

CAPITOLO II

Ratio e necessità della disposizione.

SOMMARIO: 1) La *ratio* della disposizione ed il suo “meccanismo” di funzionamento. – 2) La presenza della scriminante ed il problema delle antinomie. – 3) I limiti all’esercizio di un diritto. – 4) Il rispetto del principio di legalità. – 5) L’art.51 c.p. e le norme di rango costituzionale. – 6) Sintesi.

1. *La ratio della disposizione ed il suo meccanismo di funzionamento.*

L’art.51 c.p. stabilisce che l’esercizio del diritto esclude la punibilità.

La generalità dei commentatori riconduce la previsione al più generale principio di non contraddizione (e, quindi, di coerenza) all’interno di un medesimo ordinamento giuridico¹.

Come non è, infatti, razionalmente pensabile che “uno stesso ordinamento giuridico imponga ad un soggetto un obbligo di agire o di non agire, e contemporaneamente gli minacci una sanzione per il caso in cui agisca o non agisca”², lo stesso è a dirsi per l’esercizio di un diritto: “sarebbe logicamente contraddittorio che una norma concedesse un potere d’agire e, dall’altro, ne sanzionasse penalmente l’esercizio”³.

¹ A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, Padova, 2007, 275; I. CARACCIOLI, *L’esercizio del diritto*, Milano, 1965, 179; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, 240; D. PULITANO, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1990, 321; G. GUADAGNO, *Manuale di diritto penale*, Roma, 1967, 251; A. LANZI, *La scriminante dell’art.51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano, 1983, 5.

² G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 567.

³ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, IV ed., Zanichelli, 2004, 241.

In altri termini, l'ordinamento non può entrare in contraddizione con sé stesso, attribuendo, per un verso, un diritto ad un consociato, e però punendolo per il fatto di avere esercitato il diritto medesimo.

V'è ancora chi, spingendosi oltre, ha individuato il fondamento della scriminante nel principio di non contraddizione orientato nella logica prevalenza, nel caso concreto, della norma attributiva del diritto su quella penale incriminatrice⁴.

Si è infatti rilevato che se, da una parte, l'ordinamento giuridico non può entrare in contraddizione con sé medesimo, dall'altra, tuttavia, non sussistono argomenti certi e sicuri per risolvere la stessa contraddizione attraverso l'applicazione della norma attributiva del diritto.

La previsione dell'art.51 c.p. avrebbe, quindi, il pregio di risolvere eventuali incoerenze del sistema, tenendo conto che un ipotetico sacrificio della disposizione autorizzatrice, a vantaggio di quella incriminatrice, finirebbe per svuotare il contenuto e la funzione della prima, così dando vita ad un fenomeno patologico verosimilmente non auspicato dal Legislatore. Escludere la facoltizzazione di un comportamento equivale, infatti, ad irrogare una sanzione penale a chi lo realizza.

Al contrario, invece, l'attribuire prevalenza alla disposizione che consente la legittima verifica di un fatto non vale, per ciò stesso, ad escludere in ogni caso l'operatività della norma incriminatrice, la quale, infatti, continuerà pur sempre a trovare applicazione nella maggior parte delle ipotesi concrete, ossia in tutte le fattispecie nelle quali il comportamento penalmente vietato non venga posto in essere nell'esercizio di una facoltà legittima.

Come dianzi accennato, è stata, poi, contestualmente messa in risalto la necessaria presenza, nel nostro sistema, dell'espressa previsione di cui all'art. 51 c.p.: non è, invero, altrimenti reperibile la giustificazione della prevalenza

⁴ I. CARACCIOLI, op. cit., 201-202; cfr., sul punto, A. CADOPPI – P. VENEZIANI, op. cit., 275.

delle norme attributrici di diritti le quali, anzi, non potrebbero derogare alle norme incriminatrici – poiché, queste ultime, di diritto pubblico e poste a tutela dell'ordine pubblico – e, se preesistenti ad esse, dovrebbero considerarsi abrogate per incompatibilità proprio dalle norme penali posteriori.

La considerazione per la natura pubblicistica delle disposizioni incriminatrici e, dunque, per la connessa inderogabilità da parte di previsioni d'altra portata, ha consentito di valutare compiutamente il “meccanismo” di funzionamento sotteso all'art.51 c.p.

L'articolo in commento, secondo la convinzione unanime dei commentatori, riproduce il modello proprio delle norme penali in bianco⁵, contenendo essa un rinvio recettizio mobile a norme extrapenali e consentendo, pertanto, a queste medesime di divenire parti integranti del sistema penale.

Così delineata la sua logica di funzionamento, si è parallelamente osservato come il merito – ed, anzi, l'intrinseca necessità – della disposizione sia quello di consentire un effettivo e puntuale rispetto del principio di legalità imposto nella materia penale⁶.

L'osservanza di tale principio, poiché assolutamente fondamentale ed imprescindibile in qualsivoglia operazione interpretativa ed applicativa della legge penale, non potrebbe, infatti, consentire di disattendere una norma ed un precetto penale sulla base di altra norma non richiamata e, quindi, non appartenente all'ordinamento penale.

Come rilevato in termini di assoluta coerenza⁷, dunque, pur nell'assurdità e nell'iniquità delle conseguenze che ne potrebbero derivare, non si potrebbe in assoluto ipotizzare la mancata applicazione di una norma incriminatrice ogni qualvolta il comportamento incriminato coincidesse con quello autorizzato da altra norma, facente però parte di un ordinamento diverso da quello penale. E',

⁵ I. CARACCIOLI, op. cit., 140; D. PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 359; F. MANTOVANI, op. cit., 235 e ss.

⁶ DEL ROSAL, *Derecho penal espanol*, Madrid, 1966, 333.

⁷ A. LANZI, op. cit., 5 e ss.

infatti, demandato unicamente a quest'ultimo il compito di incriminare e giustificare⁸: ogni altra impostazione, si è detto, potrebbe essere tacciata di violazione del principio di legalità.

E, sotto il medesimo profilo interpretativo, è stato puntualizzato che l'operatività della norma autorizzativa extrapenale non potrebbe nemmeno giustificarsi nella prospettiva dei c.d. "limiti taciti della norma penale", ossia di quei limiti inespressi – caratterizzanti la fattispecie logica – in ragione dei quali viene condizionata la stessa applicazione della norma penale. La tematica del diritto esercitato con efficacia scriminante atterrebbe infatti, per definizione, alla categoria dei limiti necessariamente espressi, in quanto, tra due norme in conflitto, è necessaria una esplicita disposizione di coordinamento⁹.

Nel considerare le ragioni di opportunità dell'art.51 c.p., infine, non sono mancati coloro che, nella cristallizzazione dell'illustrato rapporto di prevalenza e nel rispetto del consacrato principio di legalità, hanno messo in risalto, da un lato, la portata rafforzatrice della disposizione e, dall'altro, la sua potenziale funzione nel senso di una soluzione preventiva di eventuali conflitti fra interessi collidenti¹⁰.

⁸ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 43. Va osservato come tale Autore metta in risalto il ruolo dell'art.51 c.p. nella prospettiva della riserva assoluta di cui all'art.25 della nostra Carta Costituzionale, comprendente anche gli elementi negativi della fattispecie.

⁹ In termini, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1972, 167 e ss.

¹⁰ V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, 12, 317-318. Per l'Autore l'art.51 c.p. sarebbe, sotto il profilo giuridico, una "norma potenziatrice", in quanto eleverebbe i diritti soggettivi, da qualunque fonte derivino, alla potenza di escludere il reato commesso nel loro esercizio, e "sistematrice", in quanto trasvaluterebbe le norme, da cui derivano diritti soggettivi, in norme penali e le eleverebbe al titolo di norme limitatrici dei precetti penali; infine, da un punto di vista sociale, avrebbe la funzione di risolvere preventivamente i conflitti che possono nascere tra interessi contrastanti; V. FROSINI, voce *Esercizio del diritto*, in *Nov.mo dig. it.*, 1960, 823, che ravvisa nell'art.51 c.p. una "valvola di sicurezza del sistema di norme di un ordinamento giuridico, giacché consente l'eliminazione automatica di eventuali conflitti interni sorgenti a contrasto fra la pratica attuazione del contenuto di un diritto, e gli altri diritti formalmente riconosciuti ed astrattamente considerati".

