

CAPITOLO III

Collocazione sistematica ed opportunità dell'esimente.

SOMMARIO: 1) L'esercizio di un diritto e la sua collocazione sistematica; l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni. – 2) L'esercizio di un diritto nell'ambito delle cause di giustificazione. – 3) La tematica dell'errore. – 4) L'eccesso colposo. – 5) Sintesi.

1. L'esercizio di un diritto e la sua collocazione sistematica; l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Le considerazioni fin qui illustrate hanno inteso prospettare, per taluni profili tradizionalmente oggetto di discussione, la superfluità, nell'ambito del nostro sistema penale, della fattispecie scriminante dell'esercizio di un diritto.

Gli argomenti che si vanno ad esporre mirano, per altro verso, a tratteggiare il ruolo, la portata e l'ambito normativo derivanti dalla collocazione sistematica dell'art.51 c.p. Segnatamente, si tenderà, secondo il metodo interpretativo già seguito, ad evidenziare l'eventuale necessità e congruità della disposizione alla luce del complesso impianto codicistico.

A tal fine, invero, andrà ad incentrarsi l'angolo prospettico sul sistema delle cause di giustificazione, non senza un previo accenno ai rapporti fra l'esercizio del diritto e le disposizioni incriminatrici riguardanti l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni.

Proprio con riferimento ad un siffatto genere di rapporti, infatti, è opinione diffusa che sussista una matrice comune fra le previsioni di cui all'art.51 c.p., da un lato, e degli artt.392 e 393 c.p., dall'altro; un sostanziale nucleo unitario (quello dato, appunto, dall'esercizio del diritto), in altri termini, al quale si

aggiunge, per le fattispecie delittuose in parola, un tratto discriminante tale da impedire l'operatività della causa di giustificazione.

La tematica investe taluni profili soggettivi della scriminante e, come tale, merita di essere ricondotta, in senso lato, al fenomeno dell'abuso del diritto¹.

Il cennato elemento distintivo, dunque, dovrebbe cogliersi immediatamente, secondo una prima impostazione dottrinale, dal dato letterale contenuto nei suddetti articoli 392 e 393 c.p.

L'espressione "preteso diritto", infatti, sottenderebbe la necessità di un diritto oggetto di controversia, ovvero di un contrasto fra il soggetto agente ed un soggetto terzo, in merito alla pretesa avanzata dal primo².

Argomenta l'Autore che "l'esercizio del diritto, anche quando implica la commissione di un fatto-reato, è giustificato dalla norma dell'art.51 c.p. finché manca ogni opposizione e nei limiti di contenuto delle norme che configurano i singoli diritti soggettivi. Quando viceversa all'esercizio del preteso diritto di un soggetto si oppone un altro soggetto che accampa interessi o diritti in conflitto con il primo, l'esercizio di un diritto è ammissibile soltanto attraverso il mezzo del ricorso alla giurisdizione". L'omissione di tale mezzo, dunque, sarebbe tale da costituire un superamento formale dei limiti posti dalla norma dell'art.51 c.p., la quale, pertanto, non potrebbe essere invocata laddove l'esercizio di un diritto non si presenti in forma pacifica e non controversa.

La tesi non pare propriamente convincente.

Oltre a doversi osservare come, infatti, venga avvertito, nella massima parte dei casi, il bisogno di esercitare un diritto proprio allorquando esso venga contestato nei suoi presupposti costitutivi³, non si intravedono valide ragioni per escludere l'operatività della scriminante laddove il diritto faccia capo a chi

¹ A. LANZI, ult. op. cit., 36.

² S. KOSTORIS, L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Napoli, 1965, 66 e ss.

³ Cfr. A. LANZI, ult. op. cit., 37.

lo invochi – pur se contestato *ex adverso* – e questi, ovviamente, lo eserciti nel rispetto dei relativi limiti legali⁴.

Secondo una ulteriore prospettazione dottrinale⁵ – che tiene conto della circostanza per cui “l’esercizio del diritto non è mai arbitrario appunto perché è esercizio del diritto” – la fondamentale differenza fra la situazione disciplinata dall’art.51 c.p. e le fattispecie incriminative di cui agli artt.392 e 393 c.p. andrebbe colta nel momento temporale.

Tanto deriverebbe, invero, dall’espressione “al fine di esercitare un preteso diritto”, utilizzata dal Legislatore con riferimento alle ipotesi passibili di sanzione penale e tale da caratterizzare le stesse sotto il profilo della tensione finalistica del soggetto rispetto all’esercizio del diritto preteso.

Commenta, al riguardo, l’Autore che, “se il soggetto tende all’esercizio del diritto, ciò vuol dire che l’esercizio del diritto non è ancora avvenuto. Se così non fosse, non potrebbe ricevere una razionale spiegazione la incriminazione dei fatti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Difatti, se in base alla norma generale dell’art.51 c.p. i fatti di reato commessi nell’esercizio⁶ di un diritto non vengono puniti, non si capirebbe il motivo della punizione di fatti commessi nell’esercizio del diritto che si pretende”⁷.

Ne consegue che i comportamenti contrassegnati, rispettivamente, dall’ “esercizio di un diritto” e dal “fine di esercitare un preteso diritto” non coincidono tra loro, in quanto, nelle fattispecie delittuose dell’esercizio arbitrario delle proprie ragioni, “l’ambito di azione previsto dalla norma

⁴ F. MANTOVANI, voce Esercizio del diritto, cit., 665.

⁵ S. ARDIZZONE, I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Milano, 1975, 105 e ss.

⁶ A detto riguardo conviene rilevare, da un lato, che un medesimo fatto, in tanto potrà definirsi reato, in quanto non configuri l’esercizio di un diritto, nonché, dall’altro, che tale esercizio potrebbe anche soltanto configurarsi come putativo, ai sensi dell’art.59 comma 4 c.p., nella sua erronea, ma scusabile, supposizione.

⁷ M. BOSCARELLI, La tutela penale del processo, Milano, 1951, 176.

fondante il diritto deve essere ancora raggiunto”⁸. In dette ipotesi, infatti, l’esercizio del diritto, per quanto preso di mira, non è ancora avvenuto⁹.

Secondo altra tesi dottrinale¹⁰, ancora, il discrimine fra l’esercizio del diritto previsto dalla scriminante e quello indicato nelle disposizioni della parte speciale codicistica risiederebbe nella necessaria ed effettiva¹¹ possibilità, quanto a queste ultime ipotesi, di fare ricorso al giudice.

Si osserva, infatti, che l’ipotetico difetto di un siffatto elemento finirebbe per consentire una integrale sovrapposizione fra il concetto di “preteso diritto”, di cui agli artt.392 e 393 c.p., ed il contenuto dell’art.59 comma 4 c.p., in riferimento all’art.51 c.p.¹²; “non si riuscirebbe infatti a comprendere in che cosa effettivamente si differenzerebbe dal punto di vista psicologico, la condotta di chi agisca nella opinione erronea di esercitare un diritto ai sensi dell’art.59 c.p., da quella di colui che si faccia ragione da sé medesimo nella opinione – erronea – di esercitare un diritto, oggettivamente inesistente, ma pur tuttavia riconosciuto astrattamente nel nostro ordinamento giuridico”.

Nel definire i rapporti in oggetto, tuttavia, la soluzione preferibile pare essere quella che prende le mosse dalla menzionata tematica dell’abuso del diritto e dal preliminare assunto secondo il quale è diritto soltanto quello esercitato

⁸ Tale conclusione, per quanto presenti interessanti momenti meritevoli di effettiva condivisione, rischia, nondimeno, di determinare seri problemi interpretativi specie con riguardo alle ipotesi concrete in cui risultino difficilmente distinguibili, in un più complesso *iter* comportamentale del soggetto agente, le condotte di autosoddisfazione prodromiche e strumentali all’esercizio del diritto, rispetto a quelle successive che, al contrario, siano propriamente riconducibili alle facoltà sottese al diritto stesso.

