

A Marta,
e a Beatrice, curuzzu miu:
may you stay forever young

Per aver dialogato con me su molti dei profili affrontati in questo lavoro, ringrazio il Prof. Jürgen Wolter (dell'Università di Mannheim), il Prof. Jesús María Silva Sánchez (dell'Università "Pompeu Fabra" di Barcelona), e il Prof. Bruno Celano (dell'Università di Palermo). Ringrazio, inoltre, l'amico Prof. Giorgio Pino per aver letto e commentato alcune parti, per così dire, "meno penalistiche" del libro: le sue osservazioni mi sono state di grande aiuto.

Non ringrazierò mai abbastanza, infine, i Professori Antonio Pagliaro e Vincenzo Militello, che hanno letto più versioni di questo lavoro, e ne hanno discusso con me, con bonarietà e sapienza: senza i loro consigli il libro sarebbe stato sicuramente peggiore di quanto sia.

INDICE-SOMMARIO

<i>Abbreviazioni</i>	XV
--------------------------------	----

PARTE PRIMA

IL PRINCIPIO DELL'ESERCIZIO DI UN DIRITTO (PED). UNA DIFESA TEORICO-GENERALE

CAPITOLO I DIRITTI E CONFLITTI

1. Il PED e la logica del conflitto	5
2. Norme penali incriminatrici e norme extrapenali permissive	12
3. Prime indicazioni su struttura e contenuto del “diritto esercitabile”. Esercizio del diritto ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Precisazioni sul senso del PED	15
4. La concezione descrittiva dell'art. 51 CP	32
5. Basi per un superamento della concezione descrittiva. Avvertenza al lettore	40
6. Sintesi	42

CAPITOLO II

COERENZA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO? CRITICA DI UN DOGMA

7. I fondamenti teorici della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: la tesi della assolutezza dei diritti, e i dogmi della coerenza e dell'unità sostanziale del diritto oggettivo	43
8. Breve riepilogo. <i>Excursus</i> : l'accezione ontologica e l'accezione ermeneutico-applicativa della coerenza del diritto oggettivo	51
9. Critica del dogma della coerenza del diritto oggettivo	59
10. Quale coerenza per il diritto oggettivo?	60
11. Il conflitto di norme dal punto di vista del giudice chiamato a risolverlo. La “ <i>tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta</i> ”. Critica	65
12. (<i>Segue</i>) Gerarchia, competenza, cronologia e specialità rivisitate	69

13.	Breve riepilogo e prime conclusioni	85
14.	Soluzioni definitive e soluzioni caso per caso di antinomie	89
15.	Sintesi dei risultati sinora conseguiti	94
16.	Antinomie reali e principio di non contraddizione. (<i>In nota:</i> antinomie reali e applicabilità delle norme in conflitto.)	95
17.	Rigetto della tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive e superamento dell'“argomento logico” della concezione descrittiva dell'art. 51 CP	101
18.	Conclusione: possibilità logica del PED	105
19.	Sintesi	106

CAPITOLO III

DIRITTI, INTERPRETAZIONI, BILANCIAMENTI

20.	L'“argomento allarmistico” contro il PED	109
21.	Validità della norma extrapenale permissiva	112
22.	Diritti e interpretazioni (I): posizione del problema	114
23.	Diritti e interpretazioni (II): <i>ratio</i> e portata dei diritti. (Con particolare riferimento a: diritto di difesa, libertà di espressione, libertà di circolazione, <i>jus corrigendi</i> .)	117
24.	Diritti e interpretazioni (III): casi di mutua esclusività tra fattispecie. (Con particolare riferimento a: libertà di associazione, diritto di proprietà; reati “a illiceità speciale”.)	121
25.	Diritti insaziabili?	129
26.	(<i>Segue</i>) Diritti e bilanciamenti. L'abuso del diritto quale ipotesi di eccesso nella scriminante dell'esercizio di un diritto. (Con particolare riferimento a libertà di espressione e tutela dell'altrui dignità.)	131
27.	Sintesi	142

CAPITOLO IV

IL FONDAMENTO DEL PED

TRA SUSSIDIARIETÀ DEL DIRITTO PENALE

E *FAVOR LIBERTATIS*

28.	L'“argomento della inutilità” dell'art. 51 CP. Necessaria specialità della norma permissiva?	145
29.	(<i>Segue</i>) Alcune rilevanti ipotesi di applicazione del PED nelle quali il diritto esercitato non è un “caso speciale” di un fatto incriminato: libertà di espressione (quattro ipotesi ricostruttive); diritto di sciopero; diritto di difesa; diritti di fonte comunitaria; diritti di fonte consuetudinaria	150
30.	Breve riepilogo dei risultati sinora conseguiti: la funzione	

	dell'art. 51 CP. Il fondamento del PED: <i>favor libertatis</i> e sussidiarietà del diritto penale	161
31.	Irrilevanza del fatto che in altri sistemi giuridici manchi una disposizione analoga al nostro art. 51 CP	172
32.	Sintesi	178

PARTE SECONDA
L'EFFICACIA DEL PED

CAPITOLO I
L'EFFICACIA DIRETTA DEL PED

Sezione I

L'ESERCIZIO DI UN DIRITTO TRA TIPICITÀ E ILLECITITÀ PENALE

1.	Tipicità e illiceità penale: nota sistematica preliminare	182
2.	L'esercizio del diritto come causa di incompletezza del fatto tipico. Lo strano caso dei reati "a illiceità speciale"	187
3.	Il PED come causa di esclusione dell'illiceità penale di un fatto	195

Sezione II

APPLICAZIONI

4.	PED e incompatibilità tra norme	199
5.	Prima applicazione del PED: casi non (o non univocamente) risolvibili mediante gli ordinari criteri di soluzione di antinomie	205
6.	Seconda applicazione del PED: "conflitto" tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. <i>A)</i> PED e criterio cronologico	209
7.	<i>B)</i> PED e criterio gerarchico. Il conflitto tra divieto penale e diritti di fonte sub-legislativa. L'adeguatezza sociale come fonte di diritti (I): adeguatezza sociale e consuetudine	212
8.	<i>C)</i> PED e criterio della specialità	223
9.	Terza applicazione del PED: "concorso" tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. <i>A)</i> Diritti-libertà di fonte costituzionale	225
10.	<i>B)</i> Diritti di fonte regionale	239
11.	<i>C)</i> Diritti-libertà di fonte comunitaria	243
12.	<i>D)</i> L'adeguatezza sociale come fonte di diritti (II): adeguatezza sociale e principi generali dell'ordinamento	245
13.	Sintesi	249

Sezione III

EFFETTI GIURIDICI

14.	L'efficacia scriminante del PED: il PED come "trasformatore" e come "rafforzatore" di liceità	251
15.	L'efficacia "irradiante" del PED: l'esercizio mediato del diritto. Liceità penale degli interventi medico-chirurgici e della cosiddetta eutanasia passiva consensuale	255
16.	Liceità dei rischi attivati nell'esercizio di un diritto: l'esercizio del diritto come possibile fondamento di rischi "consentiti". PED e imputazione oggettiva dell'evento. (Con particolare riferimento a: attività medico-chirurgica, attività sportiva, <i>offendicula</i> .)	270
17.	La "non impedibilità" dell'esercizio di un diritto e il cosiddetto perimetro di protezione dei diritti	287
18.	(Segue) Il contenuto dei diritti esercitabili	296
19.	(Segue) Non impedibilità e legittima difesa	299
20.	Esercizio di un diritto e interferenze giustificate: conflitti tra scriminanti?	304
21.	Sintesi	310

CAPITOLO II

DIRITTI E GIUSTIFICAZIONI

22.	Posizione del problema	313
23.	Norme permissive penali e norme permissive extrapenali	316
24.	(Segue) Una critica dell'idea di antiggiuridicità generale	323
25.	(Segue) Le scriminanti come principi generali dell'ordinamento?	330
26.	(Segue) Diritti, giustificazioni, e liceità extrapenale	332
27.	(Segue) Norme "incidentalmente" scriminanti e norme "originariamente" scriminanti: la funzione delle norme permissive extrapenali e di quelle penali	337
28.	(Segue) Scriminanti e principi del diritto penale	339
29.	La prevalenza di diritti e giustificazioni sulle norme incriminatrici	342
30.	<i>Condotte e stati di cose</i> : il diverso contenuto rispettivo dei diritti di agire e delle giustificazioni	345
31.	Diritti, giustificazioni, e cosiddetta non impedibilità della condotta	349
32.	Ragioni per agire <i>vs.</i> scelte protette	352
33.	(Segue) Bilanciamento di interessi e autonomia	356
34.	Avere il diritto di fare una cosa <i>vs.</i> fare la cosa giusta	361
35.	Diritti, giustificazioni, e il principio di personalità della respon-	

sabilità penale	364
36. Sintesi	367

CAPITOLO III

L'EFFICACIA INDIRETTA DEL PED

37. PED ₁ : il fine giustifica i mezzi?	371
38. <i>(Segue)</i> Il fondamento del PED ₁	375
39. <i>(Segue)</i> Condizioni e limiti del PED ₁ : (I) la condotta strumentale come condizione praticamente necessaria dell'esercizio di un diritto	377
40. <i>(Segue)</i> (II) Adeguatezza sociale del costo imposto dalle condotte strumentali all'esercizio di un diritto	383
41. <i>(Segue)</i> (III) L'aspetto soggettivo della condotta strumentale	387
42. <i>(Segue)</i> Effetti giuridici del PED ₁	388
43. Sintesi	391

<i>"Diritti e responsabilità penale" in breve</i>	393
---	-----

<i>Bibliografia</i>	401
-------------------------------	-----

ABBREVIAZIONI

AI	<i>Ars Interpretandi</i> (rivista)
ALR	<i>Adelaide Law Review</i> (rivista)
AP	<i>Archivio penale</i> (rivista)
AT	Allgemeiner Teil
Bd.	Band
C. cost.	Corte costituzionale
Card. LR	<i>Cardozo Law Review</i> (rivista)
Cass.	Corte di Cassazione
Cass. pen.	<i>Cassazione penale</i> (rivista)
CC	Codice civile
CdG	Corte di Giustizia delle Comunità europee
CEDU	Convenzione europea dei diritti dell'uomo
CLJ	<i>Cambridge Law Journal</i> (rivista)
CLR	<i>Columbia Law Review</i> (rivista)
Cost.	Costituzione
CP	Codice penale
CPP	Codice di procedura penale
cur.	curatore/i
d.l.	Decreto-legge
d.lgs.	Decreto legislativo
DCSI	<i>Diritto comunitario e degli scambi internazionali</i> (rivista)
DDP	<i>Digesto delle discipline penalistiche</i>
DDPriv	<i>Digesto delle discipline privatistiche</i>
dir.	direttore/i
DLJ	<i>Duke Law Journal</i> (rivista)
DUE	<i>Il diritto dell'Unione europea</i> (rivista)
Ead.	Eadem
ED	<i>Enciclopedia del diritto</i>
ed.	editor/s
ediz.	edizione
EGT	<i>Enciclopedia giuridica Treccani</i>
Eid.	Eidem
EPC	<i>Estudios penales y criminológicos</i> (rivista)
-FG	Festgabe für
FI	<i>Foro italiano</i> (rivista)
-FS	Festschrift für
GA	<i>Goldammer's Archiv für Strafrecht</i> (rivista)

GC	<i>Giurisprudenza costituzionale</i> (rivista)
GI	<i>Giurisprudenza italiana</i> (rivista)
GP	<i>la Giustizia penale</i> (rivista)
-GS	Gedächtnisschrift für
HLR	<i>Harvard Law Review</i> (rivista)
Hrsg.	Herausgeber/s
Id.	Idem
ILR	<i>Israel Law Review</i> (rivista)
IP	<i>L'indice penale</i> (rivista)
JCLC	<i>The Journal of Criminal Law and Criminology</i> (rivista)
JCLI	<i>Journal of Contemporary Legal Issues</i> (rivista)
JE	<i>The Journal of Ethics</i> (rivista)
JZ	<i>Juristenzeitung</i> (rivista)
l.	Legge
Law and Phil.	<i>Law and Philosophy</i> (rivista)
NCLR	<i>North Carolina Law Review</i> (rivista)
NDLR	<i>Notre Dame Law Review</i> (rivista)
NssDI	<i>Novissimo digesto italiano</i>
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (rivista)
NwLR	<i>Northwestern University Law Review</i> (rivista)
OJLS	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i> (rivista)
OSJCL	<i>Ohio State Journal of Criminal Law</i> (rivista)
PED	Principio dell'esercizio di un diritto
PED ₁	Corollario del principio dell'esercizio di un diritto
PG	Parte generale
PS	Parte speciale
RDPP	<i>Rivista di diritto e procedura penale</i> (rivista)
RGL	<i>Rivista giuridica del lavoro</i> (rivista)
RIDP	<i>Rivista italiana di diritto penale</i> (rivista)
RIDPP	<i>Rivista italiana di diritto e procedura penale</i> (rivista)
RIDU	<i>Rivista internazionale dei diritti dell'uomo</i> (rivista)
RIML	<i>Rivista italiana di medicina legale</i> (rivista)
RJ	<i>Ratio Juris</i> (rivista)
RP	<i>Ragion pratica</i> (rivista)
RTDPE	<i>Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia</i> (rivista)
s.d.	senza data
SJ	<i>Studium juris</i> (rivista)
s.l.	senza luogo
SP	<i>La Scuola positiva</i> (rivista)
TLR	<i>Tulsa Law Review</i> (rivista)
ULR	<i>UCLA Law Review</i> (rivista)
UCLR	<i>University of Chicago Law Review</i> (rivista)
VLR	<i>Vanderbilt Law Review</i> (rivista)
WLR	<i>Wayne Law Review</i> (rivista)
YLJ	<i>Yale Law Journal</i> (rivista)

ZStW

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (rivista)

PARTE PRIMA
IL PRINCIPIO DELL'ESERCIZIO DI UN DIRITTO
(PED).
UNA DIFESA TEORICO-GENERALE

CAPITOLO I
DIRITTI E CONFLITTI

SOMMARIO: 1. Il PED e la logica del conflitto. – 2. Norme penali incriminatrici e norme extrapenali permissive. – 3. Prime indicazioni su struttura e contenuto del “diritto esercitabile”. Esercizio del diritto ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Precisazioni sul senso del PED. – 4. La concezione descrittiva dell’art. 51 CP. – 5. Basi per un superamento della concezione descrittiva. Avvertenza al lettore.

Che “l’esercizio di un diritto ... esclud[*a*] la punibilità” (secondo quanto recita l’art. 51, primo comma, prima parte, CP) parrebbe, ad un primo sguardo, poco meno che un’ovvietà, specialmente all’orecchio di chi sia abituato a pensare al diritto oggettivo come ad un sistema coerente ed unitario di norme, e quindi al diritto soggettivo (pur *lato sensu* inteso) come ad una posizione giuridica, il cui concetto necessariamente implichi la liceità, anche penale, del relativo esercizio.

Ad un esame più accurato, però, questa prima impressione si rivela illusoria ⁽¹⁾. Il diritto oggettivo non è affatto un sistema coerente, “non contraddittorio”, di norme ⁽²⁾: il giurista, che debba risolvere casi pratici, si imbatte continuamente in conflitti, tutt’altro che apparenti, tra norme; e questo, dal lato dei cittadini destinatari delle norme,

(1) Come cercherò di mostrare più avanti, in questa Prima Parte: Cap. II.

(2) V. sin d’ora, sinteticamente, GUASTINI (2006), 3973 s.

comporta che, in un caso di specie, ci si possa senz'altro ritrovare nella condizione di essere punto di imputazione di due posizioni giuridiche antinomiche: di essere, cioè, titolari tanto di una certa posizione giuridica (mettiamo: il diritto di fare x) quanto di una posizione giuridica in conflitto con la prima (mettiamo: il divieto di fare x).

Da qui prende avvio il ragionamento che cercherò di sviluppare in questo libro. L'idea, la tesi di fondo, è che l'art. 51, primo comma, prima parte, CP non si limiti affatto a ripetere un banale luogo comune, ma esprima piuttosto un principio (che chiamerò "il principio dell'esercizio di un diritto": d'ora in poi, PED), una meta-norma⁽³⁾, cioè, chiamata a governare i conflitti (reali) tra norme extrapenali permissive e norme incriminatrici: e quindi, in sostanza, un criterio di soluzione di questi conflitti; e che questo criterio stabilisca che i conflitti tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice vanno risolti riconoscendo una sorta di "preferenza applicativa" alla prima rispetto alla seconda, in modo che il fatto, in ipotesi riconducibile tanto all'una quanto all'altra, ne risulti scriminato; e che la ragione per la quale esiste (bisogna ritenere esistente) questo PED – ossia: la *ratio* dell'art. 51 CP – vada ricercata nel carattere sussidiario del diritto penale, oltre (e più) che nell'idea del *favor libertatis*.

(3) Sono «"metanorme" le norme che hanno per oggetto attività normative (ossia la produzione, l'abrogazione, l'interpretazione etc.) o che hanno per oggetto altre norme, parti di esse o le disposizioni che le esprimono» [LUZZATI (1990), 280 ss.]. V., inoltre, più diffusamente, MAZZARESE (1989), 19-58; EAD. (1995).

1. *Il PED e la logica del conflitto.*

Buona parte dell'aura di ovvietà ed inutilità che l'art. 51, primo comma, prima parte, CP si porta appresso, è dovuta, in realtà, alla ben nota ambiguità di cui è carico il concetto di diritto (in senso soggettivo) che in esso figura.

Sono, essenzialmente, due i modi nei quali avere il diritto di fare qualcosa e non essere punibili per averla fatta possono combinarsi reciprocamente; e queste combinazioni dipendono, a loro volta, dal modo in cui può venire inteso il concetto di "diritto" in senso soggettivo.

Sul presupposto (che per adesso darò per scontato) ⁽⁴⁾ che il concetto di diritto che qui interessa abbia a che fare con la liceità di una condotta, e quindi con il permesso di tenerla, si può distinguere un diritto (o permesso) in senso debole di fare qualcosa da un diritto (o permesso) in senso forte di farla ⁽⁵⁾.

Nel primo senso, si ha il diritto-permesso di fare qualcosa in quanto non esista alcuna norma giuridica che vieti di farla: io ho, in linea di massima, il diritto di andare a passeggiare alle cinque della sera per via Libertà, il diritto di grattarmi la testa, il diritto di dormire a pancia per aria, il diritto di accavallare le gambe, poiché, in linea di massima, non esistono norme giuridiche che mi vietino di fare

(4) Argomenterò in tal senso più avanti: § 3.1.1.

(5) La differenza tra permesso in senso debole e permesso in senso forte risale a Georg von Wright [v. ad es. VON WRIGHT (1989), 132 ss.]. Sul punto v., tra gli altri e con varietà di posizioni, ROSS (1978), 191 s.; ALCHOURRÓN, BULYGIN (1991), 215 ss.; RAZ (1990), 85 ss.; ATIENZA, RUIZ MANERO (1994); EID. (1998), 90 ss.; MORESO (1998), 101; MAZZARESE, (2001); BULYGIN (2003), 26 ss.

Tra i penalisti, per un accenno ai contenuti di questa distinzione, v. RAMACCI (1993), 62.

alcuna di queste cose.

Nel senso forte, invece, si ha il diritto-permesso di fare qualcosa, non già semplicemente perché nulla (ossia: nessuna norma) lo vieta, ma piuttosto perché esiste una norma giuridica che, esplicitamente o implicitamente, conferisce quella posizione giuridica: per l'ordinamento giuridico italiano, io ho il diritto di opporre in compensazione un credito certo liquido ed esigibile da me vantato nei confronti di un mio creditore, non tanto perché nessuna norma me lo vieti, quanto perché esiste un sistema di norme che espressamente mi abilita a farlo; e ho il diritto di dire quel che penso, non già perché non esistano norme giuridiche che mi vietino di farlo (ne esistono, eccome) ⁽⁶⁾, ma piuttosto perché è l'art. 21 Cost. che espressamente mi conferisce questa libertà.

Mentre, insomma, il permesso in senso debole è, per così dire, una posizione giuridica “negativa”, o “privativa”, che discende dalla assenza di norme proibitive applicabili alla condotta presa in considerazione, e quindi dal fatto che questa non è sussumibile nella fattispecie di alcuna norma giuridica proibitiva, il permesso in senso forte è invece una posizione giuridica “positiva”, che discende dall'esistenza di (almeno) una norma permissiva in cui sia sussumibile la condotta, e rispetto alla quale in linea di principio è indifferente che a questa sia o meno applicabile anche una norma proibitiva ⁽⁷⁾.

(6) Solo a titolo esemplificativo, v. SPENA (2007 d), in materia di reati di opinione.

(7) Nel senso che l'esistenza di una norma proibitiva applicabile alla condotta non esclude necessariamente che questa possa essere “permessa in senso forte”, ma semmai produce una situazione di conflitto tra norma proibitiva e norma permissiva. Cfr., ad es., ALCHOURRÓN, BULYGIN (1991), 215 ss.; MAZZARESE (2001), 124 ss.; BULYGIN (2003), 27.

1.1. Ciò detto, il significato dell'affermazione per la quale chi esercita un diritto non è per ciò punibile, evidentemente, muta a seconda che ci si riferisca all'uno o all'altro senso in cui può essere inteso il concetto di diritto-permesso.

Nel primo caso, infatti, quell'affermazione si risolve in una banale tautologia: nessuno è punibile per il fatto di esercitare un diritto appunto perché, in senso debole, esercitare un diritto significa fare qualcosa che non è vietato da nessuna norma (penale o extrapenale). In questo senso, peraltro, io ho il diritto di fare qualcosa *finché* non esiste una norma giuridica (penale o extrapenale) che mi vieti di farla. Il mio permesso in senso debole di fare qualcosa cesserebbe se, per una qualsiasi ragione, la mia condotta finisse ad un certo punto per rientrare nell'ambito applicativo di una norma proibitiva: il mio permesso in senso debole di andare a passeggiare per via Libertà alle cinque della sera, ad es., finirebbe nel momento (e per il tempo) in cui un giudice disponesse nei miei confronti gli arresti domiciliari ⁽⁸⁾.

Riferito ad un concetto debole di diritto, l'art. 51 CP verrebbe evidentemente privato di ogni valenza normativa autonoma: più che stabilire un principio giuridico e formalizzare un limite all'applicazione del diritto penale, esso non farebbe altro che enunciare l'ovvietà secondo cui ciò

(8) Non a caso quella in discorso è definita una forma "debole" di permesso: trattandosi, icasticamente, di un permesso *non protetto* dall'esistenza di un'apposita norma permissiva, e che invece dipende esclusivamente dal fatto che non esista una norma proibitiva avente ad oggetto la condotta considerata. Applicabile una norma proibitiva, viene automaticamente meno anche il permesso.

che non è vietato è permesso.

1.2. Le cose stanno diversamente, invece, se intendiamo il concetto di diritto-permesso di agire nel senso forte. Qui, dire che l'esercizio del diritto esclude la punibilità non significa che il permesso di agire discenda dalla mera assenza di un divieto, ma, tutt'al contrario, che la condotta oggetto del diritto sarebbe permessa, lecita, anche se esistesse una norma che vietasse di realizzarla. L'istituto del permesso in senso forte, e quindi l'esistenza di una norma permissiva, infatti, si apprezzano soprattutto nel conflitto, attuale o potenziale, tra questa norma e una norma proibitiva⁽⁹⁾, ossia in quanto la prima valga a sottrarre la condotta permessa alla concreta applicabilità della seconda. In questo caso, dunque, la situazione è tale che, se non ci fosse la norma giuridica che appositamente permette la realizzazione della condotta (la norma permissiva), questa sarebbe vietata: e ciò in quanto essa è anche sussumibile nella fattispecie di una norma proibitiva valida ed in linea di principio applicabile.

Accolta questa accezione di "diritto", l'art. 51 CP verrebbe riferito, *non* già ad una situazione di *assenza* di norme giuridiche applicabili e di conseguente operatività del principio liberale per cui ciò che non è vietato è da ritenersi permesso, *ma*, al contrario, ad una situazione di *abbondanza* di norme giuridiche applicabili: ossia ad una situazione nella quale, essendo applicabili ad uno stesso fatto tanto una norma proibitiva quanto una norma permissiva, una delle due è di troppo – e non potendosi applicare entrambe,

(9) MAZZARESE (2001), 124 («la nozione di permesso forte [...] si rivela [...] uno strumento in relazione al quale denunciare possibili antinomie dell'ordinamento»).

bisognerà scegliere quale delle due applicare. La cifra problematica sottesa all'art. 51 CP finirebbe in sostanza per identificarsi con la tematica del conflitto di norme, venendo riferito ad una situazione nella quale una norma (extrapenale) permissiva non possa venire usata in un certo modo (non si possa fare ciò che essa permette di fare ⁽¹⁰⁾, ciò che è in essa espressamente descritto come lecito), senza con ciò stesso violare una norma (penale) proibitiva: lo stesso comportamento "Tizio fa *x*" è descritto una volta come lecito, nella fattispecie di una norma (extrapenale) permissiva, e una volta come illecito, nella fattispecie di una norma (penale) proibitiva.

1.3. Ora, che l'art. 51 CP, nello stabilire che "l'esercizio di un diritto esclude la punibilità", si riferisca a questa seconda classe di ipotesi ⁽¹¹⁾ discende, in maniera piuttosto univoca, già dalla lettera della disposizione: che l'esercizio di un diritto *escluda* la punibilità implica infatti che, se la punibilità non fosse "esclusa" dall'esercizio del diritto, essa potrebbe risultare fondata ⁽¹²⁾. La non punibilità in questo caso dipende dunque, non già dall'assenza di una norma

(10) Per quest'idea, che "usare (avvalersi di) un permesso" significhi fare ciò che la norma permissiva appositamente permette di fare, v. ad es. VON WRIGHT (1989), 200.

(11) Cfr. ad es. MARINI (1993), 371.

(12) Continuo, qui, ad utilizzare il concetto di "punibilità" poiché lo si ritrova nell'art. 51 CP: in realtà, l'esercizio del diritto esclude propriamente l'illiceità (penale) del fatto: v. *infra*, Parte Seconda, Cap. I, Sez. I e Sez. III. Tecnicamente, illiceità (penale) e punibilità sono due cose distinte; tuttavia, la prima è un presupposto della seconda: eppertanto, esclusa l'una, è esclusa anche l'altra. In questo senso, l'idea che l'esercizio del diritto escluda la "punibilità" può essere mantenuta, almeno in questa fase introduttiva, senza particolare impegno dal punto di vista della sistematica del reato e del significato dei concetti.

penale proibitiva applicabile, ma piuttosto dal fatto che, anche se esistesse una norma siffatta, ne esiste comunque un'altra, a carattere permissivo, la cui applicabilità nel caso di specie impedisce che la prima produca la sua naturale conseguenza giuridica (ossia, appunto, la punibilità della condotta).

Quando una condotta è permessa in senso debole, invece, la punibilità non è propriamente "esclusa" dal fatto che la realizzazione della condotta costituisca esercizio del diritto, ma semmai è proprio la non punibilità (*scil.*: la non illiceità) a costituire la ragione per cui la realizzazione della condotta è l'oggetto di un diritto (in senso debole) di agire.

1.4. È dunque vero che «[l]a esimente» di cui all'art. 51 CP «è predisposta non tanto per dichiarare impuniti i fatti assolutamente conformi al diritto obiettivo» - ossia: i fatti permessi in senso debole - «(cosa superflua, giacché soltanto i fatti illegittimi possono costituire reato ...) quanto per assicurare l'irresponsabilità rispetto a quei fatti che, astrattamente illegittimi perché incriminati, concretamente sono giustificati dall'esercizio di un diritto»⁽¹³⁾.

Ed invero la struttura di un'antinomia giuridica è alla base di tutte le ipotesi nelle quali l'art. 51 CP viene, a torto o a ragione, chiamato in causa⁽¹⁴⁾. Alcuni esempi: i rapporti fra libertà di manifestazione del pensiero e norme incriminatrici dell'ingiuria o della diffamazione, o di reati d'opinione (come le varie forme di vilipendio, l'apologia di

(13) MANZINI (1982), 331.

(14) Dottrina sostanzialmente pacifica. In giurisprudenza, per un'esplicitazione del punto, v. ad es. Cass., I, 07.06.1985, Silani, *C.E.D. Cass.* 170766; nonché, più di recente, Cass., 20.02.1997, Monaci, in RP 1997, 584 [citata in CERASE (2000), 526].

delitto, ecc.), o di violazioni della privacy; i rapporti fra diritto di sciopero, libertà di serrata, e norme incriminatrici dello sciopero o della serrata, o di forme di astensione collettiva dal lavoro o di sospensione del lavoro dei propri dipendenti da parte dell'imprenditore; i rapporti fra diritto (e dovere) dei genitori di educare la prole e norme incriminatrici di certe condotte (percosse, ingiurie) che potrebbero essere, e talora sono, realizzate per scopi educativi; i rapporti fra diritto di difendersi in giudizio nella maniera più efficace possibile e norme incriminatrici di condotte come, ad es., la rivelazione di segreti; i rapporti tra il delitto di peculato e il diritto del pubblico ufficiale di opporre in compensazione un proprio credito nei confronti della P.A.; l'esistenza di una norma penale interna che vieti un comportamento che invece sia assunto da un regolamento comunitario quale oggetto di un diritto di agire; e così via.

Il sistema normativo, in tutti questi casi, presenta una situazione nella quale uno stesso comportamento è (o almeno sembra) sussumibile tanto nella fattispecie di una norma permissiva, quanto in quella di una norma incriminatrice: il pubblico ufficiale Tizio che rifiuti di restituire una cosa posseduta per ragione dell'ufficio, opponendo in compensazione un credito certo liquido ed esigibile nei confronti della P.A., realizza una condotta che potrebbe sussumersi tanto nella fattispecie dell'art. 314 CP quanto in quella dell'art. 1241 CC. L'asserto che descrive il fatto che Tizio rispetti il divieto di cui all'art. 314 CP (Tizio *non* "si approprii della cosa mobile posseduta per ragioni d'ufficio") è la negazione dell'asserto che descrive invece il fatto che Tizio, nel caso di specie, si avvalga del permesso conferitogli dalle norme sulla compensazione (Tizio "si approprii della cosa mobile posseduta per ragioni d'ufficio", opponendo in compensazione un proprio credito nei confronti

della P.A.); è sempre la stessa condotta concreta che in un caso è proibita e che nell'altro è permessa. Le due norme, in quanto si ponga il problema di una loro contestuale applicazione al caso di Tizio, sono in evidente conflitto. E così anche negli altri casi.

2. *Norme penali incriminatrici e norme extrapenali permissive.*

Dal fatto che il “diritto” rilevante ai sensi dell'art. 51 CP sia un diritto-permesso in senso forte, deriva l'ulteriore conseguenza che l'art. 51 CP si riferisce ad un conflitto tra una norma incriminatrice e una norma *extrapenale* permissiva: che, cioè, i diritti esercitabili ai sensi dell'art. 51 CP sono necessariamente diritti di fonte extrapenale.

Questo è, oggi, un dato sostanzialmente pacifico⁽¹⁵⁾. Nella dottrina meno recente, invece, era presente l'idea che il diritto, al cui esercizio si riferisce l'art. 51 CP, potesse trovare la propria fonte in una norma penale⁽¹⁶⁾: tale sarebbe stato, ad es., il caso delle norme giustificanti⁽¹⁷⁾, o di norme come quella di cui all'art. 571 CP, che, incriminando l'*abuso* dei mezzi di correzione, avrebbe – secondo questa interpretazione – conferito per implicito un diritto (di fonte penale) ad un *uso* di quegli stessi mezzi⁽¹⁸⁾.

Questa tesi è fondata su un equivoco. Il diritto penale

(15) V., ad es., CARACCIOLI (1965), 41, 93 ss.; MANTOVANI (1966 a), 657 ss.; LEONE (1970), *passim*; REGINA (1988), 3; BOScareLLI (1991), 57; Marcello GALLO (2000), 195 ss.

(16) V., in generale, FROSALI (1958), 234.

(17) Ancora FROSALI (1958), 236 ss.

(18) FROSALI (1958), 240 ss.; ANTOLISEI (2003), 286 s.

non conferisce diritti di agire nel senso “forte” qui rilevante. Non è suo compito ⁽¹⁹⁾.

Gli spazi di liceità (penale) che residuano al di fuori dell’ambito applicativo di una norma incriminatrice determinano permessi in senso debole, condotte permesse soltanto perché non vietate, non diritti (in senso forte) di agire. La fonte del diritto in senso forte all’uso “non abusivo” di mezzi di correzione – ammesso che ne esista uno – non è certo l’art. 571 CP, ma, tutt’al più, le norme di altri settori dell’ordinamento giuridico che, disciplinando i rapporti di famiglia, implicitamente conferiscano la facoltà di usare quei mezzi ⁽²⁰⁾. Se invece norme siffatte non esistessero, l’uso di mezzi correttivi non costituirebbe affatto l’oggetto di un diritto in senso forte, ma soltanto di un diritto in senso debole: sarebbe (almeno penalmente) lecito farvi ricorso nei limiti in cui non si sconfini in un abuso punibile *ex art.* 571 CP, e quindi nei limiti in cui non fosse (penalmente) vietato farlo.

Un discorso in parte analogo vale anche per le norme giustificanti, che pure si possono definire norme penali permissive (v. *infra*, Parte Seconda, Cap. II): essere giustificati a fare qualcosa è ben diverso che avere il diritto di farla; le norme giustificanti di diritto penale non conferiscono veri e propri diritti di agire: diritti e giustificazioni, pur appartenendo al medesimo *genus* (quello delle scriminanti), hanno struttura e contenuti notevolmente diversi. (Sul punto tornerò ancora diffusamente *infra*, Parte Seconda, Cap. II, dove la questione dei rapporti tra diritti e giustificazioni sarà fatta oggetto di apposita considerazione).

(19) V. soprattutto MANTOVANI (1966 a), 650 ss.

(20) Cfr. ad es. MANTOVANI (1966 a), 653; LEONE (1970), 137.

ne.)

D'altra parte, se riferito a "permessi di fonte penale", l'art. 51 CP sarebbe del tutto inutile. Rispetto alle cause di giustificazione esso si limiterebbe, infatti, a ripetere quanto già ricavabile dalla diretta applicazione delle norme giustificanti (e cioè la "non punibilità" di chi abbia agito per legittima difesa, stato di necessità, ecc.); rispetto alle condotte lecite in quanto non sussumibili nella fattispecie di una norma incriminatrice, l'art. 51 CP si risolverebbe invece nella banale tautologia secondo cui ciò che non è vietato è permesso: l'"uso non abusivo" di mezzi correttivi sarebbe oggetto di un diritto (in senso debole) appunto perché, non essendo abusivo, non sarebbe vietato dall'art. 571 CP.

2.1. L'art. 51 CP (e il PED in esso contenuto) va, dunque, senz'altro riferito al conflitto fra norme incriminatrici e norme permissive *extrapenali*: norme, queste ultime, che trovino la propria fonte in un settore giuridico diverso da quello penale; che siano dotate di scopi autonomi: che, cioè, non nascano, non siano pensate, in funzione dell'effetto scriminante (che, poi, "incidentalmente", producono), ma per il conseguimento di obiettivi propri del settore giuridico di rispettiva provenienza ⁽²¹⁾; e che abbiano, per contenuto, il conferimento al proprio destinatario di un diritto (in senso forte) di agire.

(21) Sul punto, v. ancora *infra*, Parte Seconda, § 27.

3. *Prime indicazioni su struttura e contenuto del “diritto esercitabile”. Esercizio del diritto ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni.*

Ma cos'è questo “diritto in senso forte” il cui esercizio, ai sensi dell'art. 51 CP, “esclude la punibilità”?

3.1 Con locuzioni quali “un diritto”, “avere diritto a qualcosa”, e simili, si possono intendere (almeno) quattro cose diverse ⁽²²⁾: *i*) avere la *pretesa* che qualcun altro faccia qualcosa, che consiste, quindi, in un diritto ad un comportamento altrui ⁽²³⁾, e che ha, quale proprio correlativo, l'altrui dovere di fare quella cosa ⁽²⁴⁾; *ii*) avere il *permesso*,

(22) Questa ricostruzione delle quattro possibili accezioni del termine “diritto” ricalca senza sostanziali scostamenti i tratti salienti dell'analisi hohfeldiana dei concetti giuridici fondamentali (*fundamental legal conceptions*) [mi riferisco, in particolare, all'articolo dal titolo “*Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*”, pubblicato sul *Yale Law Journal* nel 1913 e quindi ripubblicato in HOHFELD (1919), 23-64]. Seguo, per questa via, il monito di Carl Wellman: «Any adequate theory of legal rights must begin with Wesley Hohfeld's fundamental legal conceptions» [WELLMAN (1997), 63]. Si tratta, del resto, dello studio analitico del concetto di diritto più importante ed influente di tutto il XX secolo. A far data dagli anni '50 o '60 del secolo scorso, praticamente non c'è (soprattutto nella letteratura anglo-americana) lavoro o contributo in materia che non assuma l'analisi hohfeldiana quale punto di partenza concettuale ora da sviluppare ora da precisare ora da criticare. Ciò è talmente vero, che qualunque citazione a sostegno di quest'affermazione risulterebbe riduttiva.

Per una limpida esposizione della teoria hohfeldiana dei diritti, v. comunque CELANO (2002), 7-19.

(23) V. ad es. WILLIAMS (1956), 1145; FINNIS (1971), 380; KRAMER (1998), 13 s., 109. Volendo, v. anche SPENA (2005), 139 s. L'acquirente che abbia pagato il prezzo della cosa, ad es., ha il diritto/pretesa che il venditore gli consegni la cosa compravenduta (art. 1476, n. 1, CC); il soggetto che abbia subito un danno ingiusto ha il diritto/pretesa che chi gliel'ha causato con dolo o colpa glielo risarcisca (art. 2043 CC); ecc.

(24) «[U]n diritto a un comportamento di qualcun altro, e cioè a quel comportamento al quale l'altro è giuridicamente obbligato»: KELSEN (1994),

essere giuridicamente liberi, di fare qualcosa, che consiste invece in un diritto ad un proprio comportamento (un diritto a comportarsi in un certo modo) ⁽²⁵⁾, e che in sostanza equivale a non avere il dovere di non tenere il comportamento in questione ⁽²⁶⁾; *iii*) avere il *potere giuridico* (cosiddetto “diritto potestativo”) di modificare una certa situazione o relazione giuridica riguardante sé o altri, cui è correlativa l’altrui *soggezione* al proprio potere ⁽²⁷⁾; *iv*) essere *immuni* da un qualche potere giuridico altrui, che in sostanza consiste nel fatto che un soggetto diverso dal titolare dell’immunità ⁽²⁸⁾ non abbia il potere giuridico (e in questo senso sia giuridicamente *incapace*) di modificare la

75.

(25) KRAMER (1998), 13, 109.

(26) E poiché, già sappiamo, il concetto di pretesa è correlativo all’esistenza di un obbligo altrui, «che io abbia una libertà», un permesso di agire, «significa [...] che gli altri non hanno pretese nei miei confronti, cioè che non mi possono esser posti ostacoli giuridici al godimento della libertà»: ROSS (1978), 198.

Si badi: questo non significa che gli altri abbiano un qualche obbligo particolare nei miei confronti (ad es.: l’obbligo di non interferire con l’esercizio della mia libertà, o quello di assistermi); significa semplicemente che nei loro confronti (o comunque della persona nei cui confronti sono libero), rispetto ad una certa materia, o vicenda, io non ho alcun obbligo di comportarmi (o non comportarmi) in un certo modo. Cfr. WILLIAMS (1956), 1142 ss.; KRAMER (1998), 14 s.

(27) Ad es., KRAMER (1998), 20 («a power consists in one’s ability to effect changes in legal [...] relations, while a liability consists in one’s being unshielded from the bringing about of changes by the exertion of a power»), 101 ss. Le persone hanno, ad es., il potere giuridico di stipulare contratti, con i quali “costituire, modificare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321 CC); il chiamato all’eredità ha il potere di accettare l’eredità (art. 459 e Capo V, Titolo I, Libro Secondo, CC); il proprietario di una cosa ha il potere di rivendicarla da chi la detenere o la possiede (art. 948 CC); il destinatario di una donazione ha il potere giuridico di accettare la donazione; ecc.

(28) Ma talora, probabilmente, anche lo stesso titolare dell’immunità: è il caso dei cosiddetti diritti inalienabili.

posizione giuridica in questione ⁽²⁹⁾.

Di queste quattro possibili accezioni, soltanto le prime due incidono direttamente sulla qualificazione di liceità o di illiceità di condotte: avere il permesso di fare qualcosa significa che farla ci è lecito; d'altra parte, avere la pretesa che altri faccia (o non faccia) qualcosa, significa che, per questi, è illecito non fare (o fare) quella medesima cosa. Solo il permesso e la pretesa – avendo a che fare con un (essendo variazioni del) dovere di agire – costituiscono dunque il (possibile) oggetto di norme di condotta ⁽³⁰⁾. Potere giuridico e immunità sono invece i (possibili) contenuti di norme di competenza ⁽³¹⁾, e non di norme di condotta: non indicano ciò che è lecito o illecito fare, ma piuttosto ciò che è giuridicamente possibile o corretto: l'esercizio di un potere giuridico non si concretizza in atti leciti o illeciti, ma in atti validi o nulli, giuridicamente esistenti o inesistenti ⁽³²⁾; potere e immunità operano pertanto su di un piano, per

(29) «If P has an immunity with regard to X, then Q (or maybe everyone) lacks the power to alter his legal position in regard to X» [WALDRON (1984), 7]. Tizio è dunque immune nei confronti di Caio rispetto a qualcosa se, e solo se, Caio non ha il potere giuridico di modificare la posizione giuridica di Tizio rispetto a quella cosa. Più in generale, «[c]hiunque ha immunità nei confronti di qualunque altra persona, purché l'altro non sia provvisto di potere nei confronti del primo» [ROSS (1978), 203; ID. (1990), 158]. Ciascuno di noi è, ad es., immune dal potere giuridico di essere compravenduto da chiunque altro: e infatti, dacché nel nostro ordinamento non esiste l'istituto della schiavitù, nessuno ha il diritto/potere giuridico di vendere o di acquistare un'altra persona.

(30) Ossia, appunto, di «rules which regulate the behaviour of private individuals [...] either by imposing duties or by (implicitly or explicitly) conferring liberties» [SUMNER (1987), 59].

(31) ROSS (1978), 187.

(32) «Mentre oltrepassare la norma di competenza [...] porta all'invalidità, la violazione di norme di condotta non tocca la validità dell'atto giuridico ma implica una responsabilità, come altre violazioni di un obbligo» [ROSS (1978), 200].

così dire, meta-normativo: costituiscono parte di relazioni giuridiche di secondo grado, avendo propriamente ad oggetto la modificazione (o l'immunità rispetto alla modificazione) di relazioni giuridiche di primo grado (o, per lo meno: *anche* di relazioni giuridiche di primo grado), ossia di relazioni giuridiche a loro volta vertenti su una pretesa o su un permesso⁽³³⁾. Sono, per così dire, meta-diritti, più che diritti veri e propri⁽³⁴⁾.

Le posizioni giuridiche variamente riconducibili al concetto di "diritto", inoltre, sottendono tutte altrettante "relazioni" tra due soggetti o entità, rispetto ad una certa materia od oggetto: si ha un diritto, in merito ad un certo oggetto, nei confronti di qualcuno⁽³⁵⁾. Così, ad es., non ci è

(33) V. SUMNER (1987), 28-9 («The rules which define these operations have the function not of regulating or directing conduct but of enabling or facilitating it. They therefore determine not what we may do but what we can do, not what is permissible but what is possible»); KRAMER (1998), 20 s. («immunities are the second-order counterparts of rights» ("rights", qui, nel senso di "pretese") «while powers are the second-order counterparts of liberties»); EDMUNDSON (2005), 90.