2. La presenza della scriminante ed il problema delle antinomie.

Le superiori prospettive, nell'ottica di giustificare la presenza della scriminante nel nostro sistema codicistico, rischiano, tuttavia, di evidenziare proprietà ed aspetti secondari della disposizione in commento, ovvero di giungere a conclusioni non propriamente condivisibili, partendo esse da presupposti passibili di critica.

Segnatamente, il rimarcare unicamente la portata rafforzatrice dell'art.51 c.p. è atteggiamento che già va ad ammettere implicitamente l'esistenza del principio di non contraddizione, la sua immanente presenza del nostro sistema penale e, di conseguenza, una sostanziale prescindibilità della scriminante.

La duplicazione esplicita di tale principio, nell'elevare i diritti soggettivi, da qualunque fonte derivanti, alla potenza di escludere il reato laddove commesso nel loro esercizio, finisce, di conseguenza, per avere esclusivi riflessi di natura politico-criminale, senza, al contrario, assolvere ad alcuna utile funzione tecnico-giuridica.

Ed analoghe considerazioni valgono, a ben vedere, per la stessa impostazione che riconosce all'art.51 c.p. il merito di risolvere espressamente, e, così, in via anticipata, eventuali contrasti concretamente verificabili fra posizioni giuridiche confliggenti.

Il che, tuttavia, altro non sarebbe se non una dichiarata agevolazione per l'interprete il quale, chiamato a dirimere siffatte ipotesi di contrasto, si gioverebbe della previsione normativa in commento quale strumento codificato tale da rendere concretamente operativo il principio di logica coerenza dell'ordinamento.

Senonché, invero, anche in una siffatta prospettiva, si manifesta la prescindibilità della disposizione, a meno di voler negare la possibilità che il

suddetto principio possa e debba trovare applicazione pur nell'assenza di una sua espressione positiva.

Tanto osservato, occorre peraltro mettere in luce come sia proprio l'inquadramento logico dell'art.51 c.p. a privare ulteriormente di pregnanza le prospettive critiche considerate e, ad un tempo, ad inficiare la stessa impostazione che individua favorevolmente, nella disposizione, un criterio di prevalenza della norma attributiva del diritto su quella penale incriminatrice.

Orbene, un siffatto inquadramento non può che prendere le mosse dal più ampio problema delle antinomie giuridiche¹¹, fenomeno che si configura in presenza di una, apparente o reale, incompatibilità fra norme appartenenti ad un medesimo ordinamento giuridico¹².

E' cosa evidente che, con riferimento al tempo, potranno aversi antinomie fra norme contemporanee e fra norme successive; rispetto alla gerarchia, potranno aversi antinomie fra norme di identico grado e fra norme di grado differente; rispetto all'estensione, potranno aversi antinomie fra norme di identico ambito applicativo (antinomie totali) e fra norme di ambito applicativo differente (antinomie parziali), con distinzione, ancora, tra i casi di norme di cui una è parte dell'altra (antinomie parziali per specificità) e norme che, invece, si intersecano reciprocamente (antinomie parziali per interferenza).

Ma, per quanto maggiormente interessa la presente trattazione, la *summa divisio* in tema di antinomie discende dall'eventuale adesione al dogma, assoluto ed universale, della immanente coerenza dell'ordinamento giuridico – fondato sul diffuso convincimento che il diritto non tollera contraddizioni – ovvero, al contrario, al diverso presupposto secondo il quale la rigorosa

¹¹ In materia di antinomie normative, cfr. N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 354 e ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 79 e ss.; G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, 78-79; P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 86, 97; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, 379-380.

¹² Intendendosi come tale l'insieme delle norme giuridiche di una determinata comunità organizzata, prese nella loro unità, e non, invece, un singolo ramo del diritto.

coerenza del sistema non sarebbe un valore assoluto, ammettendo, comunque, l'ordinamento ipotesi di antinomie irrisolte, eventualmente corredate da regole di soluzione dei conflitti (addirittura, talvolta, in contrasto fra loro).

Per la prima opinione, in quanto sempre risolvibili, le antinomie sarebbero tutte "apparenti"; per la seconda, accanto ad antinomie apparenti, resterebbero concepibili antinomie "reali", definite, appunto, tali, in quanto insanabili.¹³

Se mal non si è compreso il *thema disputandum*, dunque, si distinguono coloro che ritengono sempre superabile qualsivoglia fattispecie di conflitto fra norme – il quale permarrrebbe, pertanto, solo a livello di confronto astratto delle disposizioni di legge – e coloro che, viceversa, ammettono ipotesi distinte in cui due (o anche più) fonti normative si trovano in rapporto d'incompatibilità, totale o parziale, avendo esse un identico ambito di applicazione, in relazione alle fattispecie concrete, di volta in volta, venutesi a configurare.

Anche seguendosi quest'ultima impostazione, tuttavia, deve ritenersi che l'esigenza di coerenza e linearità del sistema, anche laddove estranea ai caratteri naturali di un ordinamento giuridico, finisce per imporre uno sforzo dell'interprete nel senso di stabilire quale, fra le disposizioni in conflitto, debba trovare effettiva operatività nel caso concreto.

E dunque, in tale contesto, nell'impossibilità di destinare alle norme spazi d'incidenza propri ed esclusivi, dovrà optarsi per l'invalidazione oppure per l'abrogazione implicita (o tacita¹⁴) di quella che, alla luce dei consueti criteri interpretativi, non risulti conformarsi alla volontà del Legislatore, essendole preferibile quella antinomica¹⁵.

¹³ In termini, F. MANTOVANI, voce Esercizio del diritto (dir. pen.), in Enc. dir., vol. XV, Milano, 1966, 630; E. GALLO, Sciopero e repressione penale, Bologna, 1981, 191; sulla possibilità di antinomie insanabili, N. BOBBIO, op. cit., 364 e ss.; in senso contrario, GAVAZZI, op. cit., 104 e ss.

¹⁴ P. NUVOLONE, Le leggi penali e la Costituzione, Milano, 1953, 13.

¹⁵ Si veda, peraltro, quanto si andrà a sostenere *infra* (cfr. par.5) con riguardo ai contrasti reali tra norme incriminatrici ordinarie e norme autorizzatrici di rango costituzionale.

E', conseguentemente, ravvisabile un sostanziale accordo nella definizione di tali regole ermeneutiche le quali, senza intenti di completezza, possono essere compendiate nel "criterio gerarchico delle fonti", in base al quale la norma di grado superiore prevale su quella di grado inferiore, nel "criterio cronologico, per il quale, tra due norme incompatibili di pari grado, la successiva abroga la precedente e nel "criterio di specialità", secondo il quale la norma speciale deroga alla norma generale.

Così tratteggiato il fenomeno delle antinomie reali, o effettivamente tali, non può che concludersi con l'estraneità della previsione di cui all'art.51 c.p. rispetto ad un siffatto scenario.

La scriminante dell'esercizio del diritto presuppone, infatti, una situazione di conflitto apparente fra la norma incriminatrice ed, appunto, quella affermativa di una facoltà legittima.

Ovvio, in tal senso, che, laddove non vi sia conflitto, nemmeno possa porsi un problema di efficacia scriminante.

E così, invero, non potrà parlarsi di scriminante a proposito delle fattispecie criminose che prevedono tra i requisiti tipici la commissione del fatto al di fuori dell'esercizio di un diritto (fattispecie cosiddette ad illiceità specifica¹⁶). Analogamente, la natura propria dell'esercizio del diritto, nel senso consacrato dall'art.51 c.p., non si conforma alle ipotesi in cui la stessa apparenza di un conflitto venga esclusa dall'abrogazione espressa di una norma per opera di una diversa ad essa incompatibile.