⁹ I. CARACCIOLI, op. cit., 123 e ss., sottolinea come le norme poste a confronto abbraccino realtà giuridiche diverse, in quanto l’esimente attiene all’esercizio del diritto, mentre, per altro verso, le ipotesi delittuose contemplano non tanto una fattispecie di esercizio, quanto, piuttosto, una attività soltanto diretta a ciò; ne consegue che la scriminante finisce per riguardare unicamente atti direttamente presi in considerazione e facoltizzati dalla fonte che prevede il diritto, mentre, diversamente, gli artt.392 e 393 c.p. sottendono atti preparatori a tale attività, di per sé non legittimati da alcuna norma e, pertanto, tali da poter configurare ipotesi criminose.

¹⁰ A. REGINA, L’esercizio arbitrario delle proprie ragioni, Padova, 1979, 39 e ss.

¹¹ L’effettività del ricorso al giudice ricorre propriamente in quanto non vi sia l’attualità del deterioramento o della distruzione del diritto.

¹² Ciò, a ben vedere, sulla base del presupposto che l’esistenza del diritto è tale da comprendere sia i casi di diritto effettivamente riconosciuto e sussistente, sia i casi di diritto ritenuto tale soltanto dall’autore del fatto.

entro i limiti in cui è concesso, così che il fatto concreto resta scriminato in quanto posto in essere nell'ambito delle facoltà consentite dalla corrispondente norma.

Le fattispecie di c.d. "ragion fattasi", a propria volta, presuppongono l'esercizio di un diritto quale mera intenzione sorretti dalla quale si consuma la condotta illecita¹³; condotta che si caratterizza, dunque, per il fatto di venir realizzata attraverso atti strumentali, anche eventualmente estranei rispetto al fine di esercitare il diritto¹⁴.

Si conviene, pertanto, con il ritenere che il corretto esercizio del diritto non possa essere ragione di alcuna responsabilità penale; il perpetrare un certa condotta mediante l'impiego di una violenza ingiustificata e non legittimata dall'ordinamento, viceversa, configurerà le ipotesi delittuose di cui agli artt. 392 e 393 c.p., sebbene l'agente sia stato spinto dalla finalità ultima di esercitare un diritto.

Conclude l'insegnamento dottrinale seguito che, rispetto a tali reati, il fine di esercitare il preteso diritto funziona da elemento degradante della responsabilità: "se esso non vi fosse si risponderebbe di danneggiamento, o di minaccia, etc."

2. L'esercizio di un diritto nell'ambito delle cause di giustificazione.

L'adesione all'impostazione dottrinale da ultima illustrata conferma, dunque, che l'esercizio di un diritto esclude la responsabilità penale del soggetto agente, ricorrendo un elemento negativo del fatto tipico di reato, senza alcuna possibilità di individuare fattispecie penali residuali¹⁵.

¹³ A. LANZI, ult. op. cit., 38.

¹⁴ P. NUVOLONE, L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti, in Riv. it. dir. pen., 1941, 133 e ss., sottolinea che, in relazione ai delitti di ragion fattasi, "...l'elemento criminogeno sta unicamente nell'azione-mezzo che serve all'esercizio del diritto".

¹⁵ In termini, A. LANZI, ult. op. cit., 29; con riferimento alla tematica degli elementi negativi del fatto, cfr. M. GALLO, Il concetto unitario di colpevolezza, Milano, 1951, 18 e ss; C.F. GROSSO, L'errore sulle scriminanti, Milano, 1961, 142; A. PAGLIARO, Principi di diritto penale, Parte

Orbene, senza addentrarci nella trattazione di complesse questioni, eventualmente connesse e derivate da alte teorizzazioni sugli elementi negativi del fatto tipico e sulla struttura del reato, si crede, in ogni caso, meritevole di attenzione l'inquadramento della scriminante in commento nell'ambito del sistema delle cause di giustificazione.

A tal fine, appare, quindi, opportuno rilevare preliminarmente che l'espressione tecnica "cause di giustificazione" è estranea al linguaggio del nostro codice, rappresentando essa una categoria di matrice dottrinale; il Legislatore penale ha preferito parlare unicamente di "circostanze che escludono la pena" (art.59 c.p.), così dando luogo ad un contenitore ampio, tale da ricomprendere in sé ogni ipotesi di mancato assoggettamento a pena dell'autore del fatto.

Nell'ambito della non punibilità¹⁶ ricadono, pertanto, tanto le ipotesi di Parte generale disciplinate agli artt.50 c.p. e seguenti, quanto la fattispecie riferibile al soggetto incapace di intendere e di volere (art.85 c.p.); ed ancora, rispetto alla Parte speciale del codice, possono richiamarsi, a titolo esemplificativo, il caso di chi commette un delitto contro l'amministrazione della giustizia per evitare la condanna di un prossimo congiunto (art.384 c.p.), ovvero di chi realizza un delitto contro il patrimonio ai danni del coniuge, dei parenti o degli affini indicati all'art.649 c.p.

Come lucidamente argomentato da un intervento dottrinale¹⁷, tuttavia, le complessive ragioni che vengono a spiegare l'esclusione della punibilità nelle ipotesi indicate *ex lege* appaiono riconducibili schematicamente a tre piani di valutazione distinti, a propria volta corrispondenti ad altrettante categorie dogmatiche: cause di giustificazione (o esimenti, o giustificanti), cause di

generale, Milano, III ed., 1987, 438 e ss.

¹⁶ Che appare, quindi, come il solo risultato pratico rispetto a giudizi di valore etico-sociale e giuridico, caso per caso, differenti tra loro.

¹⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit., 226.

esclusione della colpevolezza (o scusanti) e cause di non punibilità in senso stretto.

La distinzione risulta importante sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista pratico, per gli effetti che ne discendono sul piano della disciplina.

Può, infatti, ritenersi generalmente condiviso che soltanto le cause di giustificazione in senso stretto sono in grado di elidere l'antigiuridicità del fatto – nel senso di contrarietà della fattispecie al complesso delle previsioni ordinamentali – così da rendere logicamente inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione (anche civile o amministrativa); esse, inoltre, come si vedrà in seguito, si estendono a tutti coloro che eventualmente prendano parte alla commissione del fatto medesimo ed operano in forza della loro obiettiva esistenza, anche, quindi, se ignorate o per errore ritenute inesistenti.

Le cause di esclusione della colpevolezza, invece, lasciando integra l'antigiuridicità del fatto, si limitano ad incidere sull'elemento soggettivo, nel senso di escludere la concreta possibilità di muovere un rimprovero al suo autore.

Le cause di esenzione da pena, infine, non presentano alcun margine d'incidenza né sull'illiceità del fatto, né sulla colpevolezza del soggetto agente; la ragione giustificatrice della loro previsione risiede, piuttosto, “in valutazioni di opportunità circa la necessità o la meritevolezza di pena, avuto anche riguardo all'esigenza di salvaguardare contro-interessi che risulterebbero altrimenti lesi da un'applicazione della pena nel caso concreto”¹⁸.

Volendosi proseguire in possibili distinzioni nell'ambito delle “circostanze che escludono la pena” ed, in particolare, nel novero di quelle previste dalla Parte

¹⁸ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit., 227, secondo il cui insegnamento potrebbero ricondursi esemplificativamente alla prima categoria i casi dell'esercizio di un diritto e la legittima difesa, alla seconda categoria l'ipotesi del fatto realizzato per effetto della coazione morale esercitata da altri ed, infine, alla terza la fattispecie di esclusione della pena di cui all'art.384 c.p.

generale dell'impianto codicistico¹⁹, converrà evidenziare, ancora una volta, la peculiare struttura riservata dal Legislatore alle scriminanti di cui all'art.51 c.p. Tanto l'esercizio di un diritto, quanto l'adempimento di un dovere, infatti, contengono una mera statuizione di principio (ossia, appunto, l'esclusione della punibilità nei casi di esercizio di un diritto e di adempimento di un dovere, "imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità"), limitandosi ad operare un rinvio alle singole fattispecie, in modo da generare, caso per caso, una situazione di facoltà legittimata, ovvero di comportamento imposto²⁰.

Si tratta, in altri termini, di fattispecie normative di portata generale (e di massima astrattezza) la cui effettiva incidenza rispetto ad ipotesi concrete è subordinata, appunto, alla considerazione che si debba avere, di volta in volta, per le specifiche norme giuridiche e per gli ordini della pubblica Autorità così richiamati.

