struttura della colpevolezza, che poggia dunque su quattro pilastri: dolo o colpa, imputabilità, assenza di scusanti e conoscenza (ovvero, a seguito dell'intervento della corte costituzionale, conoscibilità) della norma penale violata⁶⁷. Ma tale conclusione è sostanzialmente imposta dalla sentenza 364/1988 della corte costituzionale, poiché su di essa si fonda l'intero impianto argomentativo: nell'assegnare rilievo scusante (anche) al dubbio irrisolvibile sulla legge penale, infatti, tale pronuncia congeda un'ipotesi in cui l'agente non sia del tutto all'oscuro circa il contenuto del precetto, in lui convivendo sia una rappresentazione esatta sia una rappresentazione falsa del comando penale. Tale incertezza, beninteso *irrisolvibile*, è egualmente in grado di escludere il rimprovero soltanto qualora sul piano dogmatico si assegni alla conoscibilità del precetto una dimensione autonoma quale elemento positivo della struttura della colpevolezza: nel caso contrario, infatti, il dubbio non potrebbe giocare alcun ruolo, poiché l'esatta conoscenza del precetto, ancorché contrastata, esaurisce il momento rappresentativo del dolo, e avrebbe dovuto trattenere il soggetto dall'azione. Ecco, così, che l'errore inevitabile sulla legge penale viene a costituire un «*rovescio negativo*» di tale elemento, come l'errore sul fatto lo è per il dolo.

Possiamo dunque avviare la nostra rassegna dall'ipotesi più nota e probabilmente più problematica: lo stato di necessità. Abbiamo già accennato ai termini del dibattito, tutt'oggi aperto, che riconduce l'esimente in parola alla logica ora della giustificazione, ora della scusa; e abbiamo già esplicitato la nostra preferenza per quest'ultima posizione.

⁶⁷ Così, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 276 ss. Nella manualistica, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 307 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 327 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 290.

Si tratta, ora, di illustrarne le ragioni, nella consapevolezza che non è questa la sede per particolari approfondimenti⁶⁸.

Basterà rammentare, in proposito, che il dato saliente della ricostruzione in senso scusante dello stato di necessità è individuato nel requisito della costrizione: l'agente, infatti, viola la legge penale perché *costretto* dalla necessità di salvare sé o altri, e soltanto per tale ragione l'ordinamento lo manda esente da pena. Tale espressione descrive, come è stato opportunamente evidenziato, un effettivo condizionamento psicologico che esclude o limita significativamente la libertà d'azione del soggetto⁶⁹. E tale costruzione è confermata, non smentita, dalla previsione dell'art. 54 comma 3 c.p., che disciplina la particolare sottopotesi – e non una fattispecie autonoma – in cui la necessità di agire discenda dalla minaccia di un terzo: certamente, infatti, la vittima della minaccia si trova davanti a una potente limitazione della propria libertà di scelta⁷⁰.

Ci pare, del resto, che *soltanto* questa logica consenta di spiegare l'operatività dell'esimente in relazione a quelle situazioni di scuola cui è usualmente ricondotta: così, per limitare gli esempi a casi cui già si è fatto cenno nel nostro discorso, in relazione

⁶⁸ Per i quali si rinvia, pertanto, a F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 550 ss. e *ivi* per altri riferimenti.

⁶⁹ Sull'argomento si vedano le puntuali osservazioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 593, che avverte che «*da un tale significato letterale l'interprete [è] autorizzato a deviare allorché – come nel caso della legittima difesa – una lettura in senso 'soggettivo' del requisito risulti distonica rispetto ad una norma inequivocamente configurata quale causa di giustificazione, è tutt'altra questione. Ma rispetto allo stato di necessità la situazione di partenza è assolutamente rovesciata*» (corsivi originari).

⁷⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 293. Curiosamente, nello stesso senso si pone anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 263 che, pur senza dubitare della qualificazione dello stato di necessità nei termini di causa di giustificazione, al dichiarato proposito di arginare il pericolo di un «*soccorso indiscriminato*», circoscrive l'operatività del c.d. soccorso di necessità «*o a determinate categorie di persone (quali i prossimi congiunti [...]), o, meglio, ai soli casi in cui il bene salvato sia superiore a quello sacrificato*»: così, tuttavia, alternativamente introducendo una limitazione non prevista dalla norma – e dunque *contra legem* perché *contra reum* – ovvero, nella prima ipotesi, selezionando la platea di possibili beneficiari dell'esimente sulla base (tacita, ma non per questo meno evidente) della relazione psicologica qualificata con il soggetto minacciato dal pericolo; ciò che è alla base, però, dello stato di necessità in senso scusante. Diversamente, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 305 s., ripropongono la tradizionale configurazione dicotomica dello stato di necessità, osservando che se «*l'idea dell'inesigibilità psicologica di una condotta diversa può indubbiamente giustificare la non punibilità di chi agisca per mettere in salvo sé medesimo, o un congiunto, ovvero ancora una persona affettivamente vicina*», essa «*non sarebbe in grado di spiegare perché debba andare esente da pena colui il quale agisce in modo necessitato per salvaguardare un estraneo o uno sconosciuto*». A ben vedere, in realtà, vale sempre osservare che la formulazione della disposizione non muta quale che sia il destinatario dell'iniziativa salvifica, ed esige in ognuna delle ipotesi che l'agente sia spinto dalla «*costrizione*» della necessità: un termine che, com'è particolarmente evidente nell'ipotesi di cui all'art. 54 comma 3 c.p., postula l'annullamento ovvero, quantomeno, un'apprezzabile limitazione della libertà di autodeterminazione individuale sussistente al momento del fatto, incompatibile con una valutazione condotta a posteriori in termini obiettivi.

all'affondamento della *Mignonette*, allorché due dei naufraghi uccisero il compagno più giovane per cibarsi delle sue carni; così anche in relazione al disastro di Zeebrugge, allorché, si ricorderà, un uomo paralizzato dal terrore che ostruiva la via di fuga agli occupanti di un vascello in procinto di affondare era stato rimosso e gettato in mare per assicurare ai più maggiori *chances* di salvezza.

E si osservi: in ossequio alla contrapposta prospettiva è ben possibile che in astratto, in relazione a quest'ultimo esempio, si chiami a operare la logica del bilanciamento obiettivo degli interessi, giacché su un piano generale *una* vittima è meglio di *molte* vittime, e il comandante che abbia disposto la rimozione del passeggero potrebbe volersi veder riconosciuta l'intrinseca *giustizia* del proprio ordine. Ma si pensi all'ipotesi, del tutto prossima alla vicenda della *Mignonette*, in cui su una zattera si trovino *due* naufraghi, uno dei quali uccide l'altro per fame: qui la logica della giustificazione ci sembra, in tutta franchezza, impercorribile. Non soltanto perché lo stesso superstite non vorrà reclamare per sé alcun *diritto* di agire come ha agito, ma verosimilmente si limiterà a sostenere che *non avrebbe potuto fare altrimenti*, spinto da un primordiale istinto di sopravvivenza; ma anche, e soprattutto, perché è la stessa logica del bilanciamento degli interessi a non poter operare⁷¹: a fronte della contrapposizione di due interessi individuali, appartenenti a due soggetti collocati sullo stesso piano fattuale, l'ordinamento non è in grado di esprimere alcuna preferenza, né per l'uno né per l'altro; e in un'ottica di *equivalenza* degli interessi, non soccorre neppure la teoria dell'interesse mancante, giacché per definizione la vittima, destinata a sfamare con le proprie carni il compagno di sventura, non avrà abdicato al proprio diritto alla sopravvivenza. Ed è del tutto coerente con tale prospettiva che l'ordinamento, che dunque non rende lecita l'azione necessitata, riconosca in favore del danneggiato un di-

⁷¹ È questa la prospettiva adottata da chi abbraccia la teoria della necessità giustificante, anche nella manualistica contemporanea: così, per es., F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 261 ss., il quale pure riporta l'esempio del naufrago che, aggrappato a una zattera, sospinga in mare un altro naufrago per paura che il peso di lui non consenta al relitto di galleggiare, e afferma che «*poiché almeno uno dei due interessi in conflitto deve soccombere, l'ordinamento giuridico non esprime alcuna preferenza se gli interessi sono di pari valore, mentre preferisce quello maggiore se essi sono di diverso valore*». Sennonché, ci pare, questa linea di pensiero è logicamente errata, perché nel caso di equivalenza degli interessi affermare – per il tramite di una causa di giustificazione – la *liceità* del sacrificio dell'uno a opera del titolare dell'altro appare ben lungi dal «*non esprimere alcuna preferenza*». Quasi l'opposto, anzi: significa accordare la *massima* prevalenza che l'ordinamento può riconoscere – un vero e proprio *diritto* – a uno dei due interessi *a caso*, quello che in concreto si è rivelato appartenere al più forte dei contendenti. Ma ciò ci pare illogico e, in definitiva, *ingiusto*.

ritto al ristoro del pregiudizio subito, ancorché ma non già nella forma del risarcimento integrale ma in quella, più temperata, dell'indennità (art. 2045 c.c.)⁷²: ed è appena il caso di sottolineare come nessuna previsione simile ricorra per l'ipotesi di azione (questa senz'altro scriminata) commessa per legittima difesa (art. 2044 c.c.).

Considerazioni analoghe valgono, ci pare, per la particolare esimente delineata dall'art. 384 c.p. in relazione a taluni ipotesi di delitti contro l'amministrazione della giustizia: in primo luogo perché la norma è largamente modellata sulla formulazione dello stato di necessità, dalla quale importa il requisito della costrizione e di cui pare costituire, in definitiva, una specifica applicazione («*non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto la necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto*»); in secondo luogo, perché anche in questo caso la decisione di non punire si fonda sull'assenza di una reale libertà di scelta in capo al soggetto che sia stato chiamato, per esempio, a rendere nel processo penale una testimonianza dalla quale sia consapevole che potrebbero derivare conseguenze pregiudizievoli per la libertà di un familiare. E anche questa ipotesi, forse addirittura con maggior chiarezza rispetto allo stato di necessità, rende l'idea del perché non si possa invocare la logica del bilanciamento degli interessi: nell'esempio della falsa testimonianza appena tratteggiato, infatti, gli interessi in gioco – il corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia e la libertà personale dell'imputato *versus* la libertà personale di un soggetto estraneo al processo – sono agli occhi dell'ordinamento *tutt'altro che equivalenti*: su un piano generale, infatti, sarà il primo, di dimensione pubblicistica, a risultare prevalente nel bilanciamento. Anche in questo caso, però, l'esito del bilanciamento è *rovesciato* per l'agente: la sua impunità, infatti, si spiega con la comprensione che l'ordinamento manifesta in favore di un soggetto che, in ragione dell'intervento di un fattore esterno obiettivamente apprezzabile, veda drasticamente ridotta la propria possibilità

⁷² Tecnicamente, peraltro, nell'ordinamento civile l'indennità svolge la funzione di compensare il pregiudizio derivante da fatto *non illecito*, in contrapposizione con la generale previsione di cui all'art. 2043 c.c.: così, per citare soltanto alcuni esempi, accade nell'elaborazione giurisprudenziale maturata intorno alle ipotesi di immissioni c.d. relativamente intollerabili ma lecite (art. 844 comma 1 c.c.); nel caso di accesso al fondo altrui per necessità (art. 843 comma 2 c.c.); nel caso di revoca della proposta contrattuale che intervenga dopo che l'oblatore abbia iniziato in buona fede l'esecuzione (art. 1328 comma 1 c.c.); e così via. Ma tale considerazione non comporta, a nostro avviso, che nel caso di reato la *non illiceità* del fatto che dà luogo a indennità si traduca necessariamente in un giudizio di *non anti-giuridicità* dello stesso, poiché in questo particolare caso il risarcimento del danno è escluso quale che sia l'elemento in forza del quale si esclude la responsabilità penale (art. 185 c.p.).

di scegliere se conformarsi al precetto o difendere il contrapposto interesse proprio di cui è portatore⁷³.

Ancora, i termini della questione non mutano in relazione alla disposizione dell'art. 599 comma 2 c.p., che riconosce efficacia esimente alla c.d. provocazione in relazione, dopo l'intervento del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 che ha abrogato il reato di ingiuria, al solo delitto di diffamazione che sia stato commesso «*nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso*».

Anche in questo caso, invero, non manca chi ritiene che tale norma descriva una causa di giustificazione, fondata sulla logica del bilanciamento degli interessi tra l'onore dell'offeso e quello di volta in volta pregiudicato dal «*fatto ingiusto*» in cui si estrinseca la provocazione⁷⁴. Sennonché, riteniamo che tale meccanismo possa funzionare con maggior difficoltà nel caso di *equivalenza degli interessi* contrapposti – qualora, cioè, il «*fatto ingiusto*» del provocatore abbia arrecato anch'esso una lesione dell'onore dell'agente – perché, come abbiamo esplicitato già in altra sede, si tratta di eventualità estranea tanto alla logica dell'interesse prevalente, quanto alla logica dell'interesse mancante, sulle quali si fonda, invece, le cause di giustificazione.

⁷³ Cfr. sul punto Cass., sez. VI, sent. 25 marzo 2015, dep. 20 aprile 2015, n. 16443, in *Riv. pen.*, 2015, p. 648, che in linea di principio ritiene configurabile l'esimente di cui all'art. 384 c.p. anche in favore del soggetto che abbia testimoniato il falso per il timore di essere licenziato e di perdere così il proprio posto di lavoro, sempreché sussista un nesso di derivazione causale tra il contenuto della deposizione che avrebbe dovuto rendere conformemente al vero e tale timore. Al di là dell'interessante operazione interpretativa che riconduce il pericolo di licenziamento al *genus* del «*grave e inevitabile nocumento nella libertà*» – sul presupposto che il lavoro costituisca esplicazione della libertà personale quale strumento di crescita della personalità individuale, anche nelle relazioni sociali – il punto di maggior rilievo ai fini del nostro discorso sta in ciò, che l'interesse in nome del quale l'ordinamento rinuncia alla pena è senz'altro individuale e, probabilmente, non dei più rilevanti in senso assoluto, quantomeno se paragonato alla libertà personale strettamente intesa. La decisione di non punire, pertanto, si pone quale riconoscimento dell'*inesigibilità* di una scelta diversa da parte dell'agente, la cui volontà è viziata dalla pressione delle circostanze esterne alla condotta. Tale conclusione, riteniamo, è ulteriormente rafforzata dall'osservazione che l'esimente in parola non può certo essere riconosciuta in favore del soggetto che, dopo aver presentato denuncia-querela nei confronti di un congiunto, abbia successivamente dichiarato il falso nel processo penale che da tale atto sia originato: la ragione è che la *libertà di scelta* si è estrinsecata, scevra da compressioni o condizionamenti di sorta, al momento in cui si è compiuto l'atto di impulso procedimentale, sicché l'ordinamento – che non può farsi carico dei rimorsi di coscienza dei suoi cittadini – non riconosce alcun beneficio in assenza di un'effettiva alterazione del processo motivazionale che conduce alla formazione della volontà (in breve: in assenza di *costrizione*). Cfr. in questo senso da ultimo Cass., sez. VI, sent. 1° dicembre 2016, dep. 25 gennaio 2017, n. 3795, che richiama considerazioni espresse da Cass., sez. un., sent. 29 novembre 2007, dep. 14 febbraio 2008, n. 7208.

⁷⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, sedicesima edizione integrata e aggiornata da C.F. Grosso, Milano, 2016, p. 269.

A prescindere da tale osservazione, peraltro, un ostacolo insuperabile sulla strada della giustificazione ci sembra posto dalla formulazione letterale della norma, che assegna efficacia esimente non già alla mera provocazione in sé, bensì allo «*stato d'ira*» che sia conseguito «*subito dopo*» il «*fatto ingiusto*» altrui. Nello «*stato d'ira*», cioè, vi è un esplicito riferimento all'alterazione psico-emotiva dell'agente, che non riesce più a controllare i propri impulsi nervosi fino a lasciarsi andare a espressioni che, *compos sui*, non avrebbe impiegato. Ricorrono, dunque, gli estremi tanto del condizionamento della libertà di scelta quanto della causa estrinseca da cui esso origina⁷⁵; e, del resto, nella contrapposta prospettiva non si comprenderebbe perché il bilanciamento degli interessi debba dare esito favorevole al provocato soltanto qualora egli reagisca «*subito dopo*» l'offesa ricevuta, salvo voler configurare facoltà legittime o diritti sottoposti a una rapida scadenza⁷⁶.

Una trattazione a parte meritano, invece, le ulteriori due ipotesi scusanti su cui ci si soffermerà in questo paragrafo, il caso fortuito e la forza maggiore, entrambi disciplinati dall'art. 45 c.p. L'esigenza di separazione concettuale discende, innanzitutto, dalla nota *querelle* intorno alla loro natura giuridica: da una parte chi li considera alla stregua di cause di esclusione della colpevolezza, dall'altra chi ritiene che essi intervengano in un momento logicamente anteriore, recidendo il nesso di causalità nei reati di evento.

⁷⁵ Il discorso risulterebbe significativamente diverso se il legislatore non avesse subordinato l'efficacia scusante dello stato d'ira all'intervento di una causa esterna individuata nel «*fatto ingiusto altrui*», ma avesse preferito una pura e semplice manifestazione di umana comprensione per uno stato emotivo, insorto, eventualmente, anche in via del tutto autonoma. In questo diverso caso, infatti, è da ritenere che il fondamento di una ipotetica scusante così delineata non avrebbe potuto essere individuato nel principio di inesigibilità, per la ragione che il governo degli stati emotivi è caratteristica che varia anche di molto in conseguenza della personalità del singolo agente e che la mancanza del fattore causale estrinseco priverebbe l'interprete della possibilità di 'misurare' la capacità di resistenza dell'individuo concreto, ciò che è, in definitiva, quanto fonda il giudizio di inesigibilità.

⁷⁶ Sottolinea efficacemente la natura scusante dell'esimente delineata dall'art. 599 c.p. Cass., sez. V, sent. 6 luglio 2015, dep. 24 febbraio 2016, n. 7244, Rv. 267137, secondo cui per aversi provocazione è necessario che «*l'azione reattiva sia condotta a termine persistendo l'accecamento dello stato d'ira provocato dal fatto ingiusto altrui e che tra l'insorgere della reazione e tale fatto sussista una reale contiguità temporale*», anche se non occorre che la reazione sia istantanea; il passaggio di un lasso di tempo considerevole, infatti, «*può assumere rilevanza al fine di escludere il rapporto causale [tra fatto ingiusto e reazione] e di riferire la reazione ad un sentimento differente, quale l'odio o il rancore a lungo provato*»: in questo caso, naturalmente, non vi sarebbe alcun turbamento motivazionale da scusare, e l'agente meriterebbe la sanzione penale. In senso analogo, v. anche Cass., sez. V, sent. 16 maggio 2013, dep. 15 luglio 2013, n. 30502, Rv. 257700; Cass., sez. I, sent. 8 aprile 2008, dep. 23 aprile 2008, n. 16790, Rv. 240283; Cass., sez. V, sent. 6 giugno 2006, dep. 23 agosto 2006, n. 29384, Rv. 235005.

Quest'ultima tesi si fonda, secondo la prospettazione più accreditata⁷⁷, sull'idea che caso fortuito e forza maggiore esprimano «*il mondo degli avvenimenti obiettivamente (cioè da parte della miglior scienza ed esperienza) ritenuti conseguenza non probabile di quel tipo di condotta o addirittura non possibile*», differenziandosi soltanto perché il primo descrive i possibili fattori causali che hanno reso possibile la verifica di un evento del tutto *improbabile*, mentre la seconda si identifica nelle forze naturali estrinseche che hanno determinato il soggetto a «*un atto con un conseguente evento, pur essi scientificamente improbabili*»⁷⁸.

Naturalmente, nel nostro discorso non vi è spazio per approfondimenti su tale tematica; basterà osservare che simili argomenti si fondano su una concezione della causalità diversa da quella puramente condizionalistica, bensì integrata con l'elemento ulteriore della *normalità* o della *prevedibilità* dell'evento, che viceversa riteniamo estranea al nostro ordinamento⁷⁹: di conseguenza, viene meno anche lo spazio per una dimensione obiettiva tanto del caso fortuito quanto della forza maggiore.

La prevalente dottrina, in effetti, riconduce tali istituti all'ambito della colpevolezza: storicamente quali «*doppione rovesciato della colpa*»⁸⁰, in quanto fattori imprevedibili o inevitabili che impediscono qualunque addebito di negligenza; più recentemente quali sintesi di tutte le circostanze, rispettivamente interne ed esterne alla persona dell'agente, che agendo in modo irresistibile sulle sue capacità psicofisiche lo conduce a violare la regola di comportamento⁸¹.

Da ciò discende il secondo elemento che suggerisce di trattare separatamente tali scusanti da tutte le altre viste in precedenza: come il cenno alla regola di comportamento avrà reso intuibile, il caso fortuito e la forza maggiore sono applicabili *esclusivamente* in ordine ai *reati colposi*. Rispetto ai reati dolosi, infatti, semplicemente non ha senso inter-

⁷⁷ Ve n'è per vero un'altra, che pur parimenti assegnando al caso fortuito e alla forza maggiore valenza obiettiva, ritiene che essi operino quali «*cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento*» già disciplinate dall'art. 41 comma 2 c.p.: v. A. PECORARO ALBANI, voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 397.

⁷⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 151. Per una concezione mista, sia oggettiva sia soggettiva, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 231.

⁷⁹ Per tutti gli approfondimenti, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 213 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 242 ss.

⁸⁰ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 383 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 496.