In termini di coerenza, poi, dovranno escludersi dalla naturale incidenza della scriminante gli stessi casi, appena individuati, in cui la reale antinomia fra norme venga ad essere risolta dall'interprete con l'invalidazione, ovvero con l'implicita abrogazione, di quella soccombente, alla luce dei menzionati criteri interpretativi.

¹⁶ Cfr. F. MANTOVANI, ult. op. cit., 631.

In via del tutto consequenziale, dunque, deve concludersi che i casi destinati a rientrare nella sfera applicativa della scriminante sono esclusivamente quelli in cui si verifichi un conflitto (apparente) di norme effettivamente coesistenti; norme, cioè, incompatibili fra loro, con esclusivo riguardo ad una identica fattispecie concreta, e, comunque, contestualmente in vigore, in quanto applicabili nello stesso spazio e nello stesso tempo.

Proprio il diverso ambito applicativo fra le disposizioni confliggenti costituisce, pertanto, il requisito essenziale della loro effettiva coesistenza; l'ipotesi di conflitto, in altri termini, non è destinata ad essere superata con il sopravvento dell'una sull'altra, né, quindi, sulla base del criterio gerarchico, con la correlata invalidità della norma di grado inferiore, né su quella del criterio cronologico, con l'abrogazione tacita della norma anteriore.

Se, infatti, il presupposto del rapporto fra le norme prese in considerazione è quello della loro coesistenza, è altrettanto vero che esse possono effettivamente coesistere proprio ed in quanto risulti che l'una, anziché sopprimere integralmente l'altra, ne circoscriva soltanto la portata applicativa.

Due importanti conclusioni discendono immediatamente da tale considerazione.

In primo luogo, invero, assunta la validità dell'impostazione prospettata, non può conferirsi logica coerenza ad un meccanismo che preveda una relazione di prevalenza della norma attributrice del diritto su quella incriminatrice, concentrandosi unicamente il problema sulla definizione del limite di confine che va a tenere separate le aree applicative delle due disposizioni¹⁷.

In secondo luogo, ancora, sembra trovare valida conferma l'idea che l'art.51 c.p. sia una disposizione superflua, in quanto i casi di "prevalenza" della norma che riconosce il diritto su quella incriminatrice sono già determinabili

¹⁷ E. GALLO, ult. op. cit., 192.

sulla base dei rapporti tra esse intercorrenti e rappresentano una realtà già operante sul piano dell'ordinamento¹⁸.

Proseguendosi oltre e rivolgendosi le attenzioni alle ulteriori possibili ricadute dell'impostazione in argomento, non può, dunque, negarsi che il problema reale si riduca alla ricerca, sul piano normativo, degli indici da utilizzare per la ricostruzione delle valutazioni del Legislatore nella loro coerenza; ciò, ovviamente, in considerazione del presupposto che le due norme in apparente conflitto debbano fare riferimento e disciplinare fattispecie concrete diverse fra loro.

3. I limiti all'esercizio di un diritto.

L'individuazione della linea di demarcazione fra le aree di operatività proprie delle norme in apparente conflitto e, così, degli indici da utilizzarsi a tale scopo merita una preliminare precisazione di metodo.

Partendo dal presupposto per cui le norme prese in considerazione si presentano nel loro aspetto statico ed astratto – così da essere estranee ad eventuali giudizi di conformità del fatto concreto al tipo legale – non pare corretto parlare di scriminante dell' "esercizio del diritto", quanto, piuttosto, di scriminante del "diritto".

Come evidenziato in termini di lucida chiarezza, il diritto scrimina entro i limiti in cui è concesso; il fatto concreto resta scriminato in quanto posto in essere entro i limiti del diritto¹⁹.

¹⁸ In termini, F. MANTOVANI, ult. op. cit., 632; M. SPASARI, Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore, Milano, 1961, 55, 42, secondo il quale la norma dell'art.51 c.p. "si limita a riprodurre e a evidenziare una realtà normativa che già opera sul piano dell'ordinamento".

¹⁹ 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), laddove, come già evidenziato nella parte relativa alla genesi della disposizione, è stato osservato che "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".

Non vi è, allora, spazio per una distinzione tra diritto e suo esercizio, in rapporto alla loro portata, né per la conseguente possibilità di un esercizio illegittimo di un diritto, costituendo l'esercizio niente altro che l'attuazione del contenuto del diritto, il comportamento umano a tale contenuto corrispondente²⁰.

Come insegnato da autorevole dottrina²¹, invero, quando si afferma che non basta la sussistenza del diritto per scriminare l'azione che lo attua, se non sia prevista, anche implicitamente, proprio quella condotta che di norma costituisce reato, non si considera che non esistono diritti esercitabili in un modo e in un altro no, e che perciò, se un determinato comportamento non può essere tenuto, vuol dire soltanto che non c'è nemmeno diritto di tenerlo²².

Tali osservazioni, per quanto possano apparire ovvie e scontate, risultano, in ogni caso, decisive nel precludere prospettazioni errate, volte a configurare la possibilità di un esercizio illegittimo del diritto e a subordinare l'applicabilità della scriminante nel rispetto di limiti esterni, in realtà inesistenti sotto un profilo di stretto rigore giuridico.

Non pare, infatti, opportuno operare, in tal senso, distinzioni logiche fra limiti interni e limiti esterni del diritto, definendo i primi come i limiti del diritto

²⁰ F. MANTOVANI, *ult. op. cit.*, 664; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 141.

²¹ E. GALLO, *Sciopero e repressione penale*, Bologna, 1981, 194.

²² Prosegue, ancora, l'Autore che "nemmeno può essere accolta la tesi giurisprudenziale secondo cui la scriminante funzionerebbe soltanto in un rapporto di necessità (Cass., 3 ottobre 1962, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 225, con nota di R. PETTENATI, *Esercizio del diritto ed epiteto ingiurioso rivolto al presunto autore di un furto*), perché o è la legge che lo prescrive e allora il limite è nel diritto e non nell'esercizio, oppure si pone al diritto un limite arbitrario in quanto, se quel certo comportamento è nel contenuto del diritto, è lecito tenerlo indipendentemente da ogni necessità, e se non è nemmeno implicito non c'è necessità che lo giustifichi, salvo che non sia quella prevista dall'omonima scriminante. Ugualmente deve dirsi nei confronti di chi esige che il fatto penalmente rilevante per essere scriminato deve essere commesso in un nesso teleologico-utilitario rispetto al diritto esercitato (V. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli, 1939, 91 e ss., 113 e ss.; G. GUADAGNO, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enciclopedia forense*, Milano, Vallardi, vol. III, 1958, 578); infatti, se si tratta di fatto che attiene al contenuto del diritto, è la legge stessa che lo ha valutato favorevolmente come mezzo idoneo al perseguimento degli scopi per cui il diritto è stato concesso, e perciò ancora una volta è situazione riferibile alla natura stessa del diritto e non al suo esercizio".

scriminante promananti dalla stessa norma che lo configura ed i secondi quali limiti promananti da norme diverse e poste a tutela di interessi differenti. L'effettiva sussistenza dell'ipotesi scriminata deve derivare da una contestuale valutazione di tutti gli elementi normativi utili, tanto di quelli contenuti nella disposizione attributrice del diritto, quanto di quelli offerti da altre disposizioni (di divieto o autorizzatici) incidenti nella stessa materia, ovvero in ambiti limitrofi.

Sia i limiti interni che quelli esterni valgono, pertanto, a qualificare congiuntamente l'ambito del lecito, tanto da non residuare spazi, come anticipato, per ipotetiche fattispecie di "esercizio illegittimo del diritto".

La tematica presenta un indubbio momento di aderenza con il concetto di "abuso del diritto"²³.

Con tale espressione, cui è evidentemente sottesa una contraddizione *in terminis*, si intende, infatti, mettere in rilievo, da un lato, che se vi è diritto non vi è abuso (e viceversa), nonché, dall'altro, che ogni ipotesi di diritto prevista *ex lege* contiene un suo limite interno, funzionale, insito nelle stesse facoltà consentite di volta in volta e strutturalmente corrispondente alle finalità in funzione delle quali il diritto viene riconosciuto.