Nelle ulteriori ipotesi disciplinate agli articoli 50 e seguenti del codice penale, al contrario, l'attenzione del dato testuale è rivolta unicamente alla descrizione della situazione di fatto legittimante; ad esempio, il valido ed efficace consenso del titolare del diritto (art.50 c.p.), la necessità di rendere protezione ad un diritto attualmente minacciato da un'offesa ingiusta (sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa), ovvero l'impiego delle armi, o di un altro mezzo di coazione fisica, che siano finalizzati inevitabilmente, per ragioni attinenti ai doveri d'ufficio, a respingere una violenza, a vincere una resistenza all'Autorità, ovvero ad impedire i delitti previsti specificamente dall'art.53 c.p. Difetta, per altro verso, in tali casi, un espresso riferimento al principio giuridico generalmente scriminante.

¹⁹ Eccezion fatta, in questa sede, per la previsione dell'art.85 c.p., poiché attinente alla particolare situazione giuridica dell'imputabilità

²⁰ Si tratta, appunto, dello stesso schema di funzionamento delle c.d. "norme penali in bianco".

Una posizione del tutto peculiare, va incidentalmente osservato, è occupata dall'ipotesi dello stato di necessità la cui *ratio*, invero, viene, dai più, individuata nell'assenza di colpevolezza del soggetto agente, oltre che nella mancanza di interesse dello Stato a salvaguardare l'uno o l'altro dei beni in conflitto, posto che, nella situazione data, uno dei beni è comunque destinato ad essere pregiudicato²¹.

Tanto considerato, dunque, può ipotizzarsi che fra i casi scriminanti previsti dall'art.51 c.p. e le diverse ipotesi del consenso dell'avente diritto, della difesa legittima, nonché dell'uso legittimo delle armi, sussista un *rapporto di genere a specie*. In particolare, infatti, non pare possibile negarsi che l'autore del fatto previsto dagli articoli 50 c.p. e 52 c.p. risulti esente da pena per il fatto di esercitare una specifica facoltà legittima (resa tale, appunto, per effetto di un valido ed efficace consenso, ovvero per la presenza delle condizioni di fatto legittimanti la reazione all'offesa) e, parimenti, che il pubblico ufficiale preso in considerazione dall'art.53 c.p. non sia punibile poiché impegnato nell'adempimento di un dovere.

Il diverso piano operativo delle disposizioni poste a confronto, pertanto, consente, in primo luogo, di ritenere poco felice la collocazione sistematica dell'art.51 c.p.²², poiché non del tutto conforme al complessivo impianto delle cause di giustificazione.

Dalla medesima incongruità normativa, in secondo luogo, discendono gravi dubbi e serie perplessità interpretative con riferimento alla compatibilità

²¹ Tanto spiega la previsione di conseguenze riparatorie a vantaggio del soggetto danneggiato (si veda, in tal senso, quanto disposto dall'art.2045 c.c. il quale, peraltro, parla di indennità e non di risarcimento) e sancisce una certa alienità della fattispecie rispetto al campo segnato dalle cause di giustificazione in senso proprio. Secondo P. NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Padova, 1982, 198, "Questa constatazione ci porta, dunque, ad affermare che mentre nella legittima difesa si è in presenza di un fatto lesivo *approvato* dall'ordinamento, nello stato di necessità vi è un fatto *tollerato*."

²² Sempre che se ne voglia ammettere, al contrario di quanto sostenuto con la presente trattazione, la necessità e l'opportunità nell'ambito del sistema positivo.

dell'esercizio di un diritto²³ rispetto alla disciplina comune delle scriminanti e, segnatamente, rispetto alle tematiche dell'errore e dell'eccesso colposo.

3. *La tematica dell'errore.*

Come appena considerato, dunque, le cause di giustificazione presuppongono un giudizio di liceità di carattere assolutamente ed interamente oggettivo; tale giudizio, in altri termini, “non dipende dalle valutazioni, dalle conoscenze o dalle finalità del singolo agente”²⁴.

Naturale conseguenza di una siffatta logica valutativa è la presenza, nel nostro impianto codicistico, dell'art.59 comma 1 c.p. e dell'art.119 comma 2 c.p.; secondo la prima disposizione, invero, *le circostanze che...escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti*, mentre, alla luce della seconda, *le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato*.

Vale la pena osservare come l'eventuale rilevanza di momenti conoscitivi o finalistici risulti circoscritta ai soli casi in cui siano le stesse norme legittimanti un determinato comportamento ad escluderne, viceversa, giustificazione, in presenza, appunto, di un dato elemento rappresentativo o di una particolare intenzione del soggetto agente; e così, per quanto attiene alla materia in oggetto, pare sufficiente osservare, a titolo esemplificativo, che non esercita il diritto di proprietà colui che faccia uso della cosa “al solo scopo di recare molestie al vicino”.

²³ Non intendendosi affrontare, in questa sede, le problematiche attinenti all'adempimento di un dovere.

²⁴ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2004, 150.

Maggiori perplessità e dubbi interpretativi discendono, invece, dalla cosiddetta “scriminante putativa” originata dal combinato disposto degli articoli 51 e 59 comma 4 c.p.²⁵

A tale proposito, pare conveniente richiamare preliminarmente due conclusioni già illustrate nel corso della trattazione: in primo luogo, invero, che la scriminante dell’esercizio di un diritto riproduce il modello della norma penale in bianco, così che una norma extrapenale risulta in grado di divenire parte, *per relationem*, dello stesso sistema penale; in secondo luogo, ancora, che, per come ricostruita l’impostazione generale, il diritto scriminante altro non è se non l’alternativa lecita alla fattispecie incriminatrice, l’area di comportamenti consentiti dall’ordinamento, adiacente all’area delle attività, al contrario, vietate.

Tanto ribadito, dunque, risulta assai agevole distinguere, in relazione al disposto dell’art.59 c.p., la posizione dell’art.51 c.p., nella parte relativa all’esercizio di un diritto, dalle altre disposizioni codicistiche in funzione scriminante²⁶. In queste ultime fattispecie, connotate da particolari situazioni di fatto che legittimano condotte altrimenti passibili di sanzione penale, infatti, l’errore riguarderà, nella massima parte dei casi concreti, proprio l’effettiva sussistenza dei suddetti dati fenomenici²⁷; nella causa di giustificazione dell’esercizio di un diritto, proprio perché posta in funzione “negativa” e simmetrica rispetto al complesso delle previsioni incriminatrici, l’errore potrà

²⁵ Parte delle problematiche connesse al tema della scriminante putativa, è bene rammentare, già hanno occupato la trattazione afferente ai rapporti fra l’esercizio di un diritto, da un lato, ed i delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, dall’altro.

²⁶ Da tale distinzione va escluso qualsivoglia riferimento alla fattispecie dello stato di necessità la quale, come già osservato, occupa una posizione del tutto singolare ed a sé stante nel sistema delle scriminanti.

²⁷ Si tratterà, pertanto, di errore generalmente riconducibile alla previsione dell’art.59 comma 4 c.p. la quale, del resto, pare dover trovare applicazione anche con riguardo alle qualificazioni normative delle fattispecie scriminanti (in tal senso, invero, si atteggiavano quali elementi normativi le valutazioni sull’ingiustizia dell’offesa, di cui all’art.52 c.p., ovvero sulla validità del consenso ex art.50); non può, tuttavia, escludersi aprioristicamente (cfr. *infra*, in tema di eccesso colposo), anche con riguardo alle scriminanti diverse dall’esercizio di un diritto, la configurabilità di errori incidenti sulla parte normativo-precettiva delle stesse, dai quali la conseguente irrilevanza, ex art. 5 c.p., ai fini dell’assoggettamento a sanzione del soggetto agente.

investire, come in queste ultime, tanto i limiti scriminanti (del diritto), quanto i presupposti materiali in presenza dei quali potrebbe ricorrersi legittimamente alla condotta lecita.

