

## CAPITOLO I

Genesi della disposizione; i lavori preparatori ed i primi commenti.

SOMMARIO: 1) L'esplicita previsione dell'esimente. – 2) Le attenzioni emerse nel corso dei lavori preparatori. – 3) Le proposte correttive ed i primi rilievi critici. – 4) Il possibile sviluppo delle critiche espresse: impostazione della tematica.

### *1. L'esplicita previsione dell'esimente.*

L'art.51 del vigente codice, disciplinando contestualmente le diverse – sebbene correlate – ipotesi dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere, così dispone: *“L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.*

*Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.*

*Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo.*

*Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine”.*

Non è, invero, circostanza irrilevante osservare come le superiori previsioni attuali traggano immediatamente la propria origine nei testi redazionali del Progetto preliminare e del successivo Progetto definitivo del nuovo codice penale.

Con la prima formulazione normativa<sup>1</sup>, segnatamente, venne prospettato che *“L’esercizio di un diritto, o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude il reato.*

*Se un fatto costituente reato sia commesso per ordine della Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine, e si applica la disposizione dell’articolo 109, n. 4°.*

*Risponde del reato altresì colui che ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Si applica, nondimeno, la disposizione dell’articolo 110.*

*Non commette reato colui che esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine.*

Con la successiva versione definitiva<sup>2</sup>, poi, venne approvato che *“L’esercizio di un diritto, o l’adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.*

*Se un fatto costituente reato sia commesso per ordine della Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l’ordine, e si applica la disposizione dell’articolo 116, n. 3°.*

*Risponde del reato altresì colui che ha eseguito l’ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Si applica, nondimeno, la disposizione dell’articolo 117.*

*Non è punibile colui, che esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consenta alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine”.*

---

<sup>1</sup> Cfr. art.53 del Progetto preliminare di un nuovo codice penale – Ottobre 1927.

<sup>2</sup> Cfr. lavori preparatori...vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco, parte III, testo del Progetto definitivo, art.55.

## *2. Le attenzioni emerse nel corso dei lavori preparatori.*

Il richiamo espresso alle testuali formulazioni del Progetto preliminare nel suo articolo 53 e dell'art.55 contenuto nel Progetto definitivo consentono, anzitutto, di rendere agevolmente spiegabili i termini e le ragioni per le quali l'attenzione dei Commissari e degli Enti istituzionali, intervenuti nel corso dei lavori preparatori, si sia concentrata sulla fattispecie dell'adempimento di un dovere, anziché sulla quella data dall'esercizio di un diritto.

Come puntualmente illustrato negli atti della Commissione<sup>3</sup>, invero, vivace era la "disputa in dottrina e in giurisprudenza se si possa concepire un ordine antiggiuridico vincolante per i cittadini, e vi sono due teorie: una, che esclude la possibilità che i cittadini possano essere vincolati da un ordine antiggiuridico, e un'altra, che ammette la possibilità di un ordine antiggiuridico vincolante. La questione è, in questi termini precisi, agitata specialmente in Germania, nel campo del diritto amministrativo, anche più che del diritto penale. Alla seconda teoria accedono specialmente gli scrittori di diritto militare, dominati dal concetto dell'obbedienza cieca; mentre alla prima accede la maggioranza degli scrittori.

Il problema, secondo noi, non può risolversi, che riportandolo all'ordinamento giuridico positivo; per cui deve riconoscersi che vi è, alcune volte, la possibilità di un ordine, che non ammette sindacato di sorta; e a questo tipo di ordine, il quale presenta la massima energia cogente, si riferisce l'ultimo capoverso dell'articolo, che esclude la responsabilità di colui, che vi obbedisce. Viceversa, tale responsabilità non è esclusa, tutte le volte che un sindacato diretto, da parte del privato, è possibile, poiché si ritiene che il sindacato sia per il cittadino, non solo un diritto, ma anche un dovere.

---

<sup>3</sup> Cfr. intervento del Commissario Massari, dal vol. IV degli Atti della Commissione, parte II, verbali delle sedute della Commissione (libro I del progetto).

Per ciò che si riferisce all'errore di fatto, contemplato nel secondo capoverso, osserva che questo è coordinato con l'ultima parte dell'art.50; epperò non si esclude che anche l'errore di diritto possa essere tenuto presente, quando abbia cagionato un errore sul fatto. Solo in questi limiti si può, per effetto dell'errore, ammettere l'eliminazione della responsabilità: o si tratta di errore di fatto che versi su norma non penale, e allora si rientra nel secondo capoverso, in base al concetto dell'art.50; o si tratta di un errore di diritto diverso, ed allora, contro la possibilità d'ammettere la discriminante, sta il principio che l'ignoranza della legge non scusa".