E quindi, se a un diritto è immanente un determinato scopo, esso è tale solo nell'ambito di tale scopo; ne consegue che non può considerarsi esercizio del diritto, per mancanza di conformità al tipo legale, il fatto che da tale scopo si discosti.

Proseguendo sullo stesso tema e senza obiettivi di completezza, pare, infine, potersi ritenere che una simile prospettiva sia configurabile con riguardo ad ogni fattispecie di diritto, tanto quelle in cui il limite teleologico sia espressamente previsto dalla legge, quanto quelle in cui il nesso funzionale e finalistico rimanga a livello implicito.

²³ S. ROMANO, voce Abuso del diritto, in Enc. dir., vol. I, Milano, 1958, 168 e ss.

Ancora, pare potersi aggiungere che tutte le ipotesi normative – a prescindere dalla natura e dal grado gerarchico della corrispondente fonte – tendenti a riconoscere posizioni giuridiche meritevoli di tutela siano strutturate in modo tale da indicare, più meno esplicitamente, secondo quali modalità il diritto possa essere esercitato (basti pensare, in tal senso, alla *summa divisio* fra diritti assoluti e diritti relativi).

E quindi, anche sotto tale profilo, non può considerarsi esercizio del diritto, sempre per difformità rispetto al modello legale, il fatto realizzato secondo forme incompatibili con quelle oggetto di tutela.

Volendosi trarre, pertanto, le prime conclusioni, può affermarsi che l'esercizio del diritto si configura soltanto rispetto a fattispecie concrete sovrapponibili alla figura astratta. In altri termini, il fatto realizzato è lecito solo se conforme al tipo legale, sia quanto ad identità dello scopo perseguito, sia quanto a compatibilità dei mezzi usati per raggiungere l'obiettivo tutelato²⁴; e ciò, invero, senza che possa essere configurato un discrimine fra il diritto in senso statico ed il suo esercizio in senso dinamico-attuativo.

E se il problema di fondo sta dunque nell'individuare la linea di demarcazione fra le aree di operatività proprie delle norme in apparente conflitto, può ritenersi che tale compito vada, anzitutto, intrapreso tenendo conto degli scopi sottesi alle disposizioni configgenti, nonché delle modalità – consentite o vietate – di realizzazione del fatto.

Leggendosi la questione in termini figurati, ci si ritrova innanzi a due aree adiacenti, definite e separate da un confine mobile il cui tracciato vale,

²⁴ Non può omettersi di considerare, nella materia *de qua*, il contributo di autorevole dottrina (G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, 57 e ss., 82 e ss.) la quale, in una prospettiva tendenzialmente finalistica ed in atteggiamento critico rispetto ad una interpretazione della problematica essenzialmente ispirata al bilanciamento degli interessi sottesi alle disposizioni in conflitto (poiché incentrata sull'eccessivo significato di disvalore attribuito all'offesa del bene giuridico), ha sottolineato, segnatamente, la rilevante portata da attribuirsi alle modalità di realizzazione del fatto ed al coefficiente psicologico che sorregge l'azione.

Nondimeno, deve ritenersi auspicabile confrontare, in ogni caso, la rilevanza dell'adesione soggettiva al fatto con i parametri normativi dettati dagli artt. 59, 47 e 5 c.p., nonché, nell'eventuale sanzionabilità del suo autore, con i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p.

appunto, a qualificare, da un lato, i fatti leciti e, dall'altro, i fatti penalmente rilevanti.

E se, dunque, nell'ambito del lecito possono trovare collocazione soltanto le fattispecie rispondenti agli interessi tutelati in via normativa ed ai mezzi adoperabili per il relativo soddisfacimento, al contrario, nell'ambito dell'illecito penale avranno sede i fatti realizzati senza perseguire lo scopo tutelato, ovvero con modalità non consentite.

Tenuto conto del fatto che le fattispecie di reato si distinguono, generalmente, in ragione del bene o interesse giuridico leso, nonché alla stregua delle modalità aggressive di tale bene, la problematica appare, pertanto, porsi in termini di specularità.

Il posizionamento della linea di confine alla quale si è fatto cenno, infatti, dipenderà, in primo luogo, da un giudizio di bilanciamento fra lo scopo perseguito dalla norma attributrice del diritto ed il bene giuridico leso dal fatto incriminato; ciò, invero, nel logico presupposto che lo stesso fatto, nel tutelare l'interesse legalmente protetto, offenda, ad un tempo, altro bene giuridico sotteso alla norma incriminatrice²⁵.

In secondo, luogo, poi, l'ambito di reciproca operatività delle norme in confronto verrà definito dalla facoltà, o meno, per l'agente di rendere protezione al proprio diritto proprio secondo quelle modalità implicanti la lesione del bene penalmente rilevante.

A tal fine, invero, pare potersi evidenziare che una siffatta valutazione è influenzata, in larga parte, dagli esiti del superiore giudizio di bilanciamento e, quindi, dalla diversa misura di tutela che si intenda conferire agli interessi in gioco.

Al medesimo riguardo, influisce, poi, anche una seconda valutazione circa il grado di prescindibilità della condotta posta in essere; in altri termini, ammessa

²⁵ Si vedano, in seguito, le considerazioni svolte al successivo cap. IV, par. 2.

la meritevolezza dell'interesse perseguito con il fatto e pure la sua astratta prevalenza rispetto al bene tutelato penalmente, occorre nondimeno considerare se, ed eventualmente in quale misura, il soggetto agente avesse effettivamente altre modalità operative per raggiungere in concreto un identico risultato, senza, tuttavia, ledere gli stessi interessi sottesi alla norma penale, ovvero pregiudicandone altri, ma di rango inferiore.

Non può ritenersi, infatti, che sussista esercizio del diritto laddove il soddisfacimento di una posizione meritevole di tutela vada a cagionare lesioni o sacrifici gratuiti ad altre sfere giuridiche rilevanti.

Il contrario vorrebbe significare, per assurdo, che il Legislatore abbia inteso approntare tutela ad un interesse, ammettendone ogni conseguenza altrimenti pregiudizievole, ovvero, in altre parole, che, all'esito dei necessari giudizi di bilanciamento, abbia scelto unicamente il bene meritevole di maggior protezione, senza, tuttavia, adoperarsi nell'indicare i contemperamenti e le cautele da approntare concretamente per la sua tutela.

Ma una siffatta argomentazione, a ben vedere, se pure possa contribuire all'inquadramento della tematica entro binari di una qualche coerenza logica, non pare, peraltro, sufficiente a risolvere il compito dell'interprete chiamato concretamente ad optare se un certo fatto sia lecito, oppure no.

Alle indicazioni che precedono, infatti, è opportuno tentare di aggiungere qualche criterio concreto per individuare quali siano gli effettivi interessi in gioco e quali siano quelli da privilegiare nella cennata ottica di bilanciamento; ancora, quali siano le condotte materiali consentite e quali, al contrario, da considerarsi vietate per la loro superfluità rispetto allo scopo da perseguire.

L'indagine interpretativa suggerita va quindi condotta, in primo luogo, tenendo conto delle singole disposizioni normative; in tal senso dovrà, pertanto, conferirsi valenza primaria al dato letterale impiegato dal Legislatore.

Dovrà, in secondo luogo, fare seguito la valutazione complessiva della normativa nell'ambito della quale è stata inserita la disposizione da interpretare; è, infatti, dal complesso delle disposizioni introdotte che potrà verosimilmente cogliersi l'ambito d'interessi oggetto di tutela e, così, l'insieme degli strumenti consentiti per offrirne effettiva protezione.

Considerandosi, per altro verso, che la ponderazione dell'ambito applicativo ascrivibile alle norme si correla ad un fenomeno di concorso apparente, non potrà, poi, che farsi ricorso al criterio sistematico.

In tale contesto, dunque, andranno impiegati il criterio gerarchico, il criterio cronologico e quello di specialità.

