

## CAPITOLO IV

Considerazioni conclusive. Nuove prospettive nell'interpretazione della scriminante.

SOMMARIO: 1) I meriti della scriminante; legittimazione delle c.d. "cause di giustificazione non codificate". – 2) L'esercizio di un diritto al di fuori degli elementi negativi del fatto; diritti e reati privi di collegamenti "funzionali".

*1. I meriti della scriminante; legittimazione delle c.d. "cause di giustificazione non codificate".*

Le considerazioni fin qui esposte hanno condotto, per vari profili, alla conclusione secondo la quale l'articolo 51 del codice penale, nella parte in cui contempla espressamente la scriminante dell'esercizio di un diritto, risulta essere disposizione pleonastica nel nostro sistema positivo e, nondimeno, foriera di problemi interpretativi e di perplessità sulla relativa tecnica redazionale.

Gli opposti giudizi di favore, espressi dalla maggior parte dei commentatori, devono, tuttavia, indurci a ricercare altre prospettive interpretative (rispetto a quelle già affrontate) ed altri aspetti significativi, alla luce dei quali poter eventualmente giustificare la codificazione di una così particolare causa di non punibilità.

Orbene, senza intenti di completezza nell'analisi e senza che il suddetto sforzo esegetico finisca per imporci una sostanziale rimediazione della materia, pare doversi mettere in risalto un duplice ordine di meriti della norma: l'uno, di carattere eminentemente "pratico" e l'altro, invece, attinente alla stessa teoria del reato.

Il primo profilo concerne invero, in primo luogo, la tematica delle c.d. “cause di giustificazione non codificate”, ossia quel novero di fattispecie scriminanti che si distinguono dalle altre per non avere trovato espressa previsione nell’ambito del sistema codicistico.

Si pensi, ai fini d’interesse, alle figure dello *jus corrigendi*, all’attività sportiva violenta e pericolosa, allo *jus defendendi* dell’imputato, ai c.d. “*offendicula*”, all’attività medico-chirurgica ed ancora, per certi versi, ai diritti di cronaca, di critica e di satira, nel più vasto ambito del diritto alla manifestazione del pensiero.

Tali fattispecie, per la massima parte degli Autori, risultano riconducibili al campo normativo occupato, nell’ambito delle scriminanti, dall’esercizio di un diritto, presentandosi esse quali forme tipiche in cui si manifesta una facoltà legittima, ovvero, per altro verso, un’attività comunque promossa o consentita dall’ordinamento<sup>1</sup> (benché, tendenzialmente, pericolosa o offensiva).

Il fatto realizzato in conformità della prima categoria, invero, risulterebbe comunque scriminato, anche in assenza dell’art.51 c.p., per il suo (spesso) agevole collegamento ad una specifica norma extrapenale autorizzatrice.

Il fatto realizzato nell’ambito di un’attività promossa dall’ordinamento, consentita o soltanto tollerata (poiché non vietata), invece, trova proprio nell’art.51 c.p. la sua primaria fonte giustificatrice; in assenza di una disposizione di legge che attribuisca espressamente la facoltà di compiere quello specifico fatto, soccorre, infatti, la scriminante dell’esercizio di un diritto, comunque applicabile analogicamente in siffatte ipotesi.

---

<sup>1</sup> Va, peraltro, considerato che talune delle menzionate ipotesi sembrano avvicinarsi, per natura, anche ad altre previsioni scriminanti: ad esempio, l’attività medico-chirurgica pare accostarsi, a seconda della maggiore o minore urgenza del caso concreto, all’adempimento di un dovere o al consenso dell’avente diritto (fattispecie alla quale, per taluni aspetti, pare conformarsi pure l’attività sportiva violenta); e così, analogamente, la stessa categoria degli *offendicula* è stata affiancata alla scriminante della legittima difesa (cfr., fra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, op. cit., 234 e ss.; C.F. GROSSO, voce *Offendicula*, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, 750 e ss.), secondo taluni, peraltro, solo nel caso in cui a trovare pregiudizio sia un terzo aggressore del bene protetto (cfr., in tal senso, F. MANTOVANI, voce *Offendicula*, in Nov.mo dig. it., XI, Torino, 1965, 758).

E che un simile ricorso al criterio dell'analogia sia artificio logico consentito è circostanza generalmente condivisa, interpretandosi l'espressione "leggi penali" contenuta nell'art.14 delle Preleggi (Disposizioni sulla Legge in Generale) come unicamente riferita alle disposizioni incriminatrici (e non, al contrario, alle cause di giustificazione)<sup>2</sup>.

I meriti concreti dell'art.51 c.p. vanno oltre.