⁸¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 376 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 235 s.

rogarsi intorno alle conseguenze del *fattore interno imprevedibile* o della *forza esterna irresistibile*: essi *per definizione* impediscono all'agente un'accurata *rappresentazione* della situazione di fatto ovvero la formazione di una *volontà* corrispondente a detta rappresentazione. In ambedue i casi, pertanto, i fattori in parola verrebbero a operare quali *rovesci negativi* del dolo, escludendolo. Nei reati colposi, invece, *per definizione* all'agente si rimprovera di non essersi adeguatamente rappresentato la norma di comportamento da osservare, ovvero di non essersi comunque conformato a essa: ecco che qui il caso fortuito e la forza maggiore, quali fattori in grado di precludere il rispetto della regola di diligenza, possono al contrario operare.

La *ratio* dell'esimente, pertanto, si fonda ancora una volta sulla logica dell'*inesigibilità*, intesa come impossibilità di formulare il rimprovero che consegue alla obiettiva violazione di una regola cautelare: nessun altro soggetto, neppure l'agente modello, avrebbe infatti saputo comportarsi diversamente nelle medesime circostanze, poiché tali circostanze – siano esse un malore improvviso ovvero una forza estrinseca invincibile quale, per esempio, un vento irresistibile – avevano di fatto precluso *ogni possibilità* di regolarsi e di agire per il meglio. Anche in questo caso, tuttavia, merita segnalare che in ossequio alla *ratio* che si è appena descritta simili esimenti non sono in grado di operare quante volte la *libertà di scelta* dell'agente si sia consumata in un momento anteriore che ha costituito l'antecedente causale necessario della circostanza eccezionale: così, per esempio, non potrà invocare il caso fortuito l'automobilista che si ponga al volante in tarda notte, dopo una cena insolitamente abbondante, che cagioni un sinistro in conseguenza di un improvviso colpo di sonno indotto, a sua volta, dal troppo cibo⁸².

⁸² T. PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 499. In giurisprudenza, v. *Cass.*, sez. IV, sent. 30 ottobre 1990, dep. 21 dicembre 1990, n. 16840, Rv. 186075.

3.2. Le scusanti sono un numero chiuso?

La rassegna che si è qui tratteggiata, pur breve e priva di pretese di completezza, mostra come il fondamento delle singole ipotesi scusanti disciplinate dal nostro ordinamento sia realmente rinvenibile nel *principio di inesigibilità*: nel senso, cioè, che in ognuna delle situazioni considerate l'agente si è trovato privato – se non del tutto, certamente in una misura assai significativa – della libertà di autodeterminarsi in ordine alle proprie scelte comportamentali, in ragione dell'intervento di un fattore estrinseco obiettivamente apprezzabile. Ed è per tale ragione, dunque, che l'ordinamento riconosce in suo favore una *scusa*: da parte sua, infatti, non risultava *esigibile* la scelta virtuosa di cui le contingenze l'avevano privato.

L'essenza del principio di inesigibilità, ci pare, sta dunque nella *privazione della libertà di scelta* a causa di *fattori obiettivi esterni all'agente*; esso, costituendo il fondamento logico delle scusanti, risulta astrattamente applicabile a ogni ipotesi di reato, quale che sia l'elemento soggettivo normativamente richiesto per la sua integrazione: ivi compreso, naturalmente, il dolo.

Né, ci pare, potrebbe essere altrimenti: non si vorrà dubitare che il naufrago costretto all'antropofagia fosse consapevole delle proprie azioni ovvero che ne volesse la realizzazione; allo stesso modo, non si riterrà che il soggetto che reagisca con veemenza alla provocazione altrui non comprenda adeguatamente il significato della condotta. Sarebbe scorretto, riteniamo, argomentare in senso contrario soltanto perché dalla qualificazione dell'esigibilità nei termini di «*elemento di struttura [...] della colpevolezza in quanto tale*» discenderebbero «*irrisolubili problemi di concretizzazione*»⁸³, poiché così si avrebbe un'indebita inversione logica della questione: quantomeno, fintantoché le categorie dogmatiche rappresentino un *mezzo* e non il *fine* dell'approfondimento scientifico; esse, infatti, debbono fungere da utile strumento per l'inquadramento e la lettura delle vicende umane, con la cura di lasciare a queste il palcoscenico e senza potersi proporre quali oggetto di studio in senso assoluto.

⁸³ In questi termini G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 344, che infatti ne limita l'applicazione sul terreno della colpevolezza ai reati omissivi impropri e ai reati colposi. Sui «*problemi di concretizzazione*» del principio di inesigibilità si tornerà più diffusamente nel prossimo paragrafo.

Peraltro, è pur vero che le ragioni per le quali si è da tempo immemore ritenuto prudente limitare il numero e l'estensione delle cause scusanti sono molte, certamente note, e in buona parte già incontrate nel corso di questo lavoro. Tuttavia, poiché attraverso di esse si è affermata l'idea che le scusanti costituiscano un *numerus clausus*, quali norme eccezionali e dunque sottratte all'*analogia iuris*, è necessario soffermarvi un po' l'attenzione.

Su un piano più ampio, *lato sensu* 'etico' o 'morale', il tema appare strettamente connesso al problema del determinismo e della necessità di ricollegare una qualche forma di responsabilità ai comportamenti contrari alle regole della vita sociale. L'intero ordinamento penale, del resto, si fonda sul presupposto che ciascun consociato debba essere chiamato a rispondere delle conseguenze delle proprie azioni, salvo, naturalmente, l'intervento in suo favore di una circostanza favorevole. Ed è per tale ragione che un'indebita proliferazione di scusanti potrebbe finire col privare la minaccia della pena della funzione di orientamento culturale che le si vorrebbe attribuire, tanto più in un sistema 'ipertrofico', come il nostro attuale, nel quale non è sempre agevole individuare e comprendere il contenuto delle regole di condotta.

Su un piano più utilitaristico, viceversa, la limitazione del numero di esimenti appare funzionale a indubbie esigenze di controllo sociale e di tutela della collettività, per cui, se la minaccia della pena dovrebbe essere confinata ai casi di reale necessità quale *extrema ratio*, è del pari indispensabile che alla comminatoria legale faccia seguito, per quanto possibile, la sua concreta inflizione. Maglie eccessivamente larghe, per converso, potrebbero spingere i consociati verso forme di primitiva autodichia, finanche privando il potere statale del tradizionale monopolio dell'uso della forza e, in ogni caso, finendo per esporre i beni giuridici a un maggior pericolo di lesione⁸⁴.

Tale considerazione deve però fare i conti con la contrapposta esigenza, certamente assai avvertita dagli ordinamenti democratici, di assicurare tutela alla dignità dell'uomo intesa quale valore assoluto, non bilanciabile, e certamente insuscettibile di essere strumen-

⁸⁴ Sul punto, illuminanti le considerazioni riportate di Lord Denning in *London Borough of Southwark v. Williams* [1971] 2 All ER 175, 179, in cui si legge che «qualora la condizione di senzatetto fosse stata un tempo ammessa quale scusante per l'occupazione dell'altrui proprietà, nessuna abitazione potrebbe essere al sicuro. Lo stato di necessità avrebbe aperto una porta che nessun uomo potrebbe chiudere [...] e tale condizione finirebbe per scusare ogni sorta di illecito. La giurisprudenza, pertanto, deve prendere una posizione a tutela della legge e dell'ordine: essa deve rifiutarsi di riconoscere lo stato di necessità in favore degli affamati e dei senzatetto, e confidare che la loro sofferenza sarà alleviata dagli uomini caritatevoli e di buona volontà».

talizzato in vista del perseguimento di finalità diverse, in ipotesi, ovviamente, anche collettive. È la stessa impostazione che non si dubita guidi il giudice nella delicata attività di commisurazione della pena, allorché si osserva che in nessun caso elementi desumibili dagli indici enunciati dall'art. 133 e 133 bis c.p. – e relativi alla modalità della condotta e alla capacità a delinquere del reo – possono portare all'inflizione di una pena che ecceda la misura della colpevolezza individuale⁸⁵.

Ciò comporta, a nostro avviso, che nessuna esigenza di 'tenuta' del sistema penale, quale che sia la finalità che si persegue su un piano generale, possa privare di un'esimente l'imputato che *in concreto* risulti meritarla⁸⁶: ad argomentare diversamente, difatti, si finirebbe proprio per degradare l'essere umano al rango di mero ingranaggio della macchina ordinamentale, fungibile l'uno con l'altro purché il motore funzioni e consenta il raggiungimento del risultato atteso.

Una nota obiezione mossa a tale linea attiene al piano *formale*: le norme che dettano cause di esclusione della colpevolezza, si afferma, da un lato hanno *natura penale* e dall'altro assegnano rilevanza in via di *eccezione espressa* a specifiche situazioni oggetto di *puntuale considerazione* da parte del legislatore, sicché ogni eventuale lacuna dovrebbe ritenersi intenzionale, non suscettibile di essere colmata attraverso il ricorso all'analogia *in bonam partem*⁸⁷.

Non tutta la manualistica, però, appare concorde sul punto. Secondo una voce autorevole, «non tutte le norme che prevedono cause di non punibilità lato *sensu intese* hanno carattere eccezionale. Ad es. le cause c.d. di giustificazione o di esclusione della colpevolezza, nella misura in

⁸⁵ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 646 ss., che evidenziano, tra le altre cose, l'illegittimità di considerazioni di prevenzione generale *in malam partem* ai fini della commisurazione della pena e la necessità di valutare comunque i criteri fattuali dettati dall'art. 133 c.p. entro il limite massimo della colpevolezza individuale.

⁸⁶ Ed è quanto ritiene, con molta prudenza, la Suprema corte proprio nei casi di c.d. necessità abitativa, ove lo stato di necessità è riconosciuto con molti distinguo e soltanto in favore di soggetti particolarmente esposti – principalmente madri e relativa prole – che, all'esito di un vaglio rigoroso, siano risultate effettivamente prive di valide alternative percorribili in tempi ragionevoli e in grado di assicurare sia un'adeguata tutela della incolumità personale per gli imputati, sia un minor grado di lesività per gli interessi di terzi.

⁸⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 374 s., nonché IIDD., *Corso di diritto penale*, cit., p. 187 ss. Secondo gli Autori, infatti, l'analogia in favore del reo sarebbe percorribile soltanto nella ricorrenza di tre condizioni: (i) la lacuna da colmare dev'essere effettiva, nel senso che non appare riconducibile a nessuno dei possibili significati letterali della disposizione, per quanto interpretata estensivamente; (ii) detta lacuna non dev'essere intenzionale, nel senso che non deve rispondere a una precisa scelta del legislatore; (iii) la norma non deve avere natura eccezionale. Concordemente anche C.F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 323.

cui contribuiscono a determinare i presupposti (generali) di applicazione delle norme incriminatrici, *appaiono senz'altro suscettive di applicazione analogica*⁸⁸; e non manca chi⁸⁹ abbia criticato tale operazione logica pur avendone ammesso, in linea di principio, la percorribilità, per la ragione che *«la formula della 'inesigibilità di una condotta diversa' manca di quella concretezza necessaria per costituire un principio giuridico superiore, cui ricondurre casi non contemplati dalla legge»* in forza dell'*analogia iuris*.

Un punto soltanto, dunque, sembra non controverso: le cause di esclusione della colpevolezza hanno senz'altro *natura penale*, nel senso che esse svolgono la funzione di regolare i criteri di imputazione soggettiva di un fatto (già tipico e antigiuridico) al suo autore; nella prospettiva che si è accolta, del resto, esse costituiscono, seppur in negativo, un elemento strutturale del giudizio di colpevolezza. Da tale assunto, però, non sembra di potersi derivare automaticamente il loro assoggettamento alla riserva di legge.

Il tema, a nostro avviso, soffre della inevitabile contrapposizione tra principi generali *versus* ipotesi derogatorie: a seconda della prospettiva con la quale si guarda alle ipotesi puntualmente disciplinate dal codice, riteniamo che sia in astratto possibile assegnare alle scusanti il ruolo di *eccezioni espresse* alle ordinarie regole di imputazione della responsabilità penale ovvero di *concretizzazioni esemplificative, ma non esaustive*, del principio (generale) di colpevolezza come posto dalla Costituzione.

Questa seconda strada appare preferibile.

La chiave sta in quella che si è definita *«dimensione costituzionale»* della colpevolezza, ossia l'insieme di elementi che non soltanto fonda il giudizio di colpevolezza ai fini dell'attribuzione della responsabilità penale, ma ne assicura altresì la compatibilità con il dettato dell'art. 27 comma 1 della Costituzione, nonché con la funzione rieducativa della pena e con le esigenze di garanzia poste alla base del principio di legalità.

L'attribuzione di efficacia esimente a circostanze che escludono la formulazione di un rimprovero in capo all'agente – poiché rimasto privo della possibilità di autodeterminarsi liberamente in ordine alle proprie azioni – appare dunque non soltanto coerente, ma ad-

⁸⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 110 s. (corsivi aggiunti).

⁸⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 362.

dirittura necessitata dall'adozione di tale prospettiva, alle cui finalità risulta perfettamente funzionale.

Si tratta, del resto, di una soluzione non del tutto nuova, anche nel nostro ordinamento: è stato Fiorella a parlare apertamente di una sorta di 'costituzionalizzazione' della categoria della inesigibilità, le cui radici affondano direttamente nel «*principio di umanità*» di cui all'art. 27 comma 3 Cost. Ed è tale disposizione, in definitiva, a imporre al legislatore 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 dell'agente, sia umanamente inesigibile*», vietando l'infrazione di una sanzione ogniqualvolta essa appaia immeritata e, dunque, ingiusta⁹⁰.

Si noti, non si tratta qui di demandare all'interprete il compito di stabilire se, nel singolo caso, la sanzione penale risulti funzionale a esigenze di convalida normativa o ad altre ragioni di carattere generalpreventivo⁹¹, poiché altra è la posta in gioco. Osserva efficacemente Viganò, a sua volta riprendendo un paragone di Hart⁹²: la battaglia contro la pena di morte è sensata non perché essa sia *inutile*, ma perché è *ingiusta*; e per questo motivo è necessario che essa sia condotta non sul piano teleologico, ma su quello dei valori «*di giustizia, di umanità, di compassione*». Così, la battaglia per la compiuta affermazione del principio di colpevolezza sarà «*tanto più vincente quanto più si ponga su di un piano distinto rispetto a quello dello scopo della pena: attraverso l'argomento [...] che la responsabilità oggettiva è ingiusta anche se, eventualmente, efficace*».

⁹⁰ G. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1327. Particolarmente interessante, sul punto, è la 'non-obiezione' formulata da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 352 s., il quale, avendo correttamente individuato nelle fattispecie commissive dolose il terreno d'elezione delle scusanti, ritiene che «*il rapporto tra cittadini e ordinamento*» non possa «*essere sbilanciato né a favore dei primi – per evitare che i comandi legislativi perdano la loro efficacia – né a favore del secondo, ciò che invece impedirebbe di attribuire rilevanza a situazioni eccezionali non standardizzabili nelle norme*». La soluzione, rileva l'Autore, è prerogativa esclusiva del legislatore, chiamato a «*dare attuazione al principio di colpevolezza*» e a «*fornire una guida più sicura ai nostri Tribunali*». Tale obiezione non appare persuasiva proprio alla luce della dimensione costituzionale della colpevolezza: a mente della sentenza 322/2007 della Corte costituzionale, infatti, il singolo giudice è il primo attore del processo di costituzionalizzazione della responsabilità penale, siccome chiamato a interpretare le norme penali nel senso di assicurarne la *piena compatibilità* (con la Costituzione e quindi anche) con il principio di personalità enucleato dall'art. 27 comma 1. Spetta a lui, cioè, «*dare attuazione al principio di colpevolezza*» *de iure condito*, e non gli è consentito trincerarsi dietro l'inerzia legislativa quante volte il risultato della piana applicazione delle norme vigenti conduca a risultati incompatibili con i principi costituzionali.

⁹¹ È l'obiezione di G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 858.

⁹² F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 572 s.

Ecco, dunque, la reale posta in gioco. Sviluppando questa linea di pensiero, si deve affermare che una pena inflitta pur nel pieno rispetto di tutti i presupposti ‘formali’ – ivi compreso, naturalmente, il dolo – a fronte di comportamenti *non rimproverabili né riprovevoli* si traduca, in definitiva, in una pena *ingiusta*, destinata a contrastare frontalmente con la concezione della colpevolezza delineata dalla Costituzione.

Soltanto tale passaggio, infatti, riesce a portare a compimento l’affermazione del principio di personalità della responsabilità penale affermato dall’art. 27 comma 1 Cost. ed esplicitato dalla corte costituzionale. Nella nota sentenza 1085 del 1988, infatti, si legge che *«perché la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile [non soltanto] che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa)»*, ma anche – quale elemento distinto e ulteriore – *«che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati»*.

La linea appare tracciata; e la clausola di esigibilità *può svolgere un ruolo* in questa valutazione – ripetiamo: distinta e ulteriore rispetto alla ricerca del dolo o della colpa –, in quanto funzionale alla formulazione del rimprovero⁹³. Ed è nostra convinzione che anche l’obiezione che abbiamo definito formalista possa essere superata guardando alla reale posta in gioco: la natura eccezionale delle cause di esclusione della colpevolezza appare senz’altro più difendibile in un sistema non particolarmente sensibile alle istanze individualistiche che, al contrario, informano il nostro ordinamento, mentre allorché la potestà punitiva si estenda fino al punto di ammettere e disciplinare forme di responsabilità oggettiva, per esempio, ogni deroga all’obbedienza al precetto deve necessariamente risultare di stretta interpretazione.

Tale esigenza non è più avvertita in un ordinamento democratico, e l’impostazione che muove dalle singole scusanti tassativamente elencate per ricercarne il principio fondamentale che ne è posto alla base può serenamente lasciare il passo all’opposto approccio, volto a dare piena e diretta applicazione a tale principio, ogniqualvolta esso venga in considerazione. D’altronde, nella stessa sentenza 364 la corte costituzionale, che ha assegnato

⁹³ Parla più apertamente di collegamento soggettivo, tale da rendere la condotta *«espressiva di un ‘rimproverabile’ contrasto o indifferenza rispetto ai valori sanciti dalla norma incriminatrice»*, Corte cost., sent. 13 luglio 2007, dep. 24 luglio 2007, n. 322, disponibile su www.giurcost.org.

valore esimente all'ignoranza e all'errore inevitabili sulla legge penale, appare aver delineato un'applicazione del principio di inesigibilità: in quel caso, la presenza di una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato – il *fattore estrinseco* obiettivamente apprezzabile – aveva erroneamente convinto gli imputati che una certa attività edificatoria non fosse sottoposta al rilascio di alcun titolo abilitativo in sede amministrativa. Tale convincimento era falso, l'attività era illecita e penalmente sanzionata e gli imputati l'avevano realizzata con dolo; nondimeno, l'affidamento maturato nell'orientamento degli interpreti aveva loro impedito di avvedersi dell'errore, e li aveva privati della *possibilità di scegliere* se conformarsi o meno al precetto – del quale, anzi, essi non potevano essere a conoscenza –.

Entro questi limiti, dunque, è possibile dare autentico rilievo all'«atteggiamento interiore» nel diritto penale⁹⁴: non già al fine di imporre valutazioni soggettivistiche, bensì per affermare compiutamente il principio di personalità della responsabilità penale, che si ritiene non debba essere limitato non soltanto al divieto di responsabilità per fatto altrui, ma neppure al principio di colpevolezza per come delineato dalla dottrina più sensibile. Esso, infatti, pone un dato *lato sensu* etico poiché, come ha evidenziato – forse non del tutto consapevolmente – la giurisprudenza costituzionale, esige che il fatto sia anche *rimproverabile* al suo autore. E a tale funzione, riteniamo, può assolvere proprio il parametro dell'esigibilità.

⁹⁴ La locuzione è mutuata dal pensiero di G. BETTIOL, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, cit., p. 3 ss., spec. 8. Non si tratta, per altro verso, dell'imposizione attraverso la minaccia della pena di un sistema di valori, né della criminalizzazione di comportamenti ritenuti in assoluto immorali. Sono salve, pertanto, le considerazioni di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 415 ss. e di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 251 ss., poiché riteniamo che ciò di cui stiamo parlando assolva una funzione opposta, *negativa* e *garantistica*: ossia impedire che il cittadino sia punito per un fatto che lui, come anche il giudice al posto suo, nelle medesime circostanze non avrebbe saputo evitare. Valgano, dunque, i rilievi di T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., p. 799 ss., secondo cui l'individuazione di un «*momento decisionale basato sulla valutazione della 'esigibilità' di un comportamento diverso*» contribuisce a far sì che la colpevolezza mantenga il proprio ruolo di «*argine*» nei confronti di un'indiscriminata espansione della potestà punitiva; rifacendosi al pensiero di Claus Roxin, infatti, l'Autore osserva che «*se il reo non poteva evitare il fatto antigiuridico tipico da lui realizzato, dal punto di vista di qualunque teoria penale la punizione è inutile: non si può voler retribuire una colpevolezza che manca; non ha senso un'intimidazione generale in rapporto alla causazione di conseguenze inevitabili; un effetto di natura specialpreventiva su di un soggetto che non può essere rimproverato per la sua condotta o è superfluo, oppure, come nei malati di mente, non può essere raggiunto attraverso lo strumento della pena*».

4. Il ruolo dell'esigibilità nella struttura della colpevolezza.

Una volta collocata la categoria dell'esigibilità all'interno della colpevolezza nella sistematica del reato, e una volta delineati i contorni e la ragione della sua possibile applicazione alla generalità dei reati commissivi dolosi, occorre provare a fornire alcuni spunti utili per la concretizzazione del concetto.