Si tratterà, è bene precisare, di un utilizzo finalizzato, non tanto ad individuare la disposizione prevalente rispetto a quella implicitamente invalidata (o implicitamente abrogata), bensì, piuttosto, a cogliere i presupposti giuridici secondo i quali definire i termini dell'antinomia apparente, mediante la selezione, appunto, dei fatti riconducibili all'una, o all'altra, disposizione posta a confronto.

Con particolare riguardo alle utilità derivanti, in tal senso, dall'impiego dei consueti criteri interpretativi, invero, può ritenersi, fin da ora, che l'effettiva configurabilità di un rapporto di specialità risulta dirimente e vale ad escludere una reale e problematica condizione di concreta contrapposizione fra norme.

Tanto può affermarsi, in quanto la sussistenza di un siffatto rapporto esprime chiaramente la volontà legislativa di escludere dalla disciplina normativa generale il fatto puntualmente regolato; "il fatto specificamente contemplato dalla norma che attribuisce il diritto è lecito in radice, così come è in radice illecito il fatto previsto dalla norma incriminatrice specifica. La norma autorizzatrice specifica opera radicalmente e originariamente su un piano diverso da quello della norma incriminatrice generica, poiché le sfere di

riferibilità dell'una o dell'altra non si intersecano, ma soltanto si lambiscono²⁶.

Proseguendo nell'esemplificazione offerta dallo stesso Autore, il rapporto di genere a specie tra la norma sul diritto di proprietà e quelle incriminative dell'incendio di cosa propria con pericolo per la pubblica incolumità (art.423 c.p.) e della distruzione di materie prime (art.499 c.p.) sottintende un bilanciamento d'interessi da parte del Legislatore conclusosi con un giudizio di soccombenza dell'interesse alla libera disposizione delle proprie cose, allorché esso venga perseguito mediante la realizzazione di comportamenti offensivi dei preminenti beni dell'incolumità e dell'economia pubblica; analogamente, ma in termini di relazione inversi, al rapporto di genere a specie tra la disposizione in tema d'appropriazione indebita (art.646 c.p.) e le disposizioni civilistiche sul diritto di ritenzione sottostà una duplice valutazione normativa all'esito della quale è stato ritenuto socialmente utile sacrificare l'interesse del debitore alla restituzione delle proprie cose per salvaguardare l'interesse del creditore al soddisfacimento delle proprie pretese.

4. Il rispetto del principio di legalità.

Le osservazioni che precedono, nella parte intesa a definire la necessaria presenza della scriminante dell'esercizio del diritto nel nostro sistema penale, hanno escluso che l'utilità giuridica dell'art.51 c.p. possa essere ricondotta all'affermazione del rapporto di prevalenza fra la previsione autorizzatrice e la norma incriminatrice; ad un tempo, per altro verso, si è negato un ruolo, anche di mera opportunità, della disposizione in commento, in ragione di una sua portata rafforzatrice di assetti già presenti, ovvero di una sua potenziale capacità di risolvere preventivamente eventuali conflitti fra interessi collidenti.

²⁶ F. MANTOVANI, ult. op. cit., 636 e 637.

Sempre nella stessa ottica finalizzata a cogliere l'essenza e la reale funzione da attribuirsi alla scriminante, conviene, quindi, considerarsi l'affermazione di coloro che hanno individuato i meriti dell'art.51 c.p. nel consentire un effettivo e puntuale rispetto del principio di legalità imposto nella materia penale.

Secondo la convinzione unanime dei commentatori, infatti, la disposizione riproduce il modello proprio delle norme penali in bianco²⁷, contenendo essa un rinvio recettizio mobile a norme extrapenali e facendole contestualmente divenire parti integranti del sistema penale.

E' stato altrimenti rilevato che l'osservanza di tale principio, poiché assolutamente fondamentale ed imprescindibile in qualsivoglia operazione interpretativa ed applicativa della legge penale, non potrebbe tollerare di disattendere una norma ed un precetto penale sulla base di altra norma non richiamata e, quindi, non appartenente all'ordinamento penale²⁸. E', infatti, demandato unicamente a quest'ultimo il compito di incriminare e giustificare²⁹: ogni altra impostazione, si è detto, potrebbe essere tacciata di violazione del principio di legalità.

Nella specie, dunque, la norma extrapenale autorizzativa, grazie alla funzione svolta dall'art.51 c.p., viene a far parte della stessa disposizione penale, così che l'effetto scriminante da essa promanante risulta pur sempre posto e previsto nell'ambito del medesimo ordinamento penale³⁰.

²⁷ I. CARACCIOLI, op. cit., 140; D. PULITANO, L'errore di diritto nella teoria del reato, Milano, 1976, 359; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit. 217.

²⁸ I. CARACCIOLI, op. cit., 200. Già V. CAVALLO (L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, Napoli, 1939, 318) aveva sottolineato che, in mancanza di una previsione espressa quale quella di cui all'art.51 c.p., si sarebbe dovuto "...aumentare il numero di cause di inesistenza del reato ... in contrasto colla disposizione sancita dall'art.14 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al Libro I del codice civile ... che vieta l'interpretazione analogica per le norme di diritto penale e per quelle di carattere generale"

²⁹ F. BRICOLA, Teoria generale del reato, in Nov.mo dig. it., vol. XIX, Torino, 1973, 43. Va osservato come tale Autore metta in risalto il ruolo dell'art.51 c.p. nella prospettiva della riserva assoluta di cui all'art.25 della nostra Carta Costituzionale, comprendente anche gli elementi negativi della fattispecie.

³⁰ M. LEONE, L'esimente dell'esercizio di un diritto, Napoli, 1970, 118, parla, con riferimento agli effetti derivanti dalla disposizione in commento, di un "...precetto penale che, per effetto della elisione operata dalla norma extrapenale, viene a mancare".

L'impostazione teorica in esame non pare propriamente convincente.

Essa, occorre preliminarmente evidenziare, trae il proprio essenziale fondamento in una rigida concezione intesa a rivendicare la separazione e l'assoluta indipendenza fra ordinamenti giuridici.

Tale prospettiva, ovviamente, non può trovare spazio alcuno laddove si intenda seguire l'opposta e ben più risalente tesi dell'unitarietà dell'ordinamento, di origine giudaico-ellenica e tendente all'equiparazione fra i concetti di "ordinamento giuridico" e di "ordine"; questa, votata alla credenza di una tavola o insieme di valori dettati da un Legislatore antico (un Mosé), mediatore tra Dio e l'uomo (secondo l'origine giudaica), ovvero da una autorità legiferante, voce del popolo (secondo la tradizione democratica ellenica), considera parimenti il "diritto" e l' "ordinamento" (che è il modo in cui il primo si manifesta) quali mezzi e forme per dare "ordine" alla realtà sociale e per conservarla sotto l'egida della legge.

Ne discende una sostanziale sovrapposizione unificante fra ordine ed ordinamento, volta a tenere uniforme – ad un certo livello e da un determinato punto di vista – la realtà sociale, secondo predeterminate forme definite dalla cosiddetta "classe dominante".

Ma la necessità di riscontrare la presenza dell'art.51 c.p. nel nostro sistema penalistico non pare poter discendere nemmeno dall'ipotetica adesione al pluralismo giuridico ed alla frammentazione fra ordinamenti. Chi intende seguire tale prospettiva osserva che non esiste nella realtà un solo ordinamento giuridico, bensì, piuttosto, tanti ordinamenti quanti sono i gruppi o le classi sociali che costituiscono la trama della società complessivamente intesa. Ogni ordinamento, dunque, viene a configurare quell'insieme di regole, vigenti in un certo tempo ed in un certo spazio, che un gruppo definisce e si impone per il soddisfacimento di interessi comuni.

Ma, così configurando il sistema, non può omettersi di riconoscere che ogni ordinamento finirà per interferire con altri ordinamenti, già compiuti o solo in divenire, ed a collocarsi, rispetto ad essi, secondo una logica gerarchizzante.