Il punto merita di essere precisato. Avere un potere giuridico non significa che ci è lecito fare qualcosa: significa, più semplicemente, essere in grado di produrre un certo effetto giuridico, trovarsi, per il diritto, in una situazione tale da essere in grado, facendo qualcosa, di produrre una modificazione in una relazione giuridica con altri soggetti: e quindi, di modificare la propria posizione giuridica e quella, correlativa, di altri soggetti. Che una modificazione siffatta non abbia nulla a che vedere con la liceità di una condotta, è dimostrato dal fatto che l'esercizio di un potere giuridico è connesso anche al compimento di un atto illecito, che ha, ad es., tra i suoi effetti, il sorgere di un rapporto giuridico obbligatorio (art. 1173 CC), prima inesistente, tra l'autore dell'illecito (o chi per lui) ed il titolare dell'interesse leso, avente per contenuto tanto la pretesa di quest'ultimo a che l'altro gli risarcisca il danno ingiusto cagionatogli, quanto il correlativo obbligo, in capo all'altro, di risarcire il danno ingiusto cagionato (art. 2043 CC). Il sorgere di questo rapporto giuridico obbligatorio non è altro che l'effetto dell'esercizio di un potere giuridico che, in tal caso, sarà consistito nel fatto stesso di compiere l'illecito.

(34) KAMM (2004), 479.

(35) Anche i cosiddetti "diritti assoluti", in realtà, non sono rapporti

mai *tout-court* permesso fare qualcosa: vantiamo permessi sempre “nei confronti di qualcuno”. Quando diciamo che fare qualcosa ci è “permesso (e basta)”, ciò che in realtà dobbiamo intendere è che siamo “parte attiva” in altrettante relazioni giuridiche dello stesso tipo (fondate su un nostro permesso di agire) con tutti i soggetti esistenti. Fare qualcosa è sempre permesso *a qualcuno, nei confronti di qualcuno*. (E lo stesso ragionamento vale, *mutatis mutandis*, anche per le pretese, i poteri giuridici, le immunità.)

3.1.1. Ciò detto, i diritti esercitabili di cui all’art. 51 CP risultano, essenzialmente, da una combinazione di tutte e quattro queste possibili accezioni. Si tratta, in sostanza, di cosiddetti *cluster-rights* ⁽³⁶⁾, ossia: figure complesse, crogioli nei quali interagiscono elementi diversi; icasticamente: solidi giuridici a più facce, ognuna delle quali incarna una delle quattro possibili accezioni della locuzione

tra un soggetto (titolare del diritto) e una cosa [come usa affermare la dottrina civilistica: v. ad es. GAZZONI (1992), 52]; ma rapporti tra due soggetti vertenti su una cosa: quelli che si chiamano diritti assoluti, in realtà, sono situazioni nelle quali, in merito ad una certa cosa, un soggetto vanta nei confronti di tutti i soggetti possibili altrettante relazioni giuridiche dello stesso tipo.

(36) THOMSON (1990), 55: i “*cluster-rights*” sono «rights that contain other rights», ossia: diritti che consistono nella convergenza di una pluralità di altre posizioni già singolarmente qualificabili come diritti (permessi, pretese, poteri, immunità).

Per EDMUNDSON (2005), 93, «[i]mportant legal rights [...] consist of a “bundle” of Hohfeldian elements». Analogamente FINNIS (1996), 218 («Quasi tutti i “diritti positivi” (*legal rights*) [...] sono di fatto combinazioni, spesso molto complesse, di diritti hohfeldiani»); WALDRON (1984), 10 (con riferimento ai “traditional human rights”). Una tesi più forte è quella sostenuta da WELLMAN (1997), per il quale *tutti* i diritti (e comunque tutti i diritti giuridici) sarebbero “*cluster-rights*”. Analogamente ROSS (1978), 204 («Il concetto di diritto è un concetto sistematico in cui sono riunite diverse regole giuridiche. Esso copre un complesso di effetti giuridici, ciascuno dei quali può essere espresso nelle modalità abituali»); ID. (1990), 159.

“avere un diritto”.

Nella struttura di un diritto (e, più in genere, di una posizione giuridica soggettiva) si possono, infatti, distinguere due aspetti, o “livelli”, fondamentali: la *portata* e il *peso* ⁽³⁷⁾, che, per l'appunto, emergono dalla combinazione di una pluralità diversificata di posizioni giuridiche semplici, o elementari, di cui *supra* (§ 3.1).

Il termine “portata”, in particolare, è una metafora con la quale ci si riferisce all'*ambito applicativo* di una posizione giuridica, o della norma corrispondente: alla dimensione, all'estensione del diritto o del dovere, e quindi alla *ampiezza*, alla struttura, *della fattispecie* della norma corrispondente: quali (e quanti) sono i casi cui essa si riferisce? Quando ci si interroga sulla portata di un diritto, ci si chiede quale sia la *capacità* della garanzia approntata dalla norma che lo riconosce o lo attribuisce: quali (e quante) classi di casi vi si possono ricondurre. Icasticamente: quale sia la *superficie* della fattispecie della norma.

Quando ci si interroga sul “peso” di un diritto, invece, se ne presuppone già, in qualche misura, determinata la portata, e ci si chiede piuttosto a quali condizioni, e in quali casi, quel diritto sia *protetto* a preferenza di altri diritti o, in generale, posizioni giuridiche, con i quali esso entri eventualmente in conflitto: quando il diritto *prevalga* rispetto ad altre posizioni giuridiche con esso confliggenti. Il problema del peso di un diritto è sempre, in qualche misura, successivo e “accessorio” rispetto a quello della sua

(37) V. in generale FEINBERG (1996), 142, che distingue tra “*scope*” (tradotto come “ambito”) e “*incumbency*” (tradotto come “obbligatorietà”) dei diritti. V. anche (con specifico riferimento alla libertà di espressione) SCHAUER (1981), 270, 275-6, ed autori ivi citati; nonché, volendo, nel dibattito italiano, SPENA (2007 d), 701 ss.

portata; esso, inoltre, è sempre, concettualmente, *un problema di relazione*: nessun diritto ha un peso assoluto; il peso di un diritto (come di qualsiasi posizione giuridica) emerge sempre dal confronto con altri diritti, doveri, interessi, e risulta, per così dire, dalla somma, dalla quantità, dei casi nei quali il diritto prevale su altre posizioni giuridiche. Il peso di un diritto è, dunque, sempre un *peso relativo*, che consiste nell'*importanza* del diritto rispetto ad altre posizioni giuridiche soggettive, con le quali quello venga eventualmente in conflitto: nella individuazione delle circostanze che determinano la prevalenza o la soccombenza del primo rispetto ai secondi. In questo senso, si può definire il “peso” di un diritto come la sua “*importanza relativa*” (ossia: rispetto ad altre posizioni giuridiche), il suo *ambito di prevalenza* (ossia: l'insieme dei casi in cui esso è fatto prevalere, è ritenuto prevalente, su altre posizioni giuridiche), il suo *ambito di protezione* (ossia: l'insieme dei casi nei quali esso è protetto a preferenza di altre posizioni giuridiche con cui entri in conflitto).

3.1.2. Poiché l'art. 51 CP ha a che vedere con la liceità (penale) di condotte, il nucleo centrale e significativo (il *defining core*) dei diritti per esso rilevanti deve logicamente consistere in un permesso, e in particolare in un permesso *bilaterale* di agire⁽³⁸⁾ (ossia: nella libertà di fare e di non fare una stessa cosa)⁽³⁹⁾. In quest'ottica, si ha un diritto – un diritto di *agire* in un certo modo – in quanto esista una

(38) Su questo concetto, HART (1982), 166.

(39) Avere il permesso *unilaterale* di fare una cosa significa invece avere il permesso di farla senza avere il permesso di non farla: si tratta quindi del permesso implicato nel dovere di fare qualcosa; e come tale esso sarà riconducibile all'apposita figura, distintamente disciplinata dallo stesso art. 51 CP.

norma il cui contenuto consista nell'attribuire al soggetto la libertà, la facoltà, di *fare* (ma anche, implicitamente, di *non fare*) qualcosa ⁽⁴⁰⁾.

Il permesso bilaterale di agire definisce, allora, la *portata* del diritto esercitabile rilevante ai sensi dell'art. 51 CP: esso “dà il nome” al diritto; la realizzazione di qualcuna delle condotte rientranti nel permesso è *proprio* ciò cui ha diritto il relativo titolare ⁽⁴¹⁾.

Appunto in quanto è la libertà di agire a identificare ciascun diritto-libertà, e quindi a distinguerlo da ciascun altro, il contenuto del permesso di agire varia inoltre da diritto a diritto: il “diritto” di ritenere qualcosa in compensazione, il “diritto” di esprimere la propria opinione, il “diritto” di educare i propri figli, il “diritto” di scioperare, e così via.

3.1.2.1. Fuori dal novero dei “diritti esercitabili” rilevanti ai sensi dell'art. 51 CP rimangono invece i diritti il cui nucleo significativo consista, anziché in un permesso di

(40) Analogamente MARINI (1993), 372 (l'art. 51 CP fa riferimento ad «una situazione soggettiva deducibile in sé una condotta», e che come tale sia «tutelata direttamente dall'ordinamento»).

(41) Si può dire, a proposito dei diritti-libertà, e del loro nucleo essenziale, ciò che Carl WELLMAN dice in generale, a proposito dei diritti giuridici: «A legal right is no mere random aggregate of legal claims, liberties, powers, immunities and duties [...]; it is a unified and structured system of Hohfeld elements. At the centre of every legal right stands a defining core. Thus, the core of my right to free speech is my legal liberty of speaking out in controversial issues [...]. This core is of crucial importance in at least three ways. First, it unifies the right by providing a single Hohfeld element or logically connected set of elements to which every other constituent in the right is tied. [...] Second, the core defines the essential content of the right. [...] Third, the core determines the modality of the right as a whole. The right to free speech is a liberty-right, in spite of containing other sorts of Hohfeld elements, because at its core is a legal liberty» [(1997), 69 s.].

agire, in una pretesa che altri faccia qualcosa: ossia, quei diritti che, nella sostanza, si risolvono nel fatto che un'altra persona abbia un dovere giuridico di fare qualcosa nei nostri confronti (*supra*, § 3.1, lett. *i*). Ad es.: il diritto del locatore che il conduttore paghi il canone alle scadenze fissate, o che lasci l'immobile locato alla scadenza del contratto; il diritto del venditore che il compratore paghi la somma pattuita; il diritto del lavoratore dipendente che il datore di lavori gli versi la retribuzione dovuta; ecc. Questi diritti, infatti, almeno in linea di principio, ruotano interamente intorno alla condotta del soggetto gravato dal dovere correlativo, e non implicano affatto che il titolare della pretesa (il locatore, il venditore, il lavoratore) abbia anche il permesso di agire in modo da ottenere, *con le proprie mani*, la diretta soddisfazione di quella stessa pretesa. «The right to receive does not entail a right to take»⁽⁴²⁾: che il creditore C abbia diritto (*scil.*: la pretesa) di ricevere mille euro dal debitore D, non implica che C possa legittimamente (che, cioè, abbia anche il permesso di) rubare mille euro dal portafogli o dall'abitazione di D. O ancora: il diritto (nel senso di: pretesa) che altri faccia qualcosa non implica necessariamente che sia permesso usare la violenza per forzarlo ad adempiere il suo dovere.

Questa precisazione vale a rendere conto dei rapporti che intercorrono tra l'art. 51 CP e le incriminazioni di cui agli artt. 392 e 393 CP⁽⁴³⁾. Qualificate talora come "limiti" all'esimente dell'esercizio del diritto⁽⁴⁴⁾, queste in realtà non vi hanno niente a che vedere, poiché del tutto diverse

(42) FLETCHER (1979), 1365.

(43) Sui delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, v. per tutti ARDIZZONE (1975); PAGLIARO (2000), 249 ss.

(44) FLORIAN (1934), 527; ROMANO (2004), 544.

sono le situazioni giuridiche prese in considerazione nell'uno e nell'altro caso ⁽⁴⁵⁾.

Il funzionamento dell'art. 51 CP richiede necessariamente che l'agente abbia il *diritto di fare* qualcosa: la vicenda cui si riferisce l'art. 51 CP ruota intorno all'esercizio di un *diritto di agire*; la situazione giuridica che ne costituisce il presupposto è quella in cui un soggetto ha il *permesso*, la *libertà giuridica*, di fare qualcosa. Non così, invece, nel caso dei delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. La vicenda che fa da sfondo a queste figure delittuose non contempla in alcun modo l'esistenza di un diritto di agire, di cui magari il soggetto attivo, realizzando la condotta illecita, travalichi i limiti: i reati di cui agli artt. 392 e 393 CP, contrariamente a quanto talora si sostiene ⁽⁴⁶⁾, non sono "reati di abuso"; le condotte che vi sono incriminate non consistono in forme di abuso (o di eccesso dai limiti) di un diritto di agire che il soggetto accampi di avere. Se così fosse, le ipotesi in questione si porrebbero, idealmente, lungo una medesima linea di progressione rispetto all'art. 51 CP; esse, cioè, incriminerebbero condotte che fuoriescano dall'ambito applicativo della scriminante dell'esercizio di un diritto proprio per il fatto di debordare dai limiti di un diritto di agire: l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni costituirebbe, allora, un limite all'efficacia scriminante dell'esercizio di un diritto.

Ma – come detto – così non è. I delitti di ragion fattasi, rispetto all'art. 51 CP, si pongono su di un piano radicalmente diverso. Il "preteso diritto" che qui, pur potendosi ricorrere al giudice, si fa valere con la violenza (su per-

(45) PULITANÒ (1990), 325. Ma v. già CARACCIOLI (1965), 123.

(46) Così, ad es., MANZINI (1982), 333; CAVALLO (1939), 274 ss.; LEONE (1970), 51; LANZI (1983), 36.

sone o cose), non è un diritto di agire. Ed invero, i diritti di agire non si fanno valere ricorrendo davanti a un giudice: semplicemente, li si esercita facendo ciò cui essi danno titolo. Sono le pretese ⁽⁴⁷⁾, invece, che vanno fatte valere davanti al giudice ⁽⁴⁸⁾: i diritti a un comportamento altrui ⁽⁴⁹⁾, quando il titolare del correlativo dovere non vi adempia.

Questa è, appunto, la vicenda che fa da sfondo ai delitti di ragion fattasi ⁽⁵⁰⁾: A accampa nei confronti di B una

(47) Comprese, ovviamente, anche quelle pretese che traggano fondamento dall'esistenza di un diritto di agire: ad es., la pretesa a non essere illecitamente impediti nel fare ciò che si ha il diritto di fare.

(48) Le pretese giuridiche, infatti, non camminano mai da sole, ma sempre accompagnate da altrettanti poteri giuridici, che ne determinano il corretto modo d'esercizio: e questi poteri giuridici consistono, essenzialmente, in altrettante variazioni del potere di adire il (di "ricorrere al") giudice competente perché faccia in modo che sia adempiuto il dovere correlativo alla pretesa fatta valere.

Quest'idea – che alla pretesa si accompagni sempre il potere di farla valere – è un aspetto della cosiddetta "Choice Theory" sui diritti correlativi ad obblighi (ossia: sulle pretese) di H.L.A. Hart [HART (1982), 162 ss.], che riferito alla struttura e al funzionamento delle pretese giuridiche mi sembra certamente plausibile: difficile, invero, sarebbe parlare di dovere giuridico – e quindi di una correlativa pretesa – dove il titolare di questa (o chi per lui) non avesse anche il potere giuridico di adire un giudice per ottenere l'adempimento del dovere.

(49) Il che, del resto, è ovvio. Si passi la semplificazione: che senso avrebbe ricorrere ad un giudice se non per lamentarsi di ciò che qualcun altro ha fatto e doveva non fare (e quindi, se non per far valere una pretesa)?

(50) Per rendersene conto, basta guardare alla giurisprudenza: il riferimento alla "pretesa" come situazione giuridica di riferimento dei delitti di ragion fattasi compare, in maniera esplicita o implicita, in moltissime pronunce in argomento; si tratta sempre di situazioni nelle quali il soggetto attivo vanta una pretesa che fa valere da sé, con la violenza. V. ad es., Cass., 15.7.1957 [in RIDPP 1958, 1222, citata in ROMANO (2004), 544]: il locatore taglia i fili elettrici dell'appartamento locato per costringere il conduttore al rimborso delle spese per l'energia anticipate dal primo. Tra le massime più recenti, v. ad es.: Cass., VI, 24.01.1997, n. 483 (ragion fattasi come "tutela violenta di un diritto di credito"); Cass., II, 20.06.2003 ("legittimità della propria pre-

pretesa che (secondo quanto affermato da A) sarebbe rimasta inadempita; A sostiene che B abbia, nei suoi (di A) confronti, il dovere di fare una cosa che invece non abbia fatto. Su questo presupposto, la condotta illecita di ragion fattasi consiste in ciò, che, sebbene A possa ricorrere al giudice, onde vedere riconosciuta la fondatezza della propria pretesa e l'inadempimento di B, e di conseguenza vedere B giudizialmente costretto a soddisfarla, A sceglie invece di ottenere, con la violenza, la soddisfazione della pretesa che accampa di avere.

Gli artt. 392 e 393 CP hanno dunque ad oggetto condotte con cui si cerca di ottenere, con la violenza, l'adempimento di un dovere che si pretende che altri abbia nei propri confronti. Si tratta di un tipo di vicenda e di una situazione giuridica che non hanno nulla a che fare con quelle alle quali si riferisce l'art. 51 CP ⁽⁵¹⁾. I diritti-

tesa, ferma restando l'illiceità del titolo prescelto per realizzarla"); Cass., VI, 30.08.2004, n. 35654 (esercizio arbitrario delle proprie ragioni "anche [ne]l caso in cui la *pretesa dell'agente sia stata riconosciuta in sede di cognizione dal giudice, ma necessiti di essere eseguita coattivamente, secondo le norme dell'esecuzione forzata*, e quindi con il ricorso al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 612 del codice di procedura civile"); Cass., 30.03.2007 ("l'elemento soggettivo [del] reato [di esercizio arbitrario delle proprie ragioni] consiste nella ragionevole opinione dell'agente di esercitare un diritto con la coscienza che *l'oggetto della pretesa gli compete giuridicamente*"); Cass., II, 17.05.2007, n. 19124 ("Il reato di estorsione (articolo 629 del CP) si differenzia da quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con minaccia alla persona (articolo 393 del CP)" perché "nell'estorsione [...], diversamente dall'altro reato, [quanto] l'agente *pretende [...] non gli è dovuto*"; Cass., VI, 23.10.2007, n. 39068 (Il reato di cui all'articolo 392 CP presuppone la "*azionabilità della pretesa*, che prescinde cioè dalla fondatezza del diritto").

(51) Analoga mi sembra, nella sostanza, la soluzione indicata in PAGLIARO (2000), 255 («Si avrà esercizio di un diritto soltanto nei casi in cui l'ordinamento giuridico autorizzi il titolare ad affermare il diritto mediante una condotta violenta. Si avrà esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quando il contenuto del diritto preteso non consente l'uso della violenza per attuar-

pretesa, in quanto tali, infatti, non avendo ad oggetto alcuna condotta del relativo titolare, né contenendo, quindi, alcuno specifico permesso di agire, non assumono diretta rilevanza ai sensi dell'art. 51 CP.

3.1.2.2. Una precisazione.

Non sempre è facile stabilire se, ed entro che limiti, una norma extrapenale attributiva di un diritto sia una norma permissiva: vale a dire, una norma che attribuisca al relativo titolare il diritto-permesso di fare qualcosa. Questo è un aspetto del più generale problema riguardante l'esatta determinazione dei contenuti, e dei modi di esercizio, del diritto rilevante ai sensi dell'art. 51 CP. La realizzazione di una certa condotta rientra nel contenuto del diritto? Ad es., il diritto di inseguire il proprio sciame d'api nel fondo del vicino (art. 924 CC) – che implica il dovere del vicino di permettere all'inseguitore l'ingresso nel proprio fondo – comporta anche il diritto dell'inseguitore di usare un certo grado di violenza contro il vicino, qualora questi si opponga all'ingresso? Potrebbe, ad es., l'inseguitore sfondare il cancello che il vicino avesse intenzionalmente chiuso? O sarebbe questa una condotta rilevante ai sensi dell'art. 392 CP?

Si tratta di un problema che, evidentemente, non può venire risolto in via generale, ma che dipende, piuttosto, da un'interpretazione della singola norma extrapenale at-

lo»). Fa leva, invece, su un "criterio temporale", ARDIZZONE (1975), 105 ss. («A nostro avviso, la fondamentale differenza tra la situazione di cui all'art. 51 c.p. e la situazione prevista dagli artt. 392 e 393 c.p. consiste nel *momento temporale*. Nella prima ipotesi vi è già un vero e proprio esercizio del diritto, nella seconda ancora non si può parlare di esercizio del diritto»).

In generale, sulla problematica, v. NUVOLONE (1941), 290 s.; SANTORO (1960 a), 813; KOSTORIS (1965), 54.

tributiva del diritto, e da una ricostruzione, per via interpretativa, della portata del diritto in questione.

Quante volte, in base ad una interpretazione ragionevole, sostenibile, delle disposizioni rilevanti, si potrà addvenire alla conclusione che una certa condotta rientri nel contenuto di un certo diritto, la realizzazione di questa condotta potrà ricondursi all'art. 51 CP. Qualora invece la soluzione interpretativa debba essere di segno contrario, la realizzazione di una condotta, pur funzionale alla soddisfazione di una pretesa giuridicamente fondata, non costituirà oggetto di un permesso di agire: la vicenda complessiva non ruoterà, dunque, intorno all'esercizio di un diritto di agire, e come tale essa rimarrà estranea al riferimento dell'art. 51 CP.

3.1.3. Non bisogna credere, peraltro, che i contenuti del "diritto esercitabile" possano ridursi ad un permesso di agire soltanto. La libertà bilaterale costituisce il nucleo, il cuore significativo, del "diritto esercitabile" rilevante ai sensi dell'art. 51 CP, ma non esaurisce l'intera gamma delle posizioni giuridiche riconducibili a quel concetto.

Si è già avuto modo di dire (*supra*, § 1.3), infatti, che l'art. 51 CP non fa riferimento alla semplice assenza del divieto di fare qualcosa, ad un permesso "debole": il diritto-permesso in questione è un diritto-permesso "forte"; è, cioè, un diritto che emerge, non già dalla semplice assenza di un divieto, ma dall'esistenza, nel sistema giuridico, di una norma che appositamente permette la realizzazione della condotta.

Tra permesso debole e permesso forte, però, non esiste solo una differenza estrinseca, esclusivamente dovuta all'esistenza o meno di una norma permissiva: il permesso forte è, in effetti, un permesso *giuridicamente "più forte"*

del permesso debole. L'esistenza di una norma permissiva non si limita infatti ad affermare la liceità della condotta permessa. La sua funzione è quella di creare, in connessione con una serie di altre norme esistenti nel sistema, un guscio di protezione attorno a quel nucleo: consistente, questa protezione, nel far convergere, a sostegno del permesso, una serie di posizioni giuridiche secondarie, accessorie, ancillari, che valgono a dotarlo di una garanzia giuridica più efficace, così da renderlo, per l'appunto, "più forte".

Il permesso forte, insomma, *ha un peso* che il permesso debole non ha. L'esistenza di una norma permissiva, in forza di una serie di connessioni con altre norme del sistema, vale cioè a predisporre, a beneficio del permesso in essa contenuto, una sorta di *guscio protettivo*, costituito dall'instaurazione di una serie di relazioni giuridiche ulteriori rispetto al permesso, accessorie a questo, poiché unificate dalla medesima funzione di sgombrare la strada da possibili ostacoli alla realizzazione della condotta permessa⁽⁵²⁾. E ciascuna di queste relazioni giuridiche ulteriori ren-

(52) La natura accessoria di queste posizioni giuridiche, peraltro, significa soltanto che esse presuppongono funzionalmente il contenuto di un permesso: non significa invece che esse abbiano un ruolo trascurabile o meramente occasionale nella dinamica dell'"avere il diritto di fare qualcosa". Per quanto sul piano della logica dei concetti giuridici il permesso sia del tutto indipendente dagli altri concetti, se nella pratica al permesso di agire non si accompagnassero anche quelle altre posizioni giuridiche, parlare di un diritto di agire rischierebbe di apparire un mero esercizio di stile [SUMNER (1987), 35: «a mere [...] liberty by itself, without any supporting duties of assistance or non-interference imposed on others, does not constitute a right. [...] if the choice which is provided by a full liberty seems to be one ingredient in our ordinary concept of a right, another such ingredient seems to be the imposition of some constraints on others. [...] If rights are to constrain others, however, they must contain something more than mere liberties (whether half or full). The view that rights are full liberties nicely captures the idea of deontically unencumbered choice which is central to at least some rights. But it omits the

de il titolare del permesso titolare anche di una serie di altre posizioni giuridiche attive, ciascuna riconducibile ad una delle altre possibili accezioni del concetto di “diritto”, dinanzi illustrate.

Volendo schematizzare, si può dire che il “diritto di agire” rilevante ai sensi dell’art. 51 CP costituisca una posizione giuridica soggettiva complessa in cui convergono:

a. oltre al *permesso* extrapenale di tenere un certo tipo di condotta (che ne definisce la portata);

b. la *pretesa* che le altre persone si astengano dall’interferire (almeno entro certi termini) con la realizzazione, da parte del titolare, della condotta permessa: la *pretesa* che nessuno gli impedisca, almeno in certi modi, di tenere la condotta permessa;

c. il *potere* di permettere a terzi di interferire con la realizzazione della condotta permessa, unito al *potere* di attivare i meccanismi volti a far valere la responsabilità giuridica di quelle altre persone che, senza averne il diritto, abbiano egualmente interferito;

d. l’*immunità* da responsabilità civile per gli eventuali danni derivanti dalla condotta permessa (poiché tali danni

idea of insulation against the liberties of others which is just as central». Cfr. anche, più di recente, HAREL (2005), 194.]: il diritto d’agire si ridurrebbe a quella stessa libertà di tutti contro tutti (o “diritto di ogni uomo ad ogni cosa”), che Hobbes riconosce quale condizione propria di ciascun individuo nello stato di natura.

Nello stato di natura, «ogni uomo ha diritto ad ogni cosa, anche al corpo di un altro»; (diritto da intendersi esclusivamente come «libertà di fare o di astenersi dal fare», e da contrapporsi quindi alla “legge”, che consistendo invece nell’imposizione di obblighi di fare o di non fare pone vincoli alla libertà e quindi al diritto di ciascuno su ogni cosa) e «finché dura questo diritto naturale di ogni uomo ad ogni cosa, non ci può essere sicurezza per alcuno (per quanto saggio egli sia) di vivere per tutto il tempo che la natura ordinariamente concede a tutti gli uomini di vivere» [HOBBS (1991), 124-5. Cfr. anche ID. (1994), 86-7].

non potrebbero dirsi “ingiusti”);

*d*₂. una relativa *immunità*, una certa resistenza, rispetto all’esercizio di poteri giuridici che mirino a fare della condotta l’oggetto di un divieto: la circostanza che il permesso sia accolto in una norma permissiva rende, infatti, “meno agevole” proibire la condotta; nel senso che, per proibirla, bisognerà eliminare la norma che contiene il permesso oppure affidarsi agli insidiosi meccanismi del conflitto tra norme (v. *infra*, in questa stessa Parte, Cap. II). La semplice introduzione di una norma proibitiva che la abbia ad oggetto non assicura che sarà effettivamente illecito realizzare la condotta permessa in senso forte.

3.1.4. *Riassumendo*: la struttura del diritto di agire rilevante ai sensi dell’art. 51 CP si compone di un contenuto, oggetto, o nucleo significativo, e di un guscio protettivo. Il contenuto del diritto – la posizione giuridica che *dà il nome al diritto* – è rappresentato da un permesso di agire: l’estensione del permesso, il novero delle condotte che si ha il permesso di realizzare, integrano la *portata* del diritto.

Le restanti posizioni giuridiche, confluenti nel diritto d’agire in funzione accessoria, ancillare, “servente”, rispetto al permesso, ne determinano il *peso*, la *forza*, la *garanzia* giuridica: determinano, cioè, in che termini e in che limiti il permesso d’agire prevalga su altre posizioni rilevanti che con esso entrino in conflitto.

Dal permesso di agire, dall’essere lecito fare qualcosa, dall’estensione della liceità, dall’ambito di ciò che è lecito fare, dipende dunque la *portata* dei diritti esercitabili ai sensi dell’art. 51 CP; dal resto – dalle pretese (ad es., di non impedimento), dai poteri giuridici e dalle immunità connesse – dipende invece il *peso* del diritto stesso: quanto è pesante, quanta forza ha, quanto è importante se posto a

confronto con altre posizioni, o centri di interesse, che con esso vengano in conflitto.

4. La concezione descrittiva dell'art. 51 CP.

Riferito l'art. 51 CP al concetto di diritto-permesso in senso forte, e quindi ad un conflitto tra norma permissiva extrapenale e norma incriminatrice, in realtà, siamo ancora ben lontani dall'aver dimostrato che quella disposizione sia in qualche modo utile od opportuna, e, più ancora, siamo lontani dall'aver dimostrato l'esistenza, nel nostro sistema giuridico, di un principio (PED) in forza del quale la posizione giuridica extrapenale del diritto (in senso forte) di fare qualcosa prevale sempre⁽⁵³⁾ sul divieto penale di farla.

Gran parte della penalistica italiana ritiene, anzi, che il ruolo dell'art. 51 CP, per quanto (o proprio in quanto) lo si riferisca ad un conflitto tra norma permissiva e norma incriminatrice, sia irrimediabilmente in bilico tra superfluità e pericolosità.

Il ragionamento, orientativamente, è questo.

Esistono due modi in cui possiamo concepire l'assunto secondo cui "l'art. 51 CP si riferisce ad un conflitto tra norma permissiva e norma incriminatrice".

Da un lato, si può ritenere che l'art. 51 CP si riferisca ad un conflitto ancora da risolvere: che, cioè, dall'applicazione dell'art. 51 CP dipenda la soluzione del conflitto cui questo si riferisce. Ciò comporterebbe due conseguenze:

(53) Con le precisazioni che farò più avanti: in questa Prima Parte, Cap. III.

a) il concetto di diritto in senso forte – il cui esercizio è preso in considerazione dall'art. 51 CP – sarebbe da intendersi quale contenuto della norma permissiva in tutta la sua estensione originaria: ciò che la norma permissiva sancisce come oggetto di un diritto prima ancora che sia posto il problema del suo eventuale conflitto con una norma incriminatrice; il contenuto della norma permissiva coinciderebbe con tutte le facoltà che sia possibile ricondurre entro l'ambito applicativo della disposizione che la contiene: tutto ciò che è lecito fare stando ad una interpretazione della disposizione permissiva che non tenga (ancora) conto di quanto invece una qualsiasi norma incriminatrice vieti di fare;

b) l'art. 51 CP indicherebbe il criterio per risolvere l'antinomia cui si riferisce: e tale criterio consisterebbe nella "meccanica" prevalenza della norma permissiva su quella incriminatrice.

In questa accezione, continua il ragionamento, l'art. 51 CP avrebbe bensì una propria efficacia giuridica, ma si tratterebbe di un'efficacia tale da renderla una norma estremamente pericolosa: l'esistenza stessa del diritto penale ne sarebbe minacciata, se si pensa che moltissime condotte penalmente tipiche sono capaci di rientrare nell'ambito di applicazione letterale di una qualche disposizione permissiva. Il diritto di ogni cittadino di circolare e soggiornare liberamente in ogni parte del territorio (art. 16 Cost.), ad es., renderebbe praticamente inapplicabili le norme sulla violazione di domicilio; il diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero (art. 21 Cost.) renderebbe non punibili tutte le condotte, pur penalmente tipiche, che consistano nell'espressione di un pensiero: ingiuria e diffamazione, ovviamente; ma anche le minacce, la violenza privata, le varie forme di istigazione punibile; forse an-

che la calunnia, l'autocalunnia, il falso giuramento, le false informazioni al pubblico ministero; il disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone; e via elencando; l'esercizio del diritto di proprietà sulle cose (42 Cost.) – vista l'annessa facoltà di usarne (832 CC) – renderebbe non punibili tutti quei fatti che un soggetto abbia commesso usando cose di sua proprietà: omicidi, rapine, interferenze illecite nell'altrui vita privata, bancarotte semplici o fraudolente, e così via *ad infinitum*.

4.1. Il senso dell'art. 51 CP, naturalmente, non può essere questo.

In realtà, secondo la penalistica italiana, per stabilire cosa le persone abbiano effettivamente diritto di fare, bisognerebbe guardare anche al diritto penale: nel senso che le norme penali, con i loro divieti, contribuirebbero a definire il contenuto (la “portata”) dei diritti di agire attribuiti o riconosciuti da norme permissive che con quelle entrino in conflitto. La portata di un diritto di agire dipenderebbe, non soltanto dall'estensione originaria, letterale per così dire, della norma permissiva che lo attribuisca⁽⁵⁴⁾, ma anche dal modo in cui va risolto l'eventuale conflitto di questa con una qualche norma incriminatrice. Che Tizio abbia il diritto (in senso forte) di fare *x* dipenderebbe: *a*) dal fatto che esista una norma (PE) che espressamente gli attribuisca il permesso di tenere una tipologia di condotte della quale *x* costituisca un'istanza particolare; *b*) e dal fatto che non esista una norma penale proibitiva, destinata a prevalere su PE in base agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche (ossia, in sostanza: gerarchia,

(54) Come vorrebbe la visione ricostruita *supra*, lett. *a*.

cronologia, specialità), che vieti a Tizio di tenere una tipologia di condotte della quale x costituisca un'istanza particolare.

Questo modo di vedere le cose costituisce lo sviluppo di due assunti teorici tra loro intimamente collegati (ciascuno dei quali, anzi, non costituisce che un risvolto dell'altro): *i*) quello per cui non si potrebbe propriamente avere il diritto (in senso forte, oltre che in senso debole) di tenere una certa condotta se questa non è (anche penalmente) lecita (denominerò questa la “tesi della assolutezza dei diritti”, o, più in generale, “delle posizioni giuridiche”); *ii*) e l'assunto che – in un qualche senso ancora da chiarire – il diritto oggettivo sia coerente, che non esistano conflitti reali di norme, ma solo conflitti apparenti (“dogma della coerenza del diritto oggettivo”), e che questo valga non solo tra norme dello stesso settore, ma anche tra norme di settori diversi del diritto oggettivo (“dogma dell'unità sostanziale dell'ordinamento giuridico”).

In base al primo assunto, in particolare, non avrebbe senso affermare che una persona abbia il diritto di fare qualcosa che sia però, nello stesso tempo, penalmente vietato: una stessa condotta non potrebbe *realmente* costituire, in pari tempo, l'oggetto tanto di un diritto di agire quanto di un divieto penalmente sanzionato. Si può avere il diritto (in senso forte) di fare qualcosa solo se farla non è penalmente vietato. Per poter dire che qualcuno abbia il diritto di fare qualcosa, pertanto, bisogna aver *prima* risolto l'eventuale conflitto tra la norma (extrapenale) permissiva, che attribuisce il diritto alla condotta, e la norma penale che invece ne faccia l'oggetto di un divieto.

Questo ci porta dritti al secondo assunto, per il quale l'art. 51 CP troverebbe già risolto, in base agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche, il conflitto (tra

diritto e divieto) cui si riferisce.

L'idea è – detto in breve, per adesso ⁽⁵⁵⁾ – che il funzionamento di uno dei criteri di soluzione delle antinomie giuridiche dipenda esclusivamente dall'esistenza di un certo tipo di rapporto fra due norme (un rapporto di difformità gerarchica; un rapporto di anteriorità/posteriorità temporale; un rapporto di specialità): sussistendo il rapporto tra le norme, il relativo criterio opera, ed il conflitto sarebbe quindi da intendersi automaticamente risolto. La soluzione del conflitto, in quest'ottica, non dipende da una *decisione* dell'interprete: essa è già nelle norme, in forza dei rapporti tra queste intercorrenti; l'interprete si limita a *dichiararla*.

Ciò posto, è ovvio che i rapporti (di difformità gerarchica, di anteriorità/posteriorità temporale, di specialità) intercorrenti tra la norma permissiva e la norma incriminatrice, al cui conflitto si riferisce l'art. 51 CP, esistano, per così dire, già da prima che questo vi si riferisca: l'art. 51 CP presuppone infatti il conflitto tra le due norme, e quindi presuppone che queste siano in (un certo) rapporto l'una con l'altra. Ciò comporterebbe – in base al ragionamento prima illustrato – che l'art. 51 CP, trovando già le due norme in un certo rapporto, trovi per ciò stesso già risolto il conflitto tra di esse.

L'antinomia presa in considerazione dall'art. 51 CP sarebbe, di conseguenza, un'antinomia apparente, già risolvibile a prescindere dal suo intervento: solo ad un primo e superficiale sguardo la norma permissiva e la norma incriminatrice sembrerebbero entrambe applicabili ad un medesimo fatto; in realtà, nei casi ai quali si riferisce l'art.

(55) V. più diffusamente *infra*, in questa stessa Parte Prima, Cap. II.

51 CP, solo la norma permissiva sarebbe applicabile, perché prevalente, in base agli ordinari criteriolutivi, sulla norma incriminatrice con essa apparentemente in conflitto.

Dunque, non è che l'art. 51 CP determini la prevalenza della norma permissiva sulla norma incriminatrice; più semplicemente, esso si riferirebbe *esclusivamente* a casi nei quali la norma permissiva è – “già di suo”, ossia: per ragioni del tutto indipendenti dall'art. 51 CP (e dalla pretesa esistenza del PED) – prevalente sulla norma incriminatrice con la quale (apparentemente) confligge⁽⁵⁶⁾.

Questo modo di vedere (che d'ora in avanti chiamerò “concezione descrittiva”) è assai comune tra gli interpreti dell'art. 51 CP⁽⁵⁷⁾.

(56) Molto chiara l'incidenza dei due assunti appena ricostruiti nella posizione di Ferrando Mantovani, il quale, con riconosciuta maestria e ricchezza di argomenti, ha sostenuto le ragioni di questo modo di interpretare l'art. 51 CP. Secondo Mantovani «l'affermazione», che costituirebbe il vero senso dell'art. 51 CP, «che ciò che è diritto non può essere reato presuppone già risolto il conflitto tra le due norme antitetiche con la conseguente individuazione della reale portata del diritto e del reato, quale risultato conclusivo di tutto un lavoro di sistemazione del complesso di disposizioni normative nei loro rapporti e nel loro assestarsi nell'unità dell'ordinamento giuridico. D'altro canto, la norma dell'art. 51 altro non è che la codificazione dello stesso principio che ciò che è diritto non può essere giuridicamente illecito: la sua applicabilità è condizionata alla previa determinazione del contenuto del diritto» [MANTOVANI (1966 a), 629]. Da qui l'idea, o quanto meno il “sospetto”, «che l'art. 51 sia una disposizione superflua, in quanto i casi di prevalenza della norma, che riconosce il diritto, su quella incriminatrice sono già determinabili sulla base dei rapporti tra di esse intercorrenti e rappresentano una realtà già operante sul piano dell'ordinamento» [MANTOVANI (1966 a), 632].

(57) Oltre a Mantovani, v. ad es. SPASARI (1961), 42, 55; Ettore GALLO (1983), 192; PULITANÒ (1990), 321; FIANDACA, MUSCO (2007), 265 s.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 319; PADOVANI (2006), 149-50; VIGANÒ (2006), 536 ss.; ID. (2000), 235-8; ZANOTTI (2001), 98; CADOPPI, VENEZIANI (2002), 245; EID. (2007), 275 ss. V. anche Marcello GALLO (2000), 203 (almeno nella parte in cui questi riconduce l'operatività dell'art. 51 CP «alla necessità di in-

Non sono pochi, in effetti, gli studiosi che ritengono che l'esistenza di questa disposizione non produca alcun tipo di effetto sul conflitto fra norme, cui essa si riferisce; e che quindi, data l'esistenza dell'art. 51 CP, quel conflitto vada risolto *esattamente allo stesso modo* in cui andrebbe risolto se quell'articolo non esistesse affatto. All'art. 51 CP viene così riconosciuta una *funzione*, appunto, *meramente descrittiva* o *dichiarativa* ⁽⁵⁸⁾: esso si limiterebbe, cioè, a “certificare” – a descrivere, appunto – l'esito di un conflitto fra norme (esito consistente, per avventura, nella prevalenza della norma attributiva del diritto su quella incriminatrice), senza indicare un criterio dal quale quest'esito dovrebbe conseguire.

La concezione descrittiva, in altri termini, legge l'art.

terpretare l'ordinamento in modo che esso non si ponga in contraddizione con se stesso». Un accenno anche in PETROCELLI (1963), 386 nt. Nella dottrina meno recente, v., ad es., MAGGIORE (1937), 261 [«l'esecuzione della legge è causa di giustificazione, perché, posto un ordinamento giuridico, sarebbe contraddittorio imporre l'obbedienza della legge e punire chi lede un diritto, per il fatto stesso dell'obbedienza. In tale fatto la trasgressione è soltanto apparente: in realtà si ha l'attuazione di una norma. Di qui l'ovvio principio (così ovvio, da apparirne superflua la stessa menzione) che se alcuno trasgredisca la legge penale, per adempiere un comando legale, non commette reato»].

Con riferimento all' art. 491 CP 1889 allora vigente (che stabiliva non essere punibile chi avesse commesso il fatto “per disposizione di legge”), v. ALIMENA (1910), [che in generale riconduce il fenomeno della “giustificazione” alla “esecuzione della legge” (533), e per il quale dunque una norma (quale è oggi l'art. 51 CP, e quale era l'art. 491 CP 1889), che espressamente scrimini il fatto commesso “eseguendo la legge”, «è ... evidente, ed è data soltanto *ad abundantiam*, poiché, se è assurdo immaginare una legge che non debba attuarsi, è anche assurdo pensare che l'attuazione di essa possa costituire reato» (534-5)]; IMPALLOMENI (1916), 302..

(58) «L'esercizio di un diritto esclude la punibilità». Così disponendo l'art. 51 codifica la pacifica scriminante del *qui iure suo utitur neminem laedit*. Ed è [...] puramente dichiarativa (quindi sostanzialmente inutile) di una realtà già operante nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico in forza del principio di non contraddizione»: MANTOVANI (2007), 240.

51 come se esso delineasse in maniera soltanto parziale, incompleta, il proprio oggetto; quasi che, per renderne compiutamente il significato, la lettera di quella disposizione andasse integrata, e quindi intesa come se recitasse: “*se, e solo se, una norma permissiva prevale su una norma incriminatrice (s’intende: in base a qualcuno dei criteri già esistenti nell’ordinamento), solo allora l’esercizio di un diritto (del diritto riconosciuto dalla norma, permissiva, che abbia in effetti prevalso) esclude la punibilità*”. Il senso dell’art. 51 CP è dunque ricostruito come se quella disposizione nascondesse una premessa implicita, dall’esplicitazione della quale si possa ricavare che la formula: “l’esercizio di un diritto esclude la punibilità” non sia affatto dotata di una propria, apposita, efficacia giuridica, ma sia piuttosto meramente descrittiva di una dinamica di effetti giuridici costruita e determinata *altrove*.

Ne viene fuori una sorta di scriminante “in bianco”⁽⁵⁹⁾: un istituto che non avrebbe un autonomo contenuto normativo, che non conterrebbe un principio giuridico in base al quale vada risolta l’antinomia tra una norma permissiva e una norma incriminatrice; ma si limiterebbe, piuttosto, a rinviare ad una dinamica – antinomia e relativa soluzione – che si svolgerebbe interamente al di fuori del suo dominio. La disposizione viene, dunque, resa del tutto tautologica, e perciò inutile: la sua lettera altro non esprimerebbe, che una conclusione già contenuta in quella che dovrebbe intendersi come la sua implicita premessa. Quasi che essa servisse soltanto a *ricordare* che “ciò che è lecito non è (penalmente) illecito”⁽⁶⁰⁾, ed avesse quindi lo

(59) V. ad es. Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 319; PADOVANI (2006), 151.

(60) Non è mancato, peraltro, chi ha ritenuto che «aunque sólo fuera

stesso significato che potrebbe avere una formula, apparentemente opposta ad essa, che recitasse: “la punibilità di un fatto esclude che esso costituisca esercizio di un diritto”.

Letto nell’ottica della concezione descrittiva, insomma, l’art. 51 CP, pur se riferito all’esercizio di un diritto in senso forte, ha esattamente lo stesso significato che avrebbe se lo si riferisse all’esercizio di un diritto in senso debole: una mera enunciazione dell’assunto per cui una condotta può considerarsi esercizio (e quindi oggetto) di un diritto solo se essa non è penalmente vietata da una norma incriminatrice ad essa effettivamente applicabile.