Gli errori della prima categoria, pertanto, andranno ricondotti indubbiamente nell'ambito dei principi resi operativi dall'art.5 c.p.²⁸, mentre quelli della seconda specie²⁹ rientreranno nella medesima prospettiva di cui all'art.47 c.p.³⁰ Non sono mancate, tuttavia, opinioni isolate che, nel recupero della tradizionale distinzione fra *error facti* ed *error iuris* – nonché, in special modo, tra errore di diritto extrapenale, che esclude il dolo, ed errore di diritto penale, che non esclude il dolo, ma può attenuare la colpevolezza – hanno messo in discussione la necessità di confrontare l'errore sui limiti del diritto scriminante con lo sbarramento di tutela del sistema di cui all'art.5 c.p.³¹

Partendo dal presupposto per cui l'errore sul diritto extrapenale rileva, in via generale, nella misura in cui incide su di un elemento normativo, è stato infatti asserito che l'art.51 c.p. pone una scriminante che, a differenza delle altre, non è data da requisiti di fatto più requisiti normativi, concentrandosi, invece, essa in un elemento “tutto normativo”; l'errore che incide su tale scriminante

²⁸ A. LANZI, op. cit., 42; D. PULITANO', ult. op. cit., 358 e ss; I. CARACCIOLI, Manuale di diritto penale, Parte generale, Padova, 1998, 434-435; A. CAVALIERE, L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, Napoli, 2000, 534.

²⁹ I quali, a propria volta, potranno tradursi in errori di fatto, ovvero anche in erronee qualificazioni di c.d. “elementi normativi” all'interno della situazione autorizzata descritta dalla legge (così D. PULITANO', ult. op. cit., 360)

³⁰ Come altrimenti affermato, “avrà quindi rilievo l'errore sulla cui base si ritiene sussistente una situazione di fatto in costanza della quale si potrebbe ricorrere all'esercizio di un diritto, non lo avrà invece l'errore che incide sullo stesso diritto (sulla sua esistenza, sui suoi limiti, etc.) che si intende esercitare (in termini, A. LANZI, op. cit., 43). Cfr., sul punto, I. CARACCIOLI, L'esercizio del diritto, Milano, 1965, 177; C.F. GROSSO, op. cit., 202.

³¹ Siffatte tendenze tradizionali, deve osservarsi, erano già state messe in seria discussione dai primi sostenitori della teoria degli elementi negativi. Merkel, ad esempio, distingueva chiaramente tra errore sulla fattispecie – ossia su qualsiasi elemento della fattispecie oggettiva – ed errore sul divieto. Quanto all'esperienza giuridica nazionale, invero, già Carrara teneva distinto l'errore sulla rappresentazione dell'elemento oggettivo (sulle condizioni che accompagnano il fatto) da quello sul precetto violato (concernente, cioè, l'esistenza della legge proibitiva del fatto stesso).

rientrerebbe quindi pur sempre nell'operatività dell'articolo 59 c.p., in quanto costituirebbe un errore rilevante di diritto extrapenale³².

Anche prescindendosi dalla validità di un approccio interpretativo rigido che, come detto, intenda distinguere l'errore di diritto extrapenale, in grado di escludere il dolo, dall'errore di diritto penale, che altrettanto non determina, non può ritenersi che l'esercizio di un diritto previsto dall'art.51 c.p. sia una causa di giustificazione costituita da un elemento "tutto normativo", nel senso indicato dall'Autore.

Detto elemento, infatti, si configura nei soli casi in cui la legge extrapenale vada a qualificare singoli elementi di una fattispecie penale (incriminatrice, ovvero, come nel caso di specie, scriminante), mentre, come già emerso dalla presente trattazione, l'art.51 c.p. ricerca nelle leggi extrapenali l'intera e diretta determinazione delle fattispecie scriminanti (in quanto legittime).

Sotto il profilo della tecnica redazionale e del sistema di funzionamento della previsione in commento, invero, deve rilevarsi come il testo dell'art.51 c.p. non descriva affatto, nemmeno in parte, quali siano le situazioni scriminanti, determinando, al contrario, la portata esimente di situazioni autonomamente disciplinate da altre norme, quelle, appunto, attributive di diritti o doveri.

Le situazioni tipiche scriminanti sono dunque da trarre, non dall'art.51 c.p., ma dal mutevole complesso delle leggi extrapenali che specificamente determinano i presupposti ed il contenuto dei corrispondenti diritti e doveri.

Ne consegue che, nell'ipotesi in esame, la rilevanza dell'errore deve essere ponderata in modo simmetrico rispetto all'errore che investe norme penali in bianco³³.

Come più volte argomentato, infatti, le norme autorizzatrici, per la loro funzione scriminante, assumono, *per relationem*, la stessa natura penale che

³² G. LOZZI, Il problema della buona fede determinata da un'errata da un'errata pronuncia giudiziale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1958, 814.

³³ C.F. GROSSO, op. cit., 197 e ss; D. PULITANO', ult. op. cit., 359; A. LANZI, op. cit., 43.

connota i precetti richiamati dalle clausole in bianco. L'errore che venga a cadere sui diritti attribuiti da tali disposizioni finisce per essere (sia pure *a contrariis*) un vero e proprio errore di diritto penale, poiché, appunto, riguardante il divieto legale.

Si tratterà, in ultima analisi, di un errore che esula dallo schema di rilevanza dell'art.59 comma 4 c.p. e che rientra, al contrario, nell'ambito proprio dell'art.5 c.p., presentando esso un oggetto esclusivamente attinente alla valutazione normativa di anti giuridicità, senza alcun concorso, viceversa, alla descrizione del contenuto fattuale di una simile valutazione.

Siffatte considerazioni, piuttosto pacifiche ed incontroverse fra i commentatori della materia, sembrano sufficienti a trarre le prime conclusioni sulla disciplina dell'errore, nonché, per altro verso, ad ipotizzare taluni scenari problematici messi in rilievo dalla più attenta dottrina.

L'aver configurato il diritto scriminante come l'area d'incidenza giuridica speculare e "negativa" rispetto a quella propria dell' "adiacente" disposizione incriminatrice risulta, dunque, essere circostanza tale da porre l'art.51 c.p. in una posizione ontologicamente analoga a quella di ogni altra norma penale.

Ne discendono immediatamente due conseguenze.

Una prima, già messa in luce negli arresti che precedono, attiene, appunto, alla peculiarità oggettiva dell'esercizio di un diritto rispetto alle altre ipotesi scriminanti, connotate queste da una particolare situazione di fatto alla presenza della quale la fattispecie, altrimenti illecita, risulta giustificata in virtù del giudizio di tolleranza o di approvazione riservato dall'ordinamento alla condotta del soggetto agente.

La seconda, poi, posta la natura dei limiti scriminanti quali elementi negativi del fatto a livello di fattispecie tipica e ricondotto l'errore sulla fattispecie prevista dalla norma autorizzatrice extrapenale alla disciplina dell'art.47 c.p.,

finisce per coincidere con un giudizio di superfluità del combinato disposto degli articoli 51 e 59 comma 4 c.p.

Atteggiandosi, infatti, il diritto alla medesima stregua del divieto e sottendendo entrambi fattispecie concrete simmetriche e reciproche, non si intravede, ancora una volta, quale necessità vi fosse di introdurre espressamente la scriminante dell'esercizio di un diritto nell'ambito dell'impianto codicistico, né, ancor più, nella parte dedicata alle cause di giustificazione³⁴.

Non meraviglia, pertanto, sotto il profilo delle esperienze comparatistiche, che il sistema penale tedesco non abbia introdotto alcuna disposizione positiva in merito all'esercizio del diritto³⁵.

La tradizionale concezione di un ordinamento giuridico unitario fa sì che, in ogni caso, non possa essere considerato come reato un fatto che non sia, ad un tempo, antigiuridico³⁶.

L'espressa previsione dell'esercizio di un diritto in funzione scriminante rimane, pertanto, limitata, nell'esperienza germanica, ai casi in cui il comportamento tenuto dal soggetto agente non risulti chiaramente ed agevolmente scriminato, tenendosi conto della sola impostazione sull'antigiuridicità³⁷.

³⁴ Cfr. P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 309 il quale afferma "...non sarebbe stata neppure necessaria la norma prevista dall'ultimo comma dell'art.59 c.p....".

³⁵ Conviene, per altro verso, rilevare come, nel sistema tedesco, sia presente un'interessante causa di giustificazione codificata che presenta momenti di connessione con l'esercizio di un diritto. Si tratta, invero, della fattispecie introdotta nel § 193 StGB che contiene la disciplina relativa alla "tutela degli interessi legittimi" (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*).