Il punto di vista pluralistico riguarderà, pertanto, ordinamenti assunti in posizione di reciproca parità (ad esempio, gli ordinamenti statali), come pure ordinamenti componenti, derivati o, comunque, compresi in un ordinamento superiore c.d. “dominante” (ad esempio, fra gli altri, gli ordinamenti privati, di enti pubblici, i partiti politici, le associazioni sindacali e le confessioni religiose nell’ambito dell’ordinamento statale)³¹.

Ne discende, ovviamente, che, nell’ambito dell’ordinamento statale, poiché comunque tendente ad un proprio ordine interno, ogni singolo ordinamento dovrà porsi in un rapporto di compatibile interdipendenza rispetto agli altri.

Ciò deve valere anche per l’ordinamento penale il quale, di conseguenza, andrà a collocarsi nel complessivo ordinamento statale alla stessa stregua di altri ordinamenti; e, proprio in virtù di tale fenomeno, le regole dell’ordinamento penale definiranno la propria portata effettiva alla luce dei principi dettati dall’ordinamento superiore e, quindi, delle norme degli altri ordinamenti derivati che in esso trovano legittimazione.

Se, dunque, le disposizioni incriminatrici appartengono all’ordinamento penale quale componente dell’ordinamento statale, ne discende che l’ambito applicativo delle stesse risulterà, di volta in volta, circoscritto “esternamente” dall’area d’incidenza di altre norme extrapenali dell’ordinamento statale o, appunto, di altri ordinamenti legittimati per conformità al primo.

Ai fini d’interesse alla presente trattazione, dunque, non si vede quale utilità possa presentare l’art.51 c.p. alla stregua di una siffatta impostazione argomentativa. Se, infatti, le disposizioni penali e quelle extrapenali (ovviamente, solo se legittime alla stregua dell’ordinamento nazionale)

³¹ F. MODUGNO, voce Ordinamento giuridico (dottrine), in Enc. dir., vol. XXX, Milano, 1966, 685.

appartengono complessivamente ad un unico sistema, definito e condiviso, in un certo tempo ed in un certo spazio, da un gruppo generalizzato per interessi da soddisfare (i soggetti appartenenti allo Stato), non sussistono ragioni effettive per giustificare il richiamo a disposizioni extrapenali contenuto nell'art.51 c.p.

Il che, a ben vedere, è il logico precipitato di una prospettazione della materia che, tendendo a superare la tradizionale contrapposizione fra monismo e pluralismo giuridico, suggerisce, al contrario, la piena compatibilità fra le due opzioni. Opinare per l'esistenza di un solo ordinamento, ovvero di più ordinamenti, finisce, a ben vedere, per rappresentare una mera scelta di metodo.

Sarà, infatti, pur sempre riconoscibile un solo ordinamento, laddove considerato sotto il suo profilo "interno", in quanto portatore di criteri valutativi e di una qualificazione giuridica sempre unitari ed esclusivi (e proprio la tendenziale coerenza dell'ordinamento statale viene ad essere la caratteristica di garanzia che rende superflua la scriminante dell'esercizio del diritto); ma sarà anche possibile distinguere una pluralità di ordinamenti, laddove considerati sotto un diverso profilo "esterno", poiché ognuno in necessario rapporto d'interconnessione con gli altri.

Proprio la presenza di un ordinamento statale unificante rende superflua, anche per chi intenda aderire in senso stretto alla teoria del pluralismo giuridico, l'autonoma ripetizione, da parte di un ordinamento, di disposizioni appartenenti ad altri ordinamenti coesistenti.

Né sfugge a tale conclusione la scriminante dell'esercizio del diritto.

Anche volendo tenere separato quanto più possibile il punto di osservazione dei singoli sistemi di regole ordinamentali, infatti, risulta sufficiente la compresenza e l'interconnessione fra ordini distinti a circoscrivere, per vie "esterne", lo spazio operativo delle norme incriminatrici penali, la cui portata

potrà essere, dunque, definita, in ogni caso, considerando i limiti imposti da disposizioni esterne ed appartenenti ad altri ordinamenti.

Il logico fondamento di tali affermazioni trova conferma, a ben vedere, dalla stessa *ratio* che, secondo la generalità dei commentatori, identifica l'esercizio del diritto scriminante. Come osservato in apertura del capitolo, infatti, si conviene nel ricondurre la previsione dell'art.51 c.p. al più generale principio di non contraddizione (e, quindi, di coerenza) all'interno di un medesimo ordinamento giuridico³², non potendosi ammettere che questo entri in contraddizione con sé stesso, attribuendo, per un verso, un diritto ad un consociato, e, però, punendolo proprio per il fatto di avere esercitato il diritto medesimo.

5. L'art.51 c.p. e le norme di rango costituzionale.

Autorevole dottrina³³, nel tentativo di individuare i termini di utilità dell'art.51 c.p., ha messo in luce il particolare ruolo della disposizione, laddove rapportata all'esercizio di diritti sanciti da norme costituzionali.

E che un siffatto genere di rapporti fra disposizioni di legge risulti di particolare rilievo è circostanza evidente, sol si consideri che la massima parte delle norme penali ordinarie (il codice penale) è precedente alla normativa costituzionale, così da rendersi necessariamente immanente la possibilità di contrasti tra fattispecie incriminatrici e diritti costituzionalmente garantiti.

Detta rilevanza, peraltro, si manifesta ancor più, pensando che la nostra Carta Costituzionale, oltre ad essere successiva al codice penale vigente, ne è pure gerarchicamente sovraordinata quale fonte di diritto, con la conseguenza che

³² A. CADOPPI – P. VENEZIANI, op. cit., 275; I. CARACCIOLI, L'esercizio del diritto, Milano, 1965, 179; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 240; D. PULITANO', voce Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere, in Dig. Disc. pen., VI, Torino, 1990, 321; G. GUADAGNO, Manuale di diritto penale, Roma, 1967, 251; A. LANZI, La scriminante dell'art.51 c.p. e le libertà costituzionali, Milano, 1983, 5.

³³ A. LANZI, op. cit., 8 e ss.

l'adesione ai consueti criteri di risoluzione, in materia di contrasto fra norme, finirebbe, di fatto, per comportare l'abrogazione di ogni disposizione incriminatrice incompatibile rispetto alla superiore fonte sopravvenuta³⁴.

Orbene, ove, effettivamente, l'ipotesi di conflitto sia reale – riguardando essa, oltre al dato formale, la stessa totalità degli aspetti sostanziali – e sussista, pertanto, l'effettiva impossibilità di destinare alle norme spazi d'incidenza propri ed esclusivi (così da presentarsi l'una alternativa all'altra), il compito di dichiarare abrogata, per illegittimità costituzionale, la disposizione penale è istituzionalmente rimesso alla Corte Costituzionale; il che, invero, dovrebbe riguardare pure i casi in cui il rapporto di assoluta incompatibilità si riferisca alla norma di rango ordinario in una parte soltanto del suo ambito applicativo (sempre che questa sia destinata a disciplinare una serie rilevante di casi concreti tenuti presenti dal Legislatore e non sia, viceversa, rappresentata da fattispecie isolate ed eccezionali³⁵) la quale, di conseguenza, meriterà un'abrogazione soltanto parziale.

Una simile impostazione, se mal non si è compresa la questione, pare essere suggerita proprio dal richiamato insegnamento dottrinale il quale, nel ribadire l'astratta necessità di ricorrere al sindacato di legittimità costituzionale³⁶ in

³⁴ Nel tenere conto, in un'ottica di superamento delle antinomie fra norme configgenti, dei consueti criteri dirimenti (cronologico, gerarchico e di specialità), non può omettersi di considerare che, nella generalità dei casi, saranno proprio i primi due a supportare la prevalenza della norma costituzionale su quella penale, mentre, viceversa, sarà il criterio di specialità a deporre per la possibile operatività della disposizione incriminatrice; come verrà ribadito in seguito, infatti, è circostanza pacifica ed evidente che la nostra Carta Costituzionale contenga previsioni e principi generali, mentre, al contrario, le norme ordinarie siano contrassegnate da una ben più limitata astrattezza, stante la maggiore specificità della propria parte precettiva.