5. Basi per un superamento della concezione descrittiva. Avvertenza al lettore.

Quella sottesa alla concezione descrittiva dell’art. 51 CP è una visione, oltre che molto diffusa, sorretta da argomenti fortemente intuitivi e di buon senso, e quindi, almeno all’apparenza, difficilmente oppugnabili. Con essa dobbiamo necessariamente fare i conti, se vogliamo dimostrare che in realtà l’art. 51 CP ha una propria efficacia giuridica, e che questa efficacia giuridica costituisce espressione del principio (PED) per cui, nel conflitto, la norma permissiva prevale sulla norma incriminatrice, a

para llamar la atención de los magistrados, un precepto de esa indole debe figurar en los Códigos», poiché essa costituirebbe «una advertencia al juez para que tenga en cuenta todas las reglas de derecho incluso extrapenales, que en el caso concreto pueden tener como efecto la excepcional legitimidad del hecho incriminado» [JIMÉNEZ DE ASÚA (1961), 490]. Analogamente, MARINUCCI, DOLCINI (2006), 205, in merito alla funzione dell’art. 51 CP.

prescindere da (e talora anche contro) l'eventuale applicabilità di qualcuno dei criteri generali di soluzione delle antinomie.

A questo scopo, qui di seguito cercherò innanzitutto di mostrare che non sono sostenibili i presupposti teorico-generalisti della concezione descrittiva, ossia: la tesi della assoluta delle posizioni giuridiche e il dogma della coerenza del diritto oggettivo.

La fruttuosa effettuazione di questo ragionamento dovrebbe condurci ad una prima conclusione, che farà da base per l'ulteriore corso del ragionamento: che possano certamente darsi conflitti *reali*, e non già meramente apparenti, tra una norma (extrapenale) permissiva e una norma incriminatrice – che, cioè, possa darsi il caso che per uno stesso soggetto sia nello stesso tempo (extrapenalmente) permesso e (penalmente) vietato fare una stessa cosa.

5.1. Prima di proseguire su questa strada, però, un'avvertenza per il lettore. Argomenti trattati e argomentazioni svolte qui appresso hanno un taglio inevitabilmente teorico-generale: del resto, si tratta di discutere di una questione eminentemente teorico-generale, cioè, se l'ordinamento giuridico possa dirsi coerente. Nell'economia di questo libro, si tratta di un passaggio essenziale: soprattutto dalla dimostrazione che l'ordinamento giuridico non è coerente dipende, infatti, la possibilità di concepire l'esistenza di un vero e proprio PED, quale direttiva (meta-)normativa che ingiunge al giudice, all'interprete, di considerare il permesso extrapenale prevalente sull'incriminazione con essa in conflitto.

Ad ogni modo, il lettore che fosse poco incline a disquisizioni “sui massimi sistemi” preferirà, forse, saltare quasi per intero la lettura del Cap. II, e arrivare subito “al

sodo”: ossia, in sostanza, ai §§ 17 e 18 (o, meglio ancora: alla sintesi del § 19). In tal caso, ovviamente, egli dovrà accordarmi fiducia, ed assumere che nel frattempo io sia stato in grado di preparare e argomentare adeguatamente le conclusioni infine tratte in quei due paragrafi.

6. Sintesi.

La tesi sostenuta in questo libro è che l’art. 51 CP abbia un contenuto normativo ben preciso, consistente nell’indicazione di un apposito principio o criterio di soluzione dei conflitti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive: e che questo principio (PED) reciti che, nel conflitto, una norma del secondo tipo prevale su una norma del primo tipo; il diritto di agire prevale sull’illecito penale.

Questa tesi è estranea alla gran parte della penalistica italiana, la quale sostiene invece (“concezione descrittiva” dell’art. 51 CP) che, innanzitutto per ragioni “logiche”, non si possa credere che l’art. 51 CP abbia un proprio contenuto normativo consistente nell’enunciazione di un principio come il PED (cosiddetto “argomento logico” contro il PED). L’art. 51, infatti, presupporrebbe già risolto il conflitto che dovrebbe contribuire a risolvere. Ed invero, per avere un senso, la formula “l’esercizio di un diritto esclude la punibilità” richiede che già si sappia che la condotta presa in considerazione costituisca oggetto di un diritto di agire: ma – sostengono i seguaci della concezione descrittiva – per poter dire che una persona abbia diritto di fare qualcosa, bisognerebbe già sapere che fare quella cosa, per quella persona, non costituisca reato, non sia illecito. Diritto e reato sarebbero termini che si escludono a vicenda: se si ha il diritto (extrapenale) di fare qualcosa, allora farla non può essere reato (ciò che è “diritto” non è reato); se invece fare una cosa costituisce un reato, allora non può trattarsi dell’oggetto di un diritto (ciò che è “reato” non è diritto). L’art. 51 CP richiederebbe dunque che sia già risolta l’antinomia tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva, alla quale si riferisce: quando esso enuncia che “l’esercizio di un diritto esclude la punibilità”, presupporrebbe che già si sappia che la condotta presa in considerazione non costituisca un reato.

CAPITOLO II
COERENZA DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO?
CRITICA DI UN DOGMA

SOMMARIO: 7. I fondamenti teorici della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: la tesi della assolutezza dei diritti, e i dogmi della coerenza e dell'unità sostanziale del diritto oggettivo. – 8. Breve riepilogo. *Excursus*: l'accezione ontologica e l'accezione ermeneutico-applicativa della coerenza del diritto oggettivo. – 9. Critica del dogma della coerenza del diritto oggettivo. – 10. Quale coerenza per il diritto oggettivo? – 11. Il conflitto di norme dal punto di vista del giudice chiamato a risolverlo. La “*tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta*”. Critica. – 12. (*Segue*) Gerarchia, competenza, cronologia e specialità rivisitate. – 13. Breve riepilogo e prime conclusioni. – 14. Soluzioni definitive e soluzioni caso per caso di antinomie. – 15. Sintesi dei risultati sinora conseguiti. – 16. Antinomie reali e principio di non contraddizione. (*In nota*: antinomie reali e applicabilità delle norme in conflitto.) – 17. Rigetto della tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive e superamento dell'“argomento logico” della concezione descrittiva dell'art. 51 CP. – 18. Conclusione: possibilità logica del PED. – 19. Sintesi.

7. I fondamenti teorici della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: la tesi della assolutezza dei diritti, e i dogmi della coerenza e dell'unità sostanziale del diritto oggettivo.

L'assunto di partenza della concezione descrittiva si può condensare in queste frasi: «l'affermazione che ciò che è diritto non può essere reato presuppone già risolto il conflitto tra le due norme antitetiche con la conseguente individuazione della reale portata del diritto e del reato, quale risultato conclusivo di tutto un lavoro di sistemazione del complesso di disposizioni normative nei loro rapporti e nel

loro assestarsi nell'unità dell'ordinamento giuridico. D'altro canto, la norma dell'art. 51 altro non è che la codificazione dello stesso principio che ciò che è diritto non può essere giuridicamente illecito: la sua applicabilità è condizionata alla previa determinazione del contenuto del diritto»⁽⁶¹⁾.

I fondamenti teorico-generalis di questo modo di vedere, si è già accennato, sono essenzialmente due: una visione "assoluta" delle posizioni giuridiche soggettive, e dei diritti in particolare, ed il dogma della coerenza del diritto oggettivo.

7.1. Per "visione assoluta delle posizioni giuridiche soggettive" intendo quella tesi per la quale, dal punto di vista del diritto, non vi sarebbe alcun senso, in cui sia possibile che a qualcuno spetti una certa posizione giuridica e, contestualmente, una posizione giuridica contraria⁽⁶²⁾ o contraddittoria⁽⁶³⁾ rispetto alla prima. Le posizioni giuridiche soggettive sarebbero sempre, concettualmente, "assolute", definitive, integrali: che Tizio abbia il diritto di fare qualcosa implicherebbe che non gli sia contestualmente

(61) MANTOVANI (1966 a), 629.

(62) Due proposizioni (e, metaforicamente, due norme) si dicono *contrarie*, se non possono essere entrambe vere, ma possono essere entrambe false: un siffatto rapporto intercorre ad es. tra l'obbligo e il divieto di fare una stessa cosa (non potrebbe darsi il caso che fare una stessa cosa sia tanto obbligatorio quanto vietato; potrebbe però darsi il caso che farla non sia né obbligatorio né vietato, ma semplicemente permesso).

(63) Due proposizioni (e, metaforicamente, due norme) si dicono *contraddittorie*, se non possono essere entrambe vere, né entrambe false: un tale rapporto intercorre tra il permesso di fare qualcosa ed il divieto di farla; così come (ma si tratta di precisazione non necessaria, poiché già ricavabile dal rapporto tra permesso e divieto) tra l'obbligo di fare qualcosa e il permesso di non farla.

vietato, in alcuna altra parte dell'ordinamento, di fare quella stessa cosa.

Questa tesi può così tradursi: non potrebbero darsi, in capo ad una stessa persona, posizioni giuridiche soggettive in conflitto; un conflitto tra posizioni giuridiche soggettive sarebbe un conflitto necessariamente apparente; la sola, vera, posizione giuridica spettante al soggetto sarebbe quella risultante dalla soluzione del conflitto; con la conseguenza che non si potrebbe dire che a qualcuno spetti l'una e/o l'altra di due posizioni giuridiche in conflitto finché il conflitto non venga risolto.

Da questo punto di vista, dunque: *o* si ha il diritto fare una cosa *o* si ha il dovere di non farla. *Tertium non datur*. Non vi sarebbe, in sintesi, alcun senso in cui potrebbe essere vera, sostenibile, l'idea che taluno abbia contestualmente il diritto di fare qualcosa e il dovere di non farla. Il diritto di fare qualcosa non potrebbe mai realmente confliggere con il divieto di farla.

7.2. La tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche, a sua volta, rappresenta il portato, la proiezione, sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, dei dogmi della coerenza e dell'unità del diritto oggettivo. Infatti, che a qualcuno spetti una certa posizione giuridica soggettiva (permesso, dovere, ecc.) non è che il riflesso del fatto che esiste, all'interno del sistema giuridico di riferimento, una norma (permissiva, obbligatoria) valida e concretamente applicabile, il cui contenuto sia, per l'appunto, quello di attribuire una certa posizione giuridica ad un certo soggetto. La reale, attuale, spettanza di una certa posizione giuridica ad un certo soggetto dipende interamente dalla validità e dalla concreta applicabilità di una norma giuridica, che abbia per contenuto il relativo riconoscimento o conferimento

(64). La tesi, per cui non potrebbe darsi il caso che a qualcuno spettino contestualmente due posizioni giuridiche in conflitto, intanto ha senso, dunque, in quanto si parta dall'idea che il diritto oggettivo costituisca un "sistema" unitario e coerente di norme ("l'intero ordinamento giuridico"), e quindi sul presupposto che tra norme giuridiche non possa darsi alcun reale conflitto, ossia che non possa mai verificarsi una situazione in cui due norme giuridiche antinomiche siano – *realmente* – entrambe valide e concretamente applicabili in uno stesso caso concreto.

Posta, pertanto, una norma (n_1), in base alla quale "Tizio ha il diritto di fare x ", si potrà dire che effettivamente Tizio ha il diritto di fare x se, e solo se, la norma n_1 non è destinata a soccombere nei confronti di un'altra norma (n_2), in base alla quale invece "a Tizio è vietato fare x ". E questo lo si può dire solo *dopo* avere risolto l'eventuale conflitto tra le due norme.

7.3. Questa visione, a sua volta, sviluppa, in ambito giuridico, la tendenza, da sempre presente in teoria morale, a vedere nel (in quello che parrebbe essere un) conflitto pratico – un conflitto in merito a ciò che si deve o non si deve fare – nient'altro che un caso di disaccordo, una di-

(64) V. ad es. KELSEN (1994), 78 («[I]l diritto, come il dovere giuridico, è la norma giuridica considerata in rapporto con un determinato individuo designato dalla norma stessa»; 79: «[I]a proposizione che un individuo ha o meno il diritto di possedere una cosa è un giudizio di valore che è logicamente e psicologicamente possibile, soltanto se l'individuo che pronuncia questa proposizione presuppone l'esistenza, vale a dire la validità, di una norma generale relativa al possesso»). Questo aspetto, in definitiva, è colto, pur nella diversità dell'impostazione di fondo, anche da ROSS (1990), 160 ss. («La funzione di tutte le affermazioni concernenti diritti soggettivi è di descrivere il diritto vigente o la sua applicazione a specifiche situazioni concrete»).

versità di opinioni ⁽⁶⁵⁾.

Lo si potrebbe definire un modo di concepire l'antinomia morale come una sorta di *difetto cognitivo*, nel quale ciascuno dei due corni del conflitto appare come una credenza, un modo di vedere la realtà delle cose, e che ha alla propria base una forte analogia tra moralità e (una certa concezione della) conoscenza: come la conoscenza costituisce (è ritenuta costituire) rispecchiamento di una realtà di fatto, cosicché di essa si può dire che sia vera o meno a seconda che rispecchi o meno la *vera* realtà, allo stesso modo gli enunciati morali (“è obbligatorio fare *x*”, “è vietato fare *x*”, “è permesso fare *x*”) costituirebbero rispecchiamento di una realtà morale oggettiva preesistente, con la conseguenza che anche degli assunti in termini di dovere o di permesso di fare qualcosa si potrà predicare la verità o la falsità, a seconda che questi rispecchino correttamente o meno la “vera realtà morale”.

Tutto ciò presuppone che, anche rispetto a quel che si deve o si può fare, vi sia *un unico modo* in cui le cose *realmente* stanno; e che quindi la soluzione di un eventuale conflitto, mettiamo, tra permesso e divieto consista nell'individuazione di quale, tra le due norme confliggenti, sia quella *vera*, quella che *veramente* si applica al caso considerato ⁽⁶⁶⁾.

Il fatto di impostare in termini vero-funzionali il con-

(65) Per una ricostruzione della corrente di pensiero che, da Socrate a Hare, passando per Kant e Sartre, concepisce il conflitto morale come «a case of ethical *disagreement*: a conflict of ethical *beliefs* about what is and is not appropriate», v. NUSSBAUM (1986), 30-32.

(66) V. ancora la ricostruzione della Nussbaum: «if two beliefs conflict it is only rational to try to find out which is the correct one. At most one can be true; and the other can and should be discarded as false, therefore no longer relevant» [NUSSBAUM (1986), 30].

flitto morale comporta poi, quale inevitabile conseguenza, la convinzione, assai diffusa e influente (v. meglio *infra*, §§ 16, 30.1.1), che in tale materia (e, mediamente, in materia di antinomie giuridiche e a fondamento dell'art. 51 CP) debba trovare applicazione il principio di non contraddizione; cosicché non sarebbe possibile che una stessa condotta sia, dalla medesima prospettiva morale, permessa e vietata. Il conflitto tra un permesso e un divieto (come tra un obbligo e un divieto) sarebbe sempre meramente apparente, frutto di una considerazione meramente intuitiva della situazione: *non è possibile* che effettivamente “fare *x*” sia contestualmente permesso e vietato, poiché ciò, per una visione cognitiva della morale, significherebbe che la *realtà morale* è contraddittoria; il che non potrebbe darsi. Ad una considerazione critica della situazione, dunque, il (quello che sembrava essere un) conflitto dovrà necessariamente sciogliersi, mostrarsi come apparente. Ad una più attenta analisi, emergerà che la *vera norma morale* era una delle due; emergerà, quindi, quale delle due asserzioni contrapposte, in ordine alla “lettura morale” di una certa situazione, era quella vera: si comprenderà che la condotta, apparsa in un primo tempo *sia* permessa *che* vietata, è *in realtà* soltanto permessa, o soltanto vietata ⁽⁶⁷⁾.

7.4. Tradotto in ambito giuridico, questo ragionamento – si diceva – assume la forma dei dogmi della coerenza e dell'unità del diritto oggettivo, e dell'idea, con quelli connessa, che valga per il “discorso giuridico”, come per un qualsiasi discorso assertivo, il principio di non contraddi-

(67) Per questa distinzione tra due livelli – intuitivo e critico – di pensiero morale, v. HARE (1989), 57-76.

zione.

Il diritto oggettivo viene in questo modo “personificato”, considerato come espressione di una volontà razionale; e il “discorso giuridico” giudicato secondo le leggi della logica (quasi che le norme giuridiche fossero, o fossero traducibili in, altrettanti atti di pensiero di un soggetto razionale) (68); con la conseguenza di credere che sia logicamente impossibile che uno stesso diritto affermi: “permesso fare *x*” e “vietato fare *x*”. Se accadesse, che due disposizioni giuridiche sembrino avere proprio quel contenuto, ci si troverebbe in realtà di fronte ad una contraddizione logica; il che non sarebbe altro che un *errore*, un *lapsus*: infatti non potrebbe mai darsi il caso che sia “*veramente* permesso fare *x*” e “*veramente* vietato fare *x*”; uno dei due asserti dovrebbe necessariamente essere falso; il che vale a dire che una delle due norme (di cui quegli asserti descriverebbero il contenuto) dovrebbe necessariamente essere invalida, o comunque avere un ambito di validità tale da non risultare realmente applicabile nel caso concreto.

7.4.1. Riferito, poi, ai rapporti fra norme penali incriminatrici e norme extrapenali permissive (come, in generale, ai rapporti fra norme di settori diversi dell'ordinamento), il dogma della coerenza appare come il portato, o una implicazione, del dogma dell'*unità sostan-*

(68) V., solo a titolo esemplificativo, Alexander Hold v. Ferneck: «nur die Betrachtung des Gesetzes ... als eines einheitlichen vernünftigen Willens vermag die Zweifel zu lösen, zu denen das Gesetz im Einzelnen – teils weil es überhaupt als Menschenwerk unvollkommen ist, teils weil es absichtlich Kürze anstrebt ... - Anlaß gibt» [von FERNECK (1905), 10-1]. Sul “*modello dogmatico del legislatore razionale*”, e sulla sua diretta influenza e funzionalità (tra l'altro) rispetto al dogma della coerenza del diritto oggettivo, v. NINO (1974), 85 ss.

ziale del diritto oggettivo.

Di un insieme di norme, invero, l'unità può essere predicata tanto in senso formale quanto in senso sostanziale. Da un punto di vista *formale*, l'uni(ci)tà di un diritto oggettivo dipende essenzialmente dalla riconducibilità, effettiva o presupposta, diretta o indiretta, di tutte le norme che si assumono far parte del sistema a una fonte unitaria di legittimazione (norma fondamentale, norma di riconoscimento, Costituzione) ⁽⁶⁹⁾.

L'idea dell'unità *sostanziale* del diritto oggettivo comporta, invece, qualcosa di più, e riguarda, più specificamente, il *contenuto* delle diverse norme riconducibili al sistema: per unità sostanziale si intende, infatti, che tutte queste norme sono tese, pur in maniera diversa, al raggiungimento di obiettivi unitari e unificanti (essenzialmente: assicurare le condizioni di esistenza della società), e quindi ispirate da una volontà unitaria e da una comunanza di valori ⁽⁷⁰⁾.

Ebbene, secondo un modo di vedere piuttosto diffuso, l'unità sostanziale del sistema giuridico comporterebbe, implicherebbe, una sorta di "coerenza (o non contraddittorietà) allargata", intercorrente cioè, non solo tra le norme

(69) Cfr. CELANO (2006), 72 ss.

Per tre, diversi, modi di concepire e ricostruire l'unità formale dell'ordinamento giuridico, v. ad es. KELSEN (1966), 217 ss. (part. 231: «Poiché la norma fondamentale è il fondamento di tutte le norme appartenenti allo stesso ordinamento, essa garantisce l'unità nella pluralità di queste norme»); HART (1991), 118 ss. [«La regola di riconoscimento è [...] il criterio supremo (la "regola delle regole") che consente di ricondurre ad unità sistemica tutte le regole giuridiche»]; SCHIAVELLO (2004) 33 s.; ALEXY (1997), 87 ss.

(70) GÜNTHER (1983), 90.

Su queste due accezioni, formale e sostanziale, dell'idea di "unità dell'ordinamento" (denominata, però, "coesione"), v., anche per alcune lucide osservazioni critiche, GUASTINI (2006), 3973.

di uno stesso settore, ma anche tra quelle di settori diversi del diritto oggettivo ⁽⁷¹⁾: ciascuno di questi, pur perseguendo finalità specifiche sue proprie, ed essendo plasmato secondo propri principi, costituirebbe, ciò nondimeno, *parte di un tutto organico ed unitario*, di un sistema. Il fatto che il diritto di uno Stato si esprima con linguaggi diversi (quello del diritto penale, quello del diritto civile, quello del diritto costituzionale, quello del diritto amministrativo, e così via), che esso si presenti articolato in settori, o *materie*, diversi, non toglierebbe, in quest'ottica, che esso – complessivamente – costituisca comunque il diritto di *uno* Stato: in ciò questi diversi settori rinverrebbero la ragione della loro coesione (e quindi della loro – ritenuta – necessaria coerenza), ossia nel fatto che ciascuno di essi non costituirebbe altro che il contesto particolare, volta per volta diverso, in cui si esprimono le valutazioni, la *volontà*, di un unico e medesimo “soggetto”: lo Stato, appunto ⁽⁷²⁾.

8. *Breve riepilogo. Excursus: l'accezione ontologica e l'accezione ermeneutico-applicativa della coerenza del diritto oggettivo.*

Riassumendo: la concezione descrittiva dell'art. 51 CP è fondata sulla tesi della absolutezza delle posizioni giuridiche, e quindi dei diritti; e questa, a sua volta, dipende – co-

(71) ENGISCH (1935), 55 ss. Più di recente, ad es., GÜNTHER (1983), 94 ss. («die *Widerspruchsfreiheit* einer Rechtsordnung [...] ist als Ausfluss der “Einheit der Rechtsordnung” anerkannt»); KÖHLER (1997), 239 («systematischer „Einheit der Rechtsordnung” (Engisch) als prinzipienorientierter *Widerspruchsfreiheit*»).

(72) V. ad es. FISCHER (1911), 115-6.

stituendone una proiezione – dall’idea, che tra norme giuridiche (anche di settori diversi) non possano mai darsi conflitti reali, ma solo conflitti meramente apparenti, e quindi, in ultima analisi, dai dogmi della coerenza e dell’unità sostanziale del diritto oggettivo.

Sono sostenibili questi assunti? Nel corso della rimanente parte di questo capitolo cercherò di mostrare che non lo sono.

8.1. Chiediamoci, in primo luogo, se sia proprio vero che il diritto oggettivo rappresenti un sistema coerente ed unitario di norme: e che, quindi, tra norme giuridiche (anche appartenenti a settori diversi dell’ordinamento) non possano darsi conflitti reali, ma solo conflitti meramente apparenti.

Detto molto in sintesi, della coerenza del diritto possono darsi – e si sono storicamente date – almeno due grandi accezioni ⁽⁷³⁾.

In una prima accezione (che potremmo denominare “ontologica”), il diritto sarebbe per sua natura coerente: uscirebbe coerente già dalla bocca del legislatore; la coerenza costituirebbe, pertanto, un carattere oggettivo ed immanente del diritto.

La ragione di una tale ontologica coerenza starebbe nell’idea che il diritto oggettivo costituisca fedele e razionale espressione della volontà generale, o comunque di un sistema oggettivamente ordinato di rapporti sociali: esso, come tale, sarebbe *necessariamente giusto*, e quindi anche *necessariamente coerente*. Tutte le contraddizioni, i con-

(73) V. Tarello in CASTIGNONE, GUASTINI, TARELLO (1978), 326-7; ID. (1980), 361. V. anche, sotto il profilo della ammissibilità di conflitti (reali) fra diritti, CELANO (2005); PINO (2007), 230 ss.; ID. (2008), Cap. II.

flitti, le incompatibilità, che paressero qua e là emergere, in realtà, sarebbero sempre meramente apparenti, dovuti probabilmente ad una lettura superficiale, o comunque inadeguata, del dato normativo.

L'interprete non dovrebbe far altro che cogliere, riconoscere l'intrinseca coerenza del diritto, e limitarsi a dichiararla; esporre il diritto così com'è (com'è uscito dalla bocca di chi l'ha fatto): giusto e coerente ⁽⁷⁴⁾.

In quest'ottica, in cui l'esistenza di conflitti reali tra norme è semplicemente *impensabile*, non vi è alcun bisogno di criteri che servano a eliminare dal "sistema" antinomie, imperfezioni, che esso *non può* presentare. Gerarchia, cro-

(74) Questa prima, più tradizionale, accezione del dogma della coerenza può ricondursi a concezioni diverse. Due su tutte. Da un lato, la cultura ottocentesca dello Stato liberale (o legislativo) di diritto – statualistica e legicentrica, e con matrici chiaramente identificabili nel (o, meglio, in una certa lettura del) pensiero della Rivoluzione francese [v. ad es. FIORAVANTI (1995 a), 59 ss., ed ivi l'osservazione, secondo cui, nel pensiero rivoluzionario, «il legislatore non può ledere i diritti individuali perché è necessariamente giusto; ed è tale perché incarna in sé la volontà generale del popolo, o della nazione» (71)] (e nella rousseauviana "volontà generale") – che concepisce la legge come «qualcosa di ben diverso dal mero prodotto di un puro principio di maggioranza, di una volontà politica disciplinata nelle forme previste dalla costituzione: essa», la legge, viene piuttosto intesa come «la manifestazione più alta di una razionalità di tipo oggettivo, il riflesso di un ordine profondo e storicamente fondato della collettività» [FIORAVANTI (1995 b), 425].

Da un altro lato, è chiaramente visibile il segno, o comunque il lascito, della "concezione sistematica" di un von Savigny, per il quale «il sistema è unità, una grande unità di regole e di concetti; il giurista non elabora e costruisce, ma soltanto riconosce ed espone la trama logica del diritto». Trama logica che, a sua volta, non costituisce che la «forma di sottostanti relazioni, che intercorrono tra i membri della società e che presentano, esse pure, carattere organico». «Il sistema è dunque un intrinseco modo d'essere del diritto, che si rispecchia e riproduce nel metodo di studio e nell'ordine della trattazione. Un modo d'essere originario e naturale, non imposto né costruito dall'esterno, ma proprio dell'oggetto stesso della scienza giuridica. Questo oggetto è sistematico ed organico; ed organica e sistematica dovrà essere la scienza». [Per questa ricostruzione del pensiero di Savigny, v. IRTI (1989), 166-7].

nologia, specialità sembrano, piuttosto, strumenti di interpretazione sistematica, criteri ermeneutici da impiegare per trovare la giusta, l'esatta, soluzione del caso, di cui servirsi per *scoprire*, sotto la complessa trama delle disposizioni giuridiche, la *voluntas legis*, e – in questa – la volontà generale o l'ordine intrinseco dei rapporti sociali.

E dove il loro impiego non sia in grado di indicare la risposta giusta per il caso di specie, ci troveremo, non già di fronte ad una imperfezione del "sistema", di fronte ad una (vera) contraddizione, ma piuttosto di fronte ad un *difetto cognitivo*: non è il sistema contraddittorio (affermazione che sarebbe, essa stessa, una contraddizione), ma è l'interprete che non riesce a capire, non riconosce, quale sia la giusta decisione da prendere; la *voluntas legis* non è mai contraddittoria: al più essa può talora venire espressa male, o, più spesso, è l'interprete che non riesce a ricostruirla correttamente. Da qui la necessità di impiegare tutta una serie di argomenti interpretativi che, essendo per lo più considerati quali argomenti di carattere logico, dovrebbero, alla fine, permettere di ricostruire la razionalità soggiacente (immanente) al "sistema giuridico".

8.2. Questa accezione è oggi decisamente superata. È fuori dall'ottica degli Stati costituzionali di diritto l'idea che la legge sia misura della sua stessa giustizia e razionalità⁽⁷⁵⁾: e che quindi il diritto possa, per partito preso, considerarsi coerente e non contraddittorio.

L'idea che tende a prevalere è, piuttosto, che la coerenza del diritto costituisca, più che un dato immanente,

(75) Cfr., tra i tanti, FERRAJOLI (1989), 895 ss.; ID. (2002), 349 ss. (part. 354 ss.).

un obiettivo da conseguire, un'esigenza.

Chiamato a soddisfare quest'esigenza (lo vedremo meglio più avanti: §§ 10-15) sarebbe, più che – banalmente – il legislatore, l'interprete, e quindi (innanzitutto) il giudice: suo il compito di *mettere coerenza* nel diritto. In questa accezione, non è detto che il diritto esca coerente dalla bocca del legislatore: esso, ciò nondimeno, deve uscire coerente dalla bocca del giudice ⁽⁷⁶⁾.

Compito dell'interprete, dunque, sarebbe proprio quello di *sistemare* il materiale normativo, allo scopo – eminentemente pratico – di permetterne la concreta applicazione ⁽⁷⁷⁾. E poiché «ogni sistemazione del materiale legislativo non può non raggiungere una propria interiore coerenza» ⁽⁷⁸⁾, «la scienza giuridica [dovrebbe] svolgere sul dato legislativo in funzione delle finalità pratiche del medesimo, un discorso necessariamente coerente; onde qui [a differenza che nel discorso del legislatore] il principio di non contraddizione assume un valore assoluto, che gli deriva dalla pratica impossibilità di attuazione di entrambe le norme ... Se non il discorso del legislatore, almeno quello dell'interprete deve essere coerente» ⁽⁷⁹⁾.

«[L]a coerenza dell'ordinamento giuridico, da qualunque concezione si muova», andrebbe dunque considerata quale «canone metodico della scienza giuridica nella tra-

(76) Cfr. ad es. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2000), 567.

(77) Molto chiaramente BAUMANN (1962), 71. V. anche SCHMIDHÄUSER (1972), 46 («Diese *Einheit der Rechtsordnung* bedeutet, dass kein Teilbereich isoliert gesehen und dass insbesondere kein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung hingenommen werden darf. Selbst wenn sich nach dem Buchstaben des Gesetzes ein solcher Widerspruch irgendwo ergibt, ist er in der Rechtsanwendung zu überwinden»).

(78) MANTOVANI (1966 b), 371.

(79) MANTOVANI (1966 b), 372-3.

sformazione del dato normativo a sistema, costituendo, potremmo dire, almeno una presunzione relativa, valida finché non si constati il contrario nell'ambito del singolo ordinamento giuridico»⁽⁸⁰⁾: con la conseguenza che andrebbe «metodologicamente esclusa, salvo prova contraria, una contraddizione di valutazioni da parte del legislatore, che si traduce in una mancanza di contraddizione tra norme, sia al momento della loro creazione sia al momento della loro posizione e presenza nell'ordinamento giuridico. Il problema si riduce, così, a ricercare sul piano normativo gli indici per la ricostruzione delle valutazioni del legislatore nella loro coerenza. Finché tali indici siano riscontrabili non vi è reale contraddizione tra norme formalmente collidenti, ed il loro diverso valore non rileva, riferendosi le rispettive qualificazioni a distinte situazioni»⁽⁸¹⁾.

Il principio di non contraddizione avrebbe, insomma, una diversa valenza, secondo che lo si riferisca al *piano, meramente astratto*, dell'eventuale esistenza, nell'ambito di un medesimo sistema giuridico, di disposizioni tutte valide ma tra loro incompatibili, od al *piano, eminentemente pratico*, dell'applicabilità, in un caso concreto, di tutte queste disposizioni. Mentre sul primo piano il principio di non contraddizione non avrebbe alcun valore, potendosi certamente ammettere la contestuale esistenza, in un medesimo sistema giuridico, di due disposizioni incompatibili che, ciò nondimeno, siano entrambe valide⁽⁸²⁾, sul secondo

(80) MANTOVANI (1966 a), 631.

(81) MANTOVANI (1966 a), 636.

(82) «Non si può affermare che l'ordinamento giuridico non tolleri, per natura, contraddizioni, essendo concepibili ipotesi di conflitto che, in quanto non risolvibili nel senso della invalidità di una delle norme sulla base dei criteri previsti dall'ordinamento stesso, permangono di fatto» [MANTOVANI (1966 b), 372].

piano, invece, quel principio troverebbe necessariamente una piena vigenza, considerato che – per necessità logica, ma soprattutto per necessità pratica – di due norme incompatibili, vale a dire non contestualmente applicabili, necessariamente potrà (e dovrà, se si vuole risolvere il relativo problema giuridico) applicarsene una soltanto; «onde qui il principio di non contraddizione assume un valore assoluto, che gli deriva dalla pratica impossibilità di attuazione di entrambe le norme»⁽⁸³⁾.

8.2.1. Si badi. Sebbene alcuni dei passi citati potrebbero indurre a pensarlo, non è che, per la concezione applicativa della coerenza, siano possibili antinomie *reali* tra norme (che andrebbero bensì metodicamente escluse, ma *salvo prova contraria*). L'idea, più esattamente, è che «la reale esistenza di conflitti e la risolvibilità dei medesimi costituiscono affermazioni egualmente valide, esprimendo, esse, due cose distinte: la prima, il risultato di una attività meramente ricognitiva; la seconda il risultato di una attività sistematica; l'una ciò che è e l'altra ciò che deve essere». Ma se un conflitto è risolvibile (con criteri interni al sistema, s'intende), allora è un conflitto apparente: e se tutti i conflitti sono risolvibili (poiché *devono* essere risolti), allora non esistono conflitti reali, ma solo conflitti apparenti.

La concezione ermeneutica ammette, tutt'al più, la possibilità di (quelli che potremmo denominare) conflitti *apparentemente reali*: antinomie reali tra i significati apparenti delle disposizioni interessate; antinomie che comunque sono destinate a rivelarsi meramente apparenti una

(83) MANTOVANI (1966 b), 373.

volta che, dal significato *prima facie* delle disposizioni, si passi a trarne – applicando i criteriolutivi che il sistema fornisce – il significato reale, cioè che queste realmente vogliono dire, una volta che siano state poste a confronto. Certo non si ammettono conflitti *realmente reali*: che intercorrano, cioè, tra due norme, oltre che valide, effettivamente applicabili nel caso specie. Detto altrimenti, si ammette che due norme incompatibili siano entrambe valide; ma non che due norme incompatibili possano essere entrambe applicabili nel medesimo caso di specie. E infatti, «di fronte ad una qualsiasi ipotesi di norme incompatibili, il principio di non contraddizione, se non consente necessariamente di escludere che tali norme possono essere entrambe valide, consente automaticamente di affermare che non possono essere entrambe applicabili»⁽⁸⁴⁾. E poiché l'esistenza di un conflitto (reale) di norme richiede che le due norme confliggenti, oltre ad essere entrambe valide (appartenenti, cioè, allo stesso ordinamento giuridico), abbiano anche un ambito di applicabilità almeno (in parte) coincidente⁽⁸⁵⁾, quell'affermazione si risolve nell'idea che non possano darsi conflitti reali tra norme.

8.3. Applicato alla materia dell'esercizio di un diritto, questo conduce alla tesi della concezione descrittiva, come declinata dalle versioni più recenti e mature: non sarebbe possibile che una stessa persona abbia il diritto di fare qualcosa ma anche il divieto di farla; si potrebbe concepire

(84) *Ibidem*.

(85) Cfr., per tutti, BOBBIO (1993), 214: perché si dia antinomia, «le due norme», oltre ad «appartenere allo stesso ordinamento», «debbono avere lo stesso ambito di validità [...] *temporale, spaziale, personale, materiale*»; ossia: debbono essere entrambe *applicabili* ad un medesimo caso di specie.

che una norma permissiva e una norma incriminatrice in conflitto siano entrambe valide: in nessun modo, però, potrebbero essere entrambe applicabili ad un medesimo caso di specie. Non sarebbero, insomma, ammissibili conflitti reali tra norma permissiva e norma proibitiva: in caso di conflitto, queste due norme potrebbero essere entrambe valide, ma mai entrambe applicabili; cosicché, per dire che qualcuno abbia il diritto di fare qualcosa, dovremmo già necessariamente sapere che farla non gli è vietato da un'altra norma del sistema.

9. Critica del dogma della coerenza del diritto oggettivo.

Non mi attarderò ad argomentare contro l'accezione ontologica della coerenza: la visione del diritto (come sistema armonico di norme), della conoscenza giuridica (quale mero rispecchiamento di un ordine giuridico pre-dato) e del ruolo dell'interprete (quale obbediente *bouche de la loi*) su cui essa radica è talmente ingenua che oggi nessun giurista la sostiene veramente.

Più insidiosa, invece, la sfida lanciata dall'accezione ermeneutico-applicativa; questa infatti si sviluppa a partire da fondamenti teorici che riscuotono ben maggiore successo e che appaiono complessivamente condivisibili: penso, in particolare, all'idea che l'interprete abbia un ruolo attivo nell'attribuzione di significato alle disposizioni giuridiche; e che dunque, almeno entro certi limiti, occorra distinguere tra disposizione, come enunciato normativo, e norma, come significato della disposizione ricavato a mezzo di interpretazione.

Il fatto è, però, che anche l'accezione applicativa della coerenza del diritto ha dei difetti, degli snodi problematici,

che si possono così riassumere:

a. l'assunto secondo cui la coerenza dell'ordinamento è un'esigenza, un fine, può voler dire cose molto diverse: e in ogni caso, nulla che avvalori l'idea che non esistano antinomie reali;

b. posto, poi, che questa esigenza venga riferita alla fase applicativa, è parimenti ambiguo l'assunto secondo cui: "il diritto, in quanto applicato, è coerente perché il giudice ha il *dovere* di risolvere le antinomie che gli si presentino";

c. l'accezione ermeneutica della coerenza fornisce inoltre una rappresentazione inadeguata della natura e del funzionamento dei criteri di soluzione delle antinomie: li impiega come strumenti per avvalorare la finzione che, in realtà, le antinomie risolte fossero, già da prima di essere risolte, soltanto apparenti, mentre invece quei criteri presuppongono un assunto esattamente inverso: che, cioè, le antinomie risolte fossero, prima di essere risolte, antinomie reali (e che talora continuino ad esserlo anche dopo essere state risolte rispetto ad un caso di specie).

Allo sviluppo di queste obiezioni saranno dedicati i paragrafi a seguire.

10. *Quale coerenza per il diritto oggettivo?*

Secondo l'accezione ermeneutica, si è appena visto, la coerenza sarebbe, più che una qualità immanente al diritto, una esigenza, un fine: detto altrimenti, il diritto potrebbe certamente presentare antinomie, ma, per così dire, non potrebbe considerarle lecite, non potrebbe tollerarle.

Con affermazioni simili, in realtà, si possono astrattamente voler dire due cose assai diverse.

Per un verso, la coerenza può costituire un'esigenza

dell'ordinamento giuridico nel senso che può essere considerato l'oggetto di un principio di politica legislativa (rivolto, quindi, a coloro che esercitano il potere di produrre disposizioni) il fatto di cercare di evitare l'emanazione di norme incompatibili con altre norme, o comunque di predisporre delle regole sufficientemente precise e complete onde riuscire sempre a stabilire quale di due norme incompatibili debba applicarsi in un caso concreto ⁽⁸⁶⁾.

Intesa in questo senso, tuttavia, la coerenza come esigenza non assicura affatto che il diritto oggettivo sia, poi, effettivamente coerente, né impone in alcun modo al giudice-interprete di *ridurlo a coerenza*. In questo primo senso si intende semplicemente dire che sarebbe per più versi un bene che un certo diritto oggettivo (un certo insieme di disposizioni) fosse coerente: sul presupposto implicito che ciò consentirebbe di realizzare un certo grado di certezza del diritto e di giustizia ed eguaglianza del trattamento giuridico dei consociati. Nient'altro: nulla, in particolare, che legittimi una presunzione che ciò effettivamente accada ⁽⁸⁷⁾.

10.1. Quando parla della coerenza come esigenza, come «**fine dell'ordinamento**», la concezione ermeneutica si riferisce, piuttosto, ad «un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto» ⁽⁸⁸⁾: s'intende,

(86) Questo parrebbe, ad es., il senso in cui DELOGU (1956-1957), 102 ss., intende il concetto di «*unité systématique*» quale «*exigence fonctionnelle de l'ordre juridique*» (103).

(87) V. ad es. GÜNTHER (1983), 97, 98 («Die "Einheit der Rechtsordnung" [...] verbietet, dass Wertungswidersprüche entstehen. Aber sie beantwortet nicht, ob das der Fall ist»).

(88) CRISAFULLI (1975), 162. V. anche CELOTTO (2001), 134: «la coerenza dell'ordinamento ... non è propriamente una sua qualità, un carattere

dell'applicazione giudiziale del diritto. Sebbene in un certo caso risultino astrattamente (apparentemente?) applicabili più norme tra loro incompatibili, alla fine «la norma validamente applicabile dev'essere una sola ed avere un solo significato»⁽⁸⁹⁾.

Il “momento”, in cui le antinomie giuridiche sono destinate a sciogliersi, a rivelarsi meramente apparenti, ed è destinata ad emergere la coerenza del diritto, sarebbe insomma quello in cui un giudice si trovi a dover decidere un caso concreto, a doverlo qualificare giuridicamente, a dover scegliere ed individuare il diritto da applicare. Proprio in questo senso la coerenza del diritto sarebbe, più che una qualità dell'ordinamento, un fine di esso: il diritto è necessariamente ridotto a coerenza dal giudice, il quale, trovandosi di fronte a due norme incompatibili, entrambe (apparentemente?) applicabili, avendo il dovere di decidere il caso sottoposto alla sua attenzione (posto il divieto di *non liquet*), ha – con ciò stesso – il dovere di risolvere l'antinomia, e decidere quale delle due norme applicare.

10.2. Questo modo di impostare il problema delle antinomie giuridiche, se costituisce, da un certo punto di vista, una verità del tutto lapalissiana, rappresenta invece, da un altro punto di vista, un tentativo del tutto inidoneo di mostrare che il diritto possa in ultima analisi (ossia: proprio in quanto applicato) dirsi coerente.

Corrisponde indubbiamente al vero l'idea, che, a parte

indefettibile, un dogma ... ma piuttosto una esigenza, un risultato, un fine dello stesso ordinamento, che emerge – e deve essere raggiunto – nel suo momento applicativo». Analogamente già BAUMANN (1962), 71; SCHMIDHÄUSER (1972), 46.

(89) CRISAFULLI (1975), 162. V. anche MODUGNO (2001), 104.

i casi (o la gran parte dei casi) di abrogazione espressa, la soluzione delle antinomie giuridiche sia compito che spetti essenzialmente al giudice (inclusa, ovviamente, la Corte costituzionale). Non è certo rimesso al singolo consociato di stabilire quale di due norme in conflitto debba essere applicata, e quindi quale debba considerarsi la configurazione del diritto oggettivo rispetto ad un certo caso concreto. In questo senso, la soluzione delle antinomie giuridiche, avendo direttamente a che fare con una più precisa determinazione del diritto valido ed applicabile, è mansione che va necessariamente devoluta ai soggetti che hanno, per compito istituzionale, proprio quello di decidere intorno al diritto valido e applicabile.

D'altra parte, se è vero che sul giudice grava un divieto di *non liquet*, si può dire che egli abbia, non solo il compito, ma in un certo senso – e con un certo grado di semplificazione – anche il “dovere” di risolvere antinomie giuridiche, quando da ciò dipenda la soluzione di un caso concreto.

Fin qui l'accezione ermeneutico-applicativa si sviluppa su assunti plausibili.

Vien fatto di chiedersi, però: basta questo a rendere coerente il diritto (il diritto in quanto applicato)? E se sì, in che senso il diritto oggettivo sarebbe coerente? Che tipo di coerenza è quella assicurata da una visione che faccia leva sul fatto che i giudici, anche di fronte ad un'antinomia, non possono limitarsi ad un *non liquet*?

A me pare che, in questa prospettiva, l'idea della coerenza venga fuori, non come un fine, ma piuttosto come un'ovvietà, come una tautologia, che ha ben poco di quel fondamentale principio, cui solitamente la si fa assurgere.