³⁶ Merita rimarcare che la tenuta di una simile impostazione è comunque assicurata dal rispetto del principio di tipicità, in virtù del quale i comportamenti autorizzati – ed in relazione ai quali viene esclusa l'antigiuridicità – devono pur sempre attenere a ben precise fattispecie e valgono solo in relazione ad esse (cfr. H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1978, 262).

³⁷ Ad esempio, per alcune previsioni del codice civile, è esplicitamente giustificato il creditore che, non potendo ottenere l'intervento dell'autorità (o venendogli tale intervento ingiustamente rifiutato), e ricorrendo altresì il pericolo che il soddisfacimento dei propri diritti sia vanificato o divenga molto difficile, eserciti egli stesso le proprie ragioni, usando perfino modalità di esercizio quali la violenza sulle cose del debitore, ovvero il fermo di quest'ultimo laddove intento alla fuga; casi analoghi si riscontrano pure in merito alla protezione del possesso ed alla tutela delle ragioni del locatore. Cfr., in materia, A. LANZI, op. cit., 21.

La lineare regolamentazione della materia, del tutto convincente ed auspicabile per la sua conformità ai principi generali, si complica non poco considerando che, appunto, il codice penale tedesco contempla, al § 17, la rilevanza dell'errore sull'antigiuridicità del fatto.

Il che, a ben vedere, per quanto non costituisca circostanza tale da imporre una decisa rimediazione quanto alla (criticata) necessità della previsione dell'art. 51 c.p.³⁸, deve indurre, nondimeno, a considerare attentamente la problematica concernente l'oggetto della coscienza dell'antigiuridicità.

Alla tesi tradizionale secondo la quale tale oggetto va identificato nel contrasto con i precetti dell'ordinamento, ovvero, in altri termini, nell'antigiuridicità generica come categoria del reato³⁹, infatti, è stata contrapposta – in forma, peraltro, cautamente dubitativa – la questione se non sia altresì necessario che l'agente possa rendersi conto del qualificato contrasto con l'ordinamento costituito da un giudizio di antigiuridicità ai sensi del diritto penale.

Secondo quest'ultima prospettazione, che si conforma all'accresciuta sensibilità in rapporto alle implicazioni politico-criminali della dommatica della tipicità e dell'antigiuridicità, la personalità della responsabilità penale pare dover richiedere almeno la conoscibilità della qualificata illiceità del fatto e non di un'antigiuridicità "generica". Ciò non arriverebbe ad imporre la necessaria riconoscibilità della concreta punibilità del fatto, ma soltanto quella del contrasto con precetti sanzionati penalmente, anziché, semplicemente, del

³⁸ Ciò diversamente da quanto affermato da A. LANZI (cfr. op. cit., 23 e ss.) il quale, tenendo conto proprio della disciplina in materia di errore vigente nel sistema tedesco, ha individuato nella stessa una delle ragioni portanti per le quali, nel nostro ordinamento, risulta, al contrario, opportuna l'espressa previsione della scriminante di cui all'art.51 c.p. Infatti, se così non fosse, prosegue l'Autore, "non potendosi allo stato nel nostro sistema ipotizzare rilevanza alcuna all'errore sull'antigiuridicità, l'esercizio del diritto – al contrario di quanto accade, come visto, in Germania – sarebbe sottratto a qualsiasi tematica concernente l'errore rilevante". Non può, peraltro, omettersi di rilevare sul punto come, per evidenti ragioni temporali, alcuna influenza abbia potuto esercitare rispetto alla superiore considerazione il noto intervento della Corte Costituzionale (sent. n.364 del 24 marzo 1988) la quale, infatti, 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".

³⁹ A. CAVALIERE, op. cit., 535; D. PULITANO', ult. op. cit., 12 e ss; F. PALAZZO, L'errore sulla legge extrapenale, Milano, 1974, 117 e ss.

contrasto con l'ordinamento, ed anche in relazione ad un tale requisito varrebbe il generale riferimento ad una *comprensione parallela nella sfera laica*⁴⁰.

Non è certo intenzione della presente trattazione quella di tentare una strada esegetica in materia, né, tanto meno, di optare per l'una, o per l'altra, impostazione profilata.

Pare, piuttosto, meritevole di osservazioni il possibile sviluppo che l'adesione alla teoria sulla conoscibilità dell'illiceità qualificata potrebbe assumere con riferimento all'esercizio di un diritto extrapenale.

Si è, infatti, giunti a prospettare, al riguardo, che, nelle ipotesi di rinvio dinamico e recettizio della norma penale incriminatrice a disposizioni extrapenali vigenti al momento del fatto (e, non v'ha dubbio, la questione influenza non poco l'ambito del diritto scriminante), l'errore di diritto incidente sulla disciplina di rinvio sarebbe tale da escludere il dolo, a causa della sua difficile conoscibilità, resa tale dal rapido evolversi della disciplina extrapenale⁴¹.

Il che si tradurrebbe, in relazione all'*error iuris*, nella rilevanza dell'errore sull'obbligo extrapenale. E, tuttavia, per evitare che il dolo si trasformi in un requisito riservato ai soli giuristi, si è fatto riferimento – in alternativa al criterio della valutazione parallela nella sfera laica – alla distinzione logica tra l' "errore sulle (concretissime) premesse singole del giudizio" e quello "su proposizioni generali della giustificazione interna di giudizi"⁴², ovvero tra l'

⁴⁰ A. CAVALIERE, op. cit., 536.

⁴¹ E. BELFIORE, Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale, Torino, Giappichelli, 1997, 190 e ss. E' stato peraltro obiettato (cfr. L. KUHLEN, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, Frankfurt am Main 1987, 374 e ss) che l'eccessivo dinamismo normativo è fenomeno non esclusivo e proprio delle norme extrapenali; anche con riferimento alle disposizioni incriminatrici, infatti, un simile fenomeno può, quanto meno, manifestarsi analogicamente nell'ondivago andamento dell'interpretazione giurisprudenziale.

⁴² L. KUHLEN, op. cit., 171 e ss.

“errore sull’applicazione nel caso concreto del concetto normativo” e quello “sul suo significato in astratto”⁴³.

Detta tesi, pur dovendosi confrontare, di volta in volta, con la misura di elasticità del parametro normativo di riferimento e pur risultando tale da generare non pochi problemi concreti là dove va a conferire presuntivamente uno stato di “forzata conoscenza” dell’agente qualificato, presenta un merito indubbio.

La tesi della rilevanza del solo errore sull’applicazione concreta del concetto normativo annida in sé una concezione dell’errore orientata al contenuto lesivo del fatto. Risulta infatti irrilevante, dal punto di vista del dolo, “la qualificazione astratta di un elemento della condotta in termini giuridici, mentre a risultare decisivo è il significato di valore che esso assume in concreto come forma di aggressione del bene”⁴⁴.

Nel caso ipotizzato di falso documentale, pertanto, non è la qualifica astratta (come documento) dell’oggetto materiale della condotta, bensì il carattere lesivo della fede pubblica della condotta stessa che deve costituire oggetto del momento consapevole; questo dovrà quindi presupporre, a propria volta, una comprensione almeno “volgare”, o laica, del valore probatorio dell’oggetto della condotta realizzata⁴⁵.

⁴³ Cfr. A. CAVALIERE, op. cit., 401; sarebbe, così, errore sulle premesse generali dell’applicabilità della norma extrapenale, e, quindi, errore di diritto irrilevante ai fini del dolo, quello di chi “non possiede neppure la nozione volgare di documento” o non conosce il concetto di altruità del codice civile. Tale sarebbe pure l’errore su “certi obblighi del diritto finanziario, della legislazione economica, bancaria, societaria, etc, recepiti dal diritto penale c.d. complementare”: per chi opera nei relativi settori dovrebbe presumersi, fino a prova contraria, la conoscenza delle norme extrapenali.

⁴⁴ Così, A. CAVALIERE, op. cit., 403, il quale fa espresso richiamo alle argomentazioni di D. PULITANO’ (ult. op. cit., 272-273, 307 e ss.) secondo cui va affermata l’esigenza di una rappresentazione riferita al contenuto significativo di lesione del fatto, piuttosto che a norme extrapenali in sé considerate. Dall’errore “sul nucleo significativo del precetto, dunque, deve distinguersi l’errore “sul nucleo significativo di disvalore del fatto”.