³⁵ Così da conferire, all'intervento del Giudice delle leggi, un ruolo di normazione, provvisto del necessario grado di astrattezza, per la sua riferibilità ad un novero diffuso e soggettivamente indistinto di ipotesi concrete.

³⁶ E ciò, si argomenta, sia in ossequio al rispetto del principio di legalità, sia nell'intento di garantire la certezza del diritto, altrimenti pregiudicata, nella massima parte dei casi, dalla discrezionalità rimessa all'interpretazione dei giudici ordinari.

Viene, peraltro, osservato (cfr. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 15) sul punto che il ricorso al sindacato della Corte Costituzionale si impone sia in quanto l'art.134 della Costituzione non distingue la illegittimità originaria dalla illegittimità sopravvenuta, sia perché “sarebbe assurdo ammettere, nell'unità dell'ordinamento giuridico, al coesistenza di due principi costituzionali, uno espresso e l'altro implicito, in perfetta antitesi tra loro”.

ogni ipotesi di contingente sovrapposizione e conflittualità tra la norma incriminatrice ordinaria e quella autorizzativa, evidenzia, ad un tempo, che il ricorso continuo alla Consulta – e la correlata sospensione dei corrispondenti giudizi in corso – finirebbe per inceppare irrimediabilmente la stessa operatività del sistema penale.

Ad evitare, dunque, che gran parte dei procedimenti penali finiscano con il risultare viziati da un simile stato “patologico”, prosegue la stessa dottrina, soccorre l’art.51 c.p. che, grazie al semplice fatto della propria esistenza, e dell’attinenza a situazioni concrete, consente (nel rispetto del principio di legalità e nel perseguire la certezza del diritto) un continuo adeguamento dell’ordinamento ordinario a quello costituzionale, residuando al sindacato di legittimità della Corte l’esame di quelle ipotesi irriducibili in cui alla norma costituzionale ed a quella ordinaria sia connaturale la medesima sfera applicativa, operando esse al medesimo livello di astrazione; ipotesi, dunque, in cui la conflittualità tra norme si svolge non a livello di concreta applicazione, ma già a livello di astratta previsione.

Conclude, pertanto, la richiamata prospettazione dottrinale con l’evidenziare il ruolo di primaria importanza svolto dall’art.51 c.p. il quale verrebbe a rappresentare, alla stregua del meccanismo operativo illustrato, la valvola di sicurezza grazie alla quale nell’ordinamento giuridico penale ordinario trovano applicazione i principi di una Costituzione per la massima parte (quella, cioè relativa alle disposizioni incriminatrici del codice penale) ad esso successiva³⁷.

La tesi, per quanto sottenda uno dei tentativi più alti ed originali nel giustificare la presenza della scriminante all’interno del nostro sistema codicistico, sembra meritare alcune osservazioni.

³⁷ Rileva, in termini di assoluta coerenza, l’Autore (cfr. A. LANZI, op, cit, 11) che, accogliendo la tesi secondo la quale la composizione del contrasto avviene sempre attraverso la semplice disapplicazione della norma ordinaria, la cui portata applicativa interferisca con quella della norma costituzionale, bisognerebbe concludere che il conflitto va sempre risolto “...al di fuori di ogni e qualsiasi mediazione dell’art.51 c.p.” (così F. MANTOVANI, voce Esercizio del diritto (dir. pen.), in Enc. dir., vol. XV, Milano, 1966, 633).

In primo luogo, invero, essa sottolinea l'utilità dell'art.51 c.p. nel rendere prescindibile il ricorso al sindacato della Corte Costituzionale in ogni ipotesi di contingente sovrapposizione e conflittualità tra la norma incriminatrice ordinaria e quella autorizzativa di rango costituzionale.

Orbene, come già osservato, laddove l'ipotesi di conflitto sia reale, converrà destinare alla Corte Costituzionale il compito di dichiarare abrogata, totalmente o parzialmente, per illegittimità costituzionale, la disposizione penale in contrasto con la fonte di rango superiore; e ciò, appunto, tanto nei casi di assoluta incompatibilità – per l'effettiva impossibilità di destinare alle norme spazi d'incidenza propri ed esclusivi (così da presentarsi l'una alternativa all'altra) – fra le disposizioni poste a confronto, sia nelle fattispecie in cui l'alternatività risulti limitata ad una parte soltanto della disposizione ordinaria, sempre che il corrispondente ambito applicativo sia tale da riguardare una serie rilevante di casi concreti già tenuti presenti dal Legislatore e non, viceversa, fattispecie isolate ed eccezionali³⁸.

Le fattispecie considerate, proprio perché connotate da un conflitto reale che attiene alla stessa previsione astratta (totale o parziale) delle norme, esulano dallo schema giuridico dell'art.51 c.p. il quale, come già osservato in precedenza, attiene ai soli casi di conflitto apparente fra norme.

Per altro verso, muovendosi il conflitto a livello di previsioni astratte, la salvaguardia del principio di legalità e dell'esigenza di certezza del diritto pare dover essere affidata proprio all'intervento di normazione – per la sua capacità

³⁸ Vale la pena, del resto, evidenziare come l'ipotesi di un conflitto reale e potenzialmente insanabile, derivante dal verificarsi di fattispecie concrete eccezionali, costituisca, di fatto, eventualità solo astrattamente teorizzabile, stante il diverso grado di astrattezza delle disposizioni incriminatrici rispetto a quelle autorizzatrici di rango costituzionale, norme di principi e di tutela generale, tali da poter incidere, in quanto tali, sull'intero ambito applicativo delle contrastanti disposizioni ordinarie. Il rapporto di incompatibilità fra norma ordinaria e norma costituzionale riguarderà dunque, per lo più, ipotesi in cui la disposizione incriminatrice si ispiri complessivamente a principi antitetici a quelli sanciti dalla Costituzione (così, sostanzialmente, P. NUVOLONE, ult. op. cit., 14).

di riguardare l'indistinto insieme di fattispecie concrete sussumibili nel concetto normativo astratto – della Corte Costituzionale.

Tanto osservato, conviene ulteriormente considerare che, secondo l'insegnamento dottrinale in esame, l'art.51 c.p. presenterebbe il merito di consentire un continuo adeguamento dell'ordinamento ordinario a quello costituzionale, in virtù della sua attinenza precipua a fattispecie concrete.

In altri termini, dunque, la scriminante dell'esercizio del diritto sarebbe tale da legittimare, di volta in volta, la "compressione" dell'ambito applicativo delle norme incriminatrici nella misura e nei limiti d'incompatibilità rispetto ai precetti della nostra Carta Costituzionale.

Detto meccanismo, tuttavia, pare sottendere un diverso fenomeno di conflitto, solo apparente, fra norme le quali si presentano, così, in termini di alternatività con esclusivo riferimento al singolo caso concreto.

Si tratta, in altre parole, di norme destinate a coesistere nell'integralità del proprio contenuto precettivo previsto *ab origine* dal Legislatore e, pertanto, destinate a sopravvivere in quanto tali senza alcun intervento abrogativo da parte della Corte Costituzionale.

E, come in precedenza rilevato, è proprio il diverso ambito applicativo da attribuirsi alle disposizioni apparentemente confliggenti che costituisce il requisito essenziale della loro effettiva coesistenza; l'ipotesi di conflitto, in altri termini, non è destinata ad essere superata con il sopravvento dell'una sull'altra, né, quindi, sulla base del criterio gerarchico, con la correlata invalidità della norma di grado inferiore, né su quella del criterio cronologico, con l'abrogazione tacita della norma anteriore.

La disposizione incriminatrice di rango ordinario risulta unicamente limitata e circoscritta, nella sua portata applicativa, dal contenuto del precetto costituzionale.

Ma, se così effettivamente è, non pare che l'art.51 c.p. abbia una effettiva utilità giuridica.

Come già considerato, in primo luogo, i casi di prevalenza della norma che riconosce il diritto su quella incriminatrice sono già determinabili sulla base dei rapporti tra esse intercorrenti e rappresentano una realtà già operante sul piano dell'ordinamento³⁹.