Ed infatti, se per definizione ricorre un'antinomia quando due norme, da cui dovrebbe dipendere la soluzione

di un caso di specie, non sono entrambe congiuntamente applicabili da parte di uno stesso giudice ad uno stesso caso di specie, è del tutto ovvio che, se una norma alla fine il giudice dovrà applicare (dovendo necessariamente decidere il caso), questa non potrà che essere, alternativamente, o l'una o l'altra delle due. Il sistema, in questo senso, – in quanto preveda che necessariamente una qualche norma debba trovare applicazione quale regola di un caso (in quanto, cioè, gravi il giudice del divieto di *non liquet*) – diviene per definizione, *per forza*, coerente: se per coerenza si intende (come sembrano fare i sostenitori di una concezione applicativa) assicurare che sarà applicata solo una delle due norme in conflitto – e non tutt'e due –, data un'antinomia, quale impossibilità di applicare congiuntamente due norme, il sistema sarà *necessariamente* coerente; quale che sia la norma che infine verrà applicata, il risultato rimane sempre lo stesso: è impossibile che il sistema sia incoerente. (Il che, per inciso, corrisponde esattamente a quanto sostiene la tesi ontologica della coerenza.)

Questa, però, sarebbe una coerenza di ben scarso valore: una coerenza meramente contingente, *caso per caso*. Il sistema è coerente esclusivamente nel senso che, per ogni caso concreto, sarebbe comunque assicurata l'applicazione di una sola di due norme eventualmente in conflitto.

Quando si pensa alla coerenza come esigenza dell'ordinamento, non ci si riferisce certo a questa banalità. Vista nell'ottica del diritto penale, la coerenza costituisce piuttosto *un risvolto del principio di determinatezza* delle norme penali; più in generale, il valore della coerenza si apprezza essenzialmente per la capacità del diritto di dare adeguata realizzazione al principio di uguaglianza e di for-

nire ai consociati direttive sufficientemente univoche di azione ⁽⁹⁰⁾. La coerenza come fine del sistema, dunque, rinvia in ogni caso al bisogno di assicurare *soluzioni sufficientemente stabili* alle antinomie giuridiche. Le ragioni che rendono la coerenza del diritto una esigenza di grande peso radicano infatti nell'idea che sia necessaria una sufficiente omogeneità nella soluzione di antinomie giuridiche omogenee: e nel bisogno di garantire, per questa via, certezza del diritto ed eguaglianza (formale e sostanziale) di trattamento.

Sistema coerente, in questo senso, è quel sistema al cui interno *conflitti* di norme *analoghi* vengano stabilmente risolti in *maniera analoga*: un sistema che cioè assicuri una sufficiente omogeneità nella soluzione di antinomie giuridiche omogenee.

11. *Il conflitto di norme dal punto di vista del giudice chiamato a risolverlo. La "tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta". Critica.*

Coerenza, dunque, come stabilità e prevedibilità delle soluzioni delle antinomie giuridiche.

Una coerenza di questo tipo, però, non è certo assicurata per il solo fatto che i giudici abbiano il "dovere" di risolvere antinomie: essa dipende, semmai, dal *modo* in cui le

(90) V. ad es. GÜNTHER (1983), 95. V. inoltre NINO (1999), 79 ss., per l'idea, correlativa, che le antinomie giuridiche costituiscano altrettante forme di indeterminatezza *pragmatica* del diritto: legata, cioè, non al significato di una parola o di un'espressione, ma alla individuazione di ciò che *veramente* il diritto "vuole" che il proprio destinatario faccia. Analogamente LUZZATI (1990), 78 ss.

antinomie sono risolte.

È proprio da qui, dal modo in cui si risolvono le antinomie, che dobbiamo allora partire per vedere se il diritto possa dirsi coerente. L'idea, qualificante l'accezione ermeneutica della coerenza, che tutte le antinomie giuridiche, una volta risolte, debbano risultare apparenti, presuppone infatti che il diritto sia *sempre* in grado di fornire al giudice i criteri per giungere ad *una* soluzione del conflitto tra due norme, e che tale soluzione, ricavata in base ai criteri forniti dal sistema, sia l'*unica* soluzione giuridicamente corretta, ammissibile; e che, di conseguenza, l'esistenza di un certo rapporto tra due norme (il rapporto rilevante ai fini dell'applicazione del criterio: ad es., di difformità gerarchica, di successione cronologica, genere-specie) determini *automaticamente*, di per se stessa, la soluzione del conflitto: dal momento stesso in cui il rapporto viene ad esistenza e prima ancora che il criterio sia concretamente applicato, la soluzione del conflitto – l'unica giuridicamente ammissibile, “vera” – sarebbe già lì, a disposizione del giudice, che non dovrebbe far altro che prenderne atto e dichiararla.

Questo modo di ragionare (che possiamo etichettare “*tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta*”) mostra, però, tutti i propri limiti una volta che si passi a considerare più da vicino il fenomeno della soluzione di antinomie giuridiche.

11.1. Non è vero, innanzitutto, che nel diritto oggettivo esistano i criteri per risolvere *qualsiasi* conflitto di norme: che, cioè, *tutte* le antinomie giuridiche siano risolvibili mediante criteri interni al sistema: e che, quindi, non esistano antinomie giuridicamente indecidibili. I criteri pre-

senti nel sistema (gerarchia, cronologia, specialità, competenza) ⁽⁹¹⁾, infatti, non assicurano sempre una soluzione.

(91) Sono questi i criteri positivizzati nel nostro diritto. Il criterio gerarchico può, ad es., ritenersi cristallizzato sia negli artt. 134 e 136 Cost. (per ciò che riguarda i rapporti fra norme costituzionali e legge ordinaria), sia nell'art. 4 prel. (per ciò che riguarda i rapporti fra legge ordinaria e regolamenti), sia nell'art. 360 CPC (per ciò che riguarda i rapporti fra legge ordinaria e sentenza del giudice), sia infine nell'art. 1343 CC (per ciò che riguarda i rapporti fra "norme imperative" e contratto) [per questa elencazione, v. BOBBIO (1993), 219]. Il criterio cronologico, a sua volta, è espressamente previsto all'art. 15 prel., a tenore del quale, come noto, "le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore". Il criterio della *lex specialis*, infine, è appositamente previsto da più norme, in relazione a diversi contesti: l'art. 15 CP, ad es., ne fa applicazione con riguardo ai rapporti fra "leggi penali"; l'art. 9 della legge 689 del 1981 ne fa invece applicazione nei rapporti fra legge penale incriminatrice e disposizioni che sanzionano illeciti amministrativi; l'art. 19¹ del d.lgs. 74 del 2000 ne fa poi applicazione con riguardo ai rapporti fra reati tributari (disciplinati nel titolo II del medesimo d.lgs.) e illeciti amministrativi. Secondo una lettura possibile, inoltre, il criterio della *lex specialis* potrebbe ritenersi costituzionalizzato nell'art. 3 Cost.

Un discorso a parte vale per il criterio della competenza [su cui v., ad es. PALADIN (1996), 83 ss., 93 ss.]. Questo, a ben vedere, non costituisce propriamente (o, comunque, necessariamente) un criterio di soluzione di antinomie; esso concerne, infatti, non già (almeno: non direttamente) la maggiore o minore forza di una norma rispetto ad un'altra, ma piuttosto l'esistenza, o meno, in capo ad una certa "fonte", ad una certa autorità, del potere giuridico di produrre norme riguardanti una certa materia: «Dove vige il principio di competenza, le fonti si confrontano non in termini di maggiore o minore efficacia, e nemmeno in termini di fonte anteriore e fonte posteriore [...], ma in termini di reciproca esclusione su un determinato campo materiale» [ZAGREBELSKY (1984), 66]. L'applicazione del criterio, insomma, non presuppone affatto l'esistenza di due norme in conflitto: esso troverebbe applicazione anche nel caso di emanazione di una norma, vertente su una certa materia, da parte di un'autorità incompetente, senza che l'autorità competente abbia in alcun modo disciplinato la materia stessa [v. ad es. PALADIN (1996), 93]; od anche nel caso in cui la disciplina dettata dall'autorità incompetente e quella dettata dall'autorità competente non siano affatto incompatibili. Il senso del criterio è, semplicemente, quello di stabilire che ogni autorità normativa si limiti a regolare materie di sua competenza.

Naturalmente, quando due autorità, ognuna delle quali pretenda di ave-

Può capitare che nessuno di essi sia concretamente applicabile (come nel caso in cui a confliggere siano due norme coeve ⁽⁹²⁾ e gerarchicamente omogenee ⁽⁹³⁾ che abbiano fattispecie identiche o meramente interferenti ⁽⁹⁴⁾): si pensi al conflitto tra principi costituzionali (ad es.: libertà religiosa – dei genitori – *vs.* diritto alla salute – della prole –; libertà di espressione *vs.* dignità della persona; ecc.). Può altresì capitare che più di un criterio sia applicabile in un caso di specie (cosiddette antinomie di secondo grado, o conflitti tra criteri o meta-antinomie: ad es., norma generale posteriore *vs.* norma speciale anteriore; oppure, norma generale sovra-ordinata *vs.* norma speciale subordinata): e, come vedremo anche più avanti (§ 12), non esistono regole che, per tutti i casi di meta-antinomia, sanciscano in maniera espressa o comunque univoca una scala di prevalenza tra criteri.

In situazioni di questo genere – sempre che non intervenga il legislatore ad eliminare una delle (od entrambe le) norme in conflitto, od anche (nel caso di conflitto tra criteri) a stabilire quale dei criteri contrastanti debba applicarsi – l'*antinomia* è giuridicamente *indecidibile*; manca, cioè, un'unica soluzione giuridicamente corretta di essa: dal punto di vista del sistema, la prevalenza dell'una o la prevalenza dell'altra norma rappresentano conclusioni egualmente plausibili. La decisione del conflitto è intera-

re competenza esclusiva in una certa materia, abbiano emanato norme tra loro incompatibili, il criterio della competenza varrà, di fatto, a risolvere l'antinomia tra le norme emanate, stabilendo che norma valida è da considerarsi esclusivamente quella promanante dalla fonte individuata, in seguito all'applicazione del criterio, come autorità competente.

(92) Il che esclude l'applicabilità del criterio cronologico.

(93) Il che esclude l'applicabilità del criterio gerarchico.

(94) Il che esclude l'applicabilità del criterio di specialità.

mente rimessa ad una vera e propria *scelta* del giudice, che sarebbe del tutto fittizio imputare ad una sorta di coerenza retroattiva del sistema.

12. (Segue) *Gerarchia, competenza, cronologia e specialità rivisitate.*

Ma la tesi che tutte le antinomie, una volta risolte, vadano considerate (essere sempre state) meramente apparenti non funziona neanche rispetto a quei casi per i quali i criteri di soluzione predisposti dal sistema si rivelino tutto sommato adeguati.

La tesi, come detto, presuppone l'idea che i criteri di soluzione delle antinomie forniti dal sistema, quando applicabili, indichino sempre al giudice un'unica soluzione corretta del conflitto.

Quest'idea, però, stride in modo palese con il fatto che il *se* ed il *come* dell'applicazione di quegli stessi criteri, nella pratica, appaiono in buona misura in balia di forti esercizi di discrezionalità, dell'effettuazione di giudizi di valore, di opzioni morali, da parte del giudice che li adoperi ⁽⁹⁵⁾. E questo alto tasso di discrezionalità non sempre è dovuto ad abusi del giudice, ma in un certo senso è necessariamente implicato nei presupposti di funzionamento dei criteri in questione. Ciò che compromette definitivamente la possibilità di sostenere (con l'accezione ermeneutica del dogma della coerenza e con la concezione descrittiva dell'art. 51 CP, che su questo dogma si fonda) che l'esistenza di un certo rapporto tra due norme determini automaticamente

(95) NINO (1999), 79 ss.

la soluzione del conflitto; ed avvalora invece l'opposta convinzione che la soluzione di un'antinomia sia, in buona parte, il frutto di una scelta discrezionale dell'interprete tra più soluzioni giuridicamente ammissibili.

12.1. Consideriamo, ad es., il criterio gerarchico.

Si è soliti assumere che questo criterio abbia una forza superiore a quella degli altri due, cosicché, di due norme in conflitto, quella (posta da fonte) gerarchicamente superiore dovrebbe sempre prevalere su quella (posta da fonte) inferiore, anche ove questa sia, per es., posteriore e/o speciale rispetto alla prima. L'assunto parrebbe anche avere un, sia pur parziale, riscontro normativo: esso, ad es., nei rapporti fra Costituzione e legge ordinaria (area di grande interesse per la tematica dell'esercizio di un diritto) trova espressione nell'idea stessa che quella italiana sia una Costituzione rigida, e quindi nella resistenza passiva delle norme costituzionali rispetto a modificazioni o deroghe provenienti da fonte subordinata (v. artt. 134, 136 Cost.). Ne dovrebbe conseguire l'impossibilità di meta-antinomie reali tra il criterio gerarchico ed uno degli altri due criteri: può certamente darsi il caso che la soluzione indicata dal primo sia incompatibile con quella indicata da uno degli altri due; la meta-antinomia (il conflitto tra criteri solutivi) che ne consegue sarebbe tuttavia meramente apparente; infatti, la norma inferiore incompatibile con quella superiore sarebbe per ciò stesso (totalmente o parzialmente, ossia: nella misura del contrasto) invalida: con il che verrebbe meno uno dei presupposti costitutivi di ogni antinomia giuridica (che cioè le due norme siano contestualmente valide).

Questa sarebbe, tuttavia, una rappresentazione astratta e scolastica del modo in cui stanno le cose: in realtà, «[n]on si può escludere la possibilità che le corti, anche

senza espressa autorizzazione, si scostino dalla *lex superior*»⁽⁹⁶⁾. Un giudice, ad es., potrà molto spesso argomentare – in maniera ragionevole, sostenibile – che la norma subordinata, in conflitto con una di più alto livello gerarchico, sia in realtà espressione di un principio, o di una direttiva normativa, a loro volta cristallizzati in una norma gerarchicamente equiordinata rispetto alla seconda: questo ragionamento consente, al giudice che lo ritenga, di trarre la conclusione che il conflitto tra la norma gerarchicamente subordinata e quella sopraordinata non debba, in un caso di specie, risolversi nel senso dell'invalidità della prima (come vorrebbe invece un'applicazione del criterio gerarchico).

Capita, per verità, che di ragionamenti del genere i giudici facciano un uso improprio: come, ad es., è accaduto in molti casi⁽⁹⁷⁾ nei quali la Corte costituzionale, per evitare vuoti di tutela, ha ri-definito l'oggettività giuridica di un reato in modo da renderla espressione di un principio costituzionale in realtà estraneo allo scopo originario della norma incriminatrice.

Ciò nondimeno, la ricerca dei principi soggiacenti a (o comunque espressi da) norme gerarchicamente disomogenee, l'individuazione del rango rispettivo, e quindi il bilanciamento tra di essi (ossia: la determinazione del valore rispettivo), è una premessa nient'affatto arbitraria, ma anzi necessaria ad un impiego oculato del criterio gerarchico. La prevalenza della *lex superior* non può farsi dipendere esclusivamente da una constatazione meccanicamente topografica della posizione rispettiva di due disposizioni. La

(96) Ross (1990), 125.

(97) In materia, ad es., di reati di sciopero, o di apologia di delitto.

norma superiore è tale, non solo perché per avventura si trovi collocata più in alto di un'altra con essa in conflitto; ma anche perché costituisce espressione di un principio più importante, più pesante di quello espresso nella norma subordinata.

L'applicazione del criterio gerarchico presuppone dunque un bilanciamento tra i principi soggiacenti a (o comunque espressi da) le due norme gerarchicamente disomogenee. E le soluzioni trovate per via di bilanciamento sono necessariamente soluzioni "mobili" ⁽⁹⁸⁾: non tanto nel senso che debba per forza trattarsi di soluzioni che abbiano di fatto uno scarso livello di stabilità nella impostazione delle gerarchie dei valori in conflitto ⁽⁹⁹⁾; quanto nel senso che, anche dove un criterio di bilanciamento si stabilizzi nel tempo, la gerarchia in tal modo instaurata, essendo interamente fondata sulla considerazione del peso relativo dei valori in gioco, sarà pur sempre, strutturalmente, meno rigida e più fluida di quella che invece si fondasse direttamente sul dato oggettivo, indiscutibile, della diversa collocazione di due disposizioni nella gerarchia delle fonti.

Questo rende difficile affermare che l'impiego del criterio gerarchico permetta di individuare, per il conflitto al quale lo si riferisca, l'unica soluzione giuridicamente corretta: e quindi sostenere che il conflitto tra due norme gerarchicamente disomogenee sia sempre, per definizione, un conflitto *meramente apparente*.

12.1.1. Il contrasto tra norma (di fonte) inferiore e

(98) "Gerarchie assiologiche mobili" le definisce GUASTINI (1998), 230 s.

(99) Questo è, invece, il modo in cui la definizione di Guastini è, talora, interpretata: così, parrebbe, PINO (2007), 256 s.

norma (di fonte) superiore, infatti, *non* produce mai *automaticamente* l'invalidità della prima: dato un tale rapporto (di eterogeneità gerarchica), l'applicazione (e quindi il prodursi dell'effetto) del criterio gerarchico non è *in re ipsa*, ma dipende interamente dalla decisione del giudice, ossia, dal fatto che questi decida di risolvere l'antinomia applicando quel criterio.

La norma (di fonte) subordinata sarà valida – continuerà cioè ad esistere, ad appartenere al diritto oggettivo, e ad essere concretamente applicabile – finché un organo competente, “dichiarato” il contrasto di essa con una norma superiore, non applichi il criterio gerarchico, eliminando la norma di fonte inferiore dal sistema. L'incompatibilità, di per sé sola, non determina l'invalidità della norma subordinata ⁽¹⁰⁰⁾; questa deve invece essere appositamente “dichiarata”; e tale “dichiarazione” ha un *valore costitutivo* nel produrla, nel rendere invalida, o comunque inapplicabile, la norma subordinata ⁽¹⁰¹⁾.

(100) GAVAZZI (1959), 96 ss.

(101) KELSEN (1985), 196; ID. (1994), 160, 164.

Una possibile conferma testuale del ragionamento: l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 nel precisare la portata dell'art. 136 Cost., non dice affatto che «sono invalide le norme costituzionalmente illegittime, e quindi tutte le norme incompatibili con la costituzione, ma che» non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, e quindi «sono [*recte: diventano*] invalide “le norme dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale”. La illegittimità costituzionale è il presupposto della pronuncia di illegittimità costituzionale, e quest'ultima e non la prima è il requisito enunciato dal criterio di invalidità» [per questa osservazione, v. ancora GAVAZZI (1959), 119].

In merito agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di leggi penali, v. inoltre PARODI GIUSINO (1982).

Lo stesso ragionamento (è un punto sul quale mi ha fatto riflettere Giorgio Pino) vale anche per i rapporti tra legge e regolamento, legge e contratto, legge e sentenza: dove la dichiarazione da parte del giudice competente è costi-

«[L]a “superiorità” di una norma rispetto ad un’altra», insomma, «non è che il riflesso della» *mera possibilità* che la seconda sia annullata (o disapplicata) per difformità nei confronti della prima, ma non vale mai come “automatica” cedevolezza di essa nei confronti della presunta norma “superiore”. Fino alla sua invalidazione o disapplicazione, essa persiste nell’ordinamento»⁽¹⁰²⁾.

Prima che il conflitto tra due norme sia risolto in applicazione del criterio gerarchico, dunque, entrambe le norme sono valide ed applicabili, e il conflitto tra di esse, intercorrendo tra norme valide ed applicabili, è un conflitto necessariamente reale⁽¹⁰³⁾.

12.2. Un ragionamento sostanzialmente analogo vale

tutiva dell’invalidità, rispettivamente, del regolamento, del contratto, della sentenza in conflitto con la legge.

(102) MODUGNO (1980), 714 (corsivo aggiunto).

(103) Un’opinione diversa è stata difesa assumendo come base di partenza, da un lato, la distinzione tra “validità” (quale relazione di conformità tra legge e costituzione) ed “efficacia” (quale applicabilità di una norma), dall’altro lato, quella tra contenuto della pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale (consistente in un giudizio di invalidità) ed effetti di tale pronuncia (consistenti nell’annullamento della norma, nella sua perdita di efficacia). Assunti questi presupposti, la sentenza di accoglimento della Corte costituzionale sarebbe, per un verso, *dichiarativa* della invalidità della norma, e per altro verso *costitutiva* della sua inefficacia [v. GUASTINI (1993), 314-316; ID., (2001), 92].

Questo modo di impostare il discorso, peraltro, non toglie che, non essendo «la validità ... una condizione necessaria di efficacia», nel senso che «anche le leggi invalide possono ben essere efficaci, ossia applicate», una legge incostituzionale continui ad essere «pacificamente applicata fino a che non intervenga l’annullamento» [GUASTINI (1993), 315]. E ciò, mi pare, non fa che confermare l’idea, qui espressa, che fin quando non interviene la sentenza della Corte costituzionale a “dichiarare” l’illegittimità della legge, il conflitto tra questa e una norma costituzionale è tutt’altro che apparente: come potrebbe essere tale il conflitto tra due norme perfettamente applicabili, e di fatto applicate?

anche per il criterio della competenza, quando questo funzioni da criterio di soluzione di antinomie ⁽¹⁰⁴⁾. Basti qui evidenziare che il «criterio su cui si basa la competenza», ossia: «quello delle materie da regolare,» è «chiaro in astratto, ma di difficilissima determinazione in concreto, [...] stante la circostanza della totale contiguità dei campi materiali e la possibilità di definirli da *punti di vista diversi*» ⁽¹⁰⁵⁾, e stante, altresì, in alcuni casi, persino la difficoltà di determinare l'esatto significato della “materia” dalla quale dipende l'attribuzione di competenza ⁽¹⁰⁶⁾.

Il che, nella normalità dei casi, comporta che: *a)* un'applicazione del criterio della competenza richiederà un certo esercizio di discrezionalità da parte dell'interprete, ad es. nello stabilire se l'oggetto di una certa disciplina normativa rientri in questa o in quella materia, e quindi nella competenza di questa o di quella autorità; *b)* le soluzioni in tal modo ottenute saranno assai più il frutto di una scelta dell'interprete, che conclusioni imputabili ad una avalutativa sussunzione del concreto oggetto di disciplina in questa o quella “materia”: si pensi al caso in cui nel concreto oggetto di disciplina, come spesso accade, si intersechino diverse materie, ognuna di competenza di una autorità normativa diversa.

(104) V. *supra*, nt. 91.

(105) ZAGREBELSKY (1984), 66: «per esempio, la disciplina del credito in agricoltura, rientra nella “materia” credito o in quella agricoltura?, la disciplina degli insediamenti industriali ha a che fare con l'industria o con l'urbanistica?, l'intervento sugli impianti di diffusione radiotelevisiva ha a che fare con i lavori pubblici o con l'informazione? ecc.».

(106) Emblematico il caso del concetto di “ordinamento penale”, quale oggetto di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. *l*, Cost. (come riformato dall'art. 3, comma primo, l. cost. 18.10.2001, n. 3). In argomento, v. diffusamente RUGA RIVA (2007), 655 ss.

12.3. Ancor meno difendibile è, poi, la *tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta*, se la si vuole far discendere dal funzionamento del criterio cronologico ⁽¹⁰⁷⁾.

L'uso del criterio cronologico, per sua natura, comporta infatti un elevato livello di discrezionalità interpretativa, che dipende dal (da quello che è comunemente ritenuto il) fondamento stesso del criterio, e quindi dal senso profondo del principio in esso contenuto. Il criterio della *lex posterior*, per come generalmente lo si intende, trova infatti la propria ragion d'essere nella particolare valenza ad esso attribuibile ai fini della ricostruzione delle intenzioni del legislatore: la legge posteriore prevale su quella anteriore con essa incompatibile perché sarebbe contraddittorio che il legislatore, all'atto della emanazione della legge successiva, volesse anche mantenere in vita la legge preesistente che con questa sia in conflitto. Posto il conflitto tra la legge che si emana e una precedente, la volontà legislativa di introdurre la nuova norma implicherebbe essa stessa anche la volontà di abrogare la vecchia.

In questo modo, però, il dato fondamentale da cui si fa dipendere l'impostazione e il superamento del conflitto tra norme non coeve finisce, in maniera tanto impercettibile quanto inevitabile, per scivolare dal fatto, obiettivo, che tra le due norme esista un certo rapporto di successione cronologica, al fatto, da ricavare interamente per via interpretativa, che nella successione cronologica effettivamente si esprima una certa intenzione del legislatore; il criterio cronologico degrada così a mero indizio di un più fondamentale indice risolutivo soggiacente: la *voluntas le-*

(107) Su cui v., in generale, PUGLIATTI (1958); KELSEN (1966), 233; ID. (1981), 198, 201 ss.; ID. (1985), 197-9; e, da ultimo, CELOTTO (2001), 153 ss.

gis.

Dall'impiego del criterio cronologico si ricava, di conseguenza, non già direttamente la soluzione del conflitto a beneficio della norma posteriore, ma piuttosto *una sorta di presunzione relativa* in ordine al fatto che la prevalenza, e quindi l'applicazione, della norma più recente, in vece di quella preesistente, corrisponda all'intenzione del legislatore.

Non è detto, però, che questa presunzione non possa in certi casi essere superata da (quella che sia operata dal giudice come) una diretta interpretazione della *voluntas legis*, dello scopo effettivamente perseguito dal legislatore con l'introduzione della nuova disposizione.

Dove un "meccanico" impiego del criterio della *lex posterior* conduca a soluzioni giudicate dall'interprete dubbie, problematiche, inopportune, ingiuste, rimane aperta a questi la possibilità di proiettarsi verso una diretta considerazione degli scopi della novazione legislativa, per stabilire se effettivamente quelle soluzioni rientrassero in questi scopi ⁽¹⁰⁸⁾. In questo senso, spetta sempre all'interprete «l'accertamento dell'incompatibilità» tra le due norme nel caso concreto ⁽¹⁰⁹⁾: spetta a lui, cioè, interpretare le due disposizioni non coeve, ricostruire il loro significato in conformità alle intenzioni del legislatore, e quindi decidere se e quanto le norme ricavabili da quelle disposizioni, al di là

(108) Lucidamente ROSS (1990), 124-5: «Il criterio della *lex posterior* può ... essere caratterizzato soltanto come un importante principio di interpretazione fra gli altri». «La *lex posterior* si applica solo in quanto, in termini soggettivi, il legislatore "intendeva" che essa sostituisse la precedente».

(109) «Nell'abrogazione tacita, l'accertamento dell'incompatibilità è rimesso all'interprete, ed in ultima analisi al giudice, cui spetta dichiarare *caso per caso* l'abrogazione e precisarne i limiti» [CRISAFULLI (1975), 169 (corsivo mio)].

della formulazione letterale di queste, siano in conflitto, e se sia veramente intenzione del legislatore far prevalere sempre (ossia: anche nel caso concreto oggetto di decisione) la norma posteriore.

Finché la disposizione preesistente non sia formalmente posta nel nulla (ad es., mediante abrogazione espressa), non si può dunque escludere che un giudice, interpretando restrittivamente la *lex posterior* o comunque dando (più o meno surrettiziamente) rilievo ad un qualche elemento della situazione concreta (per es., al fatto che la norma preesistente sia speciale rispetto a quella posteriore), riesumi in tutto o in parte il contenuto della prima rispetto alla soluzione di un caso concreto ⁽¹¹⁰⁾.

Potrebbe allora capitare che un giudice (G₁), rispetto al caso C₁, decida di applicare la norma ricavabile (o comunque, da lui ricavata) dalla disposizione posteriore, e che invece un altro giudice (G₂), rispetto al caso C₂, in tutto analogo a C₁, interpreti diversamente le due disposizioni non coeve, o gli scopi della novazione legislativa, e giunga per questa via alla conclusione, esattamente opposta a

(110) Questo passaggio – e con esso la differenza tra abrogazione espressa e abrogazione tacita – non si possono cogliere adeguatamente se non si tiene a mente la distinzione tra “disposizione”, come enunciato normativo, e “norma”, come significato della disposizione ricavato per via di interpretazione. *L’abrogazione espressa* è sempre *abrogazione di disposizioni*: essa comporta sempre, direttamente, la cancellazione di interi enunciati normativi, o di parti di essi, i quali pertanto non potranno più venire chiamati in causa per l’avvenire. *L’abrogazione tacita*, invece, (ma lo stesso vale anche per la cosiddetta abrogazione formalmente espressa, che si verifica allorché il legislatore, nell’emanare una certa disposizione, si limita a dichiarare abrogate tutte le disposizioni incompatibili con quella, senza indicarle specificamente e nominalmente) è *abrogazione di norme*: essa non determina mai, direttamente, la cancellazione di un enunciato normativo, ma piuttosto agisce esclusivamente a livello di ricostruzione del “vero” significato di disposizioni, che, come tali, continuano a persistere nel sistema [cfr. GUASTINI (1993), 294.].

quella di G_1 , di applicare la norma ricavabile (o comunque, da lui ricavata) dalla disposizione anteriore. È, cioè, possibile che una stessa norma debba considerarsi abrogata per un giudice, e non debba considerarsi tale per un altro ⁽¹¹¹⁾: senza che, per ciò solo, sia necessario credere che uno dei due giudici abbia adottato una decisione errata.

Questa fluidità di soluzioni ⁽¹¹²⁾, e l'elevato livello di discrezionalità che si trova a gestire l'interprete nel decidere, anche oltre la lettera delle disposizioni prese in considerazione, se e quanto tra le norme da esse ricavabili vi sia incompatibilità, e se e quando la prevalenza della norma posteriore rispecchi effettivamente la *voluntas legis*, rende assai difficile affermare che la soluzione ottenuta mediante il concreto impiego del criterio cronologico fosse (da sempre) l'unica soluzione giuridicamente giusta, e che «l'effetto abrogativo si produc[a] automaticamente» e vada semplicemente «dichiarato caso per caso da qualunque giudice» ⁽¹¹³⁾. Come potrebbe, quella derivante dal funzionamento del criterio cronologico, essere *l'unica risposta giuridicamente corretta* in un caso di specie (C_1), se un altro giudice, rispetto ad un altro caso (C_2) in tutto simile a C_1 , potrebbe legittimamente aggirare il criterio cronologico e decidere di applicare la norma anteriore in luogo di quella posteriore? Il vero è che l'abrogazione implicita è soluzione

(111) V. ad es. GUASTINI (1993), 297; ID. (1998), 194, 195-6. V. anche ZAGREBELSKY (1984), 41.

(112) Analoga incertezza si presenta, a maggior ragione, rispetto a molte situazioni di nuova regolazione dell'intera materia, dove – a parte i “casi facili”, in cui ad es. un vecchio codice è sostituito da un nuovo codice – spesso è tutt'altro che semplice decidere se con una nuova disciplina organica di una certa materia debba ritenersi abrogata tutta la disciplina preesistente relativa a quella stessa materia, o solo le norme effettivamente (ed individualmente) incompatibili con quelle che compongono la nuova.

(113) Così, invece, CRISAFULLI (1975), 174 (corsivo aggiunto).

che vale esclusivamente in relazione al caso deciso: la norma anteriore è considerata abrogata dal giudice che applichi il criterio cronologico; ma questa decisione (questa lettura, interpretazione) non vincola il giudice di un caso analogo che si dovesse ripresentare in futuro. L'antinomia tra norma anteriore e norma posteriore, risolta da un giudice con applicazione del criterio cronologico, è dunque destinata a riproporsi di nuovo rispetto a tutti i casi futuri. E se il conflitto è destinato a risorgere in futuro, vuol dire che esso è tutt'altro che apparente.

12.4. L'idea, che la soluzione di un'antinomia valga a dimostrare che essa era (è sempre stata) meramente apparente, mal si attaglia, infine, a spiegare anche il funzionamento del criterio della *lex specialis*.

Stando al modo corrente di intenderlo, l'effetto del criterio della specialità non consiste – come generalmente si ritiene che accada nel caso dei criteri gerarchico e cronologico – in un “annullamento” della norma “soccombente”, ma piuttosto in una deroga a carico della norma generale e a beneficio della norma speciale. Mentre, insomma, il criterio gerarchico e quello cronologico porrebbero fine (l'uno *ex tunc*, l'altro *ex nunc*) alla validità della norma soccombente ⁽¹¹⁴⁾, il criterio della specialità non compromette, nemmeno in parte, la validità della norma generale, anche rispetto ai fatti ai quali si riferisce la norma speciale: esso comporta, più semplicemente, che, finché vige la seconda, la prima non si applichi ai fatti in questa sussumibili. Ciò

(114) Salvo notare (come faremo *infra*, § 14.1.1) come ciò possa propriamente dirsi *solo per alcuni casi di applicazione del criterio gerarchico* (ad es.: invalidazione di legge ad opera della Corte costituzionale) e *solo per alcuni casi di abrogazione* (segnatamente, per i soli casi di abrogazione esplicita).

determina, per dirla icasticamente, una sottrazione “reversibile” di una certa categoria di fatti (quelli rientranti nella norma speciale) dall’ambito applicativo della norma generale: una compressione “contingente” di quest’ambito. La norma generale tornerebbe infatti a riespandere la propria portata qualora la norma speciale venisse abrogata o dichiarata incostituzionale: questo a dimostrare che, in realtà, anche durante la vigenza della norma speciale, la norma generale continua potenzialmente a riferirsi anche ai fatti sussumibili nell’altra.

12.4.1. Il criterio della specialità, così inteso, parrebbe, non solo compatibile, ma necessariamente connesso all’idea che il conflitto tra norma generale e norma speciale sia un conflitto reale: presentandosi, questo, come il conflitto tra due norme entrambe valide ed entrambe (almeno potenzialmente) riferibili ad una stessa categoria di fatti.

Senonché, è piuttosto diffusa la convinzione che il criterio della *lex specialis* valga, anziché a risolvere antinomie già esistenti, a prevenirle, ad evitarne il sorgere: il suo effetto sarebbe propriamente quello di impedire, grazie all’uso di particolari argomenti interpretativi, che l’antinomia si presenti ⁽¹¹⁵⁾. L’esistenza di un rapporto di specialità fra due norme esprimerebbe, infatti, «la volontà del legislatore di escludere dalla disciplina normativa generale il fatto specificamente regolato»: con la conseguenza

(115) GUASTINI (1998), 226 ss.; IRTI (1989), 79: «il criterio della specialità non è chiamato a risolvere antinomie del sistema (cioè conflitti tra norme che regolano in modo incompatibile il medesimo comportamento): esso si limita a stabilire un rapporto tra norme, nel senso che l’una sottrae all’altra una sezione dei casi disciplinati». Così, in sostanza, anche MANTOVANI (1966 a), 636-7; MODUGNO (1980), 710.

che, «in tutti i casi in cui esiste il rapporto di specialità, non esiste[rebbe] alcuna reale contraddizione tra norme: il fatto specificamente contemplato dalla norma, che attribuisce il diritto, è lecito *in radice*, così come è *in radice* illecito il fatto previsto dalla norma incriminatrice. La norma autorizzatrice specifica, opera radicalmente e originariamente su un piano diverso da quello della norma incriminatrice generica, poiché le sfere di riferibilità dell'una e dell'altra, non si intersecano, ma soltanto si lambiscono»⁽¹¹⁶⁾.

Detto altrimenti: l'applicazione del criterio della specialità consentirebbe di prevenire il conflitto tra norma generale e norma speciale, portandone ad evidenza la natura meramente apparente; l'esistenza di un rapporto di specialità tra due norme renderebbe *automaticamente* risolto – sin da prima dell'applicazione (giudiziale) del criterio – il conflitto tra di esse poiché, sin da quando norma generale e norma speciale sono coesistite, la norma generale non sarebbe mai stata realmente applicabile ai casi sussumibili sotto la norma speciale.

Questo ragionamento è però intimamente contraddittorio: al contrario di quanto si afferma, l'impiego del criterio della specialità presuppone invece che le due norme, tra le quali lo si applica, dovendo essere in rapporto di genere a specie, siano *realmente* riferibili ad una stessa classe di casi. A ritenere il contrario, infatti, mancherebbe in radice il presupposto stesso dal quale si pretende di ricavare la prevalenza della norma speciale (ossia: la sua specialità rispetto ad un'altra norma).

Nella prospettiva criticata, insomma, il criterio della

(116) MANTOVANI (1966 a), 636-7.

lex specialis, da un lato, per sua stessa natura, presupporrebbe che tra due norme sussista un certo rapporto di incompatibilità (del tipo totale-parziale) ⁽¹¹⁷⁾; d'altro lato, però, in quanto criterio per "prevenire" antinomie, esso darebbe luogo ad un'interpretazione dei rispettivi testi normativi «come espressioni norme tra loro compatibili, cosicché nessuna antinomia si presenti» ⁽¹¹⁸⁾. Se ciò fosse vero, il criterio della specialità avrebbe l'effetto di evitare che si verifichi proprio quella situazione (un'antinomia totale-parziale) che costituisce il presupposto della sua stessa operatività ⁽¹¹⁹⁾.

(117) Così infatti lo stesso GUASTINI (1998), 226. Sul concetto di "antinomia totale-parziale", v. *infra*, Parte Seconda, § 4.

(118) Ancora GUASTINI (1998), 220.

(119) L'"inganno", si potrebbe forse sostenere, si svela considerando la distinzione fra *prima interpretazione* e *re-interpretazione* di un testo normativo: «quando ad una *prima interpretazione* (o interpretazione *prima facie*) due disposizioni esprimono norme antinomiche, spesso l'interprete procede ad una *seconda interpretazione* (o *re-interpretazione*) attribuendo alle disposizioni coinvolte significati diversi sicché nessuna antinomia si presenti» [GUASTINI (1998), 220 nt. 7. Per la distinzione tra "prima interpretazione" e "re-interpretazione", v. in generale CHIASSONI (1999), 293-294.] L'impiego del criterio della specialità, dunque, presupporrebbe che ad un'interpretazione *prima facie* emerga un'antinomia totale-parziale tra le due norme; esso, ciò nondimeno, permetterebbe di evitare che l'antinomia si ripresenti ad una seconda, e definitiva, interpretazione.

Pur con queste precisazioni, tuttavia, l'argomentazione non convince. L'impiego del criterio della specialità, anche in sede di re-interpretazione, non cessa di presupporre un rapporto di specialità tra le due norme. Per evitare il conflitto, la re-interpretazione delle norme dovrebbe in realtà condurre alla conclusione che tra di esse, contrariamente a quanto appariva, non corre affatto un rapporto di specialità: che, cioè, quella che *prima facie* era parsa una norma generale, a ben vedere, non si riferisce affatto ai casi ai quali si riferisce quella che *prima facie* era parsa, a sua volta, la norma speciale. Ma questo non può essere un effetto del criterio della specialità, poiché il criterio della specialità presuppone logicamente che le due norme fossero *per davvero* l'una speciale rispetto all'altra. E inoltre, il senso della prevalenza della norma speciale sta proprio nel suo essere speciale rispetto alla norma soccombente.

Per poter funzionare come criterio di prevenzione delle antinomie, dunque, il criterio della specialità dovrebbe necessariamente operare in maniera paradossale, auto-contraddittoria: esso dovrebbe far discendere dalla verità di una certa premessa (che tra due norme intercorra un certo tipo di incompatibilità) la falsità di quella stessa premessa (che tra due norme non intercorra alcuna incompatibilità); esso insomma, partendo dalla premessa che la norma generale è tale in quanto disciplina (anche) tutti i casi sussumibili entro una diversa norma, che è quindi speciale rispetto ad essa, dovrebbe condurre ad una conclusione opposta, e cioè che, in realtà, i casi disciplinati dalla norma (apparentemente) speciale non sono affatto sussumibili entro la norma (apparentemente) generale. La sua peculiarità sarebbe, in definitiva, quella di assumere la verità di una certa premessa allo scopo di dimostrarne la falsità, sul modello: $p \rightarrow \neg p$ (“se p allora non p ”; “se p è vero allora p è falso”).

Se si vuole evitare di cadere in questo circolo vizioso, bisogna allora credere che invece il criterio della specialità presupponga logicamente la *realtà* del conflitto al quale lo si applica: presupponga necessariamente, cioè, che entrambe le norme considerate (la generale e la speciale) siano valide ed effettivamente applicabili al caso di specie ⁽¹²⁰⁾.

(120) La natura nient'affatto apparente del conflitto tra norma generale e norma speciale risulta a maggior ragione ribadita qualora si sia disposti a riconoscere l'esistenza di forme di specialità diverse da quella unilaterale. [Nella dottrina penalistica, con varietà di impostazioni: MANTOVANI (1966 a), 637 ss.; MANTOVANI (1966 b), 214 ss., *passim*; DE FRANCESCO (1980), 119 ss. e *passim*; PADOVANI (2006), 374 ss. Un accenno anche in GUASTINI (1998), 227 s. In generale, sul punto, v. Bartolomeo ROMANO (1996), 205 ss., 208 ss.]

L'idea che di specialità tra norme si debba parlare anche nel caso di

13. Breve riepilogo e prime conclusioni.

Riassumendo, la concezione descrittiva sostiene che l'art. 51 CP è inutile poiché questo, nello stabilire che "l'esercizio di un diritto esclude la punibilità", presupporrebbe già risolto il conflitto di norme al quale si riferisce: infatti, non si potrebbe dire che qualcuno abbia il diritto di fare qualcosa se non si è già "escluso" che egli sia punibile qualora lo faccia; non potrebbe, cioè, darsi il caso che per una persona fare una stessa cosa sia contestualmente permesso e vietato. Questo modo di ragionare radica, a sua volta, sull'idea che l'ordinamento giuridico sia un sistema coerente di norme: che, cioè, tra le norme di un medesimo ordinamento non possano darsi conflitti reali, ma solo conflitti apparenti; che non possa mai darsi che *realmente* una norma permissiva sia in conflitto con una norma proibitiva (poiché altrimenti dovremmo affermare che possa darsi il caso che *realmente* fare una stessa cosa sia, per una stessa

norme con fattispecie interferenti (o comunque in rapporto di cosiddetta specialità bilaterale), priva il criterio della *lex specialis* dell'ineluttabilità logica del suo funzionamento, per lasciarlo in balia delle valutazioni e dei bilanciamenti necessari a stabilire quando due fattispecie interferenti possano dirsi reciprocamente speciali, e quale di due norme reciprocamente speciali debba ritenersi *più speciale* dell'altra: quale delle due specialità debba considerarsi prevalente, "più importante", per il diritto; quale delle due specialità che si intersecano debba ritenersi la "vera" specialità, la specialità più speciale. Dipende, insomma, da una valutazione dell'interprete stabilire *quando e come* il criterio della specialità, nei casi di norme interferenti, sia utilizzabile.

Questa confluenza di valutazioni e bilanciamenti nel funzionamento del criterio della specialità finisce per rendere evidentemente problematici gli assunti: *i*) che il conflitto tra due norme (bilateralmente) speciali sia da considerarsi *automaticamente* risolto già per il fatto che tra di esse esista un tale rapporto di specialità (bilaterale); *ii*) e che la conclusione raggiunta dall'interprete in applicazione del criterio della *lex specialis* (circa la prevalenza dell'una o dell'altra norma speciale) fosse l'unica giuridicamente giusta o ammissibile.

persona, permesso e contestualmente vietato).

L'idea della coerenza dell'ordinamento, nella sua visione più "moderna" (quella che abbiamo chiamato concezione ermeneutica, o applicativa, della coerenza), si fonda poi sulla "tesi dell'unica risposta giuridicamente corretta": ossia, sulla tesi per la quale ogni conflitto di norme è (destinato a rivelarsi) necessariamente apparente poiché esiste sempre un'unica soluzione giuridicamente corretta per esso, e questa soluzione è quella che deriva dall'applicazione degli strumenti (dei criteri solutivi) che l'ordinamento all'uopo offre all'interprete.

Questa tesi, però, non è parsa sostenibile. Innanzitutto (§ 11), perché possono presentarsi dei casi nei quali i criteri solutivi "non portano da nessuna parte": non indicano, cioè, alcuna soluzione (poiché nessuno di essi è applicabile) o non indicano una soluzione univoca (poiché più d'uno di essi è applicabile, ma dall'applicazione dell'uno discende una soluzione opposta a quella che discenderebbe dall'applicazione dell'altro).

Inoltre (§ 12), un'analisi del modo in cui essi funzionano mostra che gli ordinari criteri di soluzione delle antinomie non escludono affatto, ma anzi entro certi termini implicano, che l'antinomia loro tramite risolta fosse, prima di venire risolta, un'antinomia *reale*: che, cioè, entrambe le norme in conflitto fossero valide e applicabili.