Compendiando, dunque, i presupposti e le concrete esigenze sottese alla definizione dell'istituto, specie in considerazione del contesto storico-politico dell'epoca, è possibile sostenere che le disposizioni in materia d'adempimento di un dovere sono nate in un'ottica di bilanciamento fra la necessità di "tenuta" delle istituzioni e degli apparati pubblici nazionali (specie di tipo militare) e la contrapposta tendenza ad ascrivere, comunque, ai consociati, in posizione di subordinazione, una potenziale responsabilità per i fatti di reato realizzati in esecuzione di ordini superiori<sup>4</sup>; da qui, pertanto, ha avuto genesi l'idea di contemplare distinte ipotesi di ordini sindacabili ed ordini non sindacabili e, quindi, nell'ambito delle prime, di dare spazio al momento soggettivo dell'illecito nella sua componente rappresentativa<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sul fatto che si tratti ontologicamente di reati, solo eventualmente giustificati, ebbe modo di esprimersi l'Università di Perugia, in persona del relatore, prof. Tesauro, che, così, espresse le proprie critiche alla dizione testuale del Progetto preliminare e che, ragionevolmente, condusse a sostituire il concetto di esclusione della punibilità a quello di esclusione del reato. Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80.

<sup>5</sup> Non sorprende, a detto riguardo, che i primi commenti espressi sulle statuizioni in oggetto abbiano riguardato preminentemente la tematica dell'errore. L'Università di Siena, in persona del proprio relatore, prof. Vannini, osservò che *generalmente è in conseguenza di un errore di diritto extrapenale che si erra sulla legittimità dell'ordine ricevuto, e poiché questo errore di diritto, per noi si risolve sempre in un errore di fatto, il Progetto, che non sempre (art.50) considera errore di fatto l'errore di diritto extrapenale e, avrebbe fatto bene, in questo caso, a menzionare, a fianco dell'errore di fatto, l'errore di diritto non penale. Inoltre, siccome detto errore può essere biasimevole oppure inevitabile, noi avremmo preferito che la disposizione in esame si fosse espressa in questi termini: "Risponde di reato colposo, ove la natura del reato lo consenta, colui*

Come chiaramente osservato circa l'impostazione metodologica dei lavori preparatori, il Progetto presenta il merito di regolare "l'ipotesi dell'illegittimità dell'ordine, distinguendo la responsabilità di chi lo ha emanato, da quella di chi l'ha eseguito: e mentre riconosce in ogni caso sussistente la prima, dichiara che per chi ha ubbidito ed eseguito l'ordine illegittimo non possa riscontrarsi reato, quando per errore di fatto abbia creduto di eseguire un ordine legittimo, o quando gli era inibito qualsiasi sindacato sulla legittimità dell'ordine. Pertanto le questioni che si agitano intorno al così detto ordine antiggiuridico vincolante ricevono la più corretta soluzione, perché, menzionandosi esplicitamente e tassativamente i soli due casi, nei quali l'esecuzione di tali ordini non è penalmente illecita, si riconosce e afferma altresì il principio generale, fondamentale di ogni ordinamento civile, che devesi obbedire all'ordine, solo quando sia conforme a legge<sup>6</sup>".

Il complessivo insieme degli interventi svolti in sede di elaborazione normativa se, da un lato, ha accolto con univoco favore l'affermazione legislativa del principio secondo il quale non costituisce azione illecita quella che è conforme a legge (esercizio di un diritto o adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica<sup>7</sup>), ovvero è compiuta in esecuzione di un

---

*che, in seguito ad errore...evitabile, colposo, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo". Sempre in analoga materia la Commissione Reale degli Avvocati di Trieste e dell'Istria profilò che sarebbe stato meglio precisare, nel 2° capoverso dell'art.53, l'ipotesi "dell'errore di fatto" che abbia indotto a ritenere legittimo l'ordine impartito: infatti, lasciando la dizione attuale, si darebbe luogo a molteplici questioni riguardo alla possibilità del sindacato, che permetta di ovviare a tale errore di fatto".*

Si vedano nuovamente, per le finalità di cui sopra, i lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80.

<sup>6</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, Progetto definitivo, Parte I, Relazione sul libro I del Progetto.