In secondo luogo, per quanto in precedenza sostenuto⁴⁰, alcuna violazione del principio di legalità pare viziare l'attività dell'interprete che, nell'attribuire disciplina alla fattispecie concreta, vada a fissare, di volta in volta, il confine di separazione fra l'ambito destinato alla norma autorizzatrice e quello, al contrario, destinato alla norma di divieto⁴¹.

A detto riguardo, del resto, conviene considerare che il continuo adeguamento dell'ordinamento ordinario a quello costituzionale, ovvero, sotto altro profilo, di ogni ordinamento nazionale rispetto a quelli d'identica derivazione e legittimazione statale, è fenomeno che discende spontaneamente dal naturale evolversi degli interessi coltivati dalla realtà sociale.

Per quanto, invero, il dato testuale delle disposizioni normative possa rimanere semanticamente inalterato nella forma, la portata sostanziale delle stesse è frutto di continua evoluzione.

Sarà compito dell'interprete attento, dunque, definire, caso per caso, il mobile confine esistente fra le norme ed essere, ad un tempo, in grado di variarne il

³⁹ In termini, F. MANTOVANI, ult. op. cit., 632; M. SPASARI, Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore, Milano, 1961, 55, 42, secondo il quale la norma dell'art.51 c.p. "si limita a riprodurre e a evidenziare una realtà normativa che già opera sul piano dell'ordinamento".

⁴⁰ D. PULITANO', voce Esercizio di un diritto, cit., 324, osserva infatti: "possiamo pertanto concludere che – nella prospettiva dell'art.51 c.p., con riguardo a norme penali non del tutto incompatibili con la Costituzione – il diritto costituzionalmente garantito viene in considerazione come un qualsiasi altro diritto sancito da una norma ordinaria".

⁴¹ Né, d'altra parte, ad una simile attività pare poter essere preferito il ricorso alla Corte Costituzionale, sia per il difetto di una reale antinomia fra norme, sia per il fatto che, una diversa opzione finirebbe per relegare il ruolo della Consulta a quello di giudice del merito del caso singolo.

tracciato a seconda delle mutevoli esigenze del gruppo rappresentato dall'ordinamento di riferimento.

6. Sintesi.

La previsione scriminante contenuta nell'art.51 c.p., secondo il quale, appunto, l'esercizio di un diritto esclude la punibilità, viene tradizionalmente ricondotta al più generale principio di non contraddizione nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Parimenti, la generalità dei commentatori ha posto in rilievo che lo schema logico della disposizione riproduce il modello proprio delle c.d. "norme penali in bianco", contenendo essa un rinvio recettizio mobile a norme extrapenali e consentendo, pertanto, a queste medesime di divenire parti integranti del sistema penale.

La necessità di una siffatta espressione normativa, con i corrispondenti pregi redazionali e la rilevanza del suo ruolo giuridico, è stata, poi, affermata in considerazione di cinque possibili piani funzionali ad essa attribuibili.

Si è, infatti, posta in risalto la portata rafforzatrice della disposizione e, per altro verso, la sua capacità di risolvere preventivamente eventuali conflitti fra interessi collidenti; taluni Autori, spingendosi oltre, hanno sottolineato come la scriminante, non soltanto conferisce forma espressa al principio di non contraddizione, ma viene anche a sancire una logica prevalenza della norma attributiva del diritto su quella penale incriminatrice; è stato, ancora, affermato che l'espressa codificazione della scriminante, secondo il modello delle c.d. "norme penali in bianco", è tale da consentire il pieno rispetto del principio di legalità, non potendosi tollerare che una norma ed un precetto penale vengano disattesi sulla base di altra norma, altrimenti non richiamata, e, quindi, non appartenente all'ordinamento penale (al quale soltanto è demandato il compito di incriminare e giustificare); è stato, infine, messo in luce che l'art.51 c.p.,

grazie al semplice fatto della propria esistenza e della sua attinenza a situazioni concrete, consente (nel rispetto del principio di legalità e nel perseguire la massima certezza del diritto) un continuo adeguamento dell'ordinamento ordinario a quello costituzionale, residuando al sindacato di legittimità della Consulta l'esame di quelle sole ipotesi irriducibili in cui il contrasto fra la norma costituzionale e quella ordinaria sia, di fatto, insanabile, operando esse al medesimo livello di astrazione.

La trattazione del presente capitolo ha cercato, al contrario, di evidenziare la superfluità della disposizione in commento, criticando, sotto diversi profili, le prospettazioni appena richiamate.

In termini di estrema sintesi, si è argomentato, anzitutto, che il rimarcare la portata rafforzatrice dell'art.51 c.p. varrebbe soltanto ad ammettere implicitamente l'esistenza del principio di non contraddizione; analogamente, riconoscere all'art.51 c.p. il merito di risolvere, in via anticipata, eventuali contrasti concretamente verificabili fra posizioni giuridiche confliggenti altro non sarebbe se non una mera agevolazione per l'interprete, chiamato a rendere concretamente operativo il principio di logica coerenza dell'ordinamento.

In secondo luogo, ancora, si è tentato di negare fondamento all'impostazione che giustifica la codificazione della scriminante, nel conformarsi essa al rispetto del principio di legalità; detta lettura, evidentemente ispirata alla teoria della frammentazione degli ordinamenti, risulterebbe, infatti, inficiata, tanto dall'adesione all'opposta prospettiva unitaristica, quanto alla luce di un pluralismo giuridico comunque orientato ad una complessiva conformazione di ogni ordinamento rispetto a quello statale.

La migliore interpretazione dell'art.51 c.p., si è quindi affermato, pare connettersi alla tematica delle c.d. "antinomie giuridiche" ed, in particolare, deve ricondursi all'ambito delle antinomie c.d. "apparenti" (le quali

presuppongono, per definizione, una contestuale coesistenza delle norme in contrasto).

Da una siffatta prospettazione – che presenta una radice comune alla stessa teoria sugli *elementi negativi del fatto* e che si adegua alla concezione c.d. “bipartita del reato” – pare possibile, dunque, una prima critica alla teorizzata prevalenza delle norme attributrici di diritti (su quelle incriminatrici), potendosi ritenere che un simile rapporto prescinde dalla presenza dell’art.51 c.p., risultando esso comunque evincibile quale realtà già operante sul piano dell’ordinamento.

Sotto altro profilo, non pare che l’utilità della disposizione sia quella di adeguare costantemente l’ordinamento ai principi costituzionali e, pertanto, di legittimare, in ipotesi di conflitto fra previsioni incriminatrici e norme di rango superiore, il mancato ricorso all’intervento della Corte Costituzionale; in ipotesi, infatti, di contrasti insanabili (c.d. “antinomie reali”), l’intervento abrogativo espresso sarà necessario per la sua astrattezza, mentre, nel caso di antinomie soltanto apparenti, potrà ritualmente affidarsi all’interprete (il giudice ordinario) il compito di individuare quale disposizione, fra quelle poste a confronto, sia applicabile al caso concreto.

E’, infatti, questo il vero problema che attiene alla materia dell’esercizio di un diritto.

Un certo fatto, dunque, o è lecito – per essere consentito dall’ordinamento – o è illecito. Ed, in tal senso, non v’è spazio per ipotetici casi di esercizio illegittimo di un diritto (ossia sostanzialmente, in altri termini, di *abuso del diritto*).

Nel distinguere le aree operative specularmente corrispondenti alle norme in conflitto, pertanto, i criteri da considerare potrebbero essere, in primo luogo, quelli rappresentati dall’individuazione dei beni giuridici e dei fini reciprocamente perseguiti dal Legislatore, dalla legittimità, o meno, dei mezzi

usati per raggiungere l'obiettivo tutelato ed, ancora, dal coefficiente psicologico e dal grado di prescindibilità della condotta realizzata.

Solo in via sussidiaria, si sostiene poi, possono venire in soccorso i consueti criteri dirimenti: quello cronologico, quello gerarchico e quello di specialità.