La prevalenza di una norma sull'altra (e quindi l'invalidità o l'inapplicabilità della norma soccombente), infatti, non deriva mai automaticamente dalla sola circostanza che le due norme stiano in rapporto tale da giustificare l'eventuale applicazione, da parte di un giudice, di un criterio solutivo (dal mero fatto, ad es., che siano: l'una di fonte sovraordinata rispetto all'altra; l'una di fonte posteriore rispetto all'altra; l'una speciale rispetto all'altra): la

soluzione dell'antinomia richiede sempre un'applicazione del criterio da parte di un giudice; finché ciò non avvenga, l'antinomia, non ancora risolta, è perfettamente reale. La pronuncia del giudice è, insomma, *costitutiva* dell'invalidità della norma soccombente ⁽¹²¹⁾, o (nei casi in cui il giudice non possa decidere della validità della norma soccombente) della sua inapplicabilità nel caso di specie.

E d'altra parte, se guardiamo al concreto funzionamento dei criteriolutivi, ci accorgiamo agevolmente di quanto sarebbe arduo volere ricavare dalla loro applicazione la conclusione che l'antinomia loro tramite risolta fosse, già prima di venire risolta, meramente apparente.

Il criterio della specialità, ad es., presuppone logicamente che le norme (la generale e la speciale) siano entrambe valide ed applicabili: altrimenti di specialità non si potrebbe neanche parlare.

Tutti i criteriolutivi, inoltre, sono bensì assunti come capaci di indicare le ragioni per dichiarare la prevalenza di una delle due norme in conflitto; ma tali ragioni sono generalmente intese come superabili, come indici idonei a fondare presunzioni *iuris tantum*; essi sono dunque concepiti come indici che, in linea di principio, considerate le caratteristiche del caso di specie, possono essi stessi venire bilanciati con, e superati da, altre considerazioni dalle quali discenda (o meglio: dalle quali il giudice faccia discendere) che il miglior contemperamento dei valori in gioco sia diverso da quello che deriverebbe da una rigorosa applicazione di quei criteri.

(121) Ad es.: la pronuncia della Corte costituzionale è costitutiva dell'invalidità della legge ordinaria; la pronuncia del TAR è costitutiva dell'invalidità di un atto amministrativo; la pronuncia della Cassazione è costitutiva dell'invalidità della sentenza impugnata; ecc.

Dietro ogni soluzione di antinomie, in definitiva, c'è sempre un bilanciamento ⁽¹²²⁾: la stessa decisione di risolvere un conflitto facendo ricorso ad un certo criterio solutivo, in buona parte, è essa stessa il frutto di un bilanciamento ⁽¹²³⁾. E la soluzione ricavata per via di bilanciamento è strutturalmente una soluzione “mobile”, sempre passibile di un successivo ribaltamento, tale, quindi, che sarebbe forzato definirla come l'unica giuridicamente giusta.

13.1. Se questi ragionamenti colgono nel segno, si aprono evidenti crepe nell'edificio della concezione applicativa della coerenza, e quindi nel più importante fondamento teorico della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: dai criteri solutivi offerti dal sistema non necessariamente discende che la soluzione del conflitto effettuata applicandoli fosse l'unica soluzione giuridicamente corretta; essi, inoltre, per ragioni a ciascuno peculiari, presuppongono che il conflitto loro tramite risolto fosse, prima di venire risolto, un conflitto *reale* di norme. Il fatto che i giudici abbiano il

(122) Intendendo per “bilanciamento” un ragionamento «that analyzes a [...] question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision [...] by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests»: ALEINIKOFF (1987), 945.

(123) Non è, dunque, del tutto vero che «il bilanciamento tra principi è una tecnica di composizione delle antinomie che entra in gioco quando non si possono utilizzare i tradizionali criteri di soluzione delle medesime, cioè il criterio gerarchico, il criterio cronologico e quello di specialità, e che si differenzia profondamente da questi ultimi» [MANIACI (2005), 338, ma con precisazioni in nt. 7]. Un bilanciamento, normalmente, entra in gioco già *mentre* si utilizzano gli ordinari criteri solutivi di antinomie: e ciò per la semplice ragione che «senza ricorrere a principi di valore non è possibile scegliere tra due o più norme contraddittorie» [NINO (1999), 80, 82]: la stessa scelta di utilizzare questo o quel criterio solutivo nel caso concreto è, in buona misura, il frutto di un'opzione di valore. Per precisazioni, v. comunque PINO (2008), Cap. III.

“dovere” di risolvere le antinomie nelle quali si imbattano non vale, dunque, a mostrare *ex post* – ossia: dopo la decisione del giudice – che il diritto (oggettivo), già prima di essere giudizialmente applicato, costituisca un sistema coerente di norme.

14. *Soluzioni definitive e soluzioni caso per caso di antinomie.*

Ma il “dovere” dei giudici di risolvere le antinomie nelle quali questi si imbattano non ha neanche l'effetto di produrre una maggiore coerenza del diritto *per il futuro*: la soluzione di un'antinomia da parte di un giudice, in genere, non vale a far sì che “d'ora in poi” il diritto sia più coerente, nel senso di più certo e prevedibile dal punto di vista della generalità dei consociati.

Normalmente, infatti, come ho già accennato e come adesso cercherò di mostrare meglio, la soluzione giudiziale di un'antinomia giuridica ha valore solo rispetto al caso storicamente determinato, oggetto *hic et nunc* di decisione; e non proietta alcuna forza vincolante sui casi analoghi che dovessero in futuro ripresentarsi ⁽¹²⁴⁾.

14.1.1. Esistono, infatti, due tipi possibili di soluzione di antinomie: soluzioni definitive e soluzioni contingenti o caso per caso.

(124) Le cose starebbero, forse, diversamente se nel nostro sistema fosse riconosciuta forza vincolante al precedente giudiziale – o, perlomeno, a certi precedenti giudiziali. La tematica, per vero, è assai complessa e delicata, e non può essere trattata qui con l'attenzione che meriterebbe. Sul punto, basti pertanto rinviare all'importante lavoro di CADOPPI (2007).

Le *soluzioni definitive* incidono direttamente su (almeno) una delle due disposizioni rilevanti ⁽¹²⁵⁾: operano, cioè, nel senso di eliminare, in tutto o in parte, una delle due disposizioni in modo tale che venga contestualmente meno anche il (o comunque un certo tipo di) conflitto tra le norme da esse ricavabili.

Si pensi, ad es., alla soluzione (non giudiziale) che intervenga mediante *abrogazione espressa* di una delle due disposizioni da cui sorga il conflitto, ossia: mediante emanazione di una terza disposizione che, avendone la forza, espressamente ed appositamente abroghi, in tutto o in parte, una delle altre due disposizioni, o comunque ne modifichi la fattispecie ⁽¹²⁶⁾, in modo tale che le norme da esse ricavabili non siano più in conflitto.

Si pensi, ancora, tra le soluzioni giudiziali, a talune di quelle che possono essere adottate dalla Corte costituzionale. Definitiva è, ad es., la soluzione che prenda le forme di una *dichiarazione di illegittimità costituzionale*, totale o parziale, poiché in questo caso una delle due disposizioni rilevanti (quella subordinata) è in tutto o in parte eliminata dal sistema, e con essa è anche eliminata la possibilità che quel tipo di conflitto si ripresenti in futuro. Definitiva probabilmente (ma si tratta di ipotesi controversa) può dirsi anche la soluzione che avvenga mediante *sentenza co-*

(125) Nulla esclude, per vero, che la soluzione definitiva di un conflitto avvenga modificando, o togliendo di mezzo, entrambe le disposizioni in conflitto, anziché una sola. Qui di seguito, però, per comodità espositiva, prenderò in considerazione solo questa seconda ipotesi.

(126) Anche questa, per vero, è un'ipotesi di abrogazione: la riformulazione della fattispecie di una disposizione comporta, in realtà, l'abrogazione della precedente disposizione e la sua sostituzione con una nuova disposizione munita di fattispecie, in tutto o in parte, diversa da quella della disposizione abrogata.

stituzionale additiva, che abbia, per effetto, di introdurre una “nuova parte” nella fattispecie di una disposizione di legge ordinaria, in modo che da questa non sia più possibile ricavare norme in conflitto con un certo principio costituzionale (v. il caso del conflitto tra l'art. 5 CP e l'art. 27, primo comma, Cost., risolto, come noto, con sentenza costituzionale 364/1988).

In tutti questi casi, possiamo dire che la soluzione del conflitto è definitiva poiché essa ha luogo attraverso un atto di normazione generale ed astratto, o comunque opera sul piano della dimensione generale ed astratta delle disposizioni prese in considerazione: introduzione di una disposizione abrogativa generale e astratta; invalidazione costituzionale di una disposizione generatrice di norme generali e astratte; manipolazione della fattispecie di una disposizione generatrice di norme generali e astratte. In questo modo, l'antinomia viene definitivamente eliminata dal sistema, e non può più ripresentarsi (almeno in quelle stesse forme): una certa classe di casi, che prima era sussumibile in due norme giuridiche incompatibili entrambe valide ed applicabili, d'ora in poi – ossia: dal momento della soluzione e con efficacia, generale ed astratta, anche per l'avvenire ⁽¹²⁷⁾ –, sarà sussumibile in una sola di esse.

14.1.2. La *soluzione contingente*, o *caso per caso*, di un'antinomia comporta invece che questa sia risolta solo in relazione al caso di specie, concreto oggetto di giudizio, e sia quindi destinata a ripresentarsi in riferimento a tutti gli altri casi potenzialmente riconducibili ad entrambe le

(127) Ma talvolta anche con efficacia retroattiva: è il caso dell'invalidazione costituzionale; od anche dell'*abrogatio cum abolitione* di norme incriminatrici (art. 2, secondo comma, CP).

norme in conflitto.

Quella contingente costituisce infatti una soluzione di tipo interpretativo: una soluzione che, cioè, promana da organi che non hanno (o – nel caso delle sentenze meramente interpretative della Corte costituzionale – non intendono esercitare) il potere di eliminare disposizioni, o di modificarne la fattispecie, ma solo quello di interpretarle e di applicarle in vista della decisione di un caso di specie.

Contingenti sono dunque tutte le soluzioni di antinomie effettuate da giudici ordinari (e talora anche quelle della Corte costituzionale). Lo sono, ad es., le soluzioni alle quali i giudici addivengono facendo uso del tradizionale strumentario degli *argomenti interpretativi* (tra i tanti: argomento letterale, sistematico, storico, psicologico, evolutivo, teleologico, analogico, *a contrario*, interpretazione orientata a principi, e così via) ⁽¹²⁸⁾.

Ma tali sono anche quelle soluzioni che, sebbene ricavate dall'applicazione di criteri usualmente concepiti come capaci di risolvere definitivamente antinomie, siano in concreto impiegati in forma interpretativa – ossia, in sostanza, quali strumenti dai quali ricavare (quella che si pretende essere) una “più compiuta” ricostruzione della *voluntas legis*, una “esatta interpretazione” del diritto ⁽¹²⁹⁾. Si è visto come questo valga per il *criterio cronologico* (*supra*, § 12.3); e vale a maggior ragione per il *criterio della lex specialis*, che tipicamente costituisce il portato di un argomento interpretativo (ossia: dell'argomento per cui una norma è da ritenersi speciale rispetto ad un'altra).

Lo stesso, però, si può dire anche rispetto a *molti casi*

(128) Per una possibile tassonomia di tali argomenti, v. per tutti TARELLO (1980); nonché, più di recente, DICIOTTI (1999), 294 ss., 383 ss.

(129) ENGISCH (1970), 260.

di applicazione del criterio gerarchico: e in particolare tutte le volte che dall'applicazione del criterio non si faccia conseguire l'eliminazione, in tutto o in parte, della disposizione subordinata, ma più semplicemente la soccombenza, nel caso concreto, della norma da essa ricavabile rispetto a quella ricavabile dalla disposizione sopraordinata. Questo genere di utilizzo del criterio gerarchico si ha, ad es., tutte le volte che dal conflitto di una norma con un'altra ricavabile da una disposizione sopraordinata si tragga spunto per effettuare interpretazioni correttive, o adeguatrici, della prima (caso emblematico: le interpretazioni costituzionalmente orientate di disposizioni legislative).

Ipotesi paradigmatica di soluzione contingente di antinomie è, infine, quella che sia fatta direttamente discendere da un *bilanciamento* degli interessi, principi, diritti, in conflitto. Di più: si è già visto (§ 13) come, in realtà, la sostanza di un bilanciamento stia dietro tutte le (o quantomeno la gran parte delle) soluzioni di un'antinomia: come queste, a ben vedere, non siano altro che bilanciamenti, effettuati mediante criteri (gerarchia, cronologia, specialità, o altri criteri ermeneutici) utilizzati, a loro volta, come indici atti a supportare, a giustificare giuridicamente come soluzione che rispecchi la (pretesa) *voluntas legis* o la (pretesa) razionalità del sistema, la scelta (che, in buona misura, è in realtà una scelta di valore, un'opzione morale) dell'interprete di riconoscere ad una delle norme in conflitto il peso maggiore, e di "premiarla", quindi, come norma prevalente.

In tutti questi casi la soluzione del conflitto non è definitiva poiché essa, lasciando intatte le disposizioni rilevanti, ed operando piuttosto direttamente al livello delle norme da esse ricavabili, non determina alcun vincolo formale sulla capacità delle disposizioni considerate di

produrre ancora, rispetto ai casi futuri, le norme il cui conflitto si sta risolvendo. La soluzione è contingente perché prende le forme di una decisione (giudiziale) individuale e concreta, direttamente riferita ad un caso di specie, che non si traduce in un atto normativo generale ed astratto, né dunque vincola in alcun modo il giudice di (o magari lo stesso giudice davanti a) un caso analogo, che si verificasse in futuro, ad adottare lo stesso tipo di soluzione ⁽¹³⁰⁾.

15. Breve riepilogo e ulteriori conclusioni.

Quasi sempre, insomma, (con la sola eccezione di certe sentenze della Corte costituzionale) quando un giudice risolve antinomie lo fa in maniera contingente: ossia, con so-

(130) Ciò non significa che, in questi casi, il giudice adotti la decisione assumendo che questa debba valere solo per il caso di specie, o che essa non costituisca giusta applicazione di una regola o di un principio, e che quindi casi analoghi non dovrebbero (o comunque non necessariamente debbano) risolversi nello stesso modo. Anche in questi casi il giudice prende la decisione che egli ritiene giusta, considerate le proprietà rilevanti del caso di specie: e si tratta, pertanto, di una decisione che, dal punto di vista che il giudice assume nel momento in cui la adotta, dovrebbe trovare applicazione in tutti gli altri casi che posseggano le stesse proprietà rilevanti.

Il fatto è, però, che questo tipo di decisioni – che risolvono il conflitto nel modo che al giudice *sembra* giusto – non esclude che ad altri giudici (o allo stesso giudice in un momento successivo) la giusta soluzione di un caso analogo possa *sembrare* un'altra, e che questa diversa convinzione possa essere non meno ragionevole della prima. Le soluzioni fondate sulla considerazione del peso di un diritto (o di un dovere) rappresentano sempre, per il giudice che le adotti, il miglior contemperamento dei valori in gioco dal punto di vista che egli ha adottato nel prendere quella decisione. Soluzioni di questo genere, però, non escludono: *i*) che lo stesso conflitto possa essere affrontato anche a partire da un diverso punto di vista; *ii*) che l'assumere quest'altro punto di vista possa essere non meno ragionevole quanto assumere il primo; *iii*) e che da questo diverso punto di vista il miglior contemperamento dei valori in gioco possa condurre ad una soluzione diversa dalla prima.

luzione che non modifica l'ambito applicativo potenziale delle due disposizioni considerate, e non ha quindi alcun valore vincolante rispetto al possibile ripresentarsi di un'antinomia dello stesso tipo in casi futuri pur dotati delle stesse proprietà rilevanti di quello deciso. Quasi sempre, la soluzione giudiziale di un'antinomia ha la struttura di un bilanciamento, ossia: di una "gerarchia assiologica mobile", che vale rispetto al caso di specie oggetto di giudizio, ma è inidonea a proiettarsi, con valenza generale ed astratta e con forza vincolante, sui casi futuri.

È dunque vero che il "dovere" (dei giudici) di risolvere antinomie non vale a rendere più coerente il diritto anche *dopo* che un'antinomia giuridica sia stata risolta. Il che dovrebbe ulteriormente confermare quanto sia difficile sostenere la concezione applicativa della coerenza del diritto: l'ordinamento non è coerente; e, normalmente, non è reso più coerente dal fatto che i giudici risolvano (abbiano il "dovere" di risolvere) le antinomie nelle quali si imbattano.

16. *Antinomie reali e principio di non contraddizione. (In nota: antinomie reali e applicabilità delle norme in conflitto.)*

Che l'ordinamento non sia coerente significa che esistono (o comunque possono esistere) antinomie reali tra norme giuridiche, situazioni nelle quali due norme giuridiche sono incompatibili, e, ciò nondimeno, sono entrambe valide ed applicabili.

Qualcuno, però, potrebbe obiettare, facendo leva su una (pretesa) operatività, in materia, del principio di non contraddizione, che una situazione di *vera* antinomia sia

logicamente impossibile: due norme incompatibili non potrebbero, cioè, essere entrambe valide e concretamente applicabili, poiché ciò richiederebbe di riconoscere che il diritto oggettivo qualifichi lo stesso fatto, nello stesso tempo, in un modo e nel modo opposto, che esso voglia una cosa e quella opposta. Il che, per l'appunto, urterebbe col principio di non contraddizione ⁽¹³¹⁾.

16.1. Applicato in ambito giuridico, in particolare, il principio di non contraddizione avrebbe per effetto che, «affermata una certa realtà in un dato settore dell'ordinamento, non [sia] possibile che essa venga smentita in altro settore giuridico» ⁽¹³²⁾. Cosicché, riferito ai casi sussumibili nell'art. 51 CP, esso esprimerebbe l'esigenza che non si verificano situazioni nelle quali «un comportamento, non solo tollerato, ma addirittura esplicitamente facoltizzato in un dato settore dell'ordinamento giuridico (civile, amministrativo, ecc.), dovrebbe contemporaneamente cadere sotto i rigori di una norma penale incriminatrice. Se ciò potesse accadere, è chiaro che saremmo in presenza di un'ipotesi di contraddizione del legislatore con se stesso» ⁽¹³³⁾.

Questo modo di ragionare trae il suo fondamento dalla già illustrata tendenza ad impostare le antinomie (moralì o giuridiche) in termini cognitivi ⁽¹³⁴⁾: un'antinomia rappresenterebbe un caso di vero e proprio *disaccordo* sulla *realtà*, sulla reale qualificazione, morale o giuridica, di un certo

(131) Per argomentazioni di questo genere v. ad es. MANTOVANI (1966 b), 373.

(132) CARACCIOLI (1965), 200.

(133) *Ibidem*.

(134) V. *supra*, § 7.3.

comportamento. Di conseguenza, il principio di non contraddizione in ambito giuridico avrebbe un ruolo ed un significato essenzialmente analoghi a quello che esso possiede all'interno del discorso assertivo-descrittivo.

In quest'ottica, sarebbe logicamente impossibile che *realmente* fare una stessa cosa sia permesso e vietato nell'ambito di un medesimo ordinamento giuridico: «una condotta giuridicamente permessa non può in pari tempo essere giuridicamente vietata»⁽¹³⁵⁾; dove quel “non può” è da intendersi in quello stesso senso – di impossibilità logica – che esso possiede nell'assunto secondo cui “una stessa cosa non può essere contestualmente, e sotto lo stesso profilo, vera e falsa”.

Questo modo di configurare il valore del principio di non contraddizione all'interno dei sistemi giuridici è alla base del dogma della coerenza e della concezione assoluta delle posizioni giuridiche soggettive, che – come visto – costituiscono, a loro volta, i fondamenti teorici della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: ciò che è diritto non può essere illecito.

16.2. Senonché, il principio di non contraddizione non ha nulla a che fare, almeno *direttamente*, con i rapporti fra norme giuridiche, né, quindi, con il fenomeno delle antinomie giuridiche.

È, questa, un'idea su cui, innovando rispetto alle proprie precedenti posizioni, ha molto insistito, con argomenti che a me paiono complessivamente condivisibili, Hans Kelsen in alcuni suoi contributi successivi all'edizione del

(135) Così, ad es., DOHNA (1936), 23, che lo assume come un principio autoevidente.

1960 della *Reine Rechtslehre* ⁽¹³⁶⁾. A questi argomenti, qui di seguito, mi rifaccio – solo, talora, aggiungendovi qualche spunto ulteriore –, per avvalorare il contro-argomento appena enunciato: che il principio di non contraddizione non governi i rapporti tra norme giuridiche.

16.2.1. Il punto è questo: in linea generale, un conflitto di norme non possiede le stesse qualità di una contraddizione logica; né la soluzione, la eliminazione, di un conflitto di norme ha gli stessi presupposti, od opera allo stesso modo, del principio di non contraddizione.

Ed infatti, mentre il principio di non contraddizione si applica necessariamente ad asserzioni descrittive, che – in quanto tali – posseggano valori di verità, ossia a giudizi dei quali si possa predicare la verità o la falsità, le norme giuridiche, invece, non sono asserzioni descrittive, e non posseggono, dunque, valori di verità ⁽¹³⁷⁾. Non si può dire, ad es., che una certa norma sia vera o sia falsa; della norma: “Tizio deve fare *x*” (od anche “È illecito che Tizio non faccia *x*”) non si può predicare né la verità né la falsità. Si potrà dire, semmai, che essa è valida o è invalida, o, posto che sia valida, che essa è applicabile o non è applicabile in un certo caso: il valore semantico di una norma, per così

(136) V., in particolare: Kelsen (1981), Kelsen (1985) e Kelsen (1989). Su questa “svolta” nel pensiero kelseniano circa i rapporti tra diritto e logica, si è aperto un articolato dibattito filosofico-giuridico, che qui sarebbe fuori luogo tentare di ripercorrere, anche sommariamente. Mi limito a ricordare alcuni soltanto tra i numerosissimi contributi, che – con diverso esito – si sono soffermati su questi profili del pensiero del “secondo” Kelsen: Weinberger (1981); Id. (2001), 130-141 (in part. 141); Bulygin in Alchourrón, Bulygin (1991), 249-265; Mazzarese (1989), 103-131; Celano (1990).

(137) V. ad es. Alchourrón e Bulygin in Alchourrón, Bulygin (1991), 317 ss.

dire, non è la verità (come invece per gli asserti descrittivi), ma piuttosto la validità⁽¹³⁸⁾ o l'applicabilità. Tutt'al più, la verità o la falsità potrà predicarsi di asserti relativi all'esistenza di norme⁽¹³⁹⁾, alla loro validità, alla loro applicabilità: "è vero (o non è vero) che esiste (che è valida, che è applicabile) una norma secondo cui "Tizio deve fare x "".

Se dunque di una norma non si può predicare la verità o la falsità, di due norme, anche qualora siano in reciproco conflitto, non si potrà propriamente dire che "si contraddicano": due norme, anche qualora siano in conflitto, *non possono* contraddirsi.

Quanto, poi, ai presupposti e alle modalità operative, il principio di non contraddizione comporta che una stessa cosa, sotto il medesimo punto di vista, non possa essere nello stesso tempo vera e non vera (non possa, in pari tempo, essere e non essere in un certo modo)⁽¹⁴⁰⁾: cosicché, di due asserti, l'uno dei quali reciti che " A è x " e l'altro che " A non è x ", uno deve necessariamente essere vero e l'altro deve necessariamente essere falso.

Esattamente l'opposto⁽¹⁴¹⁾ vale invece per le antinomie giuridiche: l'esistenza di una reale antinomia tra due norme presuppone che le due norme siano entrambe valide e che abbiano entrambe un comune ambito di applicabilità.

D'altra parte, vero è che il principio di non contraddizione risolve un'antinomia tra asserzioni descrittive, stabi-

(138) Così MAZZARESE (1989), 86.

(139) V. ad es. VON WRIGHT (1989), 155-156, 157 ss.

(140) ARISTOTELE (2005), 272 ss. (1005 b, I, 20 ss.).

(141) Considerando che "validità" e/o "applicabilità" di una norma giuridica costituiscono l'*analogon* della "verità" di un asserto descrittivo.

lendo che solo una delle due può (e deve) essere vera; ma un'asserzione che è falsa «non perde la sua verità, perché non è mai stata vera. E se un'asserzione è vera non può perdere la sua verità. Non è possibile una contraddizione logica irrisolta, cioè che siano vere entrambe le asserzioni in contraddizione l'una con l'altra»⁽¹⁴²⁾.

Ancora una volta, invece, nei rapporti tra norme vale esattamente l'inverso.

Il superamento, la soluzione, di un'antinomia giuridica avviene mediante eliminazione di una delle due norme in conflitto, e quindi privando una delle due norme del suo specifico valore semantico (della sua validità o, comunque, della sua applicabilità nel caso concreto).

Come si è visto più sopra, inoltre, esistono casi di antinomie giuridiche irrisolte, insuscettibili cioè di venire superate mediante l'applicazione dei criteri a tale scopo predisposti dal diritto oggettivo⁽¹⁴³⁾.

(142) KELSEN (1985), 356.

(143) Un'altra possibile obiezione alla ammissibilità, qui difesa, di antinomie giuridiche reali potrebbe cercare di far leva sul seguente argomento: che due norme siano in conflitto significherebbe che esse non sono congiuntamente applicabili in uno stesso caso; il che escluderebbe la possibilità di concepire antinomie reali, poiché un'antinomia reale presuppone invece che entrambe le norme in conflitto siano, per davvero, congiuntamente applicabili in un medesimo caso di specie.

E in effetti, intesa l'applicabilità di una norma in termini di *efficacia*, due norme incompatibili sono due norme che non possono essere congiuntamente soddisfatte: l'efficacia dell'una esclude logicamente l'efficacia dell'altra.

Questa osservazione, benché corretta, è però del tutto incapace di fondare la conclusione che due norme in conflitto non possano essere entrambe applicabili. Che due norme non possano dirsi *congiuntamente* applicabili – in quanto non congiuntamente soddisfacibili –, non esclude certo che entrambe possano esserlo *autonomamente*, esclusivamente [Per osservazioni di analogo tenore, v. KRAMER (2000), 491 ss. e ID. (2001), 73 ss. (due norme incompatibili perché contraddittorie possono certamente coesistere, per quanto non possano essere entrambe congiuntamente operative). V. anche ID. (1998), 20;

17. *Rigetto della tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive e superamento dell'“argomento logico” della concezione descrittiva dell'art. 51 CP.*

Superato il dogma della coerenza del diritto oggettivo, e dimostrata invece la possibilità concettuale di antinomie *reali* tra norme giuridiche, anche l'altro fondamento teorico della concezione descrittiva dell'art. 51 CP – la tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive – ne viene travolto di conseguenza.

Come si ricorderà (*supra*, § 7.1), per la tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive è inammissibile che, nella prospettiva del medesimo sistema giuridico, una stessa persona abbia, nello stesso tempo, un diritto-permesso (in senso forte) e un divieto di fare una stessa co-

WALDRON (1993 b), 207.]

Un'esemplificazione icastica può essere utile a chiarire il punto. Poniamo che Tizio si trovi ad un bivio, e non sappia quale delle due strade imboccare: non si decida, cioè, se andare a destra o a sinistra. Ora, è perfettamente chiaro che Tizio non può percorrere le due strade congiuntamente: se sceglie di percorrerne una, per ciò stesso non percorrerà l'altra, e viceversa. Ciò non toglie, mi pare, che, nel momento in cui Tizio è posto di fronte al bivio (*ex ante*), entrambe le strade siano, singolarmente, percorribili; ed il fatto che Tizio, ad un certo punto, scelga di percorrerne una, non significa affatto che solo *questa* in realtà era, sin dall'inizio, percorribile, e che l'altra, invece, sin dall'inizio non era percorribile. Tutt'altro: un bivio è quello che è proprio perché *entrambe* le strade di cui consiste sono singolarmente, sebbene non congiuntamente, percorribili.

Qualcosa del genere vale anche per i casi di conflitto di norme. Un conflitto di norme, icasticamente, è *un bivio normativo*: non si può contestualmente tenere la condotta permessa da una norma permissiva e non tenerla in quanto vietata da una norma proibitiva (non si può andare sia a destra che a sinistra); che le due norme non siano congiuntamente applicabili (che non si possa andare sia a destra che a sinistra), non significa, però, che esse, nel momento in cui il conflitto (il bivio) si para dinanzi al consociato o al giudice, non siano entrambe, oltre che valide, singolarmente applicabili (che ognuna delle due strade non fosse, di per sé, percorribile).

sa. La coesistenza di un diritto e di un divieto di identico contenuto sarebbe necessariamente apparente: poiché, in realtà, non potrebbe mai darsi il caso che una stessa persona abbia effettivamente, per lo stesso ordinamento giuridico, sia il diritto di fare qualcosa che il dovere di non farla. I rapporti tra quel diritto e questo divieto sarebbero necessariamente tali, che l'uno valga come un limite dell'altro, o viceversa: che l'esistenza dell'uno, cioè, valga a sottrarre una certa classe di casi dall'ambito di validità e/o applicabilità (ossia: dalla portata) dell'altro, o viceversa; di modo che la classe di casi rientrante nell'uno solo apparentemente rientri anche nell'altro, o viceversa.

Il superamento del dogma della coerenza del diritto oggettivo dovrebbe aver messo in crisi questa visione: alla possibilità di conflitti reali tra norme, e quindi anche tra una norma del permesso ed una del divieto, corrisponde la correlativa possibilità di conflitti tra le posizioni giuridiche soggettive che di quelle norme costituiscono, rispettivamente, il riflesso: se sono possibili conflitti reali tra norme, è allora possibile che esistano posizioni giuridiche soggettive realmente in conflitto; se è possibile un conflitto reale tra una norma permissiva, a tenore della quale "è permesso a Tizio fare x ", e una norma proibitiva, a tenore della quale invece "è vietato a Tizio fare x ", dev'essere correlativamente possibile che una stessa persona (Tizio) venga a trovarsi in una situazione in cui, dal punto di vista del medesimo ordinamento giuridico, abbia tanto il diritto-permesso di fare qualcosa (x) quanto il divieto di farla.

17.1. Il rigetto della tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive, a sua volta, dovrebbe essere sufficiente a mettere in discussione uno degli assunti centrali su cui si basa la concezione descrittiva dell'art. 51 CP

(potremmo chiamarlo: “l'argomento logico” della concezione descrittiva).

Per questa, si ricorderà, l'art. 51 CP, stabilendo che “l'esercizio di un diritto esclude la punibilità”, non potrebbe avere un'efficacia giuridica autonoma poiché, non potendo darsi una situazione in cui fare una stessa cosa sia contestualmente oggetto di un diritto (extrapenale) e di un divieto (penale), lo stesso art. 51 CP presupporrebbe già risolta l'antinomia – tra diritto (extrapenale) e divieto (penale) – cui si riferisce⁽¹⁴⁴⁾.

Ora sappiamo che, diversamente da quanto discende da questi assunti, non è vero che “ciò che è diritto non può essere giuridicamente illecito”: è invece possibile che si verificano situazioni nelle quali la condotta di uno stesso soggetto sia punto d'incidenza di due norme *realmente* in conflitto; ossia: di due norme, entrambe valide ed applicabili, l'una delle quali qualifichi la condotta come permessa, mentre l'altra la qualifichi come illecita.

In questi casi, è chiaro, c'è un'antinomia da risolvere. Ma il fatto che un giudice, investito della vicenda, sarà chiamato a risolvere quest'antinomia non significa in alcun modo che l'antinomia fosse meramente apparente⁽¹⁴⁵⁾. Non vi è, dunque, alcuna necessità di credere che

(144) «[L]'affermazione che ciò che è diritto non può essere reato presuppone già risolto il conflitto tra le due norme antitetiche con la conseguente individuazione della reale portata del diritto e del reato, quale risultato conclusivo di tutto un lavoro di sistemazione del complesso di disposizioni normative nei loro rapporti e nel loro assestarsi nell'unità dell'ordinamento giuridico. D'altro canto, la norma dell'art. 51 altro non è che la codificazione dello stesso principio che ciò che è diritto non può essere giuridicamente illecito: la sua applicabilità è condizionata alla previa determinazione del contenuto del diritto» [MANTOVANI (1966 a), 629].

(145) Né significa che essa, dopo la decisione, scompaia rispetto a tutti i casi che in futuro si possano ripresentare.

l'antinomia tra permesso e divieto debba logicamente considerarsi già risolta, *prima che l'art. 51 CP*, e il PED in esso espresso, *siano chiamati ad operare*.

Inoltre, la soluzione giudiziale di un'antinomia è sempre (tolte le sentenze non interpretative della Corte costituzionale) una soluzione contingente, caso per caso (v. *supra*, § 14.1.2); e in tutti i casi in cui un conflitto sia risolto in maniera contingente, la prevalenza di una posizione giuridica su quella antinamica non determina affatto una limitazione della *portata* della seconda (ossia: una limitazione, o modificazione, della fattispecie della norma soccombenente): il giudizio di prevalenza discende qui interamente da una considerazione del *peso* relativo delle due posizioni, e non ha alcuna incidenza sulla loro portata, che rimane intatta *anche dopo* la soluzione. Ciò comporta che la «reale portata del diritto e del reato» non dipende affatto dalla soluzione (giudiziale) del conflitto (reale) tra i due. La portata del diritto (extrapenale) esercitato non dipende dalla soluzione di un'eventuale conflitto con un divieto (penale). È logicamente e giuridicamente ammissibile una situazione in cui sia corretto dire che, data l'esistenza di una norma permissiva, «Tizio ha il diritto di fare *x*», nonostante la contestuale esistenza ed applicabilità di una norma proibitiva, per la quale invece «è vietato a Tizio fare *x*». Ciò – ripeto – aprirebbe un conflitto che, naturalmente, (nell'inerzia del legislatore) spetterebbe ad un giudice, eventualmente investito della questione, di risolvere: e non c'è dubbio che alla fine il giudice una soluzione la troverebbe, attribuendo la prevalenza all'una o all'altra delle due posizioni giuridiche antinomiche. Ma questo non significa in alcun modo che, prima di venire risolto, il conflitto fosse meramente apparente, e quindi che Tizio non avesse *veramente* il diritto di fare *x* o non gli fosse *veramente* vieta-

to farlo.

18. *Conclusioni: possibilità logica del PED.*

Il funzionamento dell'art. 51 CP non è, dunque, in alcun modo logicamente condizionato ad una previa soluzione del conflitto, tra diritto e reato, cui esso si riferisce.

Non esiste, di conseguenza, alcun ostacolo di “logica delle norme” alla possibilità di attribuire ad esso un'autonoma efficacia giuridica: non vi è nulla di logicamente impossibile, o errato, nel credere che il senso della disposizione in questione sia, grosso modo, quello di stabilire (PED) che nel conflitto (reale) tra diritto e reato debba prevalere il primo, che la norma permissiva (extrapenale) debba venire applicata a preferenza della norma incriminatrice con essa in (reale) conflitto.

Riconosciuta la possibilità di conflitti reali tra norme, ed escluso, di conseguenza, che il funzionamento dell'art. 51 CP presupponga già risolto il conflitto tra norma permissiva e norma incriminatrice, cade insomma l'ulteriore assunto della concezione descrittiva: e cioè che l'art. 51 CP non indichi alcun criterio per impostare e superare l'antinomia cui esso stesso si riferisce; e che, quando esso sancisce che “l'esercizio del diritto esclude la punibilità”, si limiti in realtà a ribadire (quello che è ritenuto un assunto auto-evidente, frutto di una pretesa applicazione del principio di non contraddizione ai rapporti tra norme, ossia) che “ciò che è diritto non può (logicamente) essere reato”.

Viene meno, così, ogni ragione “logica” per escludere, in via pregiudiziale, che, quando l'art. 51 CP sancisce che “l'esercizio del diritto esclude la punibilità”, ciò che esso vuole stabilire sia proprio che il diritto (extrapenale) *debba*

prevalere sul reato: viene, cioè, meno ogni ragione per escludere che l'art. 51 CP contenga, non già la descrizione di un conflitto (che esso per necessità logica presupponga) già risolto, ma, al contrario, l'indicazione di un criterio per risolvere il conflitto cui esso si riferisce: *il criterio della prevalenza del diritto sull'illecito penale*.

19. Sintesi.

Il principale argomento usato dai sostenitori della “*concezione descrittiva dell'art. 51 CP*” (ossia: della tesi per cui l'art. 51 CP non avrebbe alcuna efficacia giuridica autonoma) ha, per così dire, carattere logico, e si regge, in ultima analisi, sull'idea che non possa darsi il caso che uno stesso fatto di uno stesso soggetto possa contestualmente qualificarsi, dal punto di vista di uno stesso ordinamento giuridico, come (oggetto di un) diritto e come reato. Ciò che è “diritto” non potrebbe essere reato, e ciò che è “reato” non potrebbe essere diritto.

A fondamento di questo argomento risiede la “*tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive*”: una tesi per la quale una posizione giuridica è veramente tale solo nella misura in cui non venga superata da un'altra posizione giuridica con essa in conflitto: io ho il diritto di fare *a*, solo nei limiti in cui non ho anche il dovere di non farlo; una situazione nella quale io abbia, veramente, sia il diritto che il divieto di fare *a* sarebbe logicamente e giuridicamente impensabile.

A fondamento della tesi della assolutezza delle posizioni giuridiche, a sua volta, si staglia evidente l'idea che l'ordinamento giuridico sia un sistema coerente di norme all'interno del quale vige – analogamente a quanto accade per le leggi del pensiero – il principio di non contraddizione. Tutti i conflitti tra norme (anche tra norme appartenenti a rami diversi dell'ordinamento) sarebbero conflitti meramente apparenti. L'ordinamento stabilisce infatti i criteri per risolvere questi conflitti, e quindi per determinare quale delle due norme antinomiche sia quella veramente applicabile in un caso di specie. I giudici, inoltre, hanno il “dovere” di risolvere le antinomie nelle quali si imbattano, usando i criteri forniti dal sistema: nel senso che essi non potrebbero, rispetto ad un caso in cui si presenti un'antinomia, limitarsi a pronunciare un *non liquet*. Qualsiasi antinomia sarebbe dunque destinata a rivelarsi meramente apparente una volta che il giudice l'abbia risolta applicando, in un caso concreto, i criteriolutivi indicati dal sistema: l'antinomia *in realtà* non sarebbe mai esistita, poiché la norma veramente applicabile nel caso di specie era (*da sempre; è sempre stata*) quella “battezzata” come tale dal giudice in applicazione dei criteriolutivi.

L'argomento logico contro l'art. 51 CP, però, non convince. E non convince perché, a ben vedere, l'idea della coerenza dell'ordinamento è nient'altro che *un equivoco*, il frutto di una sotterranea confusione tra l'essere (l'ordinamento *non* è coerente) e il dover essere (da molti punti di vista, sarebbe cosa buona se l'ordinamento *fosse*, potesse essere, più coerente).

E infatti, vi sono ad es. casi nei quali nessuno dei criteri solutivi indicati dal sistema è applicabile; e vi sono anche dei casi nei quali due criteri solutivi entrano in conflitto, e non si sa quale di essi debba prevalere.

Un'analisi del modo di funzionare, e degli effetti, di tali criteri porta inoltre a credere che questi, anziché mostrare che l'antinomia loro tramite risolta fosse meramente apparente, presuppongano invece che l'antinomia risolta fosse tutt'affatto reale.

Di più: non solo i criteri solutivi presuppongono la realtà del conflitto; le soluzioni giudiziali di antinomie giuridiche normalmente rappresentano soluzioni *contingenti*: che, cioè, valgono per il caso concreto preso in considerazione dal giudice, ma non valgono per l'avvenire, non avendo alcuna forza vincolante rispetto ai casi analoghi che in futuro si dovessero ripresentare.

Il principio di non contraddizione, infine, non è applicabile ai rapporti tra norme: le norme non sono atti di pensiero, e l'ordinamento giuridico non è un ragionamento, il discorso di una persona razionale.

Non vi è nulla di logicamente impossibile, dunque, nel fatto che due norme, una extrapenale permissiva e una incriminatrice, entrino (realmente) in conflitto; né, di riflesso, nel fatto che una stessa condotta di uno stesso soggetto sia contestualmente qualificata, dallo stesso ordinamento, come penalmente illecita e come oggetto di un diritto extrapenale di agire.

Di conseguenza, non vi è alcuna ragione di "logica delle norme" per credere che l'art. 51 CP presupponga già risolta l'antinomia (tra diritto di agire e incriminazione) alla quale si riferisce, e quindi per escludere che esso dia espressione ad un autonomo, e soggiacente, PED che, nel conflitto, dia sistematicamente la prevalenza al diritto rispetto all'illecito penale.

CAPITOLO III
DIRITTI, INTERPRETAZIONI, BILANCIAMENTI

SOMMARIO: 20. L'“argomento allarmistico” contro il PED. – 21. Validità della norma extrapenale permissiva. – 22. Diritti e interpretazioni (I): posizione del problema. – 23. Diritti e interpretazioni (II): *ratio* e portata dei diritti. (Con particolare riferimento a: diritto di difesa, libertà di espressione, libertà di circolazione, *jus corrigendi*.) – 24. Diritti e interpretazioni (III): casi di mutua esclusività tra fattispecie. (Con particolare riferimento a: libertà di associazione, diritto di proprietà; reati “a illiceità speciale”.) – 25. Diritti insaziabili? – 26. (*Segue*) Diritti e bilanciamenti. L'abuso del diritto quale ipotesi di eccesso nella scriminante dell'esercizio di un diritto. (Con particolare riferimento a libertà di espressione e tutela dell'altrui dignità.) – 27. Sintesi.

20. *L'“argomento allarmistico” contro il PED.*

Se non esistono ostacoli di natura logica ad attribuire all'art. 51 CP un'autonoma efficacia giuridica consistente nell'enunciazione del PED, non è detto, però, che non esistano ostacoli di altro genere.

Si ricorderà (*supra*, § 4) che la concezione descrittiva dell'art. 51 CP si può anche ricostruire come una sorta di reazione ad un'interpretazione dell'istituto dell'esercizio di un diritto (assunta come) potenzialmente pericolosa. A voler attribuire all'art. 51 CP l'effetto di rendere prevalente il diritto sul reato, si correrebbe il rischio di mettere in forse l'esistenza stessa di un diritto penale, o di buona parte di esso: il diritto penale funziona infatti, in buona misura (e

in un certo senso) ⁽¹⁴⁶⁾, proprio limitando i diritti di agire dei consociati; cosicché, ove si dovesse accogliere il principio per cui il diritto di agire prevale sempre sul reato, sembrerebbe che il diritto penale non debba più essere in grado di funzionare.

Se, ad es., l'effetto giuridico dell'art. 51 CP fosse realmente quello di stabilire che sempre la norma permissiva si applichi a preferenza di una norma incriminatrice con essa in conflitto, bisognerebbe credere che dal diritto di circolazione e soggiorno di cui all'art. 16 Cost. discenda che non si possa mai punire nessuno per violazione di domicilio o per evasione, o per aver cagionato un incidente stradale a causa della violazione di norme del codice della strada; e che la libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost. prevalga su tutte le incriminazioni aventi ad oggetto condotte che consistano nell'espressione di un pensiero (l'art. 51 CP renderebbe, dunque, penalmente lecita qualsiasi ingiuria, diffamazione, minaccia, violenza privata, istigazione al suicidio, calunnia, autocalunnia, falso giuramento, disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone, e così via); e bisognerebbe anche ritenere che l'esercizio del diritto di proprietà sulle cose (42 Cost.) – vista l'annessa facoltà di goderne e pertanto di usarle (832 CC) – renda penalmente lecita qualsiasi condotta tipica che un soggetto abbia commesso usando cose di sua proprietà: omicidi, rapine, interferenze illecite nell'altrui vita privata, bancarotte, e così via; ed ancora, bisognerebbe credere che dall'esistenza di uno *ius corrigendi* dei genitori nei confronti dei propri figli discenda che Adamo ed Eva non siano *mai* punibili

(146) Sul senso in cui si può dire che il diritto penale limiti i diritti di agire dei consociati, v. meglio *infra*, § 24.

per aver punito il loro figlio, Caino, anche se la punizione sia consistita nel massacrare Caino di botte, o nel chiuderlo in cantina a pane e acqua, ininterrottamente, per una settimana

La prospettiva di dover addivenire a conclusioni di questo genere, in effetti, costituirebbe una validissima ragione per escludere che il significato dell'art. 51 CP possa essere, veramente, quello di sancire il PED (che cioè la qualificazione giuridica "diritto" debba prevalere sulla qualificazione giuridica "divieto penale" con essa in conflitto): per quanto logicamente possibile, attribuire questo contenuto normativo all'art. 51 CP sarebbe assai pericoloso, e quindi assolutamente inopportuno⁽¹⁴⁷⁾.