Non può omettersi di considerare, infatti, che l'espressa previsione della scriminante ha rappresentato un punto fermo sulla base del quale operare metodicamente quella puntuale attività interpretativa, finalizzata a distinguere i confini del lecito, da quelli dell'illecito, alla quale si è fatto più volte richiamo. L'esistenza di una tale disposizione di legge, quindi, ha potuto consentire, di riflesso, un continuo confronto fra gli ambiti operativi delle norme, di volta in volta, contrastanti e, così, un naturale adeguamento degli interpreti al significato reale dei dati normativi.

Il che, come è ovvio, ha giovato non poco all'auspicata certezza del diritto vivente.

In assenza del riferimento all'esercizio di un diritto, verosimilmente, avrebbe incontrato seri ostacoli la progressiva individuazione, nella prassi delle Corti, di criteri certi in ossequio ai quali stabilire, caso per caso, la concreta operatività, o meno, delle singole disposizioni incriminatrici<sup>3</sup>.

Non è per questo, ancora una volta, che si possa ritenere necessaria, sotto un profilo strettamente logico-giuridico, la previsione della scriminante; tuttavia, devesi riconoscere, il rischio di incorrere in interpretazioni poco organiche dei

---

<sup>2</sup> Eppertanto dovendosi escludere, nel sistema del diritto penale, il divieto del ricorso all'analogia c.d. *in bonam partem*.

<sup>3</sup> Si pensi, ad esempio, alla lunga elaborazione giurisprudenziale che ha condotto, nel tempo, alla decodificazione dei limiti all'esercizio del diritto di cronaca giornalistica – sommariamente compendiabili nell'interesse pubblico alla notizia, nella verità o ragionevole verosimiglianza della stessa, nonché nella c.d. "continenza formale" delle espressioni utilizzate – e del diritto di sciopero.

casi concreti, poiché mancanti di un confronto sistematico fra la disposizione autorizzatrice e quella incriminatrice<sup>4</sup>, sarebbe stato, altrimenti, serio e grave. Rivisitata, in questo senso, la portata dell'art.51 c.p. e riconosciute, dunque, un indubbio pregio sotto il profilo del raggiunto metodo interpretativo, conviene, così, rivalutare proprio quelle prime letture dottrinali che coglievano, nell'esercizio di un diritto, una funzione rafforzatrice del sistema ed una sua connaturale capacità di risolvere preventivamente eventuali conflitti fra interessi collidenti.

*2. L'esercizio di un diritto al di fuori degli elementi negativi del fatto; diritti e reati privi di collegamenti "funzionali".*

All'esito della presente trattazione, può, forse, valere la pena di sbilanciarci in una ulteriore riflessione e di ipotizzare un ruolo proprio dell'art.51 c.p. nella teoria del reato.

Le considerazioni fin qui illustrate, condizionate gravemente dall'impostazione dottrinale sui c.d. "elementi negativi del fatto" ed, *in parte qua*, dalla stessa concezione c.d. "bipartita del reato", hanno presupposto che, nella normalità dei casi, la disposizione autorizzatrice e quella penale si trovino ad occupare spazi d'incidenza reciproci e speculari; così che, evidentemente, l'applicabilità dell'una, o dell'altra, dipende schematicamente dalla misura di protezione che si intenda attribuire al diritto, ovvero, alternativamente, all'interesse sostanziale (sotteso alla *ratio* della norma incriminatrice) che risulti, naturalmente e funzionalmente, "compresso" proprio dall'esercizio della facoltà legittima "antagonista".

Si pensi, ad esempio, alle consuete contrapposizioni fra il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art.21 Cost.) ed i beni giuridici dell'onore, del

---

<sup>4</sup> Con il connesso pericolo di tenere distinte, con riferimento ad uno stesso fatto, le conseguenze per l'ordinamento penale e per quelli di diversa appartenenza della norma, di volta in volta, contrastante.

decoro e della reputazione (tutelati, *in primis*, dalla fattispecie di cui all'art.595 c.p.), fra le legittime facoltà (di utilizzare liberamente la cosa e di escluderne altrui ingerenze) proprie dei diritti reali ed i beni giuridici dell'incolumità pubblica e della tutela patrimoniale (sottesi, fra gli altri, ai delitti d'incendio, di cui all'art.423 c.p., e di fraudolenta distruzione della cosa propria, ex art.642 c.p.), nonché, ancora, fra il c.d. *jus corrigendi* ed i beni giuridici della vita e della salute individuale (chiaramente protetti, in prima battuta, dalle previsioni incriminative di cui agli articoli 575, 581 e 582 c.p.).

Nell'ambito di tali rapporti, invero, il diritto ed il bene protetto dal sistema penale si collocano su un piano diametralmente opposto; l'opzione interpretativa per la concreta applicabilità dell'una, o dell'altra, norma deve, pertanto, essere condizionata da una logica di bilanciamento fra gli interessi reciprocamente protetti dal Legislatore e, come osservato in precedenza, dalla stessa valutazione dei mezzi usati dall'autore del fatto per conseguire il bene della vita accordatogli dall'ordinamento.