⁴⁵ D. PULITANO’, ult. op. cit., 239 e ss.; N. MAZZACUVA, Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, 807; P. PATRONO, Problematiche attuali dell’errore nel diritto penale dell’economia, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1988, 110.

Mutando parzialmente prospettiva, la coscienza dell'antigiuridicità del fatto è, poi, tema al quale si connette intimamente la problematica della consapevolezza riguardante l' "illiceità speciale" del fatto; illiceità speciale altrimenti definita "illiceità espressa"⁴⁶, per il fatto di essere evincibile dalla presenza, nelle disposizioni incriminatrici d'interesse, di espressioni quali "arbitrariamente", "illegittimamente", "indebitamente", "abusivamente" ed altre ancora.

La peculiarità di siffatte locuzioni, con la correlata rilevanza attribuita esplicitamente al momento dell'antigiuridicità, dunque, impone all'interprete di determinare se anche tale elemento possa essere annoverato fra quelli costitutivi del fatto-reato e, di conseguenza, se, pure in ordine al medesimo, debba riflettersi il dolo. Una eventuale risposta affermativa, è evidente, rappresenterebbe una palese eccezione al generale principio d'inescusabilità dell'ignoranza sulla legge.

Ed una simile conclusione, conviene premettere, è stata severamente sottoposta a critica da quella parte della dottrina che ha riconosciuto, appunto, nella massima parte delle ipotesi di illiceità speciale, la presenza di un mero ammonimento rivolto al giudice affinché si accerti che il fatto sia stato realizzato in assenza "di circostanze particolari di liceità contemplate da un diverso ramo dell'ordinamento giuridico". Si è proseguito argomentando che "l'assenza dell'antigiuridicità non cambia natura solo perché il legislatore le ha dato espressamente rilievo"⁴⁷; il rapporto di contraddizione fra il fatto e l'ordinamento è identico per qualsiasi reato: unitaria, dunque, deve essere la posizione dell'antigiuridicità rispetto al dolo.

⁴⁶ Cfr., sul punto, D. PULITANO, Illiceità espressa e illiceità speciale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1967, 65 e ss.

⁴⁷ Così G. DELITALA, Il fatto nella teoria generale del reato, Padova, 1930, 38 e ss.; cfr. altresì, nella materia *de qua*, B. PETROCELLI, L'appropriazione indebita, Napoli, Ed. Morano, 1933, 426 e ss.

Tanto considerato preliminarmente, pare doversi, anzitutto, osservare che, se realmente i casi d'illiceità speciale contenessero dei meri riferimenti all'assenza di condizioni legittimate da altri rami dell'ordinamento, esse finirebbero per risultare tautologiche ripetizioni – nella Parte speciale codicistica – della scriminante dell'esercizio di un diritto.

Devesi, pertanto, rilevare, contrariamente a quanto opinato dalla menzionata dottrina, che, mentre la scriminante di cui all'art.51 c.p. impone “che non un elemento del fatto, ma il fatto nel suo complesso, sia lecito”⁴⁸, nella maggior parte dei reati ad illiceità speciale, invece, questa riguarda esclusivamente taluni elementi della fattispecie⁴⁹.

Il punto di partenza per affrontare al meglio la problematica, quindi, sta nel distinguere le ipotesi in cui il dato terminologico dell'illiceità espressa si limiti effettivamente a sottolineare la necessaria contraddizione globale fra il fatto e la norma e quelle in cui, al contrario, venga richiesta una speciale qualificazione normativa di determinati elementi della fattispecie illecita.

Procedendosi alla valutazione di questi ultimi casi, invero, il rapporto di contraddizione normativa non si riferisce alla disposizione penale violata, bensì a disposizioni diverse e, pertanto, l'illiceità viene in rilievo alla stessa stregua di qualsiasi altro elemento descrittivo del tipo legale.

Come, infatti, si è lucidamente argomentato, “i singoli elementi di un fatto illecito non sono illeciti di per sé, singolarmente presi, ma solo nella loro totalità, dal momento che all'integrazione della qualificazione di illecito del fatto sono essenziali tutti gli elementi. Se ne deve dedurre che, se vi sono fatti illeciti dei quali qualche elemento sia da qualificare illecito di per sé, vuol dire...che esso è tale in base ad un criterio diverso da quello che deriva

⁴⁸ N. LEVI, Ancora in tema di illiceità speciale, in *Scritti Massari*, 1938, 351 e ss.; D. PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 369.

⁴⁹ Si veda, sotto tale profilo, quanto osservato nel capitolo che precede in tema di antinomie giuridiche.

dall'essere elemento di un fatto illecito. Questa è appunto la caratteristica degli elementi di taluni fatti illeciti, che danno luogo ad una illiceità speciale⁵⁰.

Nelle ipotesi in parola, dunque, “senza l'elemento di cui è questione la fattispecie criminosa sarebbe incompleta; ne consegue che quell'elemento non può ridursi a pleonastica sottolineatura di una qualifica comune a tutti i reati⁵¹”.

In quanto elementi di fattispecie, pertanto, gli elementi di illiceità speciale vengono configurati quali peculiare sottoclasse della categoria generale degli elementi normativi del fatto; è stato, infatti, considerato che, come tutti gli elementi normativi, anche l'illiceità speciale si riferisce a dati che non possono essere compresi se non “sotto logica presupposizione di una norma⁵²”.

Logica e coerente conclusione di una siffatta impostazione – condivisa dalla generalità dei commentatori – è quella per cui l'errore in materia finisce per assumere rilevanza e tanto deve avvenire non in forza di deroghe all'art.5 c.p., quanto, piuttosto, in applicazione diretta dell'art.47 c.p.

Diversi presupposti, invece, connotano i più frequenti casi in cui l'illiceità non concorra alla configurazione del fatto-reato, ma si limiti a richiamare la valutazione generale dello stesso reato come fatto antiggiuridico.

Orbene, rispetto a siffatte ipotesi incriminatici, si è affermato da taluni commentatori che il chiaro tenore testuale della norma di legge deve deporre per l'inclusione dell'antigiuridicità nell'oggetto del dolo, in quanto, comunque, elemento tipico della fattispecie; d'altra parte, se il Legislatore, in tali casi, ha fatto espresso utilizzo di particolari formule, “una ragione deve pur esserci... perché non si possono ammettere nella legge superfetazioni⁵³”.

⁵⁰ N. LEVI, op. cit., 360.

⁵¹ *In terminis*, D. PULITANO', ult. op. cit., 377, il quale indica al riguardo, a titolo di esempio, le ipotesi delittuose dell'omissione d'atti d'ufficio, del peculato per distrazione e dell'usurpazione di pubbliche funzioni con riferimento ai concetti di “omissione indebita”, di “distrazione” e di “usurpazione”.

⁵² Cfr. D. PULITANO', ult. op. cit., 378.

⁵³ Così R. PANNAIN, Manuale di diritto penale, Parte generale, III ed., Torino, 1962, 188.

E pertanto, si viene a concludere, la deroga al principio d'inescusabilità dell'errore sulla legge è il portato di precise indicazioni normative.

La tesi, secondo quanto già osservato, non pare propriamente convincente.

Sotto un primo profilo, strettamente di metodo esegetico, infatti, può essere lecito interpretare, eccezionalmente ed in presenza di valide ragioni, i termini impiegati dal Legislatore senza attribuire loro alcun significato positivo.

Ancora, e nella specifica materia che ci occupa, sembrano costituire valide ragioni, nel senso in parola, tanto l'assenza di indici sistematici, quanto il difetto di serie giustificazioni razionali rispetto ad una deroga del principio consacrato all'art.5 c.p.

Come osservato in modo condivisibile, invero, "l'espressa menzione dell'illiceità, che in apparenza attiene e si dice attenere alla descrizione del fatto, non ha nessuna funzione all'interno della fattispecie oggettiva, ma solo all'interno della fattispecie soggettiva". Da qui il paradosso di una tecnica legislativa che, pur non facendo alcun riferimento testuale alla tematica del dolo, finirebbe per assumere "un significato normativo con esclusivo riguardo al dolo"⁵⁴.