In quest'accezione, la concezione descrittiva finisce dunque per assumere una valenza, per così dire, normativa: anche ammessa la possibilità logica di riconoscere nel PED il contenuto normativo dell'art. 51 CP, sarebbe ciò nondimeno opportuno interpretare quella disposizione come se non avesse alcuna efficacia giuridica autonoma, come se si limitasse a rinviare ad un conflitto di norme già risolto in base agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie; e ciò, perché, ad interpretarlo diversamente, si finirebbe per attribuire all'istituto dell'esercizio di un diritto una valenza talmente dirompente da renderlo un istituto assurdo, paradossale: una sorta di cavallo di Troia che, dall'interno del sistema delle norme penali, minacci di distruggere la possibilità stessa di un diritto penale.

(147) Per un'argomentazione di questo genere, v. ad es. PAGLIARO (2007), 265 (che, però, non si può definire propriamente un sostenitore della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: v. *infra*, Parte Seconda, § 7, nt. 45).

21. *Validità della norma extrapenale permissiva.*

Chiediamoci, dunque, se sia, questa, una conseguenza necessaria – o anche solo plausibile – del fatto di credere che il nostro ordinamento accolga il PED (di credere, cioè, che la positivizzazione di questo principio, o limite applicativo del diritto penale, e l’attribuzione ad esso di una valenza giuridica, costituisca il contenuto normativo proprio dell’art. 51 CP): è forse necessario, od anche solo plausibile, credere che dal PED discendano le conseguenze catastrofiche appena paventate?

A me pare che la risposta a quest’interrogativo debba essere negativa.

21.1. L’“argomento allarmistico”, innanzitutto, non considera che per il PED rilevano soltanto i diritti validi (ed applicabili), o meglio: le norme extrapenali permissive valide (ed applicabili) ⁽¹⁴⁸⁾.

La mera esistenza di una *disposizione* extrapenale permissiva non assicura ancora, di per sé sola, l’esistenza di una *norma* extrapenale permissiva, né, quindi, di un diritto di agire. Affinché dall’esistenza di una disposizione derivi l’effettiva esistenza della posizione giuridica in essa contenuta (affinché si possa dire che Tizio abbia realmente il diritto che si trova enunciato nella disposizione *x*), occorre per prima cosa che la disposizione sia stata emanata in conformità, formale e sostanziale, con i principi che ne governano la produzione.

Il diritto (ma qualcosa di analogo vale, *mutatis mutan-*

(148) Ma di questioni inerenti all’applicabilità delle norme extrapenali permissive mi occuperò, più specificamente, nei §§ seguenti.

dis, anche per l'incriminazione), rilevante ai sensi del PED, non va inteso, insomma, semplicemente con il frutto della presenza di una disposizione permissiva nel nostro ordinamento: il PED presuppone invece l'esistenza di una *valida* norma permissiva; e quindi, operativamente, presuppone che il giudice penale ritenga che dall'esistenza di una certa disposizione extrapenale possa ricavarsi una valida norma permissiva.

Tale validità, però, – ecco il punto – è da stabilirsi in forza dei *principi vigenti nel relativo ambito* (extrapenale) *di provenienza*, e non dipende invece da una soluzione del (l'eventuale) conflitto della norma extrapenale permissiva con l'incriminazione. La validità delle due norme antinomiche (la extrapenale permissiva e la incriminatrice) è, infatti, un *presupposto* del conflitto tra di esse, e quindi è anche un *presupposto di funzionamento* del PED, che costituisce un criterio di soluzione di quel conflitto.

In questo senso, il problema di un eventuale conflitto tra incriminazione e permesso si può cominciare a porre *solo dopo* aver stabilito cos'è permesso in base al diritto extrapenale (e cosa è vietato in base al diritto penale), e quindi *solo dopo* aver stabilito che una norma extrapenale permissiva (come anche una norma penale incriminatrice) effettivamente esiste. Detto icasticamente: il momento del conflitto tra diritto e divieto, rilevante ai sensi del PED, è una sorta di “finale”, che presuppone già avvenute la individuazione e la selezione, all'interno dei due ambiti di provenienza (il diritto extrapenale e il diritto penale), e sulla base dei *principi sulla produzione giuridica vigenti in ciascuno* di essi, dei candidati al conflitto: il diritto-permesso e il divieto validi.

Così, ad es., il problema del conflitto tra incriminazione e diritto di fonte regionale può porsi solo sul presuppo-

sto che la materia regolata rientrasse nella competenza legislativa della regione ⁽¹⁴⁹⁾; e il problema del conflitto tra un'incriminazione e un'autorizzazione amministrativa può porsi solo sul presupposto che quest'ultima non sia inesistente, o comunque non presenti i vizi tipici degli atti amministrativi ⁽¹⁵⁰⁾.

Se da una parte, insomma, la validità di una norma extrapenale permissiva non dipende dall'esito del conflitto (eventuale) di essa con una norma incriminatrice; d'altra parte, però, affinché una norma extrapenale permissiva possa entrare in conflitto con una norma incriminatrice (facendo così scattare l'operatività del PED), occorre che essa, in base ai principi che governano la produzione giuridica nel relativo settore di provenienza, costituisca una norma valida ed esistente.

22. Diritti e interpretazioni (I): posizione del problema.

L'“argomento allarmistico”, inoltre, non considera che quando, in relazione al PED, si parla di conflitto reale tra diritto extrapenale e divieto penale, il “diritto” al quale ci si riferisce (ma, ancora una volta, qualcosa di analogo vale, *mutatis mutandis*, per il “divieto penale”) va inteso come il *risultato* di una ricostruzione interpretativa, e quindi necessariamente concettuale e valutativa.

Il conflitto fra diritto e incriminazione, rilevante ai sensi del PED, non è il rapporto fra due entità, per così dire, “vergini”, “incontaminate”, che ancora attendano di

(149) Sul punto, v. più diffusamente *infra*, Parte Seconda, § 10.

(150) V. ancora *infra*, Parte Seconda, § 7.3, 7.3.1.

essere interpretate. Al contrario: il conflitto fra due norme, e quindi fra le rispettive posizioni giuridiche, presuppone una interpretazione delle disposizioni rilevanti. Il conflitto fra una norma (incriminatrice) penale e una norma (permissiva) extrapenale presuppone, dunque, che l'insieme delle disposizioni penali rilevanti, da un lato, e quello delle disposizioni extrapenali rilevanti, dall'altro, siano già stati interpretati: che cioè diritto e incriminazione – il loro significato, la loro portata – siano già stati definiti nel loro ambito di provenienza.

Solo una volta che – alla luce di una interpretazione ragionevole, sostenibile, dei due insiemi di disposizioni rilevanti – si sia stabilito cos'è incriminato, vietato in base al diritto penale, e cos'è permesso in base al diritto extrapenale, si può porre il problema di un conflitto tra incriminazione e permesso.

Il momento in cui diritto extrapenale e divieto penale entrano (possono entrare) in conflitto, insomma, non è, come spesso si crede, collocato “all'inizio” (od anche “all'interno”) del processo interpretativo-ricostruttivo da cui dipende la determinazione dell'ambito applicativo dell'una e dell'altra posizione giuridica; le cose stanno semmai al contrario: il problema di un conflitto tra diritto extrapenale e divieto penale può sorgere, o comunque ha senso porsi, solo in un momento in cui *si sia già* stabilito qual è l'ambito applicativo rispettivo dell'una e dell'altra posizione giuridica.

Se dunque il PED presuppone il conflitto tra un diritto e un'incriminazione, contribuendo a risolverlo (nel senso della prevalenza del primo sulla seconda), tale conflitto, a sua volta, necessariamente presuppone una determinazione della portata dell'uno e dell'altra, e quindi una interpretazione delle disposizioni da cui li si può ricavare. Perché si

possa dire che taluno ha il diritto di fare qualcosa, e che facendo qualcosa esercita un diritto, e che quindi il suo diritto di fare qualcosa è in conflitto col divieto penale di farla, dobbiamo aver prima stabilito se il nostro eroe ha *veramente* il diritto di (e il dovere di non) fare quella cosa⁽¹⁵¹⁾, e pertanto se la norma extrapenale permissiva e quella incriminatrice sono entrambe (oltre che valide: v. *supra*, § 21.1) *veramente* applicabili: se uno stesso fatto, la realizzazione di una condotta, rientra *veramente* nell'ambito applicativo di entrambe le norme.

«Per la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 51 CP non è [insomma] sufficiente che l'ordinamento attribuisca genericamente «un diritto, ma è necessario, altresì, che consenta di esercitarlo proprio con l'attività che, per altri, che non sia titolare di quel diritto, costituisca reato»⁽¹⁵²⁾.

Queste osservazioni – per vero, piuttosto intuitive – permettono di “disinnescare”, almeno in parte, l'argomento allarmistico: molti dei casi adducibili a sostegno di quell'argomento sarebbero in realtà costruiti su interpretazioni evidentemente scorrette, insostenibili, irragionevoli delle disposizioni penali e di quelle extrapenali rilevanti. Si tratta di esempi semplicemente “sbagliati”; nei quali, cioè, (erroneamente) si crede di scorgere un conflitto tra diritto e incriminazione solo perché l'uno o l'altro

(151) V. ad es. MARINUCCI, DOLCINI (2006), 206.

(152) Cass., III, 22.01.1980, n. 2860 (*C.E.D. Cass.* 144495).

In dottrina, ad es., FIANDACA, MUSCO (2007), 266: «[N]on basta vantare in astratto un diritto. È necessario che l'attività realizzata costituisca una (corretta) estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione», e che, quindi, «il modo mediante il quale il diritto viene esercitato [...] corrispond[a]» effettivamente «ad una delle facoltà inerenti al diritto medesimo». Analogamente, PULITANÒ (1990), 325; ID. (2007), 264; MARINI (1993), 372; CARACCIOLI (2005), 394; ID. (2006), 2293; CADOPPI, VENEZIANI (2007), 275 ss.

sono posti a confronto senza prima essere stati correttamente interpretati.

23. *Diritti e interpretazioni (II): ratio e portata dei diritti.*
(Con particolare riferimento a: diritto di difesa, libertà di espressione, libertà di circolazione, jus corrigendi.)

Una prima classe di casi adducibili a sostegno dell'argomento allarmistico è, ad es., fondata su interpretazioni difficilmente sostenibili delle disposizioni extrapenalistiche permissive volta per volta chiamate in causa.

Qualche esempio. Dal PED discende forse che la libertà di espressione, di cui all'art. 21 Cost., renda penalmente lecita qualsiasi condotta consistente nella comunicazione di un pensiero (minaccia, violenza privata, istigazione al suicidio, calunnia, autocalunnia, falso giuramento, disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone, e così via)? E ancora: ne discende, forse, che il diritto di difesa, di cui all'art. 24 cpv. Cost., renda lecita qualunque azione posta in essere dall'indagato, dall'imputato, o dal loro difensore, al fine di conseguire un più favorevole esito processuale (calunnie, diffamazioni, intimidazione di testimoni avversi, minacce ai giudici o al pubblico ministero)? O, forse, ne discende che il diritto alla libera circolazione delle persone, di cui all'art. 16 Cost., renda penalmente lecite evasioni e violazioni di domicilio? O ne discende che l'esistenza di uno *jus corrigendi* dei genitori nei confronti dei propri figli comporti la liceità di qualsiasi offesa arrecata con intento correttivo dagli uni agli altri?

Evidentemente no: ma questo non ha nulla a che fare con una negazione dell'esistenza del PED. E ciò per la semplice ragione che gli esempi appena addotti, come non

è difficile rendersi conto, non hanno nulla a che vedere con i diritti ai quali li si vorrebbe ricondurre; quegli esempi, semplicemente, non rientrano nella portata di questi diritti, e quindi non ne costituiscono esercizio.

E valga il vero. Solo un'interpretazione grossolana e banalizzante dell'art. 24 cpv. Cost., del tutto ignara delle ragioni del fondamento e della storia del diritto di difesa, potrebbe scorgervi il diritto dell'imputato o dell'indagato di esperire qualsiasi mezzo gli sia utile a conseguire una decisione processuale favorevole; e quindi anche minacce ai giudici, subornazione di testimoni, ecc. Quell'istituto ha, semmai, a che fare (sia detto sommariamente) ⁽¹⁵³⁾ con il diritto dell'imputato di partecipare al contraddittorio processuale, di difendersi provando, di essere assistito da persone tecnicamente competenti, e così via. La garanzia del diritto di difesa è, insomma, funzionale all'instaurazione di un *fair process*: sarebbe, dunque, del tutto al di fuori della sua *ratio*, oltre che della sua storia, una lettura che vi attribuisse il significato di legittimare l'imputato alla realizzazione di condotte che, invece, si pongano radicalmente al di fuori di una sana e corretta dialettica processuale ⁽¹⁵⁴⁾.

(153) V. più diffusamente FERRUA (1989), 466 ss.; Tranchina in SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ (2001), 206 s.; DI CHIARA (2003), 272 ss.; POLICE (2006), 503 (diritto di difesa come garanzia della «possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni, con le forme e i mezzi che assicurano la istituzione e lo svolgimento del contraddittorio», citando dalla motivazione di C. cost. 108/1963), 510 ss.

(154) Esattamente, dunque, Cass., V, 22.01.1992, n. 6650 (C.E.D. Cass. 190500), in relazione all'art. 51 CP, ha escluso che “per il principio “*nemo tenetur se detegere*” [potessero] ritenersi giustificate [...] irregolarità contabili dirette a mascherare [...] attività corruttive”. [Per un recente *revirement*, v. però Cass., V, 15.02.2007, Giordano: non punibili ufficiali giudiziari che hanno redatto un verbale parzialmente falso per non dover “confessare” un illecito commesso nell'esecuzione dell'operazione verbalizzata; e questo perché il principio “*nemo tenetur se detegere*” costituirebbe un aspetto del diritto di di-

Un discorso analogo può farsi anche per gli altri esempi addotti. Una minaccia, una violenza privata, un'istigazione al suicidio, schiamazzi notturni non costituiscono, in se stessi, esercizio della libertà di espressione. Nessuno, infatti, può ragionevolmente credere che il senso della garanzia di cui all'art. 21 Cost. sia, banalmente, quello di attribuire alle persone il diritto di fare tutto ciò che vogliono con le parole, o più in generale con il linguaggio, ossia: di fare qualunque cosa comporti l'espressione di un contenuto di pensiero. Il senso dell'art. 21 Cost. è tutt'altro: e cioè, detto sommariamente ⁽¹⁵⁵⁾, quello di escludere che il legislatore abbia il potere giuridico di vietare una certa condotta sulla base della *sola* considerazione che questa esprima un certo *contenuto* di pensiero. Rispetto a questo fondamento rimangono invece del tutto estranee quelle condotte che siano incriminate, non già per il contenuto di pensiero che esprimono, ma per gli effetti che producono nel mondo delle relazioni sociali, come accade nei casi più sopra menzionati ⁽¹⁵⁶⁾.

fesa, costituzionalmente garantito, e renderebbe quindi lecito ai sensi dell'art. 51 CP il fatto commesso (nella specie: il falso ideologico). V., sul punto, le avvedute critiche di FORNASARI (2008), 907 ss.]

V. anche Cass., VI, 04.02.1998, n. 1333, che riconduce l'esercizio del diritto di difesa ad un "*rigoroso rapporto funzionale tra*" la condotta dell'imputato "*e la confutazione dell'imputazione*". Analogamente, Cass., VI, 15.01.2003, n. 7760 (C.E.D. Cass. 223982).

(155) Più diffusamente SPENA (2007 d), 702 ss.

(156) In quest'ottica, appare condivisibile, ad es., Cass., Sez. fer., 08.08.2007, n. 32321: "Non è ravvisabile la scriminante dell'articolo 51 del CP, sotto il profilo dell'asserito legittimo esercizio del diritto di libera espressione del proprio pensiero, nella condotta di un soggetto che, in occasione di collegamenti televisivi esterni in diretta del telegiornale, abbia disturbato l'attività dei giornalisti": pertanto, *non è invocabile l'articolo 21 della Costituzione allorché la manifestazione del proprio pensiero avvenga con modalità petulanti, tali da integrare la fattispecie contravvenzionale dell'articolo 660 del CP.*

Ancora: una evasione o una violazione di domicilio non costituiscono in alcun modo esercizio del diritto di libera circolazione, poiché il senso dell'art. 16 Cost. ⁽¹⁵⁷⁾ non è quello di attribuire a ciascun cittadino il diritto di fare tutto ciò che avvenga mediante una dislocazione del proprio corpo da un luogo ad un altro, ma, piuttosto, quello di riconoscergli la pretesa d'esser libero da limitazioni *arbitrarie* della libertà di muoversi nell'ambito del territorio nazionale. E tali non sono, invece, quelle limitazioni che si fondino su esigenze di amministrazione della giustizia o di tutela dell'altrui domicilio, o su "motivi di sanità o di sicurezza" (art. 16, primo comma, Cost.).

Né l'esistenza del PED vale a rendere penalmente lecita qualsiasi offesa arrecata con intento correttivo dai genitori ai propri figli: e questo per la semplice ragione che non basta un, sia pur remoto implicito obliquo o malinteso, intento correttivo a rendere una qualsiasi condotta esercizio di *jus corrigendi*; la portata di questo diritto non si definisce in base alla mera presenza di un intento correttivo: sarebbe un'interpretazione assolutamente banalizzante quella che facesse rientrare nel diritto di correzione qualsiasi condotta possibile, purché retta, in qualche modo, da quel tipo di intento. Tutt'altro: costituiscono esercizio di *jus corrigendi* quelle sole condotte che possano dirsi oggettivamente funzionali, adeguate, al perseguimento di finalità educative e correttive ⁽¹⁵⁸⁾. Solo lievissime offese, dunque; e non tutte: ma solo quelle che appaiano ragionevolmente riconducibili alla realizzazione di un, più o meno elaborato o

(157) Da connettersi, per un verso, con l'art. 13 e, per altro, con l'art. 120 Cost.

(158) V. ad es. Cass., V, 28.10.1994, n. 12510 (*C.E.D. Cass.* 200438); Cass., V, 03.11.1994, n. 12531 (*C.E.D. Cass.* 200441).

consapevole, disegno educativo ⁽¹⁵⁹⁾.

23.1. *In sintesi.* Molti degli esempi adducibili a sostegno dell'argomento "allarmistico" contro l'esistenza di un PED sono semplicemente il frutto di interpretazioni insoddisfacenti delle disposizioni che riconoscono o attribuiscono questo o quel diritto. Si tratta, cioè, di casi la cui "pericolosità" per la stessa "sopravvivenza" di intere parti del diritto penale deriva, non già dall'ammettere l'esistenza del PED (che invece presuppone l'esercizio di un *vero e proprio* diritto), ma, più banalmente, dal fatto che essi prendono spunto da interpretazioni chiaramente grossolane e del tutto insostenibili delle disposizioni extrapenali permissive prese in considerazione.

24. *Diritti e interpretazioni (III): casi di mutua esclusività tra fattispecie. (Con particolare riferimento a: libertà di associazione, diritto di proprietà; reati "a illiceità speciale".)*

Da quanto sinora detto, discende che il diritto penale, in realtà, non può limitare la *portata* di diritti extrapenali di agire (non può cioè limitare l'estensione della classe di casi rientranti nella fattispecie di una norma extrapenale permissiva); e che, allo stesso modo, il diritto extrapenale non può limitare la portata di un'incriminazione (una norma extrapenale permissiva non può cioè escludere la tipicità penale di un fatto limitando l'ambito applicativo della fattispecie di una norma incriminatrice). Il rapporto

(159) Cfr. FIORE (1966), 25 ss.

tra permesso extrapenale e divieto penale, in questo senso, è necessariamente un rapporto di conflitto; ossia, un rapporto che si pone direttamente sul piano del peso rispettivo delle due posizioni giuridiche, e non su quello della loro portata – e ciò per la semplice ragione che, quando sono poste in rapporto l’una con l’altra, norma extrapenale e norma penale costituiscono il frutto di un’interpretazione già necessariamente avvenuta, e quindi di una già avvenuta definizione del rispettivo ambito applicativo (e, con questo, della portata delle due posizioni giuridiche – permesso e divieto – da esse ricavate).

24.1. Questo, per vero, è ciò che accade normalmente. Ci sono, però, dei casi nei quali diritto extrapenale e incriminazione possono limitare l’uno la portata dell’altro: sono, questi, i casi (che potremmo denominare) di mutua esclusività tra la fattispecie di una norma extrapenale permissiva e quella di una norma incriminatrice.

Due fattispecie sono mutuamente esclusive quando tra gli elementi dell’una ve ne sia qualcuno che richieda, esplicitamente o implicitamente, che l’altra norma non sia applicabile: quando, cioè, tra i presupposti o le condizioni della astratta applicabilità dell’una norma (della sua astratta riferibilità ad un certo fatto), vi sia, esplicita o implicita, anche la non applicabilità dell’altra. La fattispecie della norma N_1 e quella della norma N_2 sono mutuamente esclusive se, e solo se, la fattispecie di N_1 è costruita in modo che, tra le condizioni per sussumere in essa il fatto concreto F , vi sia la circostanza che F non sia (“già”) sussumibile nella fattispecie di N_2 (o viceversa) ⁽¹⁶⁰⁾.

(160) Ipotesi tipica di norme incriminatrici mutuamente esclusive è da-

Ora, due norme mutuamente esclusive, per definizione, non sono in conflitto: il conflitto tra due norme presuppone infatti che entrambe siano applicabili ad uno stesso fatto; mentre due norme mutuamente esclusive hanno fattispecie in rapporto tale, che solo una delle due è applicabile ad uno stesso caso. L'applicabilità di una delle due norme (N_2) limita la fattispecie dell'altra (N_1), ma senza che le due norme entrino in conflitto (e quindi, senza che la limitazione della fattispecie dell'una rappresenti la soluzione di un conflitto).

Detto altrimenti: nei casi di mutua esclusività, la fattispecie di una delle due norme richiama l'altra norma, assumendo la non applicabilità di questa come una delle condizioni da cui far dipendere la propria applicabilità; in questo senso, la norma richiamata *integra* la norma richiamante: entra a far parte della relativa fattispecie, come un suo elemento negativo, e quindi contribuisce ad individuare uno dei presupposti dalla cui realizzazione dipende l'applicabilità della norma richiamante. In quanto "integrata" nella relativa fattispecie, la norma richiamata evidentemente non è in conflitto con la norma richiamante.

24.1.1. Un rapporto di mutua esclusività può certamente intercorrere anche tra una norma incriminatrice e una norma extrapenale permissiva.

ta dal rapporto tra una norma, la cui fattispecie contenga una clausola di salvezza, ed un'altra norma che rientri nel novero di quelle indicate nella, o comunque riconducibili alla, clausola di salvezza. È questo, ad es., il rapporto intercorrente tra l'art. 316 *ter* e l'art. 640 *bis* (dove la fattispecie della prima si apre con questa clausola: "salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 *bis*"), o tra l'art. 335 *bis* ("salvo quanto previsto dall'art. 322 *ter*") e l'art. 322 *ter*.

Può accadere, in particolare: *i*) tanto che la fattispecie di una norma extrapenale permissiva sia costruita in modo che l'applicabilità di questa risulti esclusa per ciò solo, che ad uno stesso fatto sia applicabile una certa norma incriminatrice; *ii*) quanto che, viceversa, la fattispecie di una norma incriminatrice sia costruita in modo che l'applicabilità di questa risulti esclusa per ciò solo, che ad uno stesso fatto sia applicabile una certa norma extrapenale permissiva.

24.1.1.1. Nel primo caso, il diritto penale opera, per così dire, “su richiesta” della – e non certo in conflitto con la – norma permissiva extrapenale. Qui è infatti la stessa norma extrapenale a chiamare in causa il diritto penale, ad indicarlo come limite alla portata del diritto in essa riconosciuto o attribuito. Questo accade, in particolare, quando la norma permissiva stabilisca che qualcuno abbia il diritto di fare qualcosa “nei limiti stabiliti dal diritto penale”, o: “nei limiti stabiliti dall’ordinamento giuridico” (in generale, ivi compreso il diritto penale), oppure ancora: “sempre che il fatto non costituisca un reato”, *et similia*.

In questi casi, non accade in alcun punto (non può accadere, dato il richiamo contenuto nella norma permissiva) che la norma permissiva richiamante e le norme incriminatrici richiamate siano applicabili ad uno stesso fatto. Tra l’una e le altre, dunque, è bene ribadirlo, non esiste alcun conflitto ⁽¹⁶¹⁾. Le norme incriminatrici, qui, limitano la

(161) O meglio: un conflitto tra norma incriminatrice e norma permissiva potrebbe verificarsi solo nel caso in cui, venendo in questione diritti fondamentali, l’incriminazione si estendesse sino al punto di privare la norma permissiva di qualunque applicazione, od anche nel caso in cui il divieto venisse ad intaccare il cosiddetto “contenuto essenziale” del diritto. Si tratta, ad

portata del diritto extrapenale: ma non perché entrino in conflitto con la norma che attribuisce questo diritto e prevalgano su questa; piuttosto, perché è la stessa norma permissiva a stabilire che il diritto si estenda sin dove non entri in gioco una norma incriminatrice applicabile. La norma incriminatrice limita la fattispecie della norma extrapenale permissiva senza entrare in conflitto con essa, poiché anzi è da questa appositamente chiamata “in soccorso”, per meglio definire la portata del diritto.

Alcuni esempi.

L’art. 18 Cost. riconosce ai “cittadini il diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale”: tra la norma ricavabile da questa disposizione e, mettiamo, la norma di cui agli artt. 416 o 416 *bis* CP, non esiste, evidentemente, alcun conflitto. Non è che il diritto di libera associazione sia in conflitto con il divieto di costituire un’associazione per delinquere: più semplicemente, per il modo stesso in cui è configurata la fattispecie dell’art. 18 Cost., non esiste alcun diritto di costituire un’associazione per delinquere, perché è lo stesso art. 18 Cost. a stabilirlo implicitamente.

Qualcosa di analogo accade con il diritto di proprietà. L’art. 42 Cost. riconosce e garantisce il diritto di godere della proprietà privata nei limiti determinati dalla legge “allo scopo di assicurarne la funzione sociale”; e l’art. 832 CC riconosce al proprietario il “diritto di godere” (e quindi anche di usare) “delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico”. Quando un delitto sia com-

ogni modo, di ipotesi estreme che in questa sede, per ragioni di economia espositiva, possono tranquillamente rimanere in sottofondo. Per alcune osservazioni sul punto, comunque, v. *infra*, Parte Seconda, § 8.2.

messo usando una cosa della quale si sia proprietari (ad es.: omicidio commesso col proprio coltello, o incendio di cosa propria in modo che ne derivi pericolo per la pubblica incolumità, o maltrattamento dei propri animali), quel che si verifica non è un conflitto tra gli artt. 42 Cost. e 832 CC, da una parte, e la norma incriminatrice (nel nostro es.: l'art. 575 CP, o l'art. 423 cpv. CP, o l'art. 727 CP), dall'altra. È la stessa norma extrapenale permissiva (ricavabile dagli artt. 42 Cost. e 832 CC), infatti, a stabilire che non costituisca esercizio del diritto di proprietà usare un proprio bene in modo non consentito (ossia: vietato) dalla legge, e quindi anche dalla legge penale (come accade nel caso in cui il bene sia usato come strumento di un delitto). L'art. 575 CP o l'art. 423 cpv. CP o l'art. 727 CP limitano bensì il diritto di proprietà, escludendo dalla portata di questo alcuni modi di usare la cosa, senza tuttavia confliggere in alcun punto con gli artt. 42 Cost. e 832 CC: poiché, anzi, sono questi a chiamarli in causa allo scopo di meglio definire la portata del diritto di proprietà.

24.1.1.2. Altre volte è la norma extrapenale permissiva ad essere, esplicitamente o implicitamente, chiamata "in soccorso" da una qualche norma incriminatrice, per delimitare meglio l'estensione della fattispecie incriminatrice, e quindi la portata del divieto penale.

Questo accade tipicamente nel caso di fattispecie ad illiceità speciale, ossia di norme incriminatrici che costruiscano la propria fattispecie mediante il richiamo, esplicito o implicito, a qualifiche di doverosità o di illiceità contenute in una distinta disciplina normativa ⁽¹⁶²⁾: norme per le

(162) Sulla complessa problematica v., in generale, PULITANÒ (1967),

quali, ad es., un fatto è penalmente vietato solo se commesso “indebitamente”, “abusivamente”, *et similia*. In questi casi, (sempre che l’elemento di richiamo contribuisca a definire l’oggettività giuridica del reato) accade, in sostanza, che sia la stessa norma incriminatrice a chiamare (per lo più implicitamente) in causa il diritto extrapenale per meglio precisare la portata del divieto: i fatti che, in forza dell’applicabilità di una norma extrapenale permissiva, non possano dirsi commessi “abusivamente”, “indebitamente”, ecc., non costituiscono lesione del bene giuridico protetto; sono, dunque, *fatti radicalmente non tipici* ai sensi della fattispecie incriminatrice, non sussumibili in questa, per il modo stesso in cui l’incriminazione è costruita ⁽¹⁶³⁾.

L’elemento di illiceità speciale funziona, insomma, in questi casi, come una sorta di clausola di salvezza, per la quale la norma incriminatrice si applichi “salvo che” alla condotta non sia (“già”) applicabile, ad es., una norma extrapenale permissiva.

Si pensi al caso in cui una rivelazione di segreti d’ufficio, da parte di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, sia effettuata previa autorizzazione dell’Autorità competente: qui, l’autorizzazione, e quindi il diritto di propalare le notizie, rende il fatto atipico ai sensi dell’art. 326 CP, poiché determina che le notizie, proprio in quanto ne sia legittimamente autorizzata la diffusione, non possano dirsi “notizie che debbono rimanere segrete”. O si pensi, ancora, al caso di chi, regolarmente abilitato ed iscritto all’albo, eserciti la professione di avvocato: qui la

65-124; e più di recente MORGANTE (2002); Marco MANTOVANI (2003).

(163) V. ancora, con precisazioni, *infra*, Parte Seconda, §§ 2.2 e ss.

presenza delle condizioni legittimanti, e quindi l'esistenza di un diritto, escludono che il soggetto eserciti “*abusivamente* [la] professione [di avvocato], per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato”: il fatto è dunque atipico ai sensi dell'art. 348 CP.

24.1.2. Ipotesi di questo genere non hanno nulla a che vedere con il PED, e quindi con l'art. 51 CP. Il PED presuppone infatti la possibilità di un conflitto reale tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice: ed il suo effetto è quello di sancire che, nel conflitto, sia la prima a prevalere e la seconda a soccombere. Nei casi di mutua esclusività, invece, tra le norme prese in considerazione non esiste alcuna possibilità di conflitto, né reale né apparente: gli ambiti applicativi delle due norme sono “da sempre” distinti.

Non vale dunque chiamare in causa, come spesso si fa, le potenzialità espansive, ad es., del diritto di proprietà privata, per farne discendere un argomento “di buon senso” contro l'esistenza del PED: e cioè che, altrimenti, bisognerebbe escludere l'illecito in ogni caso in cui un reato sia commesso usando (o sia commesso su) cose proprie. Il senso del PED, ovviamente, non è che una norma permissiva debba trovare applicazione anche rispetto a fatti che *non* rientrino nella sua fattispecie; che, cioè, debba considerarsi “diritto” anche ciò che *non* è tale per la norma permissiva chiamata in causa: ma piuttosto che in tutti i casi effettivamente rientranti nella fattispecie di entrambe le norme (e quindi: fuori dai casi di mutua esclusività), la norma extrapenale permissiva prevalga sulla norma incriminatrice con essa in conflitto.

24.1.3. Errata sarebbe, inoltre, l'idea che, in casi di

questo genere, si abbia a che fare con un'applicazione del criterio della specialità. Le ipotesi di mutua esclusività tra fattispecie non hanno nulla a che vedere con un rapporto di specialità: questo, infatti, presuppone logicamente che uno stesso fatto rientri *e* nella norma generale *e* nella norma speciale (v. *supra*, § 12.4.1); nel caso della mutua esclusività, invece, è la circostanza stessa che un fatto rientri in una norma ad escludere che esso rientri anche nell'altra.

Il rapporto di mutua esclusività tra fattispecie – lo si è accennato – somiglia piuttosto al fenomeno della sussidiarietà tra norme, dove l'elemento da cui dipende il rapporto di esclusività tra fattispecie ⁽¹⁶⁴⁾ funziona come una sorta di clausola di sussidiarietà, o di *auto-limitazione*, della norma (richiamante) che lo contiene rispetto alle norme da esso, esplicitamente o implicitamente, richiamate.

25. Diritti insaziabili ⁽¹⁶⁵⁾?

L'idea che il funzionamento del PED presupponga una corretta (almeno nel senso di non evidentemente infondata, irragionevole, insostenibile) interpretazione della disposizione che riconosce o attribuisce il diritto, per quanto necessaria ad evitare alcuni esiti contro-intuitivi dell'utilizzo del principio, è ancora piuttosto banale, scontata, e, presa da sola, non permette certo di risolvere in maniera convincente tutti, e comunque i più controversi, casi di conflitto tra diritto e incriminazione.

(164) Ad es.: nel caso dell'art. 332 CC, il riferimento a “i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico”; o, nel caso dei reati ad illiceità speciale, l'elemento di illiceità speciale.

(165) Prendo l'espressione in prestito da PINTORE (2001), 179.

I casi più difficili, che si pongono ad una teoria dell'esercizio di un diritto, sembrano infatti essere quelli nei quali: *i*) un certo tipo di condotta, oltre a rientrare nella fattispecie di una norma incriminatrice, rientra anche – alla luce di una interpretazione ragionevole, sostenibile, della disposizione extrapenale permissiva – nella portata di un diritto di agire; *ii*) e, tuttavia, sembra chiaramente eccessivo affermare che *ogni* condotta di quel tipo debba considerarsi lecita, che *quel* diritto debba *in tutti i casi* prevalere sull'incriminazione.

Non ci si può nascondere, insomma, che, anche una volta ripulito il campo da ipotesi ingannevoli, che solo apparentemente si farebbero rientrare nel concetto di “esercizio di un diritto come scriminante” (mutua esclusività tra fattispecie, interpretazioni insostenibili di una disposizione permissiva), sul campo rimangono ancora una serie di ipotesi nelle quali l'applicazione del PED parrebbe condurre a conclusioni difficilmente difendibili, contrarie ad ogni sano senso giuridico. E, a rendere più complicata la faccenda, qui non abbiamo più a disposizione argomenti per sostenere che in questi casi non si abbia a che fare con veri e propri “diritti”: questi casi sono *veramente difficili* perché in essi, per ipotesi, assumiamo che effettivamente la condotta rientri nella *portata* di un diritto di agire.

Il caso più eclatante è dato, probabilmente, dai rapporti tra libertà di espressione (di cui all'art. 21 Cost.) e tutela penale della dignità umana (quale può considerarsi sottesa, ad es., a figure di reato come ingiuria e diffamazione). Per quanto si possa convenire che, in linea generale, la condotta di chi, ad es., esprima pubblicamente una propria opinione rientri nella portata del diritto di cui all'art. 21 Cost., avremmo, ciò nondimeno, qualche difficoltà ad affermare che una persona non sia *mai* punibile,

per ingiuria o diffamazione, per aver pubblicamente riferito opinioni sul conto di un'altra persona.

Eppure, se partiamo dall'assunto che anche la condotta in questione rientri nella portata del diritto di esprimere liberamente le proprie idee, conclusioni pur così controintuitive – come quella di credere che nessuno possa mai essere punito per diffamazione, poiché una diffamazione presuppone sempre l'espressione di un pensiero – parrebbero inevitabili, una volta ammessa l'esistenza, nel nostro sistema, di un principio (PED) per cui il diritto di agire deve comunque considerarsi prevalente sull'incriminazione.

26. (Segue) *Diritti e bilanciamenti. L'abuso del diritto quale ipotesi di eccesso nella scriminante dell'esercizio di un diritto. (Con particolare riferimento a libertà di espressione e tutela dell'altrui dignità.)*

Un'obiezione di questo genere non considererebbe che, in realtà, non diversamente da quanto accade per gli altri criteri o principiolutivi⁽¹⁶⁶⁾, anche l'applicazione del PED dipende in una certa misura da bilanciamenti, opzioni valutative, giudizi di opportunità. Il PED, per come qui lo si intende, è un principio fondamentale del diritto penale (che, come vedremo, radica essenzialmente nel carattere sussidiario del diritto penale stesso): ciò non toglie che la sua applicazione potrebbe talora risultare estremamente inopportuna, resa tale dal pressare di altre esigenze che,

(166) V. *supra*, § 13. E come, più in generale, accade per qualsiasi principio: v., per tutti, DWORKIN (1982), 93 ss.; ALEXI (1994), 75 ss.

nel conflitto, apparissero ragionevolmente più importanti di quelle ad esso sottese. In questi casi, non c'è dubbio che il PED potrebbe legittimamente esser messo da parte. A credere il contrario, si finirebbe per farne uno strumento di estrema ingiustizia (*summum ius, summa iniuria*).

Riconoscere l'esistenza del PED non significa dunque, per forza di cose, affermarne l'assolutezza: pretendere, cioè, che esso debba sempre, rigidamente, prevalere nei confronti di qualsiasi altro principio, o esigenza, con cui entri in conflitto.

26.1. Tradotto in contenuti dogmaticamente sostenibili e consolidati, questo ragionamento può articolarsi in due passaggi: (1) di un diritto si può anche abusare; (2) *il PED non si riferisce ai casi di abuso del diritto* ⁽¹⁶⁷⁾.

L'abuso del diritto rappresenta infatti un'ipotesi di eccesso nella scriminante di cui all'art. 51 CP ⁽¹⁶⁸⁾. E non c'è ragione di credere che l'esimente dell'esercizio del diritto si sottragga alle regole e ai principi generali che nel nostro sistema governano la materia delle cause di esclusione dell'illiceità penale: e tra questi, in particolare, al principio per cui l'esimente opera finché non se ne eccedano, dolosamente o colposamente (caso, quest'ultimo, previsto dall'art. 55 CP), i limiti ⁽¹⁶⁹⁾.

Il soggetto che, pur agendo in presenza di una situa-

(167) V., sia pur senza riferimento al PED, BATTAGLINI (1949), 316; PAGLIARO (2003 a), 434; ID. (2007), 266; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 321; FIANDACA, MUSCO (2007), 267; CADOPPI, VENEZIANI (2002), 243.

(168) Per un accenno in tal senso, Nino LEVI (1934), 228 s. Analogamente CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (2007), 535.

(169) Sulla problematica dell'eccesso (in particolare, colposo) nelle scriminanti, v., tra gli altri, AZZALI (1965); FARANDA (1988); SIRACUSANO (1990), 180 ss.; SCHIAFFO (1998), 208 ss.; Stefano FIORE (2006).

zione esimente, ne ecceda i limiti, realizza un fatto che, appunto in quanto *eccessivo*, si pone al di fuori dell'esimente stessa ⁽¹⁷⁰⁾, e non è più coperto dalla relativa garanzia di liceità penale. Il fatto realizzato eccedendo i confini dell'esimente, della quale, pure, sussistano i presupposti, è un fatto “non (*più*) giustificato”: un fatto rispetto al quale non opera (*più*) l'efficacia, propria dell'esimente, di escludere l'illiceità penale ⁽¹⁷¹⁾. È, dunque, un fatto senz'altro illecito per il diritto penale, se tipico ai sensi di una fattispecie incriminatrice.

Questo ragionamento vale, si accennava, anche per l'esercizio del diritto ⁽¹⁷²⁾: com'è reso, almeno formalmente, evidente dal fatto che l'art. 55 CP si riferisce genericamente (senza, cioè, distinguere tra esercizio del diritto e adempimento del dovere) alle figure di cui all'art. 51 CP. Anche per l'esercizio del diritto vale dunque il principio che l'eccesso nell'esimente fa venir meno, di quest'ultima, l'efficacia esclusiva dell'illiceità penale.

26.2. Due sono, essenzialmente, le forme che può assumere un eccesso nell'esercizio del diritto ⁽¹⁷³⁾, a seconda

(170) PADOVANI (2006), 173.

(171) Il “più” è qui usato – è appena il caso di precisarlo –, non già in senso “cronologico”, ma in senso “quantitativo”: la dinamica dell'eccesso non richiede infatti che *prima* la condotta sia mantenuta “entro i limiti” e che *solo successivamente* i limiti vengano superati. È ben possibile che l'unica azione posta in essere sia quella eccessiva: Tizio avrebbe potuto difendersi limitandosi a bloccare il braccio di Caio, e invece gli ha direttamente sparato al cuore. Cfr. NINO (1982), 170.

(172) *Contra*, però, (sia pur con precisazioni) CARACCIOLI (1965), 131 «in ordine all'esimente del diritto, a rigore, non può configurarsi, sul piano obiettivo, alcun fenomeno di eccesso dai limiti della scriminante». V. anche LEONE (1970), 85 s.; LANZI (1983), 44 ss.

(173) Non rientra, invece, nel paradigma dell'eccesso nell'esercizio del diritto il caso in cui la norma extrapenale permissiva richiami, ad integrazione

che il soggetto faccia *più* di quel che ha diritto di fare, o faccia qualcosa che, pur rientrando nel suo diritto, impone su qualche interesse antagonista un *costo*, un *sacrificio*, *eccessivo*.

La distinzione tra queste due forme di eccesso riflette, a ben vedere, quell'altra, già illustrata, tra portata e peso di un diritto di agire (v. *supra*, § 3.1.1).

Nel primo caso, l'agente supera un limite interno alla portata del diritto, *facendo più* di quanto la norma extrapenale permissiva gli dà il diritto di fare. Esiste una norma che dà al soggetto il diritto di fare qualcosa *entro un certo limite* (esplicitamente indicato o implicitamente ricavabile); il soggetto invece, realizzando la condotta, supera questo limite. Ad es., il pubblico ufficiale Tizio ritiene una cosa mobile, di cui dispone per ragioni d'ufficio, del valore di centinaia di migliaia di euro, a compensazione di un credito di poche centinaia di euro nei confronti della P.A. Od ancora: Caio predisporre, a difesa del suo pollaio, dissimulandolo dietro un cespuglio, un pericolosissimo congegno automatizzato che esploderà colpi di fucile contro chiunque tenti di introdursi nel luogo protetto. Qui, da un lato, esisterebbero i presupposti di operatività dell'art. 51 CP (ossia: i presupposti perché Tizio compensi il proprio credito nei confronti della P.A.; o i presupposti perché Caio predisponga mezzi a protezione della sua proprietà), ma,

della propria fattispecie, una o più norme incriminatrici, quali limiti del diritto da essa attribuito, e il soggetto realizzi appunto la condotta tipica ai sensi di una delle norme incriminatrici richiamate: è questo il caso della mutua esclusività (v. *supra*, § 24.1.1.1) in cui la norma permissiva stabilisca che si ha il diritto di fare qualcosa, *nei limiti in cui*, facendolo, non si violi questa o quella norma penale. Qui, la condotta che violasse la norma penale richiamata non costituirebbe eccesso dall'esercizio di un diritto, ma semplicemente esercizio di un *non diritto*, realizzazione di qualcosa che non si aveva *alcun diritto* di fare.

d'altro lato, la condotta del soggetto supera i limiti entro i quali la norma permissiva di riferimento, espressamente (nel primo caso) o implicitamente (nel secondo caso, dove si tratta di un diritto di fonte consuetudinaria), attribuisce il diritto di tenerla: il fatto concretamente realizzato da Tizio e quello concretamente realizzato da Caio si pongono, almeno in parte, fuori dalla portata del diritto di agire, i presupposti di un esercizio del quale, pure, esistevano in linea di principio.

