

PARTE SECONDA
L'EFFICACIA DEL PED

CAPITOLO I
L'EFFICACIA DIRETTA DEL PED

Sezione I
L'ESERCIZIO DI UN DIRITTO
TRA TIPICITÀ E ILLICEITÀ PENALE

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

Il ragionamento sin qui svolto dovrebbe aver mostrato che nell'art. 51 CP trova espressione il PED: una meta-norma che risolve i conflitti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive, dando prevalenza alle seconde rispetto alle prime. Alcuni di questi casi di conflitto (reale) tra diritto e incriminazione, è vero, anche in assenza del PED, sarebbero superabili mediante impiego degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie. Tuttavia (lo vedremo meglio *infra*, Sez. II), affidarsi al funzionamento di questi criteri rischia di essere del tutto insoddisfacente, e comunque non garantirebbe il conseguimento degli stessi risultati operativi ai quali permette di pervenire il PED.

Questi risultati operativi consistono, essenzialmente, in ciò, che, in forza del PED, la realizzazione di un fatto che costituisca esercizio di un diritto è sempre (salvo il limite dell'abuso del diritto) penalmente lecita. L'efficacia

fondamentale del PED è, pertanto, quella di negare l'illiceità penale di un fatto: di negare, escludere, che un fatto, che costituisca esercizio di un diritto, possa dirsi penalmente illecito.

In che senso, però, il PED esclude l'illiceità penale del fatto cui si riferisce? Cosa significa, che struttura e che caratteristiche ha, quest'effetto di esclusione, di negazione, dell'illiceità penale di un fatto derivante dall'applicazione del PED?

1. Tipicità e illiceità penale: nota sistematica preliminare.

Prima di rispondere a questi interrogativi, forse non è inopportuno chiarire che, nello sviluppare, qui appresso, la tematica dell'esercizio di un diritto come causa di esclusione dell'illiceità penale, seguirò essenzialmente ⁽¹⁾ le movente del modello della tripartizione del reato: inteso qui come un modello di teoria del reato per il quale le condizioni applicative del concetto di illiceità sono maggiori (*di più*) di quelle del concetto di tipicità; un modello per il quale, cioè, tutti gli elementi da cui dipende la tipicità penale di un fatto costituiscono anche condizioni dalle quali dipende la possibilità di qualificarlo come illecito penale (la tipicità penale come condizione dell'illiceità penale del fatto), ma non vale l'inverso: l'illiceità penale del fatto ha anche condizioni ulteriori, diverse dalla sua tipicità, come ad es. la necessità che il fatto, oltre ad essere tipico, non sia scriminato; il concetto di tipicità penale, la qualità di "fat-

(1) Sia pur con qualche variazione in merito al concetto di illiceità, che userò qui nel senso di illiceità (specificamente) penale, contrarietà al diritto penale, e non nel senso della cosiddetta antigiuridicità generale (sul punto v. meglio *infra*, § 24).

to tipico”, si riferisce ad alcuni soltanto degli elementi del reato ai quali si riferisce invece la qualità di “fatto illecito” (2).

Economia espositiva e prudenza scientifica, in verità, sconsigliano d'avventurarsi in indagini (come quella relativa alla sistematica dei rapporti fra tipicità e illiceità penale) la complessità delle quali rischia di portare fuori strada. Mi limiterò, allora, ad evidenziare che una costruzione teorica che ammetta l'esistenza di fatti tipici *ma, ciò nondimeno*, penalmente leciti, e che pertanto distingue questa categoria di fatti da quella dei fatti penalmente le-

(2) «Die Tatbestandsmässigkeit verhält sich also zur Rechtswidrigkeit wie ein Teil zum Ganzen»: PUPPE (1998), 21. Ma v. già BELING (1906), 151; ENGELHART, RADBRUCH (1948), 9. Il rilievo, inoltre, si ritrova anche, ma in proiezione critica, in DELL'ANDRO (1958), 542; PAGLIARO (2006 a), 2453, 2454.

Quello suggerito nel testo, per vero, non è l'unico modo possibile di concepire la tripartizione del reato. Ne esistono alcune versioni per le quali, ad es., fermo restando che non tutte le condizioni applicative del concetto di illiceità lo sono anche di quello di tipicità, varrebbe anche l'inverso, e cioè che non tutte le condizioni applicative del concetto di tipicità lo sarebbero anche di quello di illiceità; cosicché potrebbe darsi il caso, non solo che un fatto sia tipico senza essere anti-giuridico, ma anche che un fatto sia anti-giuridico senza essere tipico. Penso, ad es., a BELING (1906), 37, 115 ss., 144 ss., e a M. E. MAYER (1923), 10; e, più in generale, a tutte quelle concezioni teoriche per le quali [sulla scorta, diretta o indiretta, del pensiero di BINDING: ad es. (1965), soprattutto Capp. I e II; (1885), 155 ss.] il diritto penale non contiene divieti, ma si limita piuttosto a selezionare, tra quelli *già altrimenti vietati*, certi tipi di comportamento per connettervi la comminazione di una sanzione penale [v. ad es. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2000), 414; e in Italia, di recente, pur sulla base di presupposti normo-teorici affatto originali, CORNACCHIA (2003), 82 ss.]: la tipicità, dunque, come selezione del penalmente rilevante dall'ambito di ciò che è *già* illecito (perché in contrasto, ad es., con generiche *Normen* di diritto pubblico, o con norme di altri settori dell'ordinamento, oppure ancora con *Kulturnormen*).

Vi è, naturalmente, anche un'altra prospettiva – del tutto lapalissiana – dalla quale si può assumere che un fatto possa essere giuridicamente illecito senza essere penalmente tipico: quella per la quale è semplicemente possibile che un fatto, non tipico (né quindi vietato) penalmente, sia invece vietato in qualche altro settore dell'ordinamento.

citi *perché* atipici, mi sembra preferibile, almeno da un punto di vista espositivo ⁽³⁾, poiché consente di visualizzare meglio la duplicità sostanziale delle ragioni per le quali un fatto può essere penalmente lecito, e l'essenziale diversità del fondamento di questi due tipi di ragioni.

Il rilievo è noto. Sul presupposto che le norme incriminatrici vietano la realizzazione di certe tipologie di condotte innanzitutto in considerazione della loro offensività – ossia, in considerazione della circostanza che la realizzazione di determinate condotte comporti un'offesa di un certo tipo ad un interesse di un certo tipo – e che quindi la tipicità penale sia essenzialmente una tipicità offensiva (la tipicità di un'offesa ad un interesse, la descrizione di un certo *tipo* di offesa a un certo *tipo* di interesse) ⁽⁴⁾, il modello tripartito permette di distinguere nettamente: *a*) i casi nei quali un fatto sia lecito perché non offende, nella maniera descritta in una fattispecie incriminatrice, l'interesse da questa tutelato, *b*) dai casi nei quali invece la liceità penale del fatto non è in alcun modo legata al tipo di offesa arrecata (o non arrecata), ma dipende piuttosto dalla circostanza che il fatto realizzato – offensivo, o meno, dell'interesse protetto da una norma: tipico, o meno – sia funzionale alla soddisfazione di un contro-interesse (considerato) importante abbastanza da rendere lecito il compimento di una condotta altrimenti vietata.

(3) «[A]sserire ad esempio che anche una uccisione per legittima difesa integra il fatto tipico di omicidio, può servire a sottolineare che la soppressione della vita umana contraddice pur sempre l'indicazione di valore implicita nel divieto penale di uccidere potenzialmente rivolto a chiunque» [FIANDACA (1991), 158, che, pure, invita a non sopravvalutare queste «implicazioni pedagogiche» della distinzione tra fatto tipico e fatto tipico scriminato].

(4) Molto bene, MARINUCCI (1985), 194 ss.; FIANDACA, MUSCO (2007), 178 ss.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 294. V. anche (da un punto di vista esterno alla tripartizione) PAGLIARO (2007), 27, 253.

Una sistematica tripartita, insomma, permette di visualizzare, di esporre meglio la differenza di sostanza che corre tra cause di incompletezza del fatto tipico e cause di esclusione dell'illiceità penale (o scriminanti): il diverso modo in cui le une e le altre incidono sulla sostanza di un reato.

Entrambe, certo, finiscono per negare che un fatto sia penalmente illecito. Le prime, però, escludono l'illiceità del fatto solo indirettamente, ossia escludendone la tipicità, e sul presupposto che la tipicità penale del fatto è una delle condizioni della sua illiceità penale ⁽⁵⁾. La negazione dell'illiceità penale del fatto è, qui, solo una conseguenza indiretta, mediata, della negazione della sua tipicità. E poiché, come detto, la tipicità penale è essenzialmente tipicità offensiva (tipicità di un'offesa), ciò che in tal caso vie-

(5) Questo discende, innanzitutto, dall'assunto teorico-generale per cui l'illiceità penale di una condotta consiste nel – o quantomeno dipende (anche) dal – suo contrasto con una norma incriminatrice: cosicché, solo un fatto suscumbibile nella fattispecie di una norma incriminatrice, e quindi penalmente tipico, può essere penalmente illecito.

Ma l'idea che la tipicità penale di un fatto sia condizione della relativa illiceità penale si può anche ricavare da uno sguardo ai principi positivi che governano il diritto penale; e, tra questi, al principio di legalità, per cui nessun fatto può dirsi un reato se non è previsto come tale in una legge che ne sanziona penalmente la realizzazione (*nullum crimen sine lege*): cosicché solo un fatto che corrisponda alla previsione, alla descrizione, della fattispecie di una (norma di) legge incriminatrice può costituire reato, e può quindi qualificarsi penalmente illecito.