In tale sforzo, saranno prese in considerazione le obiezioni che tradizionalmente la dottrina contrappone a simili costruzioni concettuali, e si cercherà di esaminarne la tenuta all'esito di un vaglio critico. In un'ideale *pars construens*, infine, si cercherà di delineare *in positivo* qualche parametro di riferimento per la misurazione del concetto.

Occorre soltanto premettere a tale trattazione che, come si osserverà nel capitolo che segue, la giurisprudenza non offre sostanzialmente alcuno spunto utile per la sistematizzazione e la decrittazione del concetto. Le sentenze, salve eccezioni piuttosto rare, non parlano pressoché *mai* di inesigibilità, la cui ammissibilità in astratto, quando è il caso di trattarne, perlopiù rigettano senza eccezioni. Pure, in qualche caso esse paiono egualmente far applicazione del nostro principio, mascherandolo sotto etichette meno allarmanti. Questa parte del lavoro, allora, si propone di restituire un po' d'ordine concettuale e di fornire le lenti attraverso le quali gettare uno sguardo sulla prassi.

Cominciamo, dunque, da una delle più facili obiezioni che potrebbero muoversi alla configurabilità di un principio generale di inesigibilità: esso, si potrebbe osservare, non gode del benché minimo fondamento normativo.

Se si segue il percorso tracciato fin qui, tuttavia, replicare a tale assunto potrà risultare agevole. È vero, infatti, che nessuna norma di *legge primaria* pone l'esigibilità tra gli elementi del reato su un piano generale e astratto. Ma intanto vi sono singole previsioni puntuali che individuano altrettante cause di esclusione della colpevolezza che meritano di essere comunque prese in considerazione anche su questo piano, posto che la loro natura tassativa appare meritevole, quantomeno, di una riconsiderazione. E soprattutto, la normazione primaria deve essere letta e informata al rispetto dei principi di rango *super-primario* e cioè costituzionale che, sopravvenuti al codice Rocco, sono in grado *anche a pre-*

scindere dalla loro traduzione in precetti puntuali per via legislativa di dettare regole ermeneutiche per gli interpreti.

Ai nostri fini, dunque, riteniamo che questo sia quel che è avvenuto per opera dell'articolo 27 della Costituzione, come già si è detto. E del resto, che tale strada sia in astratto percorribile è confermato dalla stessa corte costituzionale, che con le note sentenze del 1988 ha inteso aprire le porte dell'ordinamento penale a principi – quale la rilevanza *in bonam partem* dell'errore di diritto scusabile – che costituiscono diretta espressione di principi costituzionali, destinati a operare al di là, ed eventualmente anche in contrasto, con le regole del codice penale.

Una seconda obiezione, coordinata teleologicamente con la prima, muove da un'attualizzazione dell'esigenza, storicamente assai avvertita, di proteggere la 'mascolinità' dell'ordinamento penale dal pericolo di un 'rammollimento' che, minandone l'autorità attraverso un'eccessiva indulgenza verso la condizione del reo, finirebbe per privare il precetto di una reale capacità deterrente. Depurata da ogni accento autoritario, tale impostazione è percorribile ancora oggi, sul piano della tutela delle esigenze di prevenzione generale e di orientamento culturale dei consociati, già duramente provate dalle troppo note questioni relative alla certezza della pena.

Pure, anche tale esigenza è tenuta a fare i conti con il *volto costituzionale* del sistema penale. Se l'essere umano non può essere degradato a mero strumento per la tutela di beni giuridici, cioè, le ragioni dell'autorità, espresse dalla norma di comando, non possono travalicare il limite della colpevolezza, che viene in questo quadro a costituire il baluardo dell'esigenza di *giustizia* nei confronti del reo⁹⁵.

Respinto anche tale argomento, dunque, l'obiezione «*realmente decisiva*»⁹⁶ contro la costruzione dell'inesigibilità è stata individuata nel suo «*congenito deficit di precisione*», vale a dire nell'indeterminatezza della sua formulazione e nella vaghezza del parametro al metro del quale si dovrebbe condurre la valutazione scusante, fino ad affermare che nei casi in

⁹⁵ Parla di vero e proprio «*controvalore*» rispetto all'esigenza di tutela dei beni giuridici F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 291, il quale evidenzia addirittura come la sorda affermazione dell'imperativo finirebbe per rivelarsi «*disfunzionale rispetto allo stesso scopo di tutela dei beni giuridici: un ordinamento che condanna una madre che abbia rubato del pane per sfamare i propri figli afferma, certo, nel modo più energico la tutela del diritto di proprietà, ma rischia nel suo complesso di perdere legittimazione presso la generalità dei consociati*» (corsivi originari).

⁹⁶ Sono ancora parole di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 292.

cui essa dovrebbe trovare applicazione non sarebbe chiaro *perché* l'agente non avrebbe potuto agire diversamente⁹⁷.

Anche tale obiezione, tuttavia, non appare insuperabile.

Cominciamo da qui: si può osservare che rimettere in misura consistente alla sensibilità del singolo giudice la concretizzazione di quel che è esigibile oppure no in relazione a un determinato imputato potrebbe pregiudicare in misura più o meno seria l'esigenza di *certezza del diritto* che – non va dimenticato – secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce *diritto fondamentale ex art. 7 Cedu*, nella duplice accezione della accessibilità (*accessibility*) del precetto e della prevedibilità (*foreseeability*) della sua applicazione concreta.

Tale pericolo, tuttavia, potrà risultare adeguatamente ridimensionato attraverso un opportuno sforzo di concretizzazione, da operarsi tanto sul piano concettuale – secondo i criteri che abbiamo provato a tratteggiare – quanto su quello delle applicazioni giurisprudenziali.

È chiaro che un certo margine di elasticità interpretativa appare fisiologico: da un lato, infatti, il nostro ordinamento non conosce la vincolatività del precedente giurisprudenziale – compreso quello nomofilattico – e non è certo nuovo a offrire soluzioni contrastanti a fronte di questioni simili o, in ipotesi estreme, identiche; dall'altro lato, la concretizzazione di ogni clausola generale – qual è, in definitiva, l'*esigibilità* del comportamento conforme al precetto – può comportare oscillazioni ed esiti difformi a seconda dei caratteri della situazione concreta e della sensibilità dell'interprete. Si pensi, in una prospettiva più ampia, alle recenti acquisizioni in materia di «buona fede» contrattuale in campo civile, ovvero, nel più modesto recinto del diritto penale, alle difficoltà interpretative, oggi superate o trascurate, per dare concretezza a espressioni quali «*medesimo disegno criminoso*», «*ingente quantità*» di stupefacenti, «*offesa di lieve entità*» nella causa di non punibilità per tenuità del fatto, e così via. Ed è, del resto, quanto *accade già oggi* proprio sul terreno delle scusanti, allorché solo la sensibilità del singolo giudice o collegio consente di affermare la sussi-

⁹⁷ In realtà l'obiezione originaria appare, nel suo tenore letterale, più provocatoria che concreta: affermano G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 411, che «*se ci si limita ad asserire che un comportamento non è colpevole perché non era esigibile un comportamento diverso, rimane ancora senza risposta l'interrogativo più importante, che è quello di sapere perché non si sarebbe potuto agire altrimenti*»; al riguardo v. anche *supra*, cap. II, nota 95.

stenza del turbamento motivazionale che conduce a riconoscere in favore dell'imputato, anche in casi limite, l'esimente dello stato di necessità⁹⁸.

In ogni caso, si potrebbe replicare che il parametro di valutazione dell'esigibilità debba essere individuato nel c.d. agente modello, allo stesso modo di quanto accade già per le ipotesi di colpa generica; e trasporre in questo campo i ben noti problemi relativi all'individualizzazione del modello e alla considerazione per le caratteristiche soggettive dell'agente concreto che già affliggono l'accertamento concreto della responsabilità individuale in non pochi casi di delitti colposi.

Tuttavia, al di là dei comprensibili dubbi circa la reale percorribilità di tale linea di pensiero⁹⁹, il ricorso all'agente modello rischierebbe di apparire disfunzionale rispetto alle finalità perseguite dalla teorica dell'esigibilità, poiché finirebbe per spostare il fuoco dell'analisi dal particolare al generale. Ciò è coerente con un giudizio di tipo normativo, qual è quello che l'interprete è chiamato a operare in tema di colpa; ma non aiuta granché quando si è chiamati a verificare la condizione soggettiva dell'individuo concreto cui si pretende imputare una responsabilità penale. Senza contare che richiamando la figura dell'uomo medio si finirebbe per invocare un concetto che non soltanto non potrebbe fungere efficacemente da criterio di interpretazione, ma che è addirittura esso stesso frutto di interpretazione¹⁰⁰.

La valutazione circa l'esigibilità di un comportamento conforme al precetto, perché sia scongiurato il pericolo di vaghezza, deve dunque essere operata *in senso assoluto* e *in concreto*: in senso assoluto nel senso che non abbisogna, e d'altra parte non può utilmente avvalersi, di termini di riferimento, ma deve concentrarsi esclusivamente sulla persona del singolo agente; in concreto perché deve prendere in considerazione da un lato la situazio-

⁹⁸ Per es., cfr. C. App. Milano, sez. V, sent. 29 maggio 2015, dep. 9 giugno 2015, n. 4215, sulla quale v. più diffusamente *infra*, cap. IV, § 1, nota 3. Con più preciso riferimento alla nostra materia, si vedano le considerazioni di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, cit., p. 234 ss., secondo il quale «*la vaghezza non è di per sé un problema*», purché il concetto di esigibilità sia fatto oggetto di un adeguato sforzo di concretizzazione.

⁹⁹ Una posizione fortemente critica riguardo a tale eventualità è quella di F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., p. 297, che denuncia l'incongruenza del ricorso allo standard dell'uomo medio in situazioni caratterizzate da elementi di *rilevante anomalia*, che proprio per questo dovrebbero sottrarsi a valutazioni di comune esperienza e certamente impediscono un'adeguata tipizzazione.

¹⁰⁰ Si vedano in proposito le considerazioni di M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 147, secondo il quale «*la nozione di uomo medio si stabilisce proprio in base alle pretese del diritto, e non è idonea, quindi, a determinarne la portata*».

ne di fatto in cui la condotta si è inserita e dall'altro, secondo quanto si è osservato, la reale capacità condizionante che il fattore esterno all'agente ha saputo esercitare sulla sua libertà di scelta, secondo la logica dell'accertamento propria del processo penale.

Su tale ultimo punto, appare chiaro che l'attenzione dell'interprete potrà soffermarsi soltanto su situazioni di *particolare pregnanza*. Sono soltanto quelle situazioni che incidono «sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa»¹⁰¹ a legittimare l'astensione dalla sanzione penale. La loro individuazione, nel rispetto dei caratteri di cui si è detto, è dunque demandata alla prassi, che del resto conosce già tale fenomeno. Senza il fondamentale contributo della casistica, infatti, ogni sforzo di concretizzazione rischierebbe di fallire l'obiettivo, perché, una volta ammesso il principio in astratto, la sua traduzioni in termini concreti si avvale, come si vedrà, dei meccanismi di accertamento propri del processo penale, anche quanto alla distribuzione dei carichi probatori e al contributo conoscitivo che proviene dall'imputato. È con questa consapevolezza, dunque, che possiamo dedicare la nostra attenzione all'atteggiamento della giurisprudenza a fronte delle sollecitazioni di cui trattiamo, cui è dedicato il prossimo capitolo.

¹⁰¹ Assai significativamente, sono parole della Corte costituzionale, pronunciate allorché il giudice delle leggi si è trovato a verificare la compatibilità con il principio di precisione della clausola «*senza giustificato motivo*» presente, tra gli altri, nell'art. 14 comma 5 *ter* d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e che, nella prospettiva adottata dalla Consulta, costituisce una formula destinata ad assegnare rilievo proprio a situazioni innominate nelle quali l'osservanza del precetto appaia «*inesigibile*». V. Corte cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 5, cit.

IL PRINCIPIO DI INESIGIBILITÀ ALLA PROVA DELLA CASISTICA

SOMMARIO: 1. L'ammissibilità di un generale principio di inesigibilità nella giurisprudenza contemporanea. Una panoramica. - 2. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale tributario al tempo della crisi economica. - 2.1. La tesi dell'assenza di dolo. Critica. - 2.2. La tesi della forza maggiore. Critica. - 2.3. Affermazione del principio di inesigibilità. - 3. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale dell'immigrazione... - 4. ...e nei rapporti economici relativi alla crisi familiare. - 5. Un secondo bilancio.

1. L'ammissibilità di un generale principio di inesigibilità nella giurisprudenza contemporanea. Una panoramica.

Come si è visto, secondo la prospettiva adottata fin qui l'esigibilità del comportamento conforme al precetto, misurata secondo un criterio di normalità della motivazione o del procedimento di formazione della volontà, può costituire un elemento valutabile per la formulazione del rimprovero di colpevolezza anche nei reati dolosi, sempreché l'alterazione del processo motivazionale risulti attuale e concreta al momento del fatto, nonché determinata da fattori estrinseci obiettivamente apprezzabili.

Tale affermazione merita di essere sottoposta alla verifica della prassi, esaminando in primo luogo se e in quale misura essa trovi accoglimento negli orientamenti giurisprudenziali, e quindi come si regolano gli interpreti quando si trovano ad esaminare situazioni che presentano le caratteristiche di fatto in cui il nostro principio potrebbe trovare applicazione. Questa seconda parte dell'analisi sarà condotta con riferimento ad alcune ipotesi criminose che, più di altre, si sono prestate negli ultimi anni a far emergere le esigenze sottese alla logica dell'inesigibilità.

Concentrandosi per ora, però, soltanto sul primo profilo, occorre evidenziare che il principio di inesigibilità non gode di particolare popolarità nella nostra giurisprudenza:

una regola non scritta, ma evidentemente condivisa tra gli interpreti, suggerisce loro di astenersi da riferimenti espliciti in questo senso, e non mancano affermazioni anche di forte chiusura, fondate sulle obiezioni comunemente avanzate alla configurabilità di un tale principio, già esplicitate a suo tempo.

Merita in proposito richiamare una pronuncia con la quale la Cassazione, in relazione a una fattispecie contravvenzionale relativa all'omessa rimozione di rifiuti, ha osservato che *«il principio della non esigibilità di una condotta diversa – sia che lo si voglia ricollegare alla ratio della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui 'umanamente' pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla ratio dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente di uniformare la condotta al precetto penale – non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia juris»*¹.

Peraltro, occorre osservare che spesso la stessa corte di legittimità, anche quando ritenuta astrattamente percorribile la strada tracciata, raramente ne ravvisa gli estremi in concreto, spesso trincerandosi dietro l'affermazione che l'imputato non ha assolto l'onere di dimostrare l'adozione di *«idonee misure»* per far fronte alle particolarità della situazione contingente². E non va dimenticato che la giurisprudenza, come si avrà modo di appro-

¹ Cass., sez. III, sent. 11 marzo 2008, dep. 9 aprile 2008, n. 14747.

² In questo senso, v. Cass., sez. III, sent. 24 settembre 2014, dep. 11 giugno 2015, n. 24679, relativa a un'ipotesi di omesso versamento di ritenute certificate (art. 10 bis d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74), sulla quale si tornerà più oltre nel testo. Secondo la Suprema Corte, se pure sono *«possibili casi, il cui apprezzamento è devoluto al giudice del merito e come tale insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, nei quali possa invocarsi l'assenza del dolo o l'assoluta impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria»*, *«è tuttavia necessario che siano assolti gli oneri di allegazione e di prova che, per quanto attiene alla crisi di liquidità, debbono investire non solo l'aspetto circa la non imputabilità al soggetto tenuto al pagamento dell'imposta della crisi economica, che avrebbe improvvisamente investito l'azienda, ma anche che detta crisi non possa essere stata adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi in concreto. Occorre cioè la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, se del caso anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabile»*. Il tema è particolarmente sensibile nel diritto penale dell'immigrazione, specialmente in relazione alla fattispecie di cui all'art. 14 comma 5 ter d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che come è noto sanziona penalmente l'inottemperanza all'ordine di allontanamento emesso dal Questore. Secondo la Cassazione, infatti,

fondire più oltre, non è nuova alla ricerca di scorciatoie per pervenire a pronunce assolute fondate sulla *ratio* dell'inesigibilità, ma motivate avendo cura di non chiamare in causa apertamente l'esigibilità del comportamento doveroso³.

Ai nostri fini, pertanto, assumono particolare rilevanza le poche pronunce che si pongono nella direzione opposta a quella descritta.

In una di esse⁴, la Suprema Corte è piuttosto netta nell'osservare che *«l'affermazione secondo cui l'inesigibilità della condotta “è solo costruzione di qualche dottrina” e non una previsione legislativa valevole a escludere la punibilità è all'evidenza infondata»*: secondo i supremi giudici, in particolare, tale è la funzione cui assolve la clausola *«senza giustificato motivo»* – oltre ad altre espressioni analoghe – contenuta nell'art. 14 comma 5 *ter* d.lgs. 28 luglio 1998 n. 286, che, come ha osservato la Corte costituzionale con la sentenza 13 gennaio 2004 n. 5, rappresenta una *«valvola di sicurezza del meccanismo repressivo»*, funzionale *«a evitare che la sanzione penale scatti allorché [...] l'osservanza del precetto appaia concretamente inesigibile in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti»*.

l'inesigibilità della condotta richiede una prova *«piena e puntuale»*, e numerose sono le pronunce che, sulla base di questo argomento, hanno annullato decisioni di merito favorevoli agli imputati: *ex multis* v. Cass., sez. I, sent. 1° dicembre 2010, dep. 5 gennaio 2011, n. 194; Cass., sez. I, sent. 14 dicembre 2010, dep. 9 febbraio 2011, n. 4694, che esclude che l'indigenza economica configuri un'ipotesi di *«assoluta impossibilità»* a lasciare il paese; Cass., sez. I, sent. 18 febbraio 2010, dep. 11 marzo 2010, n. 9754, relativa a un caso di comprovato smarrimento del passaporto; Cass., sez. I, sent. 17 marzo 2008, dep. 15 aprile 2008, n. 15582, secondo cui non rende inesigibile l'osservanza del provvedimento espulsivo neppure l'esigenza di tutela dell'integrità familiare; Cass., sez. I, sent. 26 marzo 2008, dep. 2 aprile 2008, n. 13781; e così via.

³ V. più diffusamente *infra*, § 2. In una prospettiva più generale, peraltro, merita richiamare C. App. Milano, sez. V, sent. 29 maggio 2015, dep. 9 giugno 2015, n. 4215, cit., che riconosce lo stato di necessità in favore degli imputati, già condannati in primo grado, per il delitto di falsa testimonianza commesso in favore di alcuni appartenenti a un'associazione di tipo mafioso allorché, chiamati a deporre nel processo nei confronti di costoro, avevano dichiarato il falso siccome, nella loro prospettiva, intimoriti dal timore di rappresaglie. Secondo la Corte d'Appello, in particolare, *«la presenza in aula degli 'ndranghetisti e, fatto non secondario, dei loro parenti e conoscenti»*, oltre alla circostanza che alcuni correi fossero rimasti non identificati, vale a integrare l'attualità del pericolo che alcuni associati potessero essere *«liberi di compiere qualsiasi tipo di vendetta nei loro confronti!!»* (sic). Sennonché, appare evidente che la corte territoriale, così argomentando, ha arbitrariamente diluito il requisito dell'attualità del pericolo – espressamente previsto dall'art. 54 c.p., sia esso letto in una prospettiva giustificante ovvero scusante – fino a configurare una sorta di pericolo imminente e perdurante, in ragione della sola origine della minaccia. Tale argomento, ci pare, avrebbe potuto essere più opportunamente ricondotto e sviluppato nel solco dell'inesigibilità, quale espressione di un'effettiva alterazione motivazionale degli agenti; e ciò, ci pare, quali che siano le conclusioni cui si voleva pervenire e, dunque, a prescindere dalla condivisione o meno per l'esito assolutorio cui è pervenuta la corte milanese.

⁴ Cass., sez. I, sent. 1° dicembre 2010, dep. 4 gennaio 2011, n. 55.

Anzi: l'esigibilità è espressamente elevata al rango di presupposto implicito delle fattispecie incriminatrici almeno in relazione all'ipotesi, di recente introduzione, del delitto di cui all'art. 319 *quater* c.p., che sanziona l'induzione indebita a dare o promettere utilità. La Suprema Corte ha osservato, in proposito, che è la stessa previsione della punibilità del privato a imporre «*di interpretare la disposizione nel senso che la sua condotta costituente reato rientri nell'ambito della 'rimproverabilità' e della 'esigibilità' [...]. [L]addove si scegliesse una interpretazione nel senso che risponda del reato in questione il privato che subisca una coartazione si punirebbe una condotta che, già sul piano della fattispecie astratta, verrebbe caratterizzata da un elemento psicologico rispetto al quale vi sarebbe sempre un fondato dubbio sulla inesigibilità e rimproverabilità*»⁵.

È del tutto logico, per altro verso, che l'ingresso nel processo della causa di inesigibilità sia affidato all'iniziativa della parte interessata, che del resto detiene il dominio sulla propria situazione di fatto e meglio di ogni altro attore processuale è in grado di conoscere le sfaccettature della propria esistenza. Correttamente, però, si osserva che l'onere di allegazione può avere per oggetto esclusivamente «*ragioni o circostanze connotate da concretezza e non in contrasto con elementi desumibili dagli atti*»⁶, giacché solo in questo modo risulterebbe soddisfatta l'esigenza di assicurare determinatezza al principio.