<sup>7</sup> In particolare, venne salutato con estrema soddisfazione il lato tecnico del Progetto laddove ha inteso sostituire alle parole *per disposizione di legge*, proprie del codice previgente, quelle di imposte da una norma giuridica, rilevandosi che, nell'ordinamento costituzionale del nostro Stato, non solo dalle leggi, ma anche da atti del potere esecutivo, possono provenire disposizioni giuridicamente obbligatorie; cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, volume IV, Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare un parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, parte I, Relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani, Presidente della Commissione.

ordine legittimo di un'Autorità, dall'altro, come già osservato, ha tuttavia finito per ricondurre "pianamente" alle manifestazioni di tale principio l'esimente dell'esercizio di un diritto.

La corrispondente parte dell'attuale art.51 comma 1 c.p., infatti, forse perché apparentemente scevra delle stesse esigenze di opportunità storico-politica proprie dell'adempimento di un dovere – e, pertanto, delle correlate complicazioni nel momento redazionale – è stata sostanzialmente giustificata, nella sua integralità, alla luce delle tesi dottrinali sulle condizioni negative dell'illiceità penale. Si è osservato, in proposito, che "un'azione od omissione è penalmente illecita, quando è in opposizione ad un precetto penale o all'obbligo o al diritto che ne discendono, ma è stato altresì riconosciuto che un'azione od omissione, per essere penalmente illecita, deve avere un requisito ulteriore, non essere cioè conforme ad alcuna norma giuridica, che imprima alla condotta il carattere di legittimità, per essere l'esercizio di un diritto soggettivo dell'agente (o l'adempimento di un dovere giuridico)"<sup>8</sup>.

Le considerazioni che precedono consentono, dunque, di cogliere appieno come la consacrazione normativa del noto brocardo *qui suo jure utitur nemini injuriam facit* abbia comportato non eccessive perplessità di metodo, né, ugualmente, gravi critiche di tecnica redazionale.

### *3. Le proposte correttive ed i primi rilievi critici.*

L'analisi dell'approccio critico espresso sull'attuale art.51 c.p. e le susseguite osservazioni emerse nel corso dei lavori preparatori non devono nascondere ed, anzi, impongono di considerare con la massima attenzione quelle isolate proposte correttive formulate con riferimento al contenuto semantico della

---

<sup>8</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, volume IV, Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare un parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, parte I, Relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani, Presidente della Commissione.

disposizione, nonché, ancor prima (in ordine di importanza), quelle censure metodologiche profilate in merito all'opportunità di codificare, a livello di norma ordinaria di legge, il principio generale sotteso all'esimente dell'esercizio del diritto.

Sotto il primo profilo, invero, non sono privi di rilievo quei suggerimenti che, al fine di ottenere una maggiore omogeneità fra l'impianto della parte generale codicistica ed il sistema delle disposizioni incriminatrici di parte speciale, hanno ipotizzato l'inserimento, nelle premesse del primo comma dell'articolo, della locuzione "salvo che la legge disponga altrimenti"; ciò, segnatamente, per coordinare, appunto, il generale precetto esimente con le previsioni dei reati di esercizio arbitrario delle proprie ragioni di cui agli attuali articoli n.391 e n.392 c.p.<sup>9</sup>.

Assai significativi peraltro, anche per le argomentazioni che verranno illustrate nel seguito della trattazione, sono pure i motivi che hanno condotto le competenti Commissioni a respingere le superiori proposte. In particolare, infatti, si sostenne che l'ipotizzata aggiunta delle espressioni suggerite risultava superflua, "in quanto l'esercizio del diritto, in tanto discrimina il fatto, in quanto si contiene, sia per la sostanza, che per la forma, nei limiti fissati dalla legge e da tutte le altre norme, che, nell'ordinamento giuridico dello Stato, determinano l'esercizio dei diritti soggettivi; onde è evidente che, se tali limiti si oltrepassano, si versa nell'ipotesi dell'*abuso* del diritto, e si è, perciò, fuori dalla disposizione dell'art.53 (ora art.51 c.p.)<sup>10</sup>.

Ancora, v'è chi ha definito "poco felice e tautologica" l'espressione dell'art.53 – "esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma

---

<sup>9</sup> Si vedano, al riguardo, gli interventi delle Corti d'Appello di Firenze e Napoli che, al fine di evitare antinomie nell'ambito del sistema, proposero alternativamente di inserire nella formulazione normativa l'inciso "salvo nel caso di cui agli articoli 399 e 400"; cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80.

<sup>10</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. IV degli Atti della Commissione, parte II, verbali delle sedute della Commissione (libro I del progetto).

giuridica” – “giacché qualsiasi diritto e qualsiasi dovere giuridico non esistono che in funzione di una norma”<sup>11</sup>; norma giuridica, poi, “è espressione così vasta, che non può intendersi qui, se non con un criterio di relatività, con rispetto cioè di un certo ordine di prevalenza norma su norma”<sup>12</sup>.