In tal senso, dunque, può dirsi propriamente che il diritto legittimamente esercitato funge – tanto sotto un profilo strettamente giuridico, quanto sotto un profilo meramente ontologico – da “elemento negativo del fatto” (poiché, appunto, in posizione speculare ed alternativa rispetto all'ipotesi penalmente rilevante).

Non sempre, tuttavia, il rapporto fra le norme si atteggia in questi termini.

Si pensi al caso del dirigente medico di primo livello, in servizio presso un'Azienda U.S.L., il quale, palesemente adibito a mansioni inferiori rispetto a quelle proprie del suo inquadramento professionale, rifiuti di mettere a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative invocando il disposto dell'art.1460 c.c., così contribuendo, nel caso concreto, a cagionare il decesso o l'aggravamento delle condizioni di salute di un paziente rivoltosi d'urgenza alla struttura sanitaria.

Si pensi, ancora, al titolare dell'impresa affidataria di un appalto finalizzato alla realizzazione di un'opera di pubblico interesse (un ponte, una diga, un bacino di raccolta delle acque, o altre ancora) il quale, a fronte del mancato pagamento dei compensi dovuti dall'amministrazione locale nel corso dell'avanzamento dei lavori, sospenda l'attività di edificazione (sempre invocando la tutela dell'art.1460 c.c.), così da causare un'ipotesi di inondazione, frana o valanga (art.426 c.p.), ovvero un'altra fattispecie di delitto contro l'incolumità pubblica.

Si presti attenzione, nello stesso senso, all'ipotesi del lavoratore addetto alla vigilanza ed alla sicurezza di un impianto produttivo il quale, per effetto di una protratta condotta c.d. "mobbizzante" del proprio datore di lavoro, rifiuti di svolgere le mansioni affidategli, sempre in virtù della disposizione di autotutela contrattuale di cui all'art.1460 c.c., finendo, così, per omettere le cautele necessarie in un'evenienza di pericolo e contribuendo, conseguentemente, a cagionare, nel caso concreto, un grave pregiudizio alla salute degli altri lavoratori addetti all'impianto.

Si pensi, per altro verso, al caso di scuola dei c.d. "*offendicula*" predisposti dal proprietario del fondo i quali, in ipotesi, vadano a ledere beni giuridici di titolarità di soggetti diversi dal temuto aggressore del diritto reale (è l'esempio del c.d. postino zelante che, pur di recapitare il pacco, scavalca il cancello restando trafitto dalle lance, ovvero del passante curioso che infila la testa fra le sbarre del cancello della villa – nonostante il cartello di avvertimento di cani mordaci – restando azzannato<sup>5</sup>).

---

<sup>5</sup> Cfr. F. MANTOVANI, Diritto penale, parte generale, Padova, 2007, 243.

Orbene, in tali casi<sup>6</sup>, l'ipotetica mancanza di una disposizione come l'art.51 c.p. sarebbe tale da agevolare, in termini decisivi, valutazioni disgiunte e disomogenee, rispettivamente, sul diritto e sull'illecito<sup>7</sup>.

Né una lettura congiunta delle due fattispecie potrebbe risultare implicitamente dovuta solo considerando l'ipotesi incriminatrice; ciò, invero, proprio perché i limiti della norma penale non vengono a coincidere affatto (nemmeno *a contrariis*), nel caso concreto, con i limiti del diritto esercitato.

In altri termini, poiché il diritto risulta azionato nei confronti di soggetti (il datore di lavoro, l'amministrazione contraente, il paventato terzo aggressore del diritto reale) che non sono, in alcun modo, portatori dell'interesse tutelato dalla disposizione incriminatrice eventualmente applicabile (da identificarsi invece, nei casi menzionati, nel paziente in attesa di cure, nella popolazione dell'ente pubblico territoriale, nei colleghi di lavoro del dipendente addetto alla sicurezza, ovvero nei terzi che non abbiano compiuto alcun atto d'ingerenza nel godimento del diritto reale altrui), il sindacato sui riflessi penali del fatto e quello sulla eventuale legittimità dello stesso, secondo altri rami dell'ordinamento, finirebbero per svolgersi su distinti piani interpretativi e in distinte sedi di indagine.

La previsione espressa dell'articolo 51 c.p., invece, pare imporre, per il suo generico riferimento a qualsiasi diritto riconosciuto dal diritto positivo, una valutazione contestuale dei due profili, demandando a ciò, segnatamente, proprio il giudizio dell'interprete della sede penale.