In modo ancor più netto, in un'altra occasione la Suprema Corte ha affermato che «*l'inesigibilità è categoria generale del diritto penale, che direttamente discende dai precetti dell'art. 27 Cost. Non può difatti predicarsi colpevolezza senza rimproverabilità, e la impossibilità ad adempiere al precetto, che dipenda da errore incolpevole o da fatto impeditivo o da assenza di mezzi, renderebbe la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena. L'impossibilità va quindi parametrata all'obbligo imposto e alla situazione concreta rispetto alla quale occorre valutare la rimproverabilità dell'omissione: parlare di impossibilità 'assoluta', come ha fatto la Corte d'Appello, è*

⁵ Cass., sez. VI, sent. 26 febbraio 2013, dep. 12 aprile 2013, n. 16566.

⁶ Cass., sez. I, sent. 8 luglio 2010, dep. 23 settembre 2010, n. 34245. Nel caso di specie, e in contrasto con la prevalente giurisprudenza, la Suprema Corte si era peraltro accontentata di un'allegazione invero piuttosto annacquata, osservando che «*la dedotta carenza di mezzi economici (in misura tale da non consentire allo straniero di allontanarsi dallo Stato) è di per sé credibile, in assenza di dati contrari desumibili dalla motivazione impugnata, perché dato di comune conoscenza che il biglietto aereo dall'Italia verso il Sudamerica è di cospicuo importo*». In misura ancor più evidente v. poi Cass., sez. I, sent. 22 dicembre 2006, dep. 1° febbraio 2007, n. 3896, secondo cui può bastare la mera presunzione di sussistenza del giustificato motivo che discenda, sia pure in modo logico, dalle condizioni di vita e di permanenza dell'imputato sul territorio nazionale.

un non senso perché il giudice penale deve fare del precetto regola per il caso al suo esame. Deve però considerare una persona reale, qual è l'imputato, le sue condizioni, quanto gli è richiesto, eventuali insopprimibili esigenze di vita; tutto quanto, insomma, concorra a verificare se l'adempimento di una specifica imposizione era possibile in relazione, oltretutto 'relativamente', alla, altrettanto specifica, situazione di fatto»⁷.

In ciò, ci pare, si ravvisa un passaggio ulteriore, relativo all'ottica che l'interprete è chiamato ad adottare nella valutazione della situazione concreta: come si è già osservato, l'attenzione dovrà concentrarsi *in senso assoluto* sulla persona del singolo imputato e alla sua «specifica situazione di fatto», a prescindere dunque da valutazioni comparative tanto con la persona del giudice quanto con improbabili agenti modello, la cui figura risulterebbe di difficile definizione.

Da tali elementi si può ricavare, dunque, un primo dato: la giurisprudenza conosce e sa applicare un generale criterio di esigibilità del comportamento doveroso, che venga a costituire un momento logicamente necessario del giudizio di colpevolezza e che risulti direttamente ancorato alla Costituzione, più nel dettaglio, al principio di personalità della responsabilità penale⁸.

⁷ Cass., sez. I, sent. 6 aprile 2011, dep. 27 aprile 2011, n. 16513. Nello stesso senso, si veda Cass., sez. I, sent. 17 novembre 2009, dep. 11 dicembre 2009, n. 47126, secondo la quale «il principio di esigibilità-rimproverabilità, di cui è espressione il broccardo *ad impossibilia nemo tenetur*, [...] costituisce uno dei cardini cui ex art. 27 Cost. deve ispirarsi la pena dalla fase della cognizione a quella dell'esecuzione».

⁸ A tale criterio, ci pare, la Suprema Corte ha fatto ricorso, pur senza menzionarlo, anche in una recente decisione con la quale ha ritenuto che la causa di non punibilità descritta dall'art. 384 c.p. potesse trovare applicazione anche in favore del convivente *more uxorio*, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato. Si tratta di Cass., sez. II, sent. 21-30 aprile 2015, dep. 4 agosto 2015, n. 34147, disponibile in *Dir. pen. cont.*, 30 novembre 2015, con nota critica di L. PRUDENZANO, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., ai conviventi more uxorio*. Gli argomenti scelti dalla Cassazione per sostenere il proprio *revirement*, per vero non del tutto isolato, affondano le proprie radici nella necessità di adeguare il concetto di 'famiglia' e di 'matrimonio' sia alla mutata sensibilità sociale – che oggi conosce forme anche nuove e diverse di nuclei affettivi – sia alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che interpretando l'art. 8 CEDU accoglie una nozione sostanziale di 'famiglia' basata non necessariamente «sul vincolo del matrimonio, ma anche su ulteriori legami di fatto particolarmente stretti e fondati su una stabile convivenza» (così, C.edu, sent. 13 giugno 1979 resa in causa 6833/74, *Marckx c. Belgio* e, più recentemente, C.edu, sez. I, sent. 13 dicembre 2007 resa in causa 39051/03, *Emonet e altri c. Svizzera*). Tali assunti, a noi pare, possono al più rafforzare la decisione, ma non consentono di fondarne la ragione sostanziale, posto che non risultano in grado neppure di scalfire l'argomento della *tassatività* (della formulazione) delle scusanti; ogni estensione del loro tenore letterale, fintantoché resti impregiudicato tale principio, risulterebbe pertanto arbitraria e *contra legem*. Diversamente, qualora si affronti la questione secondo l'ottica – che noi abbiamo adottato – della generalizzazione dei presupposti per la formulazione del rimprovero, fino a includervi l'esigibilità del comportamento imposto dalla norma penale, la conclusione finirebbe per essere rovesciata: e a risultare arbitraria sarebbe la limitazione del beneficio descritto

È pur vero, per altro verso, che tale assunto risulta scarsamente condiviso nella sua generalità dalla maggioranza degli interpreti che, difatti, non vi fa ricorso neppure quando ne condivide le conseguenze e gli obiettivi pratici. In tempi recenti, tale atteggiamento è parso evidente nel campo del diritto penale tributario, allorché la giurisprudenza si è trovata di fronte alla necessità di misurare la colpevolezza individuale in relazione alle diverse forme di inadempimento alle obbligazioni fiscali a vario titolo motivate con il riferimento alla difficoltà economica. Da tale ambito, dunque, pare opportuno prendere le mosse per un'analisi più particolareggiata della casistica.

2. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale tributario al tempo della crisi economica.

Sul piano delle ipotesi di scuola, potremmo configurare almeno due scenari particolarmente problematici ai nostri fini: da un lato, l'imprenditore che, versando in crisi di liquidità, si trovi di fronte alla drammatica alternativa se onorare il proprio debito verso l'erario ovvero pagare i propri dipendenti, sì da consentire alle loro famiglie di sopravvivere, e/o i propri fornitori, sì da consentire in sostanza la continuazione dell'attività d'impresa, con un beneficio indiretto per la stessa finanza pubblica, quantomeno in termini di estensione temporale della ricchezza imponibile; dall'altro lato, l'amministratore che sia subentrato al precedente responsabile della gestione in tempo utile per versare le imposte entro le scadenze periodiche indicate dalla legge ma non anche per operare gli accantonamenti o le ritenute dovuti, beninteso qualora la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa non consenta un tardivo rimedio, e si trovi così in difficoltà quanto al reperimento delle risorse necessarie per far fronte alle obbligazioni fiscali.

dall'art. 384 c.p. al solo coniuge, beninteso qualora il convivente *more uxorio* sia stato realmente *costretto* dal vincolo affettivo che lo lega all'imputato - e abbia dunque visto alterarsi il procedimento di formazione della volontà - per es. a dichiarare il falso deponendo nel processo penale.

La domanda fondamentale, in ambedue le ipotesi descritte, è sempre la stessa: sarebbe davvero *rimproverabile* l'imprenditore che *in simili circostanze* non sia riuscito ad adempiere i propri obblighi tributari? Nel caso, a quali condizioni?

La giurisprudenza, per la verità, raramente ha ritenuto di porsi direttamente tale interrogativo, preferendo per lo più muovere da punti di vista (anche molto) diversi che consentissero, però, di non affrontare direttamente il tema dell'esigibilità del comportamento doveroso. Accanto a orientamenti estremamente rigorosi, che negano qualsiasi efficacia esimente – in senso ampio – agli effetti della crisi economica sulla gestione delle imprese, si sono affacciati due distinti filoni giurisprudenziali, specialmente di merito, volti a escludere la responsabilità penale ora per difetto dell'elemento soggettivo del reato volta per volta contestato, ora riconoscendo nella difficoltà finanziaria gli estremi della forza maggiore *ex art. 45 c.p.*

Ambedue tali posizioni meritano di essere analizzate partitamente, cercando di porre in luce le modalità e gli argomenti sulla base dei quali esse hanno cercato di rispondere alla domanda fondamentale che sopra abbiamo formulato. Merita soltanto anticipare, tuttavia, che nessuno di tali orientamenti, coglie nel segno, per le ragioni che si andranno a esporre.

2.1. La tesi dell'assenza di dolo. Critica.

Un argomento piuttosto diffuso tra i difensori di imputati per illeciti tributari, e accolto prevalentemente da taluni giudici di merito⁹, consiste nell'affermare che la condotta del proprio assistito non sarebbe coperta da dolo, poiché la contingente carenza di liquidità discendente dalla crisi economica escluderebbe la volontà di violare il precetto penale. A riprova di tale assunto, si adducono gli elementi più disparati, quali la presentazione

⁹ Si tratta di una posizione ancora oggi accolta da parte della giurisprudenza di merito, che, come si può comprendere, talora assurge agli onori delle cronache per gli indubbi riflessi sociali che comporta. Si veda l'articolo de *La Stampa* del 2 dicembre 2016, disponibile all'indirizzo <http://www.lastampa.it/2016/12/02/italia/cronache/imprenditore-evasore-per-pagare-gli-operai-e-il-giudice-lo-assolve-KPBCRyyinmhSCICER90j-NI/pagina.html>.

di richieste di rateizzazione del debito all'erario, la predisposizione di un piano di ammortamento, la ricerca di finanziamenti privati, la vendita di assetti societari o di beni strumentali, e così via¹⁰.

Diversamente, la giurisprudenza di legittimità si è mantenuta su posizioni più fredde. Pur osservando che, in linea di principio, «sono possibili casi [...] nei quali possa invocarsi l'assenza di dolo» in relazione al mancato adempimento delle obbligazioni tributarie, la Cassazione è costante nell'esigere che «siano assolti gli oneri di allegazione che, per quanto attiene alla crisi di liquidità, dovranno investire non solo l'aspetto circa la non imputabilità al sostituto d'imposta della crisi economica, che improvvisamente avrebbe investito l'azienda, ma anche che detta crisi non possa essere stata adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi in concreto. Occorre cioè la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo egli posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale»¹¹.

Come si vede, la posizione della Suprema Corte, che sul punto appare piuttosto consolidata, risulta particolarmente rigorosa sia nell'esigere che la crisi di liquidità abbia natura «improvvisa» e non altrimenti fronteggiabile, sia nell'escludere in concreto l'efficacia scu-

¹⁰ Si vedano, in relazione a ipotesi di omesso versamento dell'IVA, Trib. Milano, ufficio del giudice per le indagini preliminari, sent. 7 gennaio 2013, imp. Guerra, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2013, secondo cui «l'imputato è stato costretto a non pagare il dovuto da un comportamento omissivo e dilatorio da parte di enti pubblici che avrebbero dovuto saldare fatture per forniture ricevute, alcune delle quali risalenti al 2005», per un'esposizione debitoria complessiva «impressionante»; ciò vale, secondo il giudice, a far ritenere che «non vi era quindi alcuna intenzione da parte dell'imputato di evadere l'IVA»; nonché Trib. Firenze, ufficio del giudice per le indagini preliminari, sent. 27 luglio 2012, secondo cui «il processo penale, a differenza di quello tributario, impone di valutare e provare la volontarietà dell'omissione [...], 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 non lo rende nel caso di specie, pur se inadempiente al pagamento dell'IVA, perseguibile penalmente».

¹¹ Cass., sez. III, sent. 5 dicembre 2013, dep. 4 febbraio 2014, n. 5467, Rv. 258055. Per un'applicazione concreta di tali principi v. Cass., sez. III, sent. 6 febbraio 2014, dep. 3 aprile 2014, n. 15176, che conferma una sentenza di assoluzione per difetto di dolo sull'osservazione che il comportamento dell'imputato fosse «caratterizzato dall'assenza di profili di rimproverabilità perché [...] a fronte dei sistematici gravissimi ritardi dei fornitori nel pagamento delle fatture [...] il ricorso massiccio al credito bancario, per certi versi, anche a causa dell'ulteriore, conseguente aggravamento degli oneri passivi determinati dalle percentuali trattenute dalle banche per lo sconto delle fatture, comportò che [l'imputato] dovette fronteggiare una gravissima crisi di liquidità, sicuramente non ascrivibile a sua colpa, ma derivante dalla micidiale combinazione dei due fattori sopraindicati, entrambi non dipendenti da lui, con la conseguenza che fu costretto a non pagare il debito erariale da un comportamento omissivo e dilatorio di soggetti che avrebbero dovuto saldare fatture per forniture e prestazioni ricevute per ingenti importi».

sante di un buon numero di fattori che tale carenza di liquidità abbiano cagionato, ivi compresa, per esempio, l'impossibilità sopravvenuta alla riscossione di crediti¹².

Alla base di tale convinzione vi è la consapevolezza che gli illeciti tributari sono configurati da altrettante fattispecie a dolo generico: nella prospettiva della Suprema Corte, dunque, è – di regola – del tutto irrilevante che l'agente persegua proprio la specifica finalità di sottrarre risorse al fisco, mentre è sufficiente che si sia rappresentato e abbia voluto il mancato versamento di quanto dovuto entro le scadenze periodiche individuate dalla legge¹³.

Tale posizione è corretta e merita apprezzamento.

In primo luogo, occorre rammentare che, conformemente ai principi generali, nell'oggetto del dolo non figura anche la violazione della norma penale, sicché è del tutto irrilevante che l'agente (sapesse e, in ogni caso,) volesse la realizzazione di un fatto penalmente rilevante. Ciò che è necessario, ma anche sufficiente, è al contrario che il dolo investa la commissione di *quello specifico fatto concreto*, la cui qualificazione in termini di illiceità penale esula dall'ambito dell'elemento soggettivo.

In secondo luogo, e conseguentemente, perché sia ritenuta la sussistenza dell'elemento soggettivo delle fattispecie penali tributarie è indispensabile – ma, egualmente, sufficiente – che il contribuente abbia scelto consapevolmente di non versare entro la prescritta scadenza quanto dovuto, senza che rilevino – beninteso, in questa sede – le ragioni per le quali l'inadempimento si è verificato. Come si è puntualmente osservato, nelle fattispecie penali tributarie *«la consapevolezza e la volontà devono sussistere, ed essere accertate, in relazione al solo legame intellettuale e volitivo che il soggetto pone tra la condotta e quelle che sono le conseguenze dannose della stessa. Eventuali fattori esterni alla fattispecie penale, quale può essere definita la condizione di crisi economica, possono al più costituire le ragioni che spingono il soggetto a*

¹² Tale evenienza, secondo la Suprema Corte, costituisce infatti ordinaria estrinsecazione del normale rischio d'impresa e deve essere tenuta in adeguata considerazione dall'imprenditore accorto nella gestione: così Cass., sez. III, sent. 8 aprile 2014, dep. 15 maggio 2014, n. 20266, Rv. 259190.

¹³ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., sent. 28 marzo 2013, dep. 12 settembre 2013, n. 37425; Cass., sez. III, sent. 26 giugno 2014, dep. 1° ottobre 2014, n. 40553; Cass., sez. III, sent. 11 novembre 2014, dep. 15 dicembre 2014, n. 52039; Cass., sez. III, sent. 5 maggio 2015, dep. 17 luglio 2015, n. 18501.

porre in essere la condotta illecita, senza tuttavia escludere, ma anzi avvalorandolo, il legame intellettuale e volitivo sopra richiamato»¹⁴.

Argomentare diversamente, finanche spingendosi a esigere la dimostrazione dell'adozione di «*misure idonee*» a reperire le risorse necessarie, equivale dunque a issare la bandiera della soggettiva impossibilità di adempiere l'obbligazione a causa della difficoltà finanziaria. Essa, tuttavia, nulla a che vedere ha con il dolo dell'omissione, che resta integro in entrambi i suoi elementi; ma può *davvero* costituire – beninteso, qualora puntualmente riscontrata nel processo e non già genericamente allegata dall'imputato – il tema su cui far leva per escludere in concreto la rimproverabilità dell'imputato, purché all'esito di un percorso argomentativo trasparente e volto ad assegnare a ciascun elemento della colpevolezza il proprio ruolo. A quello in argomento, a nostro avviso, può assolvere soltanto il principio di inesigibilità, quale strumento per l'esclusione del rimprovero e, dunque, della meritevolezza della sanzione.

2.2. La tesi della forza maggiore. Critica.

Secondo un diverso orientamento, la crisi economica che privi il contribuente della disponibilità di risorse liquide sufficienti a far fronte agli obblighi tributari può escludere la responsabilità penale nella veste di causa esterna irresistibile – in quanto non altrimenti superabile –, tale da *costringere* l'agente a violare la norma penale: in breve, quale forza maggiore.

Si tratta di una tesi, di nuovo, proposta dalla giurisprudenza di merito ma che ha episodicamente trovato riscontro anche in quella di legittimità; è quest'ultima, anzi, ad averle almeno in parte preparato il terreno allorché, come si è osservato nel paragrafo precedente, ha subordinato l'esclusione della colpevolezza alla *invincibilità* della crisi di liquidità, da dimostrarsi attraverso l'esperimento delle varie possibili «*misure idonee*», anche a sacrificio del patrimonio personale.

¹⁴ Trib. Roma, sent. 12 giugno 2013, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013 (corsivi aggiunti).

Perché si possa invocare con successo la forza maggiore, infatti, la Suprema Corte esige di regola che si sia acquisita «*la prova rigorosa che la violazione del precetto penale è dipesa da un evento del tutto estraneo alla sfera di controllo del soggetto agente*»¹⁵, tale da «*rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento che, conseguentemente, non può in alcun modo ricollegarsi a una azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente*»¹⁶ e da «*rescindere il legame psicologico tra azione ed evento*»¹⁷. Il passo dall'impercorribilità di «*misure idonee*» all'affermazione della forza maggiore, come si vede, è breve.

Ciò non impedisce, tuttavia, di verificare che sia anche corretto. In linea di principio, vi sono casi limite nei quali l'invocazione della forza maggiore può apparire particolarmente appropriata, perché relativa a vicende in cui l'agente si è trovato in una sorta di *oggettiva impossibilità* a onorare le proprie obbligazioni. Così, per esempio, allorché l'imprenditore imputato per l'omesso versamento dell'IVA abbia assunto la carica poco prima della scadenza fissata per l'adempimento dell'obbligo tributario, senza aver avuto alcun ruolo nella gestione societaria precedente e neppure, per quel che più rileva, con riguardo ai c.d. accantonamenti periodici¹⁸.

È accaduto, tuttavia, che se ne sia accolta un'accezione più estesa, ancorché subordinata alle consuete precisazioni in ordine all'onere di allegazione circa la mancanza di rimedi alternativi che grava sull'imputato. Così, per esempio, si è affermata l'astratta configurabilità della forza maggiore anche nell'ipotesi in cui la mancanza di liquidità sia conseguenza della decisione di corrispondere ai dipendenti le retribuzioni, qualora sia intervenuta «*una*

¹⁵ Cass., sez. I, sent. 5 aprile 2013, dep. 24 aprile 2013, n. 18402, Rv. 255880, che afferma, peraltro, che la mera difficoltà economica non è suscettibile, in linea di principio, di integrare gli estremi del «*fatto imponderabile*» rilevante ex art. 45 c.p.

¹⁶ Cass., sez. III, sent. 4 dicembre 2007, dep. 29 gennaio 2008, n. 4529, Rv. 238986.

¹⁷ Cass., sez. fer., sent. 28 agosto 2014, dep. 30 settembre 2014, n. 40394.

¹⁸ Trib. Milano, sent. 22 maggio 2013, in Cass. pen., 2014, p. 666 ss., con nota di I. SALEMME, *Un insolito effetto della crisi. Il recupero dell'inesigibilità nei reati di omesso versamento d'I.v.a.* Il Tribunale, nel motivare la decisione assolutoria di un imprenditore entrato in carica appena cinque mesi prima del termine ultimo per l'effettuazione del versamento, ha osservato che la fattispecie «*si realizza progressivamente, presupponendo l'accantonamento degli importi dovuti per l'IVA*» e ha valorizzato la circostanza che «*quando assunse la carica di legale rappresentante del consorzio, [l'imputato] non aveva la disponibilità finanziaria per adempiere al versamento dell'obbligo tributario e non era in grado di reperirla con gli ordinari strumenti di finanziamento*».

imprevista e imprevedibile indisponibilità del necessario denaro, non correlata in alcun modo alla condotta gestionale dell'imprenditore»¹⁹.

Al di là di simili posizioni, tuttavia, la Cassazione è stabile nel negare, in linea di principio, che la crisi di liquidità possa assurgere a forza maggiore per escludere la responsabilità in relazione a violazioni tributarie. La ragione sta in ciò, che poiché la forza maggiore postula l'individuazione di un «*fatto imponderabile, imprevisto e imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento*», la Cassazione ha «*sempre escluso, quando la specifica questione è stata posta, che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante*»²⁰.

Tale scelta appare perfettamente condivisibile.