Alla luce delle considerazioni che precedono, dunque, l'unico grave problema che si presenta nella materia *de qua* concerne la complessa attività d'interpretazione, finalizzata, appunto, a distinguere i casi in cui il richiamo – più o meno espresso⁵⁵ – all'antigiuridicità risulti pleonastico da quelli in cui, al contrario, tale requisito si riassume nella contrarietà di qualche elemento della fattispecie rispetto a disposizioni diverse da quella penale.

E tale attività di accertamento, sulla quale non è intenzione trattare oltre, dovrà necessariamente incentrarsi, in primo luogo, sulle note categorie del bene

⁵⁴ D. PULITANO', ult. op. cit., 375.

⁵⁵ Potendosi convenire con le impostazioni di coloro (N. LEVI, op. cit., 364; D. PULITANO', ult. op. cit., 370) che negano il rapporto di assoluta coincidenza fra il concetto di *illiceità speciale* e quello di *illiceità espressa*.

giuridico preso di mira, nonché sulle modalità e sui mezzi di aggressione dello stesso.

Le conseguenti valutazioni, in termini di omogeneità, ovvero, al contrario, di non sovrapponibilità fra tali valori, costituiranno, quindi, i criteri sulla base dei quali fondare la scelta di metodo in questione.

4. *L'eccesso colposo.*

L'art.55 c.p. dispone che “quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”.

La dizione letterale dell'art.55 c.p., dunque, contempla anche la fattispecie di cui all'art.51 c.p. fra le ipotesi scriminanti alle quali va estesa la disciplina dell'eccesso colposo⁵⁶; disciplina che, secondo l'impostazione tradizionale, attiene ai casi in cui sussistano effettivamente i presupposti di fatto di una causa di giustificazione la quale, tuttavia, venga travalicata nei suoi limiti⁵⁷.

Le problematiche derivanti da un siffatto richiamo derivano, in gran parte, dalla particolare struttura che distingue, rispetto alla generalità delle altre scriminanti, la fattispecie dell'esercizio di un diritto, connotata, come

⁵⁶ Si conviene – non intravedendosi valide ragioni per operare distinzioni logiche in materia – con taluni Autori (G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit., 233; P. NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Padova, 1982, 309; F. MANTOVANI, Diritto penale, cit., 278; A. PAGLIARO, op. cit., 467) nel ritenere erroneo il mancato riferimento, nella disposizione dell'art.55, alla scriminante del consenso dell'avente diritto.

⁵⁷ Così G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit., 232; in argomento, E. ALTAVILLA, voce Eccesso colposo, in Nov.mo dig. it., IV, Torino, 1960, 338; S. MALIZIA, voce Eccesso colposo, in Enc. dir., XIV, Milano, 1965, 117; G. AZZALI, L'eccesso colposo, Milano, 1965; P. NUVOLONE, Le due forme dell'eccesso colposo, in Giust. pen., 1949, II, 803; R. PANNAIN, Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo, in Arch. pen., 1949, II, 249; M. GALLO, Eccesso colposo e previsione dell'evento, in Giur. it., 1950, II, 59; M. LAUDI, Enunciati dommatici e *ratio decidendi* sullo sfondo di un dibattuto problema: la colpa c.d. impropria, in Riv. it. dir. proc. pen., 1971, 987; C. FARANDA, L'eccesso colposo. Errore di giudizio ed errori modali nell'art.55 c.p., Milano, 1984; P. SIRACUSANO, voce Eccesso colposo, in Dig. Disc. pen., IV, Torino, 1990, 180.

osservato, da un richiamo generale a disposizioni autorizzatrici, in funzione “negativa” e simmetrica rispetto al complesso delle previsioni penali. Così che, proprio il riferimento a disposizioni extrapenali, contenuto nell’art.51 c.p., ha indotto taluni commentatori a considerare poco conforme al sistema l’ipotesi di un eccesso colposo riguardante l’esercizio di un diritto.

Ciò, invero, considerando erronea la prospettiva per cui l’art.55 c.p. sarebbe tale da comportare la responsabilità colposa nel caso in cui l’agente superi colposamente i limiti posti dalle norme extrapenali che fondano il diritto soggettivo⁵⁸.

Si è infatti argomentato, traendo spunti dalla tematica dell’abuso, che, “finché il comportamento sarà inquadrabile nello schema dell’esercizio di un certo diritto, esso non sarà penalmente rilevante; nel momento in cui eccederà, invece, i limiti di quell’esercizio sarà penalmente rilevante. E ciò a prescindere che quell’eccesso sia doloso o colposo, perché si sarà in ogni caso verificato un errore influente in sede penale, che non consentirà l’applicazione di quanto disposto dall’art.59 u.c. c.p. e quindi – conseguentemente – neppure di quanto sancito ex art.55 c.p.

Se, del resto, così non fosse, si dovrebbe ammettere – in questo, sia pur limitato, campo di azione – un superamento della norma di sbarramento posta dall’art.5 c.p.”⁵⁹.

Ed infatti, si è detto altrimenti, tenere un comportamento che supera i limiti posti da un diritto (che pur si vorrebbe esercitare), equivale a tenere una condotta al di fuori dello schema legale dell’esercizio di quel diritto, eppertanto ad esercitare un non-diritto⁶⁰.

Il che, a ben vedere, se conferma, da un lato, l’impostazione per cui non può logicamente operarsi distinzione alcuna fra diritto ed esercizio, risulta,

⁵⁸ A. LANZI, op. cit., 45.

⁵⁹ A. LANZI, op. cit., 46.

⁶⁰ Così T. DELOGU, *Sciopero di equipaggi e diritto penale*, Milano, 1969, 62.

nondimeno, conclusione imposta da una considerazione soltanto parziale della materia.

Possono valere, infatti, anche con riguardo all'art.51 c.p., considerazioni analoghe a quelle esposte in tema d'errore, sol si consideri, del resto che la figura dell'eccesso colposo sottende ontologicamente una forma di errore. E che, poi, tale errore possa incidere sul momento rappresentativo del fatto, oltre che, evidentemente, sull'attuazione della condotta, è questione che non concerne immediatamente la problematica *de qua*⁶¹.

Tanto considerato, dunque, non resta che rilevare nuovamente come sia proprio il dato letterale della disposizione di cui all'art.51 c.p. ad indurci a ritenere che all'erroneo eccesso possa conseguire esclusivamente il travalicamento dei limiti di un diritto di fonte extrapenale; si tratta tuttavia, come già osservato, di una apparenza ingannevole, ben potendo l'errore investire tanto i limiti scriminanti (del diritto), quanto i presupposti materiali in presenza dei quali potrebbe ricorrersi legittimamente alla condotta lecita.

La medesima condizione riguarda poi, in termini specularmente reciproci, anche le altre cause di non punibilità previste nella Parte generale codicistica; se è infatti vero che, in tali fattispecie, l'errore inciderà, nella massima parte dei casi, proprio sull'effettiva consistenza dei dati fenomenici previsti *ex lege*, ovvero, ancor più, sugli esiti della condotta normativamente scriminata, non può, tuttavia, escludersi ontologicamente la configurabilità di errori incidenti sulla parte normativo-precettiva delle stesse scriminanti.

Il che, dunque, pare potersi considerare congrua conferma di un rapporto analogico fra il criterio applicativo sotteso all'esercizio di un diritto e quello proprio delle altre cause di giustificazione le quali, tuttavia, per la loro chiara

⁶¹ Secondo taluni Autori (P. NUVOLONE, Il sistema del diritto penale, Padova, 1982, 309; G. AZZALI, op. cit., 13 e ss.) sarebbero configurabili, infatti, due forme di eccesso colposo: la prima riconducibile al caso in cui si cagioni un determinato risultato volutamente, perché si valuta erroneamente la situazione di fatto; la seconda si verifica, invece, quando la situazione di fatto è valutata esattamente, ma per un errore esecutivo si produce un evento più grave di quello che sarebbe stato necessario cagionare.

descrizione in termini fattuali, vengono a configurarsi quali specie definite del più generale principio consacrato all'art.51 c.p.

Ne consegue che il ritenere erroneo il richiamo, contenuto nell'art.55 c.p., alla fattispecie scriminante dell'esercizio di un diritto finisce per essere conclusione solo parzialmente – nei limiti appena indicati – corretta, stante la sostanziale sovrapponibilità del modello giuridico proprio a tutte le scriminanti della Parte generale codicistica⁶².