---

<sup>6</sup> Per compiutezza della esemplificazione, peraltro, pare doversi precisare che i primi due casi profilati risultano, allo stato, essere il frutto di mera fantasia; è, infatti, notorio che, tanto la disciplina contrattuale del comparto sanità, quanto il generale contenuto dei capitolati d'appalto di opere pubbliche, precludono espressamente – per l'evidente obiettivo di salvaguardia dell'interesse pubblico sottostante – una condotta di autotutela negoziale come quella qui ipotizzata.

<sup>7</sup> Così determinando una valutazione del giudice penale (verosimilmente d'illiceità del fatto) quasi certamente dissimile e contraria rispetto a quella (appunto, di liceità del fatto) dovuta per altri rami dell'ordinamento.

Tale giudizio, secondo quanto pare lecito suggerire, non potrà fondarsi, tuttavia, sul già menzionato criterio di bilanciamento degli interessi in gioco – il cui astratto utilizzo verrebbe a comportare, nella massima parte dei casi, la prevalenza dell’interesse pubblico di stampo penalistico rispetto a quello, spesso di natura negoziale<sup>8</sup>, altrimenti soddisfatto (con la conseguente negazione, in concreto, della massima parte dei diritti privatistici) – né su quello delle modalità aggressive della condotta perpetrata (logicamente improprio, per il fatto stesso che i mezzi adoperati per esercitare il diritto non presentano alcun nesso funzionale o strumentale rispetto alla lesione del bene d’interesse penale).

Senza avere alcuna pretesa di risolvere perentoriamente la problematica, pare, infatti, potersi ritenere che i criteri utili per stabilire la punibilità, o meno, dell’autore del fatto siano quelli incentrati sul coefficiente psicologico che sorregge l’azione e sul grado di prescindibilità della condotta posta in essere.

Con riguardo al primo profilo, dunque, può ipotizzarsi che l’irrogazione della sanzione penale risulti giustificata solo in quanto l’esercizio del (preteso) diritto sia stato accompagnato da un’agevole prognosi probabilistica dei conseguenti effetti pregiudizievoli ai danni di soggetti terzi; e così opinando, pertanto, il campo d’attenzione risulterebbe limitato, in prima battuta, alle sole condotte di coloro che abbiano invocato un diritto, pur sapendo, o potendo ragionevolmente intendere, che dallo stesso comportamento sarebbe derivata una compromissione di altre posizioni giuridiche sostanziali<sup>9</sup>.

Ancora, nell’ambito di una siffatta categoria, dovrebbe considerarsi se, nel pensiero del soggetto agente, la certa, o ragionevolmente verosimile,

---

<sup>8</sup> Per quanto, a ben vedere, i diritti accordati dalla disciplina sui contratti possono essere esercitati, in taluni casi, anche a tutela di interessi di rilevanza pubblica e già riconosciuti a livello costituzionale; così è il caso del dipendente che rifiuta di prestare la sua attività lavorativa, a causa di una condotta datoriale vessatoria, capace di incidere sensibilmente sulle sue condizioni di salute.

<sup>9</sup> Sempre che, evidentemente, non ricorrano gli estremi per configurare, in concreto, uno vero e proprio stato di necessità.



causazione di un fatto lesivo abbia avuto ad oggetto un bene giuridico di rilevanza superiore rispetto a quello, invece, effettivamente protetto.

In caso di risposta affermativa<sup>10</sup>, invero, non pare potersi revocare in dubbio la responsabilità penale per il fatto di reato, eventualmente nella forma dell'imputazione a titolo soltanto colposo.

Ma, anche in caso di risposta affermativa, la completezza dell'indagine sembrerebbe imporre di tenere conto pure del secondo, ed ulteriore, profilo anticipato.

Occorrerebbe, quindi, considerare comunque, se, ed eventualmente in quale misura, il soggetto agente avesse effettivamente altre modalità operative per raggiungere in concreto un identico risultato (il soddisfacimento del proprio interesse sostanziale), senza, tuttavia, ledere gli stessi interessi sottesi alla norma penale, ovvero pregiudicandone altri, ma di rango inferiore.

E così, per concludere, pare potersi compendiare l'analisi affermando che, in ipotesi di diritti privi di collegamenti funzionali con le fattispecie di reato, caso per caso, coinvolte, la responsabilità penale del soggetto agente andrebbe esclusa quando questi non abbia potuto prevedere in alcun modo il verificarsi del fatto dannoso, ovvero quando, anche avendolo previsto (o potuto agevolmente prevedere), abbia ritenuto correttamente prevalente (o di pari grado) il proprio diritto, la cui tutela non sarebbe stata pienamente realizzabile, se non nella forma (lesiva) concretamente adoperata.

---

<sup>10</sup> Che dovrà, comunque, discendere da una valutazione attenta alle particolari condizioni soggettive dell'autore del fatto.