La contingente mancanza di liquidità che consegue alla crisi economica, difatti, non può realmente integrare gli estremi della *vis maior cui resisti non potest* rilevante ai sensi dell'art. 45 c.p. Nelle ipotesi più lievi, del resto, la scarsità di risorse può essere fronteggiata mediante una seria e prudente pianificazione dell'attività economica, tale da neutralizzare l'impatto non soltanto delle fisiologiche oscillazioni correlate al rischio imprenditoriale, bensì anche di fattori a quest'ultimo estranei – ma certo non in assoluto imprevedibili – quale la sopravvenuta insolvibilità di un cliente.

Per il resto, ragionando sul piano della condotta, cui secondo parte della dottrina debbono ricondursi sia il caso fortuito sia la forza maggiore, l'asserita *impossibilità* di procedere al versamento delle imposte entro il termine di legge per mancanza di liquidi non sembra valorizzabile fino a questo punto, neppure nelle ipotesi più drammatiche.

Come si è osservato a suo luogo, la *possibilità materiale* di compiere l'azione doverosa costituisce un predicato della stessa condotta omissiva, nel senso che qualsiasi obbligo giuridico deve comprendere *in sé* la capacità di essere adempiuto. Il discorso si complica appena se si pone mente all'oggetto dell'obbligo che assiste le fattispecie penali tributarie, relativo, com'è ampiamente noto, all'adempimento di un'obbligazione c.d. generica, e cioè al conferimento di un dato *valore monetario* e non già, come pure si è sostenuto in

¹⁹ Cass., sez. III, sent. 9 ottobre 2013, dep. 7 febbraio 2014, n. 5905. In senso diametralmente opposto, v. Cass., sez. III, sent. 11 novembre 2014, dep. 15 dicembre 2014, n. 52039 cui si è uniformata, nel complesso, la giurisprudenza successiva.

²⁰ Cass., sez. I, sent. 5 maggio 2015, dep. 17 luglio 2015, n. 18501, e *ivi* ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

passato, alla dazione di determinati *pezzi di moneta*²¹. La conseguenza è che le obbligazioni pecuniarie possono essere validamente adempiute non soltanto mediante la consegna di denaro, bensì attraverso qualsiasi altro mezzo di pagamento che garantisca al creditore il *medesimo effetto* della consegna di una somma in contanti²².

È dunque chiaro che il contribuente è tenuto a garantire – appunto – l'*effetto* di uno spostamento patrimoniale favorevole nei confronti del creditore pubblico; e che per quest'ultimo è del tutto irrilevante quali siano gli strumenti o le modalità con cui tale risultato economico positivo è assicurato.

Al di là dei profili civilistici, comunque, quel che più qui rileva è che l'impercorribilità della forza maggiore ai fini e nei termini in discorso discende dalla relativa ampiezza dei canali di accesso al credito disponibile oggigiorno; è pur sempre possibile che il debitore-imputato dimostri – *recte*, alleggi – di aver vanamente esperito ogni soluzione alternativa, ed è ciò che precisamente esige la Cassazione, come abbiamo visto. Nondimeno, come pure si è osservato, si tratta a ogni effetto di una *probatio diabolica*, poiché riferita a *ogni possibile iniziativa* che il debitore avrebbe potuto o dovuto adottare; e pressoché mai essa ha superato con successo lo scrutinio dei giudici di legittimità.

In ogni caso, del resto, se l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria – quale *species* del *genus* delle obbligazioni generiche – è *per definizione* sempre possibile, occorre rilevare che l'impossibilità (non, dunque, assoluta, bensì soltanto) relativa, riferita alle condizioni personali del debitore e alla sua particolare difficoltà di accesso al credito, certo non potrebbe estinguere l'obbligazione in forza dell'art. 1463 c.c., che per giurisprudenza costante assegna rilievo soltanto all'impossibilità dell'adempimento non parziale né temporanea; ma allo stesso modo, e a maggior ragione, tale impossibilità 'relativa' non potrebbe integrare gli estremi della *forza esterna irresistibile* di cui all'art. 45 c.p.

Per converso, qualora, come si ricorderà²³, si preferisca optare per una ricostruzione in senso scusante della forza maggiore, è da osservare che essa appare *strutturalmente* inapplicabile agli illeciti in esame.

²¹ Per ogni riferimento, v. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015, p. 398 ss.

²² Cfr. sul punto Cass. civ., sez. III, sent. 11 aprile 2013, dep. 10 giugno 2013, n. 14531.

²³ V. *supra*, cap. II, § 3.1.

La forza maggiore, al pari del caso fortuito, costituisce una causa scusante soltanto in relazione ai reati colposi, mentre non può avere alcun rilievo *autonomo* con riferimento ai reati dolosi²⁴. La natura non autonoma, e dunque accessoria, delle circostanze in parola si spiega con l'osservazione che esse sono al più suscettibili di integrare altrettanti *rovesci negativi del dolo*, vale a dire elementi in grado di impedire all'agente di *rendersi conto* dell'azione che compie o che omette di compiere ovvero di *determinarsi* di conseguenza; in breve, esse potranno al massimo escludere il momento rappresentativo e/o quello volitivo del dolo.

Allora, delle due l'una: o la crisi di liquidità esclude il dolo, con l'effetto che invocare l'esimente della forza maggiore risulterebbe un nonsenso, poiché l'imputazione della responsabilità penale è già preclusa; oppure la crisi di liquidità non produce alcun effetto sul terreno dell'elemento soggettivo del reato, che resta perfettamente in piedi quale coscienza e volontà dell'omissione. Che quest'ultima sia la soluzione è qualcosa che già sappiamo, per averlo trattato nel paragrafo precedente: ne deriva, dunque, che ogniqualvolta si ritenga integrato il dolo del reato, la forza maggiore non potrà trovare alcun margine di applicazione.

2.3. Affermazione del principio di inesigibilità.

Si è detto, dunque, che il contribuente che decida di non pagare le imposte dovute entro il termine di legge versa in dolo, nel senso che si rappresenta il significato della propria omissione e ne vuole la realizzazione; e non può efficacemente invocare a propria discolta la mancanza di liquidità *sub specie* di forza maggiore *ex art. 45 c.p.*

Nondimeno, ciò non equivale, secondo la nostra prospettiva d'indagine, ad affermarne sempre e per ciò solo la responsabilità penale.

La crisi economica, infatti, a determinate condizioni può giocare il ruolo di fattore esterno obiettivamente apprezzabile cui abbiamo ascrivito l'astratta idoneità ad alterare il

²⁴ In questo senso, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 378.

processo di formazione della volontà dell'agente, sicché egli, che pure *decide* di omettere il versamento, potrebbe a buon diritto lamentare di *non aver avuto altra scelta*.

Prendiamo uno dei casi di scuola che abbiamo delineato in apertura del paragrafo. L'imprenditore che, quale che sia la ragione – purché non legata, ovviamente, al fatto proprio, e dunque all'eventuale sconsideratezza di scelte gestionali –, versi in un'improvvisa e contingente carenza di risorse e *scelga* di destinare quelle disponibili al pagamento delle retribuzioni dei propri dipendenti, è davvero rimproverabile per aver commesso un illecito tributario? Ne meriterebbe la relativa sanzione?

La risposta a questi interrogativi, riteniamo, è articolata e complessa, tiene conto di una pluralità di fattori e non può, in definitiva, essere ridotta a prese di posizione assolute, nell'uno e nell'altro senso. Basti considerare, in proposito, che la sopravvivenza di un'impresa 'sana' che versi solo transitoriamente in difficoltà costituisce, in linea di principio, un interesse apprezzabile anche per il creditore pubblico, poiché, a tacer d'altro, consente di preservare la consistenza della ricchezza imponibile ed è così in grado di assicurare all'erario un gettito d'imposta protratto nel tempo.

Vi sono ottime ragioni per assumere e difendere una posizione rigorosa e intransigente, che neghi qualsiasi patente di legittimazione a comportamenti che, se riprodotti su vasta scala, potrebbero portare al dissesto l'intero sistema previdenziale e tributario. E vi è altresì da riconoscere che nella valorizzazione della serie di scelte gestorie che hanno cronologicamente preceduto l'inadempimento delle obbligazioni verso l'erario ben difficilmente si rileverà l'assenza di qualsivoglia profilo di rimprovero, di talché si potrebbe fondatamente dubitare dell'*inevitabilità* della scelta criminosa.

Nondimeno, poiché tale eventualità è pur sempre possibile ed è stata – esplicitamente – configurata dalla stessa giurisprudenza che sopra abbiamo richiamato, occorre domandarsi quale sia lo strumento logico che può consentire agli interpreti di approcciare la questione.

Come si sarà già intuito, riteniamo che tale funzione debba essere assolta dal principio di inesigibilità. Esso, infatti, consente di legare il comportamento tipico e antigiuridico proprio al piano della *mancaza di rimprovero*, e questo è esattamente l'argomento difensivo che, in simili ipotesi, l'imputato è portato a spendere. La crisi economica, cioè, agisce

quale fattore di alterazione del processo di formazione della volontà, che non è né libero né autonomo; l'imputato non avrebbe mai scelto di omettere il versamento delle imposte se non vi fosse stato indotto dalla necessità di evitare un pregiudizio – nella sua prospettiva – più grave. È chiaro, d'altra parte, che l'esito di tale bilanciamento di interessi è rovesciato nella prospettiva (pubblicistica) dell'ordinamento, sicché certo il fatto conserva il proprio carattere illecito; e che il fattore causale determinante è costituito non già da un impulso interiore indimostrabile, ma da fattori obiettivi suscettibili di fare pieno ingresso nel processo penale. Ecco, dunque, i tratti essenziali della clausola di inesigibilità, per come l'abbiamo descritta, che si compendiano nella mancanza di scelta.

Sarà naturalmente l'imputato l'attore processuale che naturalmente avrà l'onere di assicurare l'ingresso nel processo penale degli elementi su cui il principio di inesigibilità si fonda. Al riguardo pare comunque corretto osservare, insieme alla Cassazione, che di mero onere di allegazione si tratta, nel senso che nessuna inversione dei carichi probatori può determinarsi per il solo fatto che le circostanze in parola tornino a favore del reo. L'iniziativa di parte, tuttavia, è la sola suscettibile di assicurare allo stesso tempo efficacia e determinatezza al nostro principio, poiché soltanto l'imputato è in grado di individuare la causa esterna obiettiva che, nella sua prospettiva, avrebbe reso inesigibile il rispetto dell'obbligo e che viene così a costituire parte essenziale del *thema probandum* dibattimentale.

Tale ultima osservazione vale a escludere, al contempo, che detto onere di allegazione si estenda a dismisura, fino a includere ogni possibile fattore in grado di precludere la strada dell'inesigibilità: compresa, con quello che è un evidente paradosso, la possibilità di rivolgersi al credito a usura. È evidente che, in questi termini, la clausola di inesigibilità sarebbe destinata a una pratica inoperatività, vinta pressoché sempre dall'insuperabilità di una vera e propria *probatio diabolica*. Per quanto si è detto, tuttavia, è altresì da escludere che in simile valutazione assuma rilevanza il raffronto tra l'imputato e un improbabile debitore modello, poiché l'inesigibilità non può essere affermata senza fare puntuale riferimento alla «*specificata situazione di fatto*» nella quale l'agente concreto si è determinato.

A una piena affermazione del principio di inesigibilità in relazione a una simile situazione è pervenuta una recente decisione del Tribunale di Milano, cui merita dedicare un po' di spazio²⁵.

Nella vicenda sottoposta all'attenzione del Tribunale, un amministratore di società di capitali aveva ommesso di versare ritenute già certificate entro il termine di legge, così integrando gli estremi materiali del delitto di cui all'art. 10 bis d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74. A propria difesa, però, l'imputato aveva addotto una serie di fattori, quali: un'importante crisi di liquidità, conseguente alla restrizione del mercato e al calo sia della produzione sia del fatturato; la sopravvenuta insolvenza di importanti debitori dell'impresa, che erano falliti; la sopravvenuta chiusura delle linee di credito un tempo aperte dalle varie banche cui si era rivolta la società; ingenti spese imposte dalle autorità regionali per la protezione dell'ambiente per la realizzazione di modifiche all'impianto di depurazione, cui era stato subordinata la sospensione dell'irrogando provvedimento di blocco della produzione; la regolarizzazione delle pendenze fiscali aperte dai precedenti gestori dell'impresa; la necessità di continuare a pagare le retribuzioni dei dipendenti.

Secondo il Tribunale, tutti gli elementi richiamati, ritenuti dimostrati all'esito dell'istruttoria dibattimentale, valgono a riconoscere in favore dell'imputato un'esimente che, benché non concretandosi in una impossibilità materiale assoluta – e dunque insuscettibile di «*escludere l'oggettività del reato*» –, determina «*una situazione di incolpevole anomalia delle circostanze concrete concomitanti al fatto tipico*», «*esplicativa di un implicito riconoscimento nel diritto vivente dell'esistenza di un principio generale di inesigibilità*»²⁶.

Secondo il Tribunale, anzi, «*il canone dell'esigibilità funge da importante misuratore della legittimità dell'inflizione di una pena ad una persona nel caso concreto*», siccome direttamente ancorata al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale: come ha osservato la Corte costituzionale, infatti, «*non può predicarsi colpevolezza senza rimproverabilità, e la impossibilità ad adempiere al precetto, che dipenda da errore incolpevole o da fatto impedi-*

²⁵ Si tratta di Trib. Milano, sez. III, sent. 15 dicembre 2015, dep. 18 febbraio 2016, n. 13701, disponibile in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016, con nota di S. FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e 'soggettiva inesigibilità'*.

²⁶ Secondo il Tribunale, il carattere di «*diritto vivente*» del principio in parola discenderebbe, oltre che dal credito ricevuto presso la giurisprudenza di legittimità di cui si è già dato conto, da alcune pronunce di merito: tra queste ultime vale la pena rammentare Trib. Milano, sez. II, sent. 17 luglio 2015 n. 8741; Trib. Campobasso, sent. 29 maggio 2015, n. 435 e sent. 27 maggio 2015, n. 436.

tivo o da assenza di mezzi, renderebbe la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena»²⁷.

E anzi, proprio il giudice delle leggi, chiosa il Tribunale, ha affermato che «dal collegamento tra il primo e il terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, altresì, insieme con la necessaria 'rimproverabilità' della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. La piena, particolare compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il predetto, riprovevole contrasto od indifferenza. Il ristabilimento dei valori sociali 'dispregiati' e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata 'soggettiva anti-giuridicità' del fatto»²⁸.

L'ostacolo della carenza di un puntuale fondamento normativo per l'affermazione del principio di inesigibilità, dunque, è superato con un percorso argomentativo orientato alla luce di disposizioni sovraordinate alla legge positiva, ciò che vale a dare diretta concreta attuazione a norme, direttamente precettive per l'interprete, contenute in Costituzione. E del resto, questo è quanto accade ormai da molti anni – grazie anche e soprattutto alle meritorie battaglie della dottrina più accorta e sensibile – sul terreno del principio di offensività, in relazione al quale è ormai pacificamente accolta, malgrado la mancanza di uno specifico fondamento normativo anche costituzionale, la necessità di un'interpretazione teleologica delle disposizioni incriminatrici volta a escludere dalla sfera della punibilità condotte conformi al tipo – e, in ipotesi, anche soggettivamente rimproverabili – che in concreto non abbiano posto in pericolo il bene giuridico oggetto di tutela.

Oltre a quanto osservato, la decisione del Tribunale di Milano merita apprezzamento anche per il rigore metodologico con il quale è giunta a escludere la responsabilità penale dell'imputato, valorizzando la funzione del dibattimento quale terreno per l'accertamento

²⁷ Così Corte cost., sent. 23-24 marzo 1988, n. 364, cit.

²⁸ Come ha successivamente precisato Corte cost., sent. 11 luglio 2007, dep. 24 luglio 2007, n. 322, «punire in difetto di colpevolezza al fine di 'dissuadere' i consociati dal porre in essere le condotte vietate [...] o di 'neutralizzare' il reo [...], implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale [...], contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.».

di «fatti che, nella loro oggettività, siano utilizzabili dal giudice» per affermare l'assenza di colpevolezza, senza indulgere in valutazioni di stampo intuizionistico o soggettivistico.

In questo sforzo, della cui necessità abbiamo detto a più riprese, ci pare di poter ravvisare anche argomenti sufficienti per respingere le critiche circa la congenita indeterminazione del giudizio di inesigibilità, e il conseguente irreparabile *vulnus* tanto alla certezza del diritto, quanto alle esigenze di garanzia per il cittadino imputato.

È chiaro che si tratterà pur sempre di una certezza del caso per caso, nel senso che sarà affidato al singolo giudice valutare se e in quali occasioni l'affermata inesigibilità sia stata sufficientemente caratterizzata in concreto dal soggetto (*recte*, su iniziativa del soggetto) che è interessato a farla valere. Ma tale carattere non sembra poter recare un serio pregiudizio alla certezza del diritto, né all'esigenza di prevedibilità (*foreseeability*) delle decisioni giurisdizionali più volte enunciata anche dalla Corte di Strasburgo: l'eventuale indeterminazione del principio, infatti, sarebbe necessariamente conseguenza immediata e diretta dell'inconsistenza degli argomenti volti ad affermarne la sussistenza in concreto, ciò che non potrebbe che condurre a un'affermazione della responsabilità penale secondo le regole ordinarie²⁹.

È soltanto il dubbio *ragionevole* in ordine all'inesigibilità della condotta a fondare l'assenza di rimprovero, del resto: e tale ragionevolezza non può che essere legata a doppio filo all'esito di un accertamento processuale rigoroso, che individui con precisione le ragioni concrete che hanno indotto lo specifico imputato a motivarsi in contrasto con la norma penale.

²⁹ In proposito merita richiamare anche Cass., sez. III, sent. 6 febbraio 2014, dep. 26 febbraio 2014, n. 9264, con la quale la Suprema Corte ha rigettato il ricorso promosso dal Procuratore Generale avverso una decisione di merito che aveva assolto dall'accusa *ex art. 10 bis d.lgs. 74/2000* l'imprenditore imputato in forza proprio del principio di inesigibilità. Nella vicenda all'esame della Corte, l'imputato era stato nominato liquidatore dal 31 maggio 2006 di una società che aveva maturato al 31 dicembre 2005 una perdita di esercizio per oltre diciannove milioni di euro, risultando priva di risorse finanziarie liquide e di crediti esigibili. Nel poco tempo a disposizione, egli aveva tentato «di vendere l'unico immobile di proprietà della società e di ricavare denaro liquido dal marchio [...], senza effettivo successo nonostante il suo concreto impegno attestato dalle deposizioni testimoniali. Le uniche liquidità conseguite [...] erano state destinate al pagamento dei dipendenti». In ciò, dunque, risiede la determinatezza del giudizio di accertamento dell'inesigibilità, con una valutazione che, purché assistita da motivazione congrua e logica, è insindacabile dal giudice di legittimità: e nel caso in esame, la Cassazione ha confermato la decisione impugnata, che aveva rilevato la mancanza di «un'alternativa ragionevolmente esigibile rispetto alla condotta tenuta».

3. L'esigibilità del comportamento doveroso nel diritto penale dell'immigrazione...

Un diverso terreno nel quale il principio di inesigibilità è stato sottoposto all'attenzione della giurisprudenza è quello relativo ad alcuni reati in materia di immigrazione. Si tratta di fattispecie in buona misura connesse a questioni ancora una volta di c.d. necessità economica³⁰, sicché molte delle considerazioni che si sono spese con riferimento alla crisi di liquidità in relazione ai reati tributari potranno essere riprodotte, *mutatis mutandis*, anche in questa sede.

In una prospettiva più ampia, tuttavia, il diritto penale dell'immigrazione ha negli ultimi anni posto all'attenzione degli interpreti una serie di questioni particolarmente problematiche in relazione al 'tipo' di criminale, vale a dire alla persona dell'agente e al grado del suo inserimento nel consesso sociale, sul cui sfondo albergano ancora una volta interrogativi circa l'esigibilità della conformazione al precetto.

Il riferimento è, naturalmente, ai c.d. reati culturalmente motivati. In disparte l'inquadramento del problema³¹, sul quale non è possibile soffermarsi, in questa sede merita evidenziare che all'attenzione dei giudici si è non di rado posto l'interrogativo se, in ragione della provenienza geografica e del bagaglio culturale dell'imputato, fosse stato o

³⁰ Non soltanto: per un riferimento ad altra tematica, si veda Cass., sez. I, sent. 23 settembre 2009, dep. 18 novembre 2009, n. 44157, che annulla una sentenza di assoluzione pronunciata in favore di un cittadino extracomunitario irregolare sul territorio dello Stato imputato del reato di cui all'art. 6 comma 3 d.lgs. 286/1998, per non aver esibito, alla richiesta degli operanti, il proprio permesso di soggiorno. La pronuncia assolutoria si fondava, secondo la Cassazione, sull'assoluta inesigibilità, da parte dello straniero imputato, di ottemperare al comando legale, e viene censurata sull'osservazione che «l'onere per lo straniero di munirsi di un valido documento identificativo prescinde dalla regolarità del suo ingresso». Il problema, come noto, è stato ormai superato da Cass., sez. un., sent. 24 febbraio 2011, dep. 27 aprile 2011, n. 16453, Rv. 249546, secondo cui il reato in parola «è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato e non anche degli stranieri in posizione irregolare», posto che la norma incriminatrice impone l'esibizione sia del documento d'identità sia di un valido titolo di soggiorno. Pure, occorre rilevare che l'argomento speso dai giudici di merito e censurato dalla Cassazione nella vicenda che abbiamo esaminato, se meritoriamente volto a superare uno *status quo* all'epoca insoddisfacente, appariva nondimeno errato. Esso, infatti, confondeva *inesigibilità* soggettiva e *impossibilità materiale* oggettiva: la norma incriminatrice, infatti, non consentiva alcuna distinzione tra condotte tipiche rimproverabili e condotte tipiche scusabili, ma si limitava, draconianamente, a porre obblighi impossibili da adempiere, così venendo meno, sul piano sistematico, l'elemento stesso del fatto tipico omissivo.