E se, con riguardo alla questione semantica in oggetto, sono state espresse anche parole di favore<sup>13</sup>, non può, tuttavia, omettersi di porre attenzione a talune critiche, in assoluto negative, sulla redazione della norma. Così l’Università di Perugia, con le parole del proprio relatore, ha avuto modo di ritenere inesatta la dizione dell’art.53, “perché quando si stabilisce che l’esercizio di un diritto esclude il reato, la disposizione sembra avere un’estensione molto più lata di quella voluta dai compilatori”<sup>14</sup>.

Ma è sotto il secondo profilo anticipato in via di premessa – ossia quello riguardante l’opportunità di codificare a livello di norma ordinaria di legge il principio generale sotteso all’esimente dell’esercizio del diritto – che hanno trovato formulazione le critiche più significative ed interessanti ai fini della presente trattazione.

E’, in primo luogo, la Corte d’Appello di Palermo ad avere ritenuto “assai generica, ed assai pericolosa” la dizione dell’art.53 secondo la quale “l’esercizio di un diritto...esclude il reato”. “Se tale disposizione significa *qui suo iure utitur, neminem ledit* essa è superflua, essendo fondamentale principio del vivere sociale che la facoltà di agire, nel singolo, trova limite solo

<sup>11</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80; Commissione Reale Avvocati di Palermo.

<sup>12</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80; Sindacato Avvocati e Procuratori di Cagliari e Lanusei.

<sup>13</sup> Cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, volume IV, Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dare un parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, parte I, Relazione introduttiva di S.E. Giovanni Appiani, Presidente della Commissione, laddove si elogia l’impiego della locuzione “imposte da una norma giuridica”, essendo noto che, nell’ordinamento costituzionale del nostro Stato, non solo dalle leggi, ma anche da atti del potere esecutivo possono provenire disposizioni giuridicamente obbligatorie.

<sup>14</sup> Cfr., nuovamente, lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art.1-80.

nell'uguale e temporanea facoltà di agire degli altri; se invece significa che il cittadino può, per esercitare il proprio diritto, offendere sempre e comunque il diritto altrui, essa è pericolosa, non precisando i limiti di esercizio dei diritti del singolo”.

La stessa Procura Generale del capoluogo siciliano ha commentato perentoriamente che “la norma per cui l’esercizio di un diritto esclude il reato è troppo generica; può essere invocata in ogni fatto delittuoso e dar luogo a molteplici quistioni; Essa riguarda taluni reati, come l’esercizio arbitrario delle proprie ragioni, e, per questo, come per qualche altro caso, non occorre sia espressamente sancita, risultando dai principi generali del diritto”.

Ancor più illuminante, nella sua incerta prognosi, è stato il parere della Corte di Cassazione del Regno<sup>15</sup> la quale, nel commentare le previsioni dell’art.53 (ora, come osservato, art.51 c.p.), così si è espressa: “sta bene per quanto concerne l’adempimento del dovere, ma non così ugualmente in relazione all’esercizio di un diritto, sul che facciamo le nostre più ampie riserve, segnalando la pericolosa norma alla riflessione di chi dovrà ancora rivedere il Progetto”.

#### *4. Il possibile sviluppo delle critiche espresse: impostazione della tematica.*

Difetta, invero, a chi scrive la qualifica soggettiva indicata dalla Suprema Corte. È, tuttavia, auspicio della presente trattazione rivolgere le massime attenzioni alla scriminante dell’esercizio del diritto, cogliere la portata della corrispondente disposizione di cui all’art.51 c.p. ed evidenziarne quindi, secondo il suggerimento della stessa Cassazione, gli eventuali vizi di opportunità, oltre che i “pericoli” derivanti dalla sua concreta applicazione.

---

<sup>15</sup> Rel. Marongiu; cfr. lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. III, Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale, Parte I, art. 1-80.

Diviene, pertanto, di primaria importanza individuare la *ratio* sottesa alla suddetta previsione normativa e definirne il “meccanismo” di operatività; il che, come sarà cura di evidenziare, impone una valutazione critica condotta in ragione dei principi e degli assetti del nostro ordinamento giuridico.

Gioverà, quindi, verificare le considerazioni tratte dalle suddette valutazioni primarie alla luce della collocazione sistematica della disposizione e dei suoi rapporti con le altre previsioni codicistiche.

Conclusivamente, gli esiti critici evidenziati consentiranno di offrire un'interpretazione della scriminante nei termini più conformi al nostro sistema ordinamentale e di coglierne, pertanto, i profili di maggiore opportunità ed utilità a livello applicativo.