UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE IN

DIRITTO ED ECONOMIA

"TULLIO ASCARELLI"

Sezione Diritto Penale

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO PENALE

GLI ELEMENTI NORMATIVI NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Coordinatore/Relatore

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottorando

Dott.ssa Claudia Cori

«Continua ciò che hai cominciato

e forse arriverai alla cima, o almeno

arriverai in alto a un punto, che tu solo

comprenderai non essere la cima»

Seneca

Ovunque si arrivi, l'importante è ricordarsi
a chi si devono certi traguardi.
Alla mia famiglia

INDICE

Capitolo I

LA CATEGORIA DEGLI ELEMENTI NORMATIVI

1) PREMESSA 1

2) CONSIDERAZIONI GENERALI SUGLI ELEMENTI NORMATIVI 7

3) ELEMENTI NORMATIVI GIURIDICI ED EXTRAGIURIDICI 21

4) DIFFERENZIAZIONE DEGLI ELEMENTI NORMATIVI DA CATEGORIE AFFINI 29

5) GLI ELEMENTI NORMATIVI DELLA FATTISPECIE PENALE: DELIMITAZIONE DELL'AMBITO DELLA RICERCA 42

Capitolo II

ELEMENTI NORMATIVI E CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

1) CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE SULLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE 46

2) BREVI RIFLESSIONI SULLA SISTEMATICA DEL REATO: ANTIGIURIDICITÀ OGGETTIVA O ELEMENTI NEGATIVI DEL FATTO 57

3) LE C.D. CLAUSOLE DI ILLICEITÀ ESPRESSA E SPECIALE 63

4) ELEMENTI NORMATIVI NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE 80

4.1) *Segue*: la difesa legittima 85

4.1.1) Il diritto proprio o altrui minacciato 85

4.1.2) L'«*offesa ingiusta*» 92

4.1.3) Alcune brevi osservazioni sul nuovo secondo comma dell'art. 52 c.p. 112

4.2) *Segue*: le altre cause di giustificazione comuni 115

4.3) *Segue*: alcune cause di non punibilità speciali 130

Capitolo III

ALCUNI PROBLEMI APPLICATIVI

1) Considerazioni introduttive 139

2) Cause di giustificazione e norma penale 143

3) La successione di norme richiamate dalla legge penale incriminatrice: un inquadramento della questione 149

3.1) *Segue*: in particolare, le vicende successorie relative agli elementi normativi delle cause di giustificazione 166

4) L'errore sugli elementi normativi delle cause di giustificazione: premessa 171

4.1) *Segue*: la soluzione del problema 174

4.2) *Segue*: limiti all'applicazione analogica dell'art. 47, ultimo comma, c.p. 185

CAPITOLO I
LA CATEGORIA DEGLI ELEMENTI NORMATIVI

SOMMARIO: *1. PREMESSA. – 2. CONSIDERAZIONI GENERALI SUGLI ELEMENTI NORMATIVI. – 3. ELEMENTI NORMATIVI GIURIDICI ED EXTRAGIURIDICI. – 4. DIFFERENZIAZIONE DEGLI ELEMENTI NORMATIVI DA CATEGORIE AFFINI. – 5. GLI ELEMENTI NORMATIVI DELLA FATTISPECIE PENALE: DELIMITAZIONE DELL'AMBITO DELLA RICERCA.*

1. PREMESSA

Il legislatore, nell'arduo compito di ricercare la formula linguistica più adatta ad esprimere con chiarezza le sue "idee normative", così da far comprendere ai destinatari del precetto i propri comandi e divieti, si trova spesso di fronte alla necessità di comunicare realtà complesse[1]. Accade perciò che la legge penale, nel descrivere gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici, scriminanti e circostanziate, si avvalga talvolta di concetti di comune esperienza o tali da

[1] Cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 113 ss.; DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco,* 1927, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* I, Milano, 1976, p. 280 s., per il quale "[…] il compito più importante di un buon legislatore penale è proprio quello di darci una precisa regolamentazione giuridica degli elementi costitutivi del reato. In tale regolamentazione si contiene infatti inevitabilmente la soluzione del più alto problema di politica criminale, che è […] di sapere quando si debba punire e quando no".

richiamare valutazioni di ordine giuridico ed etico-sociale prefissate in altre occasioni.

La tecnica legislativa del rinvio, quale alternativa ad una normazione c.d. descrittiva per l'impiego di termini che si riferiscono a dati dell'esperienza sensibile, constatabili con una operazione logica di tipo meramente ricognitivo, costituisce una semplificazione nella formulazione della fattispecie[2].

Alla rigidezza di una casistica descrizione si sostituiscono qualificazioni di sintesi mediante l'impiego di termini che, richiamando fonti esterne, consentono anche un continuo adattamento della legge penale alle possibili trasformazioni dei sistemi di riferimento. Come esempio classico in materia, si pensi all'altruità della cosa nei reati contro il patrimonio quale espressione che permette al legislatore di "riassumere" il contenuto delle norme sul rapporto di proprietà previste dall'ordinamento giuridico in un determinato momento.

Ciò ha indotto buona parte della dottrina[3] a ritenere questi concetti di normazione sintetica, specie se rinvianti a norme sociali o di costume, indispensabili «organi respiratori» della disciplina penale cui non si potrebbe rinunziare nella

---

[2] In questi termini, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2007, p. 72 s.; PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976, p. 224 s: "E' chiaro che, in ogni caso, ciò costituisce una grossa, decisiva semplificazione nella tecnica legislativa, e di riflesso nella maneggevolezza e comprensibilità del sistema […]. Ma vi è di più. La «minuziosa descrizione» dei dati di fatto, individuati tramite la qualificazione normativa in qualsivoglia momento, non è surrogabile al concetto normativo nella fattispecie penale […] la corrispondenza biunivoca fra la qualifica normativa e un qualsivoglia elenco di dati qualificati persiste solo fintanto che non muti il sistema di riferimento per cui la qualifica è applicata".

[3] Cfr., per tutti, RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi,* Milano, 2004, p. 80.

descrizione della fattispecie, pena la perdita della «praticabilità (se non della ricostruibilità) del sistema stesso»[4].

Pertanto, affrontando la questione del rapporto tra la riserva di legge in materia penale e la tecnica del rinvio a valutazioni tratte da altre fonti, anche sub-legislative, se non addirittura estranee all'ordinamento, nel configurare fattispecie incriminatrici o di liceità penale, le opinioni prevalenti sono nel senso della sostanziale compatibilità[5]. Ovviamente, la questione non si pone in relazione alle ipotesi in cui la legge penale faccia rinvio, in modo recettizio, a norme già esistenti (entrate in vigore o, almeno, pubblicate), essendo comunque garantita la possibilità per il potere legislativo, al momento della formulazione del precetto, di conoscere il contenuto delle regole richiamate, e quindi di controllare l'effettiva struttura della fattispecie incriminatrice[6].

---

[4] Così, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 225. Critici FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 73 s: "E' altrettanto vero, tuttavia, che bisogna guardarsi dal rischio di sopravvalutare il convincimento diffuso secondo cui di questa funzione adeguatrice il giudice sarebbe sempre capace".

[5] Cfr., PAGLIARO, voce *Legge penale. a) Principi generali,* in *Enc. dir.,* XXIII, 1973, p. 1047 s.; ID., *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1964, p. 420 ss.; TRAPANI, voce *Legge penale. I) Fonti,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1990, p. 6 ss.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge – regolamento norma penale in bianco,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1959, p. 823 s.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 165 ss.; RONCO, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone,* opera diretta da M. Ronco, con la collaborazione di E. M. Ambrosetti e E. Mezzetti, Bologna, 2006, p. 57 ss.

[6] M. GALLO, *Appunti di diritto penale,* I, *La legge penale,* Torino, 1999, p. 58 ss., il quale, ritiene necessario, ai fini della compatibilità con la riserva assoluta di legge, che anche le norme primarie richiamate dal precetto penale siano già entrate in vigore o, almeno, pubblicate, al tempo del rinvio. Cfr. TRAPANI, voce *Legge penale,* cit., p. 8; DELITALA, *Responsabilità e pena,* in *Diritto penale. Raccolta degli scritti,* II, Milano, 1976, p. 680; BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali,* Milano, 1965, ora in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche,* Milano, 2000, p. 257. L'Autore esclude che vi sia violazione della riserva di legge tutte le volte in cui la norma penale rinvii ad una legge (o atti equiparati ad essa) di futura emanazione. *Contra,* FOIS, *Problemi della «recezione» nel diritto interno: leggi di recezione e riserva di legge,* in *Studi in memoria di T. Ascarelli,* II, Milano, 1969, p. 689 ss.

Si intende per rinvio recettizio, in contrapposizione al rinvio formale, quello in cui la regola richiamante prenda come riferimento il contenuto della richiamata al momento in

Quanto agli altri casi, chi opta per una riserva tendenzialmente assoluta[7] considera il ruolo della norma extrapenale in larga misura equiparabile a quello delle fonti (secondarie) che, integrando la norma primaria, forniscono un contributo di specificazione tecnica all'individuazione dell'elemento di fattispecie[8].

Detto altrimenti, la prescrizione richiamata si limiterebbe ad esplicitare quei dati dell'esperienza sinteticamente raggruppati dall'elemento normativo di fattispecie.

Muovendo invece dall'idea di una riserva assoluta si evidenzia come, essendo di *modo di disciplina*[9], investa solo la connessione tra un certo tipo di illecito e la rispettiva sanzione penale, non anche la determinazione di tutti gli estremi del fatto, ove, quindi, ben può la legge rinviare ad ogni altro tipo di fonte normativa[10]. Tuttavia, se in questi termini il principio

---

cui l'operazione di rinvio è enunciata, restando indifferente alle eventuali e successive vicende normative – abrogazione, modifica – della norma cui rinvia. Così, M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 61: "Si opera, insomma, una «fotografia» del contenuto della regola, in ordine alla quale è compiuto il rinvio, rinunciando a seguire quello che è, per così dire, il «film» della regola a cui si rimanda, regola che può essere oggetto nel tempo di vicende ad efficacia abrogativa o modificativa".

[7] Cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 104, e gli Autori *ivi* citati. In particolare, v. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.,* XIX, 1973, p. 42.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* I, Milano, 2004, *sub* art. 1, p. 36.

[8] Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 255 ss; ID., voce *Teoria,* cit., p. 43.

[9] In altri termini, la riserva di legge nel settore penale non è per «campo di materia», ossia per gruppi di beni giuridici da proteggere, ma di «modo di disciplina»: occorre che sia la legge a disciplinare penalmente, cioè con la previsione di sanzioni penali, una qualsiasi materia. Mentre, per la determinazione degli elementi del fatto di reato, cioè il «campo di materia», non vige neppure una riserva di legge di tipo relativo. Sulla distinzione tra riserva di «campo di materia» e di «tipo di disciplina», v. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie. (Aspetti problematici),* Milano, 1962, pp. 85-130, nonché, in materia di potestà legislativa penale delle regioni, M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 38 ss.

[10] Così, PAGLIARO, voce *Legge penale,* cit., p. 1048; ID., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1969, p. 700 ss.; ID., *Principi di diritto penale, Parte generale,* Milano, 2003, p. 55 ss. Analogamente, sia pure in modo più sfumato, SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano,* in *Arch. pen.,* 1966, I, p. 36 s.; ID., *Diritto penale e Costituzione,* Milano, 1966, pp. 15-18. *Contra,* TRAPANI, voce

di legalità non pone alcun limite formale alla possibilità di formulare fattispecie penali attraverso norme sub-legislative, residua comunque il limite sostanziale, in virtù del quale la sanzione indicata dalla legge deve avere un minimo ed un massimo contenuti entro una variazione edittale non molto sensibile, e comunque congrua alla tutela dell'interesse protetto individuato dalla norma penale[11].

Lo studio delle principali tecniche di legiferazione e, quindi, del linguaggio giuridico, permette di distinguere gli elementi costitutivi della fattispecie penale[12] a seconda che traggano il loro significato direttamente dalla realtà empirico-naturalistica, senza bisogno di particolari filtri interpretativi, ovvero constino di un substrato di fatto al quale si applica una qualifica discendente da altre norme – giuridiche o etico-sociali - che costituiscono dunque il presupposto logico per la loro comprensione[13].

Legge penale, cit., p. 7, ove, secondo l'Autore, "[…] la tesi non convince per il fondamentale rilievo che, se è compito esclusivo della legge ricollegare un certo tipo di sanzione ad un determinato comportamento, spetta ad essa anzitutto, logicamente, individuare il comportamento oggetto della disciplina stessa". Cfr. BRICOLA, voce *Teoria,* cit., pp. 41-42; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità,* Milano, 1970, pp. 271-275; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 763 ss.

[11] Così, PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 64 s.: "Infatti, poiché le situazioni di cui all'art. 133 non giustificano mai, nel nostro diritto positivo, una variazione di pena molto sensibile […] in tali circostanze non si potrebbe dubitare della violazione del principio di legalità". Cfr., SINISCALCO, *Irretroattività della legge in materia penale,* Milano, 1969, p. 84 ss.

[12] Con tale espressione, diversamente da buona parte della dottrina italiana che la utilizza come sinonimo di "fatto", si intende fare riferimento all'insieme degli elementi che condizionano l'applicabilità della sanzione, solo in parte coincidenti con quelli costitutivi del fatto di reato, adoperando quest'ultimo termine nel senso tecnico di settore particolare della fattispecie. Per una distinzione tra la nozione di fatto e quella di fattispecie nel senso del testo, cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale,* vol. II, part. I, *La fattispecie oggettiva,* Torino, 2000, p. 141; RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale,* Napoli, 1965, p. 1 ss.

[13] Si sta facendo riferimento alla nota definizione della categoria ad opera di ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht,* in *Festschrift für E. Mezger,* Berlin und München, 1954, p. 147. Cfr. PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali,* in *Ind. pen.,* 1977, p. 368: "In tutti i casi, che abbiamo indicato come

In altri termini, come è stato opportunamente evidenziato[14], nell'esame di una determinata figura criminosa, il passaggio dalla norma al fatto può avvenire con immediatezza oppure per il tramite di una disposizione diversa da quella considerata che, qualificando il fatto, consente di individuarlo nel complesso dei dati giuridicamente rilevanti.

Nel primo caso si tratterà di elementi descrittivi o naturalistici[15], nella seconda ipotesi invece di elementi normativi[16].

---

di elementi normativi della fattispecie penale […] sorge, in termini logico-giuridici, una questione pregiudiziale. Per sapere se è stata adempiuta la fattispecie del reato, il giudice deve preliminarmente svolgere una diversa indagine, diretta a statuire quale è stato sul fatto l'effetto della qualificazione operata da una norma extrapenale o addirittura extragiuridica. Così, per statuire se vi è stato un fatto di furto, il giudice deve preliminarmente risolvere la questione dell'altruità della cosa […]".

[14] Cfr. M. GALLO, voce *Dolo (dir. pen.),* in *Enc. dir.,*1964, XIII, p. 760.

[15] Sebbene la prevalente dottrina sia solita definire "descrittivi" questi elementi, muovendo dalla constatazione che tutti gli elementi (normativi e non) concorrono a "descrivere" la fattispecie penale, sarebbe preferibile, a nostro sommesso avviso, qualificarli come "naturalistici". Nel testo, comunque, ci si atterrà alla terminologia tradizionale.

[16] Cfr. PULITANO', *L'errore,* cit., p. 217. Secondo l'Autore, tenuto conto che le fattispecie constano di proposizioni linguistiche, a livello di analisi normativa sarebbe più opportuno parlare di concetti normativi e descrittivi. "Questi, naturalmente, denoteranno (sempre che non si tratti di «nonsensi») direttamente o indirettamente dei dati della realtà: dati la cui realizzazione sarà necessaria a integrare un concreto fatto-reato, e cui appunto ben si addirebbe la denominazione di «elementi» del fatto (concreto)". Sulla distinzione terminologica tra "concetto" ed "elemento" si esprime RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 195: "Un «elemento» differisce da un «concetto» come un dato di realtà differisce da uno schema intellettivo, cioè da quello strumento rappresentativo tramite il quale esso è sussunto nell'ambito della conoscenza umana. Il primo, in definitiva, rimanda ad un frammento della realtà obbiettivo, l'altro ad un prodotto dell'attività intellettiva".

2. CONSIDERAZIONI GENERALI SUGLI ELEMENTI NORMATIVI

Ai fini di un corretto sviluppo della presente indagine, è necessario soffermarsi preliminarmente sulla genesi e conseguente evoluzione della teoria degli elementi *stricto sensu* normativi nell'ambito della scienza penalistica[17].

---

[17] Nella dottrina italiana, cfr. AZZALI, *Profili in tema di struttura del fatto e classificazione del reato,* in *Studi Delitala*, I, Milano, 1984, p.81; BATTAGLINI, *Errore su legge diversa dalla legge penale,* in *Giust. pen.,* 1933, II, p. 1188; BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960, p. 764; ID., *La discrezionalità,* cit., p. 258 ss.; ID., voce *Teoria generale,* cit., p. 7; CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore su legge extrapenale,* Pisa, 1955; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930; FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume,* Padova, 1984; ID., voce *Fatto nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.,* V, 1991, p. 152; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 72; FLORA, voce *Errore,* in *Dig. disc. pen.,* IV, 1990, p. 260; FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale,* Roma, 1933; ID., voce *Errore,* in *Nss. D. I.,* VI, 1960, p. 682; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 141; ID., voce *Dolo,* cit., p. 760; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1976, p. 138; GROSSO, voce *Errore (diritto penale),* in *Enc. giur.,* XIII, 1989; LICITRA, *L'errore su legge extrapenale,* Padova, 1988; MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale,* in *Arch. pen.,* 1949, p. 24; MANZINI, *Errore sul legge non penale,* in *Giur. Compl. Cass. Pen.,* 1950, III, p. 103; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 136; MASUCCI, *'Fatto' e 'valore' nella definizione del dolo,* Torino, 2004, p. 240 ss.; NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale,* Palermo, 1947; PAGLIARO, *Il fatto di reato,* Palermo, 1960, ID., *Appunti,* cit., p. 420; ID., voce *Fatto (diritto penale),* in *Enc. dir.,* XVI, 1967, p. 961; ID., *Principi*, cit., p. 50; PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale,* Milano, 1974; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 821; PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato,* in *Studi Antolisei,* III, Milano, 1965, p. 3, e in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960, p. 674; PIACENZA, *Riflessioni minime sull'oggetto del dolo in corrispondenza con la nozione di«fatto costitutivo del reato»,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1961, p. 85 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit.; SALTELLI, *L'errore su legge diversa dalla legge penale,* in *Giust. pen.,* 1945-1946, II, p. 321; STILO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Un problema di linguaggio giuridico,* in *Nuovo dir.,* 2002, p. 111; VALLINI, *Errore di diritto e profili descrittivi del fatto: spunti per un ripensamento della categoria degli elementi normativi, nel contesto di un approccio «problematico» all'art. 47, 3° co., c.p.,* in *Scritti in onore di A.. Cristiani,* Torino, 2001, p. 751; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1984, p. 529; VENDITTI, voce *Dolo (diritto penale),* in *Nss. D. I.,* VI, 1960, p. 157 ss.

Nella dottrina tedesca, cfr. BELING, *Die Lehre vom Ttbestand,* Tübingen, 1930; ENGISCH, *Die normativen,* cit.; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände,* Berlin, 1958; M. E. MAYER, *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch,* Heidelberg, 1923; MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände,* in *Festschrift für L. Traeger,* Berlin, 1926; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* Mannheim, Berlin, Mainz, 1935; ID., *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* Berlin, 1958; WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit,* Breslau, 1931.

La categoria in esame, ed in particolare la sua distinzione dagli elementi descrittivi della fattispecie penale, nonché da alcuni concetti affini[18], è stata oggetto di vivaci diatribe dottrinali[19]. Ciò si spiega agevolmente considerando tutte le problematiche connesse, quali l'interpretazione della norma penale, la relazione tra normazione sintetica ed il principio di sufficiente determinatezza del precetto, nell'ambito della struttura del fatto criminoso, il rapporto tra elementi normativi e antigiuridicità, le c.d. modifiche mediate della fattispecie in materia di successione di leggi penali nel tempo, e da ultimo, non certo per importanza, la tematica dell'errore sugli elementi normativi nell'annosa questione del confine tra errore sul fatto ed errore sul precetto. In altri termini, tutti aspetti cruciali del diritto penale.

Basterebbero queste considerazioni introduttive a giustificare l'autonomia dogmatica degli elementi normativi nello studio della fattispecie penale. Eppure non sono mancati orientamenti, tanto della dottrina italiana quanto in quella d'oltralpe[20], che hanno negato rilevanza alla distinzione tra concetti descrittivi e normativi.

---

[18] Cfr. *infra,* § 4.

[19] Cfr., PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 483, che significativamente definiva «arruffato» l'annoso problema della configurazione dogmatica degli elementi normativi della fattispecie; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p.40 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 11 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 214 ss.

[20] Nel senso di un carattere generalmente normativo di tutti gli elementi della fattispecie penale, cfr., nella dottrina italiana, PETROCELLI, *Riesame*, cit., p. 19 s.: "se la fattispecie considerata nella sua unità è un'entità normativa, un tal carattere non può non riflettersi negli elementi nei quali essa viene scomposta nel procedimento di analisi. Entità normativa la fattispecie nel suo insieme, entità normative i singoli elementi che la costituiscono. Il che importa che tutti codesti elementi si presentino anche all'interprete come di egual natura e sullo stesso piano"; MAGGIORE, *Normativismo,* cit., p. 24: "Se è vero che qualsiasi fatto pensato giuridicamente diviene fatto giuridico, mediante una vera e propria *translatio ad genus aliud,* segue che tutto ciò che cade nella fattispecie legale acquista, quasi per un processo di mimetizzazione, valore di legalità. Non c'è fatto o

Pur muovendo dalla comune premessa che alcuni elementi della fattispecie penale, in virtù della particolare tecnica di incriminazione, rinviino a norme diverse dal precetto, facendo convergere qualifiche extrapenali nella descrizione della singola figura criminosa, i predetti orientamenti negano, anche se secondo posizioni nettamente simmetriche tra loro, la legittimità di una contrapposizione fra questi requisisti del reato e tutti gli altri, e quindi l'utilità di definirli rispettivamente normativi e descrittivi[21].

Così, secondo un primo orientamento dottrinale, la scienza penalistica, nell'atto di assumere la realtà a proprio oggetto di conoscenza, finirebbe per trasformarla in forza del collegamento dei fatti con i valori tipici del diritto. Ne

---

concetto […] che, pensato sotto il profilo della rilevanza giuridica, non si legalizzi […]. Non si vede, ciò posto, come e con quale costrutto si possano individuare e distinguere nella fattispecie elementi *naturalistici* (o materiali) ed elementi *normativi.* Di grazia: è o non è la fattispecie, per definizione, legale? Ebbene, se essa è legale (o normativa), cercare in essa elementi legali val quanto domandarsi quali siano le parti ferrate in un'armatura […] tutta di ferro". Nella dottrina tedesca, WOLF, *Die Typen,* cit., p. 58 ss: "[…] tutti gli elementi di fattispecie sono normativi, tutte le fattispecie sono concettualmente di specie normativa". V., pure, BIENENFELD, *Die Haftungen ohne Verschulden,* Berlin-Wien, 1933, p. 405.

Quanto al carattere descrittivo di tutti i concetti chiamati a comporre il fatto di reato, nella dottrina d'oltralpe, cfr. le opinioni di WELZEL, *Naturalismus,* cit., p. 42 ss. e, almeno parzialmente, quelle di KUNERT, *Die normativen,* cit., p. 84 ss. Nella dottrina italiana, cfr. DELITALA, *Il fatto,* cit. p. 120 ss.; NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 18 ss. Secondo RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 57 s., "tale orientamento […] merita particolare attenzione per l'acutezza e profondità dell'intuizione che racchiude […], ma la sostanziale identità funzionale dei due criteri non deve far perdere di vista la necessità di individuare eventuali differenze strutturali. Ed invero, il fatto che si pervenga, nell'uno come nell'altro caso, all'identico risultato di un raggruppamento rappresentativo di fenomeni, non deve nascondere la peculiarità dei procedimenti che ad esso conducono, peculiarità costituite nel primo caso dall'operare ci un criterio di rappresentazione logica e nel secondo di un criterio di valutazione".

[21] Per un'attenta disamina dei diversi orientamenti in discussione, cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 40 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 21 ss. Critico nei riguardi di tali orientamenti c.d. riduzionisti, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 223: "Dimostrata l'identità di funzione che tutti i concetti (di fattispecie) in ultima analisi svolgono, il modo – in ipotesi differenziato – con cui la funzione sia svolta nei diversi casi resta ancora da stabilire.".

consegue che tutti gli elementi del reato, attraverso la sussunzione nella fattispecie penale, subirebbero una trasfigurazione orientata ad esprimere le specifiche valutazioni assunte a base della norma, che rende il loro significato giuridico-penale distinto da quello empirico-sociale[22]. Onde, ogni requisito del fatto possiederebbe un carattere normativo[23].

Di contrario avviso rispetto alla tesi del "tutto normativo" è l'antitetica corrente di pensiero che riconosce natura descrittiva a tutti gli elementi della fattispecie, i quali si riferiscono sempre al mondo della realtà rappresentando nella disposizione incriminatrice un mero "fatto tra i fatti". Conclusione alla quale taluno[24] perviene ricordando che anche

---

[22] Secondo PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 483, il significato non del singolo elemento ma di tutti gli elementi della fattispecie appare condizionato dal fine del diritto e dalla struttura dell'ordinamento positivo.

[23] WOLF, *Die Typen,* cit., 58 ss. L'Autore però ritiene di dover distinguere tra elementi normativi della fattispecie "pregni di valore" e quelli "bisognosi di essere riempiti di valore". Nei primi include i concetti giuridici di valore e quelli che rinviano ad una data misura di valore scientifico, culturale o economico, nei secondi invece tutti quegli elementi che costituirebbero delle formule vuote offerte al giudice per essere riempite di valore attraverso la sua opera interpretativa. In realtà, nella dottrina in esame il termine "normativo" è adoperato con tre diverse accezioni: 1) tutti gli elementi sarebbero normativi perché dati naturalistici trasformati dal contatto con i valori; 2) alcuni sarebbero normativi in senso stretto, quali indici e linea di confine della dimensione valutativa della norma penale; 3) infine, taluni di questi ultimi sarebbero bisognosi di essere riempiti di valore normativo ad opera del giudice. Secondo RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 47: "Quale di questi tre significati sia da assumere ad indice significativo della definizione che tale orientamento dottrinale offre degli elementi normativi propriamente detti non è dato accertare […]". Viene pertanto contestato a Wolf il fatto di passare con troppa disinvoltura dalla constatazione generale sul carattere normativo di tutti gli elementi della fattispecie alla conclusione secondo la quale esisterebbero elementi normativi in senso stretto, ossia più normativi degli altri. Così, evidentemente, si finisce nella sostanza per tradire l'assunto iniziale circa l'illegittimità di una contrapposizione tra requisiti descrittivi e requisiti normativi del reato. Ciò consente agevolmente di comprende la ragione in virtù della quale buona parte della dottrina rimproveri alla tesi di Wolf un'aperta antinomia.

[24] Cfr. WELZEL, *Naturalismus,* cit., p. 74 ss. Secondo l'Autore tutti gli elementi del fatto hanno uno specifico valore ontologico, sebbene alcuni risulterebbero più di altri incardinati in una concreta relazione di valore. In altri termini, considerato che la realtà è

il mondo dei valori e delle norme ha una sua realtà oggettiva; altri[25] evidenziando come la realtà normativa non sia che un

---

un mondo che consta non solo di dati materiali, percepibili con i sensi, ma anche della cultura umana con i suoi valori, si potrebbe comunque distinguere tra elementi che, come anticipato, è possibile "percepire con i sensi" ed altri i quali, riferendosi a dati valori della cultura, sarebbero suscettibili solo di "comprensione spirituale". Questi ultimi, volendo recuperare la tradizionale distinzione, potrebbero definirsi "normativi". Critico PULITANO', *L'errore,* cit., p. 221 s., ad avviso del quale la tesi del "tutto descrittivo" si risolve in un circolo vizioso privo di reale utilità dogmatica:"In questa prospettiva, la fondazione «ontologica» dei valori non contraddice affatto, anzi implica la possibilità di un'autonoma considerazione degli elementi attinenti al mondo dei valori […]. La soluzione che lo stesso Welzel prospetta poggia sulla contrapposizione fra «percezione sensibile» e «comprensione spirituale». Ma il significato di qualsiasi concetto (giuridico e non) non può essere che «compreso» nel mondo della cultura (cui l'espressione linguistica appartiene), e correlativamente qualsiasi concetto significativo (anche il più «valutativo») deve in definitiva trovare il suo campo di riferimento in dati della realtà empirica. La distinzione tra «descrittivo» e «normativo» non può dunque agganciarsi a quella fra «percezione» e «comprensione» (entrambe necessarie a qualsiasi applicazione di concetti all'esperienza reale), bensì ricercata in diversità nel modo (mediato o non mediato da qualificazioni normative *aliunde*) con cui i concetti si riferiscono a dati dell'esperienza". Sull'argomento cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 48 ss. Ricollegandosi alle idee di Welzel sul rapporto tra essere e valore KUNERT, *Die normativen,* cit., p. 89 ss., sostiene che oggetto della fattispecie normativa siano i dati della realtà dotati, accanto alla dimensione naturalistica, di una seconda dimensione umana detta "spirituale". Alla distinzione di Welzel, tra elementi "percepibili con i sensi" e quelli suscettibili solo di "comprensione spirituale", sostituisce una quadripartizione in virtù della quale la fattispecie penale risulterebbe composta da elementi unidimensionali (che appartengono allo "stato dell'essere puramente naturale", e fanno riferimento a concetti immediatamente comprensibili attraverso la realtà empirica); c.d. puri elementi di valore o normativi in senso stretto (che scaturirebbero da contegni "emotivo-irrazionali dello Spirito"); elementi di significato (i quali, invece, derivano da "contegni razionali dello Spirito") ed, infine, elementi di valutazione (ossia, i concetti che per la loro determinazione richiedono una valutazione di tipo quantitativo).

[25] Così, NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 18 ss.: "Ogni giudizio di valore ha la sua base in una constatazione di fatto, o, con diverse parole, i valori giuridici altro non sono che fatti in rapporto alla norma; e quindi classificazioni dei fatti, compiute con la misura e secondo i criteri del diritto […] il valore giuridico non è qualcosa che si aggiunge ai fatti, ma è un criterio volontario di raggruppamento e di classificazione dei fatti adottato dal legislatore: così come vi sono i criteri biologici, i criteri botanici e via dicendo". Critici, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 57: "Ed invero, il fatto che si pervenga, nell'uno come nell'altro caso, all'identico risultato di un raggruppamento rappresentativo di fenomeni, non deve nascondere la peculiarità dei procedimenti che ad esso conducono, peculiarità costituite nel primo caso dall'operare ci un criterio di rappresentazione logica e nel secondo di un criterio di valutazione"; PULITANO', *L'errore*, cit., p. 223: "[…] l'osservazione di Nuvolone – importante ai fini dell'inquadramento teorico dell'analisi - nulla dice ancora circa la struttura dei «criteri di raggruppamento» dei fatti, e quindi circa la possibilità d'esistenza e le peculiarità strutturali di «criteri di collegamento» (concetti) normativi". Significative, a riguardo, le parole di DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 92 ss., il quale, facendo alcuni accenni ad una funzione che gli elementi normativi

modo di vedere quella naturalistica, con la conseguenza che l'espressione apparentemente normativa, in quanto indicativa di un valore, utilizzata dal legislatore nel descrivere il reato, in verità costituirebbe solo un criterio di raggruppamento e di classificazione di fatti, rispondente ad esigenze tecniche nella formulazione della fattispecie, che nulla toglie alla natura fattuale degli elementi ipotizzati.

Indubbiamente ciascuna delle teorie esposte presenta un fondo di verità innegabile.

E' esatto affermare che ogni elemento della fattispecie penale subisce una trasformazione in funzione normativa, nel senso di essere costruito per via di astrazione ricevendo il proprio contenuto dalla *ratio* della norma, e che può diventare tanto più "normativo" quanto più l'interprete si allontani dal significato lessicale del concetto per avvicinarsi alla dimensione teleologica della disposizione. Tuttavia, se da una tale constatazione si fa discendere la generale normatività di tutti i requisiti del fatto, non si può nascondere che ve ne sono alcuni normativi più degli altri (normativi in senso stretto ovvero in doppio grado) perché, oltre ad essere oggetto di una costruzione teleologica, implicano qualificazioni normative tratte *aliunde*, ossia da una norma o sistema di norme diversi

---

eserciterebbero rispetto all'antigiuridicità, in quanto però normale funzione esercitata dagli elementi descrittivi della fattispecie nei quali, secondo questo Autore, quelli normativi si risolvono, afferma che "nella nozione di fatto non si può includere […] nessun elemento normativo, e qualora il legislatore, nel determinare la nozione di un particolare reato, si sia servito di un concetto di valore, bisognerà scomporre tale concetto nelle due parti delle quali concettualmente risulta: una descrittiva e l'altra normativa. La prima appartiene alla dottrina del fatto, la seconda a quella dell'antigiuridicità […]. La contrapposizione fra fatto e diritto non è assoluta, ma relativa, nel senso che anche il diritto, quando non sia in gioco la sua efficacia normativa, finisce per apparire un fatto tra i fatti". Secondo l'Autore quelli che vengono considerati normalmente elementi normativi sarebbero dunque solo effettivi elementi di fatto.

da quella incriminatrice[26]. Quindi, affermare che tutti gli elementi della fattispecie sono normativi o che solo alcuni possono ritenersi tali non vuol dire necessariamente aver sostenuto due tesi inconciliabili tra loro, se non addirittura antitetiche, in quanto le predette proposizioni possono anche, per assurdo, essere contemporaneamente veritiere in virtù del diverso modo di intendere la normatività assunto a fondamento di ciascuna di esse[27].

D'altronde, altrettanto condivisibile è l'osservazione che le qualificazioni normative nelle fattispecie penali hanno la funzione di criteri di raggruppamento di dati dell'esperienza, ossia, costituiscono un particolare espediente di tecnica legislativa idoneo ad esprimere in forma sintetica un complesso di situazioni concrete[28]. Ma è facile obiettare che per definizione ogni termine, nell'esprimere i dati della realtà

---

[26] M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 760: "Ma vi è una profonda differenza fra l'elemento che consta soltanto di un substrato naturale e quello che definiamo normativo. Anche se il primo riceve il proprio contenuto dalla *ratio* della norma, si tratterà pur sempre della *ratio* della norma incriminatrice. Quando, invece, abbiamo a che fare con elementi come la «altruità», la «non legittimità» e simili, è chiaro che il loro svolgimento è in funzione di una norma diversa da quella incriminatrice". Negli stessi termini, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 220; GROSSO, *L'errore sulle scriminanti,* Milano, 1961, p. 156; BRICOLA, *Limite esegetico,* cit., p. 764: "[…] in verità, riconosciuta la trasformazione implicita nel passaggio dal piano ontologico al piano deontologico, è innegabile che questa può svolgersi con gradazioni diversa a seconda dei vari dati, potendo talora l'elemento continuare ad essere nel *Tatbestand* caratterizzato con gli stessi termini di tipo descrittivo con cui esso viene contraddistinto nella realtà naturalistica, oppure essere accompagnato da particolari qualifiche […] oppure non riuscire, filtrando nelle maglie del *Tatbestand* e per le più varie ragioni, a cristallizzarsi in termini descrittivi. In tal caso l'elemento può chiamarsi *doppiamente normativo*, a voler rispettare il processo di normativizzazione originario ".

[27] Facendo riferimento alla generica relazione tra fatto e norma, si può affermare che gli elementi descrittivi sono caratterizzati dalla (sola) normatività scaturente dall'essere in rapporto con la previsione normativa che li contempla.

[28] In tal senso, tra gli altri, PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 34 ss.

che esso "significa", li "raggruppa" distinguendoli dagli altri[29].

La peculiarità degli elementi normativi non va ricercata nella loro funzione di criteri di raggruppamento, che in ultima analisi può ritenersi coincidente con quella degli altri concetti di fattispecie, ma nel modo in cui la stessa viene esercitata. In questo senso, anche il concetto normativo è un segno linguistico che opera come espediente descrittivo del fatto di reato, ma a tale risultato perviene esprimendo un significato comprensibile solo avendo conoscenza della norma richiamata.

In effetti quando il legislatore, descrivendo le fattispecie, si avvale di espressioni come: cosa mobile altrui, offesa ingiusta, non si limita a richiamare sinteticamente un settore della realtà ma ne enuncia anche la qualificazione. Detto altrimenti, l'elemento normativo è la sintesi di una realtà qualificata: servendosene, la fattispecie penale denota una classe di fatti tramite la valutazione posta da altra disposizione, anziché attraverso note caratteristiche percepibili con i sensi o in virtù del riferimento a comuni modi di esprimersi e di pensare. Il rapporto che normalmente intercorre tra precetto penale e criterio rappresentativo finisce cioè per coinvolgere un'altra norma (o sistema di norme) che qualifica la serie di dati naturalistici raggruppati[30].

---

[29] Così, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 223 ss.; M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 760; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 57 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 158: "Ammesso che sul piano del modello legale intervengono concetti per la cui delimitazione ci si rifà sempre a criteri estrinseci di specificazione, ciò che contraddistingue gli elementi normativi da quelli che non sono tali è la natura di questi criteri. Talvolta si tratta di *norme,* talvolta di mere regole tecniche, di massime d'esperienza, o, più spesso, di regole del linguaggio, ecc.; di regole, cioè, che non sono *norme*."

[30] Per PULITANO', *L'errore,* cit., p. 226, "[…] i concetti normativi sono necessari, non surrogabili da elencazioni le più minuziose, come tecnica di collegamento tra la legge

Pertanto, si potrebbe affermare che ciò che contraddistingue gli elementi normativi (in senso stretto) da quelli che tali non sono è la possibilità di scomporre il concetto nelle sue due parti costitutive: substrato naturalistico e valutazione[31]. Un'operazione apparentemente semplice, ma che, occorre subito premettere, in taluni casi può non rivelarsi tale, risultando estremamente arduo intendere e percepire il dato di realtà separatamente dal relativo giudizio espresso *aliunde* quando la norma richiamata non sia di semplice valutazione (ovvero assiologica), ma abbia essenzialmente un carattere c.d. "fondante" (norma tetica)[32] rispetto al concetto considerato.

---

penale da un parte, e dall'altra l'intero, variabile sistema giuridico ed etico-sociale. Alla statica rigidezza della casistica, in cui pure sono via via traducibili, contrappongono la capacità di elastico adattamento a qualsiasi trasformazione dei sistemi di riferimento valutativo. Sono, insomma, espressione e realizzazione di un'esigenza non di mera tecnica, ma di politica legislativa […]. Ciò, ripetiamo, non perché la riduzione del normativo al descrittivo non sia possibile; al contrario, è condizione necessaria della significatività (anche) dei concetti normativi. Ma tale possibilità di riduzione non implica che il concetto normativo equivalga a una qualche sua «traduzione» descrittivo-casistica […]".

[31] PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 17 s.

[32] In definitiva, le norme c.d. tetiche, mentre descrivono hanno un'efficacia costitutiva del dato descritto. Sulla distinzione tra norme tetiche e assiologiche, cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., pp. 163-164, 214-215. Secondo l'Autore le norme tetiche intervengono nella stessa descrizione del dato, il quale ha un suo significato e spiega la sua efficacia solo sul piano delle relazioni sociali, mentre su quello meramente fisico sarebbe un bruto frammento della natura. Fenomeni come documento, autorità, bandiera nazionale, etc., non possono intendersi e spiegarsi se non tramite un dizionario giuridico, sicché mentre questi ultimi sono individuabili attraverso denominazioni integralmente normative, i dati oggetto di norme assiologiche sono identificati, nel *genus,* tramite una comune espressione logico-descrittiva e, nella *species*, attraverso la qualificazione tipica di altra norma. "Si tratta di norme nelle quali la qualificazione non è espressa nella forma qualificativa tipica, portatrice, come si è detto, di un potenziale significato di causalità giuridica, bensì di una qualifica concreta che costituisce l'effetto tipico della disposizione di legge". In altri termini, "La proprietà caratteristica di tali norme è che la stessa descrizione dei fatti o dei soggetti o degli oggetti contemplati costituisce l'effetto tipico di esse, sicché, considerata l'ipotesi del loro inserimento in altra norma, non è concepibile una scissione della parte descrittiva da quella valutativa, il fatto dalla sua valutazione. Tali descrizioni, invero, nello stesso atto in cui esprimono una determinata descrizione, ne determinano lo specifico operare sul terreno normativo […]. Accade però, nell'ipotesi di norme tetiche che richiamare la definizione significa nello stesso tempo, evocarne l'effetto caratteristico. Non varia quindi la modalità del richiamo bensì l'oggetto della

Inoltre, non va trascurato un altro dato rilevante: ciò che oggi è un requisito tradizionalmente descrittivo della fattispecie penale, perché fa immediato riferimento ad una realtà di natura, può nel tempo subire un processo di "normativizzazione" che lo trasformi in un substrato di fatto cui si applica una qualifica, rendendo variabile, e quindi non definitiva, la linea di confine tra elementi descrittivi ed elementi normativi. Si pensi al caso emblematico del concetto di «morte» nel delitto di omicidio, nato e concepito come dato naturalistico e trasformato, complice l'evoluzione della scienza medica, in un elemento della fattispecie che implica, ai fini della esatta determinazione del suo contenuto, il rinvio ad un'altra norma[33]. Ciò, ovviamente, fa emergere il dubbio circa la possibilità per l'interprete di pervenire ad una netta separazione tra dati descrittivi e normativi[34].

---

norma richiamata la quale presenta una singolare coincidenza del momento descrittivo con quello valutativo, della premessa con la conseguenza giuridica"; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, Bari, 1996, p. 51 s.: "Es.: il pubblico ufficiale non esiste, *né può esistere, in rerum natura,* poiché è impossibile separare il substrato reale della qualifica di pubblico ufficiale dalla qualifica stessa; mentre, invece, gli atti osceni potrebbero essere comunque individuati e descritti anche in *termini naturalistici,* prima ancora di essere valutati come osceni"; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 46, distingue gli elementi normativi in valutativi e definitori a seconda che la norma richiamata sia assiologica ovvero tetica.

[33] Si tratta della legge 29 dicembre 1993 n. 578 recante norme per l'accertamento e la certificazione di morte nel contesto della disciplina relativa agli espianti di cadavere, che ha fissato all'articolo 1 la determinazione giuridica del momento della morte nella *cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo.* Sull'argomento, cfr. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 1997, p. 39 s.

[34] Cfr., ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Band I, München, 1997, p. 59 ss. L'Autore, riconoscendo il ruolo fondamentale che la distinzione tra elementi normativi e descrittivi ha rivestito storicamente in rapporto alla discussione sui confini tra tipicità e antigiuridicità nella dottrina tedesca, osserva come possa risultare assai controversa la loro identificazione. D'altronde, anche elementi *prima facie* descrittivi (come il concetto di edificio) sono da interpretare, nei casi dubbi, in base allo scopo di tutela della norma incriminatrice, e quindi, secondo un parametro pur sempre normativo. Conclude affermando che la maggior parte degli elementi del Tatbestand costituisce un *mixtum compositum* di dati descrittivi e normativi, in cui prevale, a seconda del caso concreto, ora l'uno, ora l'altro aspetto: un'impronta normativa è contenuta nei concetti descrittivi così come un'impronta descrittiva si rinviene nei concetti normativi. Sostanzialmente

Quanto premesso consente comunque di confutare le tesi c.d. negazioniste per la loro visione riduttiva del fenomeno, e di riconoscere l'opportunità di un'autonoma considerazione della categoria dei concetti normativi[35]. Un risultato al quale è giunta da tempo la prevalente dottrina[36]. In particolare, nell'ambito della dogmatica penalistica italiana si ritrovano contributi particolarmente significativi[37] dai quali è possibile

---

conforme, PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 21.

[35] Così la prevalente dottrina. Cfr., per tutti, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 66 ss.

[36] La nascita della categoria degli elementi normativi viene generalmente associata all'opera di M. E. MAYER, *Die allgemeine Teil,* cit., che li definisce come quegli elementi comprensibili solo sul piano dei valori i quali costituirebbero una zona di interferenza tra il Tatbestand e l'antigiuridicità. In altri termini, opererebbero nella posizione di elementi ancorati per un lato alla fattispecie e per l'altro all'antigiuridicità: "essi sono elementi normativi (e dunque impropri) di fattispecie ed elementi autentici di antigiuridicità", nel senso cioè che anziché, come di norma, dimostrare l'antigiuridicità la costituiscono quale autentica *ratio essendi* dell'illiceità del fatto. L'ambigua doppia valenza degli elementi normativi affermata dall'Autore costituisce il punto di forza delle critiche mosse al suo pensiero. In questi termini, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 68 ss., secondo il quale "una valutazione critica della concezione esposta non può non prendere le mosse dalla considerazione che l'attenzione rivolta alla categoria degli elementi normativi sembra più determinata dal proposito di risolvere un aspetto di un più ampio problema attinente alla sistematica del reato – quello dell'antigiuridicità formalmente e materialmente intesa – che ispirata all'esigenza di un'autonoma elaborazione della particolare struttura e funzione degli elementi normativi della fattispecie […]. In definitiva, appare chiaro come nell'orientamento esaminato non si vada oltre l'assunto, alquanto aprioristico, di una particolare strutturazione degli elementi normativi, senza che della natura di questa si diano però approfondite e soddisfacenti dimostrazioni". Cfr. DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 90 s.: "Il medesimo elemento non può adempiere contemporaneamente a due diverse funzioni in contrasto: o è un elemento normativo, e non può essere un elemento del fatto, o è un elemento del fatto, e non può essere un elemento normativo. O fatto o diritto: *tertium non datur*". Comunque, va riconosciuto a MAYER il merito incontestabile di aver superato la concezione meramente descrittiva del Tatbestand, dando ingresso nella scienza penalistica ad un concetto importante e duraturo.

[37] Cfr., tra gli altri, BRICOLA, *Limite esegetico,* cit., p. 764 ss.; FIANDACA, *Problematica dell'osceno,* cit. p. 84 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 760 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 153 ss.; PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 483 ss.; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 5 ss.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p 821 ss.; PIACENZA, *Riflessioni,* cit., p. 85 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 189 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 53 ss.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 107 ss.

Nell'ambito della dottrina tedesca, decisamente orientati verso l'analitica comprensione del fenomeno sono gli studi di GRÜNHUT, *Begriffsbildung u.*

estrapolare, nonostante la complessità e varietà delle opinioni espresse, alcuni punti oggetto di sostanziale concordia.

In primo luogo, opinioni convergenti si registrano sull'utilizzo degli elementi normativi come strumento da un lato di tecnica legislativa, perché consente di evitare formulazioni eccessivamente casistiche, e dall'altro di politica legislativa, al fine di creare clausole che raccordino contenuto e portata della fattispecie penale alla mutevole realtà socio-culturale[38].

Inoltre, diversamente da quanto è possibile riscontrare nel dibattito d'oltralpe[39], escluse rare eccezioni[40], appare decisamente unanime il superamento della collocazione

---

Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen, 1926; MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände,* cit., p. 187 ss. Per tali Autori la distinzione tra elementi normativi ed elementi descrittivi della fattispecie risiede nella constatazione che la determinazione di questi ultimi sia possibile attraverso un'attività meramente conoscitiva del giudice, avendo ad oggetto un dato del mondo sensibile, mentre i primi richiederebbero un giudizio di valore secondo criteri di valutazione desunti da altre fonti. Simile all'orientamento esposto è la già ricordata concezione di Welzel secondo cui gli elementi descrittivi della fattispecie sarebbero quelli percepibili sensibilmente, mentre normativi quelli comprensibili solo spiritualmente. Critico RUGGIERO, *Gli elementi normativi,*cit., p. 96: "Non sembra, dunque, esatto che tutti gli elementi descrittivi debbano avere per oggetto dati di realtà sensibilmente percepibili e tutti gli elementi normativi riprodurre fatti solo spiritualmente comprensibili potendosi offrire innumerevoli esempi di elementi normativi costituiti da una fondamentale componente naturalistica (ad esempio ingiusta offesa dell'art. 52 c.p.) ed, al contrario, esempi di elementi descrittivi privi di un correlato reale di quella natura (ad es. l'elemento «religione» nell'articolo 402 c.p.)". Il pensiero di Mezger ha rappresentato il punto di partenza dell'indagine critica di ENGISCH, *Die normativen,* cit., p. 127 ss., che ravvisa nella possibilità di un «accertamento reale» il criterio distintivo tra elementi descrittivi e normativi della fattispecie, formulando la definizione di elemento normativo come quello che può essere rappresentato e pensato solo sul presupposto logico di una norma – giuridica o etico-sociale – ovvero di un valore, definizione divenuta talmente celebre da venire riportata in tutte le trattazioni sul tema.

[38] Cfr. PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 36; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 225; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 64.

[39] Quanto all'orientamento nella dottrina tedesca che considera gli elementi normativi attinenti all'antigiuridicità, v., *supra,* nt. 33. Sul rapporto tra elementi normativi ed antigiuridicità, con particolare riferimento alle ipotesi di antigiuridicità speciale o espressa, si avrà modo di soffermarsi in seguito.

[40] Cfr. la diversa ed isolata opinione di N. LEVI, *Ancora in tema di illiceità speciale,* in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari,* Napoli, 1938, p. 351 ss.

sistematica della categoria degli elementi normativi del fatto di reato nell'ambito dell'antigiuridicità – sia essa intesa in senso formale o materiale, generico o specifico -, salvo poi precisarne la particolarità in virtù del caratteristico meccanismo di eterointegrazione[41] che la contraddistingue, nella struttura della fattispecie, dagli elementi descrittivi[42].

Regna, quindi, un considerevole accordo sul ruolo decisivo che la norma fonte di qualificazione, diversa da quella ove l'elemento normativo è contemplato, riveste nella costruzione della categoria in termini di autonomia dogmatica e funzionale[43].

Altra affermazione ricorrente nella dottrina italiana[44], sebbene non sempre consapevolmente propugnata, concerne il

---

[41] Sul fenomeno della eterointegrazione delle norme giuridiche, si riportano le acute osservazioni di RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 206 ss.: "[…] esso comprende tutte le situazioni in cui la norma penale contiene in sé, accanto a settori di previsione diretta di dati di fatto, l'enunciazione di criteri di valutazione ad essa estranea alla stregua dei quali dovrà essere completato il suo momento di previsione […]. La particolarità dell'eterointegrazione che si attua tramite gli elementi normativi consiste nel fatto che il criterio alla stregua del quale si dovrà puntualizzare il settore «sfocato» della fattispecie è dato da un modello offerto da una norma diversa da quella nella quale l'elemento è inserito. Siamo in una sottospecie dell'analogo fenomeno della formazione sintetica, cioè di quella tecnica di strutturazione della proposizione normativa per la quel al posto delle previsioni casistiche e dettagliate si adottano espressioni concettuali idonee a ricomprendere un più vasto e indeterminato settore di realtà. Tale tecnica può logicamente realizzarsi o attraverso l'uso di categorie meramente logico-concettuali ovvero ricorrendo a criteri ancora più comprensivi dei primi, cioè a indici di valutazione espressi da una diversa norma o da norme diverse, idonei più dei primi a ricomprendere settori ancora più vasti di realtà […]. E' quindi un atto di spiccata collaborazione tra norme o tra sistemi normativi quello che si realizza nella categoria in esame e non di asservimento della valutazione desunta da altro sistema normativo, al rango del dato di fatto per l'operare della qualificazione espressa dalla norma penale richiamante".

[42] Per un'attenta ricostruzione degli orientamenti nella dottrina italiana, cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 107 ss.; e più di recente, RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 53 ss.

[43] M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 761; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 16; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 227 ss.

[44] Sul punto, v. RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 55; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 13. Quanto alla dottrina tedesca, cfr. MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände,* cit., p. 217 ss., il quale distingueva gli elementi normativi a seconda che il giudice potesse

procedimento conoscitivo degli elementi normativi: per questi sarebbe necessaria la mediazione interpretativa del giudice, chiamato ad una valutazione al fine di accertare la particolare nota di qualificazione di cui l'elemento è investito. Diversamente, i concetti descrittivi richiederebbero una semplice operazione conoscitiva avente ad oggetto un dato naturalistico.

La tesi, invocata più che altro come criterio di differenziazione tra gli elementi della fattispecie, non convince molto, anche considerato il fatto che non è stata adeguatamente approfondita[45]. D'altronde è facile osservare come la necessità di una valutazione non scaturisce tanto dalla natura normativa dell'elemento, quanto dall'eventuale indeterminatezza del parametro normativo richiamato: se il criterio di valutazione è certo e definitivo l'accertamento della qualifica si riduce nella sostanza ad un procedimento conoscitivo in cui il giudice è tenuto a verificare la conformità tra la situazione astrattamente prevista e quella concreta.

---

fare riferimento a complessi normativi di carattere giuridico o di carattere etico, sociale, culturale, ovvero dovesse interamente ricorrere ad una sua valutazione soggettiva; ENGISCH, *Die normativen,* cit., p. 137, che, riferendosi alla classificazione di Mezger, ha parlato rispettivamente di elementi giuridico-normativi, culturali-normativi, soggettivo-normativi; KUNERT, *Die normativen,* cit., p. 36 ss. L'Autore, interpretando il pensiero di Mezger, ha negato che vi sia soggettività negli elementi giuridico-normativi, riconoscendola invece nel procedimento di valutazione relativo agli elementi normativi di carattere etico, estetico e religioso.

[45] Cfr., sull'argomento, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 115 s., secondo il quale "è evidente, perciò, che l'elemento è tanto meno valutativo quanto più è normativo e tanto più valutativo quanto meno normativo. Si comprende certo, come il vero problema sia quello di segnare una precisa linea di demarcazione tra la sfera del «normativo» e quella del «valutativo», ma è proprio questa aspettativa che la dottrina in esame sembra aver deluso, limitandosi a postulare la necessità di un giudizio di valutazione a fondamento della struttura degli elementi normativi".

3. ELEMENTI NORMATIVI GIURIDICI ED EXTRAGIURIDICI

Nel paragrafo che precede sono stati evidenziati i maggiori punti di convergenza che è dato riscontrare negli studi della dottrina italiana sulla categoria degli elementi normativi. Ovviamente, emergono dei distinguo quando si affrontano alcuni aspetti importanti, soprattutto considerato il loro inevitabile riflesso sulla delicata tematica dell'errore, come quello relativo alla natura della norma richiamata ed al suo rapporto con il precetto penale.

Accanto alla generica considerazione che, in tema di elementi normativi, la fattispecie penale si arricchisce di concetti per la cui determinazione è indispensabile il riferimento al parametro di valutazione offerto da norme richiamate, manca una precisa e sicura delimitazione dell'ampiezza da attribuire alla categoria. La domanda alla quale si è cercato di dare risposta è la seguente: la fonte della qualifica può essere indifferentemente una qualunque norma, ovvero occorre restringere l'ambito della categoria ai soli elementi che rinviano a regole giuridiche?[46]

Senonché, da un attento studio dell'attuale ordinamento positivo, emerge con chiara evidenza come nelle fattispecie penali ricorrano elementi per la cui corretta comprensione si

[46] RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 114: "Ora, se non si vuol rischiare di allargare la nozione degli elementi normativi fino ad includere in essi fenomeni di altra natura e non la si vuol restringere in limiti inadeguati a riprodurre la vera estensione del fenomeno, sembra indispensabile tracciare una linea di sicura demarcazione tra norme cui si attribuisca rilevanza ai fini della determinazione degli elementi normativi e norme che non appaiono idonee a funzionare quali presupposti di essi. Il punto è veramente decisivo per comprendere se alla categoria in esame si debba assicurare una autonomia concettuale che ne riproduca il significativo contenuto, ovvero attribuire un posto particolare in una più vasta categoria dogmatica concepita con criteri diversi".

rende necessario il riferimento a norme giuridiche (es. altruità della cosa nei reati contro il patrimonio), a regole etico-sociali (es. la morale familiare nell'art. 565; la condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie nell'art. 570; l'atto o l'oggetto osceno negli artt. 527 e 528), nonché, in taluni casi, a norme tecniche (es. le regole di perizia e diligenza inerenti al giudizio di colpa *ex* art. 43).

Muovendo da queste premesse di carattere empirico possiamo concludere che la normatività rilevante ai fini della definizione dell'ambito della categoria in esame, comprende anche regole non giuridiche, salvo poi discutere in merito all'eventualità che la natura della norma richiamata comporti differenze sul piano della disciplina.

In effetti, la prevalente dottrina italiana ritiene che nel *genus* degli elementi normativi della fattispecie penale confluiscano sia elementi bisognosi di integrazione strettamente giuridica (c.d. elementi normativi giuridici), che elementi rinvianti a valutazioni di tipo etico-sociale[47] o tecnico[48] (c.d. elementi normativi extragiuridici).

---

[47] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 144; ID., voce *Dolo,* cit., p. 761: "Al riguardo, è da ritenersi che, salvo controindicazioni contenute nelle disposizioni che prevedono le relative figure criminose, in linea generale e di metodo, non è contestabile che gli elementi normativi possano rendere necessario il ricorso a norme o a sistemi di norme non giuridici". L'Autore, però, distingue dagli elementi normativi i c.d. concetti aperti, come il "comune sentimento" di cui all'art. 529 c.p., ossia elementi che constano di un substrato di fatto e di una qualifica, ma per la cui comprensione occorre utilizzare realtà extranormative, non consolidate in regole di comportamento. Sulla configurabilità di elementi normativi giuridici ed extragiuridici, cfr. BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 34 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 73; GROSSO, *L'errore,* cit., pp. 158-159; PADOVANI, *Diritto penale,* Milano, 2006, p. 29; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 821 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 227 ss.; VENDITTI, voce *Dolo*, cit., p. 157.

[48] Ammettono anche elementi normativi extragiuridici di tipo tecnico, MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale,* Padova, 2007, p. 102; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 140 ss.; PAGLIARO, *Riserva di legge,* cit., p. 385; ID., *Principi*, cit., p. 51; ID., *Principio di legalità,* cit., p. 695; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 16; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 155: "[…] può ritenersi ulteriormente confermato l'assunto che il complessivo ambito

Tuttavia, preme ricordare che non sono mancati Autori[49] i quali preferiscono adottare un'accezione restrittiva di normatività, riferendola unicamente alle regole giuridiche, con la conseguenza di escludere dal novero degli elementi normativi (in senso stretto) tutti quei concetti che esprimono giudizi di valore (o disvalore) collegati a parametri di provenienza etico-sociale o tecnica, pertanto ricondotti nel più ampio *genus* degli elementi c.d. valutativi[50].

A nostro sommesso avviso, a parte la diversa interpretazione del concetto normativo, sulla quale si può discutere, volendo dare risalto, come sembra d'altronde necessario ed inevitabile, al dato positivo, va riconosciuto che nel descrivere le fattispecie penali il legislatore si affida indifferentemente a regole giuridiche ed extragiuridiche (etico-sociali e tecniche), opportunamente richiamate per il tramite di un elemento contemplato dalla norma penale. Se questo concetto possa definirsi propriamente normativo o semplicemente non descrittivo, resta un problema terminologico che non cambia la sostanza del fenomeno: fonti esterne al precetto che concorrono a definire il contenuto della fattispecie.

---

di tali criteri di determinazione è comprensivo di norme giuridiche, morali, sociali o del costume e tecniche".

[49] CONTENTO, *Corso,* cit., pp. 50-51; MAGGIORE, *Normativismo,* cit., p. 25; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 209 ss.

[50] Nell'ambito dei concetti "bisognosi di essere riempiti di valore" (c.d. valutativi), che presuppongono il rinvio ad un criterio di valutazione e richiedono la mediazione interpretativa del giudice per la ricostruzione del concreto significato in base alla *ratio legis* sottesa alla norma incriminatrice, oltre agli elementi normativi extragiuridici, vengono ricondotti anche gli elementi descrittivi privi di un immediato riscontro empirico, come i concetti di "folla in tumulto" – art. 62, n. 3, c.p. – di "rissa" – art. 588 c.p. – di "incesto" – art. 564 c.p. -.

In verità, un effettivo profilo di distinzione, in ragione della natura della fonte di qualificazione, attiene al differente grado di compatibilità con il principio di sufficiente determinatezza[51].

Gli elementi della fattispecie definiti attraverso il richiamo di regole giuridiche consentono al legislatore di pervenire ad una formulazione della norma penale che, tendenzialmente, lascia poco spazio al soggettivismo interpretativo[52]. In effetti, si fondano su parametri che di regola, stante la loro natura, hanno contorni precisi, in quanto la giuridicità di una norma garantisce un certo grado di certezza del contenuto.

Un problema di indeterminatezza potrebbe semmai sorgere con riferimento al segno linguistico utilizzato nella definizione del concetto normativo, ma non rispetto al criterio cui bisogna fare riferimento per qualificare l'elemento di fattispecie, rinvenibile con sicurezza in un sistema di regole giuridiche. Ad esempio, quando il legislatore introduce nei delitti contro il patrimonio il requisito dell'altruità della cosa, si potrebbe discutere, come in effetti avviene[53], se tale requisito faccia

---

[51] Sulla generale compatibilità degli elementi normativi (giuridici ed extragiuridici) con il principio di determinatezza, cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 181 s.: "Se la natura del concetto indeterminato corrisponde a quella che qui ci siamo sforzati di delineare, la differenza tra essi e gli elementi normativi sembra piuttosto evidente. In questi ultimi si attua una determinazione o valutazione del dato di fatto, con riferimento ad un superiore criterio normativo, che si presuppone quindi certo e definito: nei concetti indeterminati si richiede invece una preliminare determinazione della formula tipica adottata dal legislatore e l'ulteriore costruzione dell'elemento si realizza attraverso il normale schema dell'inclusione di esso nel concetto così determinato per dar luogo ad un atto conoscitivo, propriamente valutativo".