³¹ Per ogni riferimento, ivi compresa la puntuale distinzione tra modelli di società c.d. multinazionali, caratterizzate dalla presenza di minoranze autoctone, e di società c.d. multietniche, contraddistinte dalla presenza di fenomeni migratori, si vedano i lavori di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

meno possibile *esigere* da parte sua un comportamento conforme al precetto penale anche laddove ciò avrebbe comportato la necessità di infrangere costumi, tradizioni e retaggi propri della cultura d'origine.

Tale fenomeno, com'è evidente, interessa particolarmente il nostro paese e il tema della pacifica convivenza sociale in un'epoca, come l'attuale, caratterizzata da poderosi flussi di immigrazione. Non è però sempre stato così. Abbiamo già fatto cenno al caso di Josephine Terranova, diciassettenne di origini italiane emigrata a New York che nel 1906 uccise «*alla maniera siciliana*» entrambi gli zii, a causa degli abusi sessuali subiti e del disonore che essi le avevano procurato e fu assolta per una sorta di 'inesigibilità' culturale³². Aggiungiamo ora un riferimento alla più recente vicenda di Maurizio Pusceddu, giovane cagliaritano che tenne segregata per giorni la propria fidanzata, violentandola e sottoponendola a ulteriori vessazioni, al fine di 'punirla' per un sospetto tradimento: il Tribunale di Bückeburg, pur affermando la responsabilità penale dell'imputato, contenne la pena in una misura attenuata in ragione delle «*particolari impronte culturali ed etniche dell'imputato*» che, in quanto sardo, è particolarmente incline a eccessi di gelosia, suscettibili di inficiare la capacità di autocontrollo³³.

La questione, dunque, attiene proprio al profilo dell'esigibilità del comportamento conforme al precetto; perché soltanto una volta che si sia risposto a tale interrogativo, ritenendo possibile la formulazione di un rimprovero, può aprirsi il diverso scenario della modulazione della pena in considerazione, eventualmente, di un'attenuante culturale. Ed è appena il caso di osservare che del tutto correttamente la giurisprudenza ha posto la questione in questi termini, evitando di cadere nell'equivoco – che invece, purtroppo, non sempre ha saputo evitare – di ritenere che la diversità etnica possa incidere sul dolo dell'agente³⁴.

³² V. *supra*, capitolo II, § 2.1. In riferimento alla vicenda, si veda il contributo di J.M. APPEL, *The Girl-Wife and the Alienists: the Forgotten Murder of Josephine Terranova*, in *Western New England Law Review*, 2004, vol. 26, p. 203 ss.

³³ Nella sentenza si legge altresì che la tradizionale «*concezione del ruolo della donna e dell'uomo*» diffusa in Sardegna, «*benché non possa valere come scusante, deve essere presa in considerazione al fine di una riduzione della pena*». Sul punto si veda F. PARISI, *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1447 ss.

³⁴ Emblematici i casi descritti in Cass., sez. V, sent. 15 giugno 2012, dep. 28 settembre 2012, n. 37638 e in Cass., sez. VI, sent. 8 novembre 2002, dep. 8 gennaio 2003, n. 55, Rv. 223192. Con la prima sentenza, la Suprema Corte ha confermato la condanna per riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) di un uomo di etnia

L'orientamento ormai consolidato della Cassazione, specie in relazione a fattispecie a elevata offensività, è nel senso di respingere i vari assunti difensivi a vario titolo fondati sull'esimente culturale, sull'osservazione che il principio di inviolabilità della dignità umana e il principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, senza distinzione di etnia e di sesso, individuati dagli artt. 2 e 3 della Costituzione «*costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione [...] nella società civile di consuetudini, prassi, costumi che si propongono come antistorici a fronte dei risultati ottenuti, nel corso dei secoli, per realizzare l'affermazione dei diritti inviolabili della persona, cittadino o straniero*»: dette concezioni, infatti, si pongono «*in assoluto contrasto con le norme cardine che informano e stanno alla base dell'ordinamento giuridico italiano*»³⁵.

La soluzione proposta appare certamente condivisibile sul piano sostanziale, ma merita un approfondimento quanto alle motivazioni che la sostengono.

Nella sostanza, infatti, la Suprema Corte pone a carico di chiunque abbia interesse a inserirsi in una società multietnica uno specifico «*obbligo giuridico*» di «*verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano, non essendo di conseguenza riconoscibile una posizione di buona fede di chi, pur nella consapevolezza di essersi trasferito in un paese diverso [...], presume di avere il diritto [...] di proseguire in condotte che, seppure ritenute culturalmente accettabili e quindi lecite secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, risultano oggettivamente incompatibili con le regole proprie della compagine sociale in cui ha scelto di vivere*»³⁶.

Ad argomenti simili la Cassazione fa spesso ricorso al fine di negare che nella legge del paese d'origine, o finanche nella consuetudine rappresentata dai costumi di provenienza,

rom che aveva costretto la figlia minore a praticare l'accattonaggio, poiché le «*millenarie tradizioni culturali dei popoli di etnia rom, per le quali l'accattonaggio assume il valore di un vero e proprio sistema di vita*» non sono invocabili per escludere l'elemento soggettivo del reato, che resta integrato allorché l'imputato si sia rappresentato e abbia voluto stabilire un perdurante stato di soggezione psichica sulla minore (oggi: l'esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà). Con la seconda decisione, invece, la Cassazione ha escluso che il dolo di maltrattamenti possa ritenersi escluso per il fatto che l'imputato, di religione musulmana, abbia della convivenza familiare e delle prerogative a lui spettanti una concezione diversa da quella configurata dalla legge italiana, tale da legittimare anche l'impiego della forza fisica sulla moglie.

³⁵ Cass., sez. VI, sent. 26 novembre 2008, dep. 16 dicembre 2008, n. 46300, Rv. 242229; v. anche Cass., sez. VI, sent. 19 marzo 2014, dep. 13 maggio 2014, n. 19674, Rv. 260288; Cass., sez. III, sent. 29 gennaio 2015, dep. 13 aprile 2015, n. 14960, Rv. 263122; Cass., sez. III, sent. 5 giugno 2015, dep. 16 settembre 2015, n. 37364, Rv. 265187.

³⁶ Cass., sez. III, sent. 29 gennaio 2015, dep. 13 aprile 2015, n. 14960, Rv. 263122.

siano ravvisabili gli estremi del «diritto» il cui esercizio, a norma dell'art. 51 c.p., giustificerebbe il fatto «oggettivamente incompatibile» con la legge penale italiana³⁷.

La questione, tuttavia, pare mal posta, almeno nella parte in cui si propone di indagare il tema su un piano esclusivamente oggettivo. Vi è da considerare, infatti, che proprio la «oggettiva incompatibilità» tra precetto e comportamento esclude la percorribilità della tesi della giustificazione, salvo ricondurla sul piano – tutto soggettivo – dell'esercizio *putativo* del diritto a norma dell'art. 59 c.p.

Tale passaggio, ci pare, sconta però la necessità di un vaglio preliminare, volto a verificare che lo straniero fosse in grado, in ragione della propria diversità culturale ed eventualmente della limitatezza degli strumenti cognitivi a propria disposizione, di *conoscere* il divieto alla luce del quale avrebbe dovuto motivare il proprio comportamento. Si pone, cioè, un problema di eventuale ignoranza della legge penale, sul cui carattere scusabile occorrerà discutere³⁸.

Tuttavia, qualora tale problema sia superato e si giunga dunque a ritenere che l'imputato conosceva o avrebbe dovuto conoscere il precetto violato, a noi pare che il tema della possibile efficacia esimente della diversità culturale presenti un collegamento con quello della *esigibilità* del comportamento conforme al precetto: lo straniero, infatti, potrà talora affermare *ex art. 59 c.p.* di aver agito secondo un proprio supposto diritto («nel mio paese ho il diritto di picchiare mia moglie»), ma in altri casi riterrà di non essere stato in grado di motivarsi secondo le norme, non avvertite come realmente cogenti («nel mio paese picchiare la moglie non è socialmente disapprovato»).

In tali ultimi casi, replicare che l'imputato *non aveva il diritto, neppure putativo*, di comportarsi come ha fatto significa dunque fornire la risposta (corretta) alla domanda sbagliata, poiché non è tale aspetto a essere in discussione. Egli avanza non una pretesa di *liceità*, ma una pretesa di *normalità* del proprio comportamento.

³⁷ Per esempio, la sentenza da ultimo citata conclude il proprio ragionamento osservando che «in tali condotte non è pertanto configurabile una scriminante, anche solo putativa, fondata sull'esercizio di un presunto diritto escluso in linea di principio dall'ordinamento». V. anche le ulteriori considerazioni in Cass., sez. V, sent. 15 giugno 2012, dep. 28 settembre 2012, n. 37638, cit.

³⁸ Cfr. Trib. Cremona, sent. 19 febbraio 2009, n. 15, che ha assolto dalla contravvenzione *ex art. 4 l. 110/1975* un individuo di religione *sikh* che, in ottemperanza di un obbligo stabilito dal proprio culto, era stato sorpreso fuori dalla propria abitazione con il tradizionale *kirpan*.

Ciò che occorre chiedersi, pertanto, è se fosse possibile esigere dall'imputato un comportamento diverso, conforme alle norme del paese di destinazione. E la risposta, quando si sia raggiunta la prova che dette norme erano conosciute o conoscibili dall'agente – sicché risulta preclusa l'operatività dell'art. 5 c.p. – è *sempre positiva*: la diversa cultura d'origine, se può costituire un importante elemento di contesto nel trattamento penale dell'imputato, non è suscettibile di integrare di per sé gli estremi del fattore esterno attuale e obiettivamente apprezzabile in grado di intervenire, alterandolo, nel processo di formazione della volontà. In altri termini, è ben possibile che lo straniero, che era a conoscenza dell'illiceità penale del proprio comportamento, non abbia voluto astenersi dall'agire, preferendo uniformarsi ai propri costumi; ma di vera e propria *scelta* si tratta, e l'imputato ne dovrà rispondere, senza che possa essergli garantita alcuna scusa.

Si pensi ancora per un momento alla vicenda del cameriere sardo di Amburgo. Avanzando la difesa della diversità culturale, egli, ci pare, non ha né fatto valere il proprio *diritto* di segregare e violentare la donna che abbia sospettato di tradimento, né tantomeno inteso richiamare chissà quali *usi* che portano, per tradizione, i sardi a essere brutali nei confronti delle proprie mogli. Al contrario, egli ha acceso i riflettori *su di sé*, sulla propria personalità, affermando che, *in quanto sardo* legato a primitive concezioni del rapporto uomo-donna, *non era possibile esigere* da lui un comportamento diverso, conforme a quello che il giudice avrebbe potuto attendersi da un cittadino tedesco, o da un lombardo, o da un umbro. Ci pare, in definitiva, una chiara pretesa di inesigibilità, che merita essere affrontata apertamente; e che tale è stata qualificata dal Tribunale di Bückeburg, allorché, al di là delle valutazioni in punto di commisurazione della pena, ha correttamente escluso che la provenienza geografica costituisca un valido argomento scusante.

Così esauriti gli spunti che provengono dal tema della diversità culturale e che però, per le ragioni di cui si è detto, non hanno fatto breccia negli orientamenti giurisprudenziali, è possibile passare a trattare l'ambito del diritto penale dell'immigrazione in cui il principio di inesigibilità è davvero venuto all'attenzione degli interpreti e che, come si è anticipato, è connesso a situazioni di necessità c.d. economica.

La fattispecie che più si è prestata a simili valutazioni è quella descritta dall'art. 14 comma 5 *ter* del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, che sanziona con la pena della multa lo

straniero che, senza giustificato motivo, si trattiene sul territorio dello Stato in violazione del provvedimento di espulsione o di respingimento emesso dal questore. In relazione a tale ipotesi di reato, un argomento difensivo frequentemente speso dagli imputati e dai loro difensori fa leva sullo stato di impossidenza del destinatario dell'ordine di espatrio, che mancherebbe delle risorse necessarie per far fronte alle spese relative all'acquisto del titolo di viaggio.

In relazione a tali vicende, l'orientamento assunto dalla Cassazione è perlopiù corrispondente a quanto abbiamo già osservato in relazione ai reati tributari, sicché un ulteriore approfondimento in questa sede non appare necessario. In capo all'imputato, si afferma cioè, grava uno specifico «*onere di allegazione e non già di dimostrazione*» di «*circostanze connotate da concretezza e non in contrasto con elementi desumibili dagli atti*»; tali, aggiungiamo noi, da fondare almeno un ragionevole dubbio sulla possibilità di eseguire l'ordine dell'autorità amministrativa³⁹.

Le precarie condizioni economiche del soggetto obbligato, pertanto, non valgono da sole a fondare la ragione esimente della responsabilità penale, specialmente se motivata, come spesso accade, con la generica difficoltà di reperire i fondi necessari al viaggio. Vi è però la possibilità che l'imputato allegi *specifiche ragioni* che in concreto gli rendono impossibile (*recte*, inesigibile) l'ottemperanza al provvedimento del questore; qualora ciò accada, il giudice ha *il dovere* di prendere in considerazione gli argomenti difensivi, pena la censura della corte di legittimità⁴⁰; e di non limitare il proprio scrutinio al piano oggettivo della *materiale possibilità* di adempiere il comando, valutando anche il «*reale condizionamento psichico esercitato dalle circostanze concrete sulle capacità individuali di adempimento*

³⁹ Cass., sez. I, sent. 8 luglio 2010, dep. 23 settembre 2010, n. 34245; Cass., sez. I, sent. 11 maggio 2006, dep. 30 maggio 2006, n. 19105.

⁴⁰ Oltre alla sentenza da ultimo citata, si vedano anche Cass., sez. I, sent. 13 luglio 2015, dep. 4 settembre 2015, n. 35959, Rv. 264936, che censura la sentenza di condanna emessa dalla corte territoriale per non aver adeguatamente apprezzato «*in tutti i profili idonei a rendere inesigibile, ovvero difficoltoso o pericoloso, anche soggettivamente, il comportamento collaborativo richiesto dalla norma*», e nello specifico per non aver considerato l'incidenza sulla possibilità di adempiere all'intimazione della necessità di permanere sul territorio dello Stato per predisporre la propria difesa in altro procedimento penale; nonché Cass., sez. I, sent. 11 maggio 2006, dep. 30 maggio 2006, n. 19105. Viceversa, per l'affermazione che lo smarrimento del documento valido per l'espatrio non costituisca in sé solo «*giustificato motivo*» per non eseguire l'ordine del questore, v. Cass., sez. I, sent. 18 febbraio 2010, dep. 11 marzo 2010, n. 9754.

dell'obbligo»⁴¹. In ogni caso, va riconosciuto che il rigore dello standard delineato dalla Suprema Corte risulta talmente elevato da aver condotto, nella generalità dei casi, al rigetto delle istanze difensive⁴².

4. ...e nei rapporti economici relativi alla crisi familiare.

I due ambiti dei quali ci siamo occupati fin qui – i reati tributari e alcune fattispecie criminose in materia di immigrazione – si sono prestati, come si confida di aver illustrato, a costituire veri e propri ‘settori’ particolarmente sensibili alla nostra tematica, benché non in ogni occasione a essa sia stata riconosciuta la centralità che, al contrario, riteniamo meritasse.

Una terza area di interesse per la prassi, che alle prime è legata dalla condivisione del motivo fondamentale della c.d. necessità economica, è costituita dalle ipotesi di inadempimento degli obblighi di assistenza familiare, che la legge penale punisce all'art. 570 c.p. e all'art. 12 *sexies* l. 1° dicembre 1970 n. 898, la quale espressamente estende la menzionata disposizione codicistica alle violazioni inerenti gli assegni divorzili.

⁴¹ V. Cass., sez. I, sent. 1° luglio 2005, dep. 2 settembre 2005, n. 32929, conf. anche da Cass., sez. I, sent. 8 luglio 2010, dep. 23 settembre 2010, n. 34245, cit.

⁴² V. per es. Cass., sez. I, sent. 5 maggio 2008, dep. 15 maggio 2008, n. 19427, secondo la quale «*esigenze che riflettano la condizione tipica del 'migrante economico', sebbene espressive di istanze in sé e per sé pienamente legittime*» non integrano quelle «*situazioni ostative di particolare pregnanza*» in grado di escludere l'esigibilità della condotta penalmente sanzionata; secondo la Corte, in relazione alla fattispecie descritta dall'art. 14 comma 5 *ter* d.lgs. 286/1998 tali situazioni possono ravvisarsi «*in base al principio 'ad impossibilia nemo tenetur', espressione di quello di inesigibilità*» soltanto quando «*l'inadempimento dipenda dalla condizione di assoluta impossibilità dello straniero, che non gli consenta di recarsi nel termine alla frontiera (in particolare aerea o marittima) e di acquistare il biglietto di viaggio ovvero dipenda dal mancato rilascio, da parte della competente autorità diplomatica o consolare, dei documenti necessari, pure sollecitamente e diligentemente richiesti*». Cfr. altresì, *ex multis*, Cass., sez. I, sent. 27 aprile 2016, dep. 9 novembre 2016, n. 47191, Rv. 268212; Cass., sez. I, sent. 27 aprile 2016, dep. 12 settembre 2016, n. 37813, Rv. 268101; Cass., sez. I, sent. 5 marzo 2008, dep. 13 marzo 2008, n. 11311; Cass., sez. I, sent. 28 febbraio 2008, dep. 7 marzo 2008, n. 10711; Cass., sez. I, sent. 28 febbraio 2008, dep. 14 marzo 2008, n. 11680; Cass., sez. I, sent. 31 gennaio 2008, dep. 12 febbraio 2008, n. 6605; Cass., sez. I, sent. 12 aprile 2007, dep. 7 maggio 2007, n. 17316; Cass., sez. I, sent. 14 marzo 2007, dep. 31 maggio 2007, n. 21354; Cass., sez. I, sent. 16 gennaio 2007, dep. 8 marzo 2007, n. 9820. In questo panorama fa eccezione, e rimane isolata, Cass., sez. I, sent. 22 dicembre 2006, dep. 1° febbraio 2007, n. 3896, che conferma una pronuncia assolutoria nonostante l'impossibilità di lasciare il paese fosse stata «*desunta in maniera soltanto presuntiva dalle condizioni di permanenza in Italia del soggetto*», addirittura senza che le circostanze su cui essa si fonda fossero state allegare dall'imputato.

Accade, infatti, che i soggetti tenuti *ope iudicis* a effettuare contribuzioni patrimoniali periodiche in forza dei provvedimenti giurisdizionali che abbiano attenuato (nel caso di separazione personale) o sciolto (nel caso di divorzio) il vincolo coniugale, e che non vi ottemperino, adducano a giustificazione dei propri inadempimenti ragioni connesse alla difficoltà finanziaria in cui versano, per esempio, per aver perso il lavoro ovvero per altre ragioni contingenti.

Anche con riferimento a tale materia, la giurisprudenza – non è più, ormai, una novità – assume una posizione possibilista in astratto ma estremamente rigorosa quanto agli accertamenti concreti: in linea di principio, infatti, ammette che l'«*assoluta impossibilità*» di provvedere ai versamenti periodici possa rappresentare un'efficace esimente dalla responsabilità penale; nella generalità dei casi, però, subordina l'applicazione concreta di tale principio a oneri di allegazione particolarmente stringenti, tanto da impedire, pressoché sempre, che la precarietà della situazione finanziaria in cui versa l'obbligato inadempiente possa essere considerata al punto tale da validamente contemperare, fino a obliterarle, le esigenze di tutela del coniuge debole⁴³.

Tale principio è ben compendiato in una recente pronuncia della Cassazione che, ancorché rilevando l'inammissibilità del ricorso dell'imputato e dunque senza scendere nell'esame del merito, osserva che «*sui soggetti interessati da un obbligo di assistenza familiare grava un dovere di diligenza, cioè di attivazione al fine di rendere possibile l'assistenza medesima*», per la valutazione del quale «*dovrà poi discutersi, nella prospettiva segnata dalle scriminanti potenzialmente evocabili in situazione del genere (stato di necessità, ad impossibilia nemo tenetur, consenso dell'avente diritto), od anche in punto di integrazione dell'elemento soggettivo del reato, se l'attivazione concretamente posta in essere nei singoli casi possa dar luogo, nonostante l'omissione dell'assistenza, ad una situazione di non punibilità*»⁴⁴.

Al di là delle perplessità sollevate in ordine alla collocazione dogmatica all'interno delle «*scriminanti*», emerge chiaramente che la Cassazione assegna al principio di inesigibilità

⁴³ In questo senso, tra le tante, Cass., sez. VI, sent. 23 novembre 2011, dep. 7 dicembre 2010, n. 43439; Cass., sez. VI, sent. 3 febbraio 2010, dep. 19 aprile 2010, n. 14906; Cass., sez. VI, sent. 5 novembre 2009, dep. 10 dicembre 2009, n. 47014; Cass., sez. VI, sent. 1° luglio 2009, dep. 27 ottobre 2009, n. 41108; Cass., sez. VI, sent. 13 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009, n. 22853; Cass., sez. VI, sent. 13 maggio 2008, dep. 26 agosto 2008, n. 34155.