26.3. Questa è, probabilmente, l'ipotesi più limpida, ma anche più semplice e banale, di eccesso nell'esercizio di un diritto: il diritto ha dei limiti quantitativi (più o meno) nettamente pre-definiti; e la condotta dell'agente supera questi limiti. Essa – nella parte eccedente il limite – si pone al di fuori della portata del diritto: e (oltre quel limite) non costituisce esercizio di un diritto, per quanto in origine (*ex ante*) sussistessero i presupposti di un tale esercizio.

Ma l'eccesso nell'esercizio di un diritto può assumere anche una seconda forma (che è quella che qui più interessa): ossia, la forma dell'abuso del diritto⁽¹⁷⁴⁾.

(174) Analogamente CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (2007), 535. Negano, invece, la possibilità di ricostruire una nozione coerente di "abuso del diritto", che abbia un qualche rilievo ai fini dell'interpretazione dell'art. 51 CP: CARACCIOLI (1965), 125 ss.; MANTOVANI (1966 a), 665.

Quello dell'abuso del diritto, in verità, è un tema assai complesso, molto controverso nel dibattito extrapenale e teorico-generale. Si tratta, comunque, di controversie (che talora danno l'impressione di indulgere in un eccessivo concettualismo) sulle quali non intendo qui dilungarmi. Dirò, tra breve, nel corso del testo, cosa intendo per abuso del diritto. Sul punto, ad ogni buon conto, si possono utilmente consultare, tra gli altri: ROTONDI (1979); SANTORO PASSARELLI (1966), 76 ss.; DE CUPIS (1966), 32; DABIN (1959), 268 ss.; RESCIGNO (1998); PATTI (1987); SALVI (1988); GAMBARO (1988); Giulio LEVI (1993); MESSINETTI (1998); SACCO (2001), 309 ss.; PINO (2005), 161 ss.; ID (2006), 115 ss.

Nei casi di abuso del diritto, ciò che il soggetto fa rientra nella fattispecie, nella portata, di un diritto di agire, ma comporta, a carico di interessi antagonisti, dei costi spropositati, eccessivi, non fisiologici.

26.3.1. Per poter stabilire quando questo accada (e, pertanto, quando si verifichi un abuso del diritto), occorre, evidentemente, effettuare un bilanciamento tra il valore connesso all'esercizio del diritto e il valore connesso all'interesse antagonista.

Un tale bilanciamento, per la verità, normalmente (ossia: rispetto ai casi normali) è implicito nella norma attributiva del diritto: lo fa, cioè, l'ordinamento quando attribuisce il diritto di agire. I diritti (in senso forte) servono, infatti, a risolvere questioni pratiche ⁽¹⁷⁵⁾, ad indicare, cioè, come le persone debbono o possono comportarsi quando i loro interessi entrano in conflitto con altri interessi. I diritti costituiscono, dunque, la soluzione di un conflitto tra interessi: e in particolare (nel caso dei diritti di agire) del conflitto tra l'interesse di una persona a tenere una certa condotta e gli interessi altrui che verrebbero pregiudicati dalla realizzazione di questa condotta; riconosciuto il diritto di agire, una delle posizioni in conflitto viene garantita giuridicamente, viene, cioè, guarnita di una speciale sfera di protezione giuridica che la colloca in una condizione di favore rispetto alle (o quantomeno, a certe) posizioni antagoniste. Qui è il legislatore (o, più in generale, l'ordinamento, il diritto oggettivo) che, nell'attribuire il diritto, bilancia gli interessi in gioco, risolvendo il conflitto in favore dell'interesse a tenere la

(175) EDMUNDSON (2005), 12.

condotta nonostante questa possa risultare lesiva di altri interessi.

L'offesa (certa o possibile) ad interessi antagonisti è, in tal modo, assunta, nell'attribuzione di un diritto, come un *costo fisiologico*; come un sacrificio adeguato, tollerabile, della realizzazione dell'interesse soggiacente all'attribuzione del diritto di agire ⁽¹⁷⁶⁾.

D'altra parte, avere il diritto di fare qualcosa ha valore proprio in quanto il farla entri, o possa entrare, in rotta di collisione con l'interesse di altre persone a che non la si faccia; un diritto di agire avrebbe, infatti, ben poco valore se nessuno avesse o potesse mai avere qualcosa da obiettare contro il suo esercizio. E la funzione del diritto di agire è appunto quella di far sì che una persona possa comportarsi in un certo modo anche se così facendo pregiudicherà l'interesse o la posizione di altri soggetti: di mettere, cioè, la posizione, o la condotta, oggetto del diritto, al riparo da *alcune obiezioni* che potrebbero venire mosse dal punto di vista di certi interessi antagonisti. L'attribuzione di un diritto vale, allora, ad escludere che la lesione di certi interessi possa costituire una obiezione giuridicamente valida contro l'esercizio del diritto (la qualifica di "diritto" come una sorta di "ragione escludente") ⁽¹⁷⁷⁾; e vale quindi a *sottrarre* la posizione sottesa al diritto *ad alcuni possibili bilanciamenti* con alcune posizioni antagoniste.

Attribuendoci o riconoscendoci diritti, in definitiva,

(176) Ossia: dell'interesse del titolare del diritto ad essere libero di scegliere se compiere la condotta che ne costituisce oggetto. Sul punto, v. anche *infra*, Parte Seconda, §§ 32 e 33.

(177) Cfr. ad es. KAMM (2004), 509; ID. (2007), 236: «a right to something [...] seems to function as an exclusionary reason. That is, it excludes our considering certain other factors that would ordinarily be reasons». Il riferimento è al concetto raziano di "*exclusionary reason*": v. RAZ (1978), 128 ss.

l'ordinamento ci fornisce degli "strumenti" ⁽¹⁷⁸⁾ che ci consentono di realizzare i nostri interessi (e, attraverso questi, il nostro valore di persone) anche quando essi contrastano con altri interessi, o con posizioni diverse dalla nostra, e quindi anche a discapito di questi ⁽¹⁷⁹⁾.

26.3.2. Un simile meccanismo, però, trova in se stesso il proprio limite. Appunto perché i diritti risolvono un conflitto tra interessi, avere il diritto di fare qualcosa non significa che lo si possa fare sempre e ad ogni costo. Il bilanciamento implicito nell'esistenza della norma vale, cioè, per i "casi normali", nei quali l'esercizio del diritto impone agli interessi antagonisti quei costi che l'ordinamento mostra di considerare fisiologici, o comunque tollerabili. Ma proprio perché i diritti hanno dei *costi*, e l'esercizio di diritti di agire comporta dei *sacrifici*, sarebbe inadeguato concepirli come entità assolute, che debbano prevalere in ogni circostanza. Attribuito un diritto, in realtà, si è messo il relativo titolare al riparo da *alcune*, ma *non* certo da *tutte* le, possibili obiezioni circa la legittimità, la sostenibilità sociale, e in ultima analisi giuridica, della sua condotta ⁽¹⁸⁰⁾.

Assumere un interesse ad oggetto di un diritto significa bensì che per la sua soddisfazione l'ordinamento è di-

(178) FEINBERG (1977), 242 («Rights are not mere abstracts concepts; they are instruments and devices that can be used by their possessors to *do things*»).

(179) Analogamente, WELLMAN (1997), 4 ss., 12, 53.

(180) KAMM (2007): «to say that someone has a right to something is ordinarily a way of excluding the calculation of overall goods and evils in deciding how to treat him. (Hence, as noted above, the right is sometimes referred to as one type of "exclusionary reason"» (248). «However, [...] not all considerations are excluded by rights» (237).

sposto a pagare un certo prezzo (anche in termini di pregiudizio, “fisiologico”, a carico di altri interessi socialmente rilevanti); ma non che esso sia disposto a pagare *qualsiasi* prezzo. Oltre una certa soglia di offensività del suo esercizio, il *costo* morale, materiale, sociale di un diritto diventa (o comunque finisce per apparire) *eccessivo*: la qualificazione in termini di “diritto” termina, a quel punto, di essere un argomento “stringente”, decisivo, nella soluzione del conflitto, e perde, di conseguenza, la forza di precludere la rilevanza di ogni bilanciamento tra i costi e i benefici connessi all’esercizio – o comunque alla realizzazione – del diritto stesso.

Quando, insomma, i costi imposti dall’esercizio di un diritto divengono eccessivi, quando superano (quella che rispetto a ciascun diritto si possa ragionevolmente ritenere) la soglia di sopportabilità giudicata tollerabile, è inevitabile che, per così dire, i giochi si riaprano e si riproponga la questione di un bilanciamento tra le posizioni in conflitto; ed è inevitabile che, nel conflitto, il diritto possa soccombere.

Questo, in sintesi, è ciò che accade nei casi di abuso del diritto. Si abusa di un diritto di agire quando l’esercizio del diritto comporta dei costi che, nel caso concreto, sono da giudicare esorbitanti, spropositati, troppo onerosi ⁽¹⁸¹⁾. L’interesse alla realizzazione della condotta permessa non vale più, allora, il sacrificio suo tramite imposto: la soddisfazione del primo non rappresenta più un valore sufficiente ad escludere il rilievo giuridico delle obiezioni fondate sui costi che quella soddisfazione comporta in termini di

(181) FLETCHER (1985), 952 («If the right is exercised at excessive cost, it is thought to be “abused” and therefore inoperative»).

sacrificio di altri diritti, interessi, posizioni. Il gioco della prevalenza tra l'interesse sotteso al diritto e l'interesse antagonista torna, allora, ad essere interamente affidato ad un bilanciamento tra di essi. E nel bilanciamento, venuta meno la forza "escludente" del diritto, è ben possibile che a soccombere sia proprio l'interesse sotteso al diritto di cui si abusa, e quindi il diritto stesso.

26.3.3. Quando questo accade, però, (quando, cioè, un diritto di agire abbia costi eccessivi) non è che la condotta fuoriesca dalla portata del diritto: essa costituisce pur sempre istanza concreta del diritto esercitato; è *il diritto*, semmai, *che, nel bilanciamento, soccombe* nei confronti di un altro diritto o interesse. Ecco ciò che distingue l'abuso del diritto dall'altra forma di eccesso nella scriminante dell'esercizio del diritto: in questo secondo caso l'eccesso fa sì che la condotta finisca fuori dai confini del diritto di agire; quando si abusi di un diritto, invece, il diritto di tenere la condotta (abusiva) esiste, ma, oltre una certa misura di offensività (e quindi oltre il limite dell'abuso), perde peso, si ridimensiona la sua importanza, ed esso finisce per cedere nei confronti del diritto interesse posizione con esso in conflitto ⁽¹⁸²⁾.

La condotta che costituisca abuso di un diritto, allora, rientra pur sempre nella fattispecie del diritto, ma, per dirlo topograficamente, si trova *ai margini di questa*, ossia: *in una zona nella quale il diritto è meno pesante*, meno strin-

(182) V. (sia pur senza specifico riferimento al tema dell'abuso del diritto) WALDRON (1988), 86; KAMM (2004) 499 («If rights can conflict among themselves, this would imply that even when a right cannot be granted, it was nevertheless a real right, not just a factor that had to be considered in determining what right there is»).

gente, meno garantito. L'abuso del diritto è bensì un esercizio del diritto, privo però (o comunque fortemente indebolito sul piano) delle garanzie giuridiche (e tra queste, quella di cui all'art. 51 CP) al diritto tipicamente, normalmente, accordate.

26.3.4. Per dare maggiore concretezza al ragionamento, torniamo adesso al nostro “esempio pilota”: ossia, ai rapporti tra libertà di espressione e tutela della dignità umana. La garanzia contenuta nell'art. 21 Cost. consiste essenzialmente nel disabilitare il legislatore dal vietare (anche penalmente) alle persone di esprimere certi contenuti di pensiero: una norma che vieti una condotta espressiva di un certo contenuto di pensiero, e che la vieti proprio in quanto essa sia espressiva di quel contenuto di pensiero, contrasta (salvo il limite del buon costume) con la garanzia costituzionale della libertà di espressione ⁽¹⁸³⁾. Nella garanzia della libertà di espressione rientra, dunque, qualsiasi condotta in quanto sia considerata dal legislatore come espressiva di un certo contenuto di pensiero (si tratti di asserzioni di fatto o di giudizi di valore).

Ciò nondimeno, può accadere che in un caso concreto una condotta costituisca *un abuso* della garanzia di cui all'art. 21 Cost.: che essa, cioè, imponga dei *costi troppo onerosi* a carico della posizione di terzi soggetti. Può ad es. accadere che il legislatore prenda bensì in considerazione la condotta proprio in ragione del contenuto di pensiero che essa esprime, quando, però, l'espressione di questo contenuto di pensiero, essendo offensiva dell'onore o della reputazione di un'altra persona, falsa, o priva di pubblico inte-

(183) SPENA (2007 d), 702 ss.

resse, od avendo forma non continente, rappresenti un sacrificio spropositato, o comunque intollerabile, a carico dell'altrui dignità.

Il soggetto, qui, abusa del diritto: esercita, cioè, il proprio diritto di esprimere liberamente le proprie idee, ma lo fa in maniera abusiva, eccessiva (184). Il PED non viene in questione, allora: la condotta, a causa dell'abuso del diritto, non è coperta dall'art. 51 CP, e la libertà di espressione soccombe nei confronti della tutela (anche penale) accordata dall'ordinamento all'interesse, antagonista, alla dignità umana e sociale delle persone.

27. Sintesi.

L'esistenza del PED potrebbe venire avversata, oltre che da un punto di vista di "logica delle norme", con argomenti di carattere consequenzialistico: si potrebbe, cioè, pensare (cosiddetto "argomento allarmistico") di paventare alcuni rischi di tenuta del sistema penale nei quali si finirebbe per incorrere qualora si ammettesse che, sempre, le norme extrapenali permissive debbano prevalere sulle norme incriminatrici con esse in conflitto. È, questo, un argomento di opportunità, di politica del diritto: anche a riconoscere la possibilità logica del PED, immaginare l'esistenza di un siffatto principio aprirebbe il varco ad ingenti vuoti di tutela; il principio, inoltre, parrebbe espressivo di una sorta di banalizzante logica binaria – per la quale il diritto prevale e il reato soccombe – incapace di rispecchiare le complessità assiologiche, le tensioni e i bilanciamenti che normalmente stanno alla base della soluzione giuridica di un caso concreto.

All'argomento allarmistico si può innanzitutto rispondere che molti degli esempi ai quali quest'argomento potrebbe venire riferito, in realtà, non hanno niente a che vedere con il PED, e quindi non valgono come denuncia di possi-

(184) La riconduzione di queste ipotesi alle figure dell'eccesso (doloso) nel, e dell'abuso del, diritto è piuttosto diffusa in giurisprudenza. Tra le altre: Cass., I, 14.01.1966, n. 5 (*C.E.D. Cass.* 100907); Cass., III, 15.06.1966, n. 1734 (*C.E.D. Cass.* 102310), in GI 1967, II, 377 (con nota di R. Venditti); Cass., III, 08.05.1996, n. 5889 (*C.E.D. Cass.* 205511); Cass., V, 19.05.1998, n. 7990 (*C.E.D. Cass.* 211482).

bili rischi da questo derivanti.

Il principio comporta, è vero, che la validità (e l'applicabilità) di una norma extrapenale permissiva non dipenda mai dal (la soluzione del) suo eventuale conflitto con una norma incriminatrice. Esso, però, non esclude affatto, ma anzi presuppone, che tanto la norma incriminatrice quanto quella extrapenale permissiva, tra le quali corre il conflitto, siano *norme esistenti e valide secondo i criteri che governano la produzione giuridica nel rispettivo ambito di provenienza*: una norma permissiva invalida (ad es.: un'autorizzazione viziata da incompetenza, oppure una legge regionale in materia demandata alla legislazione esclusiva dello Stato) non metterebbe, dunque, in funzione il PED.

Inoltre, prima di poter affermare che esiste un'antinomia, e poterne affrontare la soluzione (e quindi anche prima che entri in questione il PED), le due norme delle quali si sospetta il conflitto debbono essere *interpretate nel loro ambito di provenienza*: e molto spesso basta interpretare in maniera corretta, o comunque ragionevole, plausibile, le due disposizioni interessate, *prima di metterle a confronto*, per dimostrare che in realtà non esiste alcuna antinomia tra di esse, e che quindi non c'è alcuno spazio per dichiarare la "prevalenza" della norma permissiva su quella incriminatrice.

Talora, infine, anche da un confronto tra di esse emerge che le due norme prese in considerazione *non possono* configgere, e che quindi – ancora una volta – non ci sono margini di operatività per il PED. È ciò che accade nei casi di cosiddetta *mutua esclusività tra fattispecie*: ossia, in quei casi nei quali la fattispecie di una delle due norme (la permissiva o l'incriminatrice) contiene un elemento, o una clausola, che implicitamente o esplicitamente ne determini l'inapplicabilità quando sia applicabile l'altra (si pensi, ad es., a certe clausole di illiceità speciale contenute in norme incriminatrici; o, per converso, a quelle clausole, che talora si incontrano in norme attributive di diritti, e per le quali il diritto va esercitato "nei limiti stabiliti dalla legge", e simili). Un rapporto di mutua esclusività esiste, ad es., tra la fattispecie dell'art. 832 CC (che attribuisce al proprietario il diritto di godere e disporre delle sue cose "entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dalla legge") e le norme del diritto penale: dal riconoscimento, nel nostro sistema, del diritto di proprietà, e dall'esistenza del PED, non discende, dunque, che sia penalmente lecito fare qualunque cosa (un omicidio, una rapina, una bancarotta) purché la si faccia usando cose di cui si sia proprietari.

Da altra prospettiva, poi, all'argomento allarmistico si può anche rispondere che il PED, come ogni principio scriminante, non si applica ai casi di "eccesso", e che i casi di "abuso del diritto" rappresentano, appunto, altrettante ipotesi di eccesso nella scriminante di cui all'art. 51 CP. La clausola dell'abuso del diritto (il fatto, cioè, che il PED non si riferisca ai casi di *esercizio abusivo di un diritto*) fornisce, in tal modo, una sorta di valvola di sicurezza, attraverso la quale rendere possibili gli opportuni bilanciamenti tra diritto e incriminazione rispetto a *casi estremi* nei quali l'esercizio del diritto appare socialmente intollerabile, poiché produttivo di *costi eccessivamente gravosi* a carico di inte-

ressi di primaria rilevanza giuridica. Il nostro principio evita così di tirarsi addosso lo strale ciceroniano: *summum ius, summa iniuria*.

CAPITOLO IV
IL FONDAMENTO DEL PED
TRA SUSSIDIARIETÀ DEL DIRITTO PENALE
E *FAVOR LIBERTATIS*

SOMMARIO: 28. L'“argomento della inutilità” dell'art. 51 CP. Necessaria specialità della norma permissiva? – 29. (*Segue*) Alcune rilevanti ipotesi di applicazione del PED nelle quali il diritto esercitato non è un “caso speciale” di un fatto incriminato: libertà di espressione (quattro ipotesi ricostruttive); diritto di sciopero; diritto di difesa; diritti di fonte comunitaria; diritti di fonte consuetudinaria. – 30. Breve riepilogo dei risultati sinora conseguiti: la funzione dell'art. 51 CP. Il fondamento del PED: *favor libertatis* e sussidiarietà del diritto penale. – 31. Irrilevanza del fatto che in altri sistemi giuridici manchi una disposizione analoga al nostro art. 51 CP. – 32. Sintesi.

28. *L'“argomento della inutilità” dell'art. 51 CP. Necessaria specialità della norma permissiva?*

Finora ho cercato di mostrare che non esistono *ragioni per non credere* che l'art. 51 CP esprima il PED, ossia: un autonomo principio in forza del quale i conflitti tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva debbono risolversi in favore di quest'ultima.

Nulla ho detto, invece, sull'esistenza di *ragioni per credere* che le cose stiano effettivamente così. È quello che cercherò di fare qui appresso, indicando qual è il fondamento, la *ratio* che deve ritenersi sottesa al PED.

In effetti, un sostenitore della concezione descrittiva dell'art. 51 CP, che pure condividesse la sostanza di quanto si è venuto sin qui dicendo, potrebbe ancora tentare di

difendere la propria tesi, cercando di ridimensionare l'autonoma rilevanza dell'art. 51 CP. Egli, in particolare, potrebbe sostenere (in base a quello che chiamerò "argomento della inutilità") che tutti i ragionamenti fatti fino a questo punto non rendano meno inutile la norma di cui all'art. 51, primo comma, prima parte, CP, dal momento che – questa la tesi – gli stessi effetti, che qui si è preteso di ricavare dall'esistenza, nel nostro sistema giuridico, di un apposito principio (il PED), in realtà deriverebbero già dall'applicazione di qualcuno degli ordinari meccanismi di soluzione o prevenzione di antinomie presenti nel sistema.

Che quella di cui all'art. 51 CP sia una norma inutile, del resto, sarebbe reso evidente dal fatto che esistono sistemi giuridici che ne fanno tranquillamente a meno: che, cioè, non presentano una disposizione come quella in questione, e nei quali, ciò nondimeno, è possibile giungere a soluzioni applicative sostanzialmente corrispondenti a quelle cui, nel nostro sistema, si pretende di giungere in forza dell'art. 51 CP.

Questi due passaggi dell'argomento dell'inutilità (quello per cui le stesse soluzioni ricavabili dal PED si potrebbero ricavare anche dall'applicazione degli ordinari criteriolutivi, e quello per cui altri sistemi, come quello tedesco, farebbe tranquillamente a meno del PED) meritano, ciascuno, una considerazione apposita.

28.1. L'insostenibilità del primo passaggio emergerà meglio nel prossimo capitolo (§§ 5-12); vedremo allora che:

i. l'applicazione del PED consente di risolvere casi nei quali il conflitto tra diritto extrapenale e incriminazione non sarebbe – o, quantomeno, non sarebbe univocamente – risolvibile mediante l'impiego degli ordinari criteriolutivi (casi di cosiddetta meta-antinomia, o, più raramente,

casi in cui nessun criterio solutivo è applicabile);

ii. vi sono, inoltre, dei casi nei quali l'applicazione del principio conduce a soluzioni opposte a quelle cui condurrebbe l'applicazione di uno degli ordinari criteri solutivi (casi di "conflitto" tra PED e ordinari criteri solutivi);

iii. l'efficacia del PED si apprezza, infine, anche in molti casi nei quali l'applicazione di uno degli ordinari criteri solutivi conduca nella stessa "direzione" del PED (ossia: prevalenza della norma extrapenale permissiva su quella incriminatrice): qui, infatti, il principio consente che il conflitto sia risolto *in modo diverso*, vale a dire: con diversi effetti, rispetto al modo in cui sarebbe risolvibile in applicazione di qualcuno dei criteri solutivi – ossia: "prevalenza applicativa" della norma permissiva su quella incriminatrice anziché invalidazione (quale effetto del criterio gerarchico o di competenza) o abrogazione (quale effetto del criterio cronologico) di quest'ultima.

28.2. Com'è evidente, però, l'indicazione di cui al punto *iii.* vale in relazione ai casi di "concorso" tra PED e criterio gerarchico o di competenza o cronologico. In relazione, invece, alle antinomie già risolvibili a favore della norma extrapenale permissiva mediante impiego del criterio della specialità, difficilmente si potrebbe riconoscere al PED una qualche efficacia autonoma: l'applicazione del criterio della specialità produce infatti un effetto di "prevalenza applicativa" della norma speciale rispetto a quella generale sostanzialmente analogo a quello che il PED produce a favore della norma extrapenale permissiva; cosicché, dove norma speciale sia la norma extrapenale permissiva, il medesimo *tipo* di prevalenza discenderebbe, nella sostanza, tanto dal PED quanto dal criterio della *lex specialis*.

Rispetto ai casi di specialità della norma permissiva extrapenale, pertanto, sarebbe sostanzialmente ridondante immaginare il funzionamento (anche) del PED.

Ciò vero, un sostenitore della concezione descrittiva dell'art. 51 CP potrebbe fondare la propria tesi (della inutilità dell'art. 51 CP – e di una sostanziale ridondanza del PED, che si è immaginato esservi espresso) proprio affermando che tutti i casi di esercizio di un diritto siano riconducibili all'operatività del criterio della *lex specialis*. È questo, in effetti, un tipo di ragionamento piuttosto diffuso tra i penalisti italiani ⁽¹⁸⁵⁾: quello, cioè, di affermare che, nell'economia dell'istituto dell'esercizio di un diritto, il diritto esercitato debba essere speciale rispetto all'incriminazione violata – che, dunque, la norma extrapenale permissiva debba essere speciale rispetto alla norma incriminatrice con essa in conflitto.

Un ragionamento di questo genere potrebbe, in verità, essere inteso in due modi diversi.

28.2.1. In una prima accezione (che è quella comunemente sostenuta), lo si può intendere come un ragionamento di tipo *normativo*: ossia, come la formulazione di una *regola* interpretativa, o di soluzione dei conflitti tra diritto extrapenale e incriminazione – per poter prevalere su quest'ultima, questa la regola, il primo dovrebbe essere speciale; in caso contrario, a prevalere sarebbe sempre l'incriminazione.

Ebbene, in questa accezione il ragionamento è senz'altro errato, e comunque inidoneo a dimostrare l'inesistenza

(185) Tra gli altri, ad es., PAGLIARO (2003 a), 433 s.; ID (2007) 265 s.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 320; PADOVANI (2006), 149.

del PED.

È erroneo semplicemente perché non è affatto vero che la norma permissiva extrapenale possa prevalere su quella incriminatrice solo in quanto speciale rispetto a questa: non c'è ragione di ritenere che, anche in applicazione degli ordinari criteriolutivi, quella non possa prevalere in quanto gerarchicamente sovra-ordinata o cronologicamente successiva (e non perché speciale) rispetto a questa.

Il ragionamento, d'altra parte, non dimostra affatto l'inesistenza del PED poiché esso rimane generalmente immotivato: la necessità che la norma permissiva sia speciale rispetto a quella incriminatrice è per lo più assunta in maniera apodittica, senza indicare la fonte normativa dalla quale una tale regola dovrebbe ritenersi ricavabile. E non a caso: non esiste, infatti, nessuna fonte normativa dalla quale si possa ricavare che il funzionamento dell'esercizio di un diritto sia vincolato alla specialità della norma permissiva rispetto a quella incriminatrice ⁽¹⁸⁶⁾. In

(186) Fa eccezione il solo Pagliaro che [ad es. in (2007), 266] chiama in causa l'art. 15 CP. Anche questa soluzione, però, sebbene autorevole, non sembra decisiva. Innanzitutto, l'art. 15 si riferisce al caso in cui, a regolare "la stessa materia", siano "più leggi penali o più disposizioni di una medesima legge penale": nel nostro caso, invece, il conflitto è tra una norma penale (incriminatrice) e una norma extrapenale (permissiva). Il fatto che un concorso (o conflitto) possa darsi anche nei rapporti tra norme di settori diversi dell'ordinamento [ivi, 265] è certamente vero, ma non toglie che l'art. 15 CP riferisce il funzionamento del criterio di specialità soltanto ai rapporti tra norme penali. Rispetto ai rapporti tra norme penali e norme extrapenali, l'art. 15 tace. Questo, inoltre, disciplina il solo caso in cui le due norme in conflitto, trovando entrambe la propria fonte in una "legge", siano gerarchicamente pari-ordinate: e non può quindi essere utilizzato per impostare i casi, ai quali invece (come ancora vedremo: *infra* § 29, e Parte Seconda, Cap. I, Sez. II, §§ 6-8) il PED si riferisce, nei quali norma incriminatrice e norma permissiva provengano da fonti gerarchicamente disomogenee [lo riconosce, in parte, lo stesso PAGLIARO (2007), 266].

questo senso, la regola della necessaria specialità della norma permissiva non ha certo una dignità normativa maggiore rispetto all'idea, qui sostenuta, che nel nostro sistema esista un apposito PED, e che l'art. 51 CP ne costituisca espressione: anzi, questa seconda idea trova, se non altro, il conforto della lettera dell'art. 51 CP. Né vale obiettare che, in realtà, quello di specialità è un "principio logico", e che esso pertanto opera anche laddove non sia espressamente sancito dalla legge. E infatti, vero è che il funzionamento del criterio della specialità richiede che si effettui un ragionamento logico; non è vero, però, che la scelta di chiamare in causa questo criterio, per farne dipendere la soluzione di un'antinomia, sia una scelta "meramente logica", imposta, cioè, dalla logica. Come ho cercato di mostrare (v. *supra*, §§ 13, 14), la decisione di affidare la soluzione di un'antinomia all'uno o all'altro dei criteri astrattamente applicabili in un caso di specie ha sempre alle proprie spalle una scelta di valore.

29. (Segue) *Alcune rilevanti ipotesi di applicazione del PED nelle quali il diritto esercitato non è un "caso speciale" di un fatto incriminato: libertà di espressione (quattro ipotesi ricostruttive); diritto di sciopero; diritto di difesa; diritti di fonte comunitaria; diritti di fonte consuetudinaria.*

Ma l'assunto della necessaria specialità della norma permissiva potrebbe essere inteso anche in un'accezione *descrittiva*: in questo senso, suo tramite ci si limiterebbe ad evidenziare che *di fatto*, nei casi in cui è chiamato in causa l'art. 51 CP, il diritto di agire esercitato è contenuto in una norma permissiva speciale rispetto a quella incriminatrice.

Neanche questo è vero, però. Accade, infatti, che, nella gran parte delle ipotesi pacificamente ricondotte all'art. 51 CP, e quindi risolte nel senso della prevalenza della norma permissiva su quella incriminatrice con essa in conflitto, la prima non sia affatto speciale rispetto alla seconda.

Basti pensare al caso dei diritti-libertà costituzionali⁽¹⁸⁷⁾.

29.1. Comunque si scelga di impostare i rapporti tra libertà di espressione (art. 21 Cost.) e delitto di diffamazione (art. 595 CP), ad es., è certo che la classe dei casi riconducibili al primo non può in alcun modo concepirsi come un sotto-insieme della classe dei casi riconducibili al secondo.

(187) Cfr. ROMANO (2004), 542. La difficoltà di conciliare il caso dei diritti costituzionali con l'“argomento della specialità” è evidenziata dagli stessi sostenitori di questo argomento [v. ad es., PADOVANI (2006), 149 s], i quali, peraltro, non sembrano ritenere che questo infici la fondatezza del loro ragionamento.

Per un tentativo di ricostruire il caso del diritto di cronaca in maniera compatibile col principio di specialità della norma attributiva del diritto, v. però PAGLIARO (2003 a), 436; ID. (2007), 268.

Naturalmente, poi, un sostenitore della concezione descrittiva [v. ancora PADOVANI (2006), 150] potrebbe far notare come nei casi di diritti di fonte costituzionale la prevalenza del diritto possa comunque farsi discendere, anziché dal criterio della specialità, dal criterio gerarchico: il che, ancora una volta, dimostrerebbe quanto sia inutile e ridondante immaginare l'esistenza di un autonomo PED. Per una risposta a questa obiezione, debbo rinviare al Cap. II, § 9., quando tratterò della rilevanza del PED nei casi di “concorso” con gli ordinari criteri di soluzione delle antinomie (e in particolare, col criterio gerarchico). Vedremo allora che, se è vero che in questi casi il criterio gerarchico si muove nella stessa direzione del PED (ossia: prevalenza della norma permissiva), esso lo fa con modalità del tutto diverse dal PED, che non rendono conto del modo in cui generalmente il conflitto tra diritto costituzionale e divieto penale è risolto: ossia, preferenza applicativa anziché invalidazione.

Se, ad es., si opta per la tesi secondo la quale la tutela della dignità della persona (di cui all'art. 3 Cost.) – che si può genericamente assumere a fondamento della incriminazione della diffamazione – è un limite implicito alla libertà di espressione⁽¹⁸⁸⁾, cosicché le manifestazioni del pensiero lesive dell'altrui dignità non rientrino nella garanzia dell'art. 21 Cost., tra la fattispecie del diritto e quella dell'incriminazione, semplicemente, si finisce per escludere, in radice, ogni possibilità di interferenza, e quindi ogni possibilità di conflitto; le due fattispecie verranno allora concepite come mutuamente esclusive, piuttosto che in rapporto di specialità: nell'ambito della libertà di espressione garantita all'art. 21 Cost. non si faranno mai rientrare le manifestazioni del proprio pensiero lesive dell'altrui dignità, e quindi ingiuriose o diffamatorie⁽¹⁸⁹⁾; e, correlativamente, la norma sulla diffamazione sarà concepita come incriminazione di quelle sole condotte le quali, costituendo lesione dell'altrui dignità sociale, fuoriescano dall'ambito di pertinenza della libertà di espressione costituzionalmente riconosciuta.

Ma la specialità della libertà di espressione (o di qualche sua “forma di manifestazione”) rispetto al delitto di diffamazione non potrebbe validamente argomentarsi neanche a partire dall'idea (che parrebbe attualmente dominante in giurisprudenza) che il rispetto per l'altrui dignità umana e sociale costituisca un limite *tendenzialmente* assoluto della libertà di espressione: con la possibilità che, però, l'art. 21 Cost. torni a “riespandere” la propria area di

(188) Cfr. ESPOSITO (1958), 44 ss.; PACE (1990), 47-48; BEVERE, CERRI (1995), 56 ss. In giurisprudenza, ad es., Cass., VI, 22.01.1971, n. 72 (C.E.D. Cass. 117102), in AP 1971, II, 50.

(189) Per questa impostazione, v. ESPOSITO (1958) 44 ss.

tutela rispetto a quei casi in cui la libertà di espressione assuma le vesti del cosiddetto diritto di cronaca⁽¹⁹⁰⁾, facendosi carico per questa via delle istanze sottese alla cosiddetta libertà di stampa⁽¹⁹¹⁾. Infatti, anche ad immaginare che il “diritto di cronaca” rappresenti veramente una *forma privilegiata* di manifestazione del proprio pensiero, alla quale (in presenza dei requisiti della verità e dell’interesse pubblico della notizia, e della continenza formale dell’esposizione)⁽¹⁹²⁾ sarebbe eccezionalmente consentito

(190) Del diritto, cioè, di narrare fatti, attraverso il mezzo della stampa o, più in generale, attraverso i mezzi di comunicazione di massa. Cfr. PACE, PETRANGELI (2001), 303-4. Per una individuazione delle varie forme di cronaca (storica, giudiziaria, comune, politica, umoristica), e del vario atteggiarsi dei limiti del diritto di cronaca rispetto a ciascuna di esse, v. NUVOLONE (1971), 61 ss.

(191) Tramite l’esercizio del diritto di cronaca, cioè, troverebbe espressione la libertà di stampa, e tramite questa troverebbe realizzazione il diritto dei cittadini ad essere informati in ordine ai fatti che assumono interesse per la vita pubblica, anche quando la loro divulgazione determini una lesione dell’altrui dignità: se democrazia è, in qualche modo, partecipazione dei cittadini al governo del Paese, alla gestione della *res publica*, il primo degli interessi che uno Stato democratico deve riconoscere in capo ai propri cittadini è quello di ricevere informazioni socialmente rilevanti in maniera quanto più libera, corretta e completa possibile. Cfr., ad es., MORTATI (1969), 971ss.; BARILE (1974), 429; BEVERE, CERRI (1995), 27 ss.

(192) Per l’individuazione di questi “requisiti”, o limiti “esterni”, del diritto di cronaca – che deriverebbero, tanto da una perdurante considerazione della dignità della persona le cui vicende sono oggetto di narrazione [PACE, PETRANGELI (2001), 307], quanto, e soprattutto, dal fatto di rinvenire, come visto, il fondamento del diritto di cronaca nella libertà di stampa, e il fondamento di questa nel diritto dei cittadini ad una partecipazione democratica informata –, v. ad es. la sentenza del cosiddetto *Decalogo del giornalista*: Cass., SS.UU., 30.06.1984; v. anche Cass., Sez. I, 18.10.1984, n. 5259. Già prima, però, v. Cass., I, 14.01.1966, in CP 1966, 1005; Cass., V, 16.06.1981, in CP 1983, 1094 («Il diritto di cronaca, ispirandosi ad una finalità sociale, può essere esercitato anche quando ne derivi una lesione dell’altrui reputazione, tuttavia nel rispetto di determinati limiti, collegati alla suddetta finalità e sempre che ricorrano le seguenti condizioni: che la notizia pubblicata sia vera o almeno seriamente accertata, che esista un pubblico interesse alla conoscenza dei fatti

di arrecare offesa all'altrui dignità, non si può, in alcun modo, credere che la classe dei casi oggetto di questo diritto costituisca un sotto-insieme della classe dei casi incriminati come diffamazione dall'art. 595 CP: e ciò per la semplice, finanche banale, ragione che nel diritto di cronaca deve farsi rientrare – ovviamente – anche la narrazione di fatti che non siano lesivi della dignità di alcuno. Non vi è, infatti, alcuna ragione plausibile per ridurre la portata del diritto di cronaca alla legittimazione delle sole narrazioni a contenuto lesivo dell'onorabilità delle persone, della sola cronaca “diffamatoria”.

Né, infine, può condurre a ritenere la specialità della garanzia costituzionale della libertà di espressione rispetto all'incriminazione della diffamazione quell'altra tesi⁽¹⁹³⁾, per la quale i tre caratteri della verità, dell'interesse pubblico, e della contenenza costituiscono dei veri e propri *requisiti, limiti interni*, dello stesso diritto di cui all'art. 21 Cost.⁽¹⁹⁴⁾, con la conseguenza che quelle esternazioni che

e che la esposizione della notizia sia obiettiva e cioè non trasmodi in offesa dell'altrui onorabilità»).

V. in generale, senza pretesa di esaustività: ESPOSITO (1958); NUVOLONE (1971), 49 ss.; DELITALA (1976 c), 949 ss.; VASSALLI (1967), 3 ss.; BARILE (1974), 457 ss.; BEVERE, CERRI (1995), 56 ss. e *passim*; PACE, PETRANGELI (2001).

(193) MANTOVANI (1973), 95. Argomentazioni analoghe si rinvencono anche in DOMINGO (2001), 78 ss. (con copiosi ed istruttivi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale spagnola).

(194) Il che non vuol dire, però che tutte le manifestazioni del proprio pensiero, che abbiano quei tre caratteri, assurgano «per ciò solo ... ad esercizio del diritto, potendo essere lesive di interessi, individuali, collettivi, pubblici, altrettanto fondamentali. A salvaguardia di tali interessi intervengono i *limiti esterni*, da individuarsi – come la stessa Corte costituzionale ha più volte precisato – al livello costituzionale, in rapporto, cioè, ad interessi anch'essi costituzionalmente riconosciuti, espressamente o implicitamente. E mediante il delicato meccanismo del bilanciamento e del giudizio di prevalenza e di soccombenza, generalmente relativo e non assoluto» [MANTOVANI (1973), 104].

cadessero fuori da quest'ambito verrebbero assorbite «sotto i poteri del legislatore ordinario, che potrà vietarle se offensive di beni meritevoli di tutela (es.: onore), mentre non avrebbe alcun senso» – ed anzi: contrasterebbe chiaramente con quell'altro principio cardine di ogni moderna liberal-democrazia, ossia il principio di offensività – «vietarle per il sol fatto di trovarsi esse al di fuori della garanzia costituzionale, quando non offendano alcun interesse tutelabile» (195). In questo modo, infatti, i rapporti tra le due norme vengono impostati, ancora un volta, in termini di mera interferenza, e non certo di specialità. Ciascuna delle due avrebbe: un *ambito applicativo autonomo*, rispetto al

(195) MANTOVANI (1973), 103.

Si è anche sostenuto, peraltro, che una soluzione di questo genere avrebbe carattere “non conflittuale”, e porterebbe ad evidenza che in realtà tra il riconoscimento costituzionale della libertà di parola e quello dell'altrui dignità non si darebbe alcun conflitto, nemmeno potenziale: e ciò, appunto perché le manifestazioni del pensiero offensive dell'altrui dignità e carenti dei requisiti della verità, dell'interesse pubblico e della continenza formale, esulerebbero dal diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero [DOMINGO (2001), 79 ss. Diversamente, invece, MANTOVANI (1973), 106, il quale ammette chiaramente che «le manifestazioni del pensiero (qualunque sia il mezzo, pubblico o privato, di estrinsecazione), quando siano espresse in termini di per sé non offensivi, concernono fatti veri e di interesse pubblico-sociale, ... debbono considerarsi lecite anche se offensive dell'altrui onore o prestigio»].

La tesi, però, prova troppo: essa, soprattutto, considera solo una parte della verità, non riconoscendo il dovuto rilievo all'opposta circostanza che, invece, le manifestazioni del proprio pensiero espresse in forma continentale ed aventi ad oggetto notizie vere e di pubblico interesse, rientrano nel diritto di esprimersi liberamente, anche se offensive dell'altrui onorabilità. Per essere vera la lettura non conflittuale qui criticata, in altri termini, dovremmo poter argomentare che tutte le manifestazioni del pensiero che rientrano nell'ambito della garanzia costituzionale siano, per ciò solo, non offensive dell'altrui onorabilità: il che – a meno di ricorrere a presunzioni fuori dalla realtà – non si può dire, dal momento che sono certamente possibili narrazioni in forma continentale di fatti veri e di interesse pubblico, dalla diffusione delle quali derivi, però, un pregiudizio per l'onorabilità di qualcuno.

quale non verrebbe in conflitto con l'altra ⁽¹⁹⁶⁾, e un *ambito applicativo comune*, costituito dalle espressioni che offendono l'altrui onorabilità e che siano effettuate in forma continente e riguardino fatti veri e di pubblico interesse.

29.1.1. Quale che sia il paradigma ricostruttivo che si preferisca, in merito ai rapporti tra libertà di espressione e delitto di diffamazione, dunque, è evidente che in nessun caso la prevalenza di quel diritto su questo divieto penale può venire spiegata come un'applicazione del principio della prevalenza della *lex specialis* ⁽¹⁹⁷⁾.

29.2. La stessa conclusione può trarsi anche per altri casi di conflitto tra diritti costituzionali e norme incriminatrici.

Dovrebbe essere piuttosto evidente, ad es., che la norma di cui all'art. 40 Cost., che riconosce il diritto di sciopero, non è speciale rispetto a quelle norme penali, previste nel codice Rocco (agli artt. 330, 502 cpv., 503, 504, 505 CP), che incriminavano, e – nella parte in cui ancora vigono – incriminano, alcune forme di sciopero. Non è affatto chiaro, in realtà, quali rapporti strutturali intercorrano tra l'una norma e le altre (né posso qui adden-

(196) Ambiti che, rispettivamente, si identificano, per quel che riguarda l'art. 21 Cost., con le espressioni effettuate in forma continente, riguardanti fatti veri e di interesse pubblico, e che non offendano l'altrui onorabilità; e, per quel che riguarda l'art. 595 CP, con le espressioni che offendono l'altrui onorabilità e che siano effettuate in forma non continente e/o riguardino fatti non veri e/o privi di interesse pubblico.

(197) Se ne avvede, con la solita lucidità, PAGLIARO (2003 a), 436, per il quale, non a caso, la liceità dell'esercizio del diritto di cronaca «non può essere fatta dipendere immediatamente dal diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), perché la disposizione costituzionale non è speciale rispetto alla incriminatrice».

trarmi in un'analisi più dettagliata della questione) ⁽¹⁹⁸⁾: certo mi pare soltanto che la prima non può dirsi speciale rispetto a nessuna di queste. Sono (o erano) queste, semmai, a tutto voler concedere, ad incriminare specifiche forme di sciopero, e quindi, almeno in questo senso, ad essere speciali rispetto alla norma di cui all'art. 40 Cost.

29.3. Né di specialità del diritto si può parlare quando a venire in questione sia un esercizio del diritto costituzionale di difesa (24 cpv. Cost.). Si pensi, ad es., al caso del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che, esercitando appunto il diritto di difesa, riveli notizie coperte dal segreto d'ufficio. Qui il criterio della *lex specialis* non spiega la prevalenza ⁽¹⁹⁹⁾ della norma di cui all'art. 24 cpv. Cost. su una norma, come quella dell'art. 326 CP che, a tutela delle esigenze di riservatezza e di buon funzionamento della P.A., vieta la rivelazione di segreti d'ufficio. Tra le due norme corre un rapporto, non di specialità, ma tutt'al più di interferenza ⁽²⁰⁰⁾: non vi è alcun senso in cui l'art. 24 cpv. Cost. possa dirsi speciale rispetto all'art. 326 CP; le due norme, astrattamente considerate,

(198) Sul punto, v. in generale PEDRAZZI (2003 a); Ettore GALLO (1981); LANZI (1983), 65 ss.; PULITANÒ (1989); RUGA RIVA (2000).