Sulla connessione tra tipicità penale di un fatto e principio di legalità, v. già BELING (1906), 20 ss. (ma sulla base di una concezione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale, e pertanto sulla base dell'idea che la tipicità penale del fatto ne condizioni la rilevanza penale, la punibilità, ma non l'illiceità, che, in quella visione, non dipenderebbe mai da un contrasto col diritto penale); ID. (1931), 320. Più di recente, ad es., RONCO (1979); CATENACCI (2003); DONINI (2004), 11 s. Ma v. anche ROXIN (1998), 51, 52 ss., per il quale, anzi, «le fattispecie servono effettivamente al rispetto del principio del *nullum crimen*»; v. anche ID. (1997), 147. Analogamente, Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 154. Critico, invece, PAGLIARO (1960), 114.

ne direttamente negato è che sia stato concretamente realizzato proprio quel tipo di offesa che l'esistenza di una norma incriminatrice voleva evitare. Quando sia assistito da una causa di incompletezza della tipicità penale, il fatto non presenta insomma quel (dis)valore tipico, specifico, in virtù del quale una certa norma incriminatrice dispone che ne vada evitata la realizzazione. L'esclusione dell'illiceità penale del fatto avviene qui, per così dire, in maniera "endogena" e "per sottrazione": essa dipende, cioè, da fattori interni al rapporto "norma incriminatrice – condotta incriminata – interesse protetto", e deriva, in particolare, dalla circostanza che, nel caso di specie, l'interesse protetto dalla norma incriminatrice non può dirsi leso, quantomeno non in maniera tipica; e ciò perché effetto della causa di incompletezza del fatto tipico è di "sottrarre" alla tipicità del fatto (e quindi all'offensività della condotta rispetto all'interesse) uno o più elementi rilevanti.

Le scriminanti, invece, si muovono direttamente sul piano dell'illiceità penale del fatto: escludono, cioè, che questo possa essere penalmente illecito, lasciandone "impregiudicata" la tipicità. Qui, dunque, non è affatto escluso che la condotta concretamente realizzata presenti il disvalore tipico dell'offesa che l'esistenza di una norma incriminatrice mira ad evitare: la scriminante comporta, piuttosto, che, anche se il fatto concreto presentasse quel disvalore (anche se fosse penalmente tipico), non potrebbe comunque costituire un illecito penale, dal momento che esso dà soddisfazione ad un contro-interesse (considerato sufficientemente importante da rendere lecito, tollerabile, che la sua soddisfazione avvenga (eventualmente) anche col sacrificio dell'interesse protetto da una norma incriminatrice.

La scriminante non nega in alcun modo, dunque, che

in un caso concreto l'interesse protetto dalla norma incriminatrice sia stato offeso in maniera penalmente tipica. L'applicabilità della norma incriminatrice (l'integrazione della sua fattispecie) non è negata, bensì "aggirata" (6). L'esclusione dell'illiceità penale non avviene, infatti, "per sottrazione", ma "per contrapposizione": ossia, mediante l'adduzione di un argomento nuovo (7), che nulla ha a che vedere con la lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice, ma che semmai consiste nel fatto di contrapporre a quell'interesse (e alla possibilità che esso sia offeso in maniera penalmente tipica) un "contro-interesse" al quale è riconosciuta una importanza maggiore.

2. *L'esercizio del diritto come causa di incompletezza del fatto tipico. Lo strano caso dei reati "a illiceità speciale".*

Fatta questa premessa, torniamo adesso al problema dal quale eravamo partiti. In che modo, in che senso, l'esercizio di un diritto, in forza del PED, esclude l'illiceità penale di un fatto? I piani sui quali potrebbe teoricamente avvenire una siffatta esclusione dell'illiceità penale, abbiamo appena visto, sono essenzialmente due: il piano della tipicità e, direttamente, quello della illiceità penale. A quali di questi due piani si riferisce il PED (e quindi l'art. 51 CP)? Il PED funziona, forse, come una causa detipizzante, il cui effetto immediato è l'incompletezza del fatto tipico, e alla quale solo indirettamente consegue un'esclusione dell'illiceità penale del fatto; o funziona, piuttosto, direttamente, come causa di esclusione della illi-

(6) Così, plasticamente, FLETCHER (2004), 154.

(7) Ancora, molto chiaramente, FLETCHER (2004), 154.

ceità penale del fatto?

2.1. Cominciamo col dire che, in linea generale, non si può certo escludere che l'esercizio di un diritto, il fatto di esercitare un diritto, possa funzionare, in certi casi, come causa di incompletezza del fatto tipico.

Questo accade, ad es., in quei casi di mutua esclusività (v. Parte Prima, § 24.1.1.2) nei quali la fattispecie di una norma incriminatrice richiami, esplicitamente o implicitamente, una norma extrapenale permissiva, assumendo tra le condizioni della propria applicazione (e quindi tra le condizioni dell'offensività tipica del fatto incriminato) la non applicabilità della norma extrapenale permissiva richiamata. Si tratta, per dirla in altro modo, dei casi nei quali è previsto, ad es. che il fatto debba essere commesso "senza necessità", "abusivamente", "indebitamente", ecc., e la norma extrapenale permissiva *integra* quindi la norma incriminatrice ⁽⁸⁾: entra a far parte della relativa fattispecie, come un suo elemento negativo, contribuendo a determinare uno dei presupposti (negativi) dalla cui (non) realizzazione dipende l'applicabilità della norma incriminatrice richiamante.

Occorre, peraltro, una precisazione. Il richiamo, implicito od esplicito, ad una norma extrapenale permissiva a-

(8) Ciò, naturalmente, non vuol dire che, quando una norma incriminatrice contenga siffatti "elementi di richiamo", ad essere chiamate in causa siano *solo* norme extrapenali permissive. Un fatto, ad es., può essere commesso "non senza necessità" o "non indebitamente", anche quando esso non integri gli estremi di un vero e proprio diritto di agire. Piuttosto, l'esistenza di un "elemento di richiamo" rinvia (quantomeno) *anche* a norme extrapenali permissive, nel senso che l'aver il diritto extrapenale di tenere la condotta può escludere che il fatto sia realizzato "senza necessità" o "indebitamente" ecc., pur non necessariamente costituendo l'unica ragione per la quale questa esclusione può avvenire.

vrà una funzione integratrice della fattispecie della norma penale richiamante (e l'esercizio del diritto funzionerà da causa de-tipizzante) solo quando tale richiamo contribuisca alla definizione dell'oggetto giuridico tutelato dalla norma richiamante, o della capacità di una certa condotta di offenderlo in una certa maniera (*scil.*: in maniera tipica). L'elemento "di richiamo" non ha invece una funzione di integrazione della fattispecie della norma richiamante quando, in forza del richiamo, la norma richiamata, anziché contribuire alla definizione dell'oggetto di tutela, o dell'offesa tipica a questo, ha la funzione di introdurre, nella valutazione di illiceità del fatto, la considerazione di interessi ulteriori, che potrebbero entrare in conflitto con quello tutelato dalla norma ⁽⁹⁾.

2.2. L'esercizio di un diritto funziona, dunque, come causa di incompletezza della tipicità solo quando interagisce con l'offensività tipica del fatto (contribuendo a definire l'oggetto tutelato o a qualificare la condotta come incapace di offenderlo in maniera tipica).

L'esercizio di un diritto, nel caso dei cosiddetti reati "ad illiceità speciale" ⁽¹⁰⁾, può ad es. determinare l'atipicità del fatto per mancanza dell'interesse protetto, quando: *i.* l'elemento di illiceità speciale incida sull'esistenza stessa dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice; *ii.* e l'esercizio del diritto abbia l'effetto di negare l'esistenza, nel caso di specie, dell'elemento di illiceità speciale, determinando, cioè, che la condotta non sia realizzata "abusivamente", "indebitamente", "senza autorizzazione" ecc.

(9) Da ultimo, in generale, sul problema (con particolare riferimento alla valenza scriminante o de-tipizzante delle autorizzazioni), v. Marco MANTOVANI (2003).

(10) V. già *supra*, Parte Prima, § 24.1.1.2.

Così, ad es., essere abilitati all'esercizio di una professione per la quale è richiesta un'apposita abilitazione, e in questo senso avere il diritto di esercitare la professione, rende atipico rispetto a (non sussumibile nella fattispecie de) l'art. 348 CP l'esercizio della professione. E ancora: non commette un fatto tipico di rivelazione di segreti di ufficio ⁽¹¹⁾ il pubblico ufficiale che riveli notizie d'ufficio essendo stato debitamente autorizzato: in questi casi, infatti, viene meno l'interesse della P.A. a mantenere segreta la notizia, e la condotta provalatrice del soggetto non rappresenta dunque un'offesa tipica ai sensi dell'art. 326 CP. Né commette il fatto tipico di porto abusivo d'armi (699 CP) colui che "con la licenza dell'Autorità, quando la licenza è prescritta, port[i] un'arma fuori dalla propria abitazione o dalle appartenenze di essa".

2.2.1. Altre volte, però, l'esercizio di un diritto non funziona da causa de-tipizzante rispetto alle fattispecie ad illiceità speciale: esso, cioè, non nega che l'offesa tipica sia stata arrecata, ma piuttosto introduce l'esistenza di un contro-interesse, di un contro-argomento, in grado di prevalere sullo stesso disvalore dell'offesa tipica eventualmente arrecata.

Questo accade, in particolare, quando l'esercizio del diritto non esclude che il fatto sia stato realizzato abusivamente, indebitamente, ecc.: la liceità della condotta, in questi casi, non passa per una esclusione della sua tipicità penale, ma avviene, direttamente, per via scriminante. Così, per tornare all'esempio appena fatto, non ha efficacia de-tipizzante, ma semmai scriminante, l'esercizio del drit-

(11) Art. 326, primo comma, CP: il p.u. "che, *violando i doveri inerenti alle funzioni o al servizio*, o comunque *abusando della sua qualità*, rivela notizie d'ufficio" ecc.

to di rivelare la notizia d'ufficio che sia funzionale alla realizzazione di interessi, bensì più importanti, ma comunque diversi rispetto a quelli tutelati dal segreto. Si pensi, ad es., al caso in cui un segreto d'ufficio (una notizia che, nell'interesse al buon andamento della P.A., avrebbe dovuto rimanere segreta) venga rivelata nell'esercizio del diritto di difesa in giudizio ⁽¹²⁾.

2.3. Un esempio particolarmente interessante di esercizio di un diritto in funzione de-tipizzante è, poi, rappresentato dal cosiddetto *jus corrigendi*. Qui emerge, in maniera piuttosto chiara, come la circostanza che, in un caso di specie, all'esercizio di un diritto vada riconosciuta efficacia de-tipizzante (oppure efficacia scriminante) dipenda dalla capacità di questo di incidere già sull'offensività tipica del fatto (o, al contrario, soltanto sulla possibilità di valutare il fatto come illecito).

Messo in rapporto con l'art. 571 CP, lo *jus corrigendi* rappresenta una causa di incompletezza del fatto tipico: e questo, banalmente, già perché non si può dire che eserciti il diritto in questione chi "abus[i] dei mezzi di correzione o di disciplina"; cosicché, specularmente, finché si rimanga nei limiti di un esercizio dello *jus corrigendi*, per definizione, non si "abusa" di quei mezzi. Ma la ragione, più profondamente, è un'altra: e, cioè, che, fin quando ci si mantenga nei limiti di un esercizio del diritto di correzione, è lo stesso interesse giuridico protetto dall'art. 571 CP a non

(12) A riguardo, v. Cass., 20.4.1989, n. 6058, Crincoli, in *CP*, 1990, 1505, per la quale "il diritto di difesa nel giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., è preminente sull'esigenza della riservatezza e, in genere, del buon funzionamento della pubblica amministrazione, oggettività giuridica dell'art. 326 CP, sicché la rivelazione di segreto di ufficio effettuata dal pubblico ufficiale per esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio è scriminata dall'art. 51 CP".

essere offeso: «l'oggetto della tutela non è infatti l'integrità fisio-psichica del corrigendo in quanto tale, ma [...] la convivenza familiare – e altri rapporti che con quelli di famiglia hanno in comune determinati aspetti – il cui equilibrio viene ad essere turbato da ogni eccesso nell'uso di mezzi afflittivi, anche se adoperati a scopo di correzione o di disciplina» (13).

In questo caso, dunque, l'elemento dell'abusività dei mezzi correttivi contribuisce a definire l'interesse protetto dalla norma incriminatrice, e l'esercizio del diritto nega che il fatto sia realizzato “abusivamente”: siamo, dunque, di fronte ad un caso di esercizio del diritto in funzione detipizzante.

2.3.1. Diverso ragionamento varrebbe invece se non esistesse nel nostro diritto penale una norma come quella di cui all'art. 571 CP, e con riferimento a quei fatti (percosse o sequestri, di lievissima entità) in relazione ai quali questa norma si ponga come speciale rispetto ad altre norme pure esistenti nel sistema (artt. 581, 605 CP): in questo caso, infatti, la condotta del genitore che desse uno schiaffo di forza moderata al proprio figlio, o che gli vietasse di uscire di casa in certi periodi della giornata, per correggerne la tendenza a frequentare losche compagnie, non perderebbe la propria tipicità ai sensi dell'art. 581 o dell'art. 605 CP per ciò solo, di costituire esercizio di *jus corrigendi*. Qui lo *jus corrigendi* funzionerebbe invece come scriminante: la circostanza che il fatto sia realizzato in funzione correttiva ne lascerebbe del tutto impregiudicata l'offensività tipica; non inciderebbe in alcun modo, insomma, sul rapporto “fatto – offensività – interesse pro-

(13) FIORE (1966), 39.

tetto”; ma, piuttosto, produrrebbe un'esclusione diretta dell'illiceità del fatto, in base all'adduzione di un argomento ulteriore, di un contro-argomento, fondato sull'esistenza di un contro-interesse, da considerarsi prevalente, nei limiti dello *jus corrigendi*, su quello (moderatamente) offeso a mezzo della condotta correttiva.

2.4. L'esercizio del diritto, poi, funziona come scriminante in tutta una serie di altre ipotesi nelle quali, pure, è presente un “elemento di richiamo” nella fattispecie della norma incriminatrice.

Penso, ad es., al delitto di cui all'art. 19, terzo comma, della legge 194 del 1978, a tenore del quale è punito “chi [...] cagiona [l'interruzione volontaria della gravidanza] senza l'accertamento medico nei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 o comunque senza l'osservanza delle modalità previste dall'art. 7”. Il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 6 e 7 della legge 194 ha evidentemente la funzione di individuare le condizioni in presenza delle quali un'interruzione volontaria di gravidanza può venire legittimamente effettuata, e può quindi ritenersi giuridicamente autorizzata. Ciò nondimeno, praticare un aborto in presenza di dette condizioni non è un fatto atipico; è piuttosto un fatto scriminato ⁽¹⁴⁾: in tal caso, infatti, l'agire in presenza delle condizioni legittimanti non esclude l'offensività

(14) Si è parlato, rispetto a casi di questo genere, di *prozedurale Rechtfertigung* [HASSEMER (2000), 109 ss.; WOLTER (1996 b), 226 s.; ID. (1999), 16 s.; DONINI (2004), 27 ss.; ID. (2007), 907 ss.], ossia di una ipotesi, in cui la realizzazione di un fatto, altrimenti penalmente illecito, viene *giustificata* ove il soggetto abbia dato corso, o si sia sottoposto, ad un “*procedimento legittimante*” appositamente previsto dal diritto onde far sì che una certa condotta, lesiva di un interesse altrettanto rilevante quanto quello soddisfatto dalla realizzazione di essa, sia compiuta, per così dire, con la dovuta consapevolezza di tutte le sfumature e implicazioni (soprattutto morali) del caso concreto.

del fatto, ma costituisce piuttosto espressione di contro-interessi (“grave pericolo per la vita” o “per la salute fisica o psichica della donna”) considerati importanti abbastanza da rendere lecita l’effettuazione di un aborto.

Penso, ancora, al caso in cui una condotta di ingresso abusivo nel fondo altrui (art. 637 CP) sia posta in essere nell’esercizio del diritto di controllo, anche con accesso in luogo, del proprietario circa l’osservanza degli obblighi da parte dell’affittuario (art. 1619 CC), o nell’esercizio del diritto del proprietario di sciami d’api di inseguirli sul fondo altrui (art. 924 CC) ⁽¹⁵⁾, o ancora nell’esercizio del diritto al passaggio coattivo sul fondo del vicino (cosiddetta servitù di passaggio: art. 1051 CC). È bensì vero che l’art. 637 CP incrimina solo quella condotta di ingresso nell’altrui fondo che sia avvenuta “senza necessità”, ed è anche vero che, negli esempi addotti, la condotta del locatore o del proprietario di sciami d’api o del proprietario del fondo dominante non può dirsi realizzata “senza necessità” ⁽¹⁶⁾; ciò nondimeno, anche quando avvenga “*non* senza necessità”, non si può dire che la condotta di ingresso su fondo altrui non sia (o sia meno) offensiva dell’interesse protetto dall’art. 637 CP (ossia, dell’interesse del possessore ad un pacifico godimento del fondo): accade, piuttosto, che la necessità di fare ingresso nel fondo altrui, pur senza il consenso del possessore, porti ad evidenza l’esistenza di «un interesse che, mentre nel caso concreto appare in contrasto con quello tendente a tutelare il pieno godimento dell’immobile da

(15) Per quest’esempio cfr. SPAGNOLO (1980), 16.

(16) Ed invero, l’ingresso non può dirsi effettuato “senza necessità” tutte le volte «che esista un plausibile motivo, una ragione – anche di natura privata – apprezzata dalla comunità sociale che legittimi l’ingresso nel fondo altrui» [FIANDACA, MUSCO (2002), 267]; il che certamente si può dire del caso in cui l’ingresso costituisca, come negli esempi citati, esercizio di un diritto.

parte di chi ne ha diritto, ha un valore sociale non inferiore o almeno paragonabile a quello»⁽¹⁷⁾.

Ma si pensi anche ai rapporti fra l'art. 615 *bis*, che incrimina la condotta di “[c]hiunque, mediante l’uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura *indebitamente* notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell’art. 614”, e l’art. 266 CPP che, entro certi limiti, consente “[l]’intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche e di altre forme di telecomunicazione” che avvenga nell’ambito di un procedimento penale. Qui, è vero che l’effettuazione dell’intercettazione lecita esclude che le “riprese visive o sonore” siano effettuate “indebitamente”: ma ciò non rende la condotta meno aggressiva nei confronti della “vita privata” dell’intercettato; e la negazione dell’illiceità trova, ancora una volta, il proprio fondamento in una dinamica tipica delle scriminanti, ossia: nella considerazione dovuta ad un contro-interesse (genericamente: amministrazione della giustizia) riconosciuto, o comunque considerato, prevalente nel caso di specie.

3. Il PED come causa di esclusione dell’illiceità penale di un fatto.

Nessuna delle classi di casi di esercizio di un diritto appena ricordate ha a che fare col PED.

3.1. Il PED, innanzitutto, non si riferisce ai casi nei quali l’esercizio del diritto funziona come causa di incom-

(17) PAGLIARO (2003 b), 303. Analogamente FIANDACA, MUSCO (2002), 267; MANTOVANI (2002), 156.

pletezza del fatto tipico. Ciò deriva dalla natura e dalla funzione del principio in questione, il quale, si è detto, costituisce una meta-norma la cui funzione è quella di gestire il conflitto tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva: l'operatività del PED presuppone, dunque, la possibilità che norma permissiva e norma incriminatrice entrino in conflitto. Dove, per i rapporti che direttamente intercorrono tra norma incriminatrice e norma permissiva, questo conflitto non sia in radice possibile, mancherà l'oggetto stesso del principio, la ragione in considerazione della quale ha senso pensarne l'esistenza. Il che (v. *supra* Parte Prima, § 24) è appunto quel che accade nei casi di mutua esclusività tra fattispecie della norma incriminatrice e fattispecie della norma extrapenale permissiva, e più in generale nei casi in cui l'esercizio di un diritto funziona come causa di incompletezza del fatto tipico. Rispetto a casi di questo genere non vi sarebbe, infatti, alcun bisogno di un apposito principio da cui far discendere l'esclusione dell'illiceità penale del fatto: questo effetto sarebbe già evidentemente implicito nella struttura stessa e nei contenuti della norma incriminatrice ⁽¹⁸⁾, e nei rapporti direttamente intercorrenti tra questa e la norma extrapenale permissiva.

3.2. Per ragioni analoghe, a ben vedere, il PED non si riferisce neanche ai casi (di cui *supra*, § 2.4) nei quali l'esercizio del diritto, pur contribuendo a negare la realizzazione di un "elemento di richiamo" contenuto nella fattispecie della norma incriminatrice, abbia, ciò nondimeno, una funzione scriminante, e non de-tipizzante. Ed invero,

(18) Per un ragionamento analogo, riferito ai rapporti tra delitti di vilipendio politico ed esercizio del diritto di critica che «si mantenga entro i confini della continenza e della esposizione ragionata», v. PELISSERO (2000), 477.

non sarebbe di alcuna utilità immaginarlo funzionante rispetto a questa classe di casi: anche qui, infatti, è direttamente la norma incriminatrice a stabilire che l'esercizio del diritto abbia un effetto "scriminante", che, cioè, un certo tipo di contro-interessi sia destinato a prevalere sull'interesse protetto dalla norma incriminatrice; anche qui, dunque, tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva non vi è, a ben vedere, alcuna possibilità di conflitto; né quindi vi è alcun margine di operatività per il PED, quale criterio solutivo di conflitti tra diritto e incriminazione.

3.3. Tirando le somme, il PED, quale criterio di soluzione di antinomie, si riferisce ai casi nei quali tra diritto e incriminazione si dà la possibilità di un conflitto, di una reale antinomia.

Inoltre, per effetto dell'applicazione del criterio il conflitto non è evitato, prevenuto, aggirato, ma piuttosto risolto a favore della norma extrapenale permissiva: dall'applicazione del PED non segue che il fatto ("in realtà") non sia sussumibile nella fattispecie della norma incriminatrice. L'effetto del PED non è, dunque, di rendere penalmente *atipico* il fatto (di impedire che questo sia sussumibile nella fattispecie della norma incriminatrice); ma, semmai, di *scriminarlo* (di impedire che questo possa dirsi penalmente illecito, anche quando esso sia tipico ai sensi di una norma incriminatrice).

Sezione II
APPLICAZIONI

SOMMARIO: 4. PED e incompatibilità tra norme. – 5. Prima applicazione del PED: casi non (o non univocamente) risolvibili mediante gli ordinari criteri di soluzione di antinomie. – 6. Seconda applicazione del PED: “conflitto” tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. *A)* PED e criterio cronologico. – 7. *B)* 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. – 8. *C)* PED e criterio della specialità. – 9. Terza applicazione del PED: “concorso” tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. *A)* Diritti-libertà di fonte costituzionale. – 10. *B)* Diritti di fonte regionale. – 11. *C)* Diritti-libertà di fonte comunitaria. – 12. *D)* L’adeguatezza sociale come fonte di diritti (II): adeguatezza sociale e principi generali dell’ordinamento. – 13. Sintesi.

4. *PED e incompatibilità tra norme.*

L’efficacia del PED è dunque un’efficacia scriminante che si esprime, essenzialmente, nella soluzione di antinomie giuridiche (di conflitti tra diritti e incriminazioni).

Un’antinomia giuridica, o un conflitto di norme, come noto, si verifica quando ad un medesimo fatto sono riferibili più norme, che lo qualificano in modo antitetico⁽¹⁹⁾; quando, cioè, due norme «connettono ad una *medesima* fattispecie (una circostanza o una combinazione di circostanze) singolare e concreta due conseguenze giuridiche tra loro *incompatibili*»⁽²⁰⁾: vale a dire, due conseguenze giuri-

(19) Cfr., per tutti, MANTOVANI (1966 b), 21; ENGISCH (1970), 259.

(20) GUASTINI (1998), 215, sulle orme di ROSS (1990), 122: «esiste una incompatibilità tra due norme giuridiche quando effetti giuridici incompatibili

diche che costituiscano l'una il contrario o il contraddittorio dell'altra (21).

Quello di risolvere antinomie giuridiche, per vero, è solo un aspetto dell'efficacia del PED. Come vedremo più avanti (Cap. III), questo ha anche un'efficacia *indiretta*, riferita, cioè, non già direttamente alla condotta oggetto del diritto di agire, ma a condotte ulteriori (o meglio: prodromiche) le quali però siano a quella collegate in maniera giuridicamente rilevante, significativa.

Questa, tuttavia, è solo un'efficacia riflessa del principio. La sua funzione principale, la sua efficacia *diretta*, è invece proprio quella di risolvere l'antinomia tra una norma incriminatrice e una norma extrapenale permissiva; e il suo senso è quello di risolvere quest'antinomia dando la prevalenza alla seconda.

4.1. Ma, a quali tipi di antinomie (tra norma incriminatrice e norma extrapenale permissiva) si riferisce, esattamente, il PED? Quali classi di casi, quali ipotesi di antinomia rientrano nella sua efficacia diretta?

Come noto, a seconda della forma che assume l'identità della coincidenza dell'ambito applicativo delle due norme in conflitto, si possono distinguere tre tipi di incompatibilità (22): *a) incompatibilità assoluta (o totale-totale)*; *b) in-*

sono riferiti alla stessa fattispecie». V. anche GÜNTHER (1983), 99 (un conflitto di norme è quella situazione nella quale «l'ordinamento ricollega a fattispecie identiche conseguenze giuridiche mutuamente esclusive»); CANARIS (1983), 117, 122; LARENZ (1975), 324.

(21) V. per tutti BOBBIO (1993), 209 ss.

(22) V. per tutti ROSS (1990), 122-3; GAVAZZI (1959), 69 ss.; BOBBIO (1993), 215; TARELLO (1980), 143 ss.; GUASTINI (1998), 217-8. Per una impostazione parzialmente difforme, v. CHIASSONI (1999), 274-288. Critico, rispetto alla classificazione di seguito riportata nel testo, è invece Franco Modugno, per il quale essa non terrebbe conto della «fondamentale distinzione tra espressioni o proposizioni normative e norme da esse ricavabili» [v. MODUGNO

compatibilità unilaterale (o totale-parziale); c) incompatibilità eventuale (o parziale-parziale).

Una *incompatibilità assoluta (o totale-totale)* «si verifica quando nessuna delle due norme può essere applicata a qualsivoglia circostanza senza entrare in conflitto con l'altra»⁽²³⁾: quando, cioè, le due norme hanno fattispecie identiche. In quest'ipotesi, le due norme hanno ambiti di validità perfettamente ed integralmente coincidenti; cosicché, se «le fattispecie delle norme sono rappresentate con un cerchio, si ha una incompatibilità di questo tipo quando i due cerchi si sovrappongono»⁽²⁴⁾: è ad es. il caso del rapporto che si instaura tra la norma N₁, che statuisce “è vietato fare x, y e z”, e la norma N₂, che invece statuisce “è permesso fare x, y e z”. Una *incompatibilità unilaterale (o totale-parziale)*, invece, «si verifica quando una delle due norme non può venire applicata a qualsivoglia circostanza senza entrare in conflitto con l'altra, mentre l'altra norma ha un ulteriore campo di applicazione in cui essa non viene in conflitto con la prima. Si ha tale conflitto quando un cerchio si iscrive all'interno di un altro»⁽²⁵⁾. È il caso, evidentemente, di due norme che abbiano fattispecie in rapporto di genere a specie (conflitto tra norma generale e norma speciale): «Come, ad esempio, quando una norma proibisce i comportamenti di una classe e l'altra norma qualifica come facoltativi o come obbligatori i comportamenti di una classe più ampia, che include la prima classe»⁽²⁶⁾. Infine, una *incompatibilità eventuale (o parziale-parziale)* «si verifica quando ognuna delle due norme ha un

(1988), 1; ID. (2001), 106; 195].

(23) ROSS, *Op. loc. ult. cit.*

(24) *Ibidem.*

(25) *Ibidem.*

(26) TARELLO (1980), 143.

campo di applicazione in cui viene in conflitto con l'altra, ma possiede anche un ulteriore campo di applicazione in cui non sorge conflitto. Si ha tale conflitto quando i due cerchi si intersecano»⁽²⁷⁾: è, questo, il caso in cui le fattispecie delle due norme sono meramente interferenti, come ad es. quando «una norma proibisce i comportamenti *a*), *b*), *c*), e altra norma qualifica come facoltativi o come obbligatori i comportamenti *c*), *d*), *e*), talché per i comportamenti *a*), *b*), *d*), *e*), non si dà alcun conflitto»⁽²⁸⁾.

Due norme assolutamente, unilateralmente od eventualmente incompatibili possono, a loro volta, essere⁽²⁹⁾: *a*) quanto al tempo, coeve (ossia: emanate contemporaneamente), oppure non coeve (emanate l'una successivamente rispetto all'altra); *b*) quanto alla collocazione, contigue – vale a dire «appartenenti ad un unico e medesimo documento normativo (ad esempio: la costituzione, una stessa legge, uno stesso codice)» – o non contigue. Due norme non contigue possono poi essere: *c*) congeneri, ossia «provenienti da due testi normativi appartenenti alla stessa classe di fonti (due leggi statali, due regolamenti governativi, ecc.)»; oppure, ove non siano congeneri, *d*) omogenee – ossia «provenienti da fonti che siano pari-ordinate (abbiano cioè la medesima posizione nella gerarchia materiale dell'ordinamento)» – od eterogenee, ed in particolare gerarchicamente eterogenee, vale a dire «che godano di una diversa collocazione gerarchica»⁽³⁰⁾.

(27) ROSS, *Op. loc. ult. cit.*

(28) TARELLO, *Op. loc. ult. cit.*

(29) Per queste ulteriori distinzioni, v. GUASTINI (1998), 216-7.

(30) Guastini (in *op. loc. ult. cit.*) distingue altresì l'esistenza di "norme eterogenee nella competenza": è questo, però, un profilo che tralascierò di considerare in questa sede.

4.2. Dalla combinazione di tutti questi indici, potrebbe ricavarsi una varietà piuttosto ampia di tipologie di conflitto fra norme. Generalmente, però, i parametri dei quali si tiene conto, in vista dell'impostazione e della soluzione delle antinomie, sono: tempo e collocazione gerarchica rispettiva delle due norme, ed estensione del conflitto. Cosicché, si possono distinguere dodici ipotesi di incompatibilità fra norme: *a1)* incompatibilità assoluta tra norme coeve gerarchicamente omogenee; *a2)* incompatibilità unilaterale tra norme coeve gerarchicamente omogenee; *a3)* incompatibilità eventuale tra norme coeve gerarchicamente omogenee; *b1)* incompatibilità assoluta tra norme coeve gerarchicamente disomogenee; *b2)* incompatibilità unilaterale tra norme coeve gerarchicamente disomogenee; *b3)* incompatibilità eventuale tra norme coeve gerarchicamente disomogenee; *c1)* incompatibilità assoluta tra norme non coeve gerarchicamente omogenee; *c2)* incompatibilità unilaterale tra norme non coeve gerarchicamente omogenee; *c3)* incompatibilità eventuale tra norme non coeve gerarchicamente omogenee; *d1)* incompatibilità assoluta tra norme non coeve gerarchicamente disomogenee; *d2)* incompatibilità unilaterale tra norme non coeve gerarchicamente disomogenee; *d3)* incompatibilità eventuale tra norme non coeve gerarchicamente disomogenee.

4.3. A quali di questi tipi di antinomia si riferisce l'art. 51 CP? La risposta dipende da quanto, almeno in via di prima approssimazione, già sappiamo: e cioè che, nel suo nucleo essenziale, l'efficacia diretta del PED è un'efficacia scriminante.

Questa circostanza, se ci ha già portato (*supra*, § 3) ad escludere dall'ambito applicativo del PED i casi di mutua esclusività tra norma incriminatrice e norma extrapenale

permissiva, deve adesso indurci ad escludere da quello stesso ambito i casi di incompatibilità assoluta tra le due norme, poiché questi evocano fenomeni diversi da quello scriminante: fenomeni come l'invalidazione ⁽³¹⁾ o l'abrogazione ⁽³²⁾ totali di una delle due norme in conflitto ⁽³³⁾. È vero: potrebbe verificarsi il caso che due norme, di segno deontico contrario o contraddittorio e dotate di fattispecie identiche, siano gerarchicamente omogenee ⁽³⁴⁾ e coeve ⁽³⁵⁾, cosicché non possa aver luogo né un'invalidazione – inapplicabile il criterio gerarchico – né un'abrogazione (tacita) – inapplicabile il criterio cronologico. L'esistenza di incompatibilità di questo genere, tuttavia, è un'evenienza

(31) Quando si tratti di incompatibilità assoluta tra norme gerarchicamente disomogenee.

(32) Quando si tratti di incompatibilità assoluta tra norme non coeve.

(33) Si badi: molto spesso, in presenza di una incompatibilità assoluta tra fattispecie, sarà possibile all'interprete affermare che le due fattispecie, o una di esse, sembrano dire più di quanto in realtà intendano dire; l'interprete, insomma, onde salvare entrambe le norme, è spesso indotto a ricostruire il significato delle due fattispecie in modo tale che (o meglio: *come se*) queste si riferiscano a casi almeno in parte diversi. Effettuata questa operazione, sembra riaprirsi la possibilità di applicare, anche in questi casi, l'art. 51 CP. A questo proposito, si può dire: *a.* che anche questo, che avvenga per via interpretativa, è un modo per *risolvere* (sia pur in maniera necessariamente contingente, caso per caso) il conflitto (v. *supra*, Parte Prima, § 14.1.2): effettuata l'interpretazione correttiva o restrittiva, il conflitto è per ciò stesso risolto, e non mette più conto chiamare in causa l'art. 51 CP (che servirebbe solo a "certificare" un esito già conseguito altrimenti); *b.* in ogni caso, una soluzione del conflitto che avvenga in questo modo ha, per conclusione, che tra le due norme, in realtà, non intercorre una incompatibilità totale, quanto piuttosto (se non addirittura una eterogeneità) una incompatibilità di altro tipo; a ritenere applicabile l'art. 51 CP anche in questo caso, dunque, non è in alcun modo pregiudicata l'idea, esposta nel testo, che il PED non si riferisca ai casi di incompatibilità assoluta.

(34) Cosicché non possa applicarsi il criterio gerarchico, e quindi il conflitto con l'una non possa invalidare l'altra.

(35) Cosicché non possa neanche applicarsi il criterio cronologico, e quindi il conflitto con l'una non possa comportare l'abrogazione tacita dell'altra.

talmente rara, per quanto non impossibile ⁽³⁶⁾, che la riferibilità ad esse dell'art. 51 CP non si presenta come una questione particolarmente significativa da un punto di vista pratico.

Quale criterio, o strumento, di soluzione di conflitti tra norme, il PED trova dunque applicazione, essenzialmente, in tutti i casi che non siano di incompatibilità assoluta: esso vale a risolvere, nel senso della prevalenza della norma extrapenale permissiva, tutti i casi nei quali questa si trovi in un conflitto totale-parziale o parziale-parziale con una norma incriminatrice.

5. *Prima applicazione del PED: casi non (o non univocamente) risolvibili mediante gli ordinari criteri di soluzione di antinomie.*

Nel riferirsi a questi tipi di antinomie accordando una preferenza applicativa alla norma extrapenale permissiva, il PED opera, almeno in linea di principio, in completa autonomia rispetto agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche (gerarchia, competenza, cronologia, specialità).

Questo significa, in sintesi, che: *a)* in alcuni casi, il PED permette di risolvere conflitti che non si potrebbero risolvere mediante gli ordinari criteriolutivi (perché, ad es., si tratta di casi nei quali nessuno di questi criteri è applicabile, o perché si tratta di casi in cui all'antinomia si accompagna una meta-antinomia); *b)* in altri casi, l'applicazione del PED risolve il conflitto nel senso della prevalenza della norma extrapenale permissiva anche se,

(36) Cfr. ROSS (1990), 123; MODUGNO (1980), 710.

in applicazione degli ordinari criteri, a prevalere dovrebbe essere la norma incriminatrice (ad es.: perché gerarchicamente sovra-ordinata, o speciale, o successiva rispetto alla prima); *c*) infine, nei casi in cui l'esito dell'applicazione del PED sia sostanzialmente analogo a quello che deriverebbe dall'applicazione di qualcuno degli ordinari criteri solutivi (ossia: prevalenza della norma extrapenale permissiva), il primo fa sì che quest'esito si produca in *modo*, in *forma*, diversi rispetto al modo in cui esso si produrrebbe in base ad una applicazione "canonica" di qualcuno degli altri (in particolare: preferenza applicativa anziché invalidazione o abrogazione).

Ciò posto in termini introduttivi, analizziamo nel dettaglio queste tre possibilità applicative del PED.

5.1. Un primo ambito operativo del PED, si è detto, riguarda quei casi di antinomia tra permesso extrapenale e incriminazione che non siano risolvibili, o comunque non siano univocamente risolvibili, mediante gli ordinari criteri solutivi ⁽³⁷⁾.

5.1.1. Si tratta, essenzialmente, di due classi di ipotesi. La prima si riferisce al caso in cui nessuno degli ordinari criteri solutivi (gerarchia, cronologia, specialità) sia applicabile. Evenienza, per vero, non facile a verificarsi: occorrerebbe, infatti, che norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice, oltre ad avere fattispecie meramente interferenti (in modo che non sia applicabile il criterio della specialità) e ad essere gerarchicamente omogenee (in modo che non sia applicabile il criterio gerarchico), siano anche

(37) Cfr. CONTENTO (2004) 257, 258, che però, in sostanza, riduce a questa soltanto la funzione dell'art. 51 CP nella parte in cui si riferisce all'esercizio di un diritto.

coeve (in modo che non sia nemmeno applicabile il criterio cronologico). E mentre non è difficile rinvenire casi di antinomia tra norma permissiva extrapenale e norma incriminatrice gerarchicamente omogenee e tra le quali non corra un rapporto di specialità, già più difficile è, invece, imbattersi in un caso in cui le due norme siano anche coeve, ossia: emanate contemporaneamente dal Parlamento.

L'ipotesi, rilevante almeno dal punto di vista della costruzione teorica, avrebbe luogo, ad es., nel caso in cui una stessa legge, oltre ad attribuire una o più facoltà d'agire, contenesse anche divieti penali dalle fattispecie meramente interferenti con quelle di qualcuna delle facoltà attribuite. In casi di questo genere, mentre gli ordinari criteriolutivi non sarebbero in grado di fornire alcuna risposta, un'applicazione del PED fornisce invece una soluzione univoca e perfettamente ragionevole⁽³⁸⁾: ossia, che il divieto penale soccomba rispetto al diritto extrapenale, nella parte in cui entri in conflitto con questo.

5.2. La seconda classe di ipotesi – più facile da immaginare – riguarda, invece, il caso in cui, rispetto al conflitto tra una norma extrapenale permissiva e una norma incriminatrice,

(38) Della ragionevolezza di una soluzione del genere si è talora dubitato. Ferrando Mantovani ha ad es. sostenuto che «risolvere meccanicamente il conflitto con la prevalenza della norma attributrice del diritto, facendo leva sull'art. 51 e riconoscendo così ad esso, almeno in questo settore marginale, una funzione insostituibile», comporti «rischi di soluzioni aberranti» [MANTOVANI (1966 a), 641]. Non è chiaro, però, perché mai dovrebbe essere preferibile rispetto a questo, e immune da rischi di soluzioni aberranti, il suggerimento dello stesso Mantovani di affidare la soluzione del caso ad interpretazioni correttive o abroganti da parte dell'interprete, e finanche all'impiego di «criteri extralegali e particolarmente, nella specie, [di] quello del bilanciamento degli interessi», con la funzione «di ovviare all'irreperibilità della *voluntas legis* sulla base dell'ordinamento giuridico positivo, surrogandola con una costruita dall'interprete in sintonia con la coscienza sociale».

minatrice, risultino applicabili (almeno) due criteriolutivi, ciascuno dei quali, però, spinga in una direzione opposta a quella verso la quale spinge l'altro: il caso è insomma quello di un conflitto tra gli stessi criteriolutivi in quanto applicati ad un'antinomia tra permesso extrapenale e divieto penale.

Si pensi, ad es., al caso di un permesso di fonte sublegislativa speciale rispetto ad un divieto penale; oppure al caso di una norma permissiva generale e successiva rispetto ad un divieto penale preesistente – o, viceversa, al caso di un divieto penale generale e successivo rispetto ad una norma permissiva preesistente; e così via.

Risolvere casi di questo genere a prescindere dal PED richiederebbe, innanzitutto, la soluzione della metaantinomia in essi presente: richiederebbe, cioè, di stabilire, per prima cosa, un ordine di importanza, una scala di prevalenza, tra i vari criteriolutivi, che consenta di individuare quale di essi, nel conflitto, debba essere impiegato. Il fatto è, però, che (come già visto: Parte Prima, §§ 11, 12) una siffatta scala di prevalenza non è esplicitamente positivizzata nel nostro diritto. Nonostante si dichiari usualmente la maggiore possanza del criterio gerarchico, ad es., non mancano casi nei quali si usa l'argomento della specialità per "salvare" l'applicabilità di una norma speciale subordinata, nonostante questa sia in contrasto con una norma generale sovra-ordinata. Ed ancor più incerta è l'individuazione di un ordine di prevalenza tra criterio cronologico e criterio della specialità. La conclusione è che, in linea di principio, la soluzione di un'antinomia rispetto alla quale vengano in conflitto due criteriolutivi è rimessa ad interpretazioni, ragionamenti, bilanciamenti da parte del giurista: ciò che di fatto accade, insomma, non è che l'uso dei criteriolutivi secondo una scala di prevalenza

pre-esistente, applicato nel caso di specie, determini quale delle due posizioni antinomiche (quella sottesa al permesso o quella sottesa al divieto) sia prevalente per il sistema; al contrario: accade che l'interprete operi innanzitutto un bilanciamento tra le posizioni antinomiche, e quindi scelga come criterio solutivo prevalente (a cui affidare, cioè, la soluzione del concreto conflitto) quello dall'applicazione del quale derivi la prevalenza della norma posta a tutela della posizione, dell'interesse, già battezzato come prevalente.

Rispetto a questo scenario, sostanzialmente incentrato su una difficilmente controllabile discrezionalità dell'interprete, il PED garantisce invece soluzioni univoche e tutt'affatto ragionevoli, essendo basate su un giudizio di prevalenza già presente nell'ordinamento, quale è quello sancito, appunto, dall'art. 51 CP ed espresso dal PED (e fondato sulla sussidiarietà del diritto penale): prevalenza del permesso extrapenale sul divieto penale con esso in conflitto.

6. *Seconda applicazione del PED: "conflitto" tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. A) PED e criterio cronologico.*

Le applicazioni più interessanti del PED riguardano, comunque, i casi nei quali questo confligge o concorre con gli ordinari criteri di soluzione delle antinomie.

Comincio dal primo gruppo di casi (conflitto tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie): qui l'antinomia potrebbe già risolversi, in maniera sufficientemente univoca, in applicazione degli ordinari criteri solutivi; il PED, però, indica una soluzione di senso inverso, opposta, rispetto a quella che discenderebbe dalla (da una

corretta) applicazione di quei criteri: l'effetto del PED, in questi casi, è in sostanza quello di *ribaltare l'esito* dell'applicazione degli ordinari criteri di soluzione di antinomie. Accade così che, mentre questi criteri condurrebbero a ritenere la prevalenza della norma incriminatrice (perché gerarchicamente sovra-ordinata, o cronologicamente successiva, o speciale), dal PED derivi che a prevalere debba invece essere la norma extrapenale permissiva (per quanto gerarchicamente sotto-ordinata, o cronologicamente antecedente, o generale).

6.1. Quando, ad es., il PED entra in conflitto con il criterio cronologico, esso conduce ad un ribaltamento della soluzione cui condurrebbe l'applicazione di questo criterio: in forza del principio, infatti, date una norma permissiva e una incriminatrice antinomiche, la prima prevale sulla seconda anche se anteriore rispetto a questa; la prevalenza della norma extrapenale permissiva su quella incriminatrice non è pregiudicata dal fatto che quest'ultima sia stata emanata successivamente rispetto ad essa.

Si pensi al caso in cui un pubblico ufficiale, che per ragioni del suo ufficio abbia la disponibilità di una cosa mobile, se ne appropri a compensazione di un proprio credito certo liquido ed esigibile nei confronti della stessa P.A. Qui vengono in conflitto, da un lato, la norma di cui all'art. 314 CP, riformulato con l. n. 86 del 1990, e, dall'altro lato, la norma, ricavabile dall'art. 1241 CC, che attribuisce al creditore il diritto di compensare il proprio credito, al ricorrere di certe condizioni legittimanti. Tra le due norme corre, in sostanza, una incompatibilità eventuale, o parziale-parziale: le relative fattispecie sono cioè meramente in-

terferenti ⁽³⁹⁾; esse, inoltre, sono entrambe di fonte legislativa, e quindi gerarchicamente pari-ordinate. Il loro conflitto, se impostato alla luce degli ordinari criteri solutivi, andrebbe risolto mediante il criterio cronologico, e quindi a favore del nuovo art. 314 CP: la legge del 1990, in altre parole, successiva rispetto alle norme del codice civile, riformulando l'art. 314 CP avrebbe determinato un'abrogazione (tacita) parziale delle norme sul diritto di compensazione, facendone fuoriuscire quelle condotte compensative che assumano la forma tipica di un peculato.

Una soluzione di segno diverso (esclusione della punibilità per peculato, ove la condotta peculatoria costituisca esercizio del diritto di compensazione) – complessivamente più ragionevole e, non a caso, ampiamente accolta, oltre che in dottrina ⁽⁴⁰⁾, anche in giurisprudenza ⁽⁴¹⁾ – può solo ricavarsi, anzi che dall'applicazione degli ordinari criteri solutivi ⁽⁴²⁾, dall'applicazione del PED, ossia di un principio per il quale il diritto extrapenale prevalga sul divieto penale con cui sia in conflitto, anche se, nel caso di specie, di fonte cronologicamente antecedente rispetto a questo.

6.2. Ciò, naturalmente, non vuol dire che una norma

(39) Diversamente PAGLIARO (2000 a), 52 s., per il quale la norma sul diritto di compensazione sarebbe speciale rispetto a quella che incrimina il peculato. L'idea, però, non convince [SPENA (2007 a), § 15]: il diritto di compensazione, infatti, non è limitato alle sole ipotesi nelle quali la condotta compensativa abbia anche i caratteri tipici di un peculato; banalmente, a compensare può anche essere un soggetto che non sia pubblico ufficiale, e una compensazione può ovviamente avvenire anche rispetto a beni che non siano "posseduti" per ragioni di ufficio, e così via.

(40) Così, infatti, PAGLIARO (2000 a), 53; SCORDAMAGLIA (1982), 647; SEMINARA (2003), 892; SPENA (2007 a), § 15.

(41) V. ad es. Cass., 9.10.1973; Cass., 15.11.1967; Cass., 15.10.1963.

(42) Di questi, come detto, solo il criterio cronologico è applicabile; e questo condurrebbe all'esito più sopra indicato.

extrapenale permissiva non possa venire abrogata, e che non possa esserlo mediante lo stesso atto normativo che introduca una norma incriminatrice. Vero è, semmai, che, nei rapporti tra norma permissiva antecedente e norma incriminatrice successiva, l'applicazione del PED impedisce all'interprete di ritenere la prima *tacitamente* abrogata dalla seconda. Ciò non toglie, però, che, avendone la forza, l'atto normativo introduttivo di una nuova incriminazione possa *espressamente* abrogare una norma extrapenale permissiva preesistente, così evitandone il conflitto con l'incriminazione introdotta, ed evitando, per ciò stesso, anche gli effetti del PED.

7. B) *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.*

Analogamente a quanto sinora visto in riferimento ai casi di conflitto col criterio cronologico, applicato nei rapporti tra norme gerarchicamente disomogenee – e in particolare tra divieto penale (di fonte necessariamente legislativa o para-legislativa) e diritti extrapenali di fonte sub-legislativa – il PED ha l'effetto di sovvertire gli esiti del criterio gerarchico. Quando la norma extrapenale permissiva è di fonte sub-legislativa (ad es., una consuetudine⁽⁴³⁾, o un'autorizzazione amministrativa)⁽⁴⁴⁾, subordinata

(43) In merito alle interferenze fra norme penali e consuetudini, v. in generale BETTIOL (1966); MARINUCCI (1961), 502 ss.; NUVOLONE (1972), 78 ss., 138 ss.

(44) CONTENTO (2004), 259. *Contra*, però, MARINUCCI, DOLCINI (2006), 205.

quindi rispetto a quella incriminatrice, l'art. 51 CP comporta, insomma, che il superamento dell'antinomia avvenga in *direzione inversa* rispetto a quella che sarebbe assicurata dall'applicazione del criterio gerarchico: ossia, con prevalenza della norma permissiva, anche se di fonte inferiore rispetto a quella incriminatrice con essa in conflitto (45). La natura permissiva di una norma dà a questa, in forza del PED, un peso comparativamente maggiore rispetto a quello che la norma incriminatrice, in forza del criterio gerarchico, riceve dal fatto di essere di fonte gerarchicamente sovra-ordinata.

7.1. Così, ad es., il diritto di fonte consuetudinaria di festeggiare, anche rumorosamente, in piazza certi eventi o ricorrenze (eventi sportivi, Capodanno, ecc.) prevale, in forza del PED, sul divieto penale di cui all'art. 659 CP, che punisce come contravvenzione il fatto di “chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche, [...] disturba le occupazioni o il riposo delle persone, ovvero gli spettacoli, i ritrovi o i trattenimenti pubblici” (46).

(45) A favore di una soluzione di questo genere, v. ALBEGGIANI (2007), 339.

Una lettura particolare di questa capacità dell'art. 51 CP di *deviare* rispetto agli esiti del criterio gerarchico, la fornisce Antonio Pagliaro [v. ad es. (2003 a), 434]. Secondo quest'Autore, anzi, il solo ambito applicativo della norma in questione sarebbe dato proprio dalle situazioni, nelle quali vengono in rapporto una norma incriminatrice ed una norma sub-legislativa a contenuto permissivo, a condizione che la norma permissiva sia speciale rispetto a quella incriminatrice. La norma sull'esercizio di un diritto avrebbe dunque un'efficacia, per così dire, *rafforzativa* della *lex specialis*.

(46) Cfr. ad es. Battaglini, Civoli, Piccioni, citati in NUVOLONE (1972), 186. Diversamente, per NUVOLONE, *ibidem*, e FIORE (1966), 182 ss., in questo caso mancherebbe, in radice, una lesione dell'interesse protetto dall'art. 659 CP: situazioni del genere, infatti, implicherebbero «la adesione, se non la partecipazione, dell'intera comunità» [FIORE (1966), 183], «e quindi per il consen-

Di esercizio di un diritto di derivazione consuetudinaria si può, forse, parlare anche rispetto a certi casi spesso ricondotti, specie dalla penalistica tedesca, (o comunque riconducibili) al pensiero dell’“adeguatezza sociale”⁽⁴⁷⁾, dove questa funge, per così dire, da “fonte del diritto di agire”⁽⁴⁸⁾: si pensi, ad es., al caso in cui un privato dia, e un pubblico ufficiale riceva, magari in connessione con il compimento di un atto, donativi di modesto valore (*munuscula*) conformi ad usi sociali (un pubblico ufficiale accetta da parte di un privato un caffè, o un vassoio di dolci per Natale, come gesto di riconoscenza per aver già compiuto

so tacitamente acquisito del gruppo sociale che dovrebbe essere tutelato, non vi è quiete pubblica da molestare» [NUVOLONE (1972), 186]. La tesi, però, non è del tutto convincente, se è vero che la liceità della condotta non sembra dipendere dal numero di persone che abbiano effettivamente aderito, anche solo moralmente, ai festeggiamenti: la condotta sarebbe lecita, anche quando a festeggiare, o a tollerare il festeggiamento, fosse un numero alquanto ridotto di persone (ad es., poche centinaia di persone, su una popolazione di otto-diecimila cittadini).

(47) Sul punto, in generale, CARLO FIORE (1966); e, più di recente, CARLO FIORE, STEFANO FIORE (2003), 291 ss.

(48) L’adeguatezza sociale, in realtà, (anche per chi ne sostenga una autonoma rilevanza giuridica) non rappresenta, propriamente, una “fonte del diritto” [v. ad es. ZIPF (1970), 638]: l’espressione “adeguatezza sociale come fonte di diritti” – qui come più avanti (§ 12) – è usata in senso traslato; le fonti del diritto, e quindi di diritti, sulle quali qui faccio affidamento sono, in realtà, la consuetudine e (più avanti) i principi generali: si tratta, però, (e da qui l’impiego dell’espressione) di fonti che, per il loro valore, per la loro matrice, *culturali*, più di altre possono, forse, ritenersi espressive di giudizi “pregiuridici” di “adeguatezza sociale”: ossia, di una effettiva – e non solo formalmente presunta – consonanza rispetto ai valori più radicati nel contesto sociale di riferimento. L’adeguatezza sociale, dunque, come fonte di diritti *tramite* consuetudini o principi generali; l’adeguatezza sociale di un certo tipo di comportamenti come (possibile) *fondamento* di norme consuetudinarie e principi generali del diritto: come del resto discende dalla circostanza che, affinché un comportamento possa dirsi socialmente adeguato, «genügt nicht die glosse Gebräulichkeit eines Verhaltens, sondern es muss die Vorstellung der Gemeinschaft (d. h. der relevanten Mehrheit) hinzukommen, dass das geübte Verhalten im Interesse des sozialen Zusammenlebens notwendig und richtig ist, m. a. W., dass es ein anerkanntes Verhaltensmodell darstellt» [ZIPF (1970), 633].

un atto conforme ai propri doveri d'ufficio) ⁽⁴⁹⁾; si pensi, ancora, al caso di chi, in occasione di sfilate carnascialesche, compia, in luogo pubblico, atti e comportamenti che, fuori da quel bizzarro contesto, potrebbero considerarsi "osceni" (art. 527 CP) o quantomeno contrari alla "pubblica decenza" (art. 726 CP), o a chi, in quello stesso contesto, sia "colto in stato di manifesta ubriachezza" (art. 688 CP) ⁽⁵⁰⁾.

Sono, queste, ipotesi nelle quali sembra trovare una, pur parziale e circostanziata, conferma l'idea, del "secondo Welzel" (poi abbandonata, peraltro, dallo stesso autore), che l'"adeguatezza sociale" possa talora funzionare come una scriminante di portata generale "fondata sull'ordine etico-sociale della vita comune (ossia, sul diritto consuetudinario)" ⁽⁵¹⁾. Si tratta infatti di ipotesi nelle quali l'"adeguatezza sociale" della condotta, la sua conformità a standard di condotta socialmente accettati, o per lo meno tollerati, mentre non esclude (o non esclude del tutto) l'offensività del fatto realizzato, sembra d'altra parte comportare che il soggetto abbia un vero e proprio diritto di realizzarla, derivante dagli usi sociali, dalla consuetudine ⁽⁵²⁾.

(49) V. ad es. (ma nell'ambito di una visione dove in caso di *munuscula* si considera generalmente esclusa la tipicità del fatto corruttivo, invece che, direttamente, la sua illiceità penale) SCHMIDT (1960), 144 nt. 327; KLUG (1961), 263 s.; FIORE (1966), 413 ss.; SPENA (2007 b), § 15.

(50) Fattispecie, quest'ultima, ora, come noto, trasformata (con d.lgs. 507/1999) in illecito amministrativo.

(51) WELZEL (1960), 76.

(52) Tre ulteriori precisazioni sull'uso che del concetto di "adeguatezza sociale" farò qui di seguito (e anche *infra*, § 12). *In primo luogo*, il concetto verrà qui inteso, *non* tanto in termini *quantitativi* – condotta socialmente adeguata come condotta che accade "normalmente", usualmente, a livello sociale – (anche se questo significato potrebbe forse avere qualche rilevanza rispetto al caso, cui adesso mi sto riferendo, di adeguatezza sociale derivante da consuetudini), quanto piuttosto in termini *qualitativi*, ossia: come conformità di una

7.1.1. Taluno potrebbe, forse, sostenere che in casi di

condotta ai valori sociali, a ciò che in un determinato contesto sociale e in un determinato momento storico, può ritenersi permesso, accettabile, conforme alle esigenze e alle finalità sociali. [Con grande limpidezza, FIORE (1966), 141 ss. V. anche GREGORI (1969), 32 ss., e in part. 34.]

Inoltre (se ne è già detto *supra*, nt. 48), l'adeguatezza sociale di una condotta non è qui intesa come direttamente ricavabile da fonti extra-giuridiche, ossia: direttamente da parametri, tendenzialmente indefiniti, che stiano fuori dal diritto. Essa è, piuttosto, assunta a presupposto implicito, indirettamente inferibile dallo stesso diritto oggettivo, e in particolare dall'esistenza e dal contenuto (il riconoscimento di un diritto di agire) di norme giuridiche *di fonte culturale*: consuetudini, principi generali del diritto; ossia: di norme che non sono il frutto di una volontà legislativa positiva, ma che devono la propria origine al fatto che in un certo contesto sociale, in un certo momento storico, siano diffusi e radicati certi valori. In questo senso, l'adeguatezza sociale di una condotta oggetto di consuetudine o di un principio generale è *in re ipsa*, è cioè concettualmente implicata nel fatto che quella condotta sia prevista come condotta lecita in una norma di fonte culturale.

Ancora, il senso dell'espressione "adeguatezza sociale" qui impiegata è diverso da quello, giudicato corretto e pertinente, da HIRSCH (1999 a), 213-22, e stando al quale comportamenti socialmente adeguati sarebbero soltanto quelli che, pur essendo formalmente tipici, siano del tutto normali e irrilevanti per la società (ad es.: un taglio di capelli dal barbiere); e quindi irrilevanti anche per il diritto penale, posto che le norme penali si riferiscono solo a fatti socialmente rilevanti. (Giovà ricordare, peraltro, che secondo HIRSCH, *op. cit.*, *passim*, l'ambito applicativo del concetto sarebbe pressoché inesistente, poiché la gran parte dei fatti "socialmente adeguati" riceverebbe già un'apposita soluzione dall'applicazione di altri istituti.) Il concetto di "adeguatezza sociale", piuttosto, va qui grosso modo inteso come lo intende KLUG (1961), 262, che distingue tra "congruenza sociale", («Unter *Sozialkongruenz* als einem für alle Straftatbestände massgeblichen Begriff ist [...] die Charakterisierung eines Verhaltens zu verstehen, das sozialetisch geboten oder wegen sozialer Irrelevanz sozialetisch erlaubt ist») e, appunto, "adeguatezza sociale" vera e propria («*Sozialadäquat* ist demgegenüber ein Verhalten, das nicht nur wegen sozialer Irrelevanz sozialetisch erlaubt ist, ohne zugleich sozialetisch geboten zu sein»): un'accezione nella quale, insomma, l'adeguatezza, la conformità a valori sociali, non ha per effetto di rendere irrilevante, indifferente, la condotta (che sarebbe permessa «wegen sozialer Irrelevanz»: e quindi, condotta permessa in quanto "non vietata", data la sua irrilevanza per la società e per il diritto, data l'indifferenza del diritto e della società di fronte ad essa), ma piuttosto quello di renderla l'oggetto di un permesso in senso forte, e quindi di vero e proprio diritto di agire.

questo genere la prevalenza del diritto sul divieto derivi già dall'applicazione degli ordinari criteriolutivi, e in particolare dal criterio della specialità⁽⁵³⁾: la consuetudine, in questi casi, prevarrebbe, in quanto speciale, e non in forza della pretesa esistenza di un apposito PED inglobato nell'art. 51 CP.

Questo ragionamento presenterebbe, però, due inconvenienti. Il primo, sul quale mi sono già soffermato altrove (*supra*, Parte Prima, § 29.5), riguarda il caso specifico dei rapporti fra norma di legge e norma consuetudinaria: vista la provenienza di quest'ultima da fonte non scritta, essa presenta una fattispecie dai contorni inevitabilmente imprecisi, dovendosi questi inferire, non già da un testo scritto, ma dal dato di fatto che un certo tipo di comportamento sia socialmente diffuso ed accompagnato da un certo tipo di atteggiamento soggettivo (*opinio iuris ac necessitatis*). È, dunque, assai difficile stabilire se, ed entro che limiti, la norma permissiva consuetudinaria si possa dire speciale rispetto ad una norma incriminatrice.

Un secondo inconveniente riguarda, poi, l'incerto rapporto che il ragionamento in discorso avrebbe con il funzionamento degli ordinari criteriolutivi. Se si sceglie di impostare il conflitto tra divieto penale e consuetudine permissiva alla luce del criterio della specialità, si deve essere disposti a chiamare in causa anche altri criteriolutivi, ove ne ricorrano i presupposti. E nel nostro caso ricorrono, quantomeno, i presupposti del criterio gerarchico; dall'applicazione del quale, però, discenderebbe una soluzione opposta a quella che si pretende di ricavare dal criterio della specialità: prevalenza del divieto penale, di fonte legislativa, sulla consuetudine permissiva.

(53) Così, parrebbe, PALAZZO (2008), 381.

La soluzione che si pretenda di ricavare dal criterio della specialità, dunque, conduce necessariamente ad un conflitto tra criteri solutivi. Un tentativo di aggirare il problema potrebbe consistere nell'affermare che il criterio della specialità abbia in realtà l'effetto di "prevenire" un'antinomia, evitare che essa sorga, cosicché la sua applicazione precederebbe, ed eviterebbe, quella del criterio gerarchico. Ma questa risposta, già sappiamo (*supra*, Parte Prima, §§ 12.4, 12.4.1), farebbe gioco su una mera finzione: il criterio della specialità, in realtà, non previene le antinomie cui si riferisce, ma le risolve, esattamente come gli altri criteri. Da questo punto di vista, esso non ha alcuna "precedenza logica" sugli altri.

Ciò vero, dal funzionamento degli ordinari criteri solutivi non potrebbe ricavarsi alcuna ragione per ritenere che la consuetudine permissiva, poiché (per assunto) speciale, debba necessariamente applicarsi a preferenza del divieto penale, bensì (assunto come) generale, ma pur sempre gerarchicamente sovra-ordinato rispetto ad essa. L'ipotesi, ripeto, sarebbe tale che rispetto ad essa gli stessi criteri solutivi entrerebbero in conflitto l'uno con l'altro (gerarchia *vs.* specialità). La loro applicazione non garantirebbe, dunque, una soluzione del caso univoca e sufficientemente definita (almeno finché non si sia individuato – non senza una certa dose di arbitrio – un ordine di prevalenza tra gli stessi criteri). Il che ci riporterebbe, nuovamente e ineluttabilmente, al PED, e in particolare all'ipotesi, già vista *supra* (§ 5), in cui questo principio funziona come criterio per risolvere conflitti altrimenti non risolvibili (almeno in maniera univoca) mediante l'impiego degli ordinari criteri solutivi.

7.2. Contro l'idea che dall'applicazione dell'art. 51 CP

possa derivare la prevalenza del diritto di fonte sub-legislativa sul divieto penale, peraltro, viene sovente opposto il principio della gerarchia delle fonti, per il quale una norma di grado inferiore alla legge non può derogare a (o comunque prevalere su) una norma di fonte legislativa (quale è, necessariamente, quella incriminatrice), a meno che non sia appositamente richiamata dalla legge o da altra fonte di forza eguale o superiore alla legge ⁽⁵⁴⁾.

Si tratta, però, di un falso problema. La prevalenza della norma permissiva sul divieto penale, che costituisce il contenuto del PED, avviene, positivamente (ossia: a livello di diritto positivo), solo in forza dell'art. 51 CP che lo enuncia ⁽⁵⁵⁾. È l'art. 51 CP a dare "forza di legge", nel diritto italiano, al PED: è l'art. 51 CP, dunque, a "farsi carico", tra l'altro, dei diritti di agire di fonte sub-legislativa ai quali – con la formula "l'esercizio di un diritto" – genericamente si riferisce, e a guarnirli, di conseguenza, della forza necessaria a garantire loro, sul piano della gerarchia delle fonti, la possibilità di prevalere su un divieto penale.

Non esiste, allora, alcun problema di gerarchia delle fonti. Che per la determinazione di qualcuno dei suoi elementi di struttura, quale in particolare il concetto di "diritto", l'art. 51 CP possa rinviare a fonti subordinate alla legge, è una pura questione di tecnica normativa, di formulazione della norma, che non ha di per sé alcun riflesso diretto sul piano della gerarchia delle fonti ⁽⁵⁶⁾.

In realtà ⁽⁵⁷⁾, un'obiezione che si valga del principio della gerarchia tra le fonti del diritto trova esclusivo fon-

(54) Così ad es. PADOVANI (2006), 151 s.; VIGANÒ (2000), 231.

(55) Diversamente PALAZZO (2008), 381 s.

(56) V. ad es. ROMANO (2004), 543.

(57) Il punto (ma senza la nota critica presente nel testo) è lucidamente evidenziato da PADOVANI (2006), 151 s.; e DI MARTINO (1992), 1009 s.

damento nel pregiudizio, nella petizione di principio (a sua volta fondata sull'idea di una necessaria coerenza ed unitarietà del diritto oggettivo), secondo cui quella dell'art. 51 CP sarebbe una disposizione incapace di avere un'efficacia giuridica autonoma: una disposizione che, cioè, non avrebbe una propria forza scriminante, ma che si limiterebbe a richiamare la "forza scriminante" direttamente posseduta dai "diritti" cui si riferisce; con la conseguenza che la prevalenza del diritto dovrebbe per forza di cose imputarsi, non all'efficacia di una fonte come l'art. 51 CP, ma direttamente all'efficacia della norma che prevede e riconosce il singolo diritto dal cui esercizio dovrebbe discendere la non punibilità del fatto.

Si tratta, dunque, di un'obiezione che sta e cade con la concezione descrittiva dell'art. 51 CP: sulla quale non rimane che rimandare a quanto già detto *supra* (Parte Prima, Capp. II, III, IV).

7.3. Naturalmente, perché il diritto di fonte sub-legislativa possa prevalere sul divieto penale occorre, per prima cosa, che esso presenti tutti i requisiti ai quali sia, volta per volta, condizionata la sua esistenza nel sistema, o comunque la sua natura di posizione giuridicamente valida (v. *supra*, Parte Prima, § 21). Occorre, quindi, che la norma extrapenale permissiva di fonte sub-legislativa possa dirsi effettivamente esistente (nel caso delle consuetudini) o che, nel caso di norme scritte, sia stata validamente emanata, in osservanza, cioè, dei «principi sulla produzione giuridica vigenti nello specifico settore normativo di cui si tratta»⁽⁵⁸⁾.

Così, un'autorizzazione amministrativa viziata da ec-

(58) Così, esattamente, PALAZZO (2008), 381.

cesso di potere, incompetenza, o violazione di legge, non avrebbe alcun rilievo ai sensi dell'art. 51 CP, né quindi attiverebbe i meccanismi del PED.

Lo stesso per una mera regolarità di comportamento, che non presentasse i requisiti di una consuetudine giuridicamente rilevante, ossia «di una consuetudine che sia [...] vera e consolidata, cioè vera consuetudine» ⁽⁵⁹⁾ (come, ad es., nel caso in cui la gran parte dei cittadini italiani prendesse l'abitudine di non pagare una certa imposta). Mancherebbe in radice, in questi casi, un diritto di agire: quello che il soggetto pretendesse di esercitare, qui, non sarebbe un diritto positivamente attribuitogli dall'ordinamento; la sua pretesa di esercitare un diritto sarebbe, in questi casi, giuridicamente infondata. Saremmo, dunque, del tutto al di fuori dell'ambito applicativo del PED, che invece, come più volte ricordato, ha tra i propri presupposti l'effettiva esistenza del diritto di agire esercitato.

7.3.1. Può così superarsi l'obiezione per cui delle due l'una: o la norma di fonte sub-legislativa – e nella specie «il provvedimento [amministrativo]» – «autorizza un'attività vietata dalla legge penale: trattandosi di un provvedimento illegittimo, il giudice è tenuto a disapplicarlo e, in presenza di ogni altro elemento del reato, dovrà pronunciare sentenza di condanna. Oppure è la stessa norma incriminatrice che minaccia una pena nei confronti di chi svolga una determinata attività in assenza di un provvedimento amministrativo [...]. In tal caso, chi svolga quella attività essendo 'autorizzato' dalla pubblica amministrazione competente non realizza alcun fatto penalmente rilevante: il provvedimento amministrativo non attribuisce all'agente

(59) MORO (2005), 534.

una facoltà legittima di agire – con l'effetto di rendere lecita la realizzazione di un fatto di reato –, bensì rileva già come elemento (negativo) del fatto»⁽⁶⁰⁾.

Fuor di dubbio questa seconda parte del ragionamento, meno condivisibile appare invece la prima: vi si lascia intendere, infatti, che un provvedimento amministrativo possa essere illegittimo perché (direttamente) in conflitto con una norma incriminatrice. Così non è. L'invalidità di un provvedimento amministrativo non dipende mai, direttamente, dal conflitto con norme incriminatrici: ma piuttosto, o dalla assoluta carenza di potere dell'organo amministrativo di emanare il provvedimento, o dal conflitto di questo con precetti extrapenali rispetto ai quali la legge penale si limiti a svolgere un ruolo meramente sanzionatorio. È evidente, ad es., che l'autorizzazione, data a Tizio da parte di un organo amministrativo, di uccidere Caio è illegittima, o più radicalmente inesistente: ma questo non perché il provvedimento sia in conflitto con l'art. 575 CP, ma più semplicemente perché quel tipo di provvedimento non rientra in alcun modo tra i poteri di un organo amministrativo.

Dove però un provvedimento amministrativo sia emanato nel rispetto di tutte le norme e i principi vigenti nel contesto normativo, il solo fatto che esso abbia a contenuto l'autorizzazione a compiere un fatto penalmente tipico non vale ad escluderne l'efficacia scriminante ai sensi del PED.

(60) MARINUCCI, DOLCINI (2006), 205.

8. C) PED e criterio della specialità.

Nulla toglie, infine, (per quanto non si tratti di un fenomeno ricorrente