⁴⁴ Cass., sez. VI, sent. 10 giugno 2014, dep. 12 settembre 2014, n. 37648, nonché, in termini analoghi, Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38353.

un ruolo *in astratto* determinante per l'ascrizione della responsabilità penale anche in relazione alla fattispecie in discorso. Ed è appena il caso di rimarcare che di inesigibilità *in senso proprio* si tratta ogniquale volta l'imputato del delitto di cui all'art. 570 c.p. lamenti la mancanza di risorse utili per far fronte agli obblighi sanzionati dalla legge penale. In simili casi, infatti, egli si difende senza mettere in discussione la propria consapevolezza circa l'obbligo di cui era titolare («*non sapevo di dover pagare*») o la volontà della propria omissione («*sapevo di dover pagare, ma non volevo farlo*»), bensì afferma di essere stato costretto a violare la legge penale in forza delle circostanze: in breve, di non aver avuto altra scelta («*sapevo di dover pagare e volevo farlo, ma non ho potuto adempiere*»).

Anche in relazione a simili ipotesi, in ogni caso, la Suprema Corte fissa uno standard probatorio particolarmente elevato, affermando che «*la condizione di impossidenza dell'interessato dev'essere assoluta, come tale documentata o, almeno, seriamente allegata da parte dello stesso interessato*»⁴⁵: egli, infatti, ha l'onere di allegare «*adeguati elementi utili a comprovare la presenza di difficoltà economiche tali da tradursi in un vero e proprio stato di indigenza economica, così da risultare precluso, sul piano della relativa impossibilità di provvedere, il relativo adempimento*»⁴⁶.

Ciò appare particolarmente appropriato perché – lo ripetiamo – secondo quanto abbiamo osservato la fonte della *soggettiva impossibilità* di provvedere (breve: dell'inesigibilità della condotta) può essere soltanto la causa esterna al soggetto, obiettivamente apprezzabile dal giudice, che abbia concretamente alterato il procedimento di formazione della volontà; è dunque ragionevole che gravi sull'imputato l'onere di introdurre gli estremi materiali nel processo⁴⁷, poiché nessun'altra parte del processo – certo non la parte pubblica – può conoscere le ragioni soggettive che hanno indotto questo o quell'imputato a *non saper evitare* la violazione del precetto. Una volta acquisiti tali elementi, sarà dovere del

⁴⁵ Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2014, dep. 1° luglio 2014, n. 28212.

⁴⁶ Cass., sez. VI, sent. 29 gennaio 2013, dep. 14 febbraio 2013, n. 7372, Rv. 254515 (corsivi aggiunti), secondo cui la mera documentazione formale dello stato di disoccupazione non dispiegherebbe alcuna efficacia dimostrativa delle concrete condizioni di indigenza; nello stesso senso anche Cass., sez. VI, sent. 15 febbraio 2005, dep. 15 marzo 2005, n. 10085, Rv. 231453.

⁴⁷ In senso parzialmente contrario, per l'affermazione che la dimostrazione dell'attività lavorativa svolta dall'imputato sia *insufficiente a escludere* l'inesigibilità dell'adempimento dell'obbligazione, si veda la risalente Cass., sez. VI, sent. 2 settembre 2004, dep. 29 novembre 2004, n. 46168.

giudice valutarli adeguatamente e, se seri, superarli con argomenti puntualmente esplicitati in motivazione per pronunciare sentenza di condanna⁴⁸.

5. Un secondo bilancio.

Negli ambiti sui quali abbiamo soffermato la nostra attenzione, dunque, abbiamo visto come la giurisprudenza ormai prevalente affermi l'esistenza e la validità di una clausola generale di *esigibilità* del comportamento doveroso, che viene a costituire un vero e proprio elemento di fattispecie la cui esclusione, al pari di ogni altro, impedisce la formulazione di un giudizio di responsabilità penale.

Abbiamo anche visto, però, che con tale petizione di principio si esauriscono le certezze di ordine dogmatico, che lasciano il posto a maggiori oscillazioni interpretative e dubbi specialmente con riguardo alla *natura* di tale 'clausola' e, conseguentemente, anche alla sua collocazione all'interno della sistematica del reato.

Avevamo esplicitato già a suo tempo le ragioni che ci inducono a individuare il (solo) ambito d'applicazione del canone di *esigibilità* nella dimensione – che avevamo definito 'costituzionale' – della colpevolezza, rifiutando così ogni 'deviazione' concettuale condotta con riferimento alla tipicità del fatto, specialmente omissivo, e all'antigiuridicità della condotta. In ciò, avevamo rilevato, esso assolve la funzione di dare piena ed effettiva attuazione al principio di colpevolezza sancito dall'art. 27 comma 1 Cost., che deve intendersi riferito – per come esplicitato dalla stessa Corte costituzionale – non soltanto al divieto di responsabilità per fatto altrui o al bando di forme di responsabilità oggettiva, ma anche al conio di forme di imputazione della responsabilità che tengano conto della rim-

⁴⁸ V. Cass., sez. VI, sent. 28 marzo 2012, dep. 12 settembre 2012, n. 34955, che annulla una sentenza di condanna osservando: «Nonostante le prospettazioni difensive la sentenza impugnata non si è curata di accertare se ed in quale misura, a fronte della minima pensione di invalidità, [l'imputato] non si sia adoperato per sopperire alla pochezza di tale sua entrata, sì da permettergli di contribuire in qualche forma alle esigenze dell'abbandonato nucleo familiare, al fine di ricercare un'attività o un lavoro e se, in caso negativo, ciò sia avvenuto per colpa o per negligenza dello stesso imputato. Ovvero se costui non si sia, alternativamente, trovato nella oggettiva impossibilità (ad impossibilia nemo tenetur) di osservare l'obbligo di assistenza economica verso la moglie e i figli per cause indipendenti dalla sua volontà».

proverabilità soggettiva del comportamento e che, pertanto, escludano la sanzione penale nei casi in cui l'agente non possa dirsi 'colpevole' – in senso improprio – per non aver conformato la propria condotta al precetto.

Del resto, si era accennato, l'inflizione di una pena deve fare i conti con l'inevitabile effetto stigmatizzante che a essa si accompagna, e che è espressione della riprovazione sociale per il comportamento tenuto dal reo; e va da sé che a tale aspetto si legano sia la concezione retributiva della pena, che intende 'remunerare' l'agente per il male da lui cagionato, sia le diverse anime della concezione preventiva, che viceversa mirano a rieducare il condannato e a reinserirlo nella società, nonché a orientare la generalità dei consociati verso un modello di comportamento più funzionale alle esigenze di una pacifica convivenza.

Sicché risulterebbe non soltanto inutile, ma addirittura *disfunzionale* rispetto agli obiettivi menzionati punire chi ha violato la norma incriminatrice quante volte non era ragionevolmente possibile esigere da lui altro comportamento.

Con riguardo alla funzione retributiva, basti rammentare che non è socialmente disprezzato il comportamento dell'agente che, nelle condizioni concrete in cui si trovava, non avrebbe avuto ragionevole possibilità di determinarsi diversamente, tanto che nessun altro individuo – sia egli il giudice, sia egli il *quivis de populo* – avrebbe saputo meglio fronteggiare la pressione delle circostanze esterne. L'inflizione di una pena a un simile soggetto finirebbe per risultare *incomprensibile* a lui e ai consociati, *immeritata* e, in definitiva, *ingiusta*, in ragione dell'impossibilità di formulare nei suoi confronti qualsiasi rimprovero.

Con riguardo alla funzione preventiva della pena, invece, dall'assenza di rimprovero discende l'assenza di esigenze rieducative, nel senso che non potrebbe essere rieducato il soggetto che mai avrebbe imboccato la via dell'illecito se non vi fosse stato costretto dagli eventi. Né vi è spazio per alcun orientamento culturale quando la generalità dei consociati comprende e non stigmatizza le ragioni che hanno determinato, in concreto, il comportamento dell'imputato.

Si è rilevato che il nostro ordinamento *conosceva già* il principio di inesigibilità, nel quale la più diffusa opinione individua il fondamento logico delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente disciplinate da puntuali disposizioni normative. Queste ul-

time, si osserva, individuano altrettante situazioni nelle quali l'ordinamento manifesta comprensione per la persona dell'agente in quanto, nelle circostanze in cui egli ha agito, non sarebbe stato possibile attendersi da lui un comportamento diverso.

Abbiamo anche noi condiviso questa impostazione, che ha il merito di consentire l'enucleazione dei tratti comuni delle scusanti, al fine di indicarne non soltanto la logica ultima e l'obiettivo cui esse tendono, ma altresì di determinarne gli elementi costitutivi in vista di una loro generalizzazione sul piano dei principi. Tra i requisiti la rilevanza maggiore va assegnata al fattore causale, che determina l'alterazione delle condizioni di fatto in cui si innesta il comportamento dell'agente e che, pertanto, origina altresì il turbamento del processo di formazione della volontà, privando il singolo di una reale *possibilità di scelta* in concreto.

Nella nostra prospettiva, tale fattore determinante deve collocarsi necessariamente all'esterno della persona dell'agente, benché sia all'interno di questa che, al contrario, esso dispiega i propri effetti. Tale conclusione è imposta sostanzialmente da un duplice ordine di ragioni: da un lato, un'evidente esigenza di accertamento processuale, giacché soltanto per questa via appaiono superabili le obiezioni circa la vaghezza e l'indeterminatezza del principio e risulta individuabile un parametro saldo cui ancorare il giudizio; e va da sé, del pari, che in questo modo risulterebbe meglio soddisfatta anche l'esigenza di prevedibilità delle decisioni giurisdizionali in quanto, benché l'eventuale incertezza possa tornare, in ipotesi, a favore del reo, si individuano criteri certi al cui metro condurre le valutazioni del caso e si fa carico all'imputato di un preciso onere di allegazione, che vale a escludere in radice difese pretestuose o strumentali. Dall'altro lato, invece, vi è un'esigenza puramente logica, che pure alla prima strettamente si collega: appare indispensabile, ogni volta in cui la difesa di inesigibilità sia sollevata, capire *perché* non sarebbe stato possibile, in ipotesi, attendersi che l'imputato conformasse il proprio comportamento secondo la volontà dell'ordinamento. Da qui si comprende, di nuovo, la ragione per cui l'eccezione difensiva debba necessariamente essere circostanziata e non generica: ma soprattutto si trae la conferma che essa non può fondarsi su meri turbamenti psicologici dell'agente che non trovino origine e riscontro in specifici accadimenti concreti. Diversamente, infatti, si finirebbe per assegnare efficacia scusante a fattori intimi, a semplici

stati emotivi dell'agente, finanche alla mera volontà di non ottemperare alla regola di comportamento: in palese violazione dell'art. 90 c.p. – che nega qualunque incidenza sul giudizio di colpevolezza degli «*stati emotivi o passionali*» – oltre che, come è evidente, delle più elementari regole di buon senso.

La consapevolezza di fondo è che il riconoscimento in favore di un imputato di una scusante, specialmente se basata su un principio non trasfuso in norme puntuali di legge e presupposti dalle stesse tipizzati, sia un momento molto serio del giudizio intorno alla responsabilità penale, poiché postula la rinuncia dello Stato alla potestà punitiva nei confronti di un soggetto che, con il proprio comportamento conforme al tipo («*wrongdoing*»), ha *volontariamente* cagionato un'offesa al bene giuridico e al suo titolare («*harm*»), senza l'assistenza di alcuna causa di giustificazione («*justification*»).

Per tali ragioni merita un particolare apprezzamento il rigore cui la giurisprudenza ha mostrato di subordinare l'operatività del principio di inesigibilità nella prassi, quali che siano il *nomen iuris* e la collocazione sistematica sotto i quali l'abbia, volta per volta, ricondotto.

La casistica che abbiamo preso in considerazione presenta il comune tratto di individuare il fattore esterno determinante in altrettante situazioni di c.d. necessità economica, nelle quali l'agente ha deluso le aspettative fissate dall'ordinamento perché spinto a violare la norma incriminatrice dalla contingente mancanza delle risorse necessarie per tenere il comportamento doveroso, il quale, a vario titolo, avrebbe richiesto un esborso di denaro.

Ciò non equivale ad affermare che il principio di inesigibilità esaurisca in questo ambito le proprie possibili applicazioni concrete, e non si esclude che meditazioni più approfondite intorno a esso possano condurre a individuare nuovi ambiti di interesse e ad arricchire la casistica isolando ulteriori fattori in grado di alterare il procedimento di formazione della volontà individuale. È comunque da rimarcare che tra le pronunce giurisdizionali che hanno espressamente operato riferimenti al tema dell'inesigibilità, talora anche soltanto richiamando il noto brocardo per il quale *ad impossibilia nemo tenetur*, alcune menzioni sono parse forzate, quando non proprio fuorvianti. Simili sovrapposizioni concettuali non contribuiscono alla corretta definizione dei termini del problema, pregiudici-

cano l'intellegibilità del principio e delle sue implicazioni concrete e devono, pertanto, essere evitate.

Le confusioni maggiori si sono registrate con riferimento a taluni reati colposi, allorché l'inesigibilità è stata espressamente posta a fondamento di decisioni che hanno escluso che l'imputato avesse avuto la possibilità di rendersi conto o di intervenire sulla serie di circostanze che l'ha condotto alla violazione della norma penale.

Ciò è quanto è accaduto, per esempio, in relazione alla fattispecie di omesso controllo da parte del direttore in relazione a un fatto di diffamazione commesso con il mezzo della stampa periodica (art. 57 c.p.), allorché la Cassazione ha pur correttamente osservato che non sono ammissibili ipotesi di inesigibilità che si fondino *tout court* sulle dimensioni del giornale, essendo necessaria la verifica della sussistenza di «specifiche cause» che consentano «di escludere, nei diversi casi concreti, la riferibilità del fatto (omissivo) al titolare della posizione di garanzia o [...] la rimproverabilità dell'omissione (in base al principio che la responsabilità per fatto proprio colpevole esige che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, nella forma, a seconda dei casi, del dolo o della colpa, e al medesimo 'rimproverabili')»⁴⁹.

Ancora, in tema di colpa medica, in un caso la Suprema Corte ha confermato l'assoluzione di un medico di base dall'imputazione di omicidio colposo in danno di una paziente, sull'osservazione della «inesigibilità della condotta ipotizzata» dalla ricorrente parte civile: la vittima, infatti, si era presentata dal professionista lamentando soltanto dolori dentali, tosse e bruciore alla gola, mentre era deceduta poco tempo più tardi a causa di una «polmonite interstiziale ad impronta emorragica» che in nessun caso i sintomi lamentati avrebbero potuto lasciar presagire⁵⁰.

In altra vicenda, conclusa in senso diametralmente opposto, la Cassazione ha invece annullato con rinvio un'assoluzione di due infermieri di pronto soccorso che avevano sia errato la diagnosi formulata all'accettazione di un paziente, poi deceduto per infarto miocardico, sia omesso di rivalutare le evoluzioni cliniche che lo stesso aveva registrato nelle oltre sei ore di attesa presso un nosocomio milanese. Secondo la Suprema Corte, infatti,

⁴⁹ Cass., sez. I, sent. 15 ottobre 2009, dep. 17 dicembre 2009, n. 48119; nello stesso senso anche Cass., sez. V, sent. 9 luglio 2008, dep. 14 agosto 2008, n. 33472.

⁵⁰ Cass., sez. IV, sent. 11 febbraio 2009, dep. 2 aprile 2009, n. 14431.

la Corte d'Appello ha errato nell'affermare l'«inesigibilità della condotta degli infermieri», desumendo la «impossibilità di rivalutazione della situazione del paziente, pur prevista dal protocollo ospedaliero, dalla esiguità del personale in servizio quel giorno a fronte della situazione eccezionale, per il numero di persone giunte in pronto soccorso, 'tale da rendere effettivamente impossibile la rivalutazione di qualsiasi delle persone presenti», posto che è preciso compito del personale del pronto soccorso «allertare il personale dei reparti ove si verificano situazioni di emergenza tali da determinare la compromissione grave della salute dei cittadini bisognosi di cure di primo intervento»⁵¹.

In ognuno dei casi menzionati, l'esito assolutorio avrebbe perfettamente potuto essere conseguito anche senza invocare l'inesigibilità della condotta, ma limitandosi a svolgere compiutamente il giudizio di colpa e rilevando, rispettivamente, nel primo caso che i *deficit* di organizzazione interna alla redazione ben possono costituire profili da valutare nel giudizio di individuazione e neutralizzazione dei fattori di rischio penale; nel secondo caso, che secondo la migliore scienza medica la patologia che ha determinato il decesso della paziente non presenta alcuno dei sintomi da lei lamentati, e che nessun altro medico, al posto dell'imputato, avrebbe saputo ricondurli alla malattia in corso; nel terzo caso, infine, che l'omessa attivazione da parte dei sanitari per la gestione di carichi di lavoro eccezionali costituisce comportamento in violazione non soltanto dei soprattutto ma principalmente delle fondamentali regole di perizia, che ha privato la vittima di importanti *chances* di ottenere una diagnosi tempestiva e, dunque, di salvarsi.

Per come l'abbiamo delineato, al contrario, il principio di inesigibilità richiede che l'agente sia stato in grado di formarsi un quadro accurato della situazione, rappresentandosi adeguatamente anche le implicazioni della propria condotta o della propria inerzia. Esso, dunque, trova applicazione non già – perché superfluo – in relazione alle ipotesi di colpa, quanto piuttosto ai casi in cui l'imputato abbia deciso consapevolmente, con una volontà certo viziata dalla pressione delle circostanze concomitanti all'azione, di violare il comando penale⁵².

⁵¹ Cass., sez. IV, sent. 1° ottobre 2014, dep. 19 marzo 2015, n. 11601.

⁵² V. anche Cass., sez. I, sent. 14 aprile 2015, dep. 4 agosto 2015, n. 34096, che ha annullato senza rinvio una condanna per la fattispecie di omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina (art. 677 c.p.) osservando che, «per la sussistenza dell'elemento soggettivo della contravvenzione» in parola, «è necessaria

È fisiologico che la sua concretizzazione sia rimessa al diritto vivente, come sempre accade in relazione a clausole generali; la ricerca della causa esterna obiettiva e del turbamento motivazionale effettivo e attuale confermeranno la bontà di impostazioni rigorose e restrittive, volte a prevenire la formazione di un sistema a maglie ingiustificatamente larghe. Eventuali oscillazioni tra singole pronunce non dovranno, invece, suscitare allarme, principalmente perché volte, rispetto a un assetto attuale caratterizzato da aperture non particolarmente frequenti, a una miglior considerazione delle esigenze di garanzia individuale; e comunque, in ogni caso, anche perché i giudici della nomofilachia, nella nostra materia, hanno già assolto un'importante funzione di guida, ancorché, forse, non sempre in modo consapevole.

6. Conclusioni.

Così terminata la rassegna – pur priva di apparenti pretese di esaustività – degli arresti giurisprudenziali maggiormente rilevanti, si conclude anche il nostro lavoro, del quale è ora possibile provare a riepilogare i punti salienti.

La tesi fondamentale, dalla quale abbiamo preso le mosse per la nostra ricerca sul ruolo della scelta nella colpevolezza, è frutto, essa stessa, di una scelta intorno, come si ricorderà, alla nozione di inesigibilità, che abbiamo inteso in senso restrittivo e selettivo: ne risultano estranee, come si è via via evidenziato, tanto le ipotesi in cui risulti *materialmente* impossibile realizzare il comportamento doveroso quanto le ipotesi di impossibilità di formulare il *rimprovero di colpa* nel delitto colposo, giacché in relazione a esse non pare svolgere alcuna funzione.

quella volontà cosciente e libera cui è condizionata, a norma dell'art. 42 u.c. [c.p.], l'imputabilità anche del reato contravvenzionale». Nella vicenda all'esame della Suprema Corte, era stato accertato che, per eseguire la parte di lavori di loro competenza ai piani superiori, gli imputati avrebbero dovuto necessariamente contare sulla collaborazione dei proprietari dei locali siti al piano terreno, sui quali era necessario intervenire prioritariamente per la messa in sicurezza dell'intero fabbricato. Poiché tale collaborazione era stata in più occasioni rifiutata, si delineava «una situazione di sostanziale 'inesigibilità' dell'obbligo imposto ai ricorrenti di ottemperare all'ordinanza sindacale» che ingiungeva loro di intervenire sulle proprie unità immobiliari, sicché ne derivava la necessità della loro assoluzione.

La clausola di inesigibilità in senso proprio, al contrario, assolve al compito di assicurare la rimproverabilità del fatto tipico e antiggiuridico al suo autore, escludendo la meritevolezza della sanzione penale ogniqualvolta lo stesso si sia determinato all'azione sotto la pressione di circostanze che hanno ne alterato il processo motivazionale e l'abbiano privato, per questa via, della possibilità di determinarsi liberamente in ordine alle proprie scelte d'azione.

Si sono richiamate le radici storiche di tale concezione, risalenti all'affermazione in Germania della concezione normativa della colpevolezza e alla successiva emersione della possibilità, poi abbandonata, di riconoscere in via interpretativa una causa sovraleale di esclusione della colpevolezza ispirata allo stato di necessità. Si è rivolto uno sguardo, quindi, all'esperienza degli ordinamenti di *common law*, in relazione ai quali si è dedicata qualche riflessione alla costruzione delle *defences* fondate sulla teoria della *scelta* o della *volontà normativa*.