[52] Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit. p. 188 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 73; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* p. 138 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979, p. 421 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 227 ss.

[53] Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, Milano, 2002, p. 276 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* II, *I delitti contro il patrimonio,* Bologna, 2005, p. 29 ss.

riferimento al solo diritto di proprietà da parte di un soggetto diverso dall'agente, ovvero anche ai diritti di godimento e di garanzia. A questa indeterminatezza, però, non corrisponde quella del parametro normativo da cui il giudice deve partire per interpretare e definire il contenuto del richiamo, costituito comunque dall'insieme delle regole giuridiche che disciplinano la proprietà ovvero tutti i diritti reali.

Ben più problematica la categoria degli elementi extragiuridici, quale fonte di incertezza nel diritto penale[54]. Il rischio di indeterminatezza qui è duplice, potendo interessare, oltre al segno linguistico, anche il parametro di riferimento[55].

Per quanto riguarda il primo aspetto, si ha una indeterminatezza formale quanto il linguaggio legislativo impiegato, a causa della sua ambiguità, non è in grado di connotare una determinata classe di criteri cui fare riferimento, lasciando in pratica il giudice completamente libero nell'individuazione dell'illecito. Si pensi alle fattispecie poste a tutela del pudore, ove il concetto di osceno, nonostante

---

[54] PULITANO', *L'errore,* cit., p. 229: "Se la loro iniziale indeterminatezza significa anche finale indeterminabilità, il riempimento degli elementi normativi non sfuggirebbe a quel soggettivismo interpretativo, che parte della dottrina ritiene connaturato alla materia *de qua.* Su tali premesse, gli elementi di «valutazione culturale» dovrebbero essere espunti da sistemi penali che, come quello italiano vigente, sono fondati sul principio di legalità e tassatività delle fattispecie di reato (art. 25 Cost.). Nella delimitazione dell'illecito dal lecito, se il principio di legalità non è una lustra, nessuna discrezionalità più o meno soggettiva del giudice-interprete può trovare posto. Tutto deve essere predeterminato «legalmente»: e se certi valori «culturali», rilevanti nella configurazione del reato, non risultano «preformati» dal diritto, è necessario siano predeterminati, e fatti propri della norma penale, dei criteri «culturali» obiettivi su cui fondarli". Per chi ritiene che il principio di determinatezza, corollario del principio di legalità, non riguardi le norme favorevoli al reo, tali elementi sono sempre accettabili quando operano ad esempio nelle fattispecie scriminanti. Cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 28.

[55] BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 178 ss.

il tentativo di darne una definizione come contrarietà al comune sentimento del pudore, resta una formula vuota[56].

Ma c'è di più. A differenza degli elementi giuridici, l'indeterminatezza può investire facilmente anche il parametro valutativo.

Le norme etico-sociali, specie in una società pluralistica come quella contemporanea, in cui vivono e si incontrano persone di diverse culture e religioni, hanno una naturale incertezza di contenuti[57]. Ne consegue che il criterio di giudizio richiamato, non predeterminato dal diritto ma rinvenibile nel sistema di valori del tempo, spesso non trovi riscontro univoco nel contesto socio-culturale di riferimento, aprendo la strada a scelte arbitrarie del giudice. Ad esempio, è sicuramente arduo riuscire a stabilire con certezza cosa oggi può ritenersi conforme alla "morale familiare" richiamata dagli artt. 565 e 570 c.p.[58], ben potendo il parametro di

---

[56] Cfr. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 73; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 136 ss. *Contra,* RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale,* Milano, 1970, p. 81 ss., secondo il quale esisterebbe "un ben preciso concetto legislativo di osceno dato nella legge penale dall'insieme delle regole che stabiliscono l'uso della parola", emergente "dalla considerazione astratta dei termini del concreto processo valutativo che sono fissati nella relazione tra un valore e una serie aperta di comportamenti".

[57] Quanto alla possibile indeterminatezza delle norme extragiuridiche di natura tecnica, v. MARINCUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 142 s.: "Ora, è innegabile che la presenza nella norma penale di elementi normativi extragiuridici di natura tecnica – come la colpa per imperizia – comporta *rischi di imprecisione.* Tali rischi possono però essere neutralizzati, e lo sono, per continuare nell'esempio della colpa per imperizia, se, *in primo luogo,* il metro per giudicare della perizia di questo o di quel comportamento è rappresentato da ben individuabili e individuate regole dell'arte, vale a dire dalle regole proprie di quella specifica attività pericolosa […]. *In secondo luogo*, e soprattutto, se le singole regole utilizzate dal giudice per decidere del carattere colposo o meno del comportamento sono diffuse e consolidate […]".

[58] Pressoché unanime il rilievo che ci si trova di fronte ad un concetto dal contenuto incerto, cfr. CARMONA, voce *Morale familiare (delitti contro la),* in *Enc. dir.,* XXVII, 1977, p. 32 ss.; CONTENTO, voce *Morale familiare (delitti contro la),* in *Enc. giur,* XX, 1990, p. 2 ss; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* VII, Torino, 1984, p. 862, il quale considera contrario all'ordine e alla morale delle famiglie "ogni comportamento attivo od omissivo

valutazione variare già in base alla personale sensibilità dell'interprete.

In altri termini, gli elementi extragiuridici pongono frequentemente l'interprete di fronte a valori inafferrabili nella sostanza[59], non esistendo alcuna omogeneità di vedute su ciò che viene qualificato alla stregua di quei criteri, mentre per il principio di determinatezza il giudizio dovrebbe sempre fondarsi su parametri oggettivi dai contenuti sufficientemente precisi[60].

Quello che si avverte immediatamente, utilizzando questi concetti nel descrivere le fattispecie penali, è proprio la difficoltà di rendere obiettivo e determinato ciò che invece, per sua natura, è soggettivo e dai contorni indefiniti: il sistema dei valori etico-sociali e la sua rappresentazione tramite il linguaggio. Tuttavia, in una prospettiva di riforma del codice penale, appare molto difficile rinunciare a questi

---

lesivo della compagine, della disciplina, dell'attività proficua, della prosperità, della sicurezza, della pace, della tranquillità, dell'onore, della dignità, della solidarietà o del buon costume della famiglia"; PISAPIA, *I delitti contro la famiglia,* Torino, 1953, p. 697.

[59] PALAZZO, *Il principio di determinatezza,* cit., p. 432 s.: "[…] il pluralismo sociale, che è condizione essenziale della democrazia di tipo occidentale-liberale, non può però costituire una sorta di giustificazione o addirittura di «alibi» al richiamo in campo penale di valori di riferimento inafferrabili. Se un siffatto pluralismo sociale è effettivamente giudicato un valore positivo, un bene da difendere, allora si dovrà rinunciare all'utilizzazione di elementi valutativi richiamanti valori tanto vaghi da essere addirittura privi di un seppur ristretto «nucleo» centrale, poiché la presenza di fattispecie consimili, mentre da un lato pregiudica la certezza giuridica e l'uniformità di trattamento, dall'altro comporta necessariamente che il punto di vista del giudice prevalga in ogni caso sul pluralismo delle valutazioni sociali, esprimendo autoritativamente solo una delle molteplici opinioni esistenti".

[60] PULITANO', *L'errore,* cit., p. 229. L'Autore ritiene ammissibile, in via di principio, il riferimento a norme culturali da parte del diritto penale, tuttavia precisa: "Non in intuizioni discrezionali, insomma, il giudice ha da ottenere il «riempimento» della «formula valutativa»; ma deve poter far capo a contenuti di valore, obiettivamente rilevabili nella realtà socio-culturale, ed individuabili in base a direttive espresse nella norma penale stessa. Proprio come in presenza di concetti normativi giuridici, anche qui la «speciale» valutazione del giudice deve essere mediata da norme obiettive e preesistenti, cui il concetto normativo faccia univoco riferimento".

elementi, tanto nella loro funzione "descrittiva" del tipo di illecito, quanto e soprattutto per il loro fondamentale compito di "organi respiratori" della fattispecie.

Si tenga comunque presente che con le considerazioni appena esposte non si intende aderire all'idea che solo l'impiego di termini descrittivi sia idoneo a garantire la determinatezza della fattispecie penale. Anzi, condividiamo l'opinione, largamente diffusa, secondo la quale l'indeterminatezza non costituisce una conseguenza necessaria dell'uso di "materiale linguistico" di tipo normativo piuttosto che descrittivo, ma semmai un problema a carattere "trasversale", potendo interessare ogni concetto della fattispecie[61]. Tuttavia, è altrettanto innegabile che il passaggio da elementi descrittivi a quelli normativi, specie se socio-culturali, comporti di regola una crescente indeterminatezza nella formulazione della norma.

In conclusione, riteniamo di poter annoverare nell'ambito della categoria degli elementi normativi tutti quei concetti che qualificano dati penalmente rilevanti alla stregua di norme logicamente presupposte, siano esse giuridiche ovvero extragiuridiche. La natura della regola richiamata influisce sul grado di determinatezza nell'individuazione dei criteri di valutazione e nella rilevazione del loro contenuto, con inevitabili riflessi in tema di errore considerato che, solo in

[61] Per un quadro delle opinioni sui rapporti tra il principio di determinatezza e l'impiego di concetti descrittivi o normativi, cfr. BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 167 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 131 ss.; PAGLIARO, *Principi,*cit., p. 52 s.; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 10; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 194.

presenza di un elemento normativo sufficientemente preciso[62], è corretto parlare di un'esatta, errata o mancante conoscenza[63].

4. Differenziazione degli elementi normativi da categorie affini

Dopo aver enucleato, sia pure a grandi linee, le note caratteristiche degli elementi normativi, per una definitiva comprensione della categoria, occorre procedere ad una comparazione differenziale con alcune tematiche attigue. D'altronde, il fenomeno dell'integrazione di norme[64], ossia quel meccanismo di composizione della fattispecie particolare mediante la partecipazione di più disposizioni, ha una portata che va ben oltre i confini dei *normative Tatbestandsmerkmale.*

In particolare, a questo punto dell'indagine, è fondamentale approfondire i rapporti intercorrenti tra gli elementi normativi ed i concetti più problematici ad essi collegati, ossia le c.d. definizioni legali e le norme penali in bianco, al fine di comprendere se realmente questi istituti siano assimilabili alla categoria dei *normative Tatbestandsmerkmale* ovvero se ne discostino in maniera rilevante.

Per norme definitorie si intende quelle disposizioni, penali o extrapenali, attraverso le quali il legislatore, compiendo una

---

[62] Sulla distinzione tra "tassatività", "determinatezza" e "precisione", cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 119 ss.

[63] Cfr. MASUCCI, '*Fatto*' *e* '*valore*', cit., p. 248 s.

[64] Sul fenomeno della «integrazione delle norme», v. FROSALI, *Sistema penale italiano,* I, Torino, 1958, p. 166 ss.

sorta di interpretazione autentica, chiarisce in modo vincolante il significato di termini ricorrenti in talune disposizioni[65].

Fuori del diritto penale, a titolo esemplificativo, si tenga presente, stante la sua rilevanza anche in ambito penalistico, la nozione di "*imprenditore*"[66] dell'art. 2082 c.c., mentre, tra gli esempi penalistici, che sono molteplici, e sempre preceduti dall'inciso «*agli effetti della legge penale*», ricordiamo le definizioni di "*pubblicamente*"[67] dell'art. 266 c.p. (che compare, tra l'altro, negli artt. 290 e 291 c.p.); "*prossimi congiunti*"[68] dell'art. 307 c.p. (che compare, ad esempio, negli artt. 384, 386, 390, 399, 418 c.p.); "*pubblico ufficiale e incaricato di pubblico servizio*"[69], rispettivamente negli artt. 357 e 358 c.p. (rilevanti

---

[65] Cfr., MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 128 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 237 ss; PALAZZO, *Il principio di determinatezza,* cit., p. 389 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 93.

[66] Art. 2082 c.c.: "E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

[67] Art. 266 c.p.: "Agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso: 1) col mezzo della stampa, o con latro messo di propaganda; 2) in un luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone; 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata".

[68] Art. 307 c.p.: "Agli effetti della legge penale, s'intendono per «prossimi congiunti» gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole".

[69] Art. 357 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa. Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o del suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi".

Art. 358 c.p.: "Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata, dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale".

in molte fattispecie criminose contro la Pubblica Amministrazione); "*osceno*"[70] ai sensi dell'art. 529 c.p. (termine che compare, ad esempio, negli artt. 410, 527 e 528 c.p.); "*armi*"[71] di cui all'art. 585 c.p. (concetto richiamato, ad esempio, negli artt. 389, 393, 416 *bis*, 576, 577, 582, 583, 584, 585, 611, 625, 628, 629 c.p.).

In tutti questi casi, il legislatore, anziché prevedere nella parte generale del codice penale la definizione di una serie di espressioni impiegate in determinante fattispecie criminose, ha preferito collocarla in corrispondenza delle relative figure di reato di parte speciale[72].

Su queste nozioni, v. FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità,* in *Enc. dir.,* XLV, 1992, p. 578 ss.; ID., voce *Reo,* in *Enc. giur.,* XXVI, 1991, p. 7 ss.; MALINVERNI, voce *Pubblico Ufficiale e incaricato di pubblico servizio,* in *Nss. D. I.,* XIV, 1967, p. 563 ss.; RAMACCI, *Norme interpretative e definizioni: la nozione di «pubblico ufficiale»,* in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione,* Torino, 1993, p. 327 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, voce *Pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio,* in *Dig. disc. pen.,* X, 1995, p. 508 ss.

[70] Art. 529 c.p.: "Agli effetti della legge penale, si considerano «osceni» gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto".

[71] Art. 585 c.p.: "Agli effetti della legge penale, per «armi» s'intendono: 1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona; 2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo. Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti".

[72] Diversamente da quanto accade in altre codificazioni, come quella tedesca ove il codice penale del 1975 contiene una disposizione di parte generale (§ 11) con la definizione di termini (ad es. "parenti", "pubblici ufficiali", "servizio pubblico", "scritti") previsti in singole norme incriminatrici di parte speciale. Sulla compatibilità delle norme definitorie con il principio penalistico di precisione, cfr. MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 130 s. Nella dottrina più recente, sottolineano l'importanza politico-criminale delle definizioni legislative, FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale,* Milano, 1990, p. 83 ss.; ANGIONI, *Le norme definitorie e il Progetto di legge delega per un nuovo codice penale,* in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio,* a cura di Canestrari, Torino, 1998, p. 189 ss. Per una ricognizione critica dei problemi collegati alle definizioni legali, cfr. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* in AA. VV., Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* a cura di Cadoppi, Padova, 1996, p. 1 ss.; PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie, ivi,* p. 381 ss.

Il rapporto tra elementi normativi e norme definitorie non è stato oggetto di particolare approfondimento dottrinale[73]. Ciò si spiega agevolmente tenuto conto che i termini "legalmente definiti" vengono di regola indicati quali esempi di concetti normativi[74]. Di conseguenza, si considera la definizione legislativa una norma richiamata dal precetto che specifica in via autentica il contenuto di alcuni elementi normativi della fattispecie[75]. Semmai, la particolare natura definitoria della regola giuridica viene assunta a parametro di riferimento nella distinzione tra leggi extrapenali integratrici e non integratrici del precetto penale[76], da coloro che la ritengono rilevante in tema di errore, ai fini dell'individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 47, terzo comma, c.p., con la conclusione di annoverare le norme definitorie tra le disposizioni integratrici[77].

---

[73] Per una recente riflessione sull'impiego di definizioni legislative, cfr. per tutti, FIANDACA, *"Intervento" sul problema delle definizioni nella parte generale del codice penale,* in AA. VV., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1981, p. 219 ss.

[74] Cfr. GROSSO, *L'errore*, cit., pp. 157 e 196, con riguardo, rispettivamente, alle nozioni di pubblico ufficiale e prossimo congiunto; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 174: "[…] noi ci riferiamo indifferentemente sia agli elementi normativi che richiamano una norma di qualificazione penale, sia a quelli che richiamano una norma di qualificazione extrapenale. Sono, ad esempio, elementi normativi penali le qualifiche di «pubblico ufficiale» o «incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità» fornite dagli artt. 357-359 c.p. «agli effetti della legge penale». Così, pure, la nozione di «arma» definita, «agli effetti della legge penale», dagli artt. 585 e 704 c.p., e qualificante l'oggetto materiale dei reati di cui agli artt. 696-699 e 702 c.p.".

[75] Così, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 157 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, *Parte generale,* cit., p. 318; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 174 s.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 92 ss.; ROMANO, *Commentario*, I, cit., *sub* art. 47, p. 461 ss.; VENDITTI, voce *Dolo,* cit., p. 157.

[76] La discutibilità di una tale distinzione sarà oggetto di approfondita analisi nel cap. III, al quale si rinvia.

[77] Cfr., per tutti, ROMANO, *Commentario*, I, cit., p. 464. Secondo l'Autore l'errore sulla norma definitoria di una qualifica normativa – che contribuisce come tale ad integrare il senso del divieto della fattispecie incriminatrice – non rientrerebbe nell'ambito di operatività della previsione di cui al terzo comma dell'art. 47 c.p.

In effetti, i concetti definiti in modo vincolante dal legislatore, una volta inseriti tra gli elementi costitutivi della fattispecie, richiedono, per essere compresi, il tramite di una disposizione diversa da quella che li contempla, secondo quel meccanismo di "collaborazione tra norme"[78] tipico degli elementi normativi. Da ciò potrebbe desumersi, alla stregua della prevalente dottrina, la loro sostanziale riconducibilità nella categoria in esame.

Di contrario avviso l'opinione di un illustre Autore[79], secondo il quale una tale assimilazione è solo apparente. A suo dire, le definizioni legali costituiscono delle mere regole linguistiche, e non delle disposizioni logicamente autonome che operano come norme "diverse" da quelle contenenti il concetto definito.

Pur non condividendo l'assunto, in quanto riteniamo che anche le norme definitorie siano disposizioni in senso stretto, la cui statuizione è finalizzata a precipue esigenze della prassi applicativa[80], particolare attenzione meritano le relative conclusioni.

---

[78] Così RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 219.

[79] PULITANO', *L'errore,* cit., p. 237: "Il rapporto fra *definiendum* e *definiens* in una definizione legale è cosa logicamente affatto diversa dalla comune imputazione normativa di una conseguenza a una fattispecie, quale si riscontra in ogni proposizione giuridica autonoma e completa, ivi si tratta, semplicemente, di un rapporto di equivalenza fra una espressione più semplice (il termine da definire) ed una più complessa (la descrizione definitoria). La struttura logica delle «definizioni legali», insomma, non è quella tipica delle leggi, ma quella delle definizioni: solo che il significato del concetto da definire, invece di essere rimesso al corrente uso linguistico, è precostituito da una convenzione normativa, strutturata appunto come regola d'uso linguistico e non come regola di comportamento o di qualificazione […]. Se la definizione legale è logicamente nient'altro che una definizione, priva delle caratteristiche strutturali (connessione fattispecie-conseguenza) di una norma autonoma e completa, fra di essa e la norma-madre non può logicamente riconoscersi quel complesso rapporto di qualificazione, che abbiamo assunto come caratteristico degli elementi normativi".

[80] Cfr., ANGIONI, *Le norme definitorie,* cit., p. 190 ss.; DELITALA, *Le dottrine generali del reato*, cit., p. 280 ss.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 130.

La tecnica delle definizioni legali, che risponde a semplici esigenze di economia legislativa, a ben vedere, è solo simile a quella degli elementi normativi in senso stretto. Questi ultimi, nelle norme cui il precetto rinvia, non trovano delle mere definizioni ma «degli schemi di riferimento mediati da passaggi logico-normativi più articolati»[81]. Detto altrimenti, la disposizione richiamata, se in parte può anche leggersi come definizione dell'elemento normativo, comunque, nel suo complesso, non assolve ad una funzione propriamente linguistico-definitoria, «ma intanto lo definisce in quanto adempie alla sua più generale funzione normativa»[82].

Di per sé, dunque, il concetto legalmente definito, solo perché tale, non è un elemento normativo in senso stretto, ma un semplice strumento di tecnica legislativa che, nella lettura della fattispecie, crea una sorta di "parentesi" ove l'interprete è tenuto ad inserire la più complessa disposizione che ne costituisce il *definiens*. Quest'ultimo, naturalmente, potrà essere composto sia da concetti descrittivi che da concetti normativi, come ad esempio il termine "coniuge" che compare nella definizione di "prossimo congiunto" di cui all'art. 307 c.p., comprensibile solo sul presupposto logico del sistema normativo civilistico in materia di matrimonio.

Particolarmente più problematico e, non a caso, oggetto di approfondita analisi, è lo studio del rapporto tra la categoria degli elementi normativi e le norme penali in bianco. Ciò non

[81] Così, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 238.
[82] PULITANO', *L'errore,* cit., p. 239.

sorprende, se si considera che la stessa definizione di "norme penali in bianco" è assai controversa in dottrina[83].

In senso lato si può dire che "l'espressione allude a norme che attendono da altre fonti la loro integrazione"[84], ma è evidente come una tale precisazione non fornisca le note caratteristiche dell'istituto, limitandosi ad individuare un procedimento di tecnica legislativa che accomuna una pluralità di fenomeni diversi, compresi gli elementi normativi. Volendo restringere l'ambito della categoria, con il nome di "norma penale in bianco"[85] la dottrina prevalente designa un modello di regole penali il cui precetto è, in tutto o in parte, posto da una norma diversa da quella che prevede la sanzione[86].

In realtà, senza tentare in questa sede di fornire un'esauriente ricostruzione del dibattito, non è molto chiaro se la *Blankettstrafgesetz* sia solo quella che rinvia totalmente, per la determinazione del precetto, ad una regola diversa, ovvero

---

[83] Sul concetto di norma penale in bianco, cfr. CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1971, p. 454 ss; CAPALOZZA, *Le norme penali in bianco nella dottrina dell'errore,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1936, p. 260 ss.; DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 190 ss.; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 57; FROSALI, *Sistema,* I, cit., p. 165 ss.; M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 58 ss.; LEONE, *Le norme penali in bianco nel nuovo codice penale,* in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana,* I, Bologna, 1932, p. 23 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 46 s.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 114; MANZINI, *Trattato,* I, cit., p. 208 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale,* cit., p. 1048; ID., *Principi,* cit., p. 56; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 798; PETROCELLI, *Norma penale e regolamento,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1959, p. 379 ss., ora in *Saggi di diritto penale,* Padova, 1965, p. 169; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 239 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, *sub* art. 1, cit., p. 37; ID., «*Repressione della condotta antisindacale». Profili penali,* Milano, 1974, p. 160 ss.; VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1994, p. 313; WARDA, *Die Abgrenzung von Ttatbestands – und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen,* Berlin, 1955, p. 5 ss.

[84] ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 37.

[85] L'espressione «norme in bianco» o «norme cieche», venne formulata per la prima volta da BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung,* Leipzig, 1914, I, p. 161.

[86] Cfr., per tutti, MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 114.

anche la disposizione penale il cui precetto generico è specificato da altra norma[87]. D'altronde, la stessa teoria della norma penale in bianco ha sempre oscillato tra due opposte concezioni: quella che vi ravvisa una norma "priva di precetto"[88], e la tesi che nega l'esistenza di disposizioni "in bianco"[89] perché, anche nelle regole che si ritengono tali, c'è sempre un precetto completo, consistente nel dovere di ubbidire all'atto normativo richiamato, assunto a specifico oggetto della tutela penale[90].

Tornando al modello di norma in bianco sopra indicato, anche la tipologia del rinvio è assai discussa, essendo state individuate in dottrina almeno tre distinte ipotesi[91]: quella in cui la disposizione penale sanziona la violazione di precetti posti in altre norme legislative statuali[92]; quella in cui il precetto è mutuato da un atto generale e astratto del potere esecutivo; ed infine l'ipotesi in cui la norma penale sanziona la violazione di provvedimenti individuali e concreti

---

[87] Cfr., FROSALI, *Sistema,* cit., p. 165; M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 58; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 88; PAGLIARO, voce *Legge penale,* cit., p. 1048 s.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 213 ss.; ROMANO, *Commentario*, I, cit., p. 20; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 211.

[88] Questa tesi si riallaccia alla c.d. *concezione sanzionatoria* del diritto penale. Cfr. BINDING, *Die Normen*, cit., p. 161 ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,*Tübingen, 1931, p. 788 ss.; ROCCO, *Sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale,* in *Giur. it.,* 1910, IV, 53; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano,* Milano, 1947, I, p. 262.

[89] La seconda tesi muove, invece, dalla *concezione costitutiva o autonomistica* del diritto penale. Cfr., LEONE, *Le norme penali in bianco,* cit., p. 25 s.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 798 ss.; PETROCELLI, *Norma penale,* cit., p. 377 ss.; BOSCARELLI, voce *Nullum crimen sine lege,* in *Enc, giur.,* XXI, 1990, p. 3.

[90] Così, LEONE, *Le norme penali in bianco,* cit., p. 24. Secondo PAGLIARO, voce *Legge penale,* cit., p. 1049, "[…] anche nell'ipotesi delle cosiddette leggi penali in bianco, il precetto è posto dalla legge. L'interesse tutelato non è quello medesimo che viene protetto in concreto dal regolamento, dall'ordine dell'autorità, ecc., ma è un interesse, ben distinto dal primo, a che tali prescrizioni in genere siano osservate".

[91] Sulla loro compatibilità con il principio di legalità, nei suoi corollari: riserva di legge e determinatezza, cfr., MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 115; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 37 s.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 179 ss.

[92] *Contra,* PECORARO ALBANI, *Riserva di legge,* cit., p. 810.

dell'autorità amministrativa o giudiziaria. In verità, ad opinione di una parte della dottrina[93], tutte le volte in cui la regola penale fa riferimento a provvedimenti individuali si è in presenza di una tecnica diversa da quella propria delle norme in bianco. Ciò, in quanto, la prescrizione emanata di volta in volta dall'Autorità competente, non avendo carattere normativo generale e astratto, non concorre in alcun modo ad individuare il fatto penalmente rilevante, integralmente descritto dalla norma penale come inosservanza di determinati provvedimenti, ma consente solo di accertare se il caso concreto sia o meno riconducibile all'astratta previsione legislativa[94]. Detto altrimenti, il singolo provvedimento rappresenta «l'attuazione storica di un elemento già previsto dalla fattispecie criminosa», «un fattore da sussumere nella classe degli ordini che figurano nella norma stessa»[95].

---

[93] ROMANO, *Commentario*, I, cit., p. 37 s.; ID., «*Repressione*», cit., p. 158 ss., al quale spetta il merito di aver per primo evidenziato la differenza tra i provvedimenti generali ed astratti e quelli individuali e concreti; M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 66 s.; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 109 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 317; SALTELLI, *L'errore,* cit., c. 326; DE VERO, voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993, p. 76 ss.

[94] Tra gli esempi riportati in dottrina, il più controverso è indubbiamente l'art. 650 c.p., di regola considerato una classica ipotesi di norma penale in bianco. Per un inquadramento del'art. 650 c.p. tra le norme penali in bianco v., per tutti, BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70,* in *Quest. Crim.,* 1980, p. 203. *Contra,* M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 67, purché il provvedimento emanato si rivolga ad uno o più destinatari dallo stesso individuati; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 110 s.; ROMANO, *Commentario*, I, cit., p. 38: "almeno se si conviene che i provvedimenti cui essa allude sono sempre contingenti e non contengono norme regolamentari"; DE VERO, voce *Inosservanza,* p. 79; PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»,* in *Riv. it. dir e proc. pen.,* 1994, p. 490, nonché in E. Dolcini, T. Padovani, F. C. Palazzo (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo,* Milano, 1994, p. 103 ss. Così, anche, Corte cost. 8 luglio 1971 n. 168, in *Giur. cost.,* 1971, p. 1764 ss, secondo cui nell'art. 650 c.p. la materialità della contravvenzione sarebbe "descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi".

[95] Così, ROMANO, «*Repressione*», cit., p. 156 ss. Negli stessi termini, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 317 s.: "Il rapporto tra la legge penale e l'ordine concreto, per il quale è posta la tutela, è il medesimo che intercorre tra la legge penale ed ogni altro oggetto di

Altrettanto controversa è la configurabilità di norme "parzialmente" in bianco[96]. Apparterrebbero a tale tipologia le norme che puniscono «chi, contro le disposizioni emanate sull'oggetto x, fa questo e quello»[97], oppure, «chi fa questo e quello senza l'autorizzazione, quando questa sia richiesta»[98]; in altri termini, tutte quelle norme penali contenenti un'effettiva descrizione del comportamento vietato, mentre la regola richiamata determina se e quando la condotta è illecita perché contro il divieto o senza l'autorizzazione dalla stessa imposti.

---

tutela determinato in via di astrazione tipizzante […] per l'«ordine» amministrativo (p. es. nell'art. 650 cod. pen.) o la decisione giudiziaria (p. es. nell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori) si tratta di determinare quali concrete situazioni e condotte rientrino nella tutela apprestata dalla legge"; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 111: "Il ruolo del singolo provvedimento concreto, la cui inottemperanza sia penalmente sanzionata, non è diverso da quello svolto, ad esempio, da un singolo contratto nell'ambito del reato di «*inadempimento di contratti di forniture in tempo di guerra*»".

[96] A favore della loro configurabilità, cfr. PULITANO', *L'errore,* cit., p. 240 ss.; DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 195 s.; CONTENTO, *Corso,* cit., p. 41; PIERGALLINI, *Norma penale*, cit., p. 145 s.; WARDA, *Die Abgrenzung,* cit., p. 12. In termini critici, cfr., invece, VASSALLI, voce *Nullum crimen,* cit., p. 311.

[97] PULITANO', *L'errore,* cit., p. 241 s.: "[…] la *Blankettausfüllung* è vincolata (appunto) all'eventuale attribuzione d'antigiuridicità penale ad una fattispecie normativa già delineata. In un certo senso, più che di una norma in bianco «parziale», sarebbe esatto parlare di norma in bianco «a funzioni invertite» rispetto al modello classico. In questo, alla disposizione richiamata è rimessa la descrizione dei comportamenti, già dichiarati «in bianco» antigiuridici nella norma madre. Nel caso in esame, al contrario, è la norma madre a descrivere l'oggetto dell'eventuale divieto, mentre la norma richiamata ha la funzione di render il divieto effettivo, e di determinare in tal modo non la fattispecie o i suoi elementi, ma la sua antigiuridicità".

[98] Secondo PULITANO', *L'errore,* cit., p. 242 s., "in entrambi i casi, è identica la ripartizione di funzioni fra norma base e norma condizionante, che giustifica l'identica classificazione: quella, appunto, fra le norme in bianco. Rispetto al modello classico, v'è un'unica differenza tecnica: mentre nelle norme in bianco *stricto sensu* la *Blankettausfüllung* contiene la descrizione della fattispecie oggettiva, qui le si demanda la valutazione definitiva d'antigiuridicità: il comportamento, già tutto descritto in una con la comminatoria della pena, è o non è antigiuridico secondo che avvenga «contro il divieto» o «senza l'autorizzazione» imposti dalla disposizione condizionante. A i fini della comune classificazione, tuttavia, ciò che conta è l'identità strutturale (sia pure a ruoli invertiti) del nesso funzionale-normativo: la descrizione della fattispecie e la valutazione giuridica sono in tutti i casi ripartite fra due norme diverse, per cui il nucleo originario, contenente la comminatoria di pena, resta «in bianco» vuoi rispetto alla descrizione dell'illecito, vuoi rispetto all'attribuzione concreta d'illiceità".

Da quanto premesso, le norme penali in bianco presentano molte affinità con i *normative Tatbestandsmerkmale:* «entrambe le tecniche normative servono a collegare una norma penale con altre disposizioni normative»[99].

La classificazione nell'una o nell'altra categoria non presenta particolari problemi quando il precetto penale è totalmente posto da altra norma. In questo caso la regola richiamata non si limita a definire un determinato elemento della complessa fattispecie, come avviene con gli elementi normativi, ma descrive compiutamente l'intero fatto che il legislatore ha inteso reprimere.

Ovviamente, la distinzione si complica ponendo a raffronto i *normative Tatbestandsmerkmale* e le disposizioni parzialmente in bianco, stante la forte somiglianza in virtù di una ripartizione della disciplina tra norma base e regole richiamate.

Considerato che, in un certo senso, anche gli elementi normativi danno vita ad un fenomeno di integrazione parziale tra norme, se si riconosce a questa categoria autonomia logica e, quindi, rilevanza giuridica[100], diventa estremamente importante, sia in sede di teoria generale che a livello pratico, individuare gli strumenti interpretativi attraverso i quali inquadrare in modo corretto tutti i casi di legge penale che richiama altre disposizioni. Non si può nascondere però il disagio dell'interprete nello stabilire una netta distinzione tra

---

[99] Così, testualmente, PULITANO', *L'errore,* cit., p. 239.

[100] Cfr. PULITANO', *L'errore,* cit., p. 241: "Una categoria di norme «parzialmente in bianco» può perciò utilmente assumersi come autonoma e contrapposta rispetto alla tecnica dei concetti normativi, se ed in quanto sia limitata a particolari tipi di «integrazione parziale» fra norme, diversi da quella tecnica e funzionalmente assimilabili al rinvio «totalmente in bianco», nel senso che la norma richiamata non serva a mediare la individuazione di elementi del fatto-reato, ma a fondare la qualificazione penalistica d'illiceità".

queste tecniche. In effetti, proprio la constatazione di "zone di interferenza" nello studio delle fattispecie incriminatrici ha indotto parte della dottrina ad assimilarle[101], quanto meno sotto il profilo della disciplina da applicarsi in tema di errore[102].

Ora, dopo aver chiarito cosa deve intendersi per "elemento normativo" e quali sono le tipologie di norme "parzialmente in bianco" secondo la dottrina che ammette la categoria, occorre compiere il passo successivo: mettere a confronto le due tecniche normative.

Quanto alle norme parzialmente in bianco, si è sostenuto che «ciò che nasce in bianco non è il contenuto del precetto penale ma la sua operatività»[103], perché la condotta vietata ("fare questo e quello") è già esaurientemente descritta dalla norma richiamante, e la disposizione richiamata è solo una «condizione dell'antigiuridicità», ossia il criterio per valutare l'illiceità penale del fatto. In questi termini, la differenza tra elementi normativi e norme parzialmente in bianco risiede nella funzione delle disposizioni cui il precetto rinvia[104] che,

---

[101] Ciò, in particolare, nell'ipotesi controversa in cui la norma penale sanziona la violazione di provvedimenti individuali e concreti dell'autorità amministrativa e giudiziaria. Cfr., RISICATO, *Gli elementi nomativi,* cit., p. 181 s.

[102] Cfr., FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 346; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 411 s.; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 215 ss.

[103] PULITANO', *op. loc. ult. cit.* Nello stesso senso, DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 195 ss.

[104] Si riportano, in proposito, le interessanti osservazioni di PULITANO', *L'errore,* cit., p. 244: "Fuori della qualificazione alla stregua della norma integratrice, l'elemento di fattispecie designato dal concetto normativo non sarebbe determinabile nemmeno in punto di fatto: solo la qualificazione civilistica (per continuare sol solito esempio del furto) consente di ravvisare in un concreto comportamento una sottrazione di cose altrui. Fuori del riferimento alla norma integratrice viene quindi meno, non semplicemente la possibilità di valutazione giuridica (di liceità o di illiceità) di un fatto determinato, ma la stessa empirica determinabilità 8che quella valutazione presuppone, senza identificarvisi) del fatto tipico. E' per questo che l'integrazione normativa, in casi del genere, si ritiene relativa ad elementi (normativi) della fattispecie, piuttosto che a «vuoti» del precetto. Non così, invece, nei casi che abbiamo classificato come «norme in bianco a funzioni

nel primo caso concorrono alla descrizione del fatto criminoso, mentre nella seconda ipotesi operano solo sul piano della valutazione penalistica di una fattispecie già descritta[105].

Ma, a nostro avviso, l'errore di una tale impostazione risiede a monte, ossia nella convinzione che la previsione del comportamento vietato si esaurisca nel semplice "fare questo e quello". In effetti, è corretto dire che il fatto è penalmente rilevante solo quando vi sia stata violazione del divieto o in assenza della necessaria autorizzazione, purché ci si renda conto che è proprio il contrasto con le disposizioni extrapenali richiamate a rendere tipica la condotta. Detto altrimenti, anche le norme parzialmente in bianco rinviano, per la descrizione della fattispecie criminosa, ad altre regole, selezionando come tipici solo i comportamenti con esse confliggenti[106].

A questo punto il criterio discretivo precedentemente illustrato tra le due categorie a confronto non è più condivisibile: sia gli elementi normativi che le norme parzialmente in bianco sono tecniche normative di definizione della fattispecie. In entrambi i casi, le disposizioni richiamate concorrono a descrivere il fatto tipico nelle sue note caratteristiche, esprimendo la qualifica che permette di

---

invertite». La condotta criminosa, anche fuori del riferimento alle norme «condizionanti l'antigiuridicità», è perfettamente determinabile […]. L'esistenza o meno di norme in materia attiene, non alla struttura del fatto (illecito), ma alla sola valutazione d'illiceità […]. Da ciò la pertinenza delle disposizioni, condizionanti la sola antigiuridicità di tipi di comportamenti già altrove descritti, alla struttura della norma penale come «riempimenti» di una clausola precettiva in bianco". Cfr., RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 100.

[105] Sono evidenti le conseguenze in tema di errore di una tale impostazione: l'errore sulla norma richiamata, in quanto attiene all'esistenza e alla portata della "condizione dell'antigiuridicità", è fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 47 c.p., ed equivale ad un errore sul precetto penale di cui all'art. 5 c.p.

[106] Cfr., MASUCCI, *'Fatto' e 'valore'*, cit., p. 256 ss.

individuare un elemento costitutivo dell'illecito, isolandolo nell'insieme dei dati penalmente rilevanti.

Date le conclusioni cui siamo giunti, e la sostanziale omogeneità tra i due fenomeni, non resta che chiedersi se abbia davvero senso parlare di norme "parzialmente in bianco" come categoria autonoma e distinta dagli elementi normativi, ovvero, sia più corretto, come crediamo, ricondurli entro lo stesso *genus*.

5. Gli elementi normativi della fattispecie penale: delimitazione dell'ambito della ricerca

Basterebbero le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono ad evidenziare la complessità di uno studio sugli elementi normativi.

Si tratta di una categoria che, già a livello classificatorio, manifesta orientamenti contraddittori. In effetti, al criterio generale, facente leva sul rapporto tra norma richiamante e norma richiamata, caratteristico di una pluralità di fenomeni eterogenei, se ne affiancano altri, spesso discutibili, che condizionano l'ampiezza della categoria con importanti variazioni contenutistiche. La natura della regola richiamata, la sua funzione, l'intensità e l'estensione del collegamento con la norma penale, hanno rappresentato il *discrimen* tra elementi

normativi giuridici ed extragiuridici, definizioni legali e norme penali in bianco[107].

Parlando di elementi normativi della fattispecie penale abbiamo già chiarito[108] la nostra posizione sull'impiego dei termini «fatto» e «fattispecie», tradizionalmente ritenuti equivalenti, e qui concepiti, seguendo la migliore dottrina[109], come relazione tra una parte ed il tutto.

L'espressione «fatto», adoperata in senso tecnico (ovvero, in senso stretto)[110], sta ad indicare il complesso degli elementi costitutivi oggettivi del reato che, a seconda della natura dell'imputazione, costituiscono oggetto del dolo o della colpa. Per «fattispecie», invece, intendiamo una più ampia categoria, data dall'insieme degli anzidetti elementi e di ogni altro requisito (primo fra tutti, l'elemento soggettivo del reato) che condiziona l'applicabilità della sanzione.

Nell'uso scarsamente rigoroso di queste espressioni la dottrina italiana è stata influenzata dalla varietà di opinioni, emerse nella dottrina tedesca, sul *Tatbestand*[111]. In effetti, il

---

[107] Cfr., BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 188; MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 136 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza,* cit., p. 429; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 215.

[108] V. *supra,* § 1, nt. 12.

[109] M. GALLO, *Appunti*, vol. II, part. I, cit., p. 141 s.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 119 ss.

[110] Sulla c.d. concezione estensiva del fatto, come complesso di tutti gli elementi dai quali dipende la punibilità, e, in generale, sul ruolo eterogeneo del concetto di fatto in diritto penale, cfr. PAGLIARO, voce *Fatto,* cit., p. 951 ss.; FIANDACA, voce *Fatto,* cit., p. 152 ss.; DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 24 ss.: "Intorno a questo concetto regna ancora oggi la più grande disparità di opinioni, ed il termine viene assunto, a seconda dei diversi autori, nelle accezioni più disparate: per gli uni starebbe ad indicare soltanto l'elemento materiale del torto, per altri l'elemento materiale più il requisito dell'antigiuridicità, per altri, infine, tanto l'elemento materiale quanto quello soggettivo o psichico. E non mancano neppure alcuni autori che identificano *sic et simpliciter* il concetto di 'fatto' con quello di reato".

[111] La dottrina del *Tatbestand* in Germania ha fatto il suo ingresso con l'opera di BELING, *Die Lehre,* cit., ID., *Die Lehre vom Tatbestand,* Tübingen, 1930. V. in proposito,

superamento di una sua concezione meramente obiettiva ha consentito agli studi d'oltralpe di estendere parallelamente l'ambito di riscontrabilità degli elementi normativi, conservando la formula terminologica che riferiva detti elementi al *Tatbestand.* Diversamente, nella dottrina italiana, all'allargamento del campo di indagine dei *normative Tatbestandsmerkmale* non ha fatto sempre riscontro la sostituzione del termine «fatto» con quello di «fattispecie»[112].

Tutto questo solo per chiarire che elementi determinati attraverso un parametro di valutazione possono indifferentemente riscontrarsi in ogni settore della fattispecie[113].

BETTIOL, *La dottrina del «Tatbestand» nella sua ultima formulazione,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1932, p. 525 ss. Alcuni giuristi l'hanno accolta e fatta propria, altri, invece, l'hanno interpretata diversamente da come era stata concepita dal suo Autore. Per le riflessioni critiche sull'opera di Beling, tra gli altri, v. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling,* Karlsruhe, 1957, p. 7 ss.

[112] Per un'attenta ricostruzione del dibattito dottrinale intorno alla distinzione tra fatto e fattispecie, cfr. PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 61 ss., il quale evidenzia come tutta la teoria del reato risenta di questo "scambio terminologico tra fatto e fattispecie", che ha determinato e continua a determinare tanti equivoci.

[113] Negli elementi costitutivi positivi del fatto – come la condotta, l'oggetto materiale, l'evento, etc. -; nelle cause di giustificazione, nell'elemento soggettivo del reato, nelle condizioni di punibilità, etc. Così, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., pp. 134 e 139: "[…] si è allora precisato che gli elementi normativi si incardinano nella più complessa struttura anzidetta tramite il momento soggettivo e quello oggettivo, all'interno come all'esterno del comportamento subbiettivo, tra i presupposti come tra le circostanze e le condizioni di punibilità e così via […]. Dal loro inserirsi nella fattispecie penale discendono, oltre alla classificabilità nell'ambito degli specifici settori della fattispecie, gli specifici contrassegni della loro struttura e della loro funzione. Sotto l'aspetto classificatorio si è messo in evidenza il fatto che essi, nell'inserirsi nella fattispecie, operano col ruolo di presupposti o di elementi costitutivi – oggettivi o soggettivi – del comportamento o di eventi, circostanze, condizioni di punibilità etc, etc. Sotto il profilo strutturale essi partecipano della natura, comune a tutti gli elementi della fattispecie, di dati della realtà storica, sia essa psichica o fisica o psichica e fisica insieme, sotto il profilo funzionale essi si caratterizzano per partecipare con gli altri elementi della fattispecie alla costituzione dell'efficacia funzionale della previsione normativa". Si pensi, solo per fare qualche esempio, agli atti osceni di cui all'art. 527 c.p.; alla sottrazione agli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge nel delitto *ex* art. 570 c.p.; all'altruità della cosa nel furto; al profitto ingiusto nel delitto di estorsione; all'ingiustizia dell'offesa nella

Proprio in relazione alla posizione dell'elemento normativo, una parte della dottrina[114], accanto alla principale distinzione tra elementi normativi giuridici ed elementi normativi extragiuridici, ne ha introdotte altre, con una rilevanza meramente classificatoria, quali: la distinzione tra elementi normativi soggettivi ed oggettivi, a seconda che appartengano al settore obiettivo o soggettivo della fattispecie; tra elementi normativi essenziali ed accidentali; ed infine, in ragione del loro concorrere alla punibilità o non punibilità, quella tra elementi positivi e negativi. Ovviamente, sia che appartengano al fatto in senso stretto, ovvero alla porzione di fattispecie con esso non coincidente, perché ulteriore, la struttura degli elementi nomativi non cambia, ed è sempre caratterizzata da un substrato naturalistico al quale si applica la qualifica discendente da norme diverse rispetto a quella che li prevede.

Il riconoscimento di un così vasto ambito di operatività della categoria ha reso necessaria un'adeguata delimitazione dell'oggetto della presente indagine che, pertanto, verrà circoscritta agli elementi normativi delle cause di giustificazione.

---

scriminante di cui all'art. 52 c.p; alla colpa per imperizia, ovvero alle ipotesi di dolo specifico caratterizzate dall'ingiustizia del profitto, etc.

[114] V., per tutti, RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 215 s.

CAPITOLO II
ELEMENTI NORMATIVI E CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE SULLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE. – 2. BREVI RIFLESSIONI SULLA SISTEMATICA DEL REATO: ANTIGIURIDICITÀ OGGETTIVA O ELEMENTI NEGATIVI DEL FATTO. – 3. LE C.D. CLAUSOLE DI ILLICEITÀ ESPRESSA E SPECIALE. – 4. ELEMENTI NORMATIVI NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE. - 4.1. *SEGUE:* LA DIFESA LEGITTIMA. – 4.1.1. IL DIRITTO PROPRIO O ALTRUI MINACCIATO. – 4.1.2. L'«*OFFESA INGIUSTA*». – 4.1.3. ALCUNE BREVI OSSERVAZIONI SUL NUOVO SECONDO COMMA DELL'ART. 52 C.P. – 4.2. *SEGUE:* LE ALTRE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE COMUNI. – 4.3. *SEGUE:* ALCUNE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ SPECIALI.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE SULLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Le espressioni "cause di giustificazione" e "scriminanti", nate in ambito dottrinale ed utilizzate spesso dalla giurisprudenza, non si rinvengono mai nel codice penale, ove il legislatore ha preferito la più generica formula "circostanze che escludono la pena" (artt. 59 e 119 c.p.)[1], o limitarsi a

[1] Art. 59 c.p.: "Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.

precisare la non punibilità dell'agente, senza prendere posizione sulla qualificazione dogmatica della specifica causa di non punibilità nella teoria del reato, evidenziandone esclusivamente l'effetto[2].

In realtà, è solo nel diritto processuale che trova per la prima volta riscontro il linguaggio dottrinale, in quanto l'art. 530 c.p.p., in materia di assoluzione, al terzo comma, così dispone: "Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1".

Resta, invece, estraneo alla legislazione vigente il vocabolo "scriminanti", solitamente impiegato nella scienza giuridica come sinonimo per l'individuazione della categoria in

---

Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non son o valutate contro o a favore di lui.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

Art. 119 c.p.: "Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.

Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato".

[2] L'espressione generica "non è punibile" si rinviene in tante diverse norme del codice, tanto della parte generale, quanto di quella speciale. A titolo esemplificativo, ricordiamo la non punibilità dell'immune (es., artt. 68, 90, 122 Cost.), del non imputabile (artt. 85 ss.), di chi ha commesso il fatto per caso fortuito, forza maggiore o sotto costringimento fisico (artt. 45 e 46 c.p.), di colui che agisce con il consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.), ovvero nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (artt. 51 e 53 c.p.), per legittima difesa (art. 52 c.p.), per stato di necessità (art. 54 c.p.), o, ancora, quando è stato commesso un delitto contro l'amministrazione della giustizia, se ricorrono le ipotesi di cui agli artt. 376 o 384 c.p., o un delitto contro l'onore nelle situazioni di cui all'art. 599 c.p., ovvero un delitto contro il patrimonio ricorrendo una delle condizioni contemplate dall'art. 649 c.p., etc.

questione[3]. Senza voler indugiare troppo in una questione essenzialmente terminologica, solo per maggiore chiarezza, è opportuno precisare che in dottrina l'espressione "scriminanti" è comunque discussa, non avendo sempre un significato univoco[4]. Il più delle volte, come anticipato, viene usata per designare le cause di giustificazione[5], da alcuni per indicare le c.d. scusanti[6], ovvero tutte le situazioni oggettive e soggettive che costituiscono un limite della norma incriminatrice, condizionando il perfezionamento della fattispecie[7], da altri ancora come espressione riassuntiva delle cause di giustificazione e delle c.d. scusanti[8].

---

[3] Accanto, però, ad altre espressioni, come: "giustificanti", "esimenti", "cause di liceità", "cause oggettive di esclusione del reato", etc.

[4] Cfr. CONCAS, voce *Scriminanti,* in *Nss. D. I.,* XVI, 1969, p. 793 ss.

[5] Così, per tutti, GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* in *Enc, giur.,* VI, 1988, p 1 ss.; ID., *L'errore,* cit., *passim.*

[6] PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1951, p. 41 ss. L'espressione "scusanti" è generalmente adoperata nella dottrina italiana come sinonimo di "cause di esclusione della colpevolezza", a seguito della traduzione della corrispondente locuzione tedesca "*Entschuldingungsgründe*", ovvero per designare solo alcune delle circostanze che fanno venire meno la possibilità di formulare un giudizio di colpevolezza nei confronti dell'agente per inesigibilità di un comportamento diverso. V., per tutti, ROMANO, *Commentario,* I, pp. 489-490. Peculiare la posizione espressa dagli Autori C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale,* I, Torino, 2004, p. 306 ss., che propongono l'espressione "esimenti" per designare le "cause di esclusione della pena" disciplinate dall'art. 59 c.p., salvo poi precisare come la categoria non comprenda solo le cause di giustificazione, ma anche tutte le altre situazioni di non punibilità che incidono sulla rilevanza di un fatto tipico: "scusanti" – collocate però in uno spazio intermedio tra antigiuridicità e colpevolezza, poiché non escludono l'illiceità del fatto alla stregua dell'intero ordinamento giuridico e non hanno ancora alcun rapporto con i giudizi individualizzanti relativi alla colpevolezza, ma rispondono ad una logica di inesigibilità della pretesa normativa -; e i c.d. "limiti istituzionali della punibilità", ossia tutte quelle ipotesi normative ove la non punibilità discende da valutazioni di opportunità politico-criminale.

[7] NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 14 ss. Cfr. CONCAS, voce *Scriminanti,* cit., p. 800.

[8] DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, p. 4 ss. L'Autore riconduce nell'unitaria categoria delle "scriminanti", ovvero cause di esclusione dell'illiceità penale, sia le cause di giustificazione (dette anche "scriminanti oggettive"), che le cause di esclusione della colpevolezza (o "scriminanti soggettive). Precisa che la differenza fondamentale tra le due specie del *genus* scriminanti attiene al loro diverso operare nella struttura del reato, in quanto solo quelle soggettive escludono la colpevolezza. Quanto a queste ultime, distingue tra quelle che, al pari delle cause di

Fatta questa precisazione, nel corso della nostra indagine, conformemente all'orientamento prevalente, utilizzeremo il termine "scriminanti" come sinonimo di "cause di giustificazione", ossia di quelle particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti costituirebbe reato, non acquista tale carattere perché la legge lo impone o lo consente[9].

---

giustificazione fanno venire meno anche l'antigiuridicità extra-penale, come il costringimento fisico, l'errore, il caso fortuito e la forza maggiore, e tutte le altre, dette scusanti, che invece escludono solo l'illiceità penale del fatto: "Dalla circostanza che le giustificanti fanno venir meno l'illiceità sia penale che extra-penale del fatto deriva che questo non solo non è punibile, ma non può neppure dar luogo né alla sanzione del risarcimento del danno né a quella della impedibilità. Cosicché non solo contro di esso non è ammessa la legittima difesa, ma costituisce altresì un illecito ogni attività intesa ad impedirlo. E tutti questi effetti non conseguono, invece, alle scusanti.

[9] Sull'argomento, in generale, v. ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale,* Milano, 1930; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Milano, 2003, p. 266 ss.; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Padova, 2005, p. 381 ss.; CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica,* Napoli, 2000; CONCAS, voce *Scriminanti,* cit., p. 793 ss.; CONTENTO, *Limiti della norma e fattispecie non punibile,* in *Arch. pen.,* 1965, I, p. 346 ss.; DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità,* in *Enc. dir.,* II, 1958, p. 542 ss.; DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 5 ss.; DOLCE, *Lineamenti,* cit., FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 225 ss.; S. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi,* Padova, 1996; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 179 ss.; FIORELLA, *Le cause di giustificazione nel pensiero carriano,* in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte,* Milano, 1991, p. 332 ss.; GIULIANI, *Le norme di liceità nel diritto penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1974, p. 812 ss.; GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* in *Enc, giur.,* VI, 1988, p 1 ss.; ID., *L'errore,* cit.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 232 ss.; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983, p. 1190 ss.; ID., voce *Antigiuridicità,* in *Dig. disc. pen.,* I, 1987, p. 172 ss.; ID., voce *Cause di giustificazione, ivi,* II, 1988, p. 130 ss.; MIELE, voce *Cause di giustificazione,* in *Enc. dir.,* VI, 1960, p. 590 ss.; MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2000, p. 237 ss.; MORO, *L'antigiuridicità penale,* Palermo, 1947; NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 10 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale,* Padova, 1982, p. 203 ss.; PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983, p. 532 ss.; ID., *Diritto penale,* cit., p. 139 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 425 ss.; PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato,* Roma, 1936, p. 66 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1990, p. 55 ss.; ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale,* Napoli, 1996; RUGGIERO, *Appunti per una teoria delle fattispecie non punibili,* Milano, 1958; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti,* Napoli, 1961; SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti,* Padova, 1980; VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1984, p. 529 ss.

Comunque, pur avvalendoci di questa opzione linguistica, resta ferma la distinzione, rilevante dal punto di vista teorico e, soprattutto, pratico, per gli effetti che ne discendono sul piano della disciplina, tra l'istituto in commento e tutte le altre situazioni, tra loro eterogenee, in presenza delle quali il codice, con una formula assai generica, dichiara un determinato soggetto "non punibile". E' evidente che l'effetto comune di rendere inapplicabile la sanzione non esime l'interprete dal registrare la specifica rilevanza di ciascuna di esse nella sistematica dell'illecito penale[10].

A ben vedere, già da una prima lettura di queste norme, si comprende che le ragioni in virtù delle quali il legislatore ha previsto l'esclusione della punibilità sono riconducibili a piani di valutazione sostanzialmente diversi, corrispondenti ad altrettante categorie dogmatiche: cause di giustificazione (o scriminanti); cause di estinzione della punibilità (del reato o della pena)[11]; nonché, per coloro che ne ammettono la configurabilità[12], nonostante la mancanza nel codice di una loro specifica disciplina, cause di non punibilità in senso stretto e cause di esclusione della colpevolezza[13].

---

[10] Cfr., RUGGIERO, voce *Punibilità,* in *Enc. dir.,* XXXVII, 1988, p. 1118 ss.

[11] Cfr., M. GALLO, *Appunti di diritto penale,* IV, *Della estinzione del reato e della pena,* Torino, 2006, p. 2 ss., secondo il quale "estinzione significa impossibilità di certi effetti giuridici […] cagionata dalla sopravvenienza di fatti giuridici successivi alla realizzazione di un illecito penale".

[12] In effetti, sebbene la dottrina dominante sia orientata in senso contrario, (per tutti, cfr. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 490-491), non si può nascondere il nostro scetticismo sull'utilità pratica di categorie dogmatiche, come le cause di non punibilità in senso stretto e le c.d. scusanti, quando ad esse non corrisponde nel codice alcun modo di disciplina.

[13] L'espressione "cause di non punibilità" è di per sé idonea ad abbracciare ciascuna della categorie menzionate. Tuttavia, nella dottrina penalistica e nella giurisprudenza, questo termine può essere usato con accezioni diverse, ossia: a) in senso latissimo, per indicare tutte quelle situazioni, oggettive e soggettive, antecedenti, concomitanti o sopravvenute al fatto, ad esso collegate o da esso indipendenti, attinenti al merito o alla

Con l'espressione "cause di esclusione della colpevolezza" la prevalente dottrina si riferisce a tutte quelle circostanze che fanno venire meno (solo) l'elemento soggettivo del reato e, più in generale, muovendo da una concezione normativa della

---

procedura, che determinano la non applicabilità della sanzione penale; b) in un altro senso latissimo, in quanto tutte le situazioni di cui alla lettera precedente, salvo quelle inerenti al diritto processuale; c) in senso lato (come avviene più di frequente), per indicare tutte le cause che escludono il reato o la pena in contrapposizione alle cause estintive (del reato o della pena); d) ed infine, in senso stretto (ovvero, in senso proprio), per indicare quelle situazioni che incidono solo sulla pena, essendo già perfetto il reato, sempre distinte dalla cause estintive, dovute a fatti sopravvenuti. Sull'argomento, per tutti, cfr. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità,* in *Enc. dir.,* VI, 1960, p. 609 ss, il quale, quanto alla nozione in senso lato osserva: "[…] è nozione alla quale non può non riconoscersi una certa validità nel sistema della nostra legge, dato che tanto la contrapposizione di dette cause a quelle che soltanto estinguono la responsabilità penale quanto la inclusione delle cause stesse in un'unica categoria caratterizzano, se non sempre la disciplina, la terminologia adottata dai codici vigenti […]. Senonché, riconosciuta alla categoria delle «cause di non punibilità in senso lato» quella validità che le deriva prima ancora che dalla terminologia legislativa dallo stesso senso comune […] occorre subito aggiungere che codesto minimo comun denominatore […] la non applicazione della pena, non può appagare l'esigenza della ricerca scientifica: la quale vuole invece che si vada a fondo della *ratio* per cui la punibilità viene di volta in volta esclusa e si penetri nel sistema del reato e della pena per cogliere ulteriori note comuni a talune soltanto delle ipotesi e dei gruppi di ipotesi ricadenti sotto quella lata o del tutto generica definizione […] bisogna dunque sceverare, come del resto fa sia pure con diverse conclusioni gran parte della dottrina che a quella generica nozione fa capo, le cause di esclusione del fatto o della tipicità, le cause di esclusione dell'antigiuridicità o cause di giustificazione, le cause di esclusione della colpevolezza e, per chi ne accetti la nozione, le cause di esclusione della sola punibilità in senso stretto". V., pure, FROSALI, *Sistema penale italiano,* II, Torino, 1958, p. 85 ss., che distingue tra "cause di non punibilità impeditive (comprensive delle cause di liceità e di quelle che sono impeditive della sola punibilità) e cause di non punibilità estintive, ove annovera anche talune situazioni che gran parte della dottrina considera, invece, cause di non punibilità in senso stretto; PISAPIA, *La non punibilità speciale,* in *Studi in memoria di Arturo Rocco,* II, Milano, 1952, p. 351 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione,* cit., p. 56 ss.; GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 1: "A mio avviso non vi è dubbio che, almeno in termini astratti, il diritto positivo italiano contempli l'esistenza di una categoria di cause che, senza incidere sulla sussistenza del reato, escludono l'applicazione della sola pena […]. Quantomeno in linea di principio la configurabilità di una categoria di circostanze di non punibilità diverse dalle cause di giustificazione, inidonea ad escludere ogni conseguenza penalmente rilevante, non può dunque essere messa seriamente in discussione […] essa sarebbe infatti costituita dalle circostanze che, non incidendo sulla esistenza del reato, si limiterebbero a neutralizzare l'applicazione di una parte delle sanzioni previste per il caso della sua commissione, appunto le pene, ma non le misure di sicurezza". In proposito, cfr. M. GALLO, voce *Capacità penale,* in *Nss. D. I.,* II, 1958, p. 880 ss.

colpevolezza[14], che escludono la possibilità di rimproverare l'autore del fatto materiale[15]. Sono, invece, definite "cause di non punibilità in senso stretto" le situazioni che non incidono sull'esistenza del reato, ma si limitano a bloccare la reazione

---

[14] A tutt'oggi sembra essere l'orientamento prevalente in dottrina, cfr., per tutti, ROMANO, *Commentario,* I, cit., *sub* pre-art. 39.

[15] Si pensi, ad esempio, al caso fortuito e alla forza maggiore, al costringimento fisico, all'errore rilevante, nonché a tutte quelle situazioni in presenza delle quali non è esigibile un comportamento diverso da quello tenuto, come la coazione morale di cui al comma 3° dell'art. 54 c.p., almeno secondo una parte della dottrina: così, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 374 s.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 540; *contra,* M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 247 s.

Invero, buona parte della dottrina, considera cause di esclusione della colpevolezza essenzialmente solo quelle che attengono alla mancanza di dolo e di colpa, in quanto: 1) ritengono che il caso fortuito e la forza maggiore (e, di conseguenza, il costringimento fisico) costituiscano cause di esclusione della *suitas,* con la conseguenza che ancor prima del segmento iniziale della colpevolezza verrebbe a mancare addirittura una condotta umana propriamente intesa, così MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma,* Milano, 1971, p. 20 ss.; PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo,* in *Cass. pen. Mass. ann.,* 1981, p. 492 ss.; GREGORI, voce *Caso fortuito e forza maggiore,* in *Enc. giur.,* V, 1988, p. 2 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale,* vol. II, part. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001, p. 170 ss., ma solo relativamente alla forza maggiore, in quanto per detto Autore il caso fortuito rappresenta un elemento negativo della colpa specifica. Altra parte della dottrina, invece, ravvisa nel caso fortuito e nella forza maggiore cause di esclusione del nesso causale per l'intervento di fattori eccezionali preesistenti o concomitanti alla condotta, ad integrazione dell'art. 41, secondo comma, c.p., cfr. MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 187 ss.; SANTORO, voce *Caso fortuito e forza maggiore (dir. pen.),* in *Nss. D. I.,* II, 1958, p. 992; PECORARO ALBANI, voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.,*VI, 1960, p. 390 ss.; MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1959, p. 47 ss.; 2) e/o rifiutano la inesigibilità, quantomeno come causa generale di esclusione della colpevolezza, oltre alle ipotesi codificate. Cfr., per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 351 ss. *Contra,* VASSALLI, voce *Colpevolezza,* in *Enc. giur.,* VI, 1988, p. 17 ss.; GROSSO voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 2. In generale, per la perplessità e lo scetticismo nei confronti della categoria delle c.d. scusanti, v. MORO, *L'antigiuridicità penale,* cit., p. 147 e M. GALLO, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca,* Milano, 1950, pp. 59-60. *Contra,* DOLCE, *Lineamenti,* cit., p. 170 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione,* cit., p. 59: "Qualunque sia l'area di operatività che si voglia loro attribuire, le cause di esclusione della colpevolezza rivendicano in ogni caso un ruolo fondato e legittimo accanto alle cause di giustificazione, ma distinte da esse, a sottolineare l'esclusione del reato quando si abbia bensì un fatto tipico e antigiuridico, ma al soggetto non possa muoversi alcun rimprovero per come si è comportato nella situazione contingente […] l'ordinamento mostra di tenere in speciale conto i riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere […] cosicché il giudizio «ultimo» sul fatto commesso non lascia trapelare nessuna approvazione, nessuna libertà: solo che, in considerazione della particolare situazione che l'agente si trova a dovere affrontare, l'ordinamento penale «non se la sente» di incrudelire con una sanzione". Per un approfondimento sulla discussa categoria dell'inesigibilità, v. PAGLIARO, *Appunti*, cit., p. 720 ss.

punitiva dell'ordinamento, il quale rinuncia alla sanzione per ragioni di mera opportunità pratica circa la necessità o la meritevolezza di pena[16]. Anche le "cause estintive della punibilità" presuppongono un illecito penale perfetto in ogni

[16] Cfr. PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della sola pena,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1952, p. 24 ss.; ROMANO, *Cause di giustificazione,* cit., p, 59 s.: "Esse si collocano per così dire «lateralmente» alla teoria del reato, quasi come contrappunto rispetto alle condizioni oggettive di non punibilità. Le une e le altre, secondo le impostazioni da preferire, presuppongono infatti un reato completo in ogni suo aspetto di tipicità, antigiuridicità, colpevolezza: quando sia prevista dalla legge una condizione oggettiva, il suo verificarsi determinerà in concreto la reazione dell'ordinamento, che tuttavia sul terreno dei valori ha già *comunque e definitivamente* espresso la sua disapprovazione dalla realizzazione del fatto; allo stesso modo, una disapprovazione è già *comunque e definitivamente* pronunciata per un fatto (tipico, antigiuridico e colpevole), quand'anche ragioni particolari, date da condizioni personali dell'agente o dai suoi rapporti con la vittima o da un suo comportamento successivo, abbiano a sconsigliare la reazione dell'ordinamento penale". Cfr. DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 184; GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 2.

La dottrina, però, è tutt'altro che concorde sulla validità di questa nozione di cause di non punibilità. Non pochi Autori infatti escludono la possibilità di "un reato senza punibilità", ossia ravvisano nella punibilità un elemento costitutivo, un carattere essenziale del reato, con la conclusione di ricondurre le situazioni in esame alla generale categoria di cause di esclusione del reato, al pari delle scriminanti e delle scusanti, salvo annoverare le ipotesi ove è innegabile l'esistenza del reato, perché l'esclusione della punibilità si deve a fatti sopravvenuti o ad una valutazione discrezionale del giudice – ad esempio, ritrattazione della falsa testimonianza, o non punibilità dell'ingiuria per reciprocità delle offese – nell'ambito delle cause estintive. Cfr. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale,* Napoli, 1930, pp. 65-66; ALIMENA, *Le condizioni di punibilità,* Milano, 1938, p. 3 ss.; ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale,* in *Opere giuridiche,* I, Roma, 1932, p. 68, il quale, però, pur partendo dalla premessa dell'indissociabilità tra precetto e sanzione, non manca di richiamare l'attenzione sulle numerose ipotesi di dissociazione di questi termini, accennando alla distinzione tra *norme negative della sanzione penale* e *norme negative del precetto penale*. Sempre sul rapporto tra precetto e sanzione, v. pure PETROCELLI, *Reato e punibilità,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960, p. 669 ss. Altrettanto controversi, tra coloro che ammettono la categoria e la collocano nella teoria della punibilità in senso stretto, fuori del reato, già perfetto, sono i limiti della stessa, ossia i casi che vi rientrerebbero. Per un'attenta analisi delle diverse opinioni dottrinali sull'argomento, in relazione alle opposte posizioni così illustrate, v. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità,* cit., p. 612 ss., il quale, proprio in relazione alle obiezioni sulla possibilità di un reato non punibile, osserva che: "E' chiaro che se la norma penale altra struttura e funzione non avesse che quella di sanzionare comandi già posti da altri rami dell'ordinamento giuridico non sarebbe concepibile parlare di reato senza punibilità, perché nella previsione della sanzione si esaurirebbe tutta intera la norma penale. Ma la concezione bindinghiana è da tempo abbandonata e ben può dirsi che tutti riconoscono oggi nella norma incriminatrice o norma penale in senso stretto un carattere primario e autonomo, l'esistenza di un duplice comando, di un precetto e di una sanzione".

suo elemento costitutivo, oggettivo e soggettivo, - sebbene, in molti casi, sia sufficiente il sospetto di un reato[17] - e paralizzano l'effetto tipico dell'illecito per ragioni estranee o confliggenti rispetto alle esigenze di tutela dell'interesse protetto, ma, oltre ad avere una loro specifica disciplina nella parte generale del codice penale, si sostanziano sempre in fatti o atti sopravvenuti alla consumazione del reato (ovvero ad un'ipotesi di reato)[18].

---

[17] Ciò, in quanto, tutte le cause di estinzione del reato che siano intervenute prima della condanna (definitiva) – esistendo anche quelle successive ad una sentenza irrevocabile come, per fare solo degli esempi, l'amnistia impropria e l'utile decorso del tempo dopo la sospensione condizionale della pena – operano indipendentemente dall'accertamento di un reato, bloccando l'esercizio dell'azione penale o la sua prosecuzione e, di conseguenza, la punibilità del soggetto. Proprio rispetto a queste cause estintive una parte, seppur minoritaria, della dottrina ritiene giustamente che abbiano natura processuale, incidendo sul dovere di procedere in presenza di una ipotesi di reato non ancora verificata tramite il giudizio, come cause di improcedibilità sopravvenuta. Cfr., in tal senso, M. GALLO, *Appunti,* IV, cit., p. 8, il quale precisa che la causa estintiva intervenuta prima della sentenza di condanna, salvo la deroga dell'art. 129 c.p.p. posta a tutela di un diritto fondamentale della persona, blocca il potere di impulso diretto all'instaurazione di un procedimento di cognizione, in quanto "la causa estintiva non è autoreferente: è necessario un procedimento che la accerti e la dichiari"; PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1967, p. 487 ss., ID, *Principi,* cit., p. 732 ss.

[18] Nell'evidenziare le differenze esistenti tra le cause di non punibilità in senso stretto e le cause di estinzione del reato, buona parte della dottrina si trova un po' in difficoltà di fronte ad alcune ipotesi in cui l'ordinamento rinuncia alla sanzione per fatti sopravvenuti alla commissione del reato. Ciò in quanto, secondo questi Autori, le cause di non punibilità in senso stretto possono dipendere, oltre che da circostanze antecedenti e concomitanti alla condotta, come condizioni personali dell'agente o suoi rapporti con la vittima, anche da comportamenti del reo posteriori all'illecito (ad esempio, la desistenza volontaria nel tentativo, art. 56, co. 3°, o la ritrattazione di cui all'art. 376 c.p.) coniando, per tali situazioni, l'espressione "cause sopravvenute di non punibilità". In questi termini, v. SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena,* in *Nss. D. I.,* VI, 1960, p. 995; VASSALLI, voce *Cause di non punibilità,* cit., p. 629 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* III, Milano, 1994, *sub* pre-art. 150. Nel tentativo di spiegare la loro collocazione tra le cause di non punibilità in senso stretto, anziché tra le cause estintive, alcuni (così, Vassalli) fanno leva sul dato testuale, in virtù del quale possono considerarsi cause estintive solo quelle espressamente qualificate come tali dalla legge, altri (come Romano) osservano che sono cause di non punibilità sopravvenute solo quei comportamenti personali del reo strettamente legati al fatto commesso ("decisa intrinseca «prossimità» al precedente reato"), o da un punto di vista cronologico, perché tenuti nel corso della realizzazione dell'illecito (immediatamente o subito dopo la condotta), ovvero perché volti a neutralizzare l'offesa arrecata (cd. condotta antagonista a quella di

Il criterio guida che consenta all'interprete di orientarsi di fronte all'ambiguo linguaggio legislativo non può che essere cercato nella ragion d'essere della particolare circostanza di non punibilità codificata, al di la del principio di non contraddizione, per il quale deve escludersi che l'ordinamento, nella sua unitarietà, valuti un interesse in modo positivo, imponendo o consentendo il fatto che lo realizza, e contemporaneamente gli riconosca valore negativo nella prospettiva del diritto penale, sanzionando il medesimo comportamento.

Tuttavia, i tentativi della dottrina penalistica di individuare principi generali che sorreggano le cause di giustificazione, così da impiegarli come chiavi di lettura nella distinzione

---

commissione del reato). Infine, c'è chi, come PAGLIARO, *Profili,* cit., p. 476 ss, osserva che le cause di non punibilità sopravvenute, a differenza di quelle estintive, hanno l'effetto di risolvere il reato *ex tunc,* ossia, un fatto che già costituiva reato cessa di esserlo con efficacia retroattiva. Detto altrimenti, "si ha, puramente e semplicemente, la soppressione del reato dal mondo delle realtà giuridiche, sicché non se ne potrà tenere conto alcuno […]. Nelle situazioni di cui agli artt. 150 s., invece, vengono meno *ex nunc* soltanto gli effetti più vistosi del reato". Di contrario avviso altra dottrina, secondo la quale queste ipotesi costituiscono delle vere e proprie cause estintive, cfr., M. GALLO, *Appunti,* IV, cit., p. 155 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 232 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Torino, 1968, p. 507; SPAGNOLO, *Lineamenti di una categoria dei fatti estintivi nel diritto penale,* Napoli, 1963, p. 86 ss. Peculiare la posizione di NUVOLONE, *Sistema,* cit., pp. 204-205-206, il quale dopo aver precisato che, a suo avviso, la punibilità non costituisce un elemento del reato, ma una sua caratteristica, conclude asserendo che "ogni situazione che escluda, sotto profili diversi, oggettivi e soggettivi, la punibilità *ex ante* esclude il reato". Quanto alle cause di esclusione della pena, le definisce "particolari situazioni che non incidono sul fatto dell'uomo, e quindi sulla condotta tipicizzata dal precetto, ma sono *esterne* al medesimo; e, in presenza delle quali, il legislatore, per ragioni varie di opportunità e di politica legislativa, ritiene che non si debba applicare la pena". Quindi, nell'evidenziare le differenze con le cause di estinzione del reato, osserva che, mentre queste ultime intervengono quando il reato è già perfetto in ogni suo elemento costitutivo, le cause di esclusione della pena, pur essendo esterne al fatto dell'uomo, "impediscono la configurabilità del reato *ab origine*". Inoltre, relativamente alla distinzione tra "limiti scriminanti" e "limiti di punibilità, o di esclusione della pena, in senso stretto", afferma che i primi "attengono, quanto alla loro essenza, alla norma-comando, anche se inevitabilmente coinvolgono l'aspetto della garanzia", i secondi, invece, "attengono alla norma garanzia, in quanto non incidono sul precetto".

delle singole fattispecie scriminanti da fenomeni attigui, hanno condotto a risultati non molto soddisfacenti.

Un dato incontrovertibile è la sostanziale irriducibilità della categoria in questione sotto un unico motivo ispiratore, giacché ciascuna delle soluzioni proposte "finisce col somigliare alla classica coperta corta che lascia necessariamente fuori una parte di quel che dovrebbe ricoprire"[19]. Così parlare di "bilanciamento tra interessi in conflitto", di "carenza del danno sociale" ovvero di "prevalenza del vantaggio sul danno" ecc., se non è del tutto errato, costituisce sempre una visione parziale del fenomeno, in quanto, da un lato consente di volta in volta di cogliere solo gli aspetti di talune della cause di giustificazione contemplate dal codice, dall'altro i principi sintetizzati in queste formule richiederebbero sempre di essere "riempiti" mediante il riferimento agli elementi costitutivi di ciascuna ipotesi. In altri termini, il fondamento politico-sostanziale della liceità del fatto non si atteggia sempre nello stesso modo in tutte le scriminanti, presentando ciascuna delle caratteristiche peculiari che ne condizionano limiti e portata, così da rendere preferibile un approccio di tipo casistico i cui risultati possano orientare l'interprete, seppur in modo non decisivo, nello studio delle ipotesi controverse. Il che spiega, ovviamente, lo

[19] Così, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 228. Analogamente, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 281. Parzialmente difforme, ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 487, secondo cui alla base delle scriminanti vi sarebbe sempre un bilanciamento di interessi risolto con la legittimazione del comportamento posto a tutela di uno degli interessi ritenuti equivalenti dall'ordinamento, ovvero di quello considerato prevalente. Nello stesso senso v. PULITANO', *Diritto penale,* Torino, 2005, p. 278; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 143. Anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Milano, 2003, p. 266 ss., ritiene che tutte le cause di giustificazione rispondano ad un'unica ragione sostanziale, ravvisandola nella mancanza del danno sociale.

sforzo della dottrina dominante verso un modello esplicativo di tipo pluralistico e la relatività delle soluzioni prospettate.

2. BREVI RIFLESSIONI SULLA SISTEMATICA DEL REATO: ANTIGIURIDICITÀ OGGETTIVA O ELEMENTI NEGATIVI DEL FATTO.

Uno studio sulle cause giustificazione, ancorché circoscritto agli elementi normativi in esse presenti, non può prescindere da alcune, seppur brevi, considerazioni d'ordine sistematico.

Fino ad ora ci siamo limitati ad evidenziare l'effetto conseguente alla presenza di una scriminante, che si traduce in una esenzione da pena per chi ha comunque realizzato un fatto conforme al modello legale descritto dalla norma incriminatrice, analogamente a quanto avviene ricorrendo altre, eterogenee, cause di non punibilità in senso lato contemplate dall'ordinamento penale. L'aspetto più controverso dell'istituto attiene proprio all'individuazione della *ratio* tecnico-dogmatica che giustifica il comportamento dell'agente impedendo la configurabilità di un reato.

Colui che cagiona la morte di un uomo in stato di legittima difesa non realizza il delitto di omicidio di cui all'art. 575 c.p. perché viene a mancare una componente essenziale dell'illecito penale. Questo è assolutamente pacifico. Resta invece da stabile se a difettare sia la categoria

dell'antigiuridicità obiettiva[20], quale elemento autonomo del reato, accanto al fatto tipico[21] e alla colpevolezza, come sostenuto dagli Autori che seguono la concezione c.d. tripartita[22], ovvero lo stesso fatto materiale descritto dalla norma penale secondo l'opposta sistematica, c.d. teoria della bipartizione[23], che individua nel reato due sole componenti: l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo.

---

[20] Distinta, pertanto, dalla c.d. antigiuridicità penale globale quale giudizio che investe l'intero fatto criminoso, in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, e che quindi non può essere considerata una componente del reato. Sulle diverse accezioni del termine "antigiuridicità", v. DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità,* cit., p. 543 ss.; MARINUCCI, voce *Antigiuridicità,* cit., p. 175 ss.; MORO, *L'antigiuridicità penale,* Palermo, 1947; PADOVANI, *Alle radici di un dogma,* cit., p. 534 s; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* Padova, 1966; SCHIAFFO, *Riflessioni critiche intorno ad un «dogma»: l'antigiuridicità generica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1999, p. 1075 ss.; VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità,* in *Scritti giuridici,* I, Milano, 1997, p. 935 ss. Ricordiamo in proposito l'ormai famosa affermazione di ROCCO, *L'oggetto del reato,* cit., p. 467, secondo cui "l'illiceità giuridica o antigiuridicità penale costituisce non un elemento costitutivo del reato, ma l'essenza stessa, la natura intrinseca, l'in sé del reato".

[21] Inteso restrittivamente, come fatto materiale comprensivo dei soli requisiti oggettivi (condotta, evento e nesso causale) che debbono esserci perché ricorra il reato.

[22] La teoria della tripartizione nasce in Germania ed è legata al nome di BELING, *Die Lehre*, cit., p. 7 ss., il quale, tuttavia, allo schema tradizionale aggiunge due ulteriori elementi: la pertinenza di una determinata pena e la presenza di una condizione oggettiva di punibilità.

In Italia, tra i seguaci della tripartizione, ricordiamo, tra gli altri, DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 13 ss.; BETTIOL - PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale,* Padova, 1986, p. 330; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* cit., p. 162 ss.; FROSALI, *L'errore,* cit., p. 280 ss.; MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 1949, p. 289; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti,* cit., p. 1190 ss.; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 173 ss.; PETROCELLI, *I principi di diritto penale,* Napoli, 1955, I, p. 234 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 297; VASSALLI, *Il fatto,* cit., p. 529 ss. Cfr. RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione,* in *Ind. pen.,* 1981, p. 607 ss. Una variante della tripartizione è in sostanza la tesi del BATTAGLINI, *Diritto penale, Parte generale,* Padova, 1949, p. 122, ripresa, di recente, da MARINUCCI - DOLCINI, *Corso,* cit., p. 617 ss., per i quali il reato è un fatto umano antigiuridico, colpevole e punibile.

[23] In Italia, la teoria della bipartizione trova il suo precedente nella scomposizione del reato in "forza fisica" e "forza morale" proposta da CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*. Seguono la bipartizione, tra gli altri, ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 212; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 44 ss.; GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 3 ss.; ID., *L'errore,* cit., p. 59 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 102; MARINI, *Lineamenti del sistema penale,* Torino, 1993, p. 277 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* I, Torino, 1981, p. 527 s.; NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 3 ss., PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 171 ss.; ID., *Gli elementi,* cit., p. 66 ss.

Modi differenti di descrivere la medesima realtà che offrono formule strutturali della fattispecie criminosa tra loro alternative[24].

Così, adottando una nozione restrittiva di fatto tipico, perché limitata all'indicazione dei soli requisiti positivi oggettivi del reato, le cause di giustificazione figurano come concetto limite dell'antigiuridicità obiettiva, con la quale si intende designare quel requisito essenziale dell'illecito che esprime il contrasto tra il solo fatto materiale (prescindendo, cioè, dalla volontà riprovevole), corrispondente allo schema legale di una specifica figura di reato, e l'intero ordinamento giuridico. Più esattamente, il giudizio di antigiuridicità si risolve strutturalmente in un procedimento che accerta la mancanza di cause di giustificazione, in quanto suoi presupposti negativi, dopo aver previamente riscontrato la tipicità del comportamento tenuto. Per converso, la presenza di scriminanti, desumibili da qualsiasi norma del sistema giuridico[25], rende il fatto lecito e non assoggettabile ad alcun tipo di sanzione (penale, civile o amministrativa).

Seguendo la bipartizione, invece, le cause di giustificazione vengono ricondotte nel fatto materiale di reato come suoi elementi negativi[26], perché nella formula strutturale di

---

[24] Per una esauriente esposizione delle varie teorie sul reato, v. FIORELLA, voce *Reato in generale,* in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, p. 783 ss.

[25] Nell'ambito della concezione tripartita, è stato anche sostenuto che, trattandosi di norme dell'intero ordinamento, le disposizioni scriminanti non avrebbero natura specificamente penale, ed in quanto tali sarebbero estranee al sistema di garanzie previsto per tale settore dell'ordinamento. Cfr., per tutti, MARINUCCI, *Fatto e scriminanti,* cit., p. 1236 ss. V. meglio *infra,* § 2, cap. III.

[26] Tra i teorici che costruiscono le cause di giustificazione come "elementi negativi del fatto", v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 184; ID., voce *Dolo,* cit., p. 773 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 61 ss.; LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 364; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 103; PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 142 ss.; ID., voce

un'astratta fattispecie criminosa si presentano preceduti dal segno "meno", come requisiti alla cui assenza è subordinato il giudizio di tipicità: il tipo descrittivo di un reato si compone oggettivamente di elementi che devono verificarsi (positivi) e di elementi che, invece, devono mancare (negativi). In questi termini, la norma scriminante, lungi dal costituire una disposizione autonoma dell'intero ordinamento giuridico in conflitto con quella incriminatrice, rappresenta una "porzione", un "frammento" di questa[27]: si postula cioè l'esistenza di una norma penale più complessa strutturalmente rispetto al mero divieto, l'efficacia del quale in concreto risulta condizionata da una serie di limiti interni ed esterni al precetto[28].

Ovviamente, non è questa la sede per indugiare sulle argomentazioni addotte a sostegno di ciascuna delle opposte teorie del reato, nonché sulle obiezioni più volte sollevate nei loro riguardi, trattandosi peraltro di aspetti già ampiamente evidenziati dai maggiori esponenti delle suddette concezioni[29]. Preme qui far presente che, tanto lo schema tripartito quanto il modello degli elementi negativi del fatto, riescono a reggere il

---

Fatto, cit., p. 641 ss., ove l'Autore preferisce parlare di elementi negativi della condotta illecita. Sulla distinzione tra elementi positivi ed elementi negativi del fatto, cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato,* Padova, 1933, p. 198 ss., il quale, sebbene relativamente al negozio giuridico, si serve della distinzione tra elementi *costitutivi* ed elementi *impeditivi.*

[27] Cfr., per tutti, GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 5.

[28] Cfr. BRICOLA, *Limite esegetico,* cit., p. 753; NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 11 ss., ID., *Il sistema,* cit., p. 203-204. Secondo questo Autore il "limite scriminante, delimitando anzitutto l'ambito di applicazione della norma-comando, incide sul fatto dell'uomo. In altre parole, il precetto, nella sua completezza, vieta di tenere una determinata condotta, che si qualifica per l'assenza di certe situazioni di fatto considerate come limiti scriminanti".

[29] In proposito, cfr. DELITALA, *Il fatto,* cit., *passim;* MARINUCCI, *Fatto e scriminanti,* cit., p. 1192 ss.; VASSALLI, *Il fatto,* cit., p. 530 ss.; M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 772 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 25 ss.; NUVOLONE, *I limiti taciti,* cit., p. 13 ss.

confronto con l'argomentazione logico-giuridica, salvo alcune critiche in grado di scoprire gli aspetti più deboli delle posizioni antagoniste, senza però riuscire fino in fondo a dimostrarne l'inattendibilità. Ne consegue che la scelta dell'interprete tra risultati, tutti razionalmente sostenibili, dovrà essere guidata dalla regolamentazione giuridica dell'ordinamento: vale a dire, optare per la sistematica più coerente con il dato normativo.

Mentre nell'esperienza tedesca la vivacità del dibattito sulla collocazione sistematica delle scriminanti ha trovato giustificazione in una realtà codicistica carente di una norma *ad hoc* per l'errore sulle cause di giustificazione[30], altrettanto non può dirsi nel diritto penale italiano che, dal 1930, esclude esplicitamente la punibilità per la supposizione erronea di una scriminante.

---

[30] E' risaputo che la dottrina degli elementi negativi in Germania, come del resto in tutti gli ordinamenti ove manca una norma specifica per l'errore sulle cause di giustificazione, nacque proprio con l'intento di conferire efficacia scusante anche alla supposizione erronea degli estremi di una scriminante. In effetti, il § 59 del vecchio codice penale tedesco (del resto, anche il § 16 del nuovo codice non ha risolto testualmente la questione, in quanto, il primo comma così prevede: "Chi, commettendo il fatto, ignora una circostanza appartenente alla fattispecie penale, agisce senza dolo. Resta salva la punibilità per la commissione colposa") contemplava come causa di esclusione del dolo (salva sempre la responsabilità per colpa) l'ignoranza di elementi fattuali costitutivi (o aggravanti), senza alcun riferimento testuale alle scriminanti. Pertanto, costruendo le cause di giustificazione come elementi negativi del fatto, la dottrina tedesca poteva dedurre che l'erronea supposizione della loro presenza ricadesse sotto la disciplina della norma codicistica in materia di errore, così da escludere il dolo alla stregua dell'errore sugli elementi positivi della fattispecie. Sul punto, cfr. DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 26 ss. e VASSALLI, *Il fatto,* cit., p. 556 ss., secondo i quali però, nell'ordinamento italiano, a un tale riconoscimento della rilevanza scusante dell'errore sulle scriminanti si sarebbe potuti giungere anche in assenza di una norma *ad hoc* come l'art. 59 c.p., alla stregua dei principi generali, così come avveniva sotto la vigenza del codice Zanardelli.

In Germania, l'origine della dottrina degli elementi negativi è fatta generalmente risalire a MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* Stuttgart, 1889, p. 82 ss. per essere subito ripresa da FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs,* Giessen, 1907, p. 16 ss., e da BAUMGARTEN, *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* Tübingen, 1913, p. 217. Tra gli Autori più recenti, cfr. KAUFMANN, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,* JZ, 1954, p. 653 ss.

La disciplina dell'elemento soggettivo del reato, ed in particolare dell'errore, che emerge dalla lettura combinata degli artt. 47 e 59, ult. co., esprime in effetti una relazione tra gli elementi indicati dalla norma incriminatrice e il dolo, perfettamente simmetrica a quella che lega quest'ultimo alle scriminanti, e quindi indicativa delle necessità di ricondurre entrambi questi requisiti dell'illecito penale sotto lo stesso concetto unitario di fatto tipico, quali sue componenti positive e negative. Se l'erronea rappresentazione della mancanza di un requisito positivo esclude il dolo al pari dell'erronea credenza circa la presenza di una scriminante, questo significa che, nella struttura del reato, come l'aspetto oggettivo presenta elementi che devono esistere ed elementi che devono mancare ai fini della sua integrazione, così quello soggettivo presuppone la rappresentazione dei primi e l'assenza di una erronea rappresentazione degli estremi costitutivi di una cause di giustificazione[31].

In conclusione, nonostante entrambe le concezioni esposte siano teoricamente sostenibili, come in effetti avviene nella dottrina italiana, fortemente divisa tra bipartizione e tripartizione[32], non si può negare che la disciplina del codice Rocco[33] sia indicativa di una ricostruzione dell'illecito che vede nelle cause di giustificazione gli elementi negativi del fatto materiale, piuttosto che i presupposti di un autonomo momento di valutazione oggettiva (c.d. antigiuridicità

[31] Così, per tutti, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 776.

[32] In proposito, cfr. FIORELLA, voce *Reato in generale,* cit., p. 778 ss.

[33] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 184, evidenzia come la ricostruzione delle scriminanti quali elementi negativi del fatto di reato trovi un'interessante conferma anche nel codice di procedura penale, ove l'art. 530, 3° comma, c.p.p., in ipotesi di dubbio, detta per le cause di giustificazione la stessa disciplina disposta per gli elementi positivi.

obiettiva), e individua la fattispecie astratta di reato, nelle sue componenti oggettive e soggettive, combinando tra loro le singole disposizioni incriminatrici con quelle scriminanti come frammenti della stessa norma penale[34].

3. Le c.d. clausole di illiceità espressa e speciale

Un interessante intreccio tra elementi normativi e cause di giustificazione si rinviene nella nota problematica delle c.d. clausole di illiceità espressa e speciale[35], un tema spesso relegato ai margini dello studio della teoria generale del reato.

---

[34] Per un approfondimento sul dibattito dottrinale inerente alla natura delle norme di liceità – se penali, in quanto parti della disposizione incriminatrice, o norme dell'intero ordinamento giuridico, dunque non specificamente penali – v. meglio *infra*, cap. III, § 2.

[35] Cfr. ALTAVILLA, *L'illiceità speciale,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1940, p. 482 ss.; ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale,* Milano, 1930, p. 15 ss.; CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore su legge extrapenale,* Pisa, 1955, p. 89 ss.; DELITALA, *Il fatto* cit., p. 15 ss.; FLORIAN, *La condizione di antigiuridicità speciale nei delitti,* in *Studi in onore di Carlo Fadda,* Napoli, 1906, p. 281 ss.; ID., *Trattato di diritto penale,* IV, Milano, 1934, p. 460 ss.; FROSALI, *Antigiuridicità speciale, errore, integrazione delle norme. Norme inutili e norme dannose,* in *Arch. pen.,* 1952, p. 377 ss.; PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 440 ss.; PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1967, p. 65 ss.; ID., *L'errore,* p. 369 ss.; PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 87 ss.; LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 351 ss.; LICITRA, *L'errore,* cit., p. 35 ss.; MASUCCI, *'Fatto' e 'valore',* cit., p. 261 ss.; MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato,* Torino, 2002; ID., *Note critiche in tema di illiceità espressa e illiceità speciale,* in *Scritti in onore di Antonio Cristiani,* Torino, 2001, p. 559 ss.; NEPPI - MODONA, *Il diritto al lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1963, p. 214; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 208 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 102 ss.

Per la dottrina tedesca, v. in particolare, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht,* Berlin, 1969, p. 48 ss.; KAUFMANN, *Lebendiges und Totes* in *Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtdogmatik,* Göttingen, 1954, p. 285 ss.; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,* Bonn, 1960, p. 296 ss.; VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht,* Berlin, 1908, p. 178 ss.; MEZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* München, 1973, p. 205 ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* Berlin-New York, 1991, p. 155; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* Berlin, 1970, p. 4 ss.

In effetti, mentre autorevole dottrina[36], ormai risalente, tendeva a negare qualsiasi autonomia dogmatica alle clausole di illiceità, attribuendovi, pur se con diverse argomentazioni, un mero valore dichiarativo, solo alcuni interpreti[37] si

[36] In Italia, tra i maggiori esponenti dell'orientamento dottrinale volto a negare un qualsiasi ruolo autonomo ai c.d. requisiti di illiceità speciale, ricordiamo DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 18 ss. Per l'Autore le ipotesi di illiceità speciale non esprimerebbero altro che un contrasto tra il fatto, inteso nel suo complesso, e l'intero ordinamento. Più precisamente, "non ci sono due specie di antigiuridicità, una generale e una speciale, ma una specie soltanto, poiché l'antigiuridicità risulta, in ogni caso, dal rapporto di contraddizione tra il fatto e la legge. Pertanto, se, da un punto di vista logico, potrebbe ancora sostenersi che l'antigiuridicità sia una nota costitutiva di tutti i fatti delittuosi, non è assolutamente ammissibile che la si consideri tale solo in quei casi nei quali la legge le ha dato esplicito rilievo". E ancora, "non esiste alcuna differenza sostanziale tra i casi nei quali la legge dà rilievo al requisito dell'antigiuridicità, e quelli in cui tale rilievo fa difetto. Il fatto nella sua materialità è sempre neutro, e dovrà considerarsi come giuridico o antigiuridico a seconda delle circostanze nelle quali è stato commesso […] l'essenza dell'antigiuridicità non cambia natura solo perché il legislatore le ha dato espressamente rilievo". Chi affermasse, d'altronde, che "nei casi di esplicito rilievo dell'antigiuridicità a costituire il dolo si richiede, oltre alla volontà del fatto, anche la coscienza della sua legittimità" direbbe "cosa o superflua o inesatta. Superflua ove voglia soltanto sostenere che il dolo resta escluso dalla erronea supposizione di uno stato di fatto che, se fosse sussistente, giustificherebbe il reato, inesatta ove voglia, per contro, affermare che il dolo resta escluso anche dall'errore di diritto sull'illiceità dell'azione. All'unità della nozione di antigiuridicità corrisponde, nel nostro ordinamento giuridico, l'unità della nozione di dolo". Tuttavia l'Autore riconosce che "la sua unica funzione può essere quella di un avvertimento al giudice […] soprattutto consigliabile in tutti quei casi nei quali, malgrado l'astratta corrispondenza tra il fatto concreto ed il modello di torto, il reato potrebbe frequentemente far difetto, in virtù di circostanze particolari di liceità contemplate da un diverso ramo dell'ordinamento giuridico". Comunque, ribadisce che nemmeno in questi casi l'antigiuridicità diventa un elemento del fatto, né tanto meno per l'esistenza del dolo è necessaria la coscienza dell'illiceità. Cfr., anche ANGIONI, *Le cause,* cit., p. 22 ss., secondo cui la c.d. antigiuridicità speciale non si distingue in nulla dalla antigiuridicità ordinaria, con la conseguenza che anche la distinzione in merito al dolo è inconcludente; FROSALI, *L'errore,* cit., p. 297 s.; PETROCELLI, *L'appropriazione indebita,* Napoli, 1933, p. 426 s. Nella dottrina tedesca più risalente, tra gli altri, v. M. E. MAYER, *Der Allgemeiner Teil,* cit., pp. 12-13;

[37] Il primo cronologicamente fu FLORIAN, *La condizione di antigiuridicità speciale,* cit., p. 284-285, secondo il quale le locuzioni illegittimamente, arbitrariamente, indebitamente, senza giusta causa, *et similia,*"esprimono qualcosa di più della comune caratteristica di antigiuridicità sotto intesa in tutti i reati. Inoltre indicano esse cause di legittimità e cause di giustificazione, le quali non potrebbero comprendersi nell'orbita delle cause analoghe espresse nella parte generale del Cod. […]. In codesti casi il delitto non sussiste se al dolo comune desunto dalla volontarietà, non si aggiunga, nell'agente, il sapere ch'ei opera senza diritto: occorre, cioè, la *speciale coscienza dell'illecito.*" In altri termini, per codesto Autore la presenza di tali elementi non può essere ritenuta superflua o ridondante, in quanto requisiti della fattispecie criminosa che, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, danno vita ad una deroga al principio generale di presunzione di

consapevolezza dell'illecito. Così, pure PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 91, il quale già osservava che la norma giuridica non contiene avvertimenti o superfetazioni, per cui se la locuzione è stata contemplata dal legislatore dovrà necessariamente aver un suo perché, concludendo che "essi, dunque, null'altro sono se non elementi del reato in quanto parte integrale della descrizione contenuta nel modello legale e addirittura del *fatto-reato,* come la legge testualmente dimostra, ond'è che anche su di essi deve aversi la proiezione dell'elemento psicologico". Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit., p. 139 s., secondo il quale un reato ad illiceità speciale richiederebbe, oltre la forma, la causa. Più diffusamente, per una prima analisi approfondita della materia, v. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 351 ss. Secondo l'Autore le locuzioni avverbiali con le quali viene genericamente richiamata l'attenzione dell'interprete sulla necessaria arbitrarietà o illegittimità del fatto, salvo alcuni casi in cui si traducono in clausole superflue nella struttura della fattispecie, perché intendono solo ribadire pleonasticamente l'illiceità di un requisito del fatto proprio in quanto elemento di un reato, costituiscono veri e propri elementi normativi. Capire poi il significato della specifica locuzione nell'economia del fatto di reato è questione da risolversi in sede esegetica. Detto altrimenti "L'illiceità è un attributo del fatto, che ne esprime il rapporto di contraddizione con l'obbligo sancito da una norma giuridica […]. La qualifica di illiceità appare ridondante quando già sono identificate, attraverso il riferimento alla sanzione caratteristica, le norme alle quali il fatto contraddice […]. Bisogna però ricordare che un singolo elemento di un fatto costituente reato, come di qualsiasi altro fatto illecito, non è illecito *per sé,* dal momento che all'integrazione della correlativa qualificazione di "illecito" del fatto sono essenziali tutti gli elementi. Se vi sono fatti illeciti dei quali qualche elemento sia da qualificare illecito *per sé,* vuol dire, quindi, che esso è tale in base ad un criterio diverso da quello che deriva dall'essere elemento di un fatto illecito […] l'illiceità speciale è da determinare in base ad una norma diversa dalla norma incriminatrice, in base ad una norma *extra penale.* L'errore, pertanto, su tale norma è l'errore scriminante dell'art. 47 cod. pen., e non quello irrilevante dell'art. 5 c.p.". Le intuizioni di Levi vengono riprese successivamente da tutti gli studiosi, tra i quali, in particolare, PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 68 ss; ID., *L'errore,* cit., p. 367 ss. Attraverso l'interpretazione casistica delle fattispecie ad illiceità *lato sensu* espressa l'Autore evidenzia che, in taluni casi, dette clausole sono superflue in quanto non rinviano a norme diverse da quelle in cui sono contenute e non esprimono alcun significato distinto e autonomo rispetto a quello desumibile dalla lettura della fattispecie incriminatrice anche in assenza della locuzione avverbiale. Pertanto, nelle disposizioni normative in cui l'illiceità espressa non entra a far parte in alcun modo del fatto, non si ha alcuna deroga al principio dell'irrilevanza dell'*error iuris*. Queste ipotesi potrebbero servire solo a richiamare l'attenzione del giudice sull'esigenza di verificare l'illiceità nel caso concreto là dove possano interferire in funzione scriminante principi giuridici maturati in altri rami dell'ordinamento. Diversamente, l'illiceità speciale si riscontra in tutte quelle fattispecie ove la locuzione avverbiale richiede, per la sua definitiva determinazione, l'integrazione con date qualifiche normative. Si tratterebbe pertanto di veri elementi normativi, per cui l'errore sulle norme richiamate "non è un errore sul significato del concetto esprimente la qualifica, e implica invece un errore su una caratteristica della situazione di fatto, con conseguente esclusione del dolo". Cfr., pure, GIULIANI, *Le norme di liceità,* cit., p. 835; RISICATO, *Gli elementi,* cit., p. 153 ss.

Nella dottrina tedesca più risalente, tra gli altri, v. BESELER, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussichen Staaten und das Einführungsgesetz vom 14 April 1851,* Leipzig, 1851, p. 46 ss.; VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht,*cit., p. 180 ss.

prodigavano nel tentativo di trovare un fondamento razionale alla scelta terminologica del legislatore per sottrarre queste clausole al crisma dell'inutilità.

Così, nella dogmatica penalistica tedesca[38] si è passati da prime affermazioni sull'antigiuridicità espressa come elemento del fatto, in cui troverebbe eccezione il principio generale che esclude la coscienza dell'illiceità dall'oggetto del dolo[39], alla dottrina delle c.d. fattispecie aperte e la conseguente legittimazione dell'esistenza di "puri momenti di antigiuridicità" in seno al *Tatbestand*[40]. Fino alle considerazioni sulla piena appartenenza delle locuzioni condizionanti l'illiceità agli elementi normativi della fattispecie, in cui si intreccerebbero però tanto note descrittive, come tali riconducibili al fatto tipico, quanto concetti valutativi da collocare necessariamente nell'antigiuridicità, come superamento della rigida concezione tripartita del reato[41]. A

---

[38] Per un'esauriente ricostruzione dell'evoluzione del dibattito in Germania sul tema si veda l'ampia indagine di MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 9 ss.

[39] Cfr., BESELER, *Kommentar,* cit., pp. 45-46; VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht,* cit., p. 185 ss.

[40] WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht,* cit., p. 19 ss., il quale considera "fattispecie chiuse" quelle ove l'insieme degli elementi positivi previsti dalla norma già di per sé suggerisce l'illiceità del fatto, salvo poi trovare conferma nell'accertamento in negativo della presenza di scriminanti nel caso concreto. Diversamente, una fattispecie è "aperta" quando perde la sua ordinaria funzione indiziante dell'antigiuridicità per diventare la descrizione di un comportamento neutro, la cui concreta illiceità viene in pratica rimessa alla valutazione del giudice tramite un accertamento di segno opposto rispetto a quello delle "fattispecie chiuse". L'interprete, cioè, è chiamato a verificare in positivo l'antigiuridicità del fatto accertando l'esistenza di quei requisiti (i c.d. elementi speciali dell'obbligo), normalmente espressi attraverso la necessità che il comportamento vietato sia posto in essere illegittimamente, che esprimono il carattere riprovevole della condotta, introducendo nel *Tatbestand* "uno speciale momento di antigiuridicità" estraneo alla fattispecie tipica e, pertanto, insuscettibile di formare oggetto del dolo. Questa ricostruzione verrà poi seguita dall'allievo KAUFMANN, *Lebendiges und Totes,* cit., p. 285 ss.

[41] ROXIN, *Offene Tatbestände,* cit., p. 135 ss. L'Autore, criticando il dogma delle c.d. "fattispecie aperte", giunge ad affermare che gli elementi speciali dell'obbligo appartengono alla categoria degli elementi normativi, pur se con peculiarità tali da

ciò si aggiungano le recenti elaborazioni concettuali in materia che, negando la plausibilità dell'adozione di un'unica soluzione interpretativa, riconducono le diverse ipotesi di espressa menzione dell'antigiuridicità, ora nella sfera del *Tatbestand,* ora in quella della *Rechtswidrigkeit*[42].

Quanto all'ambiente penalistico italiano, lo studio delle clausole di illiceità si è prevalentemente focalizzato, nell'ambito dell'esegesi critica della struttura del fatto, sull'interpretazione del loro significato all'interno della singola proposizione normativa. Gli Autori[43] cui va riconosciuto di aver approfondito con particolare interesse la materia, dando vita alla sua elaborazione più compiuta, hanno in primo luogo introdotto un'importante distinzione concettuale, rilevante sul piano teorico e funzionale, tra le espressioni illiceità espressa e illiceità speciale, normalmente utilizzate come equivalenti.

In questo ordine di idee, per illiceità (o antigiuridicità) espressa in senso lato, si intendono tutte quelle disposizioni

---

riconoscere che, sebbene contribuiscano a definire il fatto tipico, abbraccerebbero di norma anche l'antigiuridicità. In altri termini, la loro parte descrittiva, determinante l'illecito, deve essere inclusa nel *Tatbestand* e, quindi, formare oggetto del dolo, mentre della componente valutativa in essi insita, in quanto relativa al giudizio di antigiuridicità, non deve richiedersi la consapevolezza. Per una critica all'opinione illustrata, cfr. PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 114 ss.

[42] Per una ricostruzione dei recenti orientamenti della dottrina d'oltralpe, v. MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 88 ss.

[43] La distinzione concettuale tra elementi di illiceità espressa ed elementi di illiceità speciale venne per la prima volta formulata da LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 351, per essere poi ulteriormente approfondita da PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 66 ss., e di recente ripresa da MORGANTE, *L'illiceità,* cit., p. 27 ss.; ID., *Note critiche,* cit., p. 559, sebbene in modo critico, nell'ottica di una omogenea ricostruzione dell'istituto, nonché ultimamente da RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 103 ss. La restante dottrina, invece, non distingue concettualmente fra illiceità espressa e speciale, ma utilizza le due espressioni come sinonimi, salvo però riconoscere implicitamente una tale distinzione, ammettendo che in taluni casi si tratta di clausole superflue, in altri di elementi normativi del fatto.

incriminatrici ove, nel descrivere il fatto di reato, la norma richiede che venga compiuto "arbitrariamente", "abusivamente" "indebitamente", "illegittimamente", "senza giusta causa", "senza necessità", *et similia*; tutte espressioni indicanti, almeno apparentemente, secondo il loro significato generico e letterale, un rapporto di contrarietà con qualche criterio di qualificazione normativa[44].

Tra queste locuzioni, alcune sarebbero superflue nell'economia della norma (c.d. illiceità espressa *stricto sensu*), non concorrendo in nessun modo alla descrizione del fatto tipico, in quanto costituiscono o clausole di stile, pleonastiche, dovute a ragioni di tradizione linguistica, che non esprimono alcun significato distinto e autonomo rispetto a quello agevolmente desumibile, anche in loro assenza, dall'insieme degli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice, ovvero, semplicemente, un chiaro monito per l'interprete affinché conduca una puntuale verifica circa l'assenza di scriminanti nel caso concreto[45].

Altre volte, invece, queste locuzioni avverbiali stanno ad indicare un'autentica illiceità speciale, risolvendosi in veri e propri elementi normativi del fatto di reato, che di per sé

---

[44] Così, per fare solo alcuni esempi, si pensi alla locuzione "abusivamente" rinvenibile nel codice vigente in numerose disposizioni, quali artt. 348, 498, 618, 621 c.p., ovvero alle espressioni "indebitamente", di cui agli artt. 287, 316, 317, 328, 329, 607 c.p., "senza giusta causa", negli artt. 616, 618, 619, 620, 621, 622 c.p., "arbitrariamente", negli artt. 392, 393, 633 c.p., "illegittimamente", negli artt. 326, 494, eccetera. Per uno studio delle diverse ipotesi, cfr. PAGLIARO, *Appunti*, cit., p. 441 ss.

[45] Così, PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 85 ss.; ID., *L'errore,* cit., p. 371 ss., il quale aggiunge che in taluni casi il termine esprimente l'illiceità non ha nulla a che vedere con valutazioni extrapenali di liceità o illiceità, ma fa riferimento a una ben determinata situazione di fatto, sia pure descrivibile solo mediante concetti normativi (c.d. illiceità espressa apparente), facendo l'esempio dell'art. 348 c.p. ove, il concetto "abusivamente" può essere sostituito dall'espressione "senza abilitazione". Precisa, inoltre, che ove l'illiceità espressa non concorre alla descrizione del fatto tipico, non entra neppure a far parte dell'oggetto del dolo.

implicano una qualificazione in termini di illecito per il contrasto rispetto ad un sistema di norme richiamato dal precetto, con tutte le relative conseguenze in tema di errore[46]. Detto altrimenti, il rapporto di contraddizione normativa evocato non si riferisce alla disposizione penale violata, ma a norme diverse, alla cui stregua valutare solo un particolare

[46] Cfr. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 364: "D'ordinario ad escludere un reato occorre la presenza di elementi, dai quali sia affermata la liceità del fatto nel suo complesso; nei reati ad illiceità speciale basta la presenza di elementi che escludano la speciale illiceità (per sé) dell'elemento che la richiede". PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., pp. 96 e 99 ss.: "Pertanto, se ci si vuole mantenere coerenti con le premesse concettuali, è necessario concludere che l'illiceità speciale – intesa come qualificazione d'illiceità derivante a qualche elemento del fatto-reato da norme extrapenali – è un elemento normativo della fattispecie". Quanto all'errore osserva che, nel momento in cui si riconoscono nelle clausole di illiceità speciale veri e propri elementi normativi del fatto, nessuno ostacolo sorge in merito all'applicazione dell'art. 47, ultimo comma, in applicazione dei principi comuni sul dolo. Più precisamente, "può restare ferma, in tema di illiceità speciale, la stessa soluzione in tema di dolo che si ritiene valida per gli elementi normativi in genere: non rileva, in quanto errore sul significato di un concetto della norma incriminatrice, l'erronea individuazione della qualifica rilevante in sede penale […]. Esclude il dolo, invece, l'errore sulle fattispecie «integratrici», in quanto escludente la consapevolezza di caratteristiche (giuridiche) della situazione di fatto, sulle quali è fondata la sua riconducibilità alla previsione della norma penale […]. L'errore sulla qualifica di illiceità speciale – meglio, l'errore sui criteri per il riferimento della qualifica alla situazione in cui si agisce o alla condotta tenuta – non può pertanto sottoporsi a una disciplina diversa da quella dell'errore sugli elementi normativi in genere. L'art. 47 u.c. troverà, nei casi di errore sull'illiceità speciale, piena possibilità di applicazione […] rilevante è solo l'errore – non incidente sul significato del concetto qualificatore come tale – sull'esistenza e la portata dei presupposti per l'obiettiva applicazione della qualifica a situazioni concrete, cioè sulle norme integratrici cui l'elemento di illiceità speciale rinvia, allo stesso modo di qualsiasi altro elemento normativo della fattispecie penale". Sulla riconducibilità delle espressioni avverbiali impiegate dal legislatore in diverse norme del codice nella categoria degli elementi normativi, v. pure PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 447 ss.

Significativo è il fatto che lo sviluppo del dibattito dottrinale sulla materia in esame si sia avuto proprio ruotando attorno alla problematica dell'errore. In effetti, parte della dottrina tradizionale, più che soffermarsi con attenzione sulle caratteristiche oggettive delle clausole di illiceità speciale, ha preferito sviluppare il profilo soggettivo della questione, ossia il rapporto tra illiceità speciale, dolo e colpevolezza. Nel ravvisare questa sorta di inversione metodologica, alcuni Autori si sono preoccupati di dare una spiegazione. Così, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova, 1996, p. 233, ritiene che le clausole di illiceità tengano "costantemente in scacco la tranquillizzante dogmatica tripartita di origine germanica", costituendo una sorta di ponte tra tipicità e antigiuridicità, e MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 25, secondo la quale la sussunzione degli elementi di illiceità speciale nella categoria degli elementi costitutivi del fatto tipico sarebbe stata motivata "dall'ansia di sottrarne l'errore al draconiano regime dell'irrilevanza dell'ignoranza della c.d. antigiuridicità penale".

elemento della fattispecie e non questa, complessivamente considerata.

Stabilire se si è in presenza dell'una o dell'altra ipotesi costituisce un problema da risolvere in chiave esegetica, procedendo caso per caso ad elidere la locuzione avverbiale per verificare se il senso della norma resti o meno invariato[47].

---

[47] Ovviamente, nell'individuazione delle ipotesi di illiceità speciale tra le diverse clausole rinvenibili nel codice, si riscontrano opinioni non sempre coincidenti. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 359 ss., tra gli esempi di illiceità speciale annovera l'art. 618 c.p., in quanto "l'illiceità costituita dall'essere venuto abusivamente a cognizione di una corrispondenza non dipende dall'essere integrato il reato dell'art. 618 cod. pen., ma sussiste indipendentemente dal fatto, all'esecuzione del quale deve preesistere […] alla stregua di questo criterio risalta quanto sia errato dire che l'illiceità speciale non costituisca che la ripetizione in ogni singola fattispecie del precetto formulato all'art. 51 cod. pen. Di regola perché sia da escludere la punibilità in base all'art. 51 cod. pen. occorre che non un elemento del fatto, ma il fatto nel suo complesso, sia lecito, come ho ricordato gli elementi del fatto a sé considerati non sono di regola illeciti; ma nei reati ad illiceità speciale basta che questa si elimini perché si elimini il reato". Mentre, considera pleonastica la locuzione avverbiale dell'art. 494, osservando che la sostituzione della propria all'altrui persona e di per sé illecita, anche indipendentemente dal fine perseguito. Quanto a PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 74 ss., tra gli esempi di clausole di illiceità superflue nell'economia della fattispecie, annovera: gli artt. 392 e 393 c.p., osservando che l'avverbio "arbitrariamente" ivi impiegato non concorre alla descrizione del fatto, "né pone l'esigenza di sue particolari qualificazioni extrapenali, che non siano altrimenti ricavabili da un'interpretazione complessiva della fattispecie, o dall'operatività di scriminanti comuni"; l'art. 316 c.p., asserendo che l'avverbio "indebitamente" non ha alcuna autonoma funzione normativa, perché nulla aggiunge rispetto a quanto già si può ricavare dal requisito della dazione per errore; l'art. 317 c.p., perché "il P.U. che «abusando […] costringe taluno a dare […] a lui o ad un terzo» commette concussione sia che la cosa concussa non fosse dovuta a nessuno, sia che fosse dovuta alla P.A., sia che fosse dovuta al P.U. quale soggetto privato. Su questa portata della norma, l'inclusione del termine «indebitamente» non comporta alcuna limitazione"; l'art. 494 c.p., in quanto "chi, sostituendosi ad altri, a scopo di recar danno o vantaggio, induce taluno in errore, realizza tutti gli estremi del delitto di sostituzione di persona. Che poi tale condotta, in date circostanze, possa essere scriminata, non è certo una caratteristica del nostro tipo di reato, ma la risultante dell'applicabilità – ad esso come a qualunque altro – delle scriminanti comuni". Mentre, ad esempio, considera ipotesi di illiceità speciale, il peculato per distrazione (secondo la previgente formulazione dell'art.314 c.p.), nonché l'art. 328 c.p., anche se afferma, rispetto a quest'ultimo articolo, che ciò non dipenderebbe dall'avverbio "indebitamente", ma da "un'esigenza di logica normativa, la quale avrebbe in ogni caso imposto di riferirsi alle norme sui doveri dei pubblici ufficiali". Cfr. PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 95 ss. Per questo Autore ad esempio, l'avverbio "arbitrariamente" di cui agli artt. 392, 393, e 633 c.p. ha una portata più ampia delle comuni cause di giustificazione, in quanto sta ad indicare che il reato è escluso non solo dall'esercizio di un diritto o dall'adempimento di un dovere, ma anche da altre, ulteriori, ragioni. Relativamente agli artt. 316 e 317 c.p. afferma che "se non si

Da ciò la distinzione concettuale tra clausole di illiceità espressa (*stricto sensu)* e clausole di illiceità speciale, salvo precisare che, nonostante nella maggior parte dei casi la presenza di un requisito di antigiuridicità speciale sia evidenziata dal legislatore mediante una delle formule linguistiche sopra accennate, in talune ipotesi accade che la fattispecie incriminatrice in proposito taccia e la nota di illiceità risulti desumibile solo implicitamente, attraverso una considerazione complessiva della fattispecie legale (c.d. illiceità speciale implicita)[48].

---

facesse nei detti articoli menzione dell'indebito, si punirebbe per sé solo il mezzo che o può essere, nella sua generica formulazione, lecito (riceve, ritiene) in ordine a ciò che è dovuto, oppure, quanto al costringe o induce ecc., potrebbe ritenersi la punibilità quand'anche il pubblico ufficiale trascendesse a simili mezzi (non consentiti, ma suscettibili di repressione disciplinare o anche penale per altro titolo) per ottenere ciò che gli è dovuto". Aggiunge che "lo stesso deve ripetersi per gli artt. 328 e 329 cod. pen. perché altrimenti sarebbe apparso incriminabile qualunque rifiuto, omissione, ritardo, anche se debiti". Partendo dal principio che nella legge non possono esistere superfetazioni arriva ad affermare che "la illegittimità menzionata nell'art. 494 non è il comune requisito della illicitezza. Qui la menzione sta a significare che la sostituzione di persona anche fuori del diritto o del dovere di effettuarla, in taluni casi si ravvisa opportuna o utile come mezzo riguardo a talun fine". Nonché, quanto al «senza necessità» di cui all'art. 638 c.p., sostiene che "non si tratta di una ripetizione della generale causa di giustificazione prevista dall'art. 54, bensì di una qualsiasi necessità, in senso più ampio, anche con quella non coincidente". Sull'interpretazione delle clausole di illiceità normativamente previste, v. pure PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 440 ss.; MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 38 ss.

[48] Normalmente, quale esempio di illiceità speciale implicita, si richiama il concetto di "usurpazione" rinvenibile negli artt. 287 e 347 c.p., che implicherebbe una contrarietà alle norme amministrative relative all'assunzione di pubblici poteri. Cfr., in proposito, LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 367 s.: "Ad una disamina particolare possono premettersi talune considerazioni di ordine generale: a) l'illiceità speciale non è necessariamente un'illiceità espressa. Vi sono estremi dell'incriminazione nei quali è implicito il riferimento a l'illiceità […]. Viceversa una illiceità espressa non ha ragione d'essere se non per esprimere l'esigenza di una illiceità speciale; solo quando la fattispecie sia di tale struttura che la illiceità espressa non possa riferirsi ad un particolare elemento della fattispecie, ma debba riferirsi a tutto il fatto previsto come reato, potremmo ritenerla pleonastica; b) l'illiceità speciale non è necessariamente illiceità positiva; talvolta può essere espressa (ad es. «senza giusta causa» art. 618 cod. pen.) in modo da alludere all'assenza di una norma giustificatrice […]. In altre parole, mentre d'ordinario chi commette un reato viola un solo obbligo (quello inerente al divieto di una condotta conforme alla previsione penale), nei reati ad illiceità speciale si violano necessariamente più obblighi, perché viene in considerazione anche un obbligo diverso,

Dottrina recente[49], dopo molti anni di silenzio sull'argomento, ha anche tentato di rivisitare criticamente le precedenti conclusioni per proporre una lettura innovativa della materia. In particolare, pur partendo dalla distinzione sopra evidenziata, con un apprezzabile sforzo di interpretazione in chiave conservativa, si è negato che tra le locuzioni avverbiali ricorrenti in molte fattispecie criminose vi siano mere clausole di stile, per affermare che ognuna di esse introdurrebbe, già all'interno del fatto tipico, un giudizio di valore sulla condotta, al fine di selezionare i fatti penalmente rilevanti in un momento logicamente antecedente rispetto alla valutazione sottesa alle cause di giustificazione[50].

Pur condividendo questo tentativo di sottrarre la c.d. illiceità espressa ad una sanzione di sostanziale superfluità nell'economia della fattispecie incriminatrice, preferiamo, almeno dal punto di vista terminologico[51], tenere ferma la distinzione tradizionale, ma con opportuni approfondimenti.

---

sancito da una norma diversa dalla incriminatrice. Ciò, del resto, è perfettamente armonico a ciò che stabilisce espressamente il codice in qualche sua statuizione (es. art. 40 capv., 54 capv. e, in certo senso, 43 capv. sec.) circa il dovere giuridico imposto da una norma diversa dalla incriminatrice". Cfr. PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., pp. 93-94.

[49] Cfr. MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 48 ss.; ID., *Note critiche,* cit., p. 576 ss.

[50] Così, MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p. 134 ss.; ID., *Note critiche,* cit., p. 577 ss., precisando che alla clausola di illiceità espressa si può ben riconoscere la funzione di escludere la ricorrenza di un fatto tipico per l'intervento di una circostanza di liceità non necessariamente integrante una scriminante codificata. Quanto alle ipotesi di illiceità speciale, invece, critica la loro riconducibilità nella generale categoria degli elementi normativi, affermando che mentre l'elemento normativo implica una qualificazione relativa ad un requisito del fatto, gli elementi di illiceità speciale conterrebbero "un vero e proprio giudizio di valore sul fatto o, più esattamente, sulla condotta". In modo sostanzialmente analogo, PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 209.

[51] Sulla questione terminologica, criticamente, v. RUGGIERO, *Gli elementi,* cit., pp. 81-82, il quale ritiene illogico chiamare taluni elementi normativi della fattispecie ipotesi di "illiceità speciale" perché, se è vero che l'elemento di genere (nella specie, l'illiceità generale, ossia la qualificazione penale che investe l'intera fattispecie) precede e costituisce il presupposto per l'accertamento di quello di specie, allora si finirebbe per

Quanto alle c.d. clausole di illiceità espressa in senso stretto, che dunque nulla aggiungerebbero alla descrizione della fattispecie astratta, salvo, eventualmente, ribadire l'esigenza che non ricorrano scriminanti, ci preme fare un'osservazione. Concludere ritenendole una superfetazione normativa, soprattutto se si considera il fatto che il giudice non ha certo bisogno di espressioni che richiamino la sua attenzione sugli elementi da verificare ai fini della sussistenza di un reato, avendo invero il dovere di conoscere la legge e di applicarla secondo tutti i criteri della tecnica e dell'ermeneutica, significa riconoscere un'imperfezione del dettato legislativo in un codice, come quello vigente, caratterizzato da un notevole sforzo di precisione tecnica[52]. L'interprete, prima di giungere a questa considerazione, forse troppo affrettata, anche in virtù di un fondamentale principio, quale quello della conservazione dei valori giuridici, ha il dovere di escludere ogni diversa, possibile ricostruzione del ruolo di tali espressioni nell'economia della fattispecie[53]. La declaratoria della loro inutilità dovrebbe cioè costituire una sorta di *extrema ratio*[54].

---

assurdo a sostenere che il riscontro dell'illiceità generale sia "un *prius* necessario e indispensabile per l'accertamento della illiceità speciale".

[52] Si ricordino in proposito le preziose osservazioni di LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 351: "In massima l'attuale codice nella sua parte speciale dà prova di un'attenta revisione dei testi, per sé quasi sempre armoniosi e felici, del precedente, sicché male lo si assimila ad un'opera che la lima dell'artefice non abbia ancora liberato dal «troppo» e dal «vano» di un primo getto".

[53] Lo stesso LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 351 ss., mette in guardia contro il rischio che la ritenuta superfluità dell'elemento di illiceità espressa possa costituire un'affrettata abrogazione tacita dell'elemento controverso.

[54] In proposito, ricordiamo la recente opinione della RISICATO, *Gli elementi,* cit., p. 156, ove l'Autrice, nel tentativo di riconoscere un fondamento razionale alle clausole di illiceità espressa, afferma che esse svolgono una funzione paragonabile a quella delle clausole di riserva nel concorso apparente di norme. In altri termini, come la clausola di riserva avverte l'interprete sulla possibilità di un concorso di norme, fornendo al

Si è detto, muovendo da una concezione bipartita nella sistematica del reato, che le cause di giustificazione operano quali elementi negativi del fatto tipico, non perché la loro presenza faccia venire meno qualche requisito della fattispecie, ma in quanto elementi alla cui mancanza è subordinata la tipicità del fatto realizzato. Sul piano soggettivo, ne consegue che, per aversi dolo, occorrerà tanto la rappresentazione degli elementi positivi, quanto l'assenza di una supposizione erronea di quelli negativi[55].

Ora, quando il legislatore, con termini come "arbitrariamente" "illegittimamente", "senza giusta causa", *et similia,* sembra non aggiungere nulla alla necessità che per aversi reato occorre anche l'assenza di scriminanti, in verità qualcosa cambia rispetto alla normale descrizione del fatto tipico poc'anzi ricostruita.

Ad un attento esame si potrebbe concludere che tra gli elementi positivi del fatto, la cui rappresentazione è quindi indispensabile per aversi dolo, ve ne siano alcuni condizionati proprio dal difetto delle circostanze di liceità. Detto altrimenti, eccezionalmente, le esimenti verrebbero proiettate in un requisito positivo, implicitamente[56] o esplicitamente[57], a

---

contempo il criterio risolutore, così la clausola di illiceità espressa "avverte l'interprete della potenziale incombenza di un *conflitto* tra la norma incriminatrice *de qua* ed una qualche norma di liceità, della quale ultima si incarica di sancire la prevalenza". Per una critica si rinvia alla ricostruzione delle clausole di illiceità espressa che viene illustrata nel testo.

[55] Per tutti, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 184; ID., voce *Dolo,* cit., p. 773 ss.

[56] Le espressioni "arbitrariamente", "illegittimamente", "indebitamente", ec., andrebbero lette come se dicessero: "senza che ricorra alcuna delle scriminanti codificate", al pari dei normali requisiti positivi (esplicitamente) a contenuto negativo rinvenibili nella legge, tra i quali, a titolo esemplificativo, ricordiamo l'espressione "senza il consenso della donna" nell'art. 18 della legge n. 194 del 1978 sull'interruzione della gravidanza.

contenuto negativo: c.d. elemento positivo costruito negativamente[58], ossia quel requisito espresso in forma negativa che il legislatore include nella descrizione della specifica figura criminosa, e che quindi appartiene al lato positivo oggettivo dell'illecito, insieme a tutti gli altri elementi alla cui presenza è condizionata l'integrazione del reato.

Emerge chiaramente la netta differenza che intercorre con gli elementi negativi del fatto, perché la situazione rilevante, che deve esistere ed essere oggetto di rappresentazione, è costituita proprio dalla mancanza di un qualche cosa, specificato nella norma incriminatrice. Come è stato giustamente osservato[59], non esistono impedimenti circa la possibile ricostruzione delle esimenti alla stregua di elementi a contenuto negativo inseriti direttamente nel tipo descrittivo di parte speciale, piuttosto che in un separato articolo di legge, trattandosi solo di una diversa tecnica normativa, indice di una scelta di fondo sui criteri di accertamento[60] e sull'oggetto del dolo.

Quindi, tornando al nostro discorso, se la condotta è arbitraria o illegittima, perché non giustificata da alcuna delle

---

[57] Si pensi, a tal proposito, tra le clausole di illiceità, a quelle espresse dalle formule "senza necessità" o "senza giusta causa", che, secondo l'interpretazione proposta nel testo, dovrebbero leggersi come sinonimi della locuzione "senza che ricorra alcuna scriminante codificata".

[58] Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit., p. 53 ss.; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 144 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 67 ss.

[59] Per tutti, si rinvia alle osservazioni di M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., pp. 145-146.

[60] Rispetto agli elementi positivi, ancorché costruiti negativamente, il giudice deve sempre verificarli puntualmente e motivare le ragioni per le quali ritiene realizzato il requisito, mentre quanto agli elementi negativi, procederà alla loro disamina solo se nel processo emergano dati di fatto dai quali è possibile desumere l'esistenza di una causa di giustificazione.

scriminanti codificate, allora, affinché si abbia dolo, l'agente dovrà rappresentarsi la predetta qualifica per aver agito in assenza di cause di giustificazione.

Ne consegue, vista la particolare modalità qualificatrice dell'intervento delle esimenti, essendosi verificato un passaggio dalla considerazione di queste come elementi negativi a elementi positivi della fattispecie, che in caso di errore non si applicherà la disciplina dell'art. 59, specifica proprio degli elementi negativi del fatto[61], ma quella prevista dall'art. 47 c.p. per i requisiti positivi dell'illecito. In particolare, ed è ciò che ci preme evidenziare, nulla impedisce in questi casi di ritenere rilevante l'erronea supposizione, sia per un errore di fatto che di diritto, nei limiti ovviamente di cui al terzo comma dell'art. 47, di una causa di giustificazione[62].

Considerazioni che, forse, nel tentativo di dare un perché alle ipotesi di illiceità espressa in senso stretto, vanno oltre le intenzioni del legislatore. Per questo, in una prospettiva di riforma, sarebbe preferibile epurare le norme incriminatrici di tutte le espressioni effettivamente nate come ridondanza retorica, ovvero concepite come superfetazione normativa,

---

[61] In effetti, come abbiamo evidenziato nel precedente paragrafo, è proprio dalla peculiare formulazione dell'art. 59, rispetto a quella dell'art. 47, che si desume la volontà del nostro legislatore di costruire le scriminanti, nella sistematica del reato, come elementi negativi del fatto tipico.

[62] La questione relativa all'interpretazione dell'art. 59, ultimo comma, in merito alla rilevanza anche dell'errore di diritto, sarà approfondita nel prossimo capitolo. Anticipiamo che per la dottrina dominante l'art. 59 si occuperebbe solo dell'errore di fatto, salvo discutere se sia possibile un'applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 47, ultimo comma, all'errore su un elemento normativo delle cause di giustificazione. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale, cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 89 ss.

completando quel percorso già intrapreso nel passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco per alcune di esse[63].

Diverso il discorso per quelle fattispecie criminose caratterizzate da un vero momento di illiceità speciale.

Queste ipotesi, espressione di una tecnica legislativa di normazione sintetica fondata sulla eterointegrazione del precetto, costituiscono una particolare categoria di elementi normativi, circoscritta di regola a quei comportamenti del fatto tipico qualificati in termini di sfavore per un rapporto di contraddizione con la norma extrapenale, giuridica o etico-sociale, richiamata[64].

Muovendo da una sistematica tripartita, è possibile affermare che, mentre nell'illiceità speciale si ha la qualificazione di un solo elemento del fatto criminoso - normalmente la condotta tipica -, l'antigiuridicità oggettiva si sostanzia in un giudizio negativo che investe l'intero fatto al completo di tutti i suoi elementi costitutivi, compreso dunque quello caratterizzato dal peculiare connotato di illiceità[65].

Aderendo, come preferiamo fare, alla dottrina degli elementi negativi, le predette clausole si risolvono in requisiti positivi (normativi) della fattispecie, distinti dalle scriminanti

---

[63] Così, per fare alcuni esempi, mentre l'art. 146 del codice del 1889 conteneva l'espressione "illegittimamente", questa non è stata ripetuta nel corrispondente art. 605 del vigente codice. Analogamente, è venuta meno l'espressione "indebitamente" che si trovava nell'art. 159 del vecchio codice, oggi sostituito dall'art. 616, nonché nell'art. 185, sostituito dall'attuale art. 347. Altrettanto deve dirsi per l'avverbio "arbitrariamente" contenuto nell'art. 157 del codice Zanardelli e non riprodotto nel corrispondente art. 614 del codice Rocco.

[64] Cfr. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 361 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 376 ss. Quest'ultimo Autore afferma che "rispetto agli altri elementi normativi, l'illiceità speciale comporta una differenza qualitativa: il ponte fra il dolo e la coscienza dell'illiceità penale è qui assicurato dalla consapevolezza di una qualifica extrapenale che è pur essa di illiceità".

[65] Cfr. PULITANO', *L'errore,* cit., p. 369 s.

che, invece, operano nella formula strutturale del reato precedute dal segno "meno".

Ora, ferma tale distinzione, si dovrebbe concludere che, accertato il contrasto tra la condotta e lo speciale parametro valutativo offerto dal sistema di norme (giuridiche e/o etico-sociali)[66] richiamato, possa comunque non ricorrere il fatto tipico per la presenza di una scriminante, dovendo altrimenti riconoscere nella locuzione avverbiale un'ipotesi di illiceità espressa *stricto sensu*, con tutte le conseguenze sopra evidenziate[67].

Tuttavia, non è da escludere che la valutazione negativa della condotta tipica, in cui si sostanzia l'illiceità speciale,

---

[66] Cfr. PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 448.

[67] *Contra,* MORGANTE, *Note critiche,* cit., pp. 577-578; ID., *L'illiceità speciale,* cit., p. 144 ss., secondo cui la latitudine applicativa delle clausole di illiceità speciale è più ampia di quella propria delle cause di giustificazione, in quanto l'antigiuridicità speciale della condotta può risultare esclusa dalla presenza o di una scriminante normativamente prevista, ovvero di una di quelle situazioni che, per mancanza di un elemento costitutivo, ovvero per eccesso dai limiti, non integra pienamente una delle esimenti codificate (c.d. situazioni quasi scriminanti). Questo significa che, per riconoscere l'arbitrarietà o l'illegittimità della condotta, è necessario verificare, non solo l'assenza delle cause di giustificazione ma anche delle situazioni quasi scriminanti.

Nel testo riteniamo invece plausibile che, pur essendo la condotta tipica contraria al sistema normativo di riferimento, deputato a disciplinarne le corrette modalità, possa trovare spazio l'applicazione di una causa di giustificazione. Si pensi al reato previsto e punito dall'art. 348 c.p., il quale incrimina "chiunque *abusivamente* esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato". L'avverbio "abusivamente" richiede, ai fini dell'integrazione della condotta tipica, il contrasto con le disposizioni amministrative che disciplinano l'esercizio delle varie attività professionali (cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale,* I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000, p. 427 ss.). Ora, non si può a priori escludere che, pur essendo l'esercizio professionale abusivo, il fatto di reato non sussista in virtù di una causa di giustificazione, come ad esempio lo stato di necessità. Si pensi al laureato in medicina che non abbia ancora conseguito l'abilitazione per un regolare esercizio della professione medica, costretto ad intervenire chirurgicamente su una persona per la necessità impellente di salvarle la vita. Ciò, ovviamente, nei limiti in cui si voglia riconoscere che integri il delitto *de quo* anche il compimento di un solo atto. In tal senso, MANZINI, *Trattato di diritto penale,* V, Torino, 1982, p. 627. Si tenga presente, inoltre, che buona parte della dottrina considera l'art. 348 c.p. una norma penale in bianco. Cfr., per tutti, FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* I, Bologna, 2007, p. 308. Sui rapporti tra norme penali in bianco ed elementi normativi si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, cap. I, § 4.

possa essere impedita dalla presenza di cause di giustificazione in virtù di una parziale sovrapposizione tra i rispettivi giudizi[68]. Ossia, il giudizio di illiceità speciale potrebbe intrecciarsi, come spesso avviene, con quello relativo all'assenza di determinate scriminanti, le cui disposizioni vengono quindi ad integrarsi con il parametro di valutazione richiamato dall'elemento normativo. Ovviamente, nel requisito di illiceità speciale non viene assorbito tutto il problema degli elementi negativi, ma solo quello relativo a talune cause di giustificazione con efficacia anche nell'ambito dell'ordinamento cui appartiene il sistema normativo che qualifica la condotta tipica[69].

---

[68] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 75 ss.

[69] Si consideri l'art. 638 c.p., ove è punito "chiunque *senza necessità* uccide o rende inservibili o comunque deteriora animali che appartengono ad altri". La presente norma è oggi applicabile "salvo che il fatto costituisca più grave reato", stante l'introduzione, con legge n. 189 del 2004, del titolo IX bis nel codice vigente, relativo ai delitti contro il sentimento per gli animali. In merito all'individuazione dell'eventuale ambito applicativo dell'ormai sussidiario art. 638, si ricorda che la nuova disciplina così introdotta, ai sensi dell'art. 19 ter delle disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale, non si applica, tra gli altri casi, a quelli previsti dalle leggi speciali in materia di caccia. Fatte queste dovute premesse, sulla riconducibilità del reato in esame tra quelli connotati da una clausola di illiceità speciale, cfr. MORGANTE, *L'illiceità speciale,* cit., p 148; ID., *Note critiche,* cit., p. 568, secondo la quale tale "necessità" non può essere identificata con lo stato di necessità scriminante "dal momento che, se così fosse, si dovrebbe giungere alla conseguenza paradossale che per poter legittimamente uccidere un animale altrui, il soggetto agente dovrebbe versare in una situazione di «pericolo attuale di un danno grave alla persona», finendo, in tal modo, con l'attribuire alla persona e all'animale il medesimo valore". Indubbiamente, l'uccisione dell'altrui animale in stato di necessità *ex* art. 54 c.p. impedisce che possa integrarsi il reato per difetto della condotta tipica. Tuttavia, ben potrebbe esserci uccisione dell'altrui animale compiuta senza necessità ma scriminata, ad esempio dal consenso dell'avente diritto (nei limiti in cui possa essere ancora validamente prestato alla stregua della nuova disciplina in materia di tutela degli animali), come nel caso del cacciatore che, durante la stagione della caccia, uccide per diletto animali della fauna selvatica, i quali appartengono, a norma della legge n. 157 del 1992, al patrimonio (indisponibile) dello Stato, e quindi possono considerarsi "altrui" nel senso della norma in questione. In merito a quest'ultima considerazione, cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato,* Napoli, 2006, p. 237.

4. ELEMENTI NORMATIVI NELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

A questo punto dell'indagine, dopo aver analizzato, sia pure in termini generali, le principali questioni sottese alla categoria delle scriminanti, e ancor prima tutte quelle inerenti ai *normative Tatbestandsmerkmale*, non resta che soffermare l'attenzione sul tema al centro del presente lavoro: l'atteggiarsi degli elementi normativi nelle cause di giustificazione, e le relative problematiche in tema di errore e successione di leggi.

In effetti, come si è già avuto modo di evidenziare, questi concetti di normazione sintetica possono essere rinvenuti in ogni settore della fattispecie penale, comprese dunque le scriminanti, il cui modello tipico presenta il più delle volte tanto elementi naturalistici quanto elementi normativi, ossia situazioni qualificate alla stregua di una regola diversa da quella che enuncia la causa di non punibilità.

Solo in chiave panoramica, prima di procedere in modo analitico allo studio di ciascuna delle ipotesi più rilevanti, è sufficiente ricordare, tra le scriminanti comuni, i concetti di *diritto, validità* e *disponibilità* di cui all'art. 50 c.p.[70], quelli di *diritto, dovere,* ordine della *pubblica autorità, legittimità* e *sindacabilità* dell'ordine nell'art. 51 c.p.[71], nonché l'*ingiustizia*

---

[70] Art. 50 c.p. Consenso dell'avente diritto: "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne".

[71] Art. 51 c.p. Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere: "L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.

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

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

dell'offesa, il *diritto* proprio o altrui oggetto dell'autotutela, e, dopo la recente modifica, anche la *legittimità* della detenzione dell'arma e della presenza nei luoghi indicati, tutti requisiti della difesa legittima di cui all'art. 52 c.p.[72], ed infine, il *dovere del proprio ufficio* da adempiere e l'espressione *legalmente* richiesta per la persona che presta assistenza al pubblico ufficiale nella causa di giustificazione dell'art. 53 c.p.[73], ed il

---

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

[72] Art. 52 c.p. Difesa legittima: "Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o altrui incolumità;
b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale".

[73] Art. 53 c.p. Uso legittimo delle armi: "Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere ad un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica".

A prima vista, nel novero degli elementi normativi della scriminante *de qua* sembrerebbe doversi annoverare anche l'insieme dei reati la cui consumazione può essere impedita, ricorrendo tutte le altre condizioni richieste, mediante l'uso di armi. In verità, questi delitti, trovando una loro descrizione in determinate norme incriminatrici del codice, devono considerarsi, al pari delle nozioni "pubblico ufficiale" ed "arma", concetti legalmente definiti nell'economia della causa di giustificazione di cui all'art. 53 c.p. Come anticipato nel cap. I, § 4, al quale si rinvia per i dovuti approfondimenti, la definizione legislativa, solo perché tale, non da vita ad un elemento normativo in senso stretto, ma costituisce un semplice strumento di tecnica legislativa: nella lettura della fattispecie, attraverso l'elemento altrove definito, si crea una sorta di "parentesi" ove l'interprete è tenuto ad inserire la più complessa disposizione richiamata che ne costituisce il *definiens*. Quest'ultimo, naturalmente, a sua volta potrà essere composto sia da concetti descrittivi che da concetti normativi.

dovere giuridico di esporsi al pericolo come limite all'applicabilità dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.[74]

Ma elementi normativi sono presenti anche in diverse cause di non punibilità contemplate nella parte speciale del codice penale, la cui natura giuridica è spesso oggetto di dibattito tra gli interpreti. Ne sono esempi, la reazione legittima prevista dall'art. 4 del d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288[75], nei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, relativamente alla controversa qualifica giuridica dell'atto compiuto dalla pubblica autorità in termini di *eccesso dai limiti delle attribuzioni* e di *arbitrarietà,* nonché la provocazione di cui all'art. 599, 2° comma[76], in materia di delitti contro l'onore, ove è richiesto che il soggetto abbia agito nello stato d'ira

---

[74] Art. 54 c.p. Stato di necessità: "Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia, ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo".

[75] Art. 4 del d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288: "Non si applicano le disposizioni degli artt. 336 [violenza o minaccia a un pubblico ufficiale], 337 [resistenza a un pubblico ufficiale], 338 [violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario], 339 [circostanze aggravanti], [341], 342 [oltraggio a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario], 343 [oltraggio a un magistrato in udienza] del codice penale quando il pubblico ufficiale ovvero l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato abbia dato causa al fatto preveduto negli stessi articoli, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni".

Quanto agli autori dell'eccesso, la dizione legislativa rinvia alle figure descritte negli artt. 357 e 358 c.p., pertanto valgono le osservazioni della nt. precedente sui concetti oggetto di definizione legislativa.

[76] Art. 599 c.p. Ritorsione e provocazione: "Nei casi preveduti dall'articolo 594, se le offese sono reciproche, il giudice può dichiarare non punibili uno o entrambi gli offensori.

Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 594 e 595 nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche all'offensore che non abbia proposto querela per le offese ricevute".

determinato dal fatto *ingiusto* altrui. Sono tutti concetti per la cui comprensione si rende necessario un rinvio ad altre disposizioni, secondo la consueta tecnica dei *normative Tatbestandsmerkmale.*

Particolare attenzione merita l'elemento normativo dell'*ingiustizia,* in talune ipotesi annoverato dagli interpreti tra le c.d. clausole di illiceità speciale[77], che nel nostro ordinamento viene spesso in rilievo, quale requisito della legittima difesa, della provocazione nella sua duplice funzione di attenuante (art. 62, n. 2, c.p.) o speciale causa di non punibilità nei reati di ingiuria e diffamazione (art. 599, 2° comma, c.p.), nonché nella descrizione del fatto materiale o dell'elemento soggettivo della specifica figura criminosa di parte speciale[78].

---

[77] Cfr. LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 358 ss., con specifico riferimento all'*ingiustizia del profitto* nei delitti di estorsione, truffa e appropriazione indebita; Cfr. PAGLIARO, *Appunti*, cit., p. 421 ss.; PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 99 ss.; PULITANO, *Illiceità espressa e illiceità speciale,* cit., p. 93. Quest'ultimo, sempre in tema di *ingiusto profitto* nel delitto di truffa, precisa che detto attributo "esprime una qualifica di un certo profitto, ricavabile in base alle norme civili che prevedono le varie situazioni (negozi traslativi di proprietà, fatti costitutivi di obbligazioni, ecc.) cui sia riconnessa come conseguenza giuridica un'attribuzione patrimoniale. Un profitto è «ingiusto» se, e solo se, chi l'abbia ottenuto non possa invocare a suo favore alcuna situazione del genere, con conseguente valida attribuzione patrimoniale. Che questa qualificazione civilistica, la cui sussistenza condiziona la sussistenza del reato, sia una qualificazione di illiceità, non ha bisogno di dimostrazione". *Contra,* PETROCELLI, *L'appropriazione indebita,* cit., p. 457. In argomento cfr. anche PEDRAZZI, voce *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir.,* II, 1958, p. 846; PISAPIA, voce *Appropriazione indebita*, in *Nss. D. I.,* I, 1957, p. 802.

[78] Ricordiamo, a titolo di esempio, l'*ingiusto* danno nel delitto di minaccia di cui all'art. 612 c.p.; l'*ingiustizia* del profitto nei delitti di rapina (art. 628 c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), sequestro di persona (art. 630 c.p.), deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi (art. 632 c.p.), truffa (art. 640 c.p.), appropriazione indebita (art. 646 c.p.), ove, a seconda dei casi, il requisito *de qua* concorre alla descrizione del fatto materiale o dell'elemento soggettivo, nella specie del dolo specifico. L'*ingiustizia* del fatto costituiva altresì requisito della circostanza aggravante dell'art. 398 c.p., oramai abrogato unitamente ai reati cui era applicabile, secondo la quale la pena comminata per coloro che avessero sfidato altri a duello (art. 394 c.p.), ovvero avessero fatto uso delle armi in duello (art. 396, primo comma, c.p.) e per i padrini o secondi e le persone che comunque avessero agevolato il duello (art. 396 cpv. c.p.) veniva raddoppiata, quando gli stessi fossero stati la causa *ingiusta* e determinante del fatto. L'*ingiustizia* del fatto costituiva

E' lecito domandarsi se le diverse ipotesi di ingiustizia rilevanti nel diritto penale possano essere ridotte ad un concetto unitario, attribuendo cioè al termine in questione lo stesso significato in tutte le norme che lo prevedono ai fini dell'applicazione della pena, ovvero sia doveroso distinguere a seconda del contesto in cui il concetto viene ad inserirsi. In particolare, il quesito a cui l'interprete deve dare risposta è se l'elemento normativo dell'ingiustizia vada sempre determinato solo in base a norme giuridiche, oppure, almeno in alcuni casi, anche rinviando a regole etico-sociali[79].

---

altresì presupposto per l'esclusione della pena (art. 561 c.p.) in alcuni delitti contro il matrimonio (art. 559 e 560c.p.), poi dichiarati costituzionalmente illegittimi, così come la relativa causa di esenzione da pena, ove si prevedeva la non punibilità del coniuge autore del delitto di adulterio (art. 559) o del delitto di concubinato (art. 560), se separato legalmente per colpa dell'altro coniuge o se da questi *ingiustamente* abbandonato. Infine, in altre ipotesi, già ricordate tra le clausole di illiceità espressa in senso lato (v. *supra,* § 3), il riferimento all'*ingiustizia* del fatto avviene in modo indiretto, mediante l'adozione nella norma incriminatrice delle espressioni "senza giusta causa" o "senza giustificato motivo".

[79] LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* cit., p. 369: "Solo nel primo caso (*ossia, solo norme giuridiche*) l'illiceità speciale conserva il carattere formale che è proprio, in massima, di questa qualificazione nel nostro diritto; nell'altro (*anche norme etiche-sociali*) invece nella previsione si insinua un elemento materiale; a rigore solo nel primo caso può parlarsi di illiceità speciale nel senso indicato". DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale,* in *Arch. pen.,* 1963, p. 35 ss., che, nel distinguere gli elementi normativi in determinati ed indeterminati (o parzialmente indeterminati) a seconda che siano esattamente definiti nei loro contorni dal dettato legislativo, ovvero mediante il riferimento ad altre norme o concetti extragiuridici di valore, osserva che "quando una norma giuridica contiene un concetto legislativamente determinato, l'attività del giudice si risolve nell'operazione di confronto tra la situazione di fatto sottoposta al suo esame ed il giudizio espresso nella norma. Viceversa, trattandosi di un concetto valutativo, il giudice deve dall'attività conoscitiva (accertamento) risalire ad una valutazione originariamente extragiuridica. Detta valutazione va ricercata non solo con riferimento alla morale, ma anche ed essenzialmente con riguardo alle regole della convivenza sociale, nelle quali si estrinsecano i valori della comunità nel loro incessante processo evolutivo e di consolidamento. Perfino nelle norme di costume e di etichetta. In effetti, anche nell'elemento normativo entra sempre un contenuto di valore, ma la valutazione è espressa direttamente de una norma dalla relazione con una norma di natura giuridica. La valutazione è in tal caso operata dal legislatore e cristallizzata nella norma". In materia di reati contro il patrimonio, PAGLIARO, *Appunti*, cit., p. 430, osserva che si possono formulare due ipotesi esegetiche: l'ingiustizia del profitto da valutare secondo regole etico-sociali, oppure supponendo che il termine stia ad esprimere una contrarietà a quanto disposto dall'ordinamento giuridico statale. "La prima di queste ipotesi avrebbe il

Tenuto conto che nello studio di un *normative Tatbestandsmerkmale* non si può logicamente prescindere dall'interpretazione della disposizione che lo contiene, la questione non è risolvibile in via generale ed astratta, ma impone di considerare distintamente le singole ipotesi, avendo speciale riguardo, stante il tema oggetto del presente lavoro, per le norme in cui l'ingiustizia è annoverata tra i requisiti di una scriminante.

4.1. *SEGUE:* LA DIFESA LEGITTIMA

4.1.1. IL DIRITTO PROPRIO O ALTRUI MINACCIATO

Uno dei problemi più delicati, sul quale non a caso si sono a lungo soffermati gli studiosi, nell'analisi esegetica dell'art. 52 c.p., concerne la definizione del concetto di «*offesa ingiusta*»[80].

---

vantaggio di conservare, se accolta, autonomo significato al requisito della ingiustizia, perché l'inserimento di una qualifica normativa extragiuridica nel contesto delle fattispecie avrebbe per effetto di restringerne la portata. Viceversa, se «profitto ingiusto» significa profitto conseguito in modo antigiuridico, la menzione della ingiustizia non aggiunge nulla a quanto già contenuto nella fattispecie, in quanto costituisce un esplicito ma inutile richiamo alla applicabilità delle scriminanti di cui all'art. 51 c.p.".

[80] Cfr. ALTAVILLA, voce *Difesa legittima,* in *Nss. D. I.,* V, 1960, p. 61 ss.; BOSCARELLI, voce *Legittima difesa,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1990; GROSSO, voce *Legittima difesa (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXIV, 1974, p. 27 ss.; ID., *Difesa legittima e stato di necessità,* Milano, 1964; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* in *Dig. disc. pen.,* III, 1989, p. 496 ss.; ID., *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1970, p. 675 ss.; PENSO, *La difesa legittima* Milano, 1939; FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione, Rilievi comparatistici,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1978, p. 1394 ss.; CADOPPI, «*Si nox fortuni faxit, si im occisit, iure caesus esto*», in *Studi Marinucci,* Milano, 2006, II, p. 1377 ss.; VIGANO', *Spunti per un «progetto alternativo» di riforma della l. d., ivi,* 2001; SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa,* Padova, 2003.

Questa causa di giustificazione ruota attorno a due elementi normativi: il diritto, che qualifica giuridicamente la situazione di interesse a tutela della quale si reagisce, e, ovviamente, l'ingiustizia, quale nota di valore che concerne il fatto dell'assalitore. Stando così le cose, già ad un esame preliminare della scriminante, non ci sembra che l'espressione «*offesa ingiusta*» possa essere considerata isolatamente nell'economia della norma, trascurando il collegamento con l'altro fondamentale requisito (diritto). Al contrario, l'interpretazione di ognuno di essi deve essere inserita in un contesto unitario, venendo altrimenti in rilievo solo una delle due facce del medesimo problema, con una visione parziale del complesso fenomeno dell'autotutela privata[81]. Quindi, per riuscire a cogliere l'esatto significato dell'ingiustizia nella struttura della difesa legittima non si può prescindere dalla stretta connessione esistente tra la situazione aggressiva, che si estrinseca nel «*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*», e la reazione difensiva espressione della «*necessità di difendere un diritto proprio o altrui*».

Tenuto conto che l'elemento di raccordo tra le due situazioni è rappresentato proprio dal diritto, in quanto l'oggetto contro cui si dirige l'offesa e, contemporaneamente, in favore del quale si esercita la difesa, sarà opportuno prendere le mosse da questo concetto prima di affrontare la questione esegetica relativa all'ingiustizia.

---

[81] V. GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 36.; ID., *Difesa legittima*, cit., p. 112 ss.; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 500.

E' oramai consolidato in dottrina[82] l'orientamento che identifica questo requisito normativo con ogni situazione giuridico soggettiva favorevole, di natura personale o patrimoniale, senza particolari restrizioni contenutistiche[83]. Una nozione di diritto che, di fronte alla genericità della dizione legislativa, è da intendersi in senso lato[84]: diritto reale, diritto personale, diritto di credito, nonché ogni altro interesse[85] giuridicamente rilevante, perché riconosciuto da

---

[82] In questi termini, cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 217 ss.; GROSSO, *Difesa legittima*, cit., p. 122 ss.; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 501, secondo il quale "non v'è dubbio che l'identificazione del «diritto» col «diritto soggettivo» non sia fondata, soprattutto perché la nozione di «diritto soggettivo» è di natura non solo essenzialmente dogmatica, ma assai controversa […]. Sembra quindi impossibile far gravitare la scriminante intorno ad un concetto dogmatico dal contenuto contestato e dai confini controversi, ed elaborato per giunta per esigenze ricostruttive proprie di branche dell'ordinamento diverse da quella penale, con finalità tutt'affatto eterogenee rispetto a quelle che ispirano la difesa legittima". Analogamente, BOSCARELLI, voce *Legittima difesa,* cit., p. 2; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 203 s.; FROSALI, *Sistema,* II, cit.., p. 297; MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 354; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 520; SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 193; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 254; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 249 s.; PULITANO', *Diritto penale,* Torino, 2005, p. 302. *Contra,* MAGGIORE, *Diritto penale,* cit., p. 313; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 642; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 293 s., ove l'Autore parla genericamente di diritto.

[83] In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2003, in *Riv. pen.,* 2003, p. 1079; Cass. pen., Sez. II, 17 novembre 1999, in *Cass. pen.,* 2001, p. 478; Cass. pen., Sez. I, 13 aprile 1984, in *Giust. pen.,* 1984, II, p. 713; Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 1981, in *Cass. pen.,* 1982, p. 1297.

[84] Sulla contrapposizione tra diritto soggettivo in senso stretto e diritto soggettivo in senso lato, il primo consistente in una situazione di interesse protetto qualificato dalla attribuzione al titolare della facoltà di chiedere la messa in moto dell'apparato coercitivo, il secondo, invece, in una situazione di interesse tutelato nei confronti della cui violazione l'apparato sanzionatorio scatta indipendentemente, ed anche contro la volontà del titolare, cfr. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato,* trad. Cotta e Treves, Milano, 6ª ed., 1994, p. 77 ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* Padova, 1926, p. 100; M. GALLO, voce *Capacità penale,* cit., p. 889; ID., *Appunti,* vol. I, cit., p. 28 ss.; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 231; CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale,* Torino, 1956. Per una chiara definizione di diritto soggettivo in senso stretto, v. GAZZONI, *Manuale,* cit., p. 57: "Il diritto soggettivo si manifesta come sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà. Il soggetto è infatti libero di decidere se avvalersi o meno del potere conferitogli (ed in ciò è la libertà) ma, una volta esercitato, il diritto è in grado di realizzare pienamente l'interesse (ed in ciò è la forza)". Cfr. CESARINI - SFORZA, voce *Diritto soggettivo,* in *Enc. dir.,* XII, 1964, p. 653 ss.

[85] Escludono gli interessi collettivi, osservando che la difesa legittima è un mezzo di autotutela privata e non una delega all'esercizio dei poteri propri della polizia,

una qualsiasi norma dell'ordinamento, penale od extrapenale[86], e quindi obiettivamente protetto, rispetto al quale cioè si realizza d'ufficio, senza bisogno di un'espressa manifestazione di volontà del titolare, la messa in moto del meccanismo sanzionatorio in caso di violazione.

Dunque, la difesa legittima non può essere circoscritta ai soli diritti soggettivi *stricto sensu* intesi, perché tale identificazione porterebbe a risultati non adeguati alla *ratio* dell'art. 52, restringendo irragionevolmente, ed in modo eccessivo, l'ambito di operatività della norma, tanto da escludervi proprio quegli interessi protetti in via esclusiva dalla legge penale, ai quali non corrisponde una tutela d'altra natura[87].

In altri termini, sarebbe davvero inconcepibile, se non addirittura assurdo, concludere che l'ordinamento intende limitare questa forma di tutela privata, esperibile quando gli organi statali non possono intervenire tempestivamente in ausilio, alle sole ipotesi in cui spetti al soggetto la facoltà di chiedere l'attivazione dell'apparato coercitivo (diritto

---

PADOVANI, *op. loc. ult. cit.;* MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 250; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale,* I, cit., p. 326; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 302; ROMANO, *Commentario,* cit., p. 520. Secondo questi due ultimi Autori, l'estensione della difesa legittima anche ai beni collettivi, superindividuali, costituirebbe una indebita intromissione del privato nei compiti dello Stato, nonché un'inammissibile e pericolosa fuoriuscita dell'istituto della legittima difesa dai limiti corrispondenti alla sua tradizione liberale.

[86] Così la prevalente dottrina. In particolare, cfr. M. GALLO, voce *Capacità penale,* cit., p. 884; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 288, PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 132.

[87] Cfr. PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 124 s.: "La qualificazione giuridica che si richiede perché sia ammessa la difesa legittima può essere fornita da disposizioni extrapenali soltanto, può consistere invece in una doppia valutazione, penale ed extrapenale; può essere offerta, infine da sole norme penali. Ora, le disposizioni penali di regola non creano veri e propri diritti soggettivi. Sostenendo che nell'art. 52 c.p. «diritto» significa, realmente, «diritto soggettivo», si verrebbe quindi ad escludere, per un settore di tutela giuridica, per quello, precisamente, in cui essa discende da tali norme, la applicazione dell'art. 52 c.p."

soggettivo in senso stretto), considerato che lo stesso art. 52 consente il c.d. soccorso difensivo del terzo, pure indipendentemente, se non addirittura contro la volontà del titolare nei casi in cui si versi in una situazione di indisponibilità[88]. Ma anche perché, sempre così ragionando, si finirebbe per escludere l'impedibilità del fatto aggressivo proprio quando ad essere ingiustamente minacciato sia un interesse che, pur non essendo riconosciuto dall'ordinamento come diritto soggettivo, venga comunque ritenuto meritevole della tutela penale, stante il maggior disvalore che discende dalla sua violazione[89].

Alquanto controversa è la questione inerente alla possibilità di ricondurre al concetto di «diritto», inteso dunque in senso lato, anche la figura dell'interesse legittimo[90]. In effetti, già

---

[88] In questi termini, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 219 s.; GROSSO, voce *Legittima difesa*, cit., p. 45, secondo il quale il dissenso alla difesa del terzo è da intendersi come consenso alla realizzazione dell'offesa, che però, solo se il diritto minacciato è disponibile, può non ritenersi ingiusta. Sul punto v. pure PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 507; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 219.

[89] Cfr. M. GALLO, voce *Capacità penale,* cit., p. 889, il quale osserva che "la tecnica normalmente adottata dal diritto penale è quella che conduce alla creazione di interessi obiettivamente protetti. Eccezionalmente esso concede dei veri e propri diritti soggettivi, e cioè nelle ipotesi di reati perseguibili a querela o istanza della persona offesa". Più dettagliatamente v. l'Autore nell'opera *Appunti,* I, cit., p. 28 s.: " […] il diritto penale adotta due distinte tecniche di tutela degli interessi considerati meritevoli di protezione. La prima, ricordiamo, è quella che stabilisce la messa in moto del meccanismo coattivo-sanzionatorio puramente e semplicemente sulla base dell'acquisizione di una *notitia criminis* da parte degli organi preposti al meccanismo stesso […] all'attuazione in concreto della conseguenza di sanzionabilità si perviene senza bisogno alcuno di manifestazione di volontà del soggetto tutelato: persino contro il suo volere e i suoi desideri. Della situazione giuridico soggettiva così delineata parliamo come di interesse obiettivamente protetto. Diversamente stanno le cose quando la concretizzazione dell'effetto sanzionatorio è subordinata ad una manifestazione di volontà in tal senso posta in essere dal titolare dell'interesse. La situazione soggettiva che si viene, per questo modo, a creare, è quella di vero e proprio diritto soggettivo in senso stretto". Sul punto, v. altresì, ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* Bergamo, 1930, p. 98. *Contra,* DELITALA, *Danno e reato in un recente libro di F. Carnelutti,* in *Riv. dir. civ.,* 1927, p. 257.

[90] Tra coloro che ritengono applicabile la norma anche alle ipotesi di interesse legittimo, cfr. PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 501; ROMANO, *Commentario,* I,

l'utilizzo dell'espressione diritto, al quale è tradizionalmente contrapposto l'interesse legittimo[91], sembrerebbe manifestare una chiara volontà del legislatore di escluderlo dall'ambito applicativo della norma. Tuttavia, potrebbe obiettarsi che nel sistema penale il termine è stato impiegato in modo generico, atecnico, senza alludere alla rigorosa accezione fornita dagli altri settori dell'ordinamento.

In verità, più che dal valore del dato letterale, la soluzione al quesito viene fatta dipendere molto dalla posizione che si assume in merito alla definizione del concetto "interesse legittimo". Optando, secondo la prevalente teoria c.d. sostanzialistica[92], per un interesse indirettamente ed occasionalmente protetto[93], configurabile in capo al privato già prima della trasgressione, ben potrebbe prospettarsi una situazione di interesse legittimo da difendere contro il *pericolo attuale di un'offesa ingiusta.*

A conclusioni diverse giungono quegli Autori che muovono dall'opposta teoria processualistica[94], secondo la quale l'interesse legittimo non è un dato preesistente alla violazione della legge, ma acquista rilievo solo dopo un atto

---

cit., p. 520; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 249. *Contra,* M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 218 s.; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 125 s., nt. 15.

[91] La stessa Costituzione distingue le due posizioni giuridiche all'art. 24, ove prevede che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri *diritti* e *interessi legittimi*", nonché all'art. 113, statuendo che "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei *diritti* e degli *interessi legittimi* dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa".

[92] Per un approfondimento delle teorie indicate nel testo sulla nozione di interesse legittimo, tra la letteratura di diritto amministrativo, per tutti, cfr. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1995, p. 107 ss. Sui riflessi dell'adesione all'una o all'altra teoria nella disciplina penalistica, con particolare attenzione all'art. 51 c.p., v. CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto,* Milano, 1965, p. 7 ss.

[93] Ossia, un interesse individuale connesso strettamente con un interesse pubblico e quindi, tramite quest'ultimo, tutelato dall'ordinamento.

[94] In questi termini, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 218.

amministrativo, o, comunque, un comportamento della pubblica amministrazione che violi le regole da osservare, attraverso il riconoscimento del potere di ricorrere al giudice amministrativo, per cui prima della lesione c'è solo un'aspettativa del consociato a che l'autorità operi correttamente. Ne consegue l'impossibilità di una difesa preventiva rispetto ad una situazione giuridica che nasce solo a cose fatte, con il verificarsi del pregiudizio dovuto alla violazione delle regole di comportamento cui la pubblica amministrazione era tenuta.

Senza voler prendere posizione in merito alle due concezioni esposte, riteniamo di dover accogliere l'interpretazione più restrittiva del dato normativo. Che l'attento e rigoroso legislatore del 1930, in pieno dibattito sulla cruciale distinzione, stante i riflessi in merito alla tutela, – oggi solo in parte attenuati dalla c.d. giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in determinate materie e dal riconoscimento a codesto giudice del potere di condannare al risarcimento del danno – tra queste situazioni giuridiche, abbia optato per un utilizzo improprio dell'espressione "diritto", è alquanto difficile da credere. Anzi, proprio questa scelta terminologica dovrebbe leggersi come una chiara presa di posizione circa l'ambito di applicazione della norma. D'altronde, l'esclusione così prospettata, non sembra avere conseguenze radicali perché la reazione al pericolo di violazione della legge, sulla quale si fonda l'interesse legittimo, pure optando per la nostra accezione restrittiva, potrebbe ritenersi scriminata a norma dell'art. 52 c.p. seguendo un'altra via, ossia considerandola una forma di

soccorso difensivo nei casi in cui tale situazione giuridica sia connessa, come si ritiene, con un interesse altrui obiettivamente tutelato[95].

4.1.2. L'«*OFFESA INGIUSTA*»

Chiarito il significato da attribuire al termine diritto, possiamo analizzare il concetto di «offesa ingiusta», cercando in primo luogo di capire se questo elemento normativo, che caratterizza a tal punto la struttura della scriminante da essere interpretato molto spesso come criterio discretivo tra la legittima difesa e lo stato di necessità[96], sia espressione che rinvii esclusivamente a norme giuridiche[97] ovvero anche a regole etico-sociali[98].

In effetti, «giusto» ed «ingiusto» sono termini che, per loro natura, richiamano qualcosa di più della semplice contrarietà al diritto, per indicare la quale il legislatore dispone

---

[95] Di regola, trattasi di un interesse statuale. Cfr. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 126. Ricordiamo però che, secondo una parte della dottrina, non è ammissibile la legittima difesa di interessi pubblici, collettivi o diffusi, salvo che rappresentino la forma esponenziale di interessi individuali. Sulle ragioni di questo orientamento e per i relativi Autori, v. *supra,* nt. 85.

[96] Cfr. DALIA, *Offesa ingiusta,* cit., p. 40 ss.; MIELE, *L'ingiustizia dell'offesa nella legittima difesa e criteri discretivi tra legittima difesa e stato di necessità,* in *Scuola pos.,* 1942, p. 19 ss.

[97] Così la prevalente dottrina. V., M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 217; GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 36 ss.; ID., *Difesa Legittima,* cit., p. 113 ss.; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 506 ss.; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 114 ss.; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 298; MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 359, PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 108; SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 167, MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 21

[98] PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 422 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale,* cit., p. 330.

di espressioni come «illegittimo» o «antigiuridico», indubbiamente più consone e meno controverse[99].

Qualora l'interprete dovesse soffermarsi solo sulla nota dell'ingiustizia, isolandola dagli altri elementi costitutivi della causa di giustificazione, la conclusione non potrebbe essere che questa: contrarietà del comportamento a regole non solo giuridiche ma anche morali, sociali e di costume. Tuttavia, in precedenza, evidenziando la necessità di calare l'espressione *de qua* nel contesto normativo di riferimento al fine di coglierne l'esatto significato, abbiamo chiarito l'esistenza di uno stretto collegamento tra «ingiustizia» e «diritto», da assumere come criterio guida nell'analisi esegetica della norma[100].

Se di per sé il vocabolo «ingiusto» non ha un significato chiaro, l'espressione «diritto», invece, salvo qualche dubbio sulla sua reale portata, è comunque univoca nell'escludere la possibilità di dare rilievo a qualificazioni extragiuridiche, facendo chiaramente riferimento a interessi tutelati da norme giuridiche. Ne consegue che per aversi un'aggressione impedibile *ex* art. 52 c.p. non è sufficiente il contrasto con una qualsiasi disposizione, ma occorre necessariamente la trasgressione di una regola di diritto positivo[101].

Qualche illustro Autore[102] ha obiettato che proprio l'accostamento diritto ed ingiustizia fa dubitare della

---

[99] Cfr. PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 449 ss.; ID., *Il fatto,* cit., p. 132.

[100] Sulla necessità di interpretare la nota dell'ingiustizia facendo riferimento al concetto di diritto, v. GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 35 ss.; ID., *Difesa Legittima,* cit., p. 114 ss.; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 115 ss.; PANNAIN, *Gli elementi,* cit., p. 106, SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 175.

[101] Cfr., per tutti, GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 115 ss.

[102] PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 422; ID., *Principi,* cit., p. 441; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale,* cit., p. 332 s.: "La legittima difesa, proprio in quanto riaffermazione del

correttezza di una tale conclusione in quanto un'offesa rivolta all'altrui diritto è già, per definizione, *contra ius.* Dunque, al fine di evitare una *interpretatio abrogans,* per il principio di conservazione delle norme, si deve ritenere che il legislatore, aggiungendo la nota dell'ingiustizia, abbia voluto richiamare una valutazione pre-giuridica, così da ritenere difendibile in via di autotutela solo quel comportamento che, oltre ad essere antigiuridico in quanto lesivo dell'altrui diritto, sia anche ingiusto per contrarietà «al senso di giustizia dei membri di una certa comunità»[103].

Senonché, resta alquanto difficile comprendere perché il legislatore utilizzi il disvalore extragiuridico per limitare l'impedibilità *ex* art. 52 delle azioni contrarie al diritto, e quindi, comunque suscettibili di essere contrastate dagli

---

diritto, non può infatti non ripetere la sua legittimazione anche dal suo svolgersi nel rispetto dei valori che sono alla base dell'ordinamento giuridico".

[103] Riportiamo le interessanti affermazioni di PAGLIARO, *op. loc. ult. cit.,* secondo il quale "se si prendono le mosse dal significato comune del termine «ingiustizia», bisogna formulare una ipotesi esegetica, secondo la quale sarebbe «ingiusta» l'offesa condotta contro il senso di giustizia dei membri di una certa comunità […]. L'inserimento della qualifica pre-positiva di ingiustizia tre i requisiti della legittima difesa suppone, dunque, un fondamentale accordo tra il criterio valutativo richiamato e i principi dell'ordinamento giuridico statale […]. L'esegeta che voglia comprendere il requisito dell'ingiustizia dell'offesa ai fini della difesa legittima, deve pertanto tener presenti tre punti fondamentali: il significato di ingiustizia come valutazione pre-positiva; la necessaria sostanziale convergenza tra tale valutazione e i principi giuridici dell'ordinamento; l'inserimento, attuato proprio a mezzo dell'art. 52 c.p., della valutazione pre-positiva di giustizia nell'ordinamento giuridico. In sostanza, la disposizione dell'art. 52 rappresenterebbe una delle vie espressamente aperte all'inserimento di valutazioni sociali di giustizia nell'ordinamento positivo italiano […] ma ciò non significa che in ogni caso, in cui l'offesa a un bene giuridico sia considerata «ingiusta» nell'ambiente sociale in cui essa si svolge, debba negarsi la liceità della difesa […]. Ma è esplicitamente riconosciuto dalla legge – e in ciò consiste la ragione d'essere del requisito «ingiustizia dell'offesa» - che il giudizio di prevalenza di un interesse sull'altro non può avvenire soltanto sulla base di considerazioni formali o legalistiche: entrano in gioco, invece, anche elementi attinti alla coscienza morale e sociale".

organi statali qualora fosse possibile un loro tempestivo intervento[104].

Ed in effetti, proprio l'irragionevolezza delle conseguenze di questa interpretazione ha portato i suoi sostenitori ad osservare che l'inserimento di un criterio etico-sociale in una disposizione scriminante comporti «la facoltà di estendere per via analogica la valutazione di ingiustizia anche ai casi che per la coscienza sociale non vi potrebbero essere ricondotti»[105].

Il che, a sommesso avviso di chi scrive, equivale a dire in sostanza: ai fini della difesa privata è sufficiente l'esistenza, accanto, ovviamente, agli altri requisiti richiesti dalla norma, di un'offesa giuridicamente rilevante, confermando l'esattezza dell'orientamento che considera questo elemento normativo, riconducibile esclusivamente ad un criterio di valore giuridico, così come il diritto.

A maggiore conferma dell'assunto sta il fatto che l'aggressione all'altrui interesse non necessariamente è sempre vietata dall'ordinamento[106]. Per questo va apprezzata la

---

[104] V. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 117 s: "Poiché lo Stato ha interesse che sia impedita la trasgressione di qualsiasi norma dell'ordinamento, poiché, anzi, spesso avrà un interesse particolare a che sia garantita l'osservanza delle disposizioni di cui non corrisponde alcun imperativo morale, sociale, ecc., sentito dalla comunità (illeciti di pura creazione politica), pare naturale che ogni violazione di legge possa venire sanzionata, ove sussistano i requisiti richiesti dall'art. 52 c.p., tramite l'impedibilità. Intervenendo in particolare favore del soggetto che subisce una aggressione il legislatore potrebbe ancora, senza contrastare alla esigenza di una completa osservanza del diritto, giustificare, oltre il limite della qualificazione giuridica, anche, le reazioni ai comportamenti illeciti alla stregua di norme eriche, di civiltà, sociali, ecc.".

[105] In questi termini, PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 425.

[106] Cfr. PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 506, secondo il quale il fatto che il diritto sia minacciato di lesione non implica automaticamente l'ingiustizia dell'offesa prospettata. In proposito viene fatto l'esempio dell'agente della polizia giudiziaria che nell'eseguire un ordine di cattura, pur rappresentando il pericolo attuale di un'offesa alla libertà personale altrui, e cioè ad un diritto tutelato dall'ordinamento, non pone in essere un'aggressione ingiusta, impedibile a norma dell'art. 52 c.p. da parte del destinatario del provvedimento di carcerazione. Analogamente, PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 115: "E

rigorosità tecnica del legislatore penale nel formulare l'art. 52 c.p., che invece è mancata ad esempio nella codificazione dell'art. 2043 c.c.[107], dando vita ad un lunghissimo dibattito sull'espressione «danno ingiusto»[108].

L'art. 52, riferendo l'offesa alla minacciata lesione di un diritto, ed esigendo che questa lesione sia ingiusta, chiarisce che l'aggressione all'altrui situazione giuridica potrebbe anche

---

così non si dubita del diritto fondamentale dell'uomo alla libertà personale, ma se nel caso specifico l'uomo è un delinquente e contro di lui è stato spiccato un mandato di cattura, che un agente di P. S. sta per eseguire, non v'è dubbio che l'interesse fondamentale alla libertà resta privo di riconoscimento e di protezione giuridica nel caso concreto, nei confronti dell'agente di P. S. ed agli effetti della cattura regolarmente predisposta. Si che, se il malvivente si ribellerà all'agente, difenderà un diritto che in quelle particolari condizioni *non è difendibile*, e pertanto non potrà invocare a suo favore l'applicazione dell'art. 52 c.p.". *Contra,* PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 422: "Vero è che in casi particolari è consentita dalla legge la lesione di un bene normalmente protetto; ma tali ipotesi in realtà ricadono fuori del contenuto del diritto, quale esso risulta da una appropriata considerazione di tutte le norme che lo regolano, e non di lacune soltanto".

[107] Art. 2043 c.c.: "Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"

[108] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 217, il quale, in merito all'art. 2043 c.c., afferma che l'ingiustizia del danno, scartate tutte le altre possibili opzioni ermeneutiche, che o dilatano troppo l'area della responsabilità, ovvero finiscono per risolversi in formule tautologiche, sta a significare "danno posto in essere in violazione di una situazione giuridico-soggettiva favorevole (diritto in senso lato) in assenza di esercizio del diritto o adempimento dell'obbligo. Che è proprio quanto enuncia l'art. 52 c.p.". *Contra,* PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 424. Per quest'ultimo Autore la differenza tra le due norme (art. 52 c.p. e art. 2043 c.c.), data dal fatto che solo nell'art. 52 c.p. c'è riferimento alla lesione di un diritto accanto al requisito dell'ingiustizia, deve essere letta come volontà del legislatore di assegnare alla nota dell'ingiustizia nell'art. 2043 c.c. un valore strettamente giuridico a differenza di quanto avviene nell'art. 52 c.p. In altri termini, è proprio il confronto tra le due norme a suffragare una lettura diversa dello stesso requisito: quindi, se nell'art. 2043 c.c. è corretto interpretare l'espressione "danno ingiusto" come indicativa di un danno *contra ius,* altrettanto non varrebbe per l'art. 52 c.p., visto che l'offesa all'altrui diritto è necessariamente contraria alle regole giuridiche e una tale interpretazione renderebbe la nota dell'ingiustizia una mera ripetizione di quanto già esplicitato dal termine "diritto".

In merito all'interpretazione dell'ingiustizia nell'art. 2043 c.c. da parte della dottrina civilistica, cfr. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile,* in *Jus*, 1960, p. 344 s.; e di recente, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* Milano, 2006, p. 3 ss.; PIRAINO, "*Ingiustizia del danno" e antigiuridicità,* in *Europa dir. priv.,* 2005, p. 703 ss. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Europa dir. priv.,* 1999, p. 1221 s; Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2000, n. 14629, in *Giur. it.,* 2001, p. 1621 s., ove, nonostante il diverso avviso di buona parte della dottrina civilistica, la Suprema corte interpreta l'espressione "danno ingiusto" come danno arrecato *non iure.*

essere operata *iure,* e quindi non impedibile, in quanto ricorra un titolo legittimante che abiliti l'aggressore a porla in essere. In altri termini, l'offesa rilevante nel contesto della difesa legittima è quella arrecata all'interesse altrui riconosciuto da una norma giuridica, *sine iure,* ossia non giustificata perché compiuta in assenza di una disposizione che autorizzi o imponga la condotta pregiudizievole[109].

Ritenere, come parte della dottrina sostiene[110], che la nota dell'ingiustizia nell'art. 52 c.p. consenta semplicemente di qualificare la condotta dell'aggressore in termini di contrarietà al diritto oggettivo per violazione delle norme che tutelano l'interesse minacciato, renderebbe in effetti pleonastico il requisito rispetto all'espressa menzione del termine diritto nel testo della disposizione.

L'interpretazione che invece si propone permette di cogliere l'autonomia sia dell'indicazione del diritto che di quella dell'ingiustizia nella formulazione della scriminante, venendo l'uno ad esprimere la necessità di accertare l'esistenza di una norma dell'ordinamento che garantisca all'aggredito la

---

[109] Per un'interpretazione dell'ingiustizia dell'art. 52 c.p. come *sine iure,* piuttosto che *contra ius*, cfr. M. GALLO, *op. loc. ult. cit.;* PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 507; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 249 s.; ROMANO, *Commentario*, I, cit., p. 521; FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 257; MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 21 ss.; TOLOMEI, «*Offesa ingiusta*» *e legittima difesa,* in *Scuola pos.,* 1942, p. 86 ss.; GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 36; ID., *Difesa legittima,* cit., p. 127 s.: "Se si afferma che «offesa ingiusta» significa, nell'art. 52 c.p., «offesa non giustificata», «offesa non autorizzata», risulta ammissibile, in primo luogo, dare ragione dell'impiego dell'aggettivo *de quo* invece di quello «antigiuridico», che il legislatore avrebbe dovuto, verosimilmente, impiegare ove avesse inteso appunto stabilire che l'aggressione deve essere «*contra ius*» […]. E' stata usata l'espressione «ingiustizia» […] perchè era intenzione del legislatore appunto sottolineare non già che l'offesa deve essere illecita, bensì che l'aggressore non deve essere autorizzato a realizzare il fatto tipico".

[110] Cfr., tra gli altri, PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 302; BATTAGLINI, *Sulla legittima difesa*, in *Riv. it. dir. pen.,* 1933, p. 340 s.; ZIMMERL, *L'art. 52 del codice penale italiano dal punto di vista sistematico,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1931, p. 363; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 117 s., FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 298.

protezione di un suo interesse, l'altra ad imporre di verificare l'assenza di una seconda disposizione che giustifichi nel caso di specie la lesione di tale interesse da parte dell'aggressore. La sanzione dell'impedibilità[111] in cui si sostanzia la reazione legittima *ex* art. 52 presuppone che ricorrano entrambe queste condizioni, appunto sintetizzate dal legislatore, secondo la tradizionale tecnica dei *normative Tatbestandsmerkmale,* con i concetti «diritto» ed «ingiustizia».

Quindi, accertato che entrambi i predetti requisiti sono elementi normativi indici di una qualificazione di diritto positivo, non resta che soffermarsi sulle norme giuridiche dagli stessi richiamate.

Perché un interesse possa dirsi tutelato è evidentemente necessaria l'esistenza di una disposizione, penale o extrapenale, che ne vieti la lesione. Il vero problema, che la dottrina da tempo ha cercato di risolvere, è se ai fini di una legittima reazione difensiva del privato sia sufficiente un fatto dell'aggressore oggettivamente contrario ad una norma precettiva, oppure occorra un illecito, sia pure non penale[112], integrato anche nella sua, eventuale, componente soggettiva[113].

---

[111] In questo senso, tra gli altri, cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 282; GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 37; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 316 ss.

[112] Cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, p. 219; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 250 s.; PADOVANI, *La condotta omissiva,* cit., p.677 ss.; ID., voce *Difesa legittima,* cit., p. 506: "Per quanto concerne l'identificazione del parametro cui riferire l'«ingiustizia», si può senz'altro escludere ch'esso si risolva nell'illiceità penale del fatto […]. L'illiceità penale dipende infatti da una somma di requisiti psichico-soggettivi che sono certamente rilevanti per fondare una responsabilità e giustificare l'irrogazione della pena, ma che non assumono alcun significato in rapporto alla funzione della difesa legittima".

[113] Sulla questione, cfr. M. GALLO, *La teoria,* cit., p. 49; ID, voce *Capacità penale,* cit., p. 884; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 120 ss.; ID., voce *Legittima difesa,* cit., p. 34 ss.; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 15, FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 298 s.; DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 174 ss.; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 643; SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 168 ss.;

Ad opinione di alcuni studiosi[114] l'operare della scriminante *de qua* sarebbe condizionato da una illiceità oggettiva ricavabile dalla norma penale incriminatrice in virtù della sua duplice funzione valutativa - perché in un primo momento valuta i fatti umani come illeciti - ed imperativa - comandando successivamente ai consociati di non porli in essere. In questi termini è impedibile la condotta aggressiva realizzata anche in assenza di dolo o colpa, bastando quel concetto di antigiuridicità oggettiva che, pur potendo eventualmente desumersi da norme extrapenali operanti in modo obiettivo, può benissimo scaturire direttamente dall'azione valutativa del precetto penale.

Ma, come è stato giustamente osservato[115], ad ogni norma corrisponde un unico grado di disvalore ricavabile dalla sanzione predisposta a garanzia della sua osservanza. Quindi, sussistendo un nesso inscindibile tra precetto e sanzione, l'illiceità che si desume dalla legge penale risulterà sempre

---

MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 19 ss.; DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità,* cit., p. 546 ss.; PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* cit., p. 35 ss.

Tra gli Autori che richiedono invece la responsabilità per l'azione aggressiva ai fini dell'operatività della scriminante (c.d. concezione soggettiva: "ingiustizia" valutata in relazione al soggetto che aggredisce), cfr. MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 389 s.: "La offesa minacciata, che autorizza la legittima difesa, deve inoltre essere «ingiusta», cioè creare una situazione soggettiva contraria al diritto […]. Se, mentre visitiamo le sale di un manicomio un mentecatto tenta di colpirci, saremmo degni di prendere il suo posto ove ci lagnassimo della «ingiustizia» del fatto".

[114] Su questa impostazione, tra gli altri, cfr. DELITALA, *Il fatto,* cit., p. 20 ss.; PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale,* Padova, 1965, p. 171, MEZGER, *Diritto penale,* trad. it., Padova, 1935, p. 171; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* Tübingen, 1906, p. 139 ss.

[115] M. GALLO, *La teoria,* cit., p. 9 s.; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 15 s.; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 133 ss.; DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità,* cit., p. 545 s. Questi studiosi hanno negato la possibilità di scindere il processo di qualificazione normativa del precetto penale nella duplice funzione valutativa ed imperativa, perché ciò urta con l'unita della valutazione del diritto, che non ammette frazionamenti, essendo invero subordinata al verificarsi di tutti gli elementi ai quali la legge condiziona l'operare della sanzione. Sono così giunti a negare che alla qualificazione operata da singoli settori dell'ordinamento si venga ad affiancare costantemente una valutazione oggettiva sempre desumibile dal precetto penale.

subordinata al perfezionamento di tutti gli elementi necessari per l'applicazione della pena, e perciò anche alla presenza del coefficiente psicologico richiesto dalla norma incriminatrice.

Sulla scia di queste premesse, nel quadro di una concezione c.d. pluridimensionale dell'illecito[116], una seconda corrente dottrinale[117] sostiene che l'illiceità rilevante ai sensi dell'art. 52 c.p. non è necessariamente oggettiva o soggettiva, ma sarà soggettiva ovvero oggettiva a seconda che la norma, penale o extrapenale preposta a tutela dell'interesse minacciato, cui è riconducibile in concreto il comportamento umano, richieda o meno la presenza di un elemento soggettivo. Quindi, l'offesa incolpevole potrebbe essere impedita legittimamente *ex* art. 52 c.p. solo ove fosse riconducibile ad una disposizione che prescinda dalla presenza del dolo e della colpa ai fini della sanzionabilità del fatto antigiuridico, come avviene prevalentemente per l'illecito extrapenale[118]. Però, ciò vorrebbe anche dire escludere la possibilità di una difesa privata tutte

---

[116] In quanto si afferma che il momento di disvalore oggettivo talvolta fa parte di forme più complesse di antigiuridicità. La prima formulazione della teoria della natura pluridimensionale dell'illecito si deve a WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts,* in *Zeitschr. f. ges. Strafrechtswiss.,* 1938, p. 505 ss. Venne poi approfondita in Italia da M. GALLO, *La teoria,* cit., p. 48. V., ulteriormente, DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* Milano, 1956, p. 201 ss. *Contra,* PETROCELLI, *Riesame,* cit., p. 377.

[117] NUVOLONE, *op. loc. ult. cit.*; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 254: "[…] cioè è sufficiente che l'aggressore ponga in essere un comportamento contrastante con l'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, anche se la specifica illiceità penale viene meno per difetto di requisiti di natura soggettiva".

[118] In effetti, l'illecito penale è di regola colpevole. Viceversa, l'illecito civile, fatta eccezione per la clausola generale dell'art. 2043 c.c., è essenzialmente incolpevole, essendo sufficiente l'oggettivo verificarsi del fatto. Quanto agli illeciti amministrativi, preme ricordare che dopo la legge 24 novembre 1981, n. 689, per una buona parte di essi (ossia quelli pecuniari, stante quanto previsto dall'art. 12 della predetta legge), la colpevolezza è divenuta la regola. Così, infatti, dispone l'art. 3 (Elemento soggettivo): "Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa.

Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

le volte in cui l'interesse minacciato da un'aggressione incolpevole sia previsto e tutelato solo da una norma penale[119].

In verità, così ragionando, si confondono due piani che dovrebbero restare distinti: quello della sanzionabilità dell'aggressore, normalmente subordinata alla presenza di un elemento soggettivo, essendo ragionevole perseguire l'autore del fatto lesivo solo quando si renda conto del disvalore del proprio comportamento[120], con l'esigenza di proteggere le situazioni giuridiche soggettive minacciate, in cui è dato ravvisare la *ratio* specifica della scriminante *de qua.*

In effetti, accettando il principio secondo cui l'art. 52 c.p. consente al privato la difesa legittima di un suo interesse solo in presenza di un illecito perfetto nel settore dell'ordinamento cui appartiene la norma richiamata, da un lato si aggrava la posizione dell'aggredito, costringendolo, in determinati casi, ad una difficile verifica sul coefficiente psicologico che illumina il comportamento lesivo[121]; dall'altro si finisce per delimitare l'ambito di operatività della causa di

---

[119] Ovviamente, salvo che si versi in un'ipotesi di responsabilità oggettiva contemplata dal diritto penale.

[120] Così, GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 135 ss.; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 73 ss.: "La legge non richiede che l'offesa, per legittimare la reazione, debba manifestare un particolare atteggiamento psicologico dell'aggressore. Ciò che qui conta, e sui cui l'istituto in esame trova la sua ragion d'essere, è che l'aggredito si trovi di fronte ad una condotta che illegittimamente minacci di lederlo nella sfera dei propri diritti […]. Se, però, l'aggressore ha agito in condizioni tali per cui non incorre in pena, consegue che, da un alto, il soggetto aggredito non perde il diritto alla reazione – sulla quale, come abbiamo visto, lo stato psicologico dell'offensore non ha influenza -, mentre l'offensore, dall'altro, è escluso dalla pena per l'azione effettuata, non essendo incompatibile in materia l'impunibilità dell'aggressore e l'impunibilità della reazione".

[121] TOLOMEI, «*Offesa ingiusta*», cit., p. 87: "Non la punizione dell'aggressore lo Stato cede all'aggredito ma semplicemente e soltanto la difesa dall'aggressione. L'aggredito è autorizzato a difendere il proprio (o l'altrui) diritto, non a castigare l'aggressore". Negli stessi termini, MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 21. Osserva acutamente che, così ragionando, l'applicazione dell'esimente verrebbe "il più delle volte a paralizzarsi, per il timore della responsabilità, non sapendo l'aggredito in base a quale ragionamento o se in base a ragionamento l'aggressore agisce".

giustificazione, sovrapponendo le ragioni che giustificano la richiesta di un requisito psicologico per l'applicazione della sanzione all'aggressore, con quelle che hanno invece portato l'ordinamento a legittimare l'autotutela privata.

Un'interpretazione dell'art. 52 c.p. coerente con la funzione che questa norma assolve nell'ordinamento porterebbe invece a concludere per l'operatività della scriminante tutte le volte in cui l'interesse tutelato sia obiettivamente minacciato[122]. Un risultato che, oltre ad essere la conseguenza della logica sottesa alla disposizione scriminante, può trovare adeguato riscontro in una semplice considerazione.

Se è vero, come sostiene autorevole dottrina[123], che la difesa legittima è una sanzione generale dell'ordinamento, e che un fatto è illecito in quanto suscettibile di sanzione, nulla vieta di considerare l'art. 52 c.p. il dato normativo di un momento autonomo di antigiuridicità[124]. Ne consegue, che il disvalore oggettivo, presupposto della sua applicazione, si ricava proprio combinando la disposizione scriminante con ciascuna norma penale o extrapenale che tutela un interesse umano vietandone la lesione, prescindendo quindi dalle note necessarie al perfezionamento dell'illecito nello specifico settore dell'ordinamento cui essa appartiene[125].

---

[122] Cfr. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 137; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 506, PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 441; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 294; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 290.

[123] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 282; GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 37; ID., *Difesa legittima,* cit., p. 134; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 316 ss. A conferma dell'assunto, basta considerare che la difesa legittima è ancorata al tipico requisito strutturale delle sanzioni, ossia la proporzione, nonché tenere conto del fatto che ad essa può fare ricorso chiunque a difesa di sé o di altri.

[124] Cfr. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 138.

[125] Così, GROSSO, *op. loc. ult. cit.*; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 114 ss.

Sarà così possibile la difesa contro la minaccia di un'offesa al diritto proprio o altrui posta in essere da ogni comportamento umano[126], sia esso doloso, colposo, ovvero incolpevole, perché ad esempio dovuto ad errore scusabile o a caso fortuito[127].

Questa conclusione è evidentemente contestata da coloro che, muovendo dalla premessa secondo cui la difesa legittima costituirebbe una forma di esercizio di una pubblica funzione delegata al privato nei casi in cui gli organi statuali non possono intervenire tempestivamente, sostengono che, in conseguenza, per l'operatività della norma devono sussistere tutti i presupposti che giustificherebbero l'azione pubblica. In questi termini, cfr. DALIA, *Offesa ingiusta*, cit., p. 45. Ma, se è vero che per le sanzioni caratteristiche dei singoli rami dell'ordinamento è necessario di regola un determinato atteggiamento psicologico, nulla vieta al legislatore di far dipendere l'applicazione della sanzione dell'impedibilità, in cui si sostanzia la difesa legittima, proprio dalla minaccia di un'oggettiva lesione, prescindendo dal sorgere di un illecito penale, civile o amministrativa.

[126] Nel caso in cui l'offesa provenga da forze della natura o da animali, in genere la dottrina nega l'applicabilità dell'art. 52 c.p., proponendo invece la scriminante dello stato di necessità, in quanto osserva che solo l'uomo può rendersi responsabile di fatti antigiuridici. Cfr., MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 359; SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 169. Tuttavia, si ammette una difesa legittima contro l'aggressione proveniente da animali o cose quando è imputabile al comportamento doloso di un uomo, del quale diventano solo lo strumento esecutivo. Nonché, si tende a riconoscere l'applicabilità dell'art. 52 c.p. anche nelle ipotesi in cui trattasi di animali o cose appartenenti alla sfera giuridica di un uomo. Così, GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 158 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 251; MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 22 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 253; PADOVANI, *La condotta,* cit., p. 695 ss.; ID., voce *Difesa legittima,* cit., p. 505; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 441). In entrambi i casi, comunque, risulterà irresponsabile non solo chi reagisce direttamente contro la cosa o l'animale (si tenga presente che l'uccisione o la lesione provocata ad un animale, anche non altrui, se compiuta per necessità, fa venire meno la configurabilità dell'illecito penale già per difetto di tipicità, a norma degli artt. 638 e 544-*bis* e seguenti, c.p.), ma anche chi reagisce contro la persona obbligandola a neutralizzarli.

[127] Cfr. MIELE, *L'ingiustizia,* cit., p. 21 ss. Quanto all'ipotesi del fatto offensivo di un non imputabile, ammettono la difesa legittima sia gli Autori per i quali la non imputabilità è una mera causa personale di esenzione da pena (tra i molti, cfr. M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 207) sia coloro che la considerano una causa di incapacità penale (MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, p. 65), essendo sempre configurabile un illecito, quantomeno extrapenale, suscettibile di impedibilità *ex* art. 52 c.p.; nonché, ovviamente, ammettono la difesa legittima contro il non imputabile gli studiosi secondo cui l'operatività della norma è subordinata solo ad un disvalore oggettivo del comportamento, a nulla rilevando le condizioni personali dell'aggressore (GROSSO, voce *Legittima difesa,* cit., p. 41 ss.). Anche gli Autori che considerano l'imputabilità un elemento della colpevolezza, concludono generalmente per l'operatività dell'art. 52 c.p., in quanto o aderiscono ad una nozione oggettiva di illiceità (ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522), ovvero ritengono comunque riscontrabile in concreto un illecito extrapenale (FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 254).

Ritorniamo alla qualifica dell'«ingiustizia». Come poc'anzi osservato, nell'economia dell'art. 52 c.p., esprime l'assenza di un titolo giuridico che legittimi il fatto lesivo, e quindi è indicativa non tanto di una contrarietà al diritto (*contra ius*), già insita nel concetto di offesa all'altrui interesse[128], quanto, piuttosto, di un comportamento non giustificato (*non iure* o *sine iure*)[129].

E' quindi necessario soffermarsi sulle disposizioni che, autorizzando o imponendo la condotta pregiudizievole, fanno venire meno il requisito dell'ingiustizia.

Nel caso di aggressione da parte di un soggetto immune, ammettono la difesa legittima, sia coloro che considerano l'immunità una mera circostanza di esenzione da pena (tra i molti, v. ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 135) ovvero un fenomeno di esenzione dalla giurisdizione (LEONE, *l'imputabilità nella teoria del reato,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1937, p. 319), in quanto in entrambi casi l'immune può porre in essere un fatto illecito impedibile; sia quegli Autori che ravvisano nell'immunità una causa di incapacità penale (M. GALLO, voce *Capacità penale*, cit., p. 883 s.), ben potendo comunque l'immune realizzare un illecito extrapenale - salvo il caso, però, in cui ciò sia espressamente escluso (si pensi agli agenti diplomatici, art. 31 Convenzione di Vienna 18 aprile 1961) -; nonché, a maggior ragione, gli studiosi che subordinano l'operatività della norma *de qua* ad un disvalore oggettivo (comportamento oggettivamente in contrasto con il diritto), e quindi concludono, ai fini dell'impedibilità *ex* art. 52, per l'irrilevanza di qualsiasi elemento negativo legato alla personalità dell'aggressore (GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 167). Tendono invece a negare l'applicazione della difesa legittima per difetto di *ingiustizia* nei confronti dell'aggressione da parte di chi gode di immunità c.d. funzionali gli Autori (ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 78, 522; DELOGU, *L'immunità penale dei consiglieri regionali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1980, p. 621 ss.) che ravvisano in esse una causa di giustificazione (adempimento di un dovere o esercizio di un diritto).

[128] Come è stato osservato, se il legislatore avesse voluto esprimere con la nota dell'ingiustizia semplicemente la contrarietà al diritto, si sarebbe servito di un'espressione più consona richiedendo, appunto, un'offesa «antigiuridica». In proposito, v. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 127.

[129] Accenni nel senso di un'interpretazione come *non iure*, anziché *contra ius,* li ritroviamo già in WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht,* Berlin, 1969, p. 78.

Alcuni studiosi ritengono, invece, che la nota dell'ingiustizia dovrebbe essere valutata dal punto di vista dell'aggredito, ritenendo *ingiusta* l'offesa che non si è tenuti a sopportare. Per tutti, cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* Tübingen, 1931, p. 161; PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., p. 66. Per una critica, nel senso che la dottrina in questione non spiega in base a quali criteri un'aggressione deve essere sopportata dall'aggredito, v. MOLARI, *Profili dello stato di necessità,* Padova, 1964, p. 131; PENSO, *La difesa legittima,* cit., p. 115 ss.

Indubbiamente, operano in tal senso tutte le cause di giustificazione che si risolvono nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero nell'adempimento di un dovere[130] in quanto, se l'ordinamento non vuole entrare in contraddizione con se stesso, non può riconoscere a taluno il diritto o, addirittura, il dovere di tenere un certo comportamento e al contempo considerare il fatto così realizzato ingiusto ai sensi dell'art. 52 c.p.[131]. Ne consegue che fanno senz'altro venire meno l'impedibilità le scriminanti contemplate dagli artt. 50, 51, primo comma, 52 e 53 c.p.[132].

Quanto all'esercizio di un diritto e all'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità[133], *nulla quaestio.*

Altrettanto deve dirsi per la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto se si ritiene, come in effetti

---

[130] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 217; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 140 ss.; ID., voce *Legittima difesa,* cit., p. 38, il quale afferma che l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere sono riconducibili ad una matrice unitaria, in quanto, chi deve agire ha altresì, almeno di regola, il diritto di porre in essere la condotta doverosa. Sui rapporti tra le due scriminanti, v. DOLCE, *Lineamenti,* cit., p. 151 ss.

[131] Ovviamente l'eccesso colposo costituisce un'ipotesi di offesa ingiusta impedibile. Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 251.

[132] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 185; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 157; ID., voce *Difesa legittima,* cit., p. 506.

[133] Sul punto secondo il quale l'ordine legittimo è, nella sostanza, una ipotesi di ordine imposto da una norma giuridica, v. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere,* in *Enc. dir.,* I, 1958, p. 570, secondo il quale "l'ordine non ha fatto che rendere concreta la volontà di una norma giuridica". Cfr. FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 245 e GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 142, per il quale "il superiore sarà dunque scriminato di ciò che ha concorso a realizzare per la esistenza di un complesso di disposizioni che lo facoltizzano espressamente, ovvero lo obbligano a tenere il comportamento che ha compiuto. L'inferiore sarà tenuto ad agire a cagione dell'ordine; trattandosi di ordine «legittimo» egli godrà tuttavia della efficacia facoltizzante, ovvero, coercitiva, che discende dalle disposizioni che rendono appunto legittimo l'ordine medesimo".

riteniamo, che trattasi di una figura particolare di esercizio di una facoltà legittima[134].

Il titolare di un diritto disponibile ha tra le sue facoltà quella di autorizzare taluno a lederlo o a metterlo in pericolo. Il destinatario di questo atto di disposizione[135], per effetto e nei limiti del consenso validamente prestato, può porre in essere un comportamento aggressivo sul bene altrui: esercizio di una facoltà che nasce direttamente dalla manifestazione di volontà di un soggetto legittimato esso stesso a realizzare quella condotta lesiva[136].

Dunque, la ragione per la quale questa causa di giustificazione è disciplinata in una norma autonoma rispetto all'art. 51 c.p. va ricercata semplicemente nella necessità, avvertita dal legislatore, di focalizzare l'attenzione sul

---

[134] In questi termini, tra i molti, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 186 ss.; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 236 ss.; ID., *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità,* in *Scritti in onore di V. Manzini,* Padova, 1954, p. 226; GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso,* Roma, 1924, p. 94 s.; DOLCE, *Lineamenti,* cit., p. 150 s; CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto,* cit., p. 67; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 143; ID., voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Enc. giur.,* VIII, 1989, p. 6 s.; MARINI, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Nss. D. I., Appendice,* II, 1981, p. 402. *Contra,* tra gli altri, DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto,* Milano, 1936, p. 63 ss.; PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Enc. dir.,* IX, 1961, p. 145; TESAURO, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato,* Padova, 1931, p. 145 s.

[135] In dottrina si discute molto sulla natura giuridica del consenso dell'avente diritto. Sostengono che costituisca un negozio giuridico di diritto privato o di diritto penale, tra gli altri, GRISPIGNI, *Il consenso,* cit., p. 101 ss.; DELOGU, *Teoria,* cit., p. 192. Per altri Autori, oggi in maggioranza, costituisce solo un atto giuridico in senso stretto con efficacia costitutiva, così M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, p. 191; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 261; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 261; TESAURO, *La natura giuridica,* cit., p. 151 ss. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 500, preferisce invece considerarlo semplicemente "una autonoma figura del diritto penale". Sostanzialmente conforme a quest'ultimo Autore, PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 145.

[136] Si riportano, in proposito, le precise osservazioni di M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 192: "[…] la scriminante dell'art. 50 c.p. si svolge tra l'esercizio del diritto da parte del consenziente e l'esercizio del diritto da parte del soggetto autorizzato. Il primo costituisce in capo al secondo una facoltà legittima – e la legge ha cura di stabilire a quali condizioni ciò possa avvenire. Anche la condotta del secondo, che è quella a cui la scriminante si riferisce, costituisce esercizio del diritto e, come tale, cade sotto la previsione dell'art. 51 c.p.".

soggetto che presta il consenso fissando in modo chiaro le condizioni cui è subordinata la rilevanza dell'atto[137]. Restano, ovviamente, sempre impedibili le offese realizzate in base ad un consenso invalido o relativo a diritti indisponibili[138].

Anche la legittima difesa costituisce in sostanza esercizio di una facoltà legittima, tale da escludere l'ingiustizia del comportamento tenuto. L'ordinamento, quando i propri organi non possono intervenire tempestivamente, autorizza il privato a difendere un proprio diritto: c.d. facoltà dell'autodifesa[139]. Comunque, pur non volendo ammettere l'esistenza di un diritto di autotutela[140], è inevitabile concludere riconoscendo

---

[137] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 185 ss.; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 507; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 145 ss., il quale osserva che "se una persona è facoltizzata espressamente da una norma a consentire la lesione o la messa in pericolo dell'interesse di cui è titolare, il comportamento in conseguenza commesso non potrà essere, a nostro avviso, che facoltizzato a sua volta. Non è concepibile infatti che l'autorizzazione a consentire non si traduca in una analoga autorizzazione alla condotta di colui che riceve il consenso […] esiste infatti la disposizione extrapenale facoltizzante a consentire la lesione o la messa in pericolo del bene, ed esiste la manifestazione di volontà (il consenso dell'avente diritto) che rende attuale il suo contenuto normativo nei confronti del destinatario della medesima […] una condotta costitutiva di una situazione giuridica nuova".

[138] Se il diritto oggetto del consenso è indisponibile il titolare non può autorizzare la sua lesione. Quindi resta l'ingiustizia del fatto offensivo con la legittimità di un soccorso difensivo. Cfr. gli Autori citati *supra,* nt. 88.

[139] Così, PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 157; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 248; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 300, DOLCE, *Lineamenti,* cit., p. 145; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 293; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 270, del quale si riportano le illuminanti parole: "[…] non può dirsi che l'art. 52 c.p. attribuisca immediatamente e direttamente un vero e proprio diritto di legittima difesa; manca, d'altra parte, una regola che, in via di principio, sancisca tale diritto. Questo però nasce dalla circostanza che la legge civile e quella amministrativa dispongono la non sanzionabilità dei fatti, altrimenti costitutivi di illecito, commessi nella difesa di un diritto proprio o altrui […] si può ritenere che la condotta posta in essere in stato di legittima difesa rappresenti esercizio di facoltà legittima e, quindi, mediatamente, rientri sotto la disciplina dell'art. 652 c.p."

Il fondamento della liceità della difesa legittima viene storicamente ricondotto a due idee: - da un lato viene affermato un diritto di autotutela che l'ordinamento non potrebbe negare; - dall'altro lato, la reazione difensiva viene vista come esercizio di una pubblica funzione di polizia delegata dallo Stato al cittadino. Per una disamina approfondita della questione, v. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 149 ss.; SZEGÖ, *Ai confini,* cit., p. 84 ss.

[140] Quanto al soccorso difensivo, PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 301, afferma che "la legittima difesa di un diritto altrui (soccorso difensivo) è una estensione chiaramente

nella difesa legittima un titolo giuridico incompatibile con la qualifica di «ingiustizia». Sarebbe, in effetti, irragionevole riconoscere a chi si è reso responsabile di un'aggressione *sine iure* la possibilità di opporsi alla giusta reazione di colui che si difende.

D'altronde, ammettere una reazione contro l'aggredito significherebbe negare la liceità del suo comportamento, riconosciuta invece proprio dall'art. 52 c.p., dando vita ad una catena di episodi di offesa-difesa reciproci in cui, in modo assurdo, si sanzionano condotte a loro volta sanzionatorie[141].

Alla stessa conclusione si perviene in materia di uso legittimo delle armi condividendo l'orientamento dottrinale[142] che vi ravvisa una sanzione giuridica, in quanto reazione all'illecito commesso da chi esercita una violenza od oppone una resistenza[143] nei confronti dell'Autorità, ovvero tenta la consumazione di uno dei delitti elencati nell'art. 53 c.p. E' anche vero però che l'articolo in questione, nonostante fosse stato concepito dal legislatore come un rinforzo alle ipotesi contemplate dalle norme che lo precedono (artt. 51 e 52 c.p.), a seguito dell'interpretazione restrittiva cui è stato sottoposto, ponendo l'accento ora sul «fine di adempiere un dovere del proprio ufficio», ora sul requisito della «necessità», nonché su

---

apprezzabile in una visione solidaristica, e coerente con il principio di uguaglianza: se chi abbia reagito contro l'aggressore per difendere diritti di terzi, in un modo consentito per la difesa di un diritto proprio, fosse punibile, ciò darebbe luogo ad una irragionevole discriminazione nel trattamento di situazioni ugualmente caratterizzate dall'aggressione ingiusta e da conseguenti necessità di difesa".

[141] GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 150; ID., voce *Legittima difesa,* cit., p. 39; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 507; SANTAMARIA, *Lineamenti,* cit., p. 206 s.

[142] GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 151 ss.; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 318.

[143] L'illiceità della resistenza, pacifica per chi ne suggerisce un'interpretazione restrittiva, con l'esclusione di ogni forma di resistenza passiva (cfr. ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 271), potrebbe essere tuttavia negata optando per una nozione più ampia del concetto (così, ad es., MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 266).

quello della proporzione, spesso richiamato da dottrina e giurisprudenza[144], sebbene non espressamente contemplato, per un verso o per l'altro viene fatto coincidere con i disposti dell'art. 51 o dell'art. 52[145]. Con tutte le relative conseguenze, anche in merito all'ingiustizia dell'offesa[146].

Più controversa la questione in tema di adempimento ad un ordine illegittimo dell'Autorità, la cui impedibilità è di regola fatta dipendere dalla natura eventualmente vincolante dell'ordine medesimo. In proposito è diffusa l'opinione che, essendo il destinatario di un ordine insindacabile tenuto ad ottemperarlo, non è ammissibile alcuna reazione legittima da parte di colui che ne subisce le conseguenze, perché l'attività

---

[144] In dottrina, tra molti, v. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 530; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 267. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 febbraio 1995, in *Cass. pen.,* 1996, p. 1842; Cass. pen., Sez. IV, 7 giugno 2000, in *C.E.D. Cass.,* n. 217622.

[145] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 230 s. L'Autore osserva come l'art. 53 c.p. si differenzi dalle norme che lo precedono per ciò che concerne la collaborazione del terzo al soggetto attivo della scriminante. Più precisamente, rispetto all'adempimento di un dovere, il terzo legalmente richiesto, pur non avendo vincoli di subordinazione con il pubblico ufficiale (vincolo che, invece, deve esistere allorché il pubblico ufficiale ordina al subordinato di fare uso delle armi *ex* art. 51), può usare armi o altro mezzo di coazione fisica. Quindi, il secondo comma dell'art. 53 c.p. rappresenta in questi termini un rafforzamento di quanto disposto dagli artt. 51 e 119 c.p. Ciò in quanto "quest'ultimo stabilisce che di una circostanza di non punibilità oggettiva si avvalgono tutti coloro che sono concorsi nel fatto. In caso di adempimento del dovere la norma citata non autorizza chi non è titolare del dovere a porre in essere la condotta dedotta in obbligo, ma puramente e semplicemente lo esonera da responsabilità per l'aiuto prestato al titolare del dovere. In forza del II comma dell'art. 53 c.p. il soggetto, non astretto da vincoli di subordinazione speciale al pubblico ufficiale, ove sia legalmente richiesto, può usare armi o altro mezzo di coazione fisica: è tutta la disposizione del I comma che in questo caso trova applicazione". Quanto, invece, alla legittima difesa, l'Autore precisa che il terzo che agisce a difesa di un diritto altrui usufruisce in proprio (direttamente) della giustificante, e "se ve ne siano tutti gli estremi, può utilizzare armi e così via". Ne consegue che il secondo comma dell'art. 53, questa volta, "viene a ridurre le possibilità di tutela di una situazione soggettiva favorevole aggredita". Per cui, stante la riserva dell'art. 53 ("Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti") "ogniqualvolta sia particolarmente rilevante l'attacco ad una situazione di diritto […] e si tratti di qualificare l'azione del terzo, appare preferibile il riferimento alla legittima difesa, così garantendo maggiori possibilità di tutela al bene minacciato. Infatti, per tal via, si prescinde dalla circostanza che il terzo sia legalmente richiesto dal pubblico ufficiale".

[146] Cfr. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 506.

dell'esecutore costituisce in sostanza adempimento di un dovere[147].

In realtà, come è stato giustamente osservato[148], trattandosi di un ordine che lo stesso ordinamento qualifica illegittimo, non può negarsi l'ingiustizia dell'offesa minacciata solo in virtù del principio di non contraddizione che, nella specie, dovrà piuttosto piegarsi alla necessità di difendere un diritto contro la realizzazione di un ordine criminoso[149].

---

[147] Cfr. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale,* Milano, 1934, ora in *Scritti giuridici,* I, Padova, 1966, p. 127 ss.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 275 s.; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 153 s.

A norma dell'ultimo comma dell'art. 51 c.p., nel caso di un ordine illegittimo insindacabile, risponde solo il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Come è stato osservato (DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 570 s.), presupposto di tale tipo di ordine è proprio l'assenza di una norma che autorizzi o imponga la sua emanazione. Indubbiamente potrà essere impedita, perché ingiusta, l'azione del superiore, sebbene questa precisazione non risolva il problema se si tiene conto che il più delle volte questa azione non rappresenta per il terzo un pericolo attuale, che invece scaturisce di regola dall'esecuzione dell'ordine da parte del sottoposto.

[148] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., pp. 211, 264 ss. Per l'Autore le cause di giustificazione si distinguono in soggettive ed oggettive: le prime sono quelle efficaci sul puro terreno penalistico, in quanto normalmente lasciano sussistere una illiceità extrapenale; le seconde invece estendono la loro efficacia all'intero ordinamento. Muovendo da queste premesse, riconosce natura soggettiva all'adempimento di un ordine della pubblica autorità solo formalmente legittimo, ma vincolante, malgrado l'illegittimità sostanziale, per il subordinato, con la conseguenza che "non può negarsi che, ad onta della non punibilità dell'esecutore, l'offesa posta in essere presenti i caratteri dell'ingiustizia, sì che colui che corre il rischio di sopportare gli effetti può ricorrere alla legittima difesa". *Contra,* GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 154, nt. 69, ove riconosce alla scriminate *de qua* natura oggettiva, affermando che la punibilità del superiore costituisce una deroga al principio sancito dall'art. 119 c.p. Però, come è stato giustamente osservato (M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 268 e *Appunti di diritto penale,* vol. III, *Le forme di manifestazione del reato,* Torino, 2003, pp. 184-190, 243-247), quello del superiore non è un concorso nel reato, ma una autonoma fattispecie criminosa.

[149] Alla stessa conclusione del testo, pervengono quella parte della dottrina che ravvisa nell'adempimento di un ordine illegittimo vincolante non una causa di giustificazione per l'esecutore, ma una mera causa di esclusione della colpevolezza o comunque una causa personale di esenzione da responsabilità, e nell'ingiustizia di cui all'art. 52 c.p. un fatto obiettivamente illecito. Cfr. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 517; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 238; PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 508; ID., *Diritto penale,* cit., p. 156. Questi studiosi contestano l'esistenza nel nostro ordinamento di ordini illegittimi vincolanti, osservando in primo luogo l'assenza di sanzioni per l'ipotesi in cui il subordinato non esegua tali ordini, nonché deducendo da alcune disposizioni che invero egli avrebbe il dovere di non prestarvi obbedienza.

Nessun dubbio invece sorge rispetto alla scriminante dell'art. 54 c.p. E' pacifico, sia pure muovendo da premesse non sempre coincidenti, che l'aggredito da colui che agisce in stato di necessità sia legittimato a difendere il proprio diritto, ricorrendo l'ingiustizia dell'offesa.

Ciò sia per motivi di carattere logico, evidenziando l'irragionevolezza che scaturisce dal vietare l'impedibilità di un tale fatto lesivo quando il soggetto passivo è un innocente, al quale quindi l'ordinamento deve almeno concedere la possibilità di un'autodifesa nei limiti fissati dall'art. 52 c.p.[150]. Ma anche, e soprattutto, se si tiene conto del fatto che lo stato di necessità, imponendo a norma dell'art. 2045 c.c. di corrispondere al danneggiato un'indennità, sicuramente postula un giudizio di disvalore su cui fondare la nota dell'ingiustizia[151]. In sostanza, è una causa di giustificazione che non fa venire meno ogni forma di responsabilità (c.d. scriminante soggettiva)[152], residuando un vero e proprio illecito civile, sia pure attenuato[153].

La difesa legittima in questi casi è ammessa anche da alcuni Autori che considerano tale figura una causa di giustificazione. Cfr., per tutti, SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale,* Torino, 1957, p. 250. Risolve positivamente il problema PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 441, muovendo da una nozione di ingiustizia come "contrarietà alle valutazioni sociali di giustizia che costituiscono il substrato sostanziale del nostro ordinamento giuridico".

Comunque è pacifico in dottrina che costituisca un limite all'insindacabilità sostanziale dell'ordine, se il destinatario è un militare, la sua manifesta criminosità, a norma di quanto oggi previsto dall'art. 4 legge 11 luglio 1978, n. 382, o la sua semplice criminosità quando è rivolto ad un impiegato civile dello Stato, ai sensi dell'art. 17, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3. Sull'argomento, tra gli altri, v. FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 251; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 288; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 275.

[150] Così, GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 154; ID., voce *Legittima difesa,* cit., p. 39; ROMANO, *Commentario,* I, cit., pp. 522, 541, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 251.

[151] PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 507.

[152] In proposito, v. *supra,* nt. 147.

[153] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., pp. 195, 196, 264 e vol. III, cit., p. 198 ss. Ad opinione dell'Autore l'indennità costituisce pur sempre una sanzione e lo stato di

4.1.3. ALCUNE BREVI OSSERVAZIONI SUL NUOVO SECONDO COMMA DELL'ART. 52 C.P.

Conclusa la questione esegetica inerente agli elementi normativi «diritto» ed «ingiustizia»[154], sono necessarie alcune brevi considerazioni sulla *legittimità* della presenza nei luoghi di cui all'art. 614 c.p., nonché in quelli ove viene esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale, e sulla *legittima* detenzione dell'arma utilizzata a scopo difensivo, requisiti di c.d. liceità speciale che circoscrivono

---

necessità l'unica circostanza attenuante nel sistema dei fatti illeciti civili. *Contra,* per una ricostruzione dell'indennità come responsabilità da fatto lecito dannoso, cfr. MOLARI, *Profili,* cit., p. 150. Preme qui evidenziare, sia pure brevemente, che nel dibattito sulla configurabilità nel diritto civile di atti leciti dannosi, gli esempi tradizionalmente riportati, artt. 924 e 925 c.c., a nostro sommesso avviso, non contemplano alcun diritto soggettivo a danneggiare il fondo altrui, salvo l'obbligo di indennizzo, ma semplicemente riconoscono il diritto ad entrare nel fondo di altri per inseguire propri sciami di api o animali mansuefatti, con l'obbligo di corrispondere una determinata somma nel caso vengano arrecati danni: ad essere lecito è solo l'ingresso e non il danneggiamento conseguente.

[154] In verità, in materia di offesa ingiusta, preme ricordare che la dottrina ha avuto modo di soffermarsi su altri problemi, quali la c.d. difesa legittima reciproca (che si ha quando i contendenti si aggrediscono a vicenda, come nella rissa o nel duello), e la difesa legittima del provocatore. Quanto alla prima questione: alcuni Autori (v. ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 295) ritengono che non possa operare la scriminante perché il soggetto non agisce per difendersi ma per offendere; altri (v. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 171, salvo che per le ipotesi specifiche del duello e della rissa; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 88) ritengono di dovere ammettere in linea di principio l'operatività della scriminante a favore di colui che reagisce contro la condotta iniziata per prima. Quanto al provocatore, la dottrina dominante (per tutti, ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 522) ritiene che possa agire in difesa legittima contro il provocato considerato che la provocazione, salvo alcune eccezioni, opera nel diritto penale solo come attenuante, e dunque non fa venire meno l'illiceità del fatto. Tuttavia, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, la non volontaria causazione del pericolo è un requisito tacito della difesa legittima, e ciò quindi porterebbe a concludere per la non operatività della scriminante nei confronti del provocatore, dei duellanti e dei corrissanti, salvo che l'avversario esorbiti con la sua condotta dai limiti prefissati. Cfr. PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa,* in *Cass. pen.,* 1955, II, p. 866; SABATINI, *Provocazione e legittima difesa,* in *Foro it.,* 1936, II, p. 54. Per difetto di «costrizione», PADOVANI, voce *Difesa legittima,* cit., p. 510. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 1999, in *Cass. pen.,* 2000, p. 3301; Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 1998, *ivi,* 1999, p. 853. *Contra,* M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 236 ss. Sul tema della difesa legittima del provocatore, v. pure, NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore,* in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 503 ss.; FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa,* cit., p. 1394 ss.

l'operatività del nuovo, e tanto discusso, secondo comma dell'art. 52 c.p.[155].

Entrambi costituiscono elementi normativi che, ai fini della loro esatta comprensione, rinviano ad altre norme: affinché una persona possa dirsi *legittimamente* presente in un domicilio, o comunque in un luogo di privata dimora, occorre verificare se abbia un titolo giuridicamente rilevante che l'autorizzi (es. proprietario, titolare di un diritto di godimento, familiare, ospite, domestico, commesso o cliente di

---

[155] Modifiche introdotte dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59, pubblicata sulla G. U. n. 51 del 2 marzo 2006. Per i commenti sulla "nuova" difesa legittima, v. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 156 ss.; ID., *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze,* in *Guida dir.,* 2006, 13, p. 52 ss.; AMATO, *Non c'è il temuto «strappo» nel sistema, ivi,* p. 57 ss.; MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006, 2, p. 432 ss.; ID., *Diritto penale,* cit., p. 256 ss.; DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante e sacro valore della vita umana,* in *Dir. pen. proc.,* 2006, 4, p. 431 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 887 ss.; GARGANI, *Il diritto di autotutela,* in *Studium juris,* 2006, p. 960 ss.; VIGANO', *Sulla 'nuova' legittima difesa,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006, 1, p. 189 ss.; CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto,* in *Dir. pen. proc.*, 2006, 4, p. 434 ss.

Si riporta la bozza di riforma (mancata) del codice penale, relativa alla difesa legittima e all'uso legittimo delle armi, realizzata dalla commissione ministeriale presieduta da Carlo Nordio, e presentata il 21 aprile 2005:

Art. 30 Difesa legittima: "E' scriminato il fatto commesso da chi è stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, tenuto conto dei beni in conflitto, dei mezzi a disposizione della vittima e delle modalità concrete dell'aggressione.

Non è scriminato il fatto di chi ha preordinato a scopo offensivo la situazione da cui deriva la necessità di difesa".

Art. 31 Uso legittimo delle armi o di altri mezzi di coazione fisica: "Ferme le disposizioni dei due articoli, è scriminato il fatto del pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità o comunque di impedire la consumazione dei reati contro la vita, l'incolumità o la libertà.

La disposizione del comma precedente si applica a chiunque, legalmente richiesto dal pubblico ufficiale, gli presta assistenza.

E' scriminato il fatto di chi fa uso di armi perché è costretto dalla necessità di difendere l'inviolabilità del domicilio contro l'intromissione ingiusta, violenta o clandestina e tale da destare ragionevole timore per l'incolumità o la libertà delle persone presenti nel domicilio.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di altri mezzi di coazione fisica".

un negozio, ecc.)[156]; mentre la *legittimità* nella detenzione di un'arma può desumersi solo dopo aver appurato il rispetto della normativa in materia (cfr. legge 2 ottobre 1967, n. 895 - legge 18 aprile 1975, n. 110 – legge 21 febbraio 1990, n. 36 - T.U. leggi di pubblica sicurezza e relativo regolamento)[157].

In sostanza, affinché taluno possa invocare a suo favore l'applicazione del nuovo comma è necessario accertare in primo luogo che egli stesso non versi in un'ipotesi di violazione di domicilio[158], e che non sia responsabile di detenzione illegale per l'arma impiegata; illeciti che, dunque, operano come limiti di ordine personale nell'individuazione dei possibili beneficiari.

---

[156] Naturalmente, anche un terzo presente illegittimamente nel domicilio altrui può reagire legittimamente ad un'aggressione, ma nei soli limiti indicati dal primo comma dell'art. 52 c.p. Cfr. PADOVANI, *Un modello,* cit., p. 53: "Così, l'amante della moglie introdottosi clandestinamente nell'abitazione, pur non essendo «legittimamente» presente, potrebbe senza dubbio reagire contro l'aggressione di un eventuale rapinatore, e anche contro il gelosissimo marito che, furibondo, si accingesse a ucciderlo: potrebbe, ma ai sensi e nei limiti del comma 1 […]".

[157] MANTOVANI, *Legittima difesa,* cit., p. 437: "[…] si è inteso escludere dai beneficiari della nuova legittima difesa speciale i soggetti che, in quanto detentori di armi illegittimamente, possono presumersi più propensi all'«uso facile» delle medesime, e circoscrivere invece tali beneficiari ai soli detentori legittimi di armi, poiché essi dovrebbero offrire maggiori garanzie di un uso di esse non spregiudicato e più controllato […]".

Questo requisito comporta che l'uso difensivo di un'arma non legittimamente detenuta potrà essere scriminato solo a norma del primo comma dell'art. 52 c.p. Cfr. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 164.

[158] Quanto invece al c.d. limite spaziale, secondo la prevalente dottrina, il rinvio operato dal secondo comma ai casi dell'art. 614 c.p. comporterebbe ben più che un mero riferimento alla necessità che la condotta difensiva si svolga in uno dei luoghi ivi indicati, in quanto starebbe a significare che questo nuovo comma si applica solo dopo che si sia verificata una introduzione o un intrattenimento abusivi nel domicilio altrui. Detto altrimenti, l'aggressore neutralizzabile con difesa armata presuntivamente proporzionata deve essere o un estraneo che si è introdotto arbitrariamente nell'altrui domicilio (o altro luogo di privata dimora), ovvero una persona che vi si trattiene indebitamente. Così, MANTOVANI, *Legittima difesa,* cit., p. 435; VIGANO', *Sulla 'nuova' legittima difesa,* cit., p. 204 s.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 890; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p 162.

Si tenga presente che, superando i dubbi interpretativi sorti rispetto all'art. 614 c.p., il legislatore nella difesa legittima ha voluto espressamente equiparare al domicilio ogni altro luogo in cui si esercita un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

4.2. *SEGUE:* LE ALTRE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE COMUNI

Per una completa disamina del fenomeno di cui ci stiamo occupando, è opportuno soffermare l'attenzione sulle altre cause di giustificazione previste nella parte generale del codice penale: consenso dell'avente diritto (art. 50); esercizio di un diritto o adempimento di un dovere (art. 51); uso legittimo delle armi (art. 53) e stato di necessità (art. 54).

La scriminante del consenso dell'avente diritto pone una serie di problemi interpretativi, ampiamente approfonditi nei principali contributi sull'argomento[159], come quelli inerenti alla nozione di *diritto disponibile* e alla *validità* dell'atto.

Quanto all'espressione *diritto,* è sostanzialmente pacifico in dottrina[160] che il termine non deve intendersi in senso tecnico, con riferimento alla nozione civilistica di diritto soggettivo,

---

[159] GRISPIGNI, *Il consenso,* cit., *passim;* BATTAGLINI, *Sul consenso dell'avente diritto,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1933, p. 150 ss.; PAOLI, *Il consenso del'offeso nel Progetto preliminare Rocco,* in *Scuola pos.,* 1928, I, p. 297 ss.; DELOGU, *Teoria,* cit., *passim;* SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto,* in *Ann. dir. proc. pen.,* 1934, p. 245 ss.; PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica, ivi,* 1932, p. 514 ss., ora in *Saggi di diritto penale,* Napoli, 1952, p. 221 ss.; RIZ, *Il consenso dell'avente diritto,* Padova, 1979; TESAURO, *La natura giuridica,* cit., *passim*; LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955; PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà,* Milano, 1966, p. 140 ss.; ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Nss. D. I,* IV, 1960, p. 115 ss.; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 140 ss.; PANNAIN, *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto,* in *Arc. pen.,* 1971, I, p. 345 ss.; MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 402 ss.; GALLISAI PILO, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Dig. disc. pen.,* III, 1989, p. 71 ss.; GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 1 ss.; ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto,* Milano, 1995; SPIEZIA, *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto,* in *Riv. pen.,* 1933, p. 918 ss.; DOLCE, *Ancora qualche considerazione in favore della efficacia oggettiva e della natura negoziale privata del consenso preveduto dall'art. 50 c.p.,* in *Arch. pen.,* 1957, I, p. 469 ss.; DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,*1987, p. 536 ss.; IADECOLA, *Potestà di curare e consenso del paziente,* Padova, 1998; ROXIN, *Sul consenso nel diritto penale,* in *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., p. 119 ss.; LICITRA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di consenso dell'avente diritto,* in *Cass. pen.,* 1985, p. 503 ss.; SALAZAR, *Consenso dell'avente diritto e disponibilità dell'integrità fisica, ivi,* 1983, p. 53 ss.

[160] Cfr., GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 2; RIZ, *Il consenso,* cit., p. 80 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 495; GALLISAI PILO, voce *Consenso,* cit., p. 73; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 430.

ma *lato sensu,* ossia come ogni interesse giuridicamente rilevante che sia oggetto di tutela penale, e quindi protetto dalla norma incriminatrice del reato scriminato dalla prestazione del consenso. Opinando diversamente si verrebbe a circoscrivere in modo irragionevole la portata applicativa della disposizione, considerato che il diritto penale non si occupa solo di veri e propri diritti soggettivi, ma molto spesso di situazioni giuridiche che si manifestano nella forma dell'interesse obiettivamente tutelato, pertanto riconducibili semmai ad un concetto di diritto inteso in senso lato[161].

Ne consegue che, di volta in volta, per poter stabilire se la condotta lesiva dell'agente sia o meno giustificata *ex* art. 50 c.p., sarà in primo luogo necessario verificare che il consenso validamente prestato abbia ad oggetto l'interesse tutelato dal precetto penale.

Ma, se le cose stanno effettivamente in questi termini, emerge subito una differenza sostanziale tra i concetti di *diritto, validità* e *disponibilità*.

Mentre questi ultimi, come avremo modo di dimostrare tra poco, ricavano la loro definizione specifica da norme estrinseche alla legge incriminatrice considerata, secondo una struttura identica, ad esempio, a quella caratterizzante l'ingiustizia dell'offesa nella difesa legittima, il diritto rilevante ai sensi dell'art. 50 c.p., invece, si desume direttamente proprio dalla lettura della singola disposizione

---

[161] Cfr. PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 141. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulla distinzione tra diritto soggettivo in senso tecnico e diritto soggettivo in senso lato, con particolare riguardo ai c.d. interessi obiettivamente tutelati e alle tecniche di tutela normalmente adottate dal diritto penale, v. *supra,* § 4.1.1., pp. 87-88-89, nonché gli Autori ivi citati. In particolare, cfr. M. GALLO, voce *Capacità penale,* cit., p. 889; ID., *Appunti,* vol. I, cit., p. 28 ss.

penale ove la scriminante *de qua,* come tutte le cause di giustificazione, opera quale elemento negativo del fatto criminoso.

Non riproducendosi in questo caso quella tecnica di rinvio che è alla base del fenomeno dei *normative Tatbestandsmerkmale,* si deve escludere che l'espressione *diritto* nell'art. 50 c.p. operi come un vero e proprio elemento normativo.

Quanto alla *validità* del consenso e alla *disponibilità* dell'interesse, non emergono dubbi circa la loro natura normativa. Tuttavia, mancando una disciplina generale da cui desumere precisi criteri guida, è alquanto problematico per l'interprete sia tracciare una chiara linea di demarcazione tra diritti disponibili e diritti indisponibili[162], che individuare i requisiti necessari affinché il consenso prestato possa ritenersi penalmente valido.

In questo contesto, la disponibilità dell'interesse tutelato viene determinata alla luce dell'intero ordinamento, facendo riferimento alla logica giuridica, ai principi generali, nonché a tutte le fonti extrapenali che disciplinano la situazione giuridica soggettiva oggetto dell'atto dispositivo[163].

---

[162] Cfr. GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 2; PEDRAZZI, voce *Consenso*, cit., p. 141 s.; MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 404; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 290; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 146; ALBEGGIANI, *Profili,* cit., p. 52; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 244.

In passato si è tentato di identificare i diritti disponibili stabilendo un parallelismo con i reati perseguibili a querela. In realtà, come giustamente evidenziato dalla dottrina più recente (per tutti, GROSSO, *op. cit.,* p. 1) la querela non è necessariamente ancorata alla disponibilità dell'interesse tutelato dalla norma penale, esistendo delitti perseguibili d'ufficio relativi a diritti disponibili (es. artt. 624, terzo comma, e 624 *bis* c.p.) e delitti che proteggono interessi indisponibili perseguibili a querela di parte (es. artt. 392 e 393 c.p.). Dunque, data la sua peculiare finalità, la querela può essere solo un indice, non necessario né sufficiente, di disponibilità.

[163] GROSSO, *op. loc. ult. cit.*; RIZ, *Il consenso,* cit., p. 83; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 142; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 385.

In verità, in taluni casi, il problema è risolto direttamente ed in modo esplicito dal diritto penale, con una norma che incrimina il fatto lesivo commesso da terzi, malgrado il consenso del titolare (es. art. 579 c.p.), ovvero qualifica come reato anche l'offesa che lo stesso cagiona personalmente all'interesse protetto (es. art. 369)[164]. Ma, al di fuori di queste ipotesi particolari, peraltro in numero ridottissimo, un buon criterio normativo per valutare la disponibilità del diritto in questione, anche se non sempre univoco[165], è desumibile dalla relativa disciplina di settore, come ad esempio quella civilistica in materia di diritti patrimoniali[166]. Occorre, infine, tenere presente che la natura disponibile o indisponibile della situazione giuridica soggettiva può dipendere, oltre che dalla valutazione giuridica del momento, anche da parametri etico-sociali[167]. Si pensi all'art. 5 del codice civile[168], relativo

---

[164] Ovviamente, in tutte le ipotesi in cui la norma incriminatrice contempla il consenso o il dissenso del soggetto passivo del reato tra i requisiti del fatto tipico, siamo al di fuori dell'ambito di operatività della scriminante di cui all'art. 50 c.p. In proposito, v. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 494.

[165] Per un'attenta ricostruzione delle posizioni dottrinali sulla disponibilità e indisponibilità degli interessi tutelati dal diritto penale, v. GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 2 ss.; RIZ, *Il consenso,* cit., p. 435 ss.; GALLISAI PILO, voce *Consenso,* cit., p. 75 ss.; MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 406 s.; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 142 ss.

[166] Sui limiti alla disponibilità dei diritti patrimoniali, cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 186 ss.; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 385; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 285.

[167] FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* ci., p. 238: "[…] i limiti del consenso scriminante sono influenzati dall'evoluzione dei valori socio-culturali e soprattutto dal tipo di rapporto che storicamente si instaura tra l'esigenza di dare ampio spazio alla libertà individuale e l'esigenza, contrapposta, di limitare questa libertà per il soddisfacimento di interessi collettivo-solidaristici […]". Analogamente, GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 2.

[168] Art. 5 c.c. Atti di disposizione del proprio corpo: "Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume".

Al divieto di atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, sono state introdotte nel tempo delle deroghe, come la legge 26 giugno 1967, n. 458, che, in presenza di una serie di condizioni, consente la

all'integrità fisica, ma da buona parte della dottrina[169], in mancanza di specifici punti di appoggio legislativi, esteso analogicamente a numerosi diritti della personalità (es. libertà ed onore)[170], che, attraverso il riferimento al «buon costume», ossia, secondo l'interpretazione prevalente[171], all'insieme delle regole di civile convivenza e di educazione sociale in virtù delle quali si può stabilire ciò che è socialmente approvato o, quantomeno, tollerato, permette di formulare un giudizio sulla disponibilità dell'interesse anche con riferimento a norme extragiuridiche.

Le questioni inerenti alla validità del consenso si traducono essenzialmente nell'individuazione dei soggetti legittimati a prestarlo[172], della capacità necessaria[173] e della forma che deve

---

donazione di un rene, o la legge 16 dicembre 1999, n. 483, relativa la trapianto di parti di fegato. Sull'argomento, v. ALBEGGIANI, *Profili,* cit., p. 74 ss.

[169] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 187 s.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 238; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 246; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 146; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 288; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 149. Criticamente, ALBEGGIANI, *Profili,* cit., p. 66 ss., che suggerisce un ridimensionamento della portata applicativa dell'art. 5 c.c., circoscrivendolo "agli atti con cui un soggetto dispone del proprio corpo a beneficio di altri instaurando rapporti di tipo contrattuale o negoziale"; nonché, ancora più radicalmente, VANNINI, *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale,* Milano, 1954, p. 138; ID., *Istituzioni di diritto penale, parte generale,* Firenze, 1965, p. 170 ss.

[170] Quanto al fatto che si ricorra all'analogia, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 188, evidenzia che "oggetto dell'estensione analogica non è una regola penale, bensì una regola extrapenale".

[171] Sul concetto di «buon costume» nella disciplina penalistica, per tutti, v. FIANDACA, *Problematica dell'osceno,* cit., p. 75 ss.

[172] Tale, ovviamente, è il titolare dell'interesse tutelato dalla norma, sia esso persona fisica o giuridica. Come osserva ALTAVILLA, voce *Consenso,* cit., p. 116, "la titolarità del diritto deriva da una situazione giuridica per la quale esso è attribuito ad una determinata persona che, quindi, può agire per la sua difesa e, ove ne sia capace, ne può disporre". Cfr., tra molti, DELOGU, *Teoria,* cit., p. 237; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 150; GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 4). Rinvia direttamente alla disciplina dettata nei vari ordinamenti settoriali in cui rileva l'interesse penalmente tutelato, MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 405. Si discute invece se ed entro quali limiti possa ritenersi valido il consenso prestato dal rappresentante legale o volontario. La dottrina prevalente riconosce anche a questi soggetti la legittimazione, purché la rappresentanza sia compatibile con la natura del diritto e/o con la natura dell'atto da consentire, ed il

assumere la manifestazione di volontà[174]. Le risposte in dottrina non sono sempre concordi in quanto, mentre alcuni Autori[175], valorizzando la natura giuridica del consenso, cercano la soluzione nella disciplina civilistica del negozio o

---

rappresentante agisca nei limiti del suo mandato. Cfr., in questi termini, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 247; RIZ., *Il consenso,* cit., p. 162 ss.; GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 5; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 151; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 425; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit.,p. 236. *Contra,* ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 289, secondo cui, il linea di massima, la rappresentanza è inconciliabile "con il carattere personale degli interessi protetti dal diritto penale.

[173] Si discute se occorra la capacità di agire di cui all'art. 2 c.c., cioè il raggiungimento della maggiore età, ovvero sia sufficiente la capacità naturale, ossia il discernimento necessario per comprendere l'importanza del bene in gioco e quindi il significato del proprio atto. Normalmente, chi vede nel consenso un negozio giuridico di diritto privato estende ad esso la disciplina dell'art. 2 c.c. (cfr. GRISPIGNI, *Il consenso,* cit., p. 181); mentre chi lo considera un negozio di diritto penale ovvero un atto giuridico in senso stretto di regola ritiene necessaria e sufficiente la capacità naturale, da accertare caso per caso, nonostante qualche opinione favorevole all'applicazione della disciplina presuntiva del codice in materia di imputabilità (RIZ, *Il consenso,* cit., p. 150). Altra dottrina, invece, (cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 191; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 429 ss.; GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 5; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 150 s.; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 292; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 500; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 146 s.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 290; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 237) preferisce evitare generalizzazioni, concludendo che, fuori dai casi in cui è il diritto penale a fissare un limite di età (es. artt. 579, 609 *quater*, 609 *quinquies,* ecc.), vale il principio relativistico dell'età variabile a seconda del diritto oggetto dell'atto dispositivo e del tipo di atto consentito, con la conseguenza ad esempio di ritenere necessaria, oltre alla capacità naturale, anche la maggiore età in materia di diritti patrimoniali, salvo che il consenso venga prestato per cose che, per consuetudine o usi, rientrano di regola nella disponibilità del minore (es. giocattolo di minimo valore economico, un giornalino, ecc.).

[174] Secondo l'orientamento dominante, non occorre una forma particolare. Così, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 247; GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 5; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 149 ss.; DELOGU, *Teoria,* cit., p. 278 ss. Parzialmente difformi, MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 405; GALLISAI PILO, voce *Consenso,* cit., p. 80, i quali ritengono che sia necessario di volta in volta osservare le prescrizioni imposte dalle singole discipline di settore, fatte salve le eventuali diverse indicazioni discendenti dall'ordinamento penale.

Quanto alla volontà, si tende ad applicare la disciplina inerente ai vizi (dolo, violenza ed errore). Sul punto v. l'ampia analisi di RIZ, *Il consenso,* cit., p. 187 ss.

[175] Cfr. GRISPIGNI, *Il consenso,* cit., p. 181; ALTAVILLA, voce *Consenso,* cit., p. 115 ss.; DELOGU, *Teoria,* cit., p. 192; TESAURO, *La natura giuridica,* cit., p. 151 ss. Secondo MARINI, voce *Consenso,* cit., p. 404, il consenso scriminante non è sempre un negozio giuridico o sempre un atto giuridico, ma, alla stregua dei singoli ordinamenti settoriali in cui rileva l'interesse, di volta in volta, "potrà rientrare nell'ambito dei negozi giuridici o in quello dei cosiddetti atti giuridici, seguendone la disciplina". Analogamente, GALLISAI PILO, voce *Consenso,* cit., p. 79 s.

dell'atto giuridico in senso stretto, altri[176] preferiscono porre l'accento sulla natura del diritto e quindi sulla relativa normativa di settore.

Ovviamente, il dato rilevante ai fini della nostra indagine, è che pur muovendo da premesse diverse, per determinare se il consenso alla lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla legge incriminatrice abbia l'effetto scriminante di cui all'art. 50 c.p., l'interprete deve sempre avvalersi di un sistema normativo estrinseco al precetto.

Il discorso si fa particolarmente delicato per quanto concerne le ipotesi disciplinate nell'art. 51 c.p.: esercizio di un diritto e adempimento di un dovere[177].

In effetti, a differenza di altre cause di giustificazione, che scaturiscono dalla combinazione di requisiti tanto descrittivi quanto normativi, queste scriminanti si presentano sostanzialmente come un elemento «tutto normativo»[178].

---

[176] Così, GROSSO, voce *Consenso,* cit., p. 6; PEDRAZZI, voce *Consenso,* cit., p. 146 s.; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 190; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 430; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 501; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 147.

[177] Sull'esercizio di un diritto, cfr. CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato,* Napoli, 1939; CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 5 ss.; FROSALI, *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità,* in *Scritti Manzini,* Padova, 1954, p. 219 ss.; LEONE, *L'esimente dell'esercizio di un diritto,* Napoli, 1970; MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XV, 1966, p. 627 ss.; MALIVERNI, *L'esercizio del diritto: un metodo di interpretazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1988, p. 367 ss.; PULITANO', voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere,* in *Dig. disc. pen.,* IV, 1990, p. 320 ss.; SANTORO, voce *Esercizio di un diritto, adempimento di un dovere (dir. pen. comune),* in *Nss. D. I.,* VI, 1960, p. 825 ss.; REGINA, voce *Esercizio del diritto e adempimento del dovere,* in *Enc. giur.,* XIII, 1989. Sull'adempimento di un dovere, cfr. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità,* cit., p. 109 ss.; DELITALA, voce *Adempimento di un dovere,* cit., p. 567 ss.; MESSINA, *L'ordine insindacabile dell'autorità come causa di esclusione del reato,* Roma, 1942; PELLEGRINO, *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1978, p. 150 ss.; SANTORO, *L'ordine,* cit., *passim.*; VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica,* Milano, 1971.

[178] In questi termini, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, p. 257 s., secondo cui la scriminante può dirsi a significato interamente normativo quando "la qualifica non rappresenta una frazione di un contenuto più ampio, ma definisce l'intero contesto che dà vita alla causa di non punibilità". Analogamente, LOZZI, *Il problema della buona fede*

E' ovvio che la differenza non è quantitativa ma qualitativa, perchè rispetto alle figure di cui ci stiamo occupando, l'operatività, nella descrizione della situazione giustificante, di qualifiche discendenti da norme extrapenali assume un significato molto diverso da quello normalmente riscontrabile quando nella fattispecie sono presenti uno o più requisiti normativi.

Le disposizioni richiamate, attributive di diritti e doveri, non intervengono come meri criteri di definizione specifica dell'ambito concettuale di un singolo elemento normativo, ma esplicano una funzione identica a quella degli artt. 50, 52, 53 e 54 c.p., ossia descrivono direttamente tutta la causa di giustificazione. Ciò denota una differenza sostanziale, che va ben oltre la realtà di una diversa estensione dell'apporto extrapenale.

Detto altrimenti, l'art. 51, è una norma che presenta uno schema vuoto se non lo si mette in relazione con il contenuto di altre disposizioni, in quanto più che definire i requisiti di cui si compone una scriminante, attraverso la tecnica del rinvio, riconosce efficacia giustificante alle situazioni giuridiche di diritto e dovere autonomamente previste da altre norme. Un tipo di collegamento che, con riguardo alle disposizioni incriminatrici, abbiamo già avuto modo di

---

determinata da un'errata pronuncia giudiziale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1958, p. 814; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 196 ss.; CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 54; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 358 ss.; ID., voce *Esercizio,* cit., p. 329; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti,* cit., p. 1232. Secondo MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 240, nt. 41, "L'art. 51 non è un'asserita «*norma in bianco*», poiché è questo stesso tipo di norma, integrata da una norma integratrice, che produce effetti giuridici, mentre nel caso di esercizio del diritto gli effetti scriminanti sono prodotti dalla norma sul diritto, senza alcuna mediazione dell'art. 51".

ricondurre nella categoria dogmatica delle norme penali in bianco[179].

Questa constatazione avrà delle conseguenze rilevanti quando ci occuperemo della tematica dell'errore. Per il momento interessa solo aver evidenziato la presenza nell'art. 51 c.p. di un meccanismo analogo a quello delle disposizioni in bianco, dimostrando che il paradigma cui rispondono è riscontrabile tanto nell'aspetto positivo quanto in quello negativo del fatto oggettivo di reato.

E' opportuno ora soffermarsi su altre questioni problematiche. Anche nell'ipotesi in esame il concetto di *diritto* deve essere inteso nella sua massima estensione, identificandolo con ogni facoltà legittima ricompresa in una situazione giuridica soggettiva attiva riconosciuta da una norma dell'ordinamento[180], quindi suscettibile di *esercizio*, così

---

[179] In proposito si rinvia a quanto esposto *supra,* cap. I, § 4.

[180] Si discute sulle fonti del diritto e la risposta tra gli Autori non è affatto univoca.

In primo luogo si è prospettato il problema se tale situazione giuridica possa sorgere anche da norme penali. La risposta è prevalentemente negativa, in quanto ciò significherebbe ricomprendere tutte le scriminanti nell'esercizio di un diritto, considerato che esse, comportando la non punibilità dell'autore del fatto, in un certo qual modo facoltizzano il comportamento tenuto. L'inesattezza di una tale premessa si coglie subito se si tiene conto che, così ragionando, anche la norma che prevede lo stato di necessità potrebbe considerarsi attributiva di una facoltà di agire. Ma l'art. 54 c.p. non riconosce alcun diritto, perché altrimenti sarebbe contraddittorio far discendere, a norma dell'art. 2045 c.c., conseguenze civili dal fatto necessitato. "Di costituzione di un diritto qui non è il caso di parlare: il danno cagionato è pur sempre danno ingiusto, ed alla realizzazione ci si può opporre in stato di legittima difesa", così M. GALLO, *Appunti,* vol. I, part. II, cit., p. 196 s. Analogamente, CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 92 ss., osservando che talune cause di giustificazione del codice penale si limitano a qualificare non punibile un certo comportamento, "senza che da ciò possa dedursi, *ipso facto*, il riconoscimento della facoltizzazione del comportamento stesso", nonché ponendo l'accento sulla considerazione che il legislatore nel codice di procedura penale (art. 652 c.p.p., già art. 25 c.p.p. nel precedente codice) distingue l'esercizio di un diritto (*rectius*: facoltà legittima), dall'adempimento del dovere, e ciò costituirebbe una conferma del fatto che non tutte le scriminanti sono ipotesi di esercizio del diritto. "Ne consegue, perciò, che, se dalle scriminanti, che sono norme penali, non può discendere alcun diritto soggettivo, la stessa situazione, sulla base dell'argomento *a fortiori,* dovrà verificarsi a proposito di tutte le leggi aventi natura penale". Così anche MANTOVANI, voce *Esercizio,* cit., p. 650 ss., sia

da farvi rientrare ogni comportamento autorizzato, qualunque sia la sua denominazione legislativa o dogmatica[181].

---

per le norme scriminanti, argomentando negli stessi termini di cui sopra, che per quelle incriminatrici, perché non si riesce a comprendere in che modo diritti nati dalla legge incriminatrice, elevando a tale rango interessi da essa esclusivamente protetti, possano porsi in contrasto con la medesima.

Quanto alla possibilità che una norma giuridica extrapenale, fonte del diritto o del dovere, sia prevista in un atto diverso dalla legge statale, ordinaria o costituzionale, le posizioni in dottrina variano notevolmente in virtù delle diverse posizioni sulla riserva di legge in materia penale (assoluta, tendenzialmente assoluta o relativa) e sulla sua riferibilità anche alle norme che prevedono cause di giustificazione. Muovendo da una riserva di legge assoluta, tanto per le norme incriminatrici quanto per le disposizioni scriminanti (perché non avrebbe senso riservare alla sola legge la previsione degli elementi positivi di un reato, lasciando che gli elementi negativi del fatto tipico possano invece essere preveduti anche da fonti diverse), ammettono tra le fonti del diritto o del dovere, oltre alla legge statale e agli atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi delegati), anche fonti normative subordinate (come i regolamenti, la consuetudine ed, entro certi limiti, norme di altri ordinamenti), nonché atti amministrativi, provvedimenti giurisdizionali e negozi giuridici di diritto privato, a condizione che via sia sempre una norma primaria ad assicurare loro, in una determinata materia, la possibilità di prevedere un diritto o un dovere: cioè, perché sia rispettata la riserva assoluta di legge, è necessario che il diritto o il dovere sia sempre riconducibile, direttamente o indirettamente, ad una norma di legge. In questi termini, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 193 ss.; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 243 ss.; CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 47 ss., PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 151 ss., solo però con riguardo al diritto, ammettendo come fonte del dovere anche norme subordinate alla legge; nonché C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale,* cit., p. 319 ss. e MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 235 ss, i quali riconoscono come fonte mediata anche la legge regionale. *Contra*, CAVALLO, *L'esercizio,* cit., p. 66 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 434 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 508 ss., ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 278; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 242 s.; SANTORO, voce *Esercizio,* cit., p. 829: secondo questi Autori il diritto e il dovere di cui all'art. 51 c.p. possono trovare la propria fonte in una qualsiasi norma giuridica, senza che occorra la mediazione di una disposizione primaria.

[181] In dottrina, prevale l'orientamento che ravvisa nel *diritto* di cui all'art. 51 c.p. ogni situazione giuridica soggettiva attiva, mentre maggiore controversia sussiste in merito alla possibilità di ricomprendervi anche gli interessi legittimi. Come è stato acutamente osservato (CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 10 ss.; ID., *Manuale,* cit., p. 389) ai fini della scriminante, ciò che conta è esaminare se l'interesse giuridicamente rilevante, qualunque denominazione scientifica abbia, sia suscettibile o meno di esercizio. In tale prospettiva, precisato che l'interesse legittimo va classificato tra le situazioni giuridiche inattive (cioè categoria in cui non è dedotto alcun *fare* o *volere*, in quanto il titolare non gode di facoltà o poteri, salvo quello di natura processuale di rivolgersi all'autorità giudiziaria per la tutela contro terzi), si è ovviamente concluso che non è suscettibile di esercizio in senso tecnico (l'unico esercizio, per così dire, sarebbe solo quello di adire il giudice, ma è chiaro che trattasi di un'attività che solo impropriamente può dirsi *esercizio*, essendo più esattamente una forma di tutela), e quindi deve considerarsi fuori dall'ambito applicativo dell'art. 51 c.p. L'Autore pertanto esclude dall'art. 51 c.p. anche quei diritti soggettivi nel cui contenuto non è dedotto alcun comportamento ed in ordine ai quali è esperibile solo la tutela dinanzi al giudice ordinario, citando, tra i vari esempi, anche il diritto di credito,

D'altronde, ad una tale interpretazione nulla sembra opporsi già sotto il profilo letterale, stante l'ampia formulazione della disposizione, la quale in effetti fa genericamente riferimento ad un «*diritto*», né indicazioni di segno contrario emergono dalla *ratio* dell'istituto, essendo fin troppo evidente che l'ordinamento non può attribuire al soggetto un potere di agire, sia esso qualificabile o meno come diritto soggettivo, e poi punire la conseguente condotta senza entrare in contraddizione con se stesso[182].

Per *dovere* nell'art. 51 c.p. si intende un comportamento necessitato cui il soggetto è tenuto in virtù di una norma giuridica o di un ordine *legittimo* della *pubblica Autorità*[183], ossia quella manifestazione di volontà che il titolare di una potere di supremazia, riconosciuto dal diritto, rivolge al subordinato affinché tenga una certa condotta.

Ad un attento esame, quest'ultima ipotesi si distingue dalla precedenti. In effetti, pur essendo in sostanza riconducibile allo schema generale dell'adempimento di un dovere imposto da una norma, poiché (sempre che si tratti di ordine *legittimo*) costituisce l'attuazione, sia pure mediata ed indiretta, di una disposizione che autorizza il superiore a porre un comando ed

---

visto che l'adempimento dipende solo dalla volontà, incoercibile, del debitore. Negli stessi termini, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 241; MANTOVANI, voce *Esercizio,* cit., p. 644. Parzialmente difformi, PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 433; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 151; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 508, secondo i quali il concetto di *diritto* ai senso dell'art. 51 c.p. va inteso in senso ampio, tanto però da ricomprendervi anche gli interessi legittimi. Sull'ampia nozione di *diritto,* v. pure CAVALLO, *L'esercizio,* cit., p. 585; LEONE, *L'esimente,* cit., p. 11 ss. Per una interpretazione restrittiva del *diritto* nell'art. 51, v. SANTORO, voce *Esercizio,* cit., p. 826, che vi riconosce solo il diritto soggettivo, con esclusione di potestà, facoltà e interessi legittimi.

[182] Così, MANTOVANI, voce *Esercizio,* cit., p. 643.

[183] Sulla problematica inerente alle fonti del dovere, v. *supra,* nt. 180.

obbliga l'inferiore ad obbedire sotto minaccia di una sanzione[184], è indubbiamente una figura particolare.

Le norme oggetto di rinvio non descrivono interamente la situazione scriminante, come avviene invece quando l'ordine discende direttamente da una disposizione, ma concorrono con l'art. 51 c.p. alla definizione legislativa della fattispecie, qualificando i requisiti (normativi), ivi previsti, che ne condizionano l'operatività: la *pubblica Autorità* e la *legittimità* dell'ordine[185].

Perché un soggetto possa dirsi pubblica autorità, fonte del comando il cui adempimento scrimina, è necessario verificare l'esistenza di un rapporto di subordinazione tra chi esegue e chi emana l'ordine, previsto e disciplinato da regole di diritto pubblico[186]. Stesso discorso per la legittimità: i requisiti formali e sostanziali richiesti vanno individuati in base alle norme di settore che regolano la specifica posizione di supremazia, attribuendo il potere di emanare provvedimenti vincolanti[187].

---

[184] GROSSO, *L'errore,* cit., p. 203; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 570; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 245; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 351; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 515; BETTIOL, *L'ordine,* cit., p. 50 s.; MESSINA, *L'ordine,* cit., p. 8 s.; SANTORO, *L'ordine,* cit., p. 253.

[185] Così, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 204. *Contra,* PULITANO', *L'errore,* cit., p. 362, ad avviso del quale tutte le ipotesi scriminanti dell'art. 51 c.p. rappresentano fattispecie "in bianco", i cui elementi sono dati dalla diverse leggi attributive di diritti e doveri, quali che siano i presupposti di questi ultimi.

[186] Per tutti, cfr. DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 569.

[187] La legittimità formale richiede la competenza di chi dà l'ordine ad emanarlo, la competenza di chi lo riceve ad eseguirlo, nonché l'osservanza delle forme prescritte per l'emissione del comando. La legittimità sostanziale attiene alla sussistenza nel caso concreto dei presupposti di fatto e/o di diritto che facoltizzano la pubblica autorità ad emanare l'ordine. Sull'argomento, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 207; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 570; PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 438; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 513 ss., MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 237; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 155 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 248; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 274.

Infine, nel caso di ottemperanza ad un ordine illegittimo[188], natura normativa va riconosciuta all'elemento della *insindacabilità*[189], considerato che, per la determinazione dei casi in cui all'esecutore non è concesso alcun potere di verifica sulla legittimità (sostanziale) del comando ricevuto, occorre rifarsi al disposto di altre norme[190].

Restano ancora da esaminare le cause di giustificazione di cui agli artt. 53 e 54 c.p.[191]. Nell'uso legittimo delle armi sono

---

[188] In dottrina è controverso se l'adempimento di un ordine illegittimo vincolante possa considerarsi per l'esecutore una causa di giustificazione, oppure una mera causa di esclusione della colpevolezza o comunque una causa personale di esenzione da responsabilità. Sul dibattito, v., per tutti, ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 517 e gli Autori ivi citati. Cfr., *supra,* ntt. 148 e 149.

[189] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 207.

[190] La prevalente dottrina ritiene sia sempre ammesso il sindacato sulla legittimità formale (*contra,* per quel che concerne la disciplina militare, MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 360). Secondo ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 518, "ciò si ricava già dall'art. 40, co. 2° c.p.m.p., poi abrogato dall'art. 22 l. 11 luglio 1978, n. 382, che parlava di «ordine del superiore o di altra autorità *competente*»; ora se ne ha una conferma dall'art. 4, co. 4° stessa legge, secondo il quale «gli ordine devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare il servizio e non eccedere i compiti di istituto»". Cfr. SANTORO, *L'ordine,* cit., p. 167 ss.; BETTIOL, *L'ordine,* cit., p. 56 ss., MESSINA, *L'ordine,* cit., p. 11 ss.; BAJNO, *In tema di sindacato sull'ordine dell'Autorità nell'«adempimento di un dovere»* ex *art. 51 c.p.,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1981, p. 546 ss.

Le norme di riferimento, da cui desumere i limiti alla sindacabilità della legittimità sostanziale, sono l'art. 17, terzo comma, dello statuto degli impiegati civili dello Stato (d.p.r. n. 3 del 1957); l'art. 66, quarto comma, della legge n. 121 del 1981, che disciplina la polizia di Stato, l'art. 25, secondo comma, del regolamento di disciplina militare (d.p.r. n. 545 del 1986); l'art. 4 della legge n. 382 del 1978, prima art. 40, ora abrogato, del codice penale militare. Cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 207 ss., PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 439; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 249 ss.

[191] In materia di uso legittimo delle armi, cfr. ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi,* Milano, 1979; ALTAVILLA, voce *Uso legittimo delle armi,* in *N. D. I.,* XII, pt. II, 1940, p. 767 ss.; ARDIZZONE, voce *Uso legittimo delle armi,* in *Enc. dir.,* XVL, 1992, p. 976 ss.; CAMAIONI, *Rilievi sull'uso legittimo delle armi,* in *Arch. pen.,* 1985, p. 113 ss.; DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica,* in *Arc. pen.,* 1972, I, p. 166 ss.; MARINI, voce *Uso legittimo delle armi (dir. pen.),* in *Nss. D. I.,* XX, 1975, p. 259; MEZZETTI, voce *Uso legittimo delle armi,* in *Dig. disc. pen.,* XV, 1998, p. 124 ss.; PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo della armi,* in *Annuali fac. giur.,* Genova, 1971, p. 145 ss.; PULITANO', voce *Uso legittimo delle armi,* in *Enc. giur.,* XXXII, 1994; RAMAIOLI, *Riflessioni sulla disciplina dell'uso delle armi da parte dei componenti delle forze dell'ordine,* in *Cass. pen.,* 1983, p. 658 ss.; STEIN, *Uso legittimo delle armi (articolo 53 codice penale). Considerazioni generali,* in *Riv. pen.,* 1936, p. 1290 ss.

elementi normativi[192] sia il *dovere del proprio ufficio,* alla cui realizzazione deve tendere la condotta del pubblico ufficiale[193], che l'espressione *legalmente richiesta*, contemplata dal secondo comma e riferita alla persona chiamata a prestare assistenza all'autorità procedente.

In effetti, il primo requisito comporta la necessità di determinare l'ambito operativo della scriminante tenendo conto delle norme contenute nell'ordinamento pubblicistico, che attribuiscono specifiche competenze funzionali ai pubblici ufficiali[194]. Con il secondo, invece, la causa di non punibilità si

---

Relativamente allo stato di necessità, soprattutto in merito al dibattito sulla qualificazione giuridica dell'istituto, cfr. ALTAVILLA, voce *Necessità,* in *N. D. I.,* VIII, 1939, p. 956 ss.; AIELLO, voce *Stato di necessità, in Enc. giur.,* XXX, 1993; AZZALI, voce *Stato di necessità,* in *Nss. D. I.,* XVIII, 1971, p. 356 ss.; GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto* penale, Milano, 1970; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità,* cit., p. 342 ss.; ID., voce *Necessità (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXVII, 1977, p. 882 ss.; MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità,* Torino, 2000; ID., voce *Stato di necessità,* in *Dig. disc. pen.,* XIII, 1997, p. 670 ss.; MOLARI, *Profili,* cit., *passim*; PADOVANI, *Costringimento fisico e psichico,* in *Dig. disc. pen.,* III, 1989, p. 209 ss.; VIGANO', *Stato di necessità e conflitto di doveri,* Milano, 2000.

[192] Come abbiamo già precedentemente evidenziato (cfr., *supra,* nt. 73), a prima vista, nel novero degli elementi normativi della scriminante *de qua* sembrerebbe doversi annoverare anche l'insieme dei reati la cui consumazione può essere impedita, ricorrendo tutte le altre condizioni richieste, mediante l'uso delle armi, nonché le espressioni "pubblico ufficiale" ed "arma" ivi richiamate. In verità, questi termini, trovando una loro descrizione in determinate norme del codice, sono soltanto concetti legalmente definiti nell'ambito della causa di giustificazione di cui all'art. 53 c.p. Come anticipato nel cap. I, § 4, al quale si rinvia per i dovuti approfondimenti, la definizione legislativa, solo perché tale, non dà vita ad un elemento normativo in senso stretto, ma costituisce un semplice strumento di tecnica legislativa: nella lettura della fattispecie, attraverso l'elemento altrove definito, si crea una sorta di "parentesi" ove l'interprete è tenuto ad inserire la più complessa disposizione richiamata che ne costituisce il *definiens*. Quest'ultimo, naturalmente, a sua volta potrà essere composto sia da concetti descrittivi che da concetti normativi.

[193] E' controverso in dottrina se il requisito del fine di adempiere il dovere dell'ufficio sia propriamente un elemento psicologico della scriminante (così, tra i molti, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 143 ss.; MARINI, voce *Uso legittimo,* cit., p. 266 ss.; SPAGNOLO, *Gli elementi,* cit., p. 20), ovvero, semplicemente, un limite oggettivo funzionale (v., ad es., ALIBRANDI, *L'uso legittimo,* cit., p. 86; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 527 s.; parzialmente conforme, DELOGU, *L'uso legittimo,* cit., p. 189).

[194] Cfr., DELOGU, *L'uso legittimo,* cit., p. 185; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 208; MARINI, voce *Uso legittimo,* cit., p. 263; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 324; PULITANO', voce *Uso legittimo,* cit., p. 2; STEIN, *Uso legittimo,* cit., p. 701, secondo cui il radicamento della

estende soggettivamente a qualsiasi persona che assiste il pubblico ufficiale su sua richiesta, purché ciò avvenga nei casi e nei modi (eventualmente) previsti dalla legge[195].

Infine, nel concludere questa panoramica sulle cause di giustificazione comuni, ricordiamo brevemente che il primo capoverso dell'art. 54 c.p. preclude l'applicazione dello stato di necessità nei riguardi di chi è tenuto, in virtù di una legge o di un atto negoziale[196], ad affrontare quella determinata situazione pericolosa venutasi a creare. Quindi, per stabilire se un soggetto ha tra i suoi doveri anche quello, giuridicamente rilevante[197], di esporsi al pericolo, con la conseguenza di non poter invocare la scriminante *de qua* a tutela della propria persona[198], occorre rifarsi ad altre disposizioni secondo la tradizionale tecnica degli elementi normativi.

---

scriminante sul terreno dei doveri d'ufficio dei pubblici ufficiali conferma che la relativa problematica sta "ai confini fra il diritto penale e il diritto amministrativo".

[195] Cfr. DELOGU, *L'uso legittimo,* cit., p. 186; FROSALI, *Sistema,* II, p. 320; M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 231; MANZINI, *Trattato,* II, cit., p. 312; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 529. Secondo ARDIZZONE, voce *Uso legittimo,* cit., p. 980 e MARINI, voce *Uso,* cit., p. 267, la legalità della richiesta deve essere interpretata come legittimità sostanziale della stessa, indipendentemente dal rispetto di determinati requisiti formali. Ricordiamo che in determinate norme (v., ad es., artt. 650 e 652 c.p.) costituiscono reato alcuni comportamenti di inottemperanza alle legali richieste dei pubblici ufficiali.

[196] Cfr., riguardo alle fonti del dovere giuridico indicate nel testo, tra le voci enciclopediche, AIELLO, voce *Stato di necessità,* cit., p. 4; GROSSO, voce *Necessità,* cit., p. 892; MEZZETTI, voce *Stato di necessità,* cit., p. 685. Tra i manuali, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 238; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 449; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 262; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 539; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 319, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 273.

[197] Per il cui inadempimento sia dunque prevista una sanzione giuridica. Per tutti, ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

[198] Per questa interpretazione, v., per tra i molti, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 238.

4.3. *SEGUE:* ALCUNE CAUSE DI NON PUNIBILITÀ SPECIALI

Tra le cause di non punibilità previste per determinati reati, nella parte speciale del codice penale o in leggi complementari, abbiamo scelto di prendere in considerazione la provocazione (art. 599, secondo comma, c.p.) nei delitti contro l'onore, e la reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale (art. 4 del d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288) nei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione.

Quanto alla loro natura giuridica, nonostante qualche autorevole parere contrario[199], riteniamo che siano vere e proprie cause di giustificazione.

---

[199] Sulla provocazione c'è un ampio dibattito dottrinale. Per taluni è una causa speciale di esclusione della colpevolezza o scusante (cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* II, *I delitti contro la persona,* Bologna, 2007, p. 98; SPASARI, voce *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XII, 1964, p. 494; SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993, p. 47; CONCAS, voce *Scriminanti,* cit., p. 801 s.; DALIA, *Offesa ingiusta,* cit., p. 57); per altri una mera causa di non punibilità in senso stretto (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale,* I, *Delitti contro la persona,* Padova, 2005, p. 219); infine, per altri ancora una causa di giustificazione (cfr. NUVOLONE, *Sistema,* cit., p. 205, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, Milano, 2001, p. 217; MARINI, *Delitti contro la persona,* Torino, 1995, p. 241; NAPPI, voce *Ingiuria e diffamazione,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1989, p. 11).

Quanto alla reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale, la dottrina è decisamente orientata nel senso che si tratti di una scriminante (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* II, Milano, 2003, p. 396; ARDIZZONE, voce *Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Enc. dir.,* XXXIX, 1988, p. 1 ss.; AZZALI, *Reazione all'eccesso arbitrario e punibilità del soggetto,* Milano, 1958, p. 111 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 296; CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità della reazione del privato,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1948, p. 301 ss.; SPIZUOCO, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale nel diritto penale,* Napoli, 1951, p. 38 ss.; SPASARI, *Osservazioni sull'eccesso arbitrario del pubblico ufficiale e sulla liceità del comportamento reattivo del privato,* in *Studi Antolisei,* III, Milano, 1965, p. 343; SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale e arbitrarietà putativa,* in *Riv. it. dir e proc. pen.,* 1973, p. 937 s.). *Contra,* MORSELLI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale,* Padova, 1966, p. 85 ss., che considera questa causa di non punibilità una scusante; PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena,* cit., p. 34, nt. 9; GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione,* Roma, 1953, p. 123; VASSALLI, voce *Cause di non punibilità,* cit., p. 633 ss., secondo i quali si tratterebbe di una causa di non punibilità in senso stretto. Opinioni contrarie si riscontrano in taluni casi anche in giurisprudenza (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 7 maggio 1973, in *Cass. pen. Mass. ann.,* 1975, p.

Pur non essendo questa la sede per approfondire le ragioni dell'opinione espressa, sono opportune alcune riflessioni sull'argomento. In merito alla possibilità di considerarle cause di non punibilità in senso stretto o scusanti, va premesso il nostro scetticismo sull'utilità pratica di categorie dogmatiche alle quali non corrisponde nel codice alcun modo di disciplina. Pertanto, contrariamente alla dottrina dominante[200], siamo propensi a negar loro cittadinanza nel sistema penale vigente. A questo punto, non resta che stabilire se si è in presenza di scriminanti o di cause estintive.

Considerato che il dolo, quale rappresentazione e volizione dell'intero fatto oggettivo di reato, è escluso dalla supposizione erronea di un elemento negativo (art. 59, quarto comma, c.p.) o dalla mancata rappresentazione di uno degli elementi essenziali positivi (art. 47 c.p.), si deve concludere che una causa di non punibilità cade sotto l'ambito del quarto comma dell'art. 59 c.p., e può definirsi scriminante, quando è costituita da requisiti che si consumano assieme, e non successivamente, al fatto positivo di reato[201].

Quindi, a prescindere dalle indagini sul fondamento giuridico della provocazione, nei delitti contro l'onore, e della reazione legittima, nei delitti dei privati contro la pubblica amministrazione, è proprio utilizzando questo criterio discretivo che possiamo riconoscere alle fattispecie in esame la natura di cause di giustificazione speciali, selezionate ai fini

---

169 e Cass. pen., Sez. VI, 20 novembre 1969, *ivi,* 1079, p. 1664, che la qualificano come causa di esenzione da pena).

[200] Per tutti, v. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 490 s.

[201] Cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 252 s., GROSSO, *L'errore,* cit., p. 93 ss.

del presente lavoro proprio perché nel loro modello astratto compaiono elementi normativi.

In materia di provocazione[202], sia come circostanza attenuante (art. 62, n. 2, c.p.) che come scriminante (art. 599, secondo comma, c.p.), si richiede che il soggetto abbia agito nello stato d'ira determinato da un fatto altrui *ingiusto,* riproponendo il problema, già affrontato per la legittima difesa, concernente l'identificazione del parametro da cui far discendere questa qualificazione.

Possiamo subito anticipare che il concetto di ingiustizia questa volta va ricostruito facendo riferimento non solo alle norme giuridiche, ma anche all'insieme delle regole morali e sociali vigenti in un contesto di civile convivenza[203]. D'altronde, nel linguaggio comune, «giusto» ed «ingiusto» tradizionalmente richiamano qualcosa di più della semplice contrarietà all'ordinamento giuridico, per indicare la quale, in effetti, esistono termini più consoni che il legislatore avrebbe

---

[202] Cfr. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla provocazione putativa nel delitto di ingiuria,* in *Giust. pen.,* 1946, II, c. 23 ss.; COLACCI, *Il fatto «ingiusto» nella provocazione,* in *Arch. pen.,* 1962, p. 283 ss.; ID., *Appunti su la provocazione,* in *Arch. pen.,* 1959, p. 117 ss.; COSTA, voce *Provocazione,* in *N. D. I.,* X, 1939, p. 886 ss.; GUADAGNO, *Su alcuni particolari aspetti dell'attenuante della provocazione,* in *Foro pen.,* 1949, p. 519 ss.; MARINI, *Il fatto ingiusto nella provocazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1961, p. 806 ss.; DALIA, *Offesa ingiusta,* cit., p. 35 ss.; PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 425 ss.; SANTORO, *Provocazione e reazione irosa,* in *Scuola pos.,* 1964, p. 672 ss.; SIRACUSANO, voce *Ingiuria,* cit., p. 47 s.; NAPPI, voce *Ingiuria,* cit., p. 11; SPASARI, voce *Diffamazione,* cit., p. 494 s.; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 484 ss.

[203] Così la dottrina e la giurisprudenza prevalenti. Cfr. PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 96; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* cit., p. 217; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 487; DALIA, *Offesa ingiusta,* cit., p. 53 ss.; COLACCI, *Appunti,* cit., p. 283; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* cit., p. 96; SIRACUSANO, voce *Ingiuria,* cit., p. 47, per il quale però non ogni comportamento contrario alle regole della civile convivenza integra gli estremi del «fatto ingiusto altrui», ma solo le scorrettezze gravi e plateali. *Contra,* MARINI, *Il fatto ingiusto,* cit., p. 807 ss., secondo cui il termine *ingiusto* indicherebbe la contrarietà «ad una norma di un qualsiasi ordinamento giuridico parziale». Per la giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 1994, in *Cass. pen.,* 1995, II, p. 1845; Cass. pen., Sez. V, 25 ottobre 1974, in *Cass. pen. Mass. ann.,* 1975, p. 78; Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 1974, in *Giust. pen.,* 1975, II, p. 329, Cass. pen., Sez. I, 15 febbraio 1960, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1961, p. 806 ss.

potuto utilizzare. Ne consegue che, se nel contesto normativo in cui è calata l'espressione *de qua* non vi sono elementi che autorizzino l'interprete ad attribuire al termine stesso un significato diverso da quello comune, la conclusione non può che essere quella anticipata.

In effetti, la diversa accezione cui siamo giunti nell'esegesi dell'art. 52 c.p., relativamente all'*offesa ingiusta,* trovava la sua *ratio* nello stretto collegamento tra l'ingiustizia e il requisito del diritto, venendo l'uno ad esprimere la necessità di verificare l'esistenza di una norma dell'ordinamento che garantisca all'aggredito la protezione di un suo interesse, l'altra ad imporre di accertare l'assenza di una seconda disposizione che giustifichi eventualmente la lesione da parte dell'aggressore[204].

Nel caso della provocazione, invece, non c'è alcun riferimento ad un diritto che possa colorire di giuridicità il parametro cui riferire l'elemento normativo dell'ingiustizia, ma piuttosto è richiesta la sussistenza di un rapporto di dipendenza tra il fatto ingiusto altrui e uno stato d'ira.

Appare subito evidente come una tale alterazione nell'animo dell'agente possa scaturire tanto da un comportamento antigiuridico, quanto, e soprattutto, da una condotta contraria alle regole che, in una certa comunità, disciplinano i rapporti sociali. E non vi sono ragioni, dal punto di vista logico o interpretativo, per escludere in quest'ultimo caso l'operatività di un istituto che è, appunto, espressione della volontà dell'ordinamento di valorizzare quella particolare tensione emotiva che ha determinato l'immediata reazione ingiuriosa o

[204] V., *supra,* § 4.1.2.

diffamatoria. In altri termini, il legislatore non si è mostrato indifferente di fronte al fenomeno sociale di stati d'ira determinati da azioni generalmente riconosciute sconvenienti o immorali.

Con ciò non si vuole affermare che ogni qualifica di ingiustizia secondo valutazioni extragiuridiche sia sempre idonea ad integrare il fatto provocatorio, né, così ragionando, intendiamo ritenere rilevanti solo quelle condotte in antitesi sia con le norme etico-sociali che, contemporaneamente, con quelle giuridiche. La soluzione è un'altra: ogni comportamento che viola le regole del vivere civile di una comunità può ritenersi *ingiusto* ai sensi degli artt. 62, n. 2, e 599, secondo comma, c.p., anche se non si pone in contrasto con il diritto, purché, però, non sia da approvare secondo criteri giuridici[205]. L'ordinamento entrerebbe in contraddizione con se stesso se ritenesse meritevole di un'attenuazione del trattamento sanzionatorio o, addirittura, non punibile perché giustificato, chi ha commesso il fatto nello stato d'ira determinato da un comportamento altrui giuridicamente autorizzato. Sovente si afferma che anche l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere possono divenire ingiusti quando avvengono con modalità particolarmente odiose o in circostanze vessatorie[206], ma è evidente come in questi casi sia da escludere che il soggetto abbia agito nel campo della legalità, versando piuttosto in una situazione di abuso non tollerata dal diritto.

---

[205] Cfr. COLACCI, *Appunti,* cit., p. 124 ss.; PAGLIARO, *Appunti*, cit., p. 428; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 489.

[206] Così, COLACCI, *Appunti,* cit., p. 125; PAGLIARO, *Appunti,* cit., p. 427, DALIA, *Offesa ingiusta,* cit., p. 55; SPASARI, voce *Diffamazione,* cit., p. 495; PANNAIN, *op. loc. ult. cit.*; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* cit., p. 452.

In sostanza, possiamo concludere affermando che l'istituto della provocazione ricorre non solo quando lo stato d'ira è causato da un fatto altrui posto in essere contro l'ordinamento giuridico, ma anche quando esso è la conseguenza di una condotta contraria alle regole etico-sociali del vivere civile, che non rappresenti, eccezionalmente, un atto legittimo.

Passiamo ora ad esaminare il d.l.l. 14 settembre, n. 288. Come premesso, con l'art. 4 è stata introdotta una causa di giustificazione speciale per i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione (artt. 336, 337, 338, 339, 342 e 343 c.p.), che sancisce la legittimità della reazione posta in essere dal comune cittadino nei confronti del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di un pubblico servizio ovvero del pubblico impiegato)[207], il quale abbia dato causa al fatto *eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni*, e che si pone come significativa affermazione della volontà del legislatore di garantire il privato dai soprusi dei rappresentanti di pubblici poteri[208].

---

[207] Sulla natura della qualifica di pubblico ufficiale (e di incaricato di un pubblico servizio), v. *supra*, nt. 192.

[208] Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 391 ss.; ARDIZZONE, voce *Reazione,* cit., p. 1 ss.; AZZALI, *Reazione,* cit., *passim*; CHIAROTTI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale nel sistema delle cause di non punibilità*, in *Arch. pen.,* 1956, I, p. 47 ss.; CRESPI, *L'atto arbitrario,* cit., p. 301 ss.; ID., *Sulla nozione di atto arbitrario e della discrezionalità dell'atto in particolare,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1949, p. 487 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 294 ss.; LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti della autorità nel diritto penale,* Milano, 1908; MORSELLI, *La reazione,* cit., p. 14 ss.; SPIZUOCO, *La reazione,* cit., *passim*; SPASARI, *Osservazioni,* cit., p. 329 ss.; SIRACUSANO, *Reazione,* cit., p. 935 ss.; VENDITTI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Milano, 1954; AMATI, *Nuovi orientamenti interpretativi in tema di arbitrarietà putativa nella reazione legittima a pubblici ufficiali,* in *Giust. pen.,* 1997, II, c. 185 ss.; BARTOLI, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: del pubblico ufficiale e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e dei privati*, in *Cass. pen.,* 1998, p. 2825 ss; PEZZI – PETREI, *Sulla scriminante della reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Arch. pen.,* 1972, I, p. 409 ss., KOSTORIS, *Qualche ulteriore riflessione sull'art. 4 d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288, ivi*, p. 313 ss.; PALAZZO, *Oltraggio, scriminante degli atti*

Ovviamente, tra gli elementi costitutivi, a rivestire un ruolo centrale nell'interpretazione dell'intera fattispecie è la nozione di "eccesso con atti arbitrari", sulla quale è opportuno soffermarsi.

L'aver ecceduto i limiti delle proprie attribuzioni sta a significare che il pubblico ufficiale ha realizzato un comportamento non consentito dall'ordinamento, in quanto non corrispondente al contenuto dei suoi poteri-doveri, e quindi illegittimo per violazione di determinate norme giuridiche, cui si rinvia ai fini di un corretto inquadramento del requisito normativo[209].

I veri problemi sorgono quando si analizza il carattere arbitrario degli atti, esplicitamente richiesto dalla norma. In effetti, è molto controverso in dottrina ed in giurisprudenza se si è in presenza di una formula tautologica, ridondante e pleonastica, che, costituendo un semplice modo di essere dell'eccesso, ribadisce l'illegittimità del comportamento[210], oppure di un requisito ulteriore che deve aggiungersi a quello dell'eccesso, al quale intimamente aderisce, per l'esistenza

---

arbitrari, aggravante di cui all'art. 61, n. 10 c.p., e attenuante della provocazione, in *Giur. it.*, 1971, II, p. 341; RAMPIONI, voce *Reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996, p. 351 ss.

[209] ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 393; MORSELLI, *La reazione,* cit., p. 42 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 297, VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 123 ss.

[210] Così, in dottrina, CRESPI, *Sulla nozione,* cit., p. 489, per il quale "mentre la illegittimità si riferisce all'atto, in sé e per sé, l'arbitrarietà riguarda il comportamento del pubblico ufficiale che l'atto illegittimo pone in essere: non si tratta, quindi, di due dati distinti, di un *quid pluris* (arbitrarietà) che debba aggiungersi, per completarlo, a un dato elemento preesistente (illegittimità) ma di uno stesso e identico fenomeno, visto ora *a parte obiecti,* ora *a parte subiecti*"; CHIAROTTI, *La reazione,* cit., p. 47 ss.; ARDIZZONE, voce *Reazione,* cit., p. 5 ss.; LONGHI, *La legittimità,* cit., p. 317 ss.; RAMPIONI, voce *Reazione,* cit., p. 357 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 9 febbraio 2004, in *C.E.D. Cass.,* n. 227991; Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 1974, in *Cass. pen. Mass. ann.,* 1976, p. 119.

della scriminante[211], cioè un *quid pluris* il cui esatto contenuto va ricercato nell'analisi esegetica della disposizione e nello studio della sua *ratio.*

Ed è proprio muovendo in questa direzione che si è distinto tra gli atti di eccesso, con cui il pubblico ufficiale non rispetta i limiti delle sue attribuzioni, così come previste e regolate dalla disciplina di settore, e l'arbitrarietà, che qualifica tale comportamento, dividendo da sempre gli interpreti tra una concezione soggettiva[212] ed una oggettiva[213].

Nel primo senso, gli atti del pubblico funzionario sono espressione di uno stato psicologico più o meno intenso di mala fede, e quindi di una consapevolezza nell'agente dell'eccesso realizzato, mentre, nell'altra accezione del termine, si pone l'accento sull'uso di modalità di condotta non consentite dall'ordinamento, perché contrarie a norme giuridiche che ne vincolano l'attività, o a regole del costume sociale, di correttezza e urbanità, il cui rispetto deve esigersi

---

[211] In questi termini, in dottrina, v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, cit., p. 293, VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 97 ss.; AZZALI, *Reazione,* cit., p. 84; SPASARI, *Osservazioni,* cit., p. 334; SPIZUOCO, *La reazione,* cit., p. 314; MORSELLI, *La reazione,* cit., p. 47 ss., LONGHI, *La legittimità,* cit., p. 314. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 3 maggio 2000, in *Cass. pen.,* 2003, p. 145; Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 1998, in *Cass. pen.,* 2000, p. 582; Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 1998, in *Cass. pen.,* 1999, p. 2167; Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 1996, in *Cass. pen.,* 1997, p. 2700; Cass. pen., Sez. VI, 8 novembre 1995, in *C.E.D. Cass.,* n. 203376; Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 1992, in *Cass. pen.,* 1992, p. 1797; Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 1977, in *Riv. pen.,* 1976, p. 570.

[212] Cfr. BATTAGLINI, *L'eccesso arbitrario del pubblico ufficiale come condizione della legittima resistenza,* in *Giust. pen.,* 1929, I, c. 366 ss.; LONGHI, *La legittimità,* cit., p. 414 ss.; SPIZUOCO, *La reazione,* cit., p. 123 ss.

[213] Cfr. MORSELLI, *La reazione,* cit., p. 66. Per L'Autore "il riferimento all'arbitrarietà costituisce, insomma, una sorta di avviso rivolto dal legislatore al destinatario della norma: soltanto gli atti che in modo evidente ed univoco appaiono contrastanti con le norme giuridiche e gli usi sociali, ossia *gli atti la cui illegittimità è evidenziata al giudizio del profano*, possono costituire un presupposto valido per l'applicazione della scriminante".

dai rappresentanti della pubblica autorità più ancora che dal semplice cittadino[214].

Dunque, un'arbitrarietà soggettiva ed un'arbitrarietà oggettiva, quest'ultima vera e propria qualifica normativa, le quali, secondo l'orientamento oggi prevalente[215], possono alternarsi nei singoli casi, con la conseguenza che, pur difettando nell'agente la consapevolezza del suo eccesso, ben può essere applicata la causa di giustificazione se il comportamento del pubblico rappresentante si estrinseca secondo modalità contrarie a regole giuridiche (penali o extrapenali) o etico-sociali.

[214] Secondo VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 108 s., non tutte le forme si scorrettezza devono ritenersi rilevanti, ma solo quelle che, pur non costituendo la violazione di disposizioni penali o extrapenali, presentano, nel caso concreto, alla luce delle circostanze che caratterizzano il fatto, una "tale intensità da ripugnare gravemente al costume sociale e da integrare una particolare odiosità".

[215] In particolare, v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* II, cit., p. 395 s.; VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 104 ss.

CAPITOLO III
ALCUNI PROBLEMI APPLICATIVI

SOMMARIO: 1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE. - 2. CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E NORMA PENALE. – 3. LA SUCCESSIONE DI NORME RICHIAMATE DALLA LEGGE PENALE INCRIMINATRICE: UN INQUADRAMENTO DELLA QUESTIONE. – 3.1. *SEGUE:* IN PARTICOLARE, LE VICENDE SUCCESSORIE RELATIVE AGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE. – 4. L'ERRORE SUGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE: PREMESSA. – 4.1. *SEGUE:* LA SOLUZIONE DEL PROBLEMA. – 4.2. *SEGUE:* LIMITI ALL'APPLICAZIONE ANALOGICA DELL'ART. 47, ULTIMO COMMA, C.P.

1. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

I risultati esegetici conseguiti nei capitoli che precedono costituiscono un valido punto di partenza per approfondire alcune delle tematiche più controverse nello studio del diritto penale: la successione nel tempo di regole richiamate dal precetto[1], e l'errore sugli elementi normativi della fattispecie[2].

---

[1] Sulla successione di leggi penali nel tempo, oltre ai manuali di parte generale, v. BRICOLA, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 24-26,* Bologna – Roma, 1981, p. 227 ss.; M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 111 ss.; ID., *La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1956, p. 723 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* in *Enc. dir.,* XXIII, 1973, p. 1063 ss; ID., *La legge penale tra irretroattività e retroattività,* in *Giust. pen.,* 1991, II, p. 1 ss.; TRAPANI, *L'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4 e la c.d. ultrattività delle norme penali tributarie,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1982, p. 203 ss.; LEONE, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale,* in *Giust. pen.,* 1982, II, p. 257 ss.; ROMANO,

Commentario, I, cit., p. 52 ss.; ID., *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002, p. 1248; VASSALLI, Abolitio criminis *e principi costituzionali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983, p. 377 ss.; ID., *Successione di più leggi eccezionali,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1943, p. 207 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1982, p. 1354 ss.; AMBROSETTI, Abolitio criminis *e modifica della fattispecie,* Padova, 2004; PULITANO', *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002, p. 1270 ss.; FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it.,* 1990, II, p. 637 ss.; FIORELLA, *L'efficacia retroattiva della* lex mitior *sull'estensione dell'amnistia,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1980, p. 492 ss.; DONINI, Abolitio criminis *e nuovo falso in bilancio. Struttura e offensività delle false comunicazioni sociali dopo il D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61,* in *Cass. pen.,* 2002, p. 1240 ss.; SINISCALCO, *Irretroattività,* cit., p. 95 ss.; SIRACUSANO, *Successione di leggi penali,* I, Messina, 1988; PALAZZO, voce *Legge penale,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993, p. 338 ss.; DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali,* in *Dig. disc. pen.,* XIV, 1999, p. 82 ss.; PODO, voce *Successione di leggi penali,* in *Nss. D. I.,* XVIII, 1971, p. 643 ss.; SEVERINO, voce *Successione di leggi penali,* in *Enc. giur.,* XXX, 1993; DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore,* in *Dir. pen. proc.,* 2003, p. 533 ss.; PETRONE, *L'*abolitio criminis, Milano, 1985; CAMAIONI, *Specialità ed interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali,* in *Giust. pen.,* 1992, II, p. 230 ss.; ID., *Successione di leggi penali,* Padova, 2003. Con particolare riferimento alle c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice, v. GROSSO, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960, p. 206 ss., IORI, *Abrogazione di norma extrapenale integratrice, ivi,* 1976, p. 349 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 225 ss.; ID., *Successione di norme "integratrici" e mancanza alla chiamata di leva: si consolida il* revirement *della Cassazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006, fasc. 4, p. 1635 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 314 ss.; GARGIULO, *In tema di successioni di leggi nel tempo e di modifica "mediata" delle norme penali,* in *Cass. pen.,* 1998, p. 36 ss.; MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici,* Torino, 2006, p. 185 ss.; PECORELLA, *sub art. 2,* in AA. VV., *Codice penale commentato. Parte generale,* a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 2006, p. 50 ss.; PALMERO, *Abrogazione di norma integratrice della fattispecie penale,* in *Dir. pen. proc.,* 2003, p. 226 ss.; PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici, ivi,* 2006, fasc. 5, p. 614 ss. Quanto ai manuali che si soffermano sull'argomento, cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 82 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 273 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 129 ss.; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 43 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 83 s.; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 716 ss.; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 86 ss.

[2] Sulla tematica dell'errore su legge extrapenale, oltre ai manuali di parte generale, cfr. BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1188 ss.; BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale,* Torino, 1997, p. 3 ss.; ID., *Errore di diritto e dolo del fatto tra prassi applicativa e riforme codicistiche,* in *Foro it.,* 1999, II, p. 38 ss.; DELOGU, *Errore proprio ed errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale,* in *Riv. pen.,* 1935, p. 727 ss.; FROSALI, *L'errore,* cit., *passim*; MANZINI, *Errore,* cit., p. 103 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., *passim*; ID., voce *Ignoranza (Dir. pen.), Enc. dir.,* XX, 1970, p. 23 ss.; M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 765 ss.; GROSSO, voce *Errore,* cit., p. 1 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1976, p. 138 ss.; PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale,* dolus in re ipsa *ed errore su legge extrapenale),* in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991, p. 126 ss.; DE SIMONE, *L'errore su legge extrapenale,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto*

La vivacità del dibattito su questi argomenti è indice di un dato normativo non sempre così univoco[3] e, soprattutto, di divergenti opinioni dottrinali a monte che, inevitabilmente, ne condizionano la lettura.

---

penale, diretta da Bricola e Zagrebelsky, I, Torino, 1996, p. 701 ss.; DE VERO, *L'errore sul fatto costitutivo di reato,* in *Studium Iuris,* 1999, p. 503 ss.; DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario,* in *Indice pen.,* 1989, p. 156 ss.; ESCOBEDO, *Osservazioni circa l'errore su legge diversa da quella penale,* in *Giust. pen.,* 1935, II, 763 ss.; FLORA, voce *Errore,* cit., p. 260 ss.; ONDEI, *Considerazioni circa l'errore su norma diversa dalla legge penale,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1943, p. 29 ss.; PALAZZO, *L'errore,* cit., *passim*; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 280 ss.; SALTELLI, *L'errore,* cit., c. 321 ss.; SANTUCCI, voce *Errore,* in *Enc. dir.,* XV, 1966, p. 280 ss.; CRISTIANI, *Profilo dogmatico,* cit., *passim*; JESCHECK, *L'errore di diritto nell'ordinamento penale tedesco e italiano,* in *Indice pen.,* 1988, p. 185 ss.; LANZI, *L'errore su legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47 c.p.,* in *Codice penale,* a cura di T. Padovani, Milano, 2000, p. 254 ss.; LICITRA, *L'errore,* cit., *passim*; NEPPI MODONA, *Il diritto al lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1963, p. 214 ss.; VAGNOLI, *Errore su legge extrapenale*, in *Studium Iuris,* 2003, p. 379 ss.; VALLINI, *Errore,* cit., p. 751 ss.

[3] La successione di leggi penali nel tempo è disciplinata nel codice penale all'art. 2, che così dispone: "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato, e, se vi è stata condanna ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.

Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.

Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto – legge e nel caso di un decreto – legge convertito in legge con emendamenti".

Quanto ai dati normativi di riferimento in materia di errore-motivo, si vedano gli artt. 5, 47, e 59, ultimo comma, del codice penale:

Art. 5 c.p.: "Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale";

Art. 47 c.p.: "L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.

L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato".

Art. 59, ultimo comma, c.p.: "Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo".

D'altronde, già il fenomeno degli elementi normativi è di per sé un tema particolarmente complesso, e spesso non sufficientemente approfondito, specie nella più recente dottrina penalistica[4], se poi lo si relaziona ad una categoria dogmatica centrale in materia di teoria generale del reato, quale è quella delle cause di giustificazione, non può sorprendere la molteplicità dei quesiti che l'interprete si trova a dover affrontare. A ciò si aggiunga la constatazione che l'oggetto della nostra indagine viene ad intrecciarsi con altre questioni molto delicate, come le c.d. clausole di illiceità speciale e le norme penali in bianco[5], rendendo estremamente arduo definire i contorni di ciascuna categoria e le eventuali sovrapposizioni.

Ovviamente, nelle risposte che proveremo a fornire a ciascuna delle problematiche di questo capitolo non c'è alcuna pretesa, ma solo la consapevolezza di giungervi avendo seguito coerentemente un determinato filo conduttore.

---

[4] Ovviamente, intendiamo riferirci ai lavori monografici sull'argomento. In proposito, dopo molti anni di silenzio, ritroviamo un'interessante trattazione unitaria nell'opera della RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., *passim.*

[5] In proposito, basti pensare che non di rado le espressioni "norma penale in bianco" ed "elemento normativo" vengono usate come sinonimi: v., per esempio, PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi,* Milano, 1980, p. 81, nt. 35.

2. Cause di giustificazione e norma penale

Abbiamo già avuto modo di soffermarci[6] sulla collocazione delle cause di giustificazione nella struttura del reato come elementi negativi del fatto[7]. Questa costruzione è quella che maggiormente si adegua alla disciplina offerta dal sistema penale italiano in materia di volontà colpevole, ed in particolare di errore, permettendo di cogliere un momento di simmetria perfetta tra aspetto oggettivo ed aspetto soggettivo del reato[8].

In effetti, la dottrina degli elementi negativi, nell'esprimere in termini di unità concettuale l'errore sui requisiti dell'illecito previsti nelle disposizioni di parte speciale del codice penale (art. 47 c.p.), e l'errore che abbia ad oggetto le cause di giustificazione (art. 59, ultimo comma, c.p.), in quanto atteggiamenti diversi della stessa realtà, ci consente di pervenire ad una nozione di fatto modellata sull'oggetto del dolo, comprendente tutti gli elementi, positivi e negativi, della fattispecie criminosa[9].

Muovendo da queste premesse di teoria generale, non si può che contestare l'orientamento, non a caso sposato da alcuni dei maggiori sostenitori del modello tripartito[10], secondo cui le disposizioni scriminanti non hanno carattere specificamente penale, ma sono norme generali dell'intero ordinamento giuridico, in collisione vincente, perché speciali, con quelle

---

[6] Cfr., *supra*, cap. II, § 2.

[7] Per tutti, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 179 ss.

[8] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 61 ss.

[9] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., pp. 45-46.

[10] ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 486 ss.; MARINUCCI, *Fatto,* cit., p. 1228 ss.; ID., voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 139 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., pp. 29, 57 e 190 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., pp. 61, 181 ss. e 249.

penali incriminatrici e con tutte le disposizioni che allo stesso fatto collegano sanzioni di altro tipo[11].

Il ragionamento che conduce alla conclusione esposta è in linea di massima il seguente. Le cause di giustificazione sono norme di liceità situate in ogni settore del diritto[12], che dispiegano i propri effetti sull'intero ordinamento, rendendo il comportamento lecito sia dal punto di vista penale che extrapenale. In quanto fatti giuridici autonomi, perseguono finalità proprie, senza pertanto soggiacere alle regole costitutive, anche costituzionali, del diritto penale.

---

[11] Scrive in proposito MARINUCCI, *Fatto*, cit., p. 1235 s.: "Breve: è un mondo di norme giuridiche dell'intero ordinamento, che cambiano continuamente, con proprie finalità, il cui perseguimento legittima il sacrificio dei beni incarnati nei fatti sanzionati con pene, ma anche (o invece) con sanzioni civili, amministrative, ecc. Solo *casualmente* le scriminanti rileveranno perciò nel diritto penale, civile, amministrativo, come norme collidenti e prevalenti – volta a volta – sulle norme sanzionate da pene, misure civili, amministrative ecc. Ne segue che le regole costitutive del *diritto penale* – come ordinamento della più dura coercizione statuale, bisognosa del massimo di garanzie formali – non si estenderanno alle norme scriminanti, che sono norme *non* penali dell'*intero* ordinamento". Analogamente, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 184 s.: "[…] funzione della categoria del fatto è quella di selezionare le forme di offesa meritevoli di sanzione penale, ragion per cui la categoria stessa assume una connotazione prettamente *penalistica*. Mentre la categoria delle cause di giustificazione, proprio perché va ricostruita alla stregua dell'intero ordinamento giuridico, *non* ha una funzione prettamente giuridico – penale: al contrario, le scriminanti servono a«integrare» il diritto penale nell'ordinamento giuridico generale. […] se la norma esimente, come norma autonoma e speciale rispetto a quella incriminatrice, nel perseguire le sue specifiche finalità di tutela (ad es. finalità politico – istituzionali relative alla libertà di manifestazione del pensiero come diritto costituzionalmente garantito; finalità del processo civile o penale; finalità della pubblica amministrazione; finalità relative all'esercizio di diritto soggettivi privati ecc.) fa assurgere ad oggetto di *facoltà o dovere* il medesimo fatto che una norma penale eleva a reato, si instaura un conflitto apparente di norme, la cui risoluzione ha come prezzo il sacrificio del bene aggredito dal fatto punibile". Nella dottrina tedesca, v. AMELUNG, *Zur Kritik des Kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin,* in *JZ,* 1982, pp. 619-620.

[12] In questo senso si esprime ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 488: "Le cause di giustificazione sono previste, oltre che nel codice penale, nell'intero ordinamento; esse sono principi generali o, in ogni caso, **«fatti» dell'intero ordinamento giuridico**" (grassetto dell'Autore). Cfr. MARINUCCI, *Fatto*, cit., p. 1229; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 29, ove gli Autori evidenziano che le cause di giustificazione sono situate in ogni luogo dell'ordinamento: codice penale, codice civile, codice di procedura penale e civile, leggi statali ordinatarie, Costituzione, leggi regionali, atti amministrativi, diritto comunitario europeo, consuetudine, etc.

I passaggi così esposti, sia pure brevemente, prestano il fianco ad una serie di critiche.

In primo luogo è alquanto difficile, già dal punto di vista della logica, capire come il secondo elemento del reato, la c.d. antigiuridicità oggettiva, che qualificherebbe il solo fatto tipico, possa dipendere dall'assenza di situazioni contemplate da norme speciali rispetto a quella incriminatrice, ove sono descritti i requisiti oggettivi e soggettivi dell'illecito, e della quale, quindi, queste disposizioni dovrebbe avere tutti gli elementi strutturali più un *quid pluris.* Senza, peraltro, soffermarsi sulla discutibilità della conseguenza cui si perviene seguendo questo ordine di idee: la supposizione erronea della presenza di fatti autonomi rispetto al diritto penale porta ad escludere proprio un requisito del reato (art. 59, ultimo comma, c.p.).

Inoltre, è agevole osservare, seguendo accreditata dottrina[13], come non tutte le scriminanti previste dal codice penale escludono *tout court* l'antigiuridicità del comportamento con riguardo ad ogni ramo del diritto. Detto altrimenti, mentre talune cause di giustificazione ipotizzate da disposizioni penali rilevano anche al di fuori dell'ambito entro cui sono state poste, in quanto corrispondenti ad esigenze che vanno ben oltre lo stretto terreno penalistico ed investono l'ordinamento nella sua fondamentale unità, altre, invece, limitano la propria efficacia esimente al puro settore penale, lasciando sussistere una qualifica di illiceità in base ad altre norme. Così, se esercitare un diritto, adempiere ad un dovere

[13] M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 258 ss., il quale in proposito distingue tra scriminanti oggettive e scriminanti soggettive, riprendendo la terminologia utilizzata dall'art. 119 c.p.

imposto da una norma o da un ordine legittimo dell'autorità, agire con il consenso dell'avente diritto, difendere un interesse da un'aggressione ingiusta, sono tutti comportamenti che non realizzano un'offesa giuridicamente rilevante, in quanto non si pongono in contrasto con alcun ramo dell'ordinamento[14], altrettanto non può dirsi, ad esempio, per lo stato di necessità, che sotto il profilo civilistico comporta pur sempre un obbligo di indennizzo[15].

---

[14] Cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 185. Tutte queste cause di giustificazione comuni hanno a fondamento o l'esercizio di una facoltà legittima o l'adempimento di un dovere (cfr., per un approfondimento, *supra,* cap. II, § 4.1.2.), con conseguente rilevanza del relativo giudicato penale anche nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno a norma dell'art. 652 c.p.p. In particolare, il fatto realizzato con il consenso dell'avente diritto costituisce semplicemente esercizio di una facoltà che nasce direttamente dalla manifestazione di volontà del titolare. Quanto alla legittima difesa, abbiamo già anticipato che l'ordinamento, quando i propri organi non possono intervenire tempestivamente, autorizza il privato a difendere un interesse giuridicamente rilevante. Quindi anche questa scriminante rappresenta nella sostanza l'esercizio di una facoltà legittima. Tuttavia, pure volendole negare questa natura, non si può trascurare il fatto che la predetta causa di giustificazione rilevi comunque in ogni settore dell'ordinamento giuridico a norma degli artt. 52 c.p., 2044 c.c. e art. 4, legge n. 689 del 1981, secondo il quale: "Non risponde delle violazione amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa".

[15] Ovviamente, la ricostruzione proposta nel testo riconosce nell'indennità *ex* art. 2045 c.c. una forma attenuata di risarcimento, anziché la naturale conseguenza di un fatto lecito dannoso (v. *supra,* cap. II, § 4.1.3., nt. 153), come invece sostiene altra dottrina (tra quella penalistica, cfr. MOLARI, *Profili,* cit., p. 150).

Quanto all'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), come già anticipato (v., *supra,* cap. II, § 4.1.2.), nonostante l'articolo fosse stato concepito dal legislatore come un rinforzo alle ipotesi contemplate dagli artt. 51 e 52 c.p., a seguito dell'interpretazione restrittiva cui è stato sottoposto, ponendo l'accento ora sul «fine di adempiere un dovere del proprio ufficio», ora sul requisito della «necessità», nonché su quello della proporzione, ritenuto implicito da dottrina e giurisprudenza, per un verso o per l'altro viene fatto sostanzialmente coincidere con i disposti degli artt. 51 e 52 c.p. (cfr., M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 230 s.; nonché *supra,* cap. II, § 4.1.2., nt. 145). Ovviamente, solo interpretando la norma in questi termini, e quindi ravvisandovi a fondamento, in ultima istanza, l'esercizio di una facoltà legittima (così M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 185), – cui è riconducibile, secondo l'opinione da noi condivisa, la difesa legittima e, indirettamente, l'adempimento di un dovere, (v. GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 140 ss.; ID., voce *Legittima difesa,* cit., p. 38, il quale afferma che l'esercizio di un diritto e l'adempimento di un dovere sono riconducibili ad una matrice unitaria, in quanto, chi deve agire ha altresì, almeno di regola, la facoltà di porre in essere la condotta doverosa) -

Tuttavia, anche volendo trascurare queste considerazioni – peraltro confermate sul piano normativo dall'art. 652 c.p.p., nell'attribuire rilevanza extrapenale alle sole scriminanti riconducibili allo schema dell'adempimento di un dovere e dell'esercizio di una facoltà legittima[16], per cui semmai, a rigore, le predette conclusioni dovrebbero essere circoscritte solo a queste norme – c'è ben altro che non convince.

Intendiamo riferirci alla nozione eccessivamente restrittiva di «legge penale» utilizzata, che ha portato l'indirizzo in esame a negare questa natura alle disposizioni sulle cause di giustificazione, con tutte le relative conseguenze[17].

A nostro avviso, il problema pregiudiziale che l'interprete deve affrontare consiste nel definire che cosa si intende per reato. In effetti, solo dopo aver individuato con esattezza tale nozione, è possibile comprendere che al fine di ricostruire la norma incriminatrice «reale», nella sua interezza, occorre tener

---

è possibile riconoscere in essa una scriminante oggettiva. Qualora, invece, si dovesse ravvisare nell'art. 53 c.p. (ponendo questa volta l'accento sulle intenzioni del legislatore, come peraltro testualmente esplicitate nella riserva di esordio dell'articolo in questione) una scriminante ben distinta dalle precedenti (artt. 51 e 52 c.p.), non vi sarebbero dubbi (potendo eventualmente trovare conferme nel confronto tra il secondo comma dell'art. 53 e l'art. 119 c.p.) circa la riconducibilità dell'uso legittimo delle armi tra le cause di giustificazione c.d. soggettive, che fanno venire meno solo l'illiceità penale.

[16] V. *supra*, nt. 13.

[17] Sul punto, v. M. GALLO, *Appunti,* vol. I, cit., p. 38 ss.; TRAPANI, voce *Legge penale,* cit., p. 9: "[…] la loro diretta riconducibilità sotto l'ambito applicativo della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. discende agevolmente dalla considerazione che anch'esse, incidendo sull'*an* della punibilità, contribuiscono, sia pure in negativo, all'individuazione della norma incriminatrice «reale»". Così, GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 5, il quale afferma che "proprio il complesso di queste conclusioni rileva, al di là delle divergenze sul terreno della ricostruzione generale della funzione delle norme – scriminanti, l'inaccettabilità della tesi che si critica". L'Autore osserva che l'estensione analogica delle cause di giustificazione si inquadra perfettamente nell'ammissibilità in ambito penale della analogia *in bonam partem*. Quanto al problema delle fonti, esclude che "norme diverse dalla legge degradino a fatto lecito ciò che il Parlamento ha deciso costituisca offesa illecita". Alle stesse conclusioni pervengono pure, BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 263 s.; ID., voce *Teoria,* cit., p. 69; CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 48 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale,* cit., p. 1045, ove l'Autore muove dal principio di gerarchia delle fonti.

conto di tutto il materiale legislativo necessario nella valutazione della rilevanza penale del fatto concreto, sommando il contenuto della singola disposizione di parte speciale con le norme che ne precisano, estendono o restringono la portata applicativa[18].

Così ragionando, un illustre Autore[19] ha definito la «norma penale» come il risultato della fusione di più disposizioni incomplete: la sua prima cellula essenziale (il precetto primario con sanzione) e le altre previsioni legislative che ad essa accedono. Tra queste, ovviamente, si collocano le disposizioni sulle cause di giustificazione perché relative a

---

[18] Cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza,* Milano, 1951, p. 18; ID., *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 38 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 27, nt. 34; ID., voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 4 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 22; PANNAIN, *Manuale,* cit., p. 179; PETROCELLI, *Principi,* cit., p. 104; ID., *Reato e punibilità,* cit., p. 687; MORO, *L'antigiuridicità,* cit., p. 129 s.; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 22 ss., secondo cui "la scriminante (espressa o tacita) non è contenuta materialmente nel precetto penale che prevede il fatto generico, ma ne costituisce una conseguenza logica o, comunque, un'appendice positiva. E' limite esterno rispetto al precetto generico, interno alla norma nel suo complesso". Quindi, occorre distinguere tra un oggetto generico, previsto dalla c.d. norma – base (la norma che descrive il fatto generico), e un oggetto specifico, che si ottiene combinando la norma – base con le norme accessorie. Ad esempio, l'interesse alla vita è l'oggetto generico dell'omicidio, mentre l'oggetto specifico è l'interesse alla vita al di fuori di certe ipotesi previste nelle cause di giustificazione. L'Autore continua osservando che non è corretto voler trarre gli elementi del fatto tipico da una singola norma, in quanto "ogni norma va naturalmente integrata con quelle che, rispetto ad essa, possono *prima facie* considerarsi accessorie e che si trovano anche in altri rami dell'ordinamento giuridico". In conclusione, le cause di giustificazione, limiti della norma – base, diventano automaticamente elementi negativi del fatto di reato e quindi della norma complessa che lo inquadra. Di recente, su queste posizioni, v. anche MICHELETTI, *Legge penale,* cit., p. 5 ss. Nella dottrina tedesca, cfr. KÄCKELL, *Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung,* (1915), rist., Frankfurt a. M., 1977, p. 172 ss.

[19] Ci riferiamo alle acute osservazioni di FROSALI, *L'errore,* cit., p. 152 ss. In proposito, cfr. pure NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 23, il quale definisce norma – base (v., nt. precedente) ciò che il Frosali considera "cellula essenziale" della legge penale; nonché PULITANO', *L'errore,* cit., p. 259 s. Ad opinione di quest'ultimo Autore "la funzione cui una definizione di «norma penale» ha da adempiere, ai fini della ricostruzione e comprensione di un sistema penale positivo, è quella di individuare come siano strutturate nella loro compiutezza le regole di comportamento sanzionate con pena". Pertanto "saranno da ritenere come parti di ciascuna norma penale tutte (e sole) quelle disposizioni legislative, concorrenti con la norma – madre incriminatrice a determinare (in via positiva o negativa) la regola di comportamento sanzionata con pena".

situazioni condizionanti la sussistenza di tutti i reati o di classi di essi, in aggiunta agli elementi descritti dalle singole norme – base che ipotizzano il fatto tipico. Ciò significa che la nozione completa di legge di previsione di un reato (norma incriminatrice «reale») è data dall'insieme dei frammenti normativi che prevedono i requisiti dalla cui presenza o assenza dipende l'esistenza di tale illecito, in particolare quelli oggettivi positivi, specializzanti di ogni delitto o contravvenzione, le cause di giustificazione, quali requisiti oggettivi negativi, ed infine l'elemento psicologico.

Se quanto premesso è esatto, le scriminanti, ancorché originariamente previste da disposizioni appartenenti ad altri settori dell'ordinamento giuridico (ad es., le norme richiamate dall'art. 51 c.p.), nel momento in cui concorrono a descrivere, sia pure in negativo, il reato, sono anch'esse «penali» in quanto «parti», «frammenti - limite»[20], di un'unica e complessa norma incriminatrice che individua le condizioni della responsabilità, ossia la regola di comportamento, completa ed effettiva, sanzionata con pena.

3. La successione di norme richiamate dalla legge penale incriminatrice: un inquadramento della questione

A questo punto della nostra indagine possiamo soffermarci su un argomento particolarmente delicato, notoriamente

[20] GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 5; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 30.

conosciuto come modificazioni "mediate" della fattispecie di reato, a seguito della successione nel tempo di regole diverse da quella incriminatrice e da quest'ultima richiamate, quali parametri di qualificazione di un elemento normativo[21].

E' un dato oramai acquisito che la legge penale, nella tipicizzazione delle singole ipotesi criminose, faccia spesso rinvio ad altre norme, le quali intervengono nella descrizione del reato come criteri di definizione specifica di alcuni suoi requisiti. Ciò comporta che ogni variazione di contenuto di questi parametri abbia l'effetto, a seconda dei casi, di restringere o ampliare la sfera di applicazione in concreto della norma incriminatrice di rinvio, senza alterare, almeno apparentemente, il piano della fattispecie astratta. Si pensi, solo per fare degli esempi, al caso in cui il fatto del quale taluno è stato incolpato falsamente, sapendolo innocente, costitutivo di "reato" al tempo della sua realizzazione, perda la qualifica di illecito penale per effetto di una legge successiva, o, ancora, all'abrogazione della norma cautelare scritta dalla cui violazione era scaturita la qualifica come

---

[21] Cfr. GROSSO, *Successione di norme integratrici,* cit., p. 206 ss.; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* cit., p. 1063 ss.; ID., *Principi,* cit., p. 114 ss.; ID., *Riserva di legge,* cit., p. 392 s.; PADOVANI, *Tipicità e successione,* cit., p. 1354 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 314 s.; ID., *Diritto penale,* cit., p. 703 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., *sub* art. 2, p. 53 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 273 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 92 ss.; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 86 ss.; CAMAIONI, *Successione di leggi,* cit., p. 46 ss.; IORI, *Abrogazione,* cit., p. 349 ss.; SEVERINO, voce *Successione di leggi,* cit., p. 5 ss.; PODO, voce *Successione di leggi,* cit., p. 658; PALAZZO, voce *Legge penale,* cit., p. 364 ss., RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 225 ss.; ID., *Successione di norme,* cit., p. 1635 ss.; MICHELETTI, *Legge penale e successione,* cit., *passim.*

Preme precisare che l'espressione "norme richiamate dalla legge penale incriminatrice" è tale da ricomprende in sé anche le disposizioni cui fanno rinvio le norme penali in bianco nonché le norme c.d. definitorie (per un chiarimento su questi concetti, cfr. *supra,* cap. I, § 4). Ovviamente, stante l'oggetto della nostra indagine, l'attenzione nelle pagine che seguono sarà circoscritta al fenomeno successorio delle regole richiamate per il tramite di un elemento normativo del fatto criminoso.

colposa della condotta lesiva tenuta dall'agente, con la conseguenza, in entrambe le ipotesi considerate, che tali comportamenti, posti in essere dopo l'intervenuta modifica, non potrebbero più essere ricondotti sotto le fattispecie, rispettivamente, di calunnia (art. 368 c.p.) o di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.).

Dunque, sono ipotesi concettualmente ben diverse dalle modifiche che ineriscono direttamente alla struttura della figura astratta di reato, intervenendo sulla stessa disposizione incriminatrice (c.d. modificazioni "immediate"). Mentre queste ultime rendono possibile una diretta percezione del cambiamento attraverso l'analisi del precetto, ossia confrontando l'ipotesi normativa originaria con quella successiva, nel caso di successione nel tempo di regole richiamate secondo la tecnica degli elementi normativi - in cui a mutare è solo la classe degli oggetti sussumibili sotto l'ambito applicativo della norma incriminatrice, e cioè la possibilità di applicarla ad un determinato caso concreto, rimanendo immutato nella sua formulazione il precetto penale – per poter apprezzare il cambiamento, è necessario fare riferimento alla fattispecie concreta.

Detto altrimenti, si verifica una riformulazione "mediata" quando la "riscrittura" della legge di previsione di un reato non interessa direttamente la struttura del tipo, bensì la qualificazione di taluni elementi essenziali, operata da altre norme di cui muta l'ambito di estensione. Un fenomeno idoneo a porre in crisi i criteri tradizionalmente utilizzati dalla dottrina e dalla prassi applicativa nell'individuare i meccanismi di successione di leggi penali.

In effetti, mentre la linea di demarcazione concettuale tra modificazioni "mediate" ed "immediate" non sembra creare problemi, più controversa è la questione se l'avvicendamento di norme richiamate da elementi normativi della fattispecie di reato rientri o meno nella *ratio* e nella trama applicativa dell'art. 2 c.p. A tutt'oggi le discrasie sul tema tra studiosi e pratici del diritto sono molto marcate, sebbene è possibile comporre le diverse opinioni esistenti in alcuni principali indirizzi interpretativi[22].

Superata da tempo la teoria che riconosceva nelle regole in questione solo un mero contrassegno del fatto incriminato, con la conseguenza che il loro accertamento, come quello di ogni altro requisito costitutivo del reato, doveva avvenire in funzione esclusiva del *tempus commissi delicti*, a nulla rilevando eventuali successive modifiche[23], nell'ambito della dottrina secondo cui le regole richiamate mantengono la loro natura di dati normativi, si conviene prevalentemente per l'inapplicabilità dell'art. 2 c.p., sia pure con diverse argomentazioni.

Autorevoli studiosi, muovendo dalla premessa che le disposizioni qualificatrici di elementi normativi, pur rilevanti ai fini dell'individuazione dei fatti criminosi, rispondono solo ad esigenze di semplificazione nella tecnica legislativa, senza avere alcuna relazione con il disvalore astratto del reato, concludono per l'irrilevanza delle c.d. modifiche mediate: la nuova regola non introduce alcuna differente valutazione in

---

[22] Cfr. CAMAIONI, *Successione di leggi,* cit., p. 46 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 231 ss.

[23] Per una ricostruzione di questo orientamento dottrinale, v. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* cit., p. 1070 s.; IORI, *Abrogazione,* cit., p. 350.

relazione alla fattispecie astratta, e quindi non contribuisce ad esprimere la scelta politico–criminale racchiusa nella figura criminosa ma, semplicemente, si limita ad influire sulla concreta applicabilità della norma incriminatrice[24].

Ad analoghe conclusioni giunge altra dottrina[25] sulla base di un motivo di ordine sistematico, ossia desumendo dalla specifica regolamentazione dell'errore su legge diversa da quella penale (47, terzo comma, c.p.) che nel nostro diritto «punto di riferimento di una disciplina penale tipica è il precetto base soltanto», nonché facendo leva sulla seguente constatazione: mentre nel caso di modificazione diretta della norma penale viene meno già astrattamente la tutela degli interessi che sono stati lesi, quando la variazione interessa il dato normativo richiamato a venire meno è solo «il carattere lesivo del comportamento concretamente tenuto»[26].

---

[24] In questi termini, ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 55 s.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 274; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 314 s.: "Se le norme sui modi d'acquisto della proprietà entrassero a far parte delle norme sui delitti contro il patrimonio, la modifica o la soppressione di un particolare modo d'acquisto renderebbe problematica la applicabilità del divieto, dovunque la proprietà del bene oggetto di spoliazione fosse stata acquistata nel modo non più valido. Conclusione manifestamente assurda, e che può essere confutata proprio sull'assunto dell'estraneità delle norme civili «integratrici» al precetto penale. Il disvalore delle spoliazioni patrimoniali non è legato ai modi d'acquisto della proprietà, ma la fatto che – non importa in che modo – la proprietà della cosa sia stata validamente acquistata da altri. Da ciò l'irrilevanza delle modifiche dei modi d'acquisto della proprietà, rispetto alla persistente applicazione di precetti che presuppongono sì quei modi, ma non traggono da essi la determinazione del contenuto e del disvalore del fatto vietato". Ad opinione di questi Autori però il discorso cambia, con l'applicazione dell'art. 2 c.p., nel caso di norme penali in bianco e di disposizioni definitorie, perché la loro variazione nel tempo, concorrendo queste a configurare il singolo tipo di illecito, implicherebbe un diverso giudizio di disvalore astratto. In altri termini, solo in questi casi la successione di norme extrapenali finirebbe con l'incidere anche sulla fattispecie astratta.

[25] GROSSO, *Successione di norme integratrici,* cit., p. 1208 ss.

[26] GROSSO, *Successione di norme integratrici,* cit., p. 1212: "Tenendo conto del convergere di tutti questi dati, e della circostanza che, sebbene la formulazione dell'art. 2 cit., non impedisca la sua applicazione più lata, neppure si oppone formalmente ad una interpretazione più ristretta, riteniamo che questa ultima maggiormente si inquadri nella prospettiva in cui va posto il principio della retroattività della legge più favorevole al reo

Oltre a questi indirizzi restrittivi, si rinvengono anche delle aperture, sia pure parziali, verso una possibile applicazione dell'art. 2 c.p. alla successione di regole richiamate dall'elemento normativo.

In alcuni casi l'assoggettamento della modifica intervenuta alla disciplina in questione è ancorata al tipo di elemento qualificato, ossia alla sua capacità di incidere sulla portata e sul disvalore astratto della fattispecie[27], altre volte, invece, l'attenzione è rivolta alla relazione esistente tra regola richiamata e norma penale, così da escludere una successione di leggi *ex* art. 2 quando non c'è integrazione[28].

---

nel nostro ordinamento penale. Interpretazione logico-sistematica che supera la piattaforma formalistica su cui opera quella estensiva, per adeguarsi da un lato all'intimo significato, alla ragione della non punibilità di cui all'art. 2 comma 2°, dall'altro ad una direttiva chiaramente seguita in altro luogo dell'ordinamento; e che permette quindi di respingere sia la tesi troppo restrittiva che limita l'efficacia dell'articolo in questione alle sole abolizioni di un determinato titolo di reato, sia quella più lata che involge ogni fenomeno di successioni di leggi incidenti nella incriminazione". *Contra,* PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* cit., p. 1071: "Nulla vieta, infatti, che la disciplina normativa sia diversa nell'ipotesi della successione di leggi e nell'ipotesi dell'errore. Quanto alla tutela penale degli interessi […] non si può argomentare dalla circostanza che il bene giuridico resti immutato, pur nella modifica di una regola incorporata nella fattispecie penale, per delineare una distinzione tra interessi lesi in astratto e interessi lesi in concreto e fondarvi sopra la *ratio* della presunta inapplicabilità dell'art. 2 cpv. c.p. alla ipotesi di successione di norme richiamate dalla norma penale".

[27] Così, MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 84, ad opinione del quale non si ha successione di leggi penali nell'ipotesi di calunnia, qualora il fatto oggetto di falsa incolpazione non sia più previsto come reato da una legge successiva, in quanto il comportamento allora posto in essere conserverebbe ancora oggi "tutto il suo disvalore e la sua riprovevolezza". Diversamente, si ha successione di legge penale per il venire meno del disvalore del fatto, ad esempio, nelle ipotesi "dell'omicidio colposo, qualora venga abrogata la norma cautelare, riconoscendosi che la condotta vietata non era pericolosa e, quindi, non meritevole di pena; dell'associazione per delinquere, allorché i fatti delittuosi-fine *siano elevati a diritti,* come avvenne, ad es., per lo sciopero".

[28] Cfr. IORI, *Abrogazione,* cit., p. 355; PODO, voce *Successione di leggi,* cit., p. 658: "A nostro avviso, in assenza di una norma specifica che si occupi espressamente del problema (e della quale peraltro non ci sembra vi sia alcun bisogno) è necessario e sufficiente risalire ai principi: qualora la regola extrapenale integri la fattispecie criminosa fino a costituire corpo unico con essa – come macroscopicamente accade per le «norme penali in bianco» -, non v'è dubbio che la modificazione dell'elemento integrante e concretizzante si traduca nella modificazione della legge penale. Se viceversa la norma o il provvedimento extrapenale non entra a comporre l'economia precettivo-valutativa del

Quest'ultima impostazione ci riporta alla tradizionale distinzione, operata da buona parte della dottrina[29] e, soprattutto, dalla giurisprudenza[30], tra norme extrapenali "integratrici" e "non integratrici" del precetto: vi sarebbero disposizioni che danno luogo ad un contesto unitario con la norma penale dalla quale sono richiamate, tanto da acquistarne la specifica natura, mentre altre, anche se ad esse viene fatto rinvio nel descrivere la fattispecie incriminatrice, mantengono la propria individualità.

L'annosa *querelle* sui meccanismi di integrazione tra norme ha condotto nel tempo all'elaborazione di discutibili criteri discretivi, che spesso si sono rivelati ambigue, se non addirittura, vuote formule di stile, agevolmente manipolabili dall'interprete[31]. In effetti, proprio muovendo da questa

---

reato, la successione di regole extrapenali rimane avulsa dal sistema di cui all'art. 2 c. pen.".

[29] Cfr. ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 424 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 464 ss.; ID., «*Repressione della condotta antisindacale*», cit., p. 120 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 293 ss.; ID., voce *Ignoranza*, cit., p. 23 ss.; BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1188 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 138 ss.; SALTELLI, *L'errore,* cit., c. 321 ss.; ONDEI, *Considerazioni circa l'errore,* cit., p. 29 ss.

[30] Per la giurisprudenza di legittimità è norma extrapenale non integratrice quella disposizione "destinata esclusivamente a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, né richiamati, esplicitamente o implicitamente, dalla norma penale". In questo senso, tra le tante, v. Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 2003, in *Cass. pen.,* 2005, p. 1937; Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, *ivi*, 2002, p. 3872; Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 2000, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2000, p. 1085; Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 1998, in *Cass. pen.,* 2000, p. 2636; Cass. pen., Sez. VI, 30 giugno 1994, in *Giur. it.,* 1995, p. 558; Cass. pen., Sez. II, 22 ottobre 1993, in *Cass. pen.,* 1996, p. 1419; Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 1989, *ivi,* 1990, p. 1738; Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 1986, in *Riv. pen.,* 1987, p. 600; Cass. pen., Sez. II, 18 gennaio 1986, in *Cass. pen.,* 1987, p. 1519.

[31] Vengono, ad esempio, ritenute integratrici quelle disposizioni che concorrono direttamente a costituire uno dei due elementi essenziali della norma penale, precetto e sanzione (BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1202); o quelle che completano la descrizione della fattispecie criminosa, dandole maggiore concretezza (ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 426); ovvero le disposizioni che contribuiscono a definire il singolo tipo di illecito, integrandone la descrizione legale, mediante l'aggiunta o la specificazione di elementi essenziali (ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 464; PULITANO', voce *Ignoranza,* cit., p. 40; ID., *L'errore,* cit., p. 270). Per una critica, cfr. M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 763; GROSSO,

distinzione, la giurisprudenza di legittimità ha nel tempo assunto un atteggiamento a dir poco contraddittorio: sul versante dell'art. 2 nega con insistenza qualsiasi interferenza tra regola richiamata tramite l'elemento normativo e precetto penale, ai fini dell'inapplicabilità della disposizione alle c.d. modifiche mediate della fattispecie[32]; mentre, nella tormentata

---

L'errore, cit., p. 178; PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 486 ss.; ID., *Principi,* cit., p. 410 ss.; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572; CAMAIONI, *Successione di leggi,* cit., p. 48.

[32] Tra le tante, cfr. Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2003, in *Dir. pen. proc.,* 2003, p. 993, con nota di RISICATO, *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*; Cass. pen., Sez. III, 12 maggio 2002, in *Cass. pen.,* 2003, p. 3832, secondo la quale la disciplina relativa alla successione delle leggi penali non si applica alla variazione nel tempo delle norme extrapenali che non incidono sulla struttura essenziale e circostanziata del reato, ma si limitano a precisare la fattispecie precettiva; Cass. pen., Sez. IV, 21 febbraio 1990, in *Riv. pen.,* 1991, p. 415; Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 1989, in *Cass. pen.,* 1991, p. 1374. Quanto al delitto di calunnia, secondo l'interpretazione in atto prevalente, "non sono rilevanti, rispetto ad esso, le vicende abolitive o estintive che investono la persistenza del reato presupposto". In altri termini, è negato ogni meccanismo di integrazione tra la norma incriminatrice di cui all'art. 368 c.p. e le norme penali che giovano ad individuare l'elemento normativo «reato», con la conseguenze di rendere inapplicabile l'art. 2 c.p. alle eventuali modifiche mediate della fattispecie: così Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2002, in *Dir. pen. proc.,* 2002, p. 1202; Cass. pen., Sez. VI, 21 maggio 1999, in *C. E. D. Cass.,* n. 214674; Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 1988, in *Cass. pen.,* 1990, p. 227; Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 1986, *ivi,* 1988, p. 254. A questo rigoroso orientamento si sono contrapposte nel tempo poche sentenze che ammettono l'applicazione dell'art. 2 c.p. in tema di modifiche mediate della fattispecie: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1987, p., 695 ss., con nota di PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari,* ove si afferma che per legge incriminatrice deve intendersi "il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto. Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo", con la conseguenza che se "la *novatio legis* riguarda la qualità del soggetto attivo, nel senso che, nella specie, fa venir meno al dipendente bancario la qualità di incaricato di un pubblico servizio, necessaria per integrare il delitto di peculato, non può non applicarsi in favore di quel dipendente il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 c.p.". Nonché, in tempi più recenti, v. Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 2006, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006, fasc. 4, p. 1633, con nota di RISICATO, *Successione di norme "integratrici",* cit., ove si riconosce in merito al reato di mancanza alla chiamata, art. 151 c.p.m.p., che "l'art. 7 del d. lgs. n. 215 del 2001, così come l'art. 1 comma sesto della legge 14 novembre 2000 n. 331[…] devono essere considerati norme integratrice del precetto penale e che, con riferimento alle situazioni da essi disciplinate, sesto della legge 14 novembre 2000 n. 331 […] devono essere considerati norme integratrici del precetto penale e che, con riferimento alle situazioni da essi disciplinate, trova applicazione l'art. 2, comma 4, c.p. […]; sicché la sospensione del servizio di leva comporta la non punibilità della condotta di chi in precedenza, essendo obbligato a tale servizio, ha rifiutato di prestarlo". E ancora, Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 2006, in *Dir. pen.*

materia dell'errore, con altrettanta fermezza, riconosce costantemente un rapporto di integrazione tra norma extrapenale e legge incriminatrice, così da escludere l'efficacia scusante a norma dell'art. 5 c.p., con sostanziale abrogazione del terzo comma dell'art. 47 c.p.[33].

Non occorrono molte parole per capire quanto sia paradossale questo orientamento giurisprudenziale, che perviene a risultati del tutto opposti, nonostante l'identità

---

proc., 2006, fasc. 5, p. 614 ss.: "l'istituto della successione di leggi penali nel tempo riguarda le norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato e conseguentemente, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2 c.p., si deve tenere conto anche di quelle fonti normative che, pur non comprese nel precetto penale, integrano tuttavia il contenuto. […] la normativa in tema di leva obbligatoria è decisiva per individuare il contenuto e i limiti della fattispecie delittuosa di rifiuto della prestazione del servizio militare. La conseguenza è obbligata: l'abolizione del servizio militare obbligatorio […] abroga il delitto di rifiuto di prestare detto servizio da parte dei cittadini ad esso tenuti per chiamata di leva e determina – in forza dell'art. 2 c.p., comma 2 – la non punibilità della condotta di chi in precedenza, allorché detto servizio era obbligatorio, ha rifiutato di prestarlo ovvero la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della condanna eventualmente intervenuta"; Cass. pen., Sez. I, 12 aprile 2005, *ivi,* p. 616, che, in tema di associazione per delinquere, ammette l'applicazione dell'art. 2 c.p. a seguito della depenalizzazione dell'unico reato - fine (sofisticazione dei vini).

[33] Cfr. le sentenze citate *supra,* nt. 30. Cfr. da ultimo la recente posizione di MICHELETTI, *Legge penale,* cit., p. 374 ss., secondo cui la materia delle modifiche "mediate" della fattispecie penale dovrebbe essere emancipata dalle "incrostazioni culturali che vi ha depositato nel tempo la teoria dell'errore su norma extrapenale". L'Autore propone nella materia *de qua* una soluzione orientata alla logica funzionalistica della c.d. prevenzione generale integratrice, con la necessità di stabilire "se la variazione del complemento precettivo esterno alla disposizione incriminatrice ha determinato o meno un'alterazione dell'identità assiologia e deontologica della norma penale nei cui confronti si dovrebbe esprimere la funzione confermativa della pena. Qualora, infatti, non si verifichi una tale alterazione, si dovrà concludere che l'ordinamento, malgrado la *novatio legis,* continua ancora a esigere l'irrogazione della pena derivante dal *Tatzeitrecht* quale strumento di integrazione sociale del modello comportamentale tuttora prescritto". In questo caso, saremmo di fronte a norme meramente "ordinatorie", soggette alla regola del *tempus regit actum.* Qualora, invece, la modifica legislativa "mediata" comporti la variazione "del modello ontologico che il gruppo sociale è tenuto a rispettare" saremmo di fronte a norme "di merito", con l'applicazione dell'art. 2 c.p. In verità, l'impostazione in esame, nonostante le premesse, continua a riproporre, sia pure con termini parzialmente diversi (norme "di merito", in luogo di norme integratrici; norme "ordinatorie" in luogo di norme non integratrici) una distinzione ancorata nella sostanza al rapporto di integrazione tra precetto penale e norma extrapenale. Quanto poi alla discutibilità della c.d. prevenzione generale integratrice cfr. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002, p. 445 ss.

delle premesse: la spiegazione del ruolo svolto dagli elementi normativi nell'economia della fattispecie non può mutare radicalmente in relazione alla disciplina da applicare, dovendo invece sfociare in una soluzione unitaria. E' evidente come queste conclusioni eterogenee, antitetiche, comunque sempre sfavorevoli al reo, più che il frutto di un'interpretazione rigorosa del dato normativo da parte del Supremo collegio, siano essenzialmente la conseguenza della preoccupazione politico-criminale di un indebolimento del sistema punitivo a seguito di facili assoluzioni. Il che spiega, ma di certo non giustifica, l'atteggiamento di chiusura che, almeno fino alle più recenti pronunce sull'argomento, i giudici di legittimità hanno manifestato sulla tematica delle modifiche "mediate" della fattispecie penale.

Nonostante l'indirizzo interpretativo ancora prevalente, conformemente ad autorevole dottrina[34], riteniamo che esistano valide argomentazioni, inerenti alla lettera e alla *ratio* della legge, nonché di carattere logico e sistematico, per concludere che anche le vicende successorie delle norme richiamate dal precetto, quali parametri di qualificazione di un requisito costitutivo, ricadono sotto la disciplina dell'art. 2 c.p.

In effetti, per negare la possibilità di ricondurre la materia *de qua* nell'ambito applicativo di questa norma, si potrebbe sostenere che, a voler essere rigorosi, affinché si abbia "successione di leggi penali" è necessario un avvicendamento

[34] Sia pure muovendo da argomentazioni parzialmente diverse, cfr. M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 122 ss.; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 86 ss.; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 43 ss.; ID., *Tipicità e successione,* cit., p. 1354 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 94 ss.; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 278 ss.

nel tempo proprio di due o più disposizioni tutte penali; fenomeno che, appunto, non si verifica quando la modificazione riguarda solo la regola di riferimento di un elemento normativo del fatto criminoso. Ma una tale interpretazione restringerebbe indebitamente il campo di applicazione dell'articolo[35], portando addirittura ad escludere situazioni in esso chiaramente disciplinate, come l'intervento di una regola penale che introduce *ex novo* una figura di reato precedentemente non contemplata dall'ordinamento (primo comma). D'altronde, in primo luogo non si può escludere che il legislatore, con l'espressione «legge penale», abbia inteso riferirsi, in senso lato, al complesso di tutti i dati normativi rilevanti ai fini della descrizione del reato, e quindi anche alle regole richiamate per qualificare taluni suoi elementi costitutivi[36]; in secondo luogo, nelle ipotesi di modifiche "mediate" sarebbe possibile parlare di "successione di leggi penali" se solo si guardasse al risultato della vicenda normativa, piuttosto che, in modo riduttivo, ai termini della sequenza temporale: la legge di previsione del reato è nuova, rispetto al momento in cui il fatto è stato commesso, anche quando vicende concernenti regole cui essa fa rinvio incidano indirettamente sul suo contenuto, così da produrre una variazione dell'area di punibilità[37].

Senza contare che nell'art. 2 c.p. il riferimento alla natura penalistica della legge c'è solo nella rubrica della norma e mai nel testo, ove invece si richiede (e non certo casualmente) che la legge, così genericamente indicata, in virtù della quale o il

[35] Così, M. GALLO, *Appunti,* I, cit., pp. 123-124.
[36] Sull'argomento, cfr. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* cit., p. 1070 ss.
[37] M. GALLO, *op. loc. ult. cit.*

fatto non costituisce più reato (secondo comma), ovvero deve essere assoggettato ad una disciplina più favorevole (quarto comma), sia posteriore. Ne consegue che l'impossibilità di continuare a qualificare il comportamento in termini di illecito penale, o l'applicazione di un trattamento meno severo, possono dipendere, almeno stante il tenore letterale della norma, anche da regole non penali[38]. In effetti, a maggiore conferma dell'assunto, è sufficiente ricordare che quando il legislatore ha voluto distinguere la disciplina applicabile in ragione della natura della legge, se penale o extrapenale, lo ha fatto esplicitamente (artt. 5 e 47, ultimo comma, c.p.): la mancata differenziazione in materia di successione, in contrapposizione a quella relativa all'errore, è dunque indicativa della volontà di ricomprendere nell'art. 2 c.p. ogni realtà normativa[39].

Ma non basta. Quando la fattispecie penale presenta elementi normativi, in virtù dei quali un requisito del fatto di reato viene individuato attraverso il significato che risulta applicando un determinato sistema normativo al dato reale, non è possibile distinguere tra regole che integrano e regole che non integrano il precetto. Il fenomeno di interazione tra norme si esprime sempre con la medesima tecnica di rinvio, per cui è logico affermare che o nessuna norma richiamata fa corpo con quella penale o tutte sono da ritenersi parte di

---

[38] M. GALLO, *Appunti*, I, cit., p. 113. *Contra,* PODO, voce *Successione di leggi,* cit., p. 655 ss., ad opinione del quale, non vi devono essere dubbi che il riferimento nell'art. 2 c.p. sia sempre alla legge penale ossia, più precisamente, a "qualsiasi norma di diritto penale sostanziale che tragga la sua validità da una fonte di produzione legittimamente idonea". Tuttavia ritiene erroneo "respingere in blocco dalla regolamentazione della successione di norme penali le modificazioni nel tempo di regole extrapenali […] sul presupposto che l'art. 2 c. pen. si riferisce esclusivamente alle leggi «penali»".

[39] CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 87.

quest'ultima[40]. Muovendo da questa premessa, e considerando che i parametri normativi di riferimento, nel momento in cui inseriscono il loro effetto di qualificazione nella fattispecie incriminatrice, concorrono nella descrizione del reato, si deve concludere che queste regole vengono sempre incorporate nel precetto penale[41], determinandone l'estensione, e che, pertanto, una loro modifica da vita ad una successione di leggi penali a norma dell'art. 2 c.p.[42].

---

[40] In tal senso, cfr., sia pure con diversità di accenti, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 762 ss.; ID., *Appunti,* vol. II, part. II, cit., p. 43 ss.; FROSALI, *Antigiuridicità speciale, errore, integrazione della norma*, cit., p. 379 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 176 ss.; PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 486; ID., *Principi,* cit., p. 415 ss.; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572.

[41] GROSSO, *L'errore,* cit., p. 178. In proposito M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 762 ss.; ID., *Appunti,* vol. II, part. II, cit., pp. 38-54 e 177 ss., osserva che l'errore disciplinato dal terzo comma dell'art. 47 c.p. (errore di diritto che cade sulla qualifica di un elemento normativo dell'illecito) si risolve in sostanza in un errore sui limiti della legge penale incriminatrice, perché relativo ad una norma che si innesta su una fattispecie criminosa. Detto altrimenti, è un errore che ha ad oggetto immediato la figura legale astratta risultante dall'integrazione della norma incriminatrice con le disposizioni da questa richiamate: una vera e propria deroga all'art. 5 c.p. Negli stessi termini, DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572.

[42] Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 95 s.; CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 88, il quale riconosce una perfetta corrispondenza tra la "depenalizzazione pura e semplice" e quella derivante dall'intervento di una norma extrapenale : in entrambi i casi il fatto diventa non più punibile, onde sarebbe illogica una distinzione sul piano della disciplina, specie considerando che in questi termini l'applicabilità o meno dell'art. 2 c.p. verrebbe fatta dipendere dalla tecnica legislativa di configurazione delle fattispecie criminose. *Contra,* PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 130 ss. L'Autore propone una soluzione molto particolare, in quanto ritiene che la norma richiamata attraverso l'elemento normativo non degrada a mero contrassegno del fatto, né diventa essa stessa penale in virtù dell'incorporazione nel precetto, ma conserva la propria natura (culturale, giuridica extrapenale o giuridica penale), con la conseguente applicazione della disciplina sulla successione di norme alla quale è originariamente sottoposta nel settore dell'ordinamento cui appartiene. Più precisamente, "se si tratta di regola culturale, non vale mai il principio di retroattività. Un fatto, se era osceno quando fu commesso, deve essere considerato ancora preveduto dalla legge penale come reato, anche se in tempi successivi alla sua commissione il fatto stesso non sia più considerato dalla coscienza generale come offensivo del comune senso del pudore. Se si tratta di regola giuridica extrapenale, il principio di irretroattività della nuova disciplina sarà normalmente accolto, salvo che nei casi eccezionali in cui la nuova legge si attribuisca efficacia retroattiva. […] Se la regola richiamata è norma penale, le si applicherà il regime della successione di leggi nell'art. 2 c.p., salvo che l'offesa tipica del reato si sia già verificata prima dell'operare della successione di leggi. Così, nella ipotesi di calunnia (art. 368 c.p.), il fatto che il reato falsamente attribuito sia cancellato dal novero dei reati ad opera di una legge successiva

Alla stessa conclusione possiamo pervenire esaminando l'espressione «fatto» che si rinviene nell'articolo in questione. Secondo autorevole dottrina[43] il termine dovrebbe essere letto come indicativo della fattispecie concreta realizzata[44], ossia il fatto storicamente determinato in tutti i presupposti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice, e non, invece, quale sinonimo di fattispecie astratta[45]. Questa interpretazione consente di affermare che anche nelle ipotesi di modifiche mediate, ove la figura di reato resta formalmente intatta, essendo mutata una delle condizioni che concorrono a rendere penalmente rilevante il comportamento tenuto, può accadere che il fatto, per una «legge posteriore», non costituisca più reato a norma dell'art. 2, in quanto non sussumibile nella fattispecie astratta.

Una lettura del dato normativo che, oltre ad essere compatibile con il linguaggio legislativo utilizzato, permette di pervenire a risultati coerenti con la *ratio* sottesa ai principi

---

alla commissione del fatto calunnioso, non può condurre ad escludere la punibilità anche per la calunnia stessa". Parzialmente conforme, RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 246 ss.

[43] M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 111 ss.; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 44, ID., *Tipicità e successione,* cit., p. 1356 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 96; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 243 ss.

[44] M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 124, osserva coma questa espressione (fattispecie concreta) sia da preferirsi a quella di fatto concreto in quanto pone in evidenza che l'accadimento deve essere conforme ad uno schema descrittivo.

[45] PADOVANI, *Tipicità e successione,* cit., p. 1357 s.: "[…] l'alternativa essenziale consiste nello stabilire se l'art. 2, 2° comma c.p., prevedendo l'efficacia estintiva dell'*abolitio criminis,* si riferisca al fatto nella sua mera consistenza normativa, nel qual caso persisterebbe la punibilità del fatto concreto che soltanto *dopo la sua commissione* non risultasse più sussumibile nella fattispecie astratta, peraltro non abrogata né modificata; ovvero al fatto concreto qualificato come reato da una fattispecie incriminatrice, nel qual caso la punibilità dovrebbe essere esclusa, in conseguenza della mutata valutazione intervenuta, per effetto di una «legge posteriore», su uno degli elementi da qualificare alla stregua del tipo penale". *Contra,* ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 55 s.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 274; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 314 s. Questi Autori adottano quale parametro di riferimento della vicenda successoria la fattispecie astratta di reato.

dell'art. 2. In effetti, è da questa che bisogna muovere per comprendere a pieno la portata della disposizione, piuttosto che soffermarsi sulla natura della regola richiamata e/o del rapporto intercorrente tra quest'ultima e il precetto, ovvero sulla *ratio* della norma incriminatrice.

L'irretroattività della norma penale sfavorevole e la retroattività di quella favorevole sono tutti corollari di un unico principio superiore, il *favor libertatis,* volto a tutelare il cittadino, garantendolo contro possibili abusi del potere legislativo e, soprattutto, assicurando certezza del diritto e soluzioni equitative connesse al principio costituzionale di uguaglianza[46]. Pertanto, l'interpretazione della norma da privilegiare è proprio quella che assicuri la sua applicazione tutte le volte in cui la libertà del cittadino se ne avvantaggi,

[46] M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 115 ss. afferma che l'irretroattività della legge penale ubbidisce ad un'esigenza, oltre che di garanzia, essenzialmente di certezza del diritto (mettere, cioè, in grado il destinatario delle regole penali di regolarsi, al momento della condotta, tra l'illecito e il lecito), mentre la retroattività della legge più favorevole non rappresenta solo una soluzione equitativa, ma "l'applicazione di un principio che ubbidisce alla *moralità* sottesa all'esigenza di certezza. Così come ripugna il senso comune ritenere taluno responsabile di un fatto che, al momento della commissione, non costituiva reato, altrettanto difficile sarebbe accettare che si punisca o si continui a punire per un fatto che non costituisce più illecito penale o, se tale rimane, è oggetto di una disciplina più favorevole della precedente". Così, pure CARACCIOLI, *Manuale,* cit., p. 84 ss. Tra gli Autori che fanno esplicito riferimento nell'individuazione della *ratio* sottesa ai commi dell'art. 2, al *favor libertatis* e, soprattutto, all'uguaglianza tra i cittadini, cfr. PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 114; VASSALLI, Abolitio criminis, cit., p. 377 ss.; PADOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 37; PULITANO', *Diritto penale,* cit., p. 703; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 268; FIANDACA –MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 85; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 78; PALAZZO, voce *Legge penale,* cit., p. 365; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 279 ss.; ID., *Successione di norme "integratrici",* cit., p. 1651 ss., che nella lettura dell'art. 2 c.p., oltre al principio di uguaglianza, richiama anche il finalismo rieducativo della pena: "Ed in effetti appare altamente improbabile immaginare che il reo, condannato […] per aver falsamente attribuito a taluno un fatto che non costituisce più *reato,* possa essere particolarmente disponibile ad accettare l'idea di (continuare a) scontare una sofferenza *attuale* per un comportamento che è *in atto* penalmente lecito […]".

come nelle situazioni di modifiche apportate solo alle regole richiamate dalla legge penale[47].

Detto altrimenti, sia la lettera che la *ratio* sottesa ai principi dell'art. 2 c.p., consentono di ricondurre anche le modifiche c.d. "mediate" della fattispecie incriminatrice nell'ambito di operatività della disposizione.

Le conclusioni alle quali siamo pervenuti portano ad affrontare, sia pure brevemente, un ultimo problema: se, quando l'elemento normativo viene qualificato da una regola non giuridica, sia ancora possibile invocare, nell'ipotesi in cui la stessa subisca variazioni nel tempo, la disciplina dell'art. 2. Nonostante autorevoli opinioni contrarie[48], propendiamo per una soluzione positiva in virtù delle seguenti considerazioni. L'espressione «legge» utilizzata indurrebbe a circoscrivere l'ambito applicativo della disposizione alle sole regole giuridiche. Tuttavia, ove si accettasse questa considerazione, peraltro ancorata esclusivamente ad un'interpretazione letterale della norma, si creerebbe una significativa frattura, sul piano della disciplina, nell'ambito di una categoria unitaria. Gli elementi normativi che ripetono la loro qualifica da criteri giuridici o extragiuridici hanno tutti un'identica struttura e danno vita, nell'economia della fattispecie, ad una medesima situazione: l'operare nel modello legale di reato di

---

[47] In questi termini, v. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* cit., p. 1071, sebbene oggi, nell'opera *Principi,* cit., p. 131, l'Autore manifesti un orientamento diverso, più restrittivo, ancorato alla natura della regola richiamata (cfr., *supra,* nt. 42).

[48] Cfr. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 131, che ritiene sempre preclusa l'operatività del principio di retroattività della norma più favorevole quando il mutamento concerne norme culturali; RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 246 ss., ad avviso della quale nel caso di variazione di norme prettamente culturali non si ha un vero fenomeno di successione di leggi, e "la consistenza del parametro di riferimento socio-culturale si impone all'interprete nella sua *attualità* senza incontrare pretesi «limiti temporali»: esso vale, per così dire, *ora* per *allora*".

concetti che necessitano, ai fini di un loro corretto inquadramento, del rimando ad altri sistemi normativi[49]. Ne consegue che il fenomeno modificativo non cambia in ragione della natura, giuridica o etico-sociale, del parametro di riferimento, traducendosi sempre in una successione di regole che contribuiscono a concretare il contenuto del precetto penale[50]. Alla luce di queste premesse, pur volendo accogliere l'accezione tecnica del termine, sussisterebbero tutti i presupposti per l'estensione analogica dell'art. 2 c.p. alle qualifiche normative extragiuridiche: medesima *ratio* e applicazione in *bonam partem*[51].

In realtà, a nostro sommesso avviso, per assoggettare anche le variazioni di regole etico-sociali alla disciplina di cui si controverte, non occorre fare riferimento alla (tanto discussa in materia penale)[52] analogia. Non vi è dubbio che la parola «legge» nella semantica del legislatore, di solito, equivale a norma giuridica avente un determinato rango, tuttavia, indiscutibilmente, nella sua massima estensione, è idonea a ricomprendere qualsiasi regola, pure non giuridica. Pertanto, nel momento in cui lo studioso accoglie la valenza più ampia e generale del termine, in luogo di quella tecnica, nel rispetto della *ratio* sottesa all'art. 2, ed in particolare, per l'esigenza di garantire ai destinatari delle regole penali ragionevole

[49] In questi termini, *supra,* cap. I, § 3.

[50] Cfr. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 96.

[51] In questi termini, sia pure con specifico riferimento alla problematica dell'errore su legge diversa dalla legge penale, v. M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 764; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 178 ss.

[52] In proposito si rinvia alla acute osservazioni di M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 94 ss.

uguaglianza di trattamento, non è corretto parlare di analogia ma, piuttosto, di un'interpretazione estensiva[53].

3.1. *SEGUE:* IN PARTICOLARE, LE VICENDE SUCCESSORIE RELATIVE AGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

Le conclusioni cui siamo pervenuti nei paragrafi che precedono rappresentano un ottimo punto di partenza per un discorso sulle vicende successorie delle norme che qualificano gli elementi strutturali di una scriminante.

Le cause di giustificazione, quali requisiti oggettivi negativi del fatto criminoso, sono parti, frammenti-limite della norma che descrive la fattispecie incriminatrice, come comprovato dalla disciplina positiva in materia di errore rilevante ai fini dell'esclusione del dolo[54]. Abbiamo pertanto dimostrato le incongruenze di quella dottrina[55] secondo cui le scriminanti non hanno carattere specificamente penale, ma costituiscono fatti giuridici autonomi dell'intero ordinamento giuridico, che perseguono finalità proprie e non soggiacciono alle regole costitutive del diritto penale.

---

[53] Sul fatto che l'espressione «legge» possa indicare qualsiasi regola, anche non giuridica, secondo un'interpretazione estensiva del termine, cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. II, cit., p. 50 s., ad opinione del quale "pensare il contrario varrebbe quanto a buttare dalla finestra i dizionari della lingua italiana". Analogamente, FLORA, *Errore,* cit., p. 264.

[54] Cfr., *supra,* cap. II, § 2.

[55] ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 486 ss.; MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 139 ss.; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., pp. 29, 57 e 190 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., pp. 61, 181 ss. e 249.

Ogni disposizione concernente una causa di giustificazione che concorre a descrivere, anche se in negativo, il reato, ossia la regola di comportamento completa ed effettiva sanzionata con pena, è, a tutti gli effetti, una norma penale[56]. Ne consegue che se il fenomeno dell'*abolitio criminis* può verificarsi, non solo quando venga integralmente soppressa una figura di illecito penale, ma anche a seguito di una riformulazione più restrittiva della originaria fattispecie criminosa, attraverso la modifica dei suoi elementi costitutivi[57], qualora venisse introdotta una nuova o più ampia causa di giustificazione per una condotta, sino a quel momento, penalmente illecita, si dovrebbe applicare la disciplina dell'art. 2 c.p.[58]: il fatto da qualificare, in virtù di una legge posteriore - nella specie, come dimostrato, di natura penale - non risulta più costitutivo di reato.

Non è certo questa la sede per soffermarsi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale inerente all'individuazione di un valido criterio che consenta di distinguere la vera e propria successione di norme penali (quarto comma), dall'*abolitio criminis* (secondo comma), nelle ipotesi in cui la fattispecie criminosa viene modificata nella sua struttura tipica[59]. Una cosa però è, a questo punto, chiara: le variazioni nel tempo di una causa di giustificazione - requisito che, al pari di tutti gli

---

[56] GROSSO, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 5; NUVOLONE, *I limiti,* cit., p. 30.

[57] Per tutti, v. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 269.

[58] Cfr., in questi termini, ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 55; GIULIANI, *Le norme di liceità,* cit., p. 815 s., che propongono l'applicazione del secondo comma dell'art. 2; MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione,* cit., p. 138; PALAZZO, voce *Legge penale,* cit., p. 366, ad opinione dei quali, invece, il fenomeno così descritto deve soggiacere alla disciplina dell'attuale quarto comma dell'art. 2 c.p.

[59] Per una ricostruzione del suddetto dibattito e dei criteri elaborati nel tempo, per tutti, v. FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 88 ss.

altri, concorre a descrivere la fattispecie di reato - ricadono sotto l'ambito dell'art. 2 c.p., come una diretta modifica dell'astratta e complessa figura criminosa che incide, di conseguenza, anche sulla sua sfera di applicazione in concreto.

Ma, come abbiamo già ampiamente illustrato, possono verificarsi modificazioni "mediate" della fattispecie, a seguito della variazione di regole richiamate dalla disposizione incriminatrice attraverso la tecnica degli elementi normativi, ed anche questi casi, a nostro sommesso avviso, danno vita ad un fenomeno successorio regolato dall'art. 2 c.p.

Considerata la presenza di elementi di questo tipo nelle disposizioni relative alle cause di giustificazione (emblematica è, ad esempio, l'*ingiustizia* dell'offesa nell'art. 52 c.p.), non resta che rispondere ad un ultimo quesito: è possibile ricorrere ai principi dell'art. 2 quando a subire una modifica nel tempo è il sistema normativo richiamato dal requisito strutturale di una scriminante?

Rispondere positivamente vorrebbe dire, non che vicende successive alla condotta tipica dell'agente facciano venire meno, *ex post*, l'illiceità allora esistente, quanto piuttosto ammettere l'applicazione retroattiva della norma più favorevole, in virtù della quale quel comportamento, all'epoca criminoso, se realizzato oggi non costituirebbe più reato, ma un fatto lecito nel diritto penale ed, eventualmente, in ogni altro settore dell'ordinamento. Detto altrimenti, ferma l'illiceità al tempo della condotta, si dovrà decidere come se la sopravvenuta modifica normativa, favorevole al reo, fosse già in vigore a quella data.

Qualche esempio può aiutare a chiarire le idee. Supponiamo che Tizio abbia ferito Caio per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un proprio diritto contro il pericolo attuale di un'offesa, proporzionata alla difesa messa in atto, ma, in quel momento, *giusta*[60]; oppure, ipotizziamo il caso di Sempronio che lede o pone in pericolo un bene *indisponibile*[61] di Mevio con il consenso di quest'ultimo. In entrambi gli esempi il fatto realizzato costituisce illecito penale, difettando uno dei requisiti essenziali, rispettivamente, della difesa legittima (offesa ingiusta), e della scriminante prevista dall'art. 50 c.p. (disponibilità dell'interesse tutelato). A seguito di una modifica inerente al sistema di regole richiamato dai suddetti elementi normativi, l'aggressione minacciata e il bene oggetto del consenso, presi in considerazione in un momento successivo, possono essere qualificati l'una come *offesa ingiusta*, l'altro come *diritto disponibile*, con la conseguenza che se quei fatti fossero avvenuti dopo l'intervento di riforma, non sarebbe possibile ricondurli sotto la relativa figura criminosa, per la presenza di un suo requisito oggettivo negativo.

Fino ad oggi le discussioni sulle c.d. modificazioni "mediate" della fattispecie di reato sono sempre state riferite agli elementi normativi presenti tra i requisiti positivi oggettivi della disposizione di parte speciale (come, nel classico esempio della calunnia, il reato oggetto di falsa incolpazione) e, talvolta, nell'elemento soggettivo dell'illecito, con particolare riferimento al problema della successione di

[60] Sull'individuazione del sistema normativo cui fa rinvio l'elemento dell'*ingiustizia* nell'art. 52 c.p., v. *supra,* cap. II, § 4.1.2.

[61] Cfr., *supra,* cap. II, § 4.2.

norme cautelari nel fatto colposo. Tuttavia, se la fattispecie di reato è composta da un fatto materiale e da un elemento psicologico, con il primo ottenuto sommando requisiti positivi (specializzanti di ogni delitto e contravvenzione) e negativi (assenza delle scriminanti comuni e, in alcuni casi, di cause di giustificazione speciali), appare logico affermare che il fenomeno in questione possa interessare anche gli elementi normativi negativi, in quanto requisiti di una disposizione scriminante. Quest'ultima è un frammento della norma incriminatrice «reale»[62], nella quale si inserisce come situazione dalla cui assenza dipende l'esistenza del reato, a sua volta composta da più elementi strutturali. Quando taluno di essi viene qualificato da altre regole, la loro successione nel tempo, restringendo o ampliando l'ambito di applicazione della specifica causa di giustificazione, si ripercuote inevitabilmente sull'intera e complessa figura astratta di reato, che resta però formalmente inalterata, mutando solo la classe dei comportamenti sussumibili sotto la sua effettiva portata.

In conclusione, allo stato attuale della nostra ricerca, non emerge alcuna indicazione contraria alla riconducibilità, a pieno titolo, della variazione nel tempo dei parametri di qualificazione dell'elemento normativo di una scriminante, nel fenomeno delle modifiche "mediate" di una fattispecie penale. Di conseguenza, tutte le argomentazioni, ancorate tanto al testo quanto alla *ratio* della disposizione, esposte nel precedente paragrafo a sostegno della tesi favorevole ad estendere la disciplina dell'art. 2 c.p. a queste ipotesi, possono essere qui integralmente riprese per giustificare l'applicazione

[62] Cfr., *supra,* § 2.

retroattiva della regola posteriore che, precisando la portata di un requisito strutturale della difesa legittima o del consenso dell'avente diritto negli esempi di cui sopra, non consente più di sussumere i fatti concreti di Tizio e Sempronio nelle rispettive figure tipiche all'epoca contestate.

4. L'ERRORE SUGLI ELEMENTI NORMATIVI DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE: PREMESSA

Esaurita la trattazione relativa alla successione di norme richiamate da elementi normativi del fatto tipico, con particolare attenzione a quelli contemplati dalla fattispecie scriminante, occorre affrontare l'altra problematica che riflette appieno la straordinaria complessità della categoria in esame, ossia l'errore su legge extrapenale[63], muovendo dall'ultimo

[63] Cfr., oltre alla manualistica di parte generale, tra gli altri, FROSALI, *L'errore,* cit., p. 152 ss.; MANZINI, *Errore,* cit., p. 103 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., *passim*; ID., voce *Ignoranza*, cit., p. 23 ss.; M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 765 ss.; ID., *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 38 ss.; GROSSO, voce *Errore,* cit., p. 1 ss.; PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza?*, cit., p. 126 ss.; ROMANO, «*Repressione della condotta antisindacale*», cit., p. 130 ss.; BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1188 ss.; BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore,* cit, p. 3 ss.; ID., *Errore di diritto e dolo,* cit., p. 38 ss.; DELOGU, *Errore proprio ed errore improprio,* cit., p. 727 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 138 ss.; DE SIMONE, *L'errore su legge extrapenale,* cit., p. 701 ss.; DE VERO, *L'errore sul fatto costitutivo di reato,* cit., p. 503 ss.; DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto,* cit., p. 156 ss.; ESCOBEDO, *Osservazioni circa l'errore*, cit., p. 763 ss.; FLORA, voce *Errore,* cit., p. 260 ss.; ONDEI, *Considerazioni circa l'errore*, cit., p. 29 ss.; PALAZZO, *L'errore,* cit., *passim*; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 280 ss.; PIACENZA, *Errore ed ignoranza in materia penale,* Torino, 1960, p. 29 ss.; SALTELLI, *L'errore,* cit., c. 321 ss.; SANTUCCI, voce *Errore,* cit., p. 280 ss.; CRISTIANI, *Profilo dogmatico,* cit., *passim*; JESCHECK, *L'errore di diritto*, cit., p. 185 ss.; LANZI, *L'errore su legge extrapenale,* cit., p. 254 ss.; LICITRA, *L'errore,* cit., *passim*; NEPPI MODONA, *Il diritto al lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale,* cit., p. 214 ss.; VAGNOLI, *Errore su legge extrapenale*, cit., p. 379 ss.; VALLINI, *Errore,* cit.,

comma dell'art. 59 c.p.[64] il quale, nella prima parte, dispone che «se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui». Come già più volte evidenziato, esiste un preciso parallelismo tra l'ignoranza o l'erronea convinzione dell'assenza di un requisito positivo del fatto (art. 47 c.p.), e l'inesatta opinione che ricorra nel caso concreto un elemento negativo: entrambi questi atteggiamenti soggettivi escludono l'imputazione dolosa[65].

Dalla lettura dell'art. 59, ultimo comma, emergono però alcuni dubbi. Quanto all'oggetto della nostra indagine, considerata l'assenza di una norma corrispondente al secondo capoverso dell'art. 47 c.p., è indispensabile capire se, alla stregua di questa disposizione, in materia di cause di giustificazione, nel nostro ordinamento abbia efficacia scusante il solo errore di fatto, ovvero anche l'errore di diritto,

---

p. 751 ss.; VANNINI, *Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo,* in *Quid iuris?*, X, Milano, 1953.

[64] Cfr., M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 771 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 81 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p., 353 ss.; FROSALI, *L'errore,* cit., p. 493 ss.; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., pp. 571-572; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 301 ss.; DE VERO, *Le scriminanti putative, Profili problematici e fondamento della disciplina,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1998, p. 773 ss.; CAVALIERE, *L'errore,* cit., p. 9 ss.; PIACENZA, *Errore ed ignoranza,* cit., p. 52 ss. Segnaliamo che la giurisprudenza interpreta restrittivamente questa disposizione, richiedendo, affinché possa escludersi la responsabilità dolosa, come requisito aggiuntivo, che l'errore dell'agente sia «ragionevole», abbia «logica giustificazione», ovvero possa apparire «scusabile» sulla base dei dati di fatto, e simili, nonostante ciò non trovi alcun riscontro nel testo dell'art. 59, ultimo comma. Ad esempio, in materia di legittima difesa putativa, proprio di recente, v. Cass. pen., Sez. I, 6 dicembre 2005, n. 4337, in *C.E.D. Cass.,* n. 233189.

[65] Ricordiamo che per aversi dolo, secondo l'interpretazione dottrinale da noi accolta (per tutti, v. M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 776), è necessaria la rappresentazione di tutti gli elementi positivi del fatto, meno la supposizione delle cause di giustificazione. Da ciò consegue che rispetto agli elementi negativi, ai fini dell'esclusione del dolo, rileva il solo errore circa la loro presenza, e non anche quindi l'ignoranza della loro assenza. Sull'argomento, ampiamente, cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 83 ss.

specie quello relativo alle leggi che qualificano elementi normativi della scriminante.

In effetti, tale silenzio può essere interpretato in vario modo: come indicativo della volontà del legislatore di negare ogni rilevanza all'errore di diritto, ovvero quale lacuna cui porre rimedio, secondo una lettura sistematica della norma *de qua*, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 47, ultimo comma[66]; ed infine, come formula generica, idonea ad attribuire efficacia scusante alla supposizione erronea di una causa di giustificazione, senza alcuna distinzione in ragione dalla natura dell'errore nel quale sia incorso l'agente[67].

---

[66] Così, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 773; GROSSO, *L'errore,* cit., pp. 93 e 160; ID., voce *Errore,* cit., p. 3 ss.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 416; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 452; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 109; ID., *L'errore,* cit., p. 216 ss.; LOZZI, *Il problema della buona fede*, cit., p. 812 ss.; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 54 ss.

[67] In questi termini, sia pure con diverse argomentazioni, e salvo sempre il limite dell'art. 5 c.p., v. DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572, secondo cui l'art. 59, ultimo comma, stante la sua generica formulazione, ammette l'efficacia scusante dell'errore di fatto o di diritto sulle cause di giustificazione, nel rispetto però del principio dell'irrilevanza dell'*ignorantia iuris*: "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, ma per l'efficacia dell'errore su norma extrapenali che incida su un elemento impeditivo del reato nessun limite è stato prefissato"; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 357 ss., ad opinione del quale "un errore di diritto potrà venire in considerazione, nella misura in cui le fattispecie scriminanti contengano elementi normativi, e dall'errore su norme extrapenali derivi l'erronea supposizione che nella situazione data sia applicabile la qualifica normativa *de qua*". In altre parole, "come con riguardo al fatto tipico, così con riguardo alle situazioni scriminanti l'elemento normativo incorpora nella fattispecie un profilo valutativo particolare, diverso ed autonomo rispetto alla valutazione globale della fattispecie, e costituente anzi un presupposto di tale valutazione, sullo stesso piano degli altri elementi (descrittivi) della fattispecie. Se dunque, ex art. 59, è dato rilievo all'erronea supposizione di una situazione scriminante, ciò varrà sia ove l'errore concerna i momenti «materiali» della situazione, sia ove concerna i profili giuridici che eventualmente concorrano a determinare la rilevanza scriminate". Cfr. pure, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 253 ss.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 311 ss. Per quest'ultimo Autore "non può non riconoscersi alcuna rilevanza alla circostanza che l'art. 59 c.p. non si articoli attraverso la duplice previsione dell'errore sul fatto e dell'errore su legge extrapenale che si traduce in errore sul fatto, tanto più che in tema di cause di non punibilità il rinvio alla norma extrapenale può apparire connaturato alla stessa essenza del fenomeno sicché un suo richiamo esplicito avrebbe potuto apparire superfluo". Di conseguenza appare ineccepibile l'affermazione relativa alla genericità della formula adottata ed alla sua conseguente idoneità a ricomprendere ogni tipo di errore, salvo però alcuni limiti: il primo è rappresentato "dalla linea ideale che delimita il riflesso della sfera

Ovviamente, solo dopo aver risolto questo problema esegetico sarà possibile procedere all'analisi dell'errore sugli elementi normativi delle scriminanti, al fine di evidenziare la portata applicativa, e quindi i limiti, delle nostre conclusioni.

4.1. *SEGUE:* LA SOLUZIONE DEL PROBLEMA

Ad opinione di autorevoli studiosi[68] l'art. 59, ultimo comma, disciplina la supposizione erronea dell'esistenza di situazioni scriminanti che, ove esistessero, renderebbero il fatto lecito, sia essa dipesa da un errore di fatto o da un errore avente ad oggetto le disposizioni extrapenali richiamate per il tramite di un elemento normativo. Rispetto alle ipotesi di inesatta rappresentazione dei limiti giuridici di una causa di giustificazione, ovvero di erroneo convincimento di agire in presenza di una scriminante non contemplata dal diritto, venendo a mancare solo la consapevolezza della rilevanza penale di un fatto esattamente rappresentato nei suoi elementi

---

di applicazione dell'art. 5 c.p., su quella più ampia dell'art. 59"; altri limiti decisivi che circoscrivono l'estensione dell'art. 59, 2° cpv. c.p. sono i seguenti: la norma *de qua* concerne "solo ipotesi di errore e non di ignoranza, in secondo luogo la rilevanza della legge extrapenale richiamata è circoscritta alle sole leggi giuridiche e non a quelle morali o sociali, inoltre, si deve trattare di leggi e non di semplici provvedimenti amministrativi, di carattere più o meno generale. Quanto alle leggi extrapenali si è anche chiarito che tali sono quelle estranee al ramo penale dell'ordinamento e non soltanto alla norma penale base e, quanto alla specifica previsione dell'art. 59, 2° cpv. c.p., si deve trattare di norme esimenti che contengono il richiamo a norme di rami diversi dell'ordinamento, e non invece di ipotesi di non punibilità speciale previste esclusivamente dalla norma penale".

[68] V., *supra,* nt. precedente. Per tutti, cfr. PULITANO', *L'errore,* cit., p. 358.

costitutivi, trova applicazione la regola fondamentale dell'art. 5 c.p. sull'irrilevanza dell'*ignorantia iuris*[69].

In sostanza questa tesi, sia pure muovendo da premesse diverse, giunge alla stesse conclusioni alla quali perviene la dottrina prevalente[70] nel riconoscere che la disposizione in esame disciplini il solo errore materiale che cade sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione. Il ragionamento seguito però non convince.

Ammettendo che l'art. 59, nella sua generica formulazione, coinvolga anche l'errore di diritto, non si comprende come sia possibile giungere a limitare questa efficacia agli elementi normativi della fattispecie scriminante richiamando l'art. 5 c.p. A rigore, confrontando l'art. 59, formalmente limitato alla supposizione erronea di una causa di giustificazione, con l'art. 5, ove si rinviene una regola generale in materia di errore di diritto, la disposizione speciale ai sensi dell'art. 15 c.p., destinata a prevalere, è proprio l'art. 59, ultimo comma[71]. Pertanto, ove si ritenesse che la suddetta disposizione abbraccia ogni tipo di errore sulle scriminanti, sarebbe

---

[69] Come giustamente osserva PULITANO', *L'errore,* cit., p. 353 ss., l'errore sulla mera valutazione legale del proprio comportamento, ritenuto scriminato da una causa di giustificazione inesistente o male interpretata, si pone sullo stesso piano dell'errore sulla legge violata e non si capisce come e perché debba essere sottoposto ad una disciplina diversa. Anzi, ricorrerebbe una significativa differenza rispetto a quest'ultima ipotesi, in quanto, errando sulla norma scriminante, alla inesatta convinzione circa la liceità del proprio comportamento si accompagna comunque la consapevolezza di tenere una condotta astrattamente conforme ad un tipo di reato, "evidenziando un'estraneità ai valori dell'ordinamento maggiore".

[70] V., *supra,* nt. 65. In particolare, cfr. M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 770 ss.

[71] Ad opposta conclusione si potrebbe pervenire solo ritenendo che l'art. 5 c.p. è diretto a sancire il principio dell'inescusabilità dell'errore che cade direttamente su norma penale, ovvero negando che l'errore su legge extrapenale richiamata tramite un elemento normativo possa mai tradursi in un errore sul precetto. Sull'argomento, cfr. RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 313 ss. Nel senso del testo, v. M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 772; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 90 ss.

arbitrario e contrario ad un corretto inquadramento del rapporto tra norme, negare efficacia scusante all'errore sulla legge penale che descrive la fattispecie costitutiva delle singole cause di giustificazione. Piuttosto la conclusione non potrebbe che essere la seguente: l'art. 59, ultimo comma, lungi dal trovare un limite nell'art. 5, ne costituirebbe esso stesso una deroga significativa, tanto da ammettere eccezionalmente la non punibilità di chi abbia agito rappresentandosi in tutti i suoi elementi un fatto di reato, convinto di essere giustificato da una scriminante, male interpretata ed in realtà non applicabile al caso concreto o, addirittura, non prevista dal diritto positivo.

Al fine di evitare conseguenze di tal genere, che svuoterebbero di gran parte del suo contenuto il principio dell'irrilevanza dell'*ignorantia iuris*, mancando un'esplicita menzione nell'art. 59 dell'errore di diritto, è più prudente conformarsi alla direttiva che il legislatore mostra di seguire con gli artt. 5 e 47 c.p., e ricondurre la supposizione erronea di una causa di giustificazione allo schema puro e semplice dell'errore di fatto[72].

Dopo aver escluso che la norma in commento disciplini l'errore di diritto sulle scriminanti, è altrettanto da negare un'applicazione immediata e diretta dell'art. 47, disposizione che, senza ombra di dubbio, si occupa dei soli elementi positivi del reato. In effetti, sebbene l'espressione *fatto*, in una certa accezione di teoria generale, è idonea di per sé a

[72] Così, tra gli altri, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 772 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., pp. 93 e 160; ID., voce *Errore,* cit., p. 3 ss.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 416; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 452; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 109; ID., *L'errore,* cit., p. 216 ss.; LOZZI, *Il problema della buona fede*, cit., p. 812 ss.; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 54 ss.

ricomprendere tutti i requisiti oggettivi, positivi e negativi, dell'illecito, l'esistenza di una norma diversa che si occupa specificamente dell'errore su questi ultimi porta inevitabilmente ad attribuire all'espressione ivi ricorrente un significato ristretto ai soli requisiti di fattispecie descritti dalla disposizione di parte speciale, impedendo, stante la lettera e la specifica topografia della previsione normativa, di attribuire al medesimo termine un senso più lato nel solo ultimo comma dell'articolo.

Scartata dunque anche la via dell'interpretazione estensiva, al fine di evitare che una tale lacuna conduca a disparità di trattamento senza ragionevoli giustificazioni, residua una sola strada percorribile: l'estensione analogica dell'ultimo comma dell'art. 47 c.p. all'errore che cade su un elemento normativo di una causa di giustificazione. A favore di questa soluzione si può addurre, oltre all'evidente constatazione che si verserebbe in un'ipotesi di analogia *in bonam partem*, ammessa nel diritto penale dalla dottrina in atto dominante[73], l'identità della situazione che caratterizza gli elementi normativi previsti

[73] Tra i tanti, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso,* cit., p. 187 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 68 ss.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 97 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 95 ss.; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 47; VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali,* 1942, p. 36 ss.; ID., voce *Analogia nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, p. 165 ss., FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 109; DELITALA, *Analogia in "bonam partem",* 1936, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* cit., I, p. 399 ss. *Contra,* BRICOLA, *La discrezionalità,* cit., p. 303 ss.; NUVOLONE, *Il sistema,* cit., p. 131; MARINI, *Lineamenti,* cit., p. 52 ss. Sulla problematica dell'analogia in materia penale, riportiamo qui di seguito le osservazioni conclusive di M. GALLO, *Appunti,* I, cit., p. 110: "Una cosa va, però adesso chiarita e rappresenta una "moralità" della quale non ci si può dimenticare quando si parla di analogia. Fuori discussione che nella valutazione del caso singolo, che si vorrebbe regolato per estensione analogica, il fautore dell'analogia avrà sempre ragione […]. Ci si domanda, però, se è più vantaggioso risolvere, per via analogica, nel modo che appare *più giusto*, questa o quella ipotesi che la legge non regola espressamente, o mantenere fermo il principio che garantisce i destinatari delle norme e lo stesso legislatore da arbitri realizzabili da chi è chiamato ad applicare le regole penali".

dalle norme di parte speciale e dalle fattispecie scriminanti, e quindi la medesima *ratio* in caso di errore, nonché l'unicità del principio vigente in materia, desumibile, pur nella frammentarietà della previsione normativa, dall'atteggiarsi complessivo della regolamentazione offerta dal nostro codice[74].

Individuata la disposizione cui fare riferimento, occorre precisare l'esatta natura dell'art. 47, terzo comma, c.p.

Sul significato della locuzione "errore su legge diversa dalla legge penale che ha cagionato un errore sul fatto" non c'è mai stata uniformità di vedute in dottrina, tradizionalmente divisa già in ordine all'inquadramento sistematico della norma *de qua,* a riprova che l'intervento nella descrizione della figura criminosa di valutazioni estrinseche al precetto penale attraverso elementi normativi non rappresenta solo un espediente di tecnica legislativa, ma piuttosto un fenomeno complesso di ampia portata. In effetti, l'errore disciplinato dall'ultimo comma dell'art. 47 c.p., pur essendo sul fatto di reato in quanto relativo ad uno dei requisiti oggettivi dell'illecito, investe, per erronea interpretazione o per ignoranza della norma richiamata, il significato giuridico di elementi che concorrono alla descrizione del modello legale delimitando l'ambito delle sue possibili realizzazioni concrete[75].

---

[74] Cfr. M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 773; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 160 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 452; FROSALI, *L'errore,* cit., p. 455; ONDEI, *Considerazioni,* cit., p. 48; VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 173; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 54 ss., LOZZI, *Il problema della buona fede*, cit., p. 812.

[75] Vi possono essere casi in cui l'errore di diritto su una norma extrapenale ricade invece nell'ambito applicativo del primo comma dell'art. 47 c.p. Ciò in quanto l'errore sull'essenza naturalistica del fatto realizzato, ivi disciplinato, può scaturire oltre che da motivi fattuali, anche da motivi di diritto: si pensi, ad esempio, al datore di lavoro che, per aver ignorato o interpretato male le norme attributive della qualifica di dirigente,

Da questa premessa attenta dottrina[76] ha tratto le dovute conclusioni: quando un'astratta fattispecie incriminatrice risulta dall'integrazione del precetto penale con altre disposizioni per il tramite di elementi normativi, l'inesatta percezione della loro qualifica, accompagnata da una rappresentazione perfetta della realtà naturalistica, altro non è che un errore sui limiti di applicabilità della legge penale. Detto altrimenti, l'art. 47, ultimo comma, opera sullo stesso piano dell'art. 5 c.p., introducendo una deroga espressa al principio ivi sancito quando l'errore sulla norma penale, per

---

esibisce ad un ente pubblico, ai fini del rimborso delle somme anticipate in favore di propri lavoratori subordinati, un elenco comprensivo di persone le quali, in quanto dirigenti, non erano in realtà ammesse al beneficio. L'agente, errando su una norma diversa da quella incriminatrice, non si rappresenta come artifizio o raggiro il proprio comportamento. In questo caso, la disposizione extrapenale da cui trae origine l'errore sul fatto, non concorre a descrivere la fattispecie astratta qualificando un elemento normativo del reato, quindi il relativo errore di diritto, non rappresentando una deroga al principio dell'art. 5, viene regolato dal primo comma dell'art. 47. Più ampiamente, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. II, cit., p. 52 ss. Alla luce di quanto premesso, è possibile superare senza alcuna difficoltà l'obiezione, formulata da taluni studiosi (per tutti, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 376), secondo la quale ipotizzare che la norma extrapenale richiamata integri sempre il precetto, qualificando l'elemento normativo, significherebbe trascurare i casi in cui l'errore verta su una disposizione del tutto estranea alla fattispecie incriminatrice (come nell'esempio di cui sopra), che, invero, secondo questa interpretazione, sono sempre riconducibili all'ambito di applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p. Ad avviso di PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 415, nt. 23, "se la fattispecie penale non richiama in qualche modo la legge extrapenale, mai un errore su quest'ultima può, come invece richiede l'art. 47 comma ult. c.p., convertirsi in un errore sul fatto che costituisce il reato: l'elemento normativo, tuttavia, può essere implicito o compreso in una espressione linguistica più vasta (per quanto riguarda l'esempio della truffa, l'elemento normativo è compreso negli «artifizi o raggiri»).

[76] M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 760 ss.; ID., *Appunti,* vol. II, part. II, cit., p. 38 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 160 ss.; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572. Cfr. pure BRICOLA, *Limite esegetico,* cit., p. 768 ss., nonché, parzialmente conforme, PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 416 ss., ad avviso del quale "la distinzione, dunque, non va posta tra norme extrapenali che «non si incorporano» e norme extrapenali che «si incorporano», bensì tra errore che preclude al soggetto la comprensione del (significato del) fatto […] ed errore che non preclude al soggetto tale comprensione. […] il disposto dell'art 47 ultimo comma viene ad indicare la sola ipotesi in cui sia richiesta nel reo la conoscenza di una sia pur parziale valutazione giuridica del fatto". Salvo precisare (v. nt. 29, p. 418) che "non occorre una conoscenza tecnica della illiceità, ma è sufficiente la conoscenza del profano". A opinione di PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 93 ss., il terzo comma dell'art. 47 c.p. si collocherebbe in una posizione solo *contigua* a quella dell'art. 5 c.p.

effetto del quale si attribuisce alla fattispecie astratta un'estensione diversa da quella effettiva, attiene al valore giuridico di cui sono investiti, grazie all'intervento di disposizioni diverse dal precetto, elementi essenziali: un'errata valutazione del fatto storico che si produce tramite un errore sulla descrizione legale del modello di illecito[77].

Ovviamente questa ricostruzione si pone in forte contrasto con l'altra opzione interpretativa, seguita dalla giurisprudenza dominante e da buona parte della dottrina[78], ad avviso della quale è possibile distinguere l'errore su legge extrapenale che si risolve in un errore sul precetto, e come tale non scusa a norma dell'art. 5 c.p., dall'errore su legge extrapenale che si converte in errore sul fatto, escludendo il dolo a norma dell'ultimo comma dell'art. 47 c.p. Salvo poi risultare poco credibile nell'individuazione del criterio su cui fondare la suddetta distinzione.

In particolare, mentre la giurisprudenza[79] continua a sostenere che le disposizioni cui la norma penale rinvia sono,

---

[77] M. GALLO, voce *Dolo,* cit., pp. 761-762.

[78] Tra i tanti, cfr. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 464 ss.; ID., «*Repressione della condotta antisindacale*», cit., p. 120 ss.; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 293 ss.; BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1188 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 138 ss.; SALTELLI, *L'errore,* cit., c. 321 ss.; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 426 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 358 ss.

[79] Come già anticipato (cfr., *supra,* § 3, nt. 30), per la Corte di Cassazione è norma extrapenale non integratrice quella disposizione "destinata esclusivamente a regolare rapporti giuridici di carattere non penale, né richiamati, esplicitamente o implicitamente, dalla norma penale". In questi termini la giurisprudenza, probabilmente spinta dalla preoccupazione politico-criminale di far prevalere il principio di cui all'art. 5 c.p., è giunta ad un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice dell'art. 47, ultimo comma, c.p. in quanto, applicando il suddetto criterio, ha riconosciuto il carattere integrativo di pressoché tutte le disposizioni extrapenali. In questo senso, tra le tante, v. Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 2003, cit., p. 1937; Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 2002, in *Riv. pen.,* 2002, p. 690; Cass. pen., Sez. V, 20 febbraio 2001, cit., p. 3872; Cass. pen., Sez. VI, 19 dicembre 2000, in *Riv. pen.,* 2001, p. 359; Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 2000, cit., p. 1085; Cass. pen., Sez. VI, 18 novembre 1998, cit., p. 2636; Cass. pen., Sez. VI, 30 giugno 1994, cit., p. 558; Cass. pen.,

a seconda dei casi, integratrici o non integratrici del precetto, riconoscendo solo all'errore su queste ultime, peraltro quasi mai individuate, efficacia scusante; la dottrina si divide tra gli Autori[80] che accolgono ancora la dicotomia giurisprudenziale e coloro i quali, negando validità alla teoria dell'incorporazione, si sforzano nel tentativo di individuare un altro parametro distintivo[81].

Sez. II, 22 ottobre 1993, cit., p. 1419; Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 1989, cit., p. 1738; Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 1986, cit., p. 600; Cass. pen., Sez. II, 18 gennaio 1986, cit., p. 1519. Per un quadro della giurisprudenza negli anni precedenti, v. LANZI, *L'errore su legge extrapenale*, cit., p. 299 ss.; DE SIMONE, *L'errore su legge extrapenale,* cit., p. 709 ss.

[80] Per BATTAGLINI, *Errore,* cit., c. 1202 ss., sarebbero integratrici quelle disposizioni che concorrono direttamente a costituire uno dei due elementi essenziali della norma penale, precetto e/o sanzione; ANTOLISEI, *Manuale,* cit., p. 426, definisce integratrici le norme richiamate che completano la descrizione della fattispecie criminosa, dandole maggiore concretezza. Secondo ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 464; ID., «*Repressione*», cit., p. 126, possono considerarsi integratrici del precetto le disposizioni che contribuiscono a definire il singolo tipo di illecito, integrandone la descrizione legale, mediante l'aggiunta o la specificazione di elementi essenziali. In proposito, v. pure PULITANO', voce *Ignoranza,* cit., p. 40; ID., *L'errore,* cit., p. 270. Ad opinione di ONDEI, *Considerazioni circa l'errore,* cit., p. 30, occorre distinguere a seconda che la norma extrapenale sia "recepita" nel precetto ovvero si traduce in un richiamo generico, sussistente quando la norma extrapenale si trovi "in rapporto di subordinazione" rispetto a quella penale. Per SALTELLI, *Errore,* cit., c. 322, diverrebbe penale ogni disposizione che concorre a costituire "l'elemento nucleare del precetto", mentre non integratrice sarebbe ogni altra norma che serva "soltanto a determinare, per così dire, il raggio d'azione del precetto". Ad opinione della RISICATO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 176 ss., la distinzione in questione dovrebbe far leva "sulla relazione esistente tra il significato di base della legge extrapenale e la configurazione della «materia del divieto»".

Per una critica, cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. II, cit., p. 43 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 176 ss.; PAGLIARO, *Il fatto,* cit., p. 491; FROSALI, *Antigiuridicità speciale,* cit., p. 379.

[81] Tra i numerosi tentativi di delimitare l'operatività dell'ultimo comma dell'art. 47 c.p. rispetto all'art. 5 c.p., superando però la teoria dell'incorporazione, v., in particolare, FROSALI, *L'errore,* cit., p. 164 ss., distingue due categorie di elementi normativi che concorrono a disciplinare il fatto di reato, "separando ogni elemento che è penale indipendentemente da apporti extrapenali"- come tutte le disposizioni giuridiche create appositamente per integrare una norma penale (es. le definizioni enunciate dal codice penale) - da ciò che, invece, "proviene alla norma penale come elemento integratore (per sua natura, extrapenale)", concludendo che sulla prima categoria opera l'art. 5 c.p., sulla seconda l'art. 47, terzo comma, c.p. Detto altrimenti, a suo avviso, l'art. 47 concerne le diposizioni "non aventi *per loro propria natura* carattere penale, le disposizioni che sono principalmente, naturalmente, organicamente *destinate* a disciplinare rapporti extrapenali, le disposizioni integratrici *di provenienza giuridica* extrapenale, *non ostante che, nella loro funzione integratrice di norme penali,* divengano *anche* penali" (corsivo dell'Autore). Per

MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 373, "va precisato che si ha sempre errore sul precetto quando l'errore cade sul *significato penalistico* dell'*elemento normativo.* Invece è configurabile un errore sul fatto quando l'errore cade sulle norme extrapenali richiamate, le quali vengono in considerazione *dopo* che è stato definito in base alla *ratio* della norma penale il significato penalistico di tale elemento" (corsivo dell'Autore). PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 416, afferma che "se il soggetto, in dipendenza dell'errore sulla legge extrapenale, erra sul significato di ciò che sta compiendo, il suo errore esclude il dolo perché egli non vuole l'evento significativo del reato. […] Possono residuare, però, taluni casi, nei quali l'errore sulla legge extrapenale non preclude al soggetto la comprensione del significato del fatto, in quanto la regola giuridica si affianca a una corrispondente regola sociale che consente di individuare la stessa classe di fatti o di oggetti. In questi casi il dolo si accontenterà della parallela conoscenza della valutazione sociale. Allora, un eventuale errore non escluderà il dolo, ma potrà avere effetto, solo se inevitabile, come ignoranza della legge penale (art. 5 c.p.)". PULITANO', *L'errore,* cit., p. 262 ss., afferma la natura integratrice di tutte le disposizioni richiamate, tramite un elemento normativo, dalla fattispecie penale, salvo poi precisare che "le norme «integratrici» extrapenali, non «sommandosi» alla norma-madre, nella descrizione degli elementi di fattispecie già tutti indicati da quest'ultima, restano estranee alla ricostruzione «dogmatica» della norma penale". A suo avviso, il significato qualificatore dei concetti normativi non è dato dalla norma integratrice, "al contrario, è quel significato (predeterminato altrimenti) che serve ad individuare proprio date norme come parametro d'applicazione". Il nucleo significativo dei concetti normativi è determinato con riguardo alla sua funzione penalistica, "come parte del significato precettivo immediato della norma penale. Ciò implica che l'errore su tale nucleo qualificatore dei concetti normativi non ha nulla a che vedere con l'errore sulle norme «extrapenali» integratrici, ma cade in via diretta ed esclusiva sulla norma incriminatrice […]. Indiscussa è pertanto l'applicazione, nella specie, del principio d'irrilevanza di cui all'art. 5 […]. Dove l'art. 47 u.c. sembra dover venire in considerazione, è per l'errore sulle fattispecie integratrici […]. Senza interferire con l'art. 5 – lasciando cioè ferma l'irrilevanza dell'errore sul «significato» dei concetti normativi – l'art. 47 u.c. afferma semplicemente la rilevanza scusante dell'errore «essenziale» sulle fattispecie integratrici: quell'errore in forza del quale, anche a conoscere il significato del concetto normativo e dell'incriminazione che lo incorpori, venga esclusa la sua applicabilità nella specifica situazione, e venga quindi esclusa la sussistenza nella specie di una qualifica costitutiva 8conosciuta o meno per tale in astratto) del fatto di reato". PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 80 ss., ritiene di poter distinguere tre diverse tipologie di errore in cui può incorrere l'agente: 1) l'errore sull'esistenza del precetto ("il soggetto può o semplicemente ignorare l'esistenza del precetto […] oppure erroneamente convincersi dell'inesistenza del precetto"), inescusabile perché vertente sull'antigiuridicità della propria condotta; 2) l'errore sulla struttura del precetto ("il soggetto si rappresenta la struttura del precetto con un elemento costitutivo in più o in meno di quelli reali, oppure confonde un elemento costitutivo reale con un altro qualitativamente eterogeneo"), sempre inidoneo ad escludere il dolo perché frutto di una rappresentazione dell'illecito diversa da quella reale; 3) l'errore sull'ampiezza del precetto ("quando l'agente conosce inesattamente l'estensione e i limiti di applicabilità del precetto, cioè l'ampiezza delle categorie logiche –che possono essere distinte in categorie normative o logico-culturali - attraverso le quali è indicato il fatto contenuto nel precetto"): l'errata attribuzione del significato laico dell'elemento normativo allo specifico caso concreto, determinando la mancata sussunzione del fatto storico entro l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice, si risolverebbe in un errore sull'ampiezza del precetto rilevante a norma dell'art. 47, terzo comma, c.p. GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 160 ss., riconosce che bisogna operare una selezione tra le disposizioni cui

Prendendo le mosse, invece, dalla diversa impostazione da noi accolta, che ravvisa nell'ultimo comma dell'art. 47 c.p. un limite alla regola di cui all'art. 5 c.p., affinché l'*error iuris* possa avere efficacia scusante è sufficiente accertare che cada proprio sul sistema normativo, c.d. «legge diversa dalla legge penale», attraverso cui viene qualificato un elemento costitutivo della fattispecie penale.

Quanto al significato di questa espressione, al fine di evitare di creare una frattura del tutto arbitraria nell'ambito di una categoria ontologicamente unitaria, con risultati inaccettabili secondo i principi di giustizia sostanziale, è inevitabile schierarsi per un'interpretazione che vi ricomprenda, oltre alle disposizioni penali diverse da quella incriminatrice in esame, anche le norme extrapenali, sub-legislative o addirittura non giuridiche[82]. Se alla prima conclusione è facile giungere senza particolari sforzi ermeneutici, intendendo la locuzione come sinonimo di legge diversa da quella penale in cui è contenuto il rinvio, piuttosto che come legge extrapenale, rispetto alle

---

fa riferimento la fattispecie incriminatrice, distinguendo quelle per le quali è possibile applicare l'art. 47, ultimo comma, da quelle che ricadono sotto l'ambito applicativo dell'art. 5. Quindi afferma che "l'unica differenziazione possibile è quella tra le norme dalla quali (*rectius*, da un errore sulle quali) è possibile pervenire alla mancata configurazione di una delle note essenziali del fatto storico e le altre per le quali ciò non può verificarsi. A questa seconda categoria appartengono tutte le disposizioni che concorrono alla configurazione della fattispecie, alla formulazione del comando o del divieto penalmente sanzionato". Muovendo da queste premesse, riconosce rilevanza: - all'errore sulle disposizioni che attribuiscono una nota di illiceità speciale quando non permetta all'agente "la rappresentazione di quella qualificazione di antigiuridicità non penale per l'esistenza del reato"; - all'errore sulle disposizioni penali diverse da quella incriminatrice quando abbia cagionato la mancata configurazione di quella nota giuridica di origine penalistica costitutiva del fatto; - all'errore sulle qualifiche sociali o morali, cagionato da un errore sulle fonti di qualificazione. Viceversa, viene a negare efficacia scusante: - all'errore sulla disposizione richiamata da una norma penale in bianco perché "non si traduce mai in una inesatta configurazione della situazione materiale"; - all'errore sulle norme definitorie, in quanto investe la fattispecie astratta e non il fatto storico.

[82] Per tutti, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., p. 763 s.

altre ipotesi soccorre un'interpretazione estensiva della parola «legge», che porti cioè al suo significato base di qualsiasi regola volta a disciplinare le condotte umane, rispetto al quale l'accezione tecnica di atto statuale con certe caratteristiche è soltanto una specificazione[83].

A questo punto, però, una valida obiezione alla costruzione proposta nel testo in materia di errore su elementi normativi delle cause di giustificazione potrebbe essere la seguente.

Intendendo per norme eccezionali quelle caratterizzare da un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale[84], si dovrebbe escludere la possibilità di estendere analogicamente l'ultimo comma dell'art. 47 c.p. perché, secondo quanto premesso, la suddetta norma introdurrebbe nel diritto positivo un'eccezione rispetto alla regola generale dell'art. 5 c.p. In verità, a voler essere rigorosi, le cose non stanno esattamente in questi termini. Il tipo di relazione intercorrente tra le disposizioni in esame non consente di

---

[83] Così, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 50, modificando il proprio precedente orientamento (cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, cit., p. 764), ove, argomentando dall'identità di struttura degli elementi normativi, a prescindere dalla natura del parametro di qualificazione, e quindi dalla medesima *ratio* a fondamento dell'ipotesi disciplinata dall'ultimo comma dell'art. 47 e dell'errore sulle norme non giuridiche che qualificano elementi di fattispecie, conclude per un'applicazione analogica, in quanto *in bonam partem,* della disposizione *de qua.* Per un'interpretazione estensiva v. pure FLORA, voce *Errore,* cit., p. 264. Concludono in senso conforme, ricorrendo però all'analogia, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 178; BRICOLA, *Limite esegetico*, cit., p. 776 ss.; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 201 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 161; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 185 ss. *Contra,* FROSALI, *L'errore,* cit., p. 165 ss.; RUGGIERO, *Gli elementi normativi,* cit., p. 251 ss.; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 417; ID., *Appunti,* cit., p. 450, i quali riconducono l'errore sulle norme non giuridiche sotto l'ambito applicativo dell'art. 5 c.p. C'è anche chi, in dottrina (così, PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza, in particolare dell'errore su legge extrapenale,* in *Riv. giur. edil.,* 1959, p. 107) considera questo errore un vero e proprio errore di fatto di cui al primo comma dell'art. 47 c.p.

[84] Art. 14. Applicazione delle leggi penali ed eccezionali: "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati".

poter dichiarare normale la regola stabilita dall'una ed eccezionale quella prevista dall'altra. Ciascuna di queste norme, infatti, funziona da limite nei confronti dell'altra: l'art. 5 c.p. sancisce il principio *ignorantia iuris non excusat,* mentre l'art. 47, ultimo comma, c.p. quello opposto *ignorantia iuris excusat*, entrambi adottati dal nostro ordinamento, sia pure non in modo assoluto, ma delimitando la loro area di operatività con riferimento ad un particolare aspetto della qualificazione giuridica[85].

4.2. *Segue:* limiti all'applicazione analogica dell'art. 47, ultimo comma, c.p.

Riassumendo le conclusioni cui siamo pervenuti nel precedente paragrafo, la supposizione erronea di una causa di giustificazione esclude il dolo sia quando l'errore investe gli elementi descrittivi della stessa a norma dell'art. 59, ultimo comma, c.p., sia quando, invece, concerne il parametro normativo, giuridico o extragiuridico, che definisce l'esatta portata di uno dei requisiti strutturali della fattispecie scriminante, e ciò per effetto dell'applicazione analogica dell'art. 47, ultimo comma. Con la precisazione, che ove l'errore cade su un elemento normativo positivo, il soggetto dovrà essere dichiarato non punibile in quanto abbia ritenuto che il dato fattuale, esattamente percepito nella sua essenza

[85] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 170.

naturalistica, non sia investito della qualifica richiesta dalla norma penale, mentre, nel caso di elementi normativi negativi, l'agente sarà scusato per aver erroneamente attribuito al requisito materiale proprio il significato giuridico invocato dalla fattispecie scriminante. Mentre non rilevano, quali errori di diritto che ricadono nell'ambito di operatività dell'art. 5 c.p., le ipotesi in cui l'agente si rappresenta inesattamente i limiti giuridici di una causa di giustificazione, ovvero si configura una scriminante non prevista dall'ordinamento.

Facciamo qualche esempio. Con riferimento alla legittima difesa, difetterà il dolo nella persona che per effetto di un errore sulle disposizioni richiamate, agisce rappresentandosi come *ingiusto* il comportamento dell'aggressore, nella realtà giusto, ovvero ritenendo di difendere una situazione di *diritto*, che però non può ritenersi tale nel nostro ordinamento[86]. Ad analoga conclusione si dovrà pervenire a favore di colui che, sempre a cagione di un errore sul sistema normativo da cui discendono le qualifiche relative alla fattispecie scriminante, abbia ritenuto *ingiusto* il fatto altrui che lo ha provocato a norma dell'art. 599, secondo comma, c.p.[87], ovvero abbia creduto di operare, in conformità a quanto disposto dall'art.

---

[86] Così, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 192; PENSO, *La legittima difesa,* cit., p. 159 ss.; VENDITTI, *La reazione,* cit., p. 176; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 57. PULITANO', *L'errore,* cit., pp. 365-366, osserva che "chi, per errore su norme extrapenali, suppone «ingiusta» l'offesa arrecatagli, si rappresenta una situazione concreta (normativamente qualificata) corrispondente ai presupposti legali obiettivi della difesa legittima. I limiti legali della scriminante possono essere ben compresi, anche in presenza di quell'errore; ben comprensibile resterebbe lo stesso concetto di «ingiustizia», nel suo nucleo significativo o qualificatore di «contrarietà al diritto». L'errore extrapenale sarebbe limitato ai criteri estrinseci e contingenti di applicazione del concetto ai fatti «materiali»; non ricadrebbe sulla norma, bensì soltanto sulla situazione scriminante".

[87] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 194; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 55; BATTAGLINI, *Osservazioni,* cit., c. 23 ss.

50 c.p., con il consenso di chi poteva *validamente disporre* del *diritto* offeso[88].

Una soluzione, quindi, che deve essere proposta in relazione ad ogni causa di giustificazione nel cui modello astratto sono presenti elementi normativi, salvo però alcune eccezioni sulle quali è opportuno soffermarsi.

In materia di esercizio di un diritto e di adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica si è già avuto modo di precisare[89] la sussistenza di un meccanismo analogo a quello delle norme incriminatrici c.d. in bianco. Queste scriminanti sono sostanzialmente un elemento «tutto normativo»[90], in quanto le disposizioni richiamate, attributive di diritti e doveri, non intervengono come meri criteri di definizione specifica dell'ambito concettuale di un singolo elemento normativo, ma descrivono esse stesse, direttamente, tutta la causa di giustificazione.

Di conseguenza, come per le norme penali in bianco, così per le corrispondenti cause di giustificazione, si deve escludere l'applicazione dell'art. 47, ultimo comma, all'errore di diritto sulle disposizioni cui viene fatto rinvio, che investe la loro stessa previsione ovvero i limiti delle situazioni ivi descritte[91]. Presupposto essenziale perché possa operare questa

---

[88] Cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 195; ONDEI, *Considerazioni,* cit., p. 48 ss. Buona parte della dottrina è però di segno contrario. V., per tutti, BRICOLA, *Il problema del falso consentito,* in *Arch. pen.,* 1959, I, p. 292 s.

[89] V., *supra,* cap. II, § 4.2.

[90] Così, LOZZI, *Il problema della buona fede,* cit., p. 814. Analogamente, M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, p. 257 s.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 196 ss.; CARACCIOLI, *L'esercizio,* cit., p. 54; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 358 ss.; ID., voce *Esercizio,* cit., p. 329; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti,* cit., p. 1232.

[91] Così, M. GALLO, voce *Dolo,* cit., pp. 763 e 774; FROSALI, *L'errore,* cit., p. 456 s.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 196 ss.; BRICOLA, *Limite esegetico,* cit., p. 770; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 359 ss.; GRASSO, *Considerazioni in tema di errore,* cit., p. 172; ANTOLISEI,

disposizione è che l'errore incida su un elemento costitutivo e non sull'intera fattispecie, in quanto in questi casi ricorre una situazione psicologica perfettamente riconducibile a quella contemplata dall'art. 5 c.p. Chi agisce ritenendo di farlo nell'esercizio di una facoltà ovvero nell'adempimento di un dovere, in realtà non previsti dal diritto positivo, erra soltanto sulla qualificazione penale del fatto concreto esattamente rappresentato, alla stregua di colui che abbia creduto di operare in presenza di una scriminante in realtà non contemplata dal diritto positivo, ovvero rappresentandosi in modo inesatto i limiti giuridici di una causa di giustificazione esistente nell'ordinamento.

Detto altrimenti, le singole norme che stabiliscono le ipotesi di esercizio di un diritto e di adempimento di un dovere svolgono nel sistema penale una funzione identica a quella delle disposizioni che descrivono le altre scriminanti (consenso dell'avente diritto, legittima difesa, ecc.). Pertanto, rilevante sarà solo la supposizione erronea dell'esistenza degli elementi costitutivi, descrittivi o normativi, delle situazioni predisposte dalle norme cui l'art. 51 c.p. rinvia, al pari di quanto avviene per l'errore sui presupposti di ogni causa di giustificazione[92].

Manuale, cit., p. 426; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 376; PIACENZA, *Errore,* cit., p. 56; CRISTIANI, *Appunti,* cit., p. 654 ss. Purché si tratti di norme che rinviano interamente ad altra disposizione per l'individuazione del proprio contenuto, e non piuttosto di disposizioni a contenuto sufficientemente determinato, seppur generico, v. ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 265; FLORA, voce *Errore,* cit., p. 264. *Contra,* PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 417 s.; PALAZZO, *L'errore,* cit., p. 215 ss.; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 379. In senso conforme a questi ultimi Autori, ma sulla base di una diversa premessa, ossia ritenendo che si versi in un'ipotesi di errore di fatto, PETROCELLI, *Norma penale,* cit., p. 379.

[92] Così, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 203; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 360.

Diverso è il caso in cui si versi in un'ipotesi di adempimento del dovere imposto da un ordine legittimo della pubblica autorità. In effetti, pur essendo l'attuazione, mediata ed indiretta, di una disposizione che autorizza il superiore a porre un comando ed obbliga l'inferiore ad obbedire sotto minaccia di una sanzione[93], le norme richiamate non descrivono interamente la situazione scriminante, ma concorrono con l'art. 51 c.p. alla definizione legislativa della fattispecie, qualificando i requisiti normativi ivi previsti, che ne condizionano l'operatività[94].

L'aspetto problematico sul quale occorre soffermarsi attiene all'interpretazione del terzo comma dell'articolo, ove si esclude la responsabilità di chi ha eseguito l'ordine illegittimo nella sola ipotesi in cui abbia creduto di ottemperare ad un ordine legittimo «per errore di fatto». Ne consegue che, mentre per il superiore gerarchico valgono le regole generali, in virtù delle quali può invocare a sua discolpa sia l'errore di fatto che

---

[93] GROSSO, *L'errore,* cit., p. 203; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 570; FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 245; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 351; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 515; BETTIOL, *L'ordine,* cit., p. 50 s.; MESSINA, *L'ordine,* cit., p. 8 s.; SANTORO, *L'ordine,* cit., p. 253.

[94] Così, GROSSO, *L'errore,* cit., p. 204. *Contra,* PULITANO', *L'errore,* cit., p. 362 ss., ad avviso del quale tutte le ipotesi scriminanti dell'art. 51 c.p. rappresentano fattispecie in bianco, i cui elementi sono dati dalla diverse leggi attributive di diritti e doveri, quali che siano i presupposti di questi ultimi. In altri termini, anche l'esecuzione di un ordine legittimo è una norma in bianco, in quanto la fattispecie scriminante è data interamente dalla leggi di diritto pubblico che disciplinano i presupposti e il contenuto dei doveri d'esecuzione o d'obbedienza gerarchica. Quindi, pure per l'ordine del superiore le distinzioni rilevanti in tema di errore andranno ricercate "all'interno del sistema normativo extrapenale, dove sono disciplinati i requisiti di legittimità ed i contenuti obbligatori dei diversi tipi di ordine. […] Ed in tale prospettiva, l'errore sulla legittimità potrebbe rivelarsi radicato, sia in errori sulla disposizione scriminante, sia in errore su elementi normativi della situazione ivi descritta. […] si evita di leggere nell'art. 51 una delimitazione, davvero incomprensibile, dell'errore scusa sante all'errore di «mero fatto». L'errore «di fatto», escludente il dolo, anche in tema di esecuzione dell'ordine va determinato secondo i principi generali: accanto all'errore su dati «materiali», comprenderà dunque l'errore sugli elementi normativi, attinenti alla individuazione concreta dell'ordine scriminante e non alla valutazione legale di questo".

quello di diritto su legge diversa dalla norma incriminatrice, il subordinato, in materia di *legittimità* putativa, è scusato esclusivamente dall'errore di fatto e non anche dall'errore sulle disposizioni che stabiliscono i presupposti della qualifica in parola[95].

Una disparità di trattamento molto probabilmente da ricondurre all'ideologia della cieca ed assoluta obbedienza esistente ai tempi della redazione del codice, ma certo di dubbia legittimità costituzionale. Proprio muovendo da queste constatazioni, buona parte della parte della dottrina non accetta la limitazione codicistica relativa a questo requisito normativo di fattispecie, considerandola incomprensibile, e conclude per la non punibilità del subordinato che, avendo erroneamente interpretato il sistema normativo di riferimento, ritiene di obbedire ad un ordine legittimo[96].

---

[95] Cfr. M. GALLO, *Appunti,* vol. II, part. I, cit., p. 208.

E'evidente, argomentando dall'ultimo comma dell'art. 51 c.p., che nel caso di ordine illegittimo vincolante, perché insindacabile dall'inferiore gerarchico, sarà del tutto irrilevante l'eventuale errore del subordinato sulla legittimità dell'ordine, mentre escluderà il dolo a norma dell'art. 47, ultimo comma, la sua convinzione di non poter valutare la legittimità del comando ricevuto in conseguenza di un errore sulle specifiche disposizioni che concorrono a configurare l'elemento normativo dell'*insindacabilità*. In proposito, cfr. GROSSO, *L'errore,* cit., p. 207; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 571; SANTORO, *L'ordine,* cit., p. 255. *Contra,* PULITANO', *L'errore,* cit., p. 365, il quale sostiene che "per quanto in particolare concerne l'erronea opinione d'insindacabilità di dati elementi, essa si risolve in erronea (riduttiva) determinazione della fattispecie fondante il dovere d'esecuzione. Si direbbe pertanto di essere in presenza di un errore, non sulla fattispecie scriminante, ma sul precetto, e quindi rientrante nel principio di inescusabilità"; nonché REGINA, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere,* cit., p. 8, secondo cui la limitazione disposta dal terzo comma dell'art. 51 c.p., nel riconoscere rilevanza al solo errore di fatto, opererebbe anche per il requisito normativo dell'insindacabilità dell'ordine.

[96] Tra i tanti, sostenendo che nel concetto di «errore di fatto» deve farsi rientrare anche l'errore su legge extrapenale, v. FROSALI, *Sistema,* II, cit., p. 248; PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 439; PULITANO', *L'errore,* cit., p. 364; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 274; MANTOVANI, *Diritto penale,* cit., p. 237; ROMANO, *Commentario,* I, cit., p. 517; DELITALA, voce *Adempimento,* cit., p. 572. Sull'errore circa la legittimità dell'ordine, cfr. pure, BETTIOL, *L'ordine,* cit., p. 97 ss.; SANTORO, *L'ordine,* cit., p. 252 ss.; GROSSO, *L'errore,* cit., p. 205 ss., ad avviso del quale, "quand'anche si ritenesse di riferirla al solo

Tuttavia, sebbene le ragioni di una tale presa di posizione siano condivisibili, e pur avendo ammesso, in via generale, l'applicazione analogica dell'art. 47, ultimo comma, all'errore sugli elementi normativi delle cause di giustificazione, riteniamo che la lettera della legge costituisca in questo caso un limite invalicabile per l'interprete.

In primo luogo, non crediamo che nell'espressione di cui si controverte sia ricompreso anche l'errore su norma extrapenale, intendendola cioè in senso lato, come sinonimo di errore sul fatto, in quanto, se così fosse, oltre alla discutibilità della scelta terminologica, questa disposizione risulterebbe una mera ripetizione delle regole generali sull'imputazione dolosa, essendo già ricavabile dal sistema l'applicabilità della disciplina dell'errore su legge diversa da quella incriminatrice anche alle scriminanti.

In secondo luogo, riconoscendo nella specificazione legislativa un chiaro riferimento al solo errore su dati materiali, è comunque da escludere un ricorso al secondo comma dell'art. 47 c.p. In effetti, pur ammettendo in linea di principio nel diritto penale l'analogia *in bonam partem*, non si può trascurare che un presupposto indefettibile per fare ad essa ricorso è proprio la presenza di una lacuna non

---

errore materiale, ci sembrerebbe scarsamente attendibile una tesi che pretendesse di desumere *a contrario*, dalla menzione specifica della rilevanza dell'errore di fatto esclusivamente nei confronti della scriminante dell'adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo dell'autorità, l'intenzione del legislatore di derogare ai principi che sorreggono la disciplina dell'errore di diritto. Non sarebbe facilmente comprensibile, invero, la *ratio* di una limitazione siffatta […]". Conclude, ritenendo che, "stante il carattere *normativo* della legittimità, si possa affermare la rilevanza dell'errore, sia del subordinato sia del superiore, sulle disposizioni extrapenali richiamate dall'art. 51, 1° co. ult. parte, , rifacendosi alla disciplina predisposta dall'art. 47 2° cpv. c.p.".

intenzionale[97], quale è invece quella frutto di una precisa scelta del legislatore, tradottasi in una regolamentazione compiuta e chiusa ad ogni sorta di integrazione, come l'esplicito riferimento al solo errore di fatto nel terzo comma dell'art. 51 c.p.

[97] Cfr. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia,* cit., p. 121; GROSSO, *Difesa legittima,* cit., p. 257.

BIBLIOGRAFIA

- AIELLO, voce *Stato di necessità, in Enc. giur.,* XXX, 1993.
- ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto,* Milano, 1995.
- ALIBRANDI, *L'uso legittimo delle armi,* Milano, 1979.
- ALIMENA, *Le condizioni di punibilità,* Milano, 1938.
- ALTAVILLA, *L'illiceità speciale,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1940.
- ALTAVILLA, voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Nss. D. I,* IV, 1960.
- ALTAVILLA, voce *Difesa legittima,* in *Nss. D. I.,* V, 1960.
- ALTAVILLA, voce *Necessità,* in *N. D. I.,* VIII, 1939.
- ALTAVILLA, voce *Uso legittimo delle armi,* in *N. D. I.,* XII, pt. II, 1940.
- AMATI, *Nuovi orientamenti interpretativi in tema di arbitrarietà putativa nella reazione legittima a pubblici ufficiali,* in *Giust. pen.,* 1997, II.
- AMBROSETTI, Abolitio criminis *e modifica della fattispecie,* Padova, 2004.
- ANGIONI F., *Le norme definitorie e il Progetto di legge delega per un nuovo codice penale,* in AA. V.V., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio,* a cura di Canestrari, Torino, 1998.
- ANGIONI M., *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale,* Milano, 1930.
- ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato,* Bergamo, 1930.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Milano, 2003.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* I, Milano, 2001.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale,* II, Milano, 2003.
- ARDIZZONE, voce *Reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Enc. dir.,* XXXIX, 1988.

- ARDIZZONE, voce *Uso legittimo delle armi,* in *Enc. dir.,* XVL, 1992.
- AZZALI, *Profili in tema di struttura del fatto e classificazione del reato,* in *Studi Delitala*, I, Milano, 1984.
- AZZALI, *Reazione all'eccesso arbitrario e punibilità del soggetto,* Milano, 1958.
- AZZALI, voce *Stato di necessità,* in *Nss. D. I.,* XVIII, 1971.
- BARTOLI, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: del pubblico ufficiale e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e dei privati*, in *Cass. pen.,* 1998.
- BATTAGLINI E., *Errore su legge diversa dalla legge penale,* in *Giust. pen.,* 1933, II.
- BATTAGLINI G., *Sul consenso dell'avente diritto,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1933.
- BATTAGLINI G., *Sulla legittima difesa*, in *Riv. it. dir. pen.,* 1933.
- BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale,* Torino, 1997.
- BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale,* Milano, 1934, ora in *Scritti giuridici,* I, Padova, 1966.
- BETTIOL, *La dottrina del «Tatbestand» nella sua ultima formulazione,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1932.
- BOSCARELLI, voce *Legittima difesa,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1990.
- BOSCARELLI, voce *Nullum crimen sine lege,* in *Enc. giur.,* XXI, 1990.
- BRICOLA, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 24-26,* Bologna – Roma, 1981.
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali,* Milano, 1965, ora in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche,* Milano, 2000.
- BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70,* in *Quest. Crim.,* 1980.

- BRICOLA, *Limite esegetico, elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960.
- BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.,* XIX, 1973.
- CADOPPI, «*Si nox fortuni faxit, si im occisit, iure caesus esto*», in *Studi Marinucci,* Milano, 2006, II.
- CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* in AA. VV., Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* a cura di Cadoppi, Padova, 1996.
- CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto,* in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- CAMAIONI, *Rilievi sull'uso legittimo delle armi,* in *Arch. pen.,* 1985.
- CAMAIONI, *Successione di leggi penali,* Padova, 2003.
- CAPALOZZA, *Le norme penali in bianco nella dottrina dell'errore,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1936.
- CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto,* Milano, 1965.
- CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Padova, 2005.
- CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità,* Milano, 1970.
- CARBONI, *Norme penali in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1971.
- CARMONA, voce *Morale familiare (delitti contro la),* in *Enc. dir.,* XXVII, 1977.
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato,* Padova, 1926.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato,* Padova, 1933.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* Milano, 2006.
- CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica,* Napoli, 2000.

- CAVALLO, *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato,* Napoli, 1939.
- CESARINI - SFORZA, voce *Diritto soggettivo,* in *Enc. dir.,* XII, 1964.
- CHIAROTTI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale nel sistema delle cause di non punibilità*, in *Arch. pen.,* 1956, I.
- COLACCI, *Appunti su la provocazione,* in *Arch. pen.,* 1959.
- COLACCI, *Il fatto «ingiusto» nella provocazione,* in *Arch. pen.,* 1962.
- CONCAS, voce *Scriminanti,* in *Nss. D. I.,* XVI, Torino, 1969.
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, Bari, 1996.
- CONTENTO, *Limiti della norma e fattispecie non punibile,* in *Arch. pen.,* 1965, I.
- CONTENTO, voce *Morale familiare (delitti contro la),* in *Enc. giur,* XX, 1990.
- CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale,* Torino, 1956.
- COSTA, voce *Provocazione,* in *N. D. I.*, X, 1939.
- CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità della reazione del privato,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1948.
- CRESPI, *Sulla nozione di atto arbitrario e della discrezionalità dell'atto in particolare,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1949.
- CRISTIANI, *Profilo dogmatico dell'errore su legge extrapenale,* Pisa, 1955.
- DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale,* in *Arch. pen.,* 1963.
- DE SIMONE, *L'errore su legge extrapenale, i*n *Giurisprudenza sistematica di diritto penale,* diretta da Bricola e Zagrebelsky, I, Torino, 1996.
- DE VERO, *L'errore sul fatto costitutivo di reato, i*n *Studium Iuris,* 1999.
- DE VERO, *Le scriminanti putative, Profili problematici e fondamento della disciplina,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1998.

- DE VERO, voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993.
- DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali,* in *Dig. disc. pen.,* XIV, 1999.
- DELITALA, *Analogia in "bonam partem",* 1936, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* Milano, 1976, I.
- DELITALA, *Danno e reato in un recente libro di F. Carnelutti,* in *Riv. dir. civ.,* 1927.
- DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930.
- DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco,* 1927, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* I, Milano, 1976.
- DELITALA, *Responsabilità e pena,* in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* II, Milano, 1976.
- DELITALA, voce *Adempimento di un dovere,* in *Enc. dir.,* I, 1958.
- DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità,* in *Enc. dir.,* II, 1958.
- DELOGU, *Errore proprio ed errore improprio nella teoria dell'errore in diritto penale, i*n *Riv. pen.,* 1935.
- DELOGU, *L'uso legittimo delle armi o di altro mezzo di coazione fisica,* in *Arc. pen.,* 1972, I.
- DELOGU, *Teoria del consenso dell'avente diritto,* Milano, 1936.
- DI MARTINO, *Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore,* in *Dir. pen. proc.,* 2003.
- DOLCE, *Ancora qualche considerazione in favore della efficacia oggettiva e della natura negoziale privata del consenso preveduto dall'art. 50 c.p.,* in *Arch. pen.,* 1957, I.
- DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957.
- DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante e sacro valore della vita umana,* in *Dir. pen. proc.,* 2006.

- DONINI, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario,* in *Indice pen.,* 1989.
- DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione,* Padova, 1996.
- ESCOBEDO, *Osservazioni circa l'errore su legge diversa da quella penale,* in *Giust. pen.,* 1935, II.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 2007.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* I, Bologna, 2007.
- FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* II, *I delitti contro il patrimonio,* Bologna, 2005.
- FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale,* II, *I delitti contro la persona,* Bologna, 2007.
- FIANDACA, *"Intervento" sul problema delle definizioni nella parte generale del codice penale,* in A.A. V.V., *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1981.
- FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume,* Padova, 1984.
- FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*, in *Foro it.,* 1990, II.
- FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.,* V, 1991.
- FIERRO CENDERELLI, *Legittima difesa e provocazione, Rilievi comparatistici,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1978.
- FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, Parte generale,* I, Torino, 2004.
- FIORE S., *Cause di giustificazione e fatti colposi,* Padova, 1996.
- FIORELLA, *L'efficacia retroattiva della* lex mitior *sull'estensione dell'amnistia,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1980.
- FIORELLA, *Le cause di giustificazione nel pensiero carriano,* in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte,* Milano, 1991.

- FIORELLA, voce *Reato in generale,* in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987.
- FIORELLA, voce *Reo,* in *Enc. giur.,* XXVI, 1991.
- FIORELLA, voce *Ufficiale pubblico, incaricato di un pubblico servizio o di un servizio di pubblica necessità,* in *Enc. dir.,* XLV, 1992.
- FLORA, voce *Errore,* in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990.
- FLORIAN, *La condizione di antigiuridicità speciale nei delitti,* in *Studi in onore di Carlo Fadda,* Napoli, 1906.
- FLORIAN, *Trattato di diritto penale,* IV, Milano, 1934.
- FOIS, *Problemi della «recezione» nel diritto interno: leggi di recezione e riserva di legge,* in *Studi in memoria di T. Ascarelli,* II, Milano, 1969.
- FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale,* Milano, 1990.
- FROSALI, *Antigiuridicità speciale, errore, integrazione della norma, norme inutili e norme dannose,* in *Arch. pen.,* 1952, II.
- FROSALI, *L'errore nella teoria del diritto penale,* Roma, 1933.
- FROSALI, *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità,* in *Scritti in onore di V. Manzini,* Padova, 1954.
- FROSALI, *Sistema penale italiano,* I, II, Torino, 1958.
- FROSALI, voce *Errore,* in *Nss. D. I.,* VI, 1960.
- GALLISAI PILO, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Dig. disc. pen.*, III, 1989.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale,* I, *La legge penale,* Torino, 1999.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale,* III, *Le forme di manifestazione del reato,* Torino, 2003.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale,* IV, *Della estinzione del reato e della pena,* Torino, 2006.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale,* vol. II, part. I, *La fattispecie oggettiva,* Torino, 2000.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale,* vol. II, part. II, *L'elemento psicologico*, Torino, 2001.

- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza,* Milano, 1951.
- GALLO M., *La «disapplicazione» per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1956.
- GALLO M., *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca,* Milano, 1950.
- GALLO M., voce *Capacità penale,* in *Nss. D. I.,* II, 1958.
- GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XIII, 1964.
- GARGANI, *Il diritto di autotutela*, in *Studium juris,* 2006.
- GARGIULO, *In tema di successioni di leggi nel tempo e di modifica "mediata" delle norme penali,* in *Cass. pen.,* 1998.
- GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970.
- GIULIANI, *Le norme di liceità nel diritto penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974.
- GRASSO, *Considerazioni in tema di errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1976.
- GREGORI, voce *Caso fortuito e forza maggiore,* in *Enc. giur.,* V, 1988.
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano,* Milano, 1947, I.
- GRISPIGNI, *I delitti contro la pubblica amministrazione,* Roma, 1953.
- GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso,* Roma, 1924.
- GROSSO C. F., *Difesa legittima e stato di necessità,* Milano, 1964.
- GROSSO C. F., *L'errore sulle scriminanti,* Milano, 1961.
- GROSSO C. F., *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960.
- GROSSO C. F., voce *Cause di giustificazione,* in *Enc, giur.,* VI, 1988.
- GROSSO C. F., voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Enc. giur.,* VIII, 1989.
- GROSSO C. F., voce *Errore (diritto penale),* in *Enc. giur.*, XIII, 1989.

- GROSSO C. F. voce *Legittima difesa (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXIV, 1974.
- GROSSO C. F., voce *Necessità (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XXVII, 1977.
- GUADAGNO, *Su alcuni particolari aspetti dell'attenuante della provocazione,* in *Foro pen.,* 1949.
- IORI, *Abrogazione di norma extrapenale integratrice,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1976.
- KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato,* trad. Cotta e Treves, Milano, 6ª ed., 1994.
- KOSTORIS, *Qualche ulteriore riflessione sull'art. 4 d.l.l. 14 settembre 1944, n. 288,* in *Arch. pen.,* 1972, I.
- LANZI, *L'errore su legge extrapenale, la giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47 c.p.,* in *Codice penale,* a cura di T. Padovani, Milano, 2000.
- LEONE G., *Le norme penali in bianco nel nuovo codice penale,* in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione penale italiana,* I, Bologna, 1932.
- LEONE M., *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale,* in *Giust. pen.,*1982, II.
- LEONE M., *L'esimente dell'esercizio di un diritto,* Napoli, 1970.
- LEVI, *Ancora in tema d'illiceità speciale,* in *Scritti giuridici in memoria di Edoardo Massari,* Napoli, 1938.
- LICITRA, *L'errore su legge extrapenale,* Padova, 1988.
- LOGUERCIO, *Teoria generale del consenso dell'avente diritto*, Milano, 1955.
- LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti della autorità nel diritto penale,* Milano, 1908.
- LOZZI, *Il problema della buona fede determinato da un'errata pronuncia giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958.
- MAGGIORE, *Diritto penale, Parte generale,* Bologna, 1949.

- MAGGIORE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale,* in *Arch. pen.,* 1949.
- MALIVERNI, *L'esercizio del diritto: un metodo di interpretazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1988.
- MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale,* Padova, 2007.
- MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale,* I, *Delitti contro la persona,* Padova, 2005.
- MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006.
- MANTOVANI, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XV, 1966.
- MANZINI, *Errore su legge non penale,* in *Giur. Compl. Cass. Pen.,* 1950, III.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* I, Torino, 1981.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* V, Torino, 1982.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* VII, Torino, 1984.
- MARINI, *Delitti contro la persona,* Torino, 1995.
- MARINI, *Il fatto ingiusto nella provocazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1961.
- MARINI, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Nss. D. I., Appendice,* II, 1981.
- MARINI, voce *Uso legittimo delle armi (dir. pen.),* in *Nss. D. I.,* XX, 1975.
- MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983.
- MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma,* Milano, 1971.
- MARINUCCI, voce *Antigiuridicità,* in *Dig. disc. pen.,* I, 1987.
- MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione,* in *Dig. disc. pen.,* II, 1988.

- MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale,* Napoli, 1930.
- MASUCCI, '*Fatto*' *e* '*valore*' *nella definizione del dolo,* Torino, 2004.
- MESSINA, *L'ordine insindacabile dell'autorità come causa di esclusione del reato,* Roma, 1942.
- MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità,* Torino, 2000.
- MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2000.
- MEZZETTI, voce *Stato di necessità,* in *Dig. disc. pen.,* XIII, 1997.
- MEZZETTI, voce *Uso legittimo delle armi,* in *Dig. disc. pen.,* XV, 1998.
- MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici,* Torino, 2006.
- MIELE, *L'ingiustizia dell'offesa nella legittima difesa e criteri discretivi tra legittima difesa e stato di necessità,* in *Scuola pos.,* 1942.
- MIELE, voce *Cause di giustificazione,* in *Enc. dir.,* VI, 1960.
- MOLARI, *Profili dello stato di necessità,* Padova, 1964.
- MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato,* Torino, 2002.
- MORGANTE, *Note critiche in tema di illiceità espressa e illiceità speciale,* in *Scritti in onore di Antonio Cristiani,* Torino, 2001.
- MORO, *L'antigiuridicità penale,* Palermo, 1947.
- MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939.
- MORSELLI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale,* Padova, 1966.
- NAPPI, voce *Ingiuria e diffamazione,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1989.
- NEPPI - MODONA, *Il diritto al lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1963.

- NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale,* Palermo, 1947.
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale,* Padova, 1982.
- NUVOLONE, *La legittima difesa del provocatore,* in *Riv. it. dir. pen.*, 1941.
- ONDEI, *Considerazioni circa l'errore su norma diversa dalla legge penale, i*n *Riv. it. dir. pen., 1*943.
- PADOVANI, *Alle radici di un dogma: appunti sulle origini dell'antigiuridicità obiettiva,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983.
- PADOVANI, *Costringimento fisico e psichico,* in *Dig. disc. pen.,* III, 1989.
- PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1970.
- PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1982.
- PADOVANI, *Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze,* in *Guida dir.,* 2006.
- PADOVANI, voce *Difesa legittima,* in *Dig. disc. pen.,* III, 1989.
- PAGLIARO, *Appunti su alcuni elementi normativi contenuti nella legge penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1964.
- PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale,* dolus in re ipsa *ed errore su legge extrapenale),* in AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale,* a cura di A. M. Stile, Napoli, 1991.
- PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività,* in *Giust. pen.,* 1991, II.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale,* Milano, 2003

- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale,* I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.
- PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1969.
- PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1967.
- PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali,* in *Ind. pen.,* 1977.
- PAGLIARO, voce *Fatto (diritto penale),* in *Enc. dir.,* XVI, 1967.
- PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo,* in *Enc. dir.,* XXIII, 1973.
- PAGLIARO, voce *Legge penale. a) Principi generali,* in *Enc. dir.,* XXIII, 1973.
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale,* Padova, 1979.
- PALAZZO, *L'errore su legge extrapenale,* Milano, 1974.
- PALAZZO, *Oltraggio, scriminante degli atti arbitrari, aggravante di cui all'art. 61, n. 10 c.p., e attenuante della provocazione,* in *Giur. it.,* 1971, II.
- PALAZZO, *Sulle funzioni delle norme definitorie,* in AA. VV., Omnis definitio in iure periculosa? *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale,* a cura di Cadoppi, Padova, 1996.
- PALAZZO, voce *Legge penale,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993.
- PALMERO, *Abrogazione di norma integratrice della fattispecie penale,* in *Dir. pen. proc.,* 2003.
- PANNAIN, *Appunti intorno alla scriminante o esimente del consenso dell'avente diritto,* in *Arc. pen.,* 1971, I.
- PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato,* Roma, 1936.
- PANNAIN, *Manuale di diritto penale, Parte generale,* Torino, 1968.

- PAOLI, *Il consenso del'offeso nel Progetto preliminare Rocco,* in *Scuola pos.,* 1928.
- PARDINI, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici,* in *Dir. pen. proc.,* 2006, fasc. 5.
- PECORARO ALBANI, *Riserva di legge – regolamento, norma penale in bianco,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1959.
- PECORARO ALBANI, voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.,*VI, 1960.
- PECORELLA, *sub art. 2,* in AA. VV., *Codice penale commentato. Parte generale,* a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 2006.
- PEDRAZZI, voce *Consenso dell'avente diritto,* in *Enc. dir.,* IX, 1961.
- PELLEGRINO, *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1978.
- PENSO, *La difesa legittima* Milano, 1939.
- PETROCELLI, *I principi di diritto penale,* Napoli, 1955, I.
- PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica,* in in *Ann. dir. proc. pen.,* 1932, ora in *Saggi di diritto penale,* Napoli, 1952
- PETROCELLI, *L'antigiuridicità,* Padova, 1966.
- PETROCELLI, *Norma penale e regolamento,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1959, ora in *Saggi di diritto penale,* Padova, 1965.
- PETROCELLI, *Reato e punibilità,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1960.
- PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato,* in *Studi Antolisei,* III, Milano, 1965.
- PETRONE, *L'*abolitio criminis, Milano, 1985.
- PETTOELLO MANTOVANI, *Volontarietà del pericolo e legittima difesa,* in *Cass. pen.,* 1955, II.
- PEZZI – PETREI, *Sulla scriminante della reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale,* in *Arch. pen.,* 1972, I.
- PIACENZA, *Errore ed ignoranza in materia penale,* Torino, 1960.

- PIACENZA, *Riflessioni minime sull'oggetto del dolo in corrispondenza con la nozione di«fatto costitutivo del reato»,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1961.
- PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»,* in *Riv. it. dir e proc. pen.,* 1994, nonché in E. Dolcini, T. Padovani, F. C. Palazzo (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle regioni. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo,* Milano, 1994.
- PIRAINO, "*Ingiustizia del danno" e antigiuridicità,* in *Europa dir. priv.,* 2005.
- PISA, *Osservazioni sull'uso legittimo della armi,* in *Annuali fac. giur.,* Genova, 1971.
- PISAPIA, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della sola pena,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1952.
- PISAPIA, *I delitti contro la famiglia,* Torino, 1953.
- PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1951.
- PISAPIA, *Istituzioni di diritto penale,* Padova, 1965.
- PISAPIA, *La non punibilità speciale,* in *Studi in memoria di Arturo Rocco,* II, Milano, 1952.
- PODO, voce *Successione di leggi penali,* in *Nss. D. I.,* XVIII, 1971.
- PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PULITANO', *Illiceità espressa e illiceità speciale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1967.
- PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976.
- PULITANO', *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002.

- PULITANO', voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere,* in *Dig. disc. pen.,* IV, 1990.
- PULITANO', voce *Ignoranza (Dir. pen.), Enc. dir., XX*, 1970.
- PULITANO', voce *Uso legittimo delle armi,* in *Enc. giur.,* XXXII, 1994.
- RAMACCI, *I delitti di omicidio*, Torino, 1997.
- RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale,* Milano, 1970.
- RAMACCI, *Norme interpretative e definizioni: la nozione di «pubblico ufficiale»,* in AA. VV., *Reati contro la pubblica amministrazione,* Torino, 1993.
- RAMAIOLI, *Riflessioni sulla disciplina dell'uso delle armi da parte dei componenti delle forze dell'ordine,* in *Cass. pen.,* 1983.
- RAMPIONI, voce *Reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 1996.
- REGINA, voce *Esercizio del diritto e adempimento del dovere,* in *Enc. giur.,* XIII, 1989.
- RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale, Profili generali e problemi applicativi,* Milano, 2004.
- RISICATO, *Successione di norme "integratrici" e mancanza alla chiamata di leva: si consolida il* revirement *della Cassazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006, fasc. 4.
- RIZ, *Il consenso dell'avente diritto,* Padova, 1979.
- RIZ, *La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione,* in *Ind. pen.,* 1981.
- ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale,* in *Opere giuridiche,* I, Roma, 1932.
- ROCCO, *Sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale,* in *Giur. it.,* 1910, IV.

- ROMANO, «*Repressione della condotta antisindacale*». *Profili penali,* Milano, 1974.
- ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità in senso stretto,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1990.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* I, Milano, 2004.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale,* III, Milano, 1994.
- ROMANO, *Irretroattività della legge penale e riforme legislative: reati tributari e false comunicazioni sociali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2002.
- RONCO, *La legge penale, Fonti, tempo, spazio, persone,* opera diretta da M. Ronco, con la collaborazione di E. M. Ambrosetti e E. Mezzetti, Bologna, 2006.
- ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale,* Napoli, 1996.
- RUGGIERO, *Appunti per una teoria delle fattispecie non punibili,* Milano, 1958.
- RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale,* Napoli, 1965.
- RUGGIERO, voce *Punibilità,* in *Enc. dir.,* XXXVII, 1988.
- SABATINI, *Provocazione e legittima difesa,* in *Foro it.,* 1936, II.
- SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto,* in *Ann. dir. proc. pen.,* 1934.
- SALTELLI, *L'errore su legge diversa dalla legge penale,* in *Giust. pen.,* 1945-1946, II.
- SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti,* Napoli, 1961.
- SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale,* Torino, 1957.
- SANTORO, *Provocazione e reazione irosa,* in *Scuola pos.,* 1964.

- SANTORO, voce *Esercizio di un diritto, adempimento di un dovere (dir. pen. comune),* in *Nss. D. I.,* VI, 1960.
- SANTORO, voce *Estinzione del reato e della pena,* in *Nss. D. I.,* VI, 1960.
- SANTUCCI, voce *Errore,* in *Enc. dir., X*V, 1966.
- SCHIAFFO, *Riflessioni critiche intorno ad un «dogma»: l'antigiuridicità generica,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1999.
- SEVERINO, voce *Successione di leggi penali,* in *Enc. giur.,* XXX, 1993.
- SINISCALCO, *Irretroattività della legge in materia penale,* Milano, 1969.
- SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale e arbitrarietà putativa,* in *Riv. it. dir e proc. pen.,* 1973.
- SIRACUSANO, *Successione di leggi penali,* I, Messina, 1988.
- SIRACUSANO, voce *Ingiuria e diffamazione,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1993.
- SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti,* Padova, 1980.
- SPASARI, *Diritto penale e Costituzione,* Milano, 1966.
- SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano,* in *Arch. pen.,* 1966, I.
- SPASARI, *Osservazioni sull'eccesso arbitrario del pubblico ufficiale e sulla liceità del comportamento reattivo del privato,* in *Studi Antolisei,* III, Milano, 1965.
- SPASARI, voce *Diffamazione e ingiuria (dir. pen.),* in *Enc. dir.,* XII, 1964.
- SPIEZIA, *La natura giuridica del consenso del titolare del diritto,* in *Riv. pen.,* 1933.
- SPIZUOCO, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale nel diritto penale,* Napoli, 1951.

- STEIN, *Uso legittimo delle armi (articolo 53 codice penale). Considerazioni generali,* in *Riv. pen.,* 1936.
- STILO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Un problema di linguaggio giuridico,* in *Nuovo dir.,* 2002.
- SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa,* Padova, 2003.
- TESAURO, *La natura giuridica del consenso dell'avente diritto come causa di esclusione del reato,* Padova, 1931.
- TOLOMEI, «*Offesa ingiusta*» *e legittima difesa,* in *Scuola pos.,* 1942.
- TRAPANI, *L'art. 20 della legge 7 gennaio 1929, n. 4 e la c.d. ultrattività delle norme penali tributarie,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1982.
- TRAPANI, voce *Legge penale. I) Fonti,* in *Enc. giur.,* XVIII, 1990.
- VAGNOLI, *Errore su legge extrapenale,* in *Studium Iuris,* 2003.
- VALLINI, *Errore di diritto e profili descrittivi del fatto: spunti per un ripensamento della categoria degli elementi normativi, nel contesto di un approccio «problematico» all'art. 47, 3° co., c.p.,* in *Scritti in onore di A. Cristiani,* Torino, 2001.
- VANNINI, *Poche parole, ma chiare parole in tema di dolo,* in *Quid iuris?*, X, Milano, 1953.
- VASSALLI, voce *Cause di non punibilità,* in *Enc. dir.,* VI, 1960.
- VASSALLI, Abolitio criminis *e principi costituzionali,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1983.
- VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1984.
- VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità,* in *Scritti giuridici,* I, Milano, 1997.
- VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali,* 1942.
- VASSALLI, *Successione di più leggi eccezionali,* in *Riv. it. dir. pen.,* 1943.

- VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale,* in *Dig. disc. pen.,* I, 1987.
- VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege,* in *Dig. disc. pen.,* VII, 1994.
- VENDITTI, *La reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Milano, 1954.
- VENDITTI, voce *Dolo (diritto penale),* in *Nss. D. I.,* VI, 1960.
- VIGANO', *Stato di necessità e conflitto di doveri,* Milano, 2000.
- VIGANO', *Sulla 'nuova' legittima difesa,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2006.
- VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento del dovere imposto da una norma giuridica,* Milano, 1971.