Tanto può affermarsi, a ben vedere, pur continuando ad escludersi eventuali spazi per distinzioni tra facoltà legittima e relativo esercizio – e, così, per un ipotetico esercizio illegittimo di un diritto – sostenendosi, infatti, che la situazione legittimante scrimina entro i limiti in cui è configurata e, parimenti, che il fatto concreto resta scriminato in quanto posto in essere entro i limiti del diritto⁶³.

Secondo tale chiave di lettura, dunque, potrebbero forse muoversi timidamente critiche di conformità, rispetto al complessivo sistema, proprio nei confronti dell'intera previsione di cui all'art.55 c.p.⁶⁴; tanto, almeno, con riferimento all'interpretazione tradizionale che riconduce la disposizione ai casi in cui sussistano effettivamente i presupposti di fatto di una causa di giustificazione la quale, tuttavia, venga travalicata nei suoi limiti⁶⁵.

5. Sintesi.

⁶² Con esclusione, come rilevato più volte, della figura dello stato di necessità.

⁶³ Non stupisce dunque, sotto tale profilo, che l'esperienza delle Corti abbia visto più volte emettere pronunce di condanna per delitti dolosi in casi di travalicamento, soltanto colposo, dei limiti del diritto; si vedano ad esempio, in tal senso, le riconosciute responsabilità ex artt.595 e 596 *bis* c.p. nei confronti di coloro che, nell'attività di critica e cronaca giornalistica, abbiano, appunto, ecceduto i limiti funzionali insiti nell'art.21 della Costituzione.

⁶⁴ Le riserve che accompagnano tale giudizio critico derivano, infatti, dal necessario confronto con le ragioni politico-criminali sottese alla norma; la previsione di un'ipotesi di c.d. "colpa impropria" pare, a ben vedere, ispirata dalla necessità di commisurare il trattamento sanzionatorio in termini di minore severità rispetto a fattispecie che, altrimenti, risulterebbero passibili, almeno parzialmente, di un inquadramento nella categoria dei reati dolosi (e così, eventualmente, nella stesso modello della preterintenzione).

⁶⁵ Così sembrando operare, pertanto, la criticata distinzione fra diritto in senso ampio e suo concreto esercizio.

Le profilate critiche alla necessità di una codificazione espressa della scriminante dell'esercizio di un diritto devono accompagnarsi, per ragioni di completezza, ad una valutazione, in chiave sistematica, dell'art.51 c.p.

La previsione normativa va, pertanto, confrontata sia con le disposizioni di Parte speciale ad essa connesse, sia con il più generale sistema delle cause di giustificazione.

Quanto al primo profilo, invero, la trattazione del presente capitolo ha cercato di evidenziare che la scriminante in esame e le ipotesi delittuose di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (artt.392 e 393 c.p.) sottendono una matrice comune data dalla sussistenza (almeno in astratto) di un diritto in capo all'autore del fatto. Sennonché, a distinguere e giustificare i corrispondenti trattamenti legali vale la circostanza che le suddette fattispecie incriminative presuppongono un necessario abuso del diritto; abuso insito, segnatamente, in una condotta realizzata mediante l'impiego di una violenza ingiustificata e non legittimata dall'ordinamento.

Il fine di esercitare il preteso diritto – come previsto dagli articoli 392 e 393 c.p. – funziona, dunque, quale mero elemento degradante, per ragioni di carattere soggettivo, della responsabilità.

Quanto al secondo profilo, poi, le considerazioni prospettate hanno preso le mosse da un'anomala tecnica redazionale utilizzata dal Legislatore. Per quanto, infatti, l'art.51 c.p. sia stato affiancato alle altre ipotesi scriminanti della Parte generale del codice, esso risulta formulato in termini del tutto peculiari; tanto la fattispecie dell'esercizio di un diritto, quanto quella dell'adempimento di un dovere contengono una mera statuizione di principio (ossia, appunto, l'esclusione della punibilità nei casi di esercizio di un diritto e di adempimento di un dovere, "imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità"), limitandosi ad operare un rinvio ad altre

ipotesi giuridicamente rilevanti, mentre, al contrario, nelle ulteriori ipotesi disciplinate agli articoli 50 e seguenti del codice penale, l'attenzione del dato testuale è rivolta unicamente alla descrizione della situazione di fatto legittimante (il valido ed efficace consenso del titolare del diritto nell'art.50 c.p., la necessità di rendere protezione ad un diritto attualmente minacciato da un'offesa ingiusta nell'art.52 c.p., ovvero, ancora, l'impiego delle armi, o di un altro mezzo di coazione fisica che siano finalizzati inevitabilmente, per ragioni attinenti ai doveri d'ufficio, a respingere una violenza, a vincere una resistenza all'Autorità, ovvero ad impedire i delitti previsti specificamente dall'art.53 c.p.).

Nell'ipotizzarsi, pertanto, un vero e proprio rapporto di genere a specie fra l'art.51 c.p. e le altre disposizioni influenti in materia, si è tentato, quindi, di mettere in risalto quali "insidiose" conseguenze possano derivare dalla suddetta anomalia, con riferimento, in particolare, alla tematica dell'errore ed a quella dell'eccesso colposo.

Quanto alla prima prospettiva, si è rilevato che, se, nelle altre cause di giustificazione, l'errore riguarderà, nella massima parte dei casi, gli elementi fattuali della fattispecie legittimante (così ricadendo nell'orbita dell'art.47 c.p.), rispetto all'art.51 c.p., invece, l'errore potrà investire tanto i limiti scriminanti (del diritto), quanto i presupposti materiali in presenza dei quali potrebbe ricorrersi legittimamente alla condotta lecita; e così, gli errori della prima categoria andranno ricondotti nell'ambito dei principi resi operativi dall'art.5 c.p., mentre quelli della seconda specie dovranno rientrare nella medesima prospettiva di cui all'art.47 c.p.

In questo senso, ancora una volta, l'esercizio di un diritto si presenta come il dato normativo, negativo e specularmente reciproco, di ogni "adiacente" ipotesi inciminatrice.

Ne consegue, evidentemente, un giudizio di superfluità del combinato disposto degli articoli 51 e 59 comma 4 c.p.

Il che, tuttavia, non deve indurre l'interprete a trascurare, nella materia *de qua*, la problematica concernente l'oggetto della coscienza dell'antigiuridicità; si è infatti osservato, da un lato, che, secondo taluni commentatori, proprio l'errore di diritto incidente sulla norma richiamata dall'art.51 c.p. potrebbe escludere ogni profilo di colpevolezza, a causa della sua difficile conoscibilità (resa tale dal rapido evolversi della disciplina extrapenale) e, dall'altro, che l'esercizio di un diritto è istituto giuridico correlato, per natura, alla categoria dei reati ad "illiceità speciale".

Con particolare riferimento a quest'ultima tematica, si è quindi affermata la necessità di tenere distinti i casi in cui il dato terminologico dell'illiceità si limiti a sottolineare la necessaria contraddizione globale fra il fatto e la norma e quelli in cui, al contrario, venga richiesta una speciale qualificazione normativa di determinati elementi della fattispecie illecita; nelle prime ipotesi, invero, l'errore sarà irrilevante ex art.5 c.p., vertendo esso sulla stessa antigiuridicità del fatto, mentre, nelle seconde, l'errore inciderà su un vero e proprio elemento tipico della fattispecie e, come tale, dovrà essere inquadrato ai sensi dell'art.47 c.p.

Considerazioni simili sono state svolte, infine, anche con riguardo alla tematica dell'eccesso colposo, rispetto alla quale, a ben vedere, si è timidamente ipotizzato un difetto di conformità rispetto al sistema (sempre sulla base dell'assunto per cui non è possibile distinguere un diritto dal suo esercizio e così, parimenti, non è configurabile un esercizio illegittimo del diritto).

La menzionata anomalia della redazione normativa – alla luce della quale si è portati erroneamente a ritenere che l'art.51 c.p., a differenza delle altre scriminanti, abbia una esclusiva funzione di sussunzione normativa – pare,

tuttavia, avere indotto parte della dottrina a distinguere, senza reali giustificazioni, la posizione dell'esercizio di un diritto (rispetto alla quale soltanto, sarebbe incompatibile la figura dell'eccesso colposo) da quella delle altre fattispecie "limitrofe".