È stato così possibile rivolgersi all'esperienza italiana, rimasta perlopiù scarsamente permeabile, sul punto, agli influssi provenienti da altri ordinamenti, e si sono passate in rassegna le obiezioni comunemente contrapposte all'accoglimento della teoria dell'inesigibilità: dall'assenza di un chiaro fondamento normativo nel diritto positivo, al pregiudizio che essa arrecherebbe alle esigenze di certezza del diritto; dal potenziale pericolo di 'rammollimento' dell'intero sistema penale, ai limiti all'applicazione analogica delle cause di esclusione della colpevolezza e alle note censure di indeterminatezza del concetto.

A tali critiche si è cercato di fornire una risposta, non prima, però, di aver indicato alcuni criteri per un possibile inquadramento della teorica dell'inesigibilità, ancorandola alle categorie che governano la sistematica del reato.

Si sono così esplicitate le ragioni che, sulla scorta della premessa che si è formulata, inducono a respingere quelle proposte che ravvisano per tale principio margini di applicabilità tanto nella sfera del fatto tipico quanto in quella dell'antigiuridicità, per affermarne, al contrario, la possibile operatività entro l'alveo di quella che si è definita la «*dimensione costituzionale*» della colpevolezza: vale a dire, quell'insieme di elementi che, al tempo stesso, fondano il giudizio di colpevolezza in senso proprio e ne assicurano la piena

compatibilità con il principio enunciato dall'art. 27 comma 1 della Costituzione, con la funzione rieducativa della pena e con le esigenze di garanzia sottese al principio di legalità.

Per questa via si è giunti, anche sulla scia di alcuni rilievi incidentalmente formulati dalla Corte costituzionale, a ritenere che la rimproverabilità del comportamento costituisca un momento autonomo del giudizio di responsabilità penale che si vorrebbe formulabile in un ordinamento laico, democratico, fondato sul principio personalistico e sulle esigenze di tutela della dignità umana: e ad affermare, in definitiva, che non sia punibile *per difetto di colpevolezza* l'agente che, in forza di circostanze estrinseche e obiettivamente apprezzabili, sia stato privato della possibilità di scegliere se conformarsi al precetto ovvero discostarsene. Tale valutazione dovrà essere condotta in senso assoluto, vale a dire prescindendo da valutazioni comparative con modelli più o meno individualizzati, e in concreto, dunque vagliando la reale incidenza delle circostanze sul comportamento dell'agente.

Da tale conclusione discende, infine, l'enorme rilievo della prassi, cui è dedicata la parte finale del lavoro, al fine di verificarne i più recenti arresti - maturati specialmente in tema di c.d. necessità economica - e nel tentativo di ricercare il filo conduttore che ne ha guidato gli approdi. La giurisprudenza, del resto, ha già ampiamente dimostrato di porsi più d'un interrogativo in proposito, pur non sempre giungendo a soluzioni convincenti; e risulta chiamata a una maggior consapevolezza del ruolo che dovrà svolgere (anche) nel momento della formulazione del rimprovero e, dunque, intorno alle possibili applicazioni della clausola di inesigibilità.

Elenco bibliografico delle opere citate

- ACHENBACH H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974 (trad. it. S. Moccia, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 838 ss.).
- ALIMENA F., *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938.
- ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.
- ANTOLISEI F., *La volontà nel reato*, Roma, 1932.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quindicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 2000.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, sedicesima edizione aggiornata e integrata da C.F. Grosso, Milano, 2016.
- APPEL J.M., *The Girl-Wife and the Alienists: the Forgotten Murder of Josephine Terranova*, in *Western New England Law Review*, 2004, vol. 26, p. 203.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachaea*, trad. it. Milano, 1979.
- BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1963.
- BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.
- BAYLES M.D., *Character, Purpose and Criminal Responsibility*, in *Law and Philosophy*, 1982, p. 5.
- BELING E., *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig, 1910.
- BELLAVISTA G., *Il problema della colpevolezza*, Padova, 1942.
- BENTHAM J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789.
- BERNARDI A., *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, 10^a ed., Padova, 1978.
- BETTIOL G., *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 3.
- BRICKE J., *Hume, Freedom to Act and Personal Evaluation*, in *History of Philosophy Quarterly*, 1988, p. 141.

- CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. II: profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi*, Pisa, 1831.
- CARRARA F., *Programma per il corso di diritto criminale*, Lucca, 1871.
- COLELLA A., *sub art. 3*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.
- CRESPI A., *Imputabilità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 767.
- DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- ENGISCH K., *Der finale Handlungsbegriff*, in *Kohlrausch-Festschrift*, Berlin, 1944.
- ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, Milano, 1784.
- IORELLA G., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1327.
- FINOCCHIARO S., *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e 'soggettiva inesigibilità'*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016.
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978.
- FLETCHER G.P., *The Individualization of Excusing Conditions*, in *Southern California Law Review*, 1974, p. 1303.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.
- FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, 1911.
- FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Festgabe für die juristische Fakultät der Universität Giessen*, Giessen, 1907.
- FREUDENTHAL B., *Schuld und Vorwurf*, Tübingen, 1922.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.
- GARDNER J., *The Gist of Excuses*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, p. 575.
- GOLDSCHMIDT J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*. 1913 *Österreichischer Zeitschrift für Strafrecht*, Wien, 1913.

- GOLDSCHMIDT J., *Normativer Schuldbegriff*, in *Frank-Festgabe*, Tübingen, 1930.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.
- GROßMANN H., *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1924.
- GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002.
- HART H.L.A., *Legal Responsibility and Excuses*, in H.L.A. Hart, J. Gardner (a cura di), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008.
- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968.
- HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981, trad. sp., Barcelona, 1984.
- HASSEMER W., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 46.
- HELM P., *Hume on Exculpation*, in *Philosophy*, 1967, p. 268.
- HENKEL H., *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als reglatives Rechtsprinzip*, in *Mezger-Festschrift*, 1954.
- HORDER J., *Excusing Crime*, Oxford, 2003.
- HORDER J., *Self-Defence, Necessity and Duress: Understanding the Relationship*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1998, p. 143.
- HOROWITZ D.L., *Justification and Excuse in the Program of the Criminal Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 1986, p. 110.
- HUME D., *A Treatise of Human Nature*, 1739.
- JAKOBS G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlegend und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, trad. sp., Madrid, 1997.
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1966.
- KANT I., *Metaphisica dei costumi*, Roma, 1991.
- KAUFMANN Arth., *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961
- KLEE E., *Dokumente zur "Euthanasie"*, Frankfurt-am-Main, 1985.
- VON LISTZ F., SCHMIDT EB., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin-Leipzig, 1932, p. 225.

- LIEPMANN H., *Recensione a Freudenthal: Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, ZStW 43 [1922].
- LIFTON R.J., *I medici nazisti. La psicologia del genocidio*, Milano, 2003.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2015, p. 299 ss.
- MARINUCCI G., *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, quinta edizione aggiornata da E. Dolcini, G.L. Gatta, Milano, 2015.
- MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des Strafrechts*, Heidelberg, 1915.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.
- MOORE M.S., *Placing Blame*, Oxford, 2010.
- NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008.
- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 819.
- PADOVANI T., *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 499.
- PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.
- PAGLIARO A., PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- PANNAIN R., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1966.
- PARISI F., *Colpevolezza attenuata in un caso dubbio di motivazione culturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1447 ss.
- PECORARO ALBANI A., voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 397.
- PETROCELLI B., *La colpevolezza*, Milano, 1955.

- PIFFER G., *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2005.
- PISAPIA G.D., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 45.
- PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis*, Milano, 1993.
- VON PUFENDORF S., *De iure naturae ac gentium libri octo*, 1672.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2015.
- RICCIO S., *Inadempimento di doveri funzionali*, in *Novissimo digesto italiano*, VIII, 1968, p. 469.
- ROBINSON P.H., *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in *Columbia Law Review*, (1982) 82, p. 199.
- ROBINSON P.H., *The Bomb Thief and the Theory of Justification Defenses*, in *University of Pennsylvania Law School - Faculty Scholarship*, (1997), 603.
- ROMANO M., *sub art. 384*, in *Commentario sistematico del codice penale*.
- ROMANO M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 40.
- ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852.
- SALEMME I., *Un insolito effetto della crisi. Il recupero dell'inesigibilità nei reati di omesso versamento d'I.v.a.*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 666.
- SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948.
- SCHUMACHER O., *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, Mannheim, 1927.
- SIEGERT K., *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, 1934, p. 49.
- SIMESTER A.P., SPENCER J.R., SULLIVAN G.R., VIRGO G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2013.
- SMITH J.C., *Justification and Excuse in Criminal Law*, London, 1989, p. 73.
- SMITH J.C., HOGAN B., *Criminal Law*, Bath, 2002.
- STILE A.M., *Omissione, rifiuto e ritardo in atti d'ufficio*, Napoli, 1974.
- TADROS V., *The Characters of Excuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, p. 495.

- TAYLOR A., HUNGERFORD-WELCH P., MOLAN M.T., *Sourcebook on Criminal Law*, London, 2001, p. 521.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2015.
- VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, vol. VII, p. 20.
- VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. «causalità omissiva» in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679.
- VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri*, Milano, 2000.
- WACHINGER M., *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts*, in *Frank-Festgabe*, Tübingen, 1930.
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969.
- WELZEL H., *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, 1965.
- WILLIAMS G.L., *Criminal Law. The General Part*, London, 1961.

Elenco cronologico delle pronunce giurisprudenziali

Giurisprudenza costituzionale

(disponibili su www.giurcost.org)

Corte cost., sent. 27 novembre 1969, dep. 3 dicembre 1969, n. 147.

Corte cost., sent. 21 novembre 1974, dep. 22 novembre 1974, n. 264.

Corte cost., sent. 30 novembre 1988, dep. 13 dicembre 1988 n. 1085.

Corte cost., sent. 27 aprile 1994, dep. 28 aprile 1994, n. 168.

Corte cost., sent. 18 dicembre 2003, dep. 13 gennaio 2004, n. 5.

Corte cost., sent. 13 luglio 2007, dep. 24 luglio 2007, n. 322.

Corte cost., sent. 5 luglio 2010, dep. 8 luglio 2010, n. 250.

Giurisprudenza di legittimità

(se non altrimenti indicato, le pronunce sono disponibili sul CED della Corte di Cassazione)

Cass., sez. IV, sent. 30 ottobre 1990, dep. 21 dicembre 1990, n. 16840, Rv. 186075.

Cass., sez. VI, sent. 8 novembre 2002, dep. 8 gennaio 2003, n. 55, Rv. 223192.

Cass., sez. VI, sent. 3 luglio 2003, dep. 29 luglio 2003, n. 32019, Rv. 226266.

Cass., sez. VI, sent. 2 settembre 2004, dep. 29 novembre 2004, n. 46168.

Cass., sez. VI, sent. 15 febbraio 2005, dep. 15 marzo 2005, n. 10085, Rv. 231453.

Cass., sez. I, sent. 1° luglio 2005, dep. 2 settembre 2005, n. 32929.

Cass., sez. I, sent. 11 maggio 2006, dep. 30 maggio 2006, n. 19105.

Cass., sez. V, sent. 6 giugno 2006, dep. 23 agosto 2006, n. 29384, Rv. 235005.

Cass. civ., sez. III, sent. 27 giugno 2006, dep. 19 ottobre 2006, n. 22396, Rv. 592932-01.

Cass., sez. I, sent. 22 dicembre 2006, dep. 1° febbraio 2007, n. 3896.

Cass., sez. I, sent. 16 gennaio 2007, dep. 8 marzo 2007, n. 9820..
Cass., sez. I, sent. 14 marzo 2007, dep. 31 maggio 2007, n. 21354.
Cass., sez. I, sent. 12 aprile 2007, dep. 7 maggio 2007, n. 17316.
Cass., sez. un., sent. 29 novembre 2007, dep. 14 febbraio 2008, n. 7208.
Cass., sez. III, sent. 4 dicembre 2007, dep. 29 gennaio 2008, n. 4529, Rv. 238986.
Cass., sez. I, sent. 31 gennaio 2008, dep. 12 febbraio 2008, n. 6605.
Cass., sez. I, sent. 28 febbraio 2008, dep. 7 marzo 2008, n. 10711.
Cass., sez. I, sent. 28 febbraio 2008, dep. 14 marzo 2008, n. 11680.
Cass., sez. I, sent. 5 marzo 2008, dep. 13 marzo 2008, n. 11311.
Cass., sez. III, sent. 11 marzo 2008, dep. 9 aprile 2008, n. 14747.
Cass., sez. I, sent. 17 marzo 2008, dep. 15 aprile 2008, n. 15582.
Cass., sez. I, sent. 26 marzo 2008, dep. 2 aprile 2008, n. 13781.
Cass., sez. I, sent. 8 aprile 2008, dep. 23 aprile 2008, n. 16790, Rv. 240283.
Cass., sez. I, sent. 5 maggio 2008, dep. 15 maggio 2008, n. 19427.
Cass., sez. VI, sent. 13 maggio 2008, dep. 26 agosto 2008, n. 34155..
Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2008, dep. 30 ottobre 2008, n. 40594, Rv. 241482.
Cass., sez. V, sent. 9 luglio 2008, dep. 14 agosto 2008, n. 33472.
Cass., sez. VI, sent. 26 novembre 2008, dep. 16 dicembre 2008, n. 46300, Rv. 242229.
Cass., sez. III, sent. 14 gennaio 2009, dep. 13 febbraio 2009, n. 6229, Rv. 242532.
Cass., sez. un., sent. 22 gennaio 2009, dep. 29 maggio 2009, n. 22676, Rv. 243381.
Cass., sez. IV, sent. 11 febbraio 2009, dep. 2 aprile 2009, n. 14431.
Cass., sez. VI, sent. 13 maggio 2009, dep. 3 giugno 2009, n. 22853.
Cass., sez. VI, sent. 1° luglio 2009, dep. 27 ottobre 2009, n. 41108.
Cass., sez. I, sent. 23 settembre 2009, dep. 18 novembre 2009, n. 44157.
Cass., sez. I, sent. 15 ottobre 2009, dep. 17 dicembre 2009, n. 48119.
Cass., sez. VI, sent. 5 novembre 2009, dep. 10 dicembre 2009, n. 47014.
Cass., sez. I, sent. 17 novembre 2009, dep. 11 dicembre 2009, n. 47126.
Cass., sez. VI, sent. 3 febbraio 2010, dep. 19 aprile 2010, n. 14906.
Cass., sez. I, sent. 18 febbraio 2010, dep. 11 marzo 2010, n. 9754.
Cass., sez. I, sent. 8 luglio 2010, dep. 23 settembre 2010, n. 34245.

Cass., sez. I, sent. 1° dicembre 2010, dep. 4 gennaio 2011, n. 55.
Cass., sez. I, sent. 1° dicembre 2010, dep. 5 gennaio 2011, n. 194.
Cass., sez. I, sent. 14 dicembre 2010, dep. 9 febbraio 2011, n. 4694.
Cass., sez. un., sent. 24 febbraio 2011, dep. 27 aprile 2011, n. 16453, Rv. 249546.
Cass., sez. I, sent. 6 aprile 2011, dep. 27 aprile 2011, n. 16513.
Cass., sez. VI, sent. 23 novembre 2011, dep. 7 dicembre 2010, n. 43439.
Cass., sez. VI, sent. 28 marzo 2012, dep. 12 settembre 2012, n. 34955.
Cass., sez. V, sent. 15 giugno 2012, dep. 28 settembre 2012, n. 37638.
Cass., sez. V, sent. 27 giugno 2012, dep. 17 settembre 2012, n. 35582, Rv. 253536.
Cass., sez. VI, sent. 29 gennaio 2013, dep. 14 febbraio 2013, n. 7372, Rv. 254515.
Cass., sez. VI, sent. 19 febbraio 2013, dep. 27 maggio 2013, n. 22912, Rv. 256622.
Cass., sez. VI, sent. 26 febbraio 2013, dep. 12 aprile 2013, n. 16566.
Cass., sez. un., sent. 28 marzo 2013, dep. 12 settembre 2013, n. 37425
Cass., sez. I, sent. 5 aprile 2013, dep. 24 aprile 2013, n. 18402, Rv. 255880.
Cass. civ., sez. III, sent. 11 aprile 2013, dep. 10 giugno 2013, n. 14531.
Cass., sez. V, sent. 16 maggio 2013, dep. 15 luglio 2013, n. 30502, Rv. 257700.
Cass., sez. VI, sent. 17 settembre 2013, dep. 4 ottobre 2013, n. 41092, Rv. 257815.
Cass. civ., sez. II, sent. 1° ottobre 2013, dep. 15 novembre 2013, n. 25777, Rv. 628305-01.
Cass., sez. III, sent. 9 ottobre 2013, dep. 7 febbraio 2014, n. 5905.
Cass., sez. VI, sent. 27 novembre 2013, dep. 27 febbraio 2014, n. 9730, Rv. 259104.
Cass., sez. III, sent. 5 dicembre 2013, dep. 4 febbraio 2014, n. 5467, Rv. 258055.
Cass., sez. III, sent. 6 febbraio 2014, dep. 26 febbraio 2014, n. 9264.
Cass., sez. III, sent. 6 febbraio 2014, dep. 3 aprile 2014, n. 15176.
Cass., sez. VI, sent. 19 marzo 2014, dep. 13 maggio 2014, n. 19674, Rv. 260288.
Cass., sez. III, sent. 8 aprile 2014, dep. 15 maggio 2014, n. 20266, Rv. 259190.
Cass., sez. un., sent. 24 maggio 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38343, in *Dir. pen. cont.*,
19 settembre 2014.
Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2014, dep. 1° luglio 2014, n. 28212.
Cass., sez. VI, sent. 29 maggio 2014, dep. 18 settembre 2014, n. 38353.
Cass., sez. VI, sent. 10 giugno 2014, dep. 12 settembre 2014, n. 37648.

Cass., sez. III, sent. 26 giugno 2014, dep. 1° ottobre 2014, n. 40553.
Cass., sez. fer., sent. 28 agosto 2014, dep. 30 settembre 2014, n. 40394.
Cass., sez. III, sent. 24 settembre 2014, dep. 11 giugno 2015, n. 24679.
Cass., sez. IV, sent. 1° ottobre 2014, dep. 19 marzo 2015, n. 11601.
Cass., sez. III, sent. 11 novembre 2014, dep. 15 dicembre 2014, n. 52039.
Cass., sez. III, sent. 29 gennaio 2015, dep. 13 aprile 2015, n. 14960, Rv. 263122.
Cass., sez. VI, sent. 25 marzo 2015, dep. 20 aprile 2015, n. 16443, in *Riv. pen.*, 2015, p. 648.
Cass., sez. I, sent. 14 aprile 2015, dep. 4 agosto 2015, n. 34096.
Cass., sez. II, sent. 21-30 aprile 2015, dep. 4 agosto 2015, n. 34147, in *Dir. pen. cont.*, 30 novembre 2015.
Cass., sez. III, sent. 5 maggio 2015, dep. 17 luglio 2015, n. 18501.
Cass., sez. III, sent. 5 giugno 2015, dep. 16 settembre 2015, n. 37364, Rv. 265187.
Cass., sez. V, sent. 6 luglio 2015, dep. 24 febbraio 2016, n. 7244, Rv. 267137.
Cass., sez. I, sent. 13 luglio 2015, dep. 4 settembre 2015, n. 35959, Rv. 264936.
Cass., sez. I, sent. 27 aprile 2016, dep. 12 settembre 2016, n. 37813, Rv. 268101.
Cass., sez. I, sent. 27 aprile 2016, dep. 9 novembre 2016, n. 47191, Rv. 268212.
Cass., sez. V, sent. 21 settembre 2016, dep. 26 ottobre 2016, n. 44986, Rv. 268299.
Cass., sez. VI, sent. 1° dicembre 2016, dep. 25 gennaio 2017, n. 3795.

Giurisprudenza di merito

C. App. Palermo, sent. 12 maggio 1906, in *Giust. pen.*, 1907, p. 38.
Trib. Cremona, sent. 19 febbraio 2009, n. 15.
Trib. Firenze, ufficio del giudice per le indagini preliminari, sent. 27 luglio 2012.
Trib. Milano, ufficio del giudice per le indagini preliminari, sent. 7 gennaio 2013, imp. Guerra, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2013.
Trib. Milano, sent. 22 maggio 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 666.
Trib. Roma, sent. 12 giugno 2013, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013.

Trib. Campobasso, sent. 27 maggio 2015, n. 436.
C. App. Milano, sez. V, sent. 29 maggio 2015, dep. 9 giugno 2015, n. 4215.
Trib. Campobasso, sent. 29 maggio 2015, n. 435.
Trib. Milano, sez. II, sent. 17 luglio 2015 n. 8741.
Trib. Milano, sez. III, sent. 15 dicembre 2015, dep. 18 febbraio 2016, n. 13701, disponibile in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016.

Giurisprudenza straniera e sovranazionale

Dudley and Stephens [1884] 14 Q.B.D. 273.
Corte d'Assise di Köln, sent. 24 ottobre 1951, in *NJW*, 1952, p. 358 ss.
London Borough of Southwark v. Williams [1971] 2 All ER 175, 179.
C.edu, sent. 13 giugno 1979 resa in causa 6833/74, *Marckx c. Belgio*.
Willer [1986] 83 Cr App R 225 (CA).
Howe and Bannister [1987] 1 All ER 771.
Conway [1989] QB 290 (CA).
Martin [1989] 1 All ER 652 (CA).
C.edu, sez. I, sent. 13 dicembre 2007 resa in causa 39051/03, *Emonet e altri c. Svizzera*.
C.edu, grande camera, sent. 9 luglio 2013, resa in causa 66069/09, *Vinter c. Regno Unito*.