(199) Ribadita, ad es., in Cass., VI, 24.01.1989, n. 6058 (*C.E.D. Cass.* 181114), in FI 1990, II, 666.

(200) Da una certa prospettiva le si potrebbe persino concepire come mutuamente esclusive: nella misura in cui, cioè, si ritenga che l'esercizio del diritto di difesa valga, di per sé solo, ad escludere che le notizie divulgate "debbono ritenere segrete" (come richiesto, invece, dalla fattispecie dell'art. 326 CP). In questo senso potrebbe ad es. argomentarsi a partire da PAGLIARO (1998), 277: «Rivelazione e agevolazione di conoscenza integrano gli estremi del reato solo quando riguardano notizie, "le quali debbano rimanere segrete". Il reato, dunque, non sussiste, quando vi è un obbligo o un *diritto alla rivelazione*» (corsivo mio). Nello stesso senso mi ero espresso in SPENA (2007 c), § 4.

hanno ambiti applicativi del tutto distinti, e tuttavia può darsi il caso che in concreto la violazione di questa costituisca un modo per esercitare il diritto garantito da quella.

Considerazioni analoghe possono poi riferirsi anche al caso in cui l'esercizio del diritto di difesa scrimini dal delitto di calunnia, come quando l'imputato si limiti a "negare, anche mentendo, la verità delle dichiarazioni a lui sfavorevoli," rese da chi, in tal modo, venga ad essere implicitamente incolpato di falsa testimonianza, e quindi calunniato ⁽²⁰¹⁾. Il principio di cui 24 cpv. Cost., evidentemente, non è norma speciale rispetto all'incriminazione di cui all'art. 372 CP.

29.4. Ma, di là dal caso dei diritti di fonte costituzionale, anche il fenomeno della cosiddetta disapplicazione della norma nazionale incriminatrice a beneficio di una norma permissiva di fonte comunitaria ha, di per sé, ben poco a che vedere con il criterio della specialità ⁽²⁰²⁾. Il funzionamento dei meccanismi generali della prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne (anche penali) ⁽²⁰³⁾ non è in alcun modo condizionato alla specialità delle prime: nel nostro caso lo dimostra, se non altro, il fatto che la "disapplicazione", o "non applicazione", di specifiche norme incriminatrici può essere – ed è stata – disposta, non solo a beneficio di norme permissive ricavabili da regolamenti o

(201) Cfr. ad es. Cass., VI, 15.01.2003, n. 7760 (*C.E.D. Cass.* 223982).

(202) Analoga, su questo punto, la posizione di SOTIS (2007), 266 nt. 202.

Di contrario avviso, invece, PEDRAZZI (2003 c), 464-7: il quale riconduce la "disapplicazione" della norma penale interna a beneficio della norma comunitaria direttamente applicabile al principio di specialità.

(203) Su cui v., da ultimo e in generale, SOTIS (2007), 189 ss. e, con specifico riguardo agli effetti riduttivi dell'area del penalmente illecito, 259 ss.

direttive dettagliate non recepite ⁽²⁰⁴⁾, ma anche a beneficio dei principi generali del diritto comunitario e delle libertà fondamentali riconosciuti nei Trattati istitutivi (ad es.: libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, rispettivamente sanciti agli artt. 43 e 49 TCE) ⁽²⁰⁵⁾.

Ancor meno riducibile entro le vesti della *lex specialis* è, poi, la forza vincolante dei diritti riconosciuti nella CEDU, che, dovendo ritenersi «prevalenti sulle norme penali interne precedenti e successive» ⁽²⁰⁶⁾, certamente, ove si tratti di veri diritti-permesso, sono in grado di entrare nei meccanismi del PED.

(204) Ad es.: Pret. Desio, 15.01.1980, Assenzio e altro, in RIDPP 1982, 402 ss., con nota di MUCCIARELLI, che disapplica l'art. 112, d.p.r. 824/1927, in applicazione della direttiva CEE 76/767; Pret. Lodi, 17.05.1984, Rienks, in DCSI 1984, 189, che ha assolto l'imputato dal reato ascrittogli (esercizio abusivo della professione: art. 348 CP) giudicando (in conformità ad una pronuncia in via pregiudiziale ottenuta da parte di CdG, 15.12.1983, in causa 5/83, Rienks) che dal principio della libera prestazione di servizi, e in particolare dalle direttive 78/1026 e 78/1027 (che costituiscono espressione) derivasse "il suo diritto al libero esercizio in Italia della professione di veterinario".

(205) V., ad es., CdG, 06.11.2003, in causa C-243/01, Gambelli e altri; e, più di recente, CdG, 06.03.2007, in causa C-338/04, Placanica, ("Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale", quale quella di cui all'art. 4, comma 4 bis, l. 401/1989, "che impone una sanzione penale a soggetti quali gli imputati nelle cause principali per aver esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale allorché questi soggetti non hanno potuto ottenere le dette concessioni o autorizzazioni a causa del rifiuto di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro").

In argomento, di recente, MANNO (2008), 221 ss.

(206) BERNARDI (2004), 8 ss. In argomento, v. anche PALAZZO, BERNARDI (1988), 33 ss.; GRASSO (1994), 435 ss.; PARODI GIUSINO (1999), 122; NICOSIA (2006); VIGANÒ (2007 a).

Sulla possibile incidenza, limitativa (oltre che espansiva) del diritto penale nazionale, della Carta europea dei diritti fondamentali di Nizza, v. invece MILITELLO (2003), 47 ss.; ID. (2005), 807 ss.

29.5. L'idea della necessaria specialità della fattispecie della norma permissiva rispetto a quella incriminatrice sembra, infine, alquanto problematica anche nei casi in cui la prima sia di fonte consuetudinaria ⁽²⁰⁷⁾. «[L]e norme consuetudinarie», infatti, «sono comparativamente meno certe e conoscibili di quelle scritte» ⁽²⁰⁸⁾, il che rende difficile quel raffronto strutturale, tra le fattispecie di queste e la fattispecie di una qualche norma scritta, che sarebbe necessario per stabilire un rapporto di specialità.

29.6. Il funzionamento della scriminante dell'esercizio di un diritto, a voler tirare le fila, non richiede affatto la specialità della norma extrapenale permissiva ⁽²⁰⁹⁾: a ritenere il contrario, bisognerebbe escludere dal suo ambito operativo un novero troppo consistente di ipotesi che generalmente, invece, vengono ad esso ricondotte in maniera pacifica. La possibilità di risolvere mediante quel criterio ⁽²¹⁰⁾ alcune delle antinomie rilevanti ai sensi dell'art. 51 CP, di conseguenza, non vale a rendere ridondante il fatto di immaginare che nel nostro sistema giuridico esista un autonomo PED, né dunque vale a rendere inutile la disposizione dell'art. 51 CP che lo enuncia.

(207) V. però PAGLIARO (2003 a), 434.

(208) GUASTINI (1993), 258.

(209) In questo senso, ad es., ROMANO (2004), 542; PULITANÒ (2007 a), 264.

(210) Ma un discorso analogo vale anche per gli altri criteri: v. Parte Seconda, Cap. I, Sez. II.

30. *Breve riepilogo dei risultati sinora conseguiti: la funzione dell'art. 51 CP. Il fondamento del PED: favor libertatis e sussidiarietà del diritto penale.*

La strada fin qui percorsa dovrebbe aver mostrato⁽²¹¹⁾ che non si danno argomenti decisivi contro l'idea che nel nostro sistema giuridico esista un autonomo principio (il PED) in forza del quale il diritto di fonte extrapenale prevale sempre⁽²¹²⁾ sul divieto penale con esso realmente in conflitto.

Non argomenti di ordine "logico", poiché la "logica delle norme" non vuole affatto che due norme – una permissiva e una del divieto – non possano essere realmente in conflitto; e quindi non esclude che possano darsi situazioni nelle quali una stessa persona abbia, in pari tempo, il diritto di fare qualcosa e il divieto di farla.

Né, d'altra parte, è sembrato⁽²¹³⁾ che le soluzioni che possono farsi derivare dall'applicazione del PED ("prevalenza applicativa" del diritto di agire sul divieto penale) potrebbero, in sua assenza, farsi derivare dal funzionamento degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche: cosicché è difficile capire perché mai la disposizione dell'art. 51 CP, che enuncia quel principio, dovrebbe ritenersi – come credono in molti – una disposizione inutile.

Infine, è altresì parso che non sussistano valide ragioni per ritenere che dall'ammettere l'esistenza del PED – e

(211) Sempre che, ovviamente, non si ritengano esistenti obiezioni ulteriori rispetto a quelle qui prese in considerazione, o non si ritenga che gli argomenti qui adottati non siano condivisibili.

(212) Salvo il limite generale dell'eccesso nella scriminante: *supra*, § 26.

(213) Ma il punto sarà meglio approfondito *infra*, Parte Seconda, Cap. I, Sez. II.

dall'ammettere, pertanto, che nel conflitto tra diritto extrapenale di agire e incriminazione, in linea di principio, sia il primo a prevalere – possano derivare conseguenze particolarmente pregiudizievoli per la tenuta stessa del diritto penale, o comunque vuoti di tutela penale significativi a carico di interessi socialmente e giuridicamente rilevanti.

30.1. Ma perché, per quale ragione, il nostro sistema giuridico, tramite l'art. 51 CP, dovrebbe sistematicamente riconoscere una prevalenza applicativa ai diritti extrapenali di agire rispetto alle incriminazioni? Perché mai dovremmo assumere che nel nostro sistema giuridico esista il PED? Qual è, insomma, la *ratio*, il fondamento di un siffatto principio, e quindi della scriminante dell'esercizio di un diritto, che ne costituisce espressione?

La *ratio* dell'esercizio di un diritto è usualmente ricostruita dai penalisti italiani in termini, per così dire, amorfi, ossia: in maniera coerente con l'idea (concezione descrittiva) che l'art. 51 CP non abbia alcuna efficacia giuridica autonoma, e si limiti piuttosto a rinviare alla ordinaria dinamica della soluzione dei conflitti tra norme.

Accade, così, che quel fondamento venga ora riscontrato nel principio di non contraddizione⁽²¹⁴⁾, ora nel principio del bilanciamento tra interessi⁽²¹⁵⁾, ora in entrambi congiuntamente⁽²¹⁶⁾. Né l'uno né l'altro principio, però,

(214) CARACCIOLI (1965), 197 ss.; LEONE (1970), 93 ss.; NUVOLONE (1975 a), 203; PULITANÒ (1990), 320; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 320; CONTENTO (2004), 255; PELISSERO (2000), 476.

(215) ROMANO (2004), 542; ALBEGGIANI (2007), 336.

(216) BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI (1986), 363; FIANDACA, MUSCO (2007), 265; CADOPPI, VENEZIANI (2002), 243; EID. (2007), 275.

spiegano l'esistenza e il senso del PED; e non a caso: visto che normalmente chi riconduce l'art. 51 CP all'uno e/o all'altro di quei principi nega che nel nostro sistema esista un autonomo PED.

30.1.1. Il principio di non contraddizione, anche ad ammettere che esso trovi applicazione nei rapporti tra norme ⁽²¹⁷⁾, sancisce soltanto che di due norme in conflitto solo una può essere “veramente” applicabile in un caso di specie. Esso non indica in alcun modo, invece, *quale* delle due norme debba prevalere, né dunque spiega perché mai, delle due, debba prevalere *proprio* la norma extrapenale permissiva ⁽²¹⁸⁾: dato un conflitto fra norma incriminatrice e norma permissiva extrapenale, il principio in questione risulterebbe, insomma, egualmente soddisfatto, anche se a prevalere fosse la prima, e non – come invece sancisce l'art. 51 CP – la seconda. Dal principio di non contraddizione, di conseguenza, non si può ricavare il criterio (PED) per cui, nel conflitto tra un diritto extrapenale e un divieto penale, debba essere il primo a prevalere sul secondo.

A questa obiezione si risponde, talora, che in realtà, nel conflitto tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice, a prevalere non potrebbe che essere la prima: «ove, infatti, si sacrificasse la norma che facoltizza il comportamento a quella che incrimina il comportamento stesso, si arriverebbe alla conseguenza di annullare completamente il contenuto della disposizione attributiva del diritto. Mentre, invece, la soluzione opposta, consistente nel dare la prevalenza a quest'ultima norma, conduce soltanto

(217) Su tale problematica, v. *supra*, § 16.

(218) Per questa obiezione, v. ad es. PAGLIARO (2003 a), 434 nt. 61; ID. (2007), 264; MALINVERNI (1988), 368.

alla conseguenza di limitare la portata della norma penale incriminatrice, pur lasciando sopravvivere l'efficacia della stessa in una molteplicità di altre ipotesi concrete»⁽²¹⁹⁾.

Questa contro-obiezione, però, sta e cade, evidentemente⁽²²⁰⁾, con l'assunto, già respinto, secondo cui il funzionamento della scriminante dell'esercizio di un diritto sarebbe condizionato alla specialità della norma permissiva rispetto a quella incriminatrice.

30.1.1.1. Ciò non significa, è appena il caso di precisarlo, che quello di assicurare una certa unità/uniformità sostanziale (una assenza di contraddizioni) tra le valutazioni del settore penale e le valutazioni del settore extrapenale non possa costituire un *effetto* dell'esistenza dell'art. 51 CP; e quindi che, di fatto, tramite questa disposizione non si assicuri un'*apertura* del diritto penale sul resto del diritto oggettivo, dandosi ingresso, per questa via, alle valutazioni dell'intero ordinamento giuridico⁽²²¹⁾.

Assicurare uniformità sostanziale tra le valutazioni di liceità/illiceità effettuate nei diversi settori dell'ordinamento giuridico, tuttavia, non può ritenersi la funzione e la *ratio* specifica della norma di cui all'art. 51 CP: e ciò per la semplice ragione che la produzione di un tale effetto ed il conseguimento di questo scopo non spiegano affatto, compiutamente, il contenuto dispositivo della norma in questione. Tramite l'art. 51 CP viene bensì assicurata una certa uniformità assiologica tra settore penale e settori extra-

(219) CARACCIOLI (1965), 201-2.

(220) Ma Caraccioli parrebbe di contrario avviso, dal momento che egli propone il ricorso al principio di non contraddizione come alternativo al principio di specialità: (1965), 193 ss.

(221) PAGLIARO (2007), 263.

penali; ma ciò avviene sempre *in una sola direzione*, dando, cioè, sempre la precedenza al giudizio di apposita, specifica, liceità extrapenale rispetto al giudizio di illiceità penale: mai viceversa. Ed è proprio questo a non essere in alcun modo spiegabile con il ricorso al principio di non contraddizione.

30.1.2. Quanto al principio del bilanciamento degli interessi, questo non implica in alcun modo che il bilanciamento in questione debba sempre risolversi a favore dell'interesse tutelato dalla norma extrapenale permissiva. Neanche il ricorso a quel principio spiega dunque il disposto dell'art. 51 CP, non essendo in grado di fondare l'esistenza di un autonomo PED.

A ben vedere, inoltre, applicata al nostro caso, l'idea del bilanciamento di interessi non fa altro che ripetere, in forma diversa, il dato di fatto per cui l'art. 51 CP risolve (o, secondo la concezione descrittiva, si limita a presupporre la soluzione de) il conflitto cui si riferisce: se si parte dal presupposto che ogni norma tutela un interesse, è evidente che la prevalenza di una norma sull'altra porti necessariamente con sé anche la prevalenza dell'interesse tutelato dalla prima su quello tutelato dalla seconda. È dunque vero che alla base dell'art. 51 CP sta l'idea del bilanciamento degli interessi; ma quell'idea non è in grado di costituire la *ratio* dell'istituto che vi è previsto, poiché da essa non si evince affatto che, e perché, nel conflitto, a prevalere debba essere la norma extrapenale permissiva.

30.2. Non a caso talora, da parte dei sostenitori di quest'ultima posizione, ci si cura di precisare che a fondamento dell'art. 51 CP risiede un bilanciamento nel quale trova espressione «il maggior peso della libertà del singo-

lo»: e che è proprio in considerazione di questo maggior peso che «il legislatore [...] accorda in via di principio la sua preferenza alla realizzazione da parte del soggetto dell'interesse per il quale è dall'ordinamento riconosciuto o attribuito il diritto»⁽²²²⁾.

Questa osservazione coglie una parte di verità. Essa però, in pari tempo, abbandona la tesi di partenza. A fondamento dell'art. 51 CP, infatti, non è più posto un generico ed anodino bilanciamento di interessi, ma più specificamente “il maggior peso riconosciuto alla libertà del singolo”, e quindi, in ultima analisi, quell'idea del *favor libertatis* che, come noto, ha altre importanti manifestazioni in materia penale, e particolarmente in tema di fonti del diritto penale e di applicabilità della legge penale nel tempo. In un certo senso, allo stesso modo che, ai sensi dell'art. 2 CP, è assicurato a ciascuno, «*in omaggio alla libertà del cittadino, [...] il trattamento penale più mite tra quello stabilito dalla legge al momento della commissione del reato e i trattamenti stabiliti da leggi successive*»⁽²²³⁾, così, in forza dell'art. 51 CP, tra una norma penale, che incrimini la realizzazione di un fatto, ed una norma extrapenale, che espressamente la permetta, e che siano contestualmente vigenti, dovrà applicarsi quest'ultima, in quanto più favorevole per l'agente. Quasi che il PED abbia l'effetto di estendere, sul piano dei rapporti sincronici tra norma penale e norma extrapenale, quello stesso principio, che l'art. 2 CP detta relativamente ai rapporti diacronici tra norme penali.

(222) ROMANO (2004), 542.

(223) PAGLIARO (2003 a), 115.

30.3. L'idea del "maggior peso riconosciuto alla libertà del singolo", dunque; ma questo solo non basta a spiegare il fondamento dell'art. 51 CP. Banalmente, ad es., non spiega il funzionamento del PED rispetto a quelle ipotesi nelle quali la fattispecie integrata dalla condotta sia quella di una norma penale essa stessa posta a tutela della libertà personale: qui il *favor* per questa non permetterebbe di scegliere tra diritto e reato.

Più in generale, non si può disconoscere che l'aspirazione a fornire una tutela dei diritti e delle libertà della persona si ritrovi, direttamente o indirettamente, dietro la gran parte delle norme incriminatrici, e costituisca, in buona misura, l'ispirazione di fondo del diritto penale di uno Stato liberale e costituzionale di diritto.

Difficile, pertanto, affidare (interamente) al valore della libertà della persona la spiegazione di una costante prevalenza del diritto di agire sull'illecito penale. Piuttosto, ferma restando, sullo sfondo del PED, l'evidente sagoma del *favor libertatis*, quel principio ha (anche) un altro, e più significativo (nel senso di: più pregnante), fondamento: ossia, l'idea della sussidiarietà del diritto penale ⁽²²⁴⁾.

(224) Non è qui possibile soffermarsi approfonditamente sulle diverse sfaccettature del, e sulle diverse problematiche relative al, principio di sussidiarietà penale. Mi limito a rinviare ad alcuni testi di riferimento. Per il dibattito in seno alla penalistica italiana, si vedano, ad es.: ANGIONI (1983), 215 ss.; BRICOLA (1997), 189 ss.; FERRAJOLI (1989), 466 ss.; FIANDACA, MUSCO (2007), 29 ss.; FORTI (2000), 149-52; DONINI (2002), 75 ss.; ID. (2003), 141 ss.; ID. (2004), 75 ss. (e part. 85 ss.); ID. (2008), §§ 3, 4. Stefano FIORE (2007), 39 ss. (per una lettura dell'*extrema ratio* come principio chiamato a conformare, non solo il diritto, ma anche il processo penale). V. inoltre: ROXIN (1969), 613 ss. (part. 620 ss.); ID. (1997), 17 s.; Arthur KAUFMANN (1974), 89 ss.; ASHWORTH (2003), 32 ss.; GÜNTHER (1983), 192 ss.; MARTOS NUÑEZ (1987), 99 ss. (part. 110 ss.); PRITTWITZ (1995), 387 ss.; SILVA SANCHEZ (2004); HUSAK (2004 a), 207-35; ID. (2004 b), 535-45; JAHREBORG (2004), 521-34; i saggi di Schünemann, Hörnle, Hefendehl, Wohlers, e Seher, in HIRSCH, SEELMANN, WOHLERS

Qui, in questa direttrice politico-criminale, (prima ancora che nell'esigenza "incolore" di una coerenza tra settori diversi dell'ordinamento) risiede la *ratio*, il fondamento profondo, dell'esercizio di un diritto come scriminante ⁽²²⁵⁾: nel fatto, cioè, che l'incriminazione di una condotta, quale strumento più "aggressivo", maggiormente invasivo delle libertà fondamentali della persona, tra quelli a disposizione dello Stato, si giustifichi solo come *extrema ratio* di soluzione giuridica di conflitti fra interessi ⁽²²⁶⁾: e quindi, solo quando nessun altro ramo dell'ordinamento giuridico appaia in grado di dare al conflitto una soluzione giuridica adeguata ⁽²²⁷⁾.

(2006), 18-82.

(225) Analogamente, in rapporto all'art. 20.7 del CP spagnolo (come già del vecchio art. 8.11), di contenuto grosso modo corrispondente al nostro art. 51 CP, MIR PUIG (1990), 514, e MORALES PRATS (1996), 186.

(226) La sussidiarietà del diritto penale è, dunque, essa stessa espressione dell'idea del *favor libertatis*. Il ricorso al diritto penale va concepito come *ultima ratio*, e limitato quindi ai casi di stretta necessità, perché esso, più che altri strumenti normativi, è in grado di limitare: *a)* la libertà delle persone di compiere certe condotte, in quanto vietate dal diritto penale (e quindi la generica libertà di agire per soddisfare i propri interessi e desideri); *b)* le libertà (soprattutto quella personale, ma anche – si pensi alle pene pecuniarie – quella di disporre del proprio patrimonio) che sono direttamente pregiudicate mediante l'esecuzione delle tipiche sanzioni penali. [Per questa osservazione, in collegamento col principio di sussidiarietà penale, v. HUSAK (2004 a), 233-5.] È pertanto il valore riconosciuto alle libertà della persona a spiegare il carattere sussidiario che un diritto penale liberale deve necessariamente avere.

(227) V. ad es. ROXIN (1997), 514 («Es wäre ein unerträglicher Wertungswiderspruch und würde auch der Subsidiarität des Strafrechts als des äussersten Mittels der Sozialpolitik widersprechen, wenn ein in irgendeinem Rechtsgebiet gestattetes Verhalten gleichwohl bestraft wurde»); Mitsch in BAUMANN, WEBER, MITSCH (2003), 302 («aufgrund seines speziellen Charakters als schärfstes staatliches Reaktionsmittel auf Rechtsbrüche erfasst das Strafrecht nur Taten, die eine gesteigertes Rechtswidrigkeitsurteil verdienen. Deshalb kann eine Tat, die schon ausserhalb des Strafrechts nicht als rechtswidrig beurteilt wird, erst recht nicht strafrechtswidrig sein»). Analogamente FRISCH (1996), 159 («Was (normentheoretisch) vorstrafrechtliche Teile

Una sussidiarietà da intendere, quindi, non solo alla luce di una comparazione funzionale, in termini di efficienza, tra le sanzioni negative, sfavorevoli, approntabili nei diversi rami dell'ordinamento ⁽²²⁸⁾; ma, più in generale, come esigenza che la scelta di chiamare in causa il diritto penale per vietare una condotta rappresenti davvero l'*ultima ratio*; che, cioè, il ricorso all'incriminazione di una condotta avvenga solo quando questo appaia strettamente necessario, e pertanto solo quando si tratti di vietare fatti socialmente (e giuridicamente) intollerabili, rispetto ai quali la sanzione penale appaia una risposta giuridica adeguata, proporzionata.

Il che difficilmente si potrebbe dire quando, invece, siano presi in considerazione fatti che in altri settori dell'ordinamento giuridico vengono elevati a contenuto di diritti di agire: nell'ottica del sistema giuridico positivo di riferimento, infatti, una condotta è autorizzata perché ritenuta, in qualche modo e sotto qualche riguardo, social-

der Rechtsordnung als normale Ausübung des Rechts qualifizieren, ist nicht Unrecht – auch wenn es an einem ausdrücklichen Tatbestandsausschlussgrund oder einem Rechtfertigungsgrund fehlt»).

Un accenno anche in ANTOLISEI (2003), 283 («L'esercizio del diritto ha efficacia scriminante per la ragione che, se l'ordinamento ha attribuito ad una persona una determinata facoltà, vuol dire che ha riconosciuto la prevalenza del suo interesse sugli interessi contrari. Nel fatto, quindi, non si riscontra il carattere dell'antisocialità»).

(228) Così, invece, essa è generalmente intesa: v., nella sostanza, gli autori citati *supra*, nt. 224. A me sembra, però, che questo sia un modo parziale, incompleto, di intendere il concetto: la sussidiarietà di un settore di disciplina, in linea generale, evoca l'idea che quel settore sia legittimato ad intervenire solo quando ve ne sia un effettivo bisogno (solo quando la disciplina "primaria" manchi, o appaia inadeguata, insoddisfacente); e a me pare che non si possa dire che, nell'ottica del sistema giuridico (e quindi da un punto di vista intra-sistemico, interno, cioè, al sistema), vi sia un bisogno di sanzionare una condotta che lo stesso sistema attribuisce un diritto di tenere, e che mostra pertanto di considerare socialmente apprezzabile o quantomeno tollerabile.

mente apprezzabile, o quantomeno tollerabile; e questo – quando la scelta permissiva extra-penale sia legittima (non invalida), e non sia chiaramente revocata (espressamente abrogata) – esclude la necessità politico-criminale di ricorrere al diritto penale per vietarne la realizzazione.

Il PED si fa dunque carico di quest'aspetto, per così dire, "positivo" della sussidiarietà del diritto penale: determina un «adattamento automatico dei precetti penali alle situazioni soggettive vigenti in altri rami dell'ordinamento»⁽²²⁹⁾, e per questa via garantisce anche una migliore e più compiuta realizzazione di quell'esigenza politico-criminale. Garantisce, cioè, che il diritto penale non sovverta la scelta, legittimamente effettuata in altro ramo dell'ordinamento, di far di una condotta l'oggetto di un diritto di agire, e quindi di una valutazione giuridica positiva; garantisce dunque che il diritto penale *presupponga* che in altre aree dell'ordinamento lo stesso tipo di comportamento non sia "già" qualificato come oggetto di un permesso di agire: e non persegua come intollerabile ciò che il diritto mostra "già" di apprezzare, o di tollerare.

30.3.1. Questo ragionamento, però, non va preso per una riproposizione della concezione sanzionatoria (o ulteriormente sanzionatoria) del diritto penale⁽²³⁰⁾. Quanto detto sin qui non significa che il diritto penale possa elevare ad illecito penale solo ciò che sia già considerato illecito in altri rami dell'ordinamento⁽²³¹⁾. Il diritto penale, piut-

(229) PEDRAZZI (2003 c), 465.

(230) Per un «ricollegamento» del fondamento dell'art. 51 CP «alla teoria del carattere sanzionatorio del diritto penale», v. invece LEONE (1970), 104 ss.

(231) Nei termini di una moderna rielaborazione della concezione sanzionatoria del diritto penale mi sembra si possa interpretare quella recente ed

tosto, non può elevare ad illecito penale ciò che sia già considerato oggetto di un diritto di agire in altri rami dell'ordinamento⁽²³²⁾. In questo senso, esso trova nelle valutazioni effettuate negli altri rami dell'ordinamento un *limite*, più che un *fondamento* (come vorrebbe, invece, la concezione sanzionatoria): perché un fatto possa essere punibile, occorre, non che esso costituisca già illecito civile o amministrativo ecc., ma piuttosto che esso *non* costituisca già l'oggetto di un diritto extrapenale di agire.

acuta costruzione, di Massimo Donini (il quale, pure, è notoriamente un avversario della versione "classica" della concezione sanzionatoria), fondata sulla distinzione tra "antiprecettività" e "illiceità", «ovvero fra contrasto con una regola di condotta (non necessariamente etichettabile come penale o civile, né origine, da sola, di autonoma sanzione) e norma-sanzione (necessariamente diversificata nei diversi rami dell'ordinamento)» [DONINI (2004), 141 nt.]. In questo senso, il diritto penale sarebbe, per così dire, sempre sanzionatorio di una antiprecettività mai specificamente penale.

Neanche in queste nuove vesti, però, la concezione riesce a convincere. Ammettiamo pure che «[l']illecito nasce normalmente extrapenale, e anche quando lo si conosce dall'origine come solo penale – perché il destinatario apprende per la prima volta dal diritto penale che un certo fatto è vietato, non essendoci autonome sanzioni amministrative o civili: un tipico fenomeno della "modernità" penalistica dove il penale sembra *prima et unica ratio* –, in realtà esso contiene in sé almeno un'antiprecettività anche di rilevanza civilistica: perché se produce danni questi saranno ingiusti e risarcibili» [ivi, 142]. Ciò comunque non dimostra che questa "antiprecettività" venga *logicamente* prima dell'illiceità penale del fatto; sembra, anzi, che si possa dire proprio il contrario: vero è che i danni eventualmente prodotti da una condotta che (in origine) sia sanzionata solo penalmente (e sia quindi, in origine, solo penalmente illecita) saranno civilmente ingiusti e risarcibili, ma ingiustizia e risarcibilità civile dei danni, in tal caso, costituiranno conseguenze riflesse dell'illiceità penale della condotta che li causi, e non di una generica e impalpabile antiprecettività della condotta che ne preceda logicamente anche l'illiceità penale; questa condotta è civilmente ingiusta, ed obbliga quindi al risarcimento del danno eventualmente conseguitone, proprio perché penalmente illecita.

(232) A meno che, naturalmente, non venga eliminata (contestualmente, magari, all'emanazione di una norma incriminatrice) la norma extrapenale permissiva che conferisce il diritto: v. *supra*, § 14.1.1.

31. *Irrilevanza del fatto che in altri sistemi giuridici manchi una disposizione analoga al nostro art. 51 CP.*

A questo punto, possiamo tornare su un ultimo argomento sovente addotto dai sostenitori della concezione descrittiva dell'art. 51 CP: che questa sia una disposizione sostanzialmente inutile sarebbe «dimostrato dal fatto che una disposizione consimile manca nella maggior parte dei codici penali contemporanei» ⁽²³³⁾.

31.1. Ora, è certo che quest'obiezione non possa intendersi nel senso che una disposizione presente nel nostro sistema sia da considerare superflua tutte le volte che in (certi) altri sistemi non sia presente una disposizione di analogo contenuto: si tratterebbe di un'idea evidentemente assurda; non può essere ciò che veramente i sostenitori della concezione descrittiva intendono dire.

Ciò che questi veramente sostengono può, piuttosto, condensarsi in quest'interrogativo: come si spiega che altri sistemi giuridici (come ad es. quello tedesco o quello austriaco) facciano tranquillamente a meno di una disposizione come quella di cui all'art. 51 CP, senza per ciò solo giungere a conclusioni granché diverse da quelle alle quali è possibile giungere nel nostro ordinamento? Se altrove, anche in assenza di un'apposita disposizione, si raggiungono conclusioni applicative grosso modo analoghe a quelle cui giungiamo in Italia in materia di "esercizio di un diritto", ciò non significa forse che non vi è alcun bisogno di una disposizione che disciplini appositamente la materia?

(233) Così, tra i tanti, PALAZZO (2008), 380; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (2007), 531.

Non significa, forse, che le soluzioni che, secondo la tesi qui sostenuta, discenderebbero dall'art. 51 CP, e dal PED in esso espresso, in realtà discendono *già* da altri meccanismi presenti anche nel nostro sistema, e che quindi quelle soluzioni non dipendono affatto dall'esistenza di quella disposizione o di quel principio?

31.2. Così inteso, il ragionamento è, certo, insidioso. Esso, però, se indirizzato alla tesi sostenuta in questo lavoro, è decisamente fuori bersaglio.

Che l'art. 51 CP esprima un contenuto, un'idea, *già* esistente nel sistema è senz'altro vero. Il PED costituisce, come detto, un corollario, un sotto-principio del principio di sussidiarietà del diritto penale: e questo principio, evidentemente, esiste nel sistema a prescindere dalla presenza di una disposizione come quella di cui all'art. 51 CP. E dal fatto che il PED costituisca corollario di un principio *già* esistente nel sistema discende che, senza alcun dubbio, a soluzioni analoghe a quelle che si possono ricavare dall'applicazione dell'art. 51 CP si potrebbe giungere anche in sua assenza, ricavando direttamente il PED dal suo fondamento, ossia, appunto, dall'idea della sussidiarietà del diritto penale. Nessun dubbio, insomma, che – anche in assenza dell'art. 51 CP – il sistema giuridico (e più in particolare il giudice) troverebbe il modo di giungere alla conclusione che non si possa essere puniti per aver fatto qualcosa che si aveva il diritto extrapenale di fare.

Ed invero, non sarebbe una novità che i giudici, nell'applicazione del diritto penale, e quindi nella formulazione di giudizi di responsabilità penale, si muovano alla ricerca di soluzioni (ritenute) *giuste*, quanto più conformi

ai principi informatori del sistema, *moralmente sostenibili* (234); e non è difficile immaginare che, anche in assenza di una disposizione come quella di cui all'art. 51 CP, i giudici normalmente sentirebbero come ingiusto formulare giudizi di responsabilità penale a carico di chi facesse ciò che una norma permissiva extrapenale gli dava il diritto di fare. Il che, con tutta probabilità, li porterebbe a dar fondo al loro bagaglio di strategie argomentative, onde giungere a concludere per la non punibilità del soggetto: interpretazioni restrittive, adeguatrici, evolutive, costituzionalmente orientate, analogie *legis* e *iuris*, e così via.

31.3. Questo, però, non vale solo per l'esercizio di un diritto. Qualcosa di simile accadrebbe, verosimilmente, anche nel caso in cui nel nostro ordinamento mancasse qualcuna delle altre disposizioni scriminanti (235).

Si può forse credere, ad es., che, se per avventura il no-

(234) V. ad es. BULYGIN (1993), 26 s.: i giudici, nell'applicazione del diritto, sono guidati, oltre che dalle esigenze razionali di coerenza e completezza, da «l'esigenza morale di giustizia»; «nella prassi effettiva i giudici cercano di adeguare il diritto alle esigenze di completezza, coerenza, e giustizia».

(235) Ed infatti, [così, efficacemente, SCHMIDHÄUSER (1972), 144] «der für die strafrechtlichen Rechtsanwendung geltende Grundsatz lautet nur: keine Strafe ohne Gesetz, nicht aber: keine Strafflosigkeit ohne Gesetz! Das heisst: auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung müssten wir die Rechtmässigkeit eines Tuns anerkennen, wenn sie sich trotz tatbestandlicher Rechtsgutsverletzung aus einleuchtender Bewertung eines Interessenkonflikts ergibt [...]; der Ausschluss des Unrechts [...] braucht nicht besonders geregelt zu sein; denn wir werden wahrlich niemanden bestrafen, der etwas tut, was wir rechtlich für erlaubt erkennen». V. anche ID. (1975), 283 («Rechtfertigungsgründe brauchen [...] nicht gesetzlich vertypt zu sein»); ID., ALWART (1982), 135 («Die Rechtfertigung braucht [...] nicht etwa strafrechtlich oder überhaupt in einer positiv-rechtlichen Regelung normiert zu sein»). Analogamente, parrebbe, già DELITALA (1976 a), 12 s.

Circa la possibilità di «un diritto penale senza cause di giustificazione», v. le interessanti notazioni di MORESO (2001), 536 ss.

stro codice penale non contenesse una norma come quella di cui all'art. 52, primo comma, i giudici non troverebbero, per via interpretativa, il modo di assolvere chi agisse per legittima difesa? Eppure, nessuno taccia di inutilità quella disposizione!

Ancora: si sostiene che la mancanza, in altri sistemi, di una disposizione come quella del nostro art. 51 CP ne dimostrerebbe l'inutilità. Altrove, però, – ad es., in Germania – manca anche una previsione generale dell'efficacia scriminante del consenso dell'offeso, e manca anche una disposizione che disciplini una figura scriminante come quella dell'uso legittimo delle armi. Nessuno, però, taccia di inutilità le disposizioni di cui all'art. 50 e 53 CP!

31.4. D'altra parte, bisogna attentamente distinguere tra principio e disposizione che (eventualmente) lo enunci.

In sistemi come quello tedesco⁽²³⁶⁾ o quello austriaco, spesso presi ad esempio dai sostenitori della concezione descrittiva, è bensì vero che manchi una disposizione analoga al nostro art. 51, primo comma, prima parte, CP: ma ciò non implica affatto che vi manchi anche il principio enunciato dall'art. 51 CP (ossia: il PED).

Si prendano, ad es., i ragionamenti che i penalisti di lingua tedesca, in materia di scriminanti, generalmente conducono sotto l'etichetta concettuale della "unità dell'ordinamento giuridico"⁽²³⁷⁾. Generalmente si tratta, è vero, di affermazioni piuttosto laconiche, le quali rischiano di rendere oscuri i concetti (o comunque apodittica la loro

(236) Su cui, per alcune indicazioni, v. LANZI (1983), 18 ss.

(237) Ma il discorso potrebbe estendersi anche, per altro verso, ai concetti di "adeguatezza sociale" (su cui v. *infra*, Parte Seconda, §§ 7, 12) e "rischio consentito" (su cui v. *infra*, Parte Seconda, § 16).

affermazione), e assai difficile coglierne le diverse sfumature e implicazioni. Se, però, cerchiamo di ricostruirne (quello che sembra esserne) il filo conduttore, scopriamo che l'idea dell'“unità” viene, per lo più, intesa nel senso che non possa costituire illecito penale un fatto che sia espressamente autorizzato da un'altra norma dell'ordinamento, anche se questa trovi la propria fonte fuori dal diritto penale⁽²³⁸⁾. Qualsiasi norma permissiva esistente nel sistema dovrebbe dunque essere presa in considerazione ai fini della formulazione di giudizi di liceità o di illiceità penale⁽²³⁹⁾: non solo le (poche) norme permissive di fonte penale⁽²⁴⁰⁾, ma anche le norme permissive di fonte extrapenale⁽²⁴¹⁾, e finanche quelle di fonte consuetudinaria, e comunque non scritta⁽²⁴²⁾.

Applicabile una di queste norme (extrapenali permissive), che appositamente ne autorizzino (o ne impongano)

(238) Ad es., HEIMBERGER (1908), 2; SCHMIDHÄUSER (1972), 145 («im Strafrecht nicht etwa als unerlaubt gelten kann, was in anderen Rechtsbereichen erlaubt ist»); EBERT (2001), 67.

(239) Tra gli altri: SCHMIDHÄUSER (1975), 289; SCHMIDHÄUSER, ALWART (1983), 135; MAURACH, ZIPF (1983), 328; ESER (1987), 49; TRÖNDLE, FISCHER (2006), 78 (Vor § 13 Rn. 25), 254 (Vor § 32 Rn. 2).

(240) Sull'esistenza di norme permissive, o cause di giustificazione, propriamente *penali*, v. *infra*, Parte Seconda, Cap. II. Nella penalistica tedesca, che esistano giustificanti di fonte penale sembra per lo più indiscusso: ad es., MAURACH, ZIPF (1983), 328; JAKOBS (1991), 351; SCHLEHOFER (2003), 1200 s.

(241) Cfr. ad es. SCHLEHOFER (2003), 1201 s. (Vor §§ 32 ff., Rn. 98-101).

(242) Dottrina tedesca pacifica. Tra i tanti: BAUMANN (1962), 71 s., (che ammette la rilevanza anche di norme permissive di fonte sovra-legale); WESSELS, BEULKE (2006), 97; EBERT (2001), 67; SCHLEHOFER (2003), 1202 ss. (Vor §§ 32 ff., Rn. 102 ss.); HEINRICH (2005), 102. Di fonte non scritta è, ad es., la rilevanza scriminante del cosiddetto consenso presumibile e la generale rilevanza scriminante riconosciuta al consenso dell'offeso (espressamente previsto, nel codice penale, solo come scriminante speciale del reato di lesioni personali: § 226 a StGB).

la realizzazione, insomma, l'illiceità penale del fatto è automaticamente esclusa.

Ora, non mi sembra dubbio che una (se non la sola) lettura possibile di questi ragionamenti sia la seguente. Quando la riferiscono alla materia delle scriminanti, i penalisti di area tedesca sembrano usare l'idea dell'unità (e non contraddittorietà) dell'ordinamento giuridico in un'accezione, per così dire, *politico-criminale*: quella che ne viene fuori è un'unità intesa in senso «puramente negativo»⁽²⁴³⁾, e quindi, più che come un postulato logico, come una direttrice interpretativa (riconducibile, in ultima analisi all'idea del diritto penale come *extrema ratio* di tutela) per la quale “sia da escludere l'illiceità penale di qualsiasi fatto che sia espressamente autorizzato da una qualsiasi norma dello stesso ordinamento”⁽²⁴⁴⁾: insomma, come espressione del principio, o criterio solutivo, (sostanzialmente, il PED) per cui i conflitti tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice vanno risolti a favore della seconda, e quindi nel senso che non possa costituire reato ciò che, in base ad una norma permissiva extrapenale, si abbia il diritto di fare.

31.5. Conta poco, a questo punto, che si voglia continuare a parlare di una inutilità dell'art. 51 CP, se con ciò si vuole semplicemente dire che le stesse conclusioni ricavabili da quella disposizione (ossia: l'esistenza del PED) anche

(243) FIGUEIREDO DIAS (2004), 367, che *ad adiuvandum* cita Adolf Merkel e Correia.

(244) Ancora FIGUEIREDO DIAS (2004), 367. Ma già prima: ROXIN (1997), 514; Mitsch in BAUMANN, WEBER, MITSCH (2003), 302; e FRISCH (1996), 159: già citati *supra*, nt. 227. Nonché BAR (1909), 7; SCHMIDHÄUSER (1975), 289; GÜNTHER (1987), 384.

Nella nostra dottrina, per un ragionamento analogo, DONINI (1991), 207.

in sua assenza si potrebbero ricavare da interpretazioni direttamente governate dall'idea della sussidiarietà del diritto penale. La tesi sostenuta in questo lavoro – e cioè che nel nostro sistema esista un autonomo PED e che questo trovi espressione nell'art. 51 CP – non ne viene in alcun modo pregiudicata.

32. Sintesi.

Stabilito (nei Capp. II e III) che non esistono *ragioni per non credere* che l'art. 51 CP esprima il PED, rimane ancora da stabilire se esistono *ragioni per credere* che le cose stiano effettivamente così. In molti ritengono che non si diano ragioni di questo tipo (cosiddetto “*argomento dell'inutilità*” del PED). Perché mai, in effetti, bisognerebbe credere che nel nostro ordinamento esista un principio per il quale, nel conflitto tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva, debba essere sempre quest'ultima a prevalere? Ha una ragione d'essere, una *ratio*, il PED? E, se sì, qual è? La mia idea è che la risposta a questi interrogativi (e quindi il fondamento del PED) risieda nel principio di *sussidiarietà del diritto penale*, e, indirettamente, anche nel *favor* del quale godono, nel nostro ordinamento giuridico, le libertà della persona e nel valore dell'autonomia individuale. La sistematica prevalenza della norma attributiva del diritto si spiega insomma considerando che il ricorso al diritto penale è legittimo solo quando costituisca *extrema ratio* di soluzione giuridica di conflitti fra interessi: solo quando questo ricorso sia strettamente necessario; e che ciò, invece, non si possa dire rispetto a quei fatti che siano già stati presi in considerazione, oltre che nel diritto penale, in altri settori dell'ordinamento giuridico per farne l'oggetto di altrettanti diritti di agire: infatti, nell'ottica del sistema giuridico positivo di riferimento, una condotta che venga autorizzata è evidentemente ritenuta, in qualche modo e sotto qualche riguardo, socialmente apprezzabile, o quantomeno tollerabile; e questo esclude la necessità politico-criminale di ricorrere al diritto penale per vietarne la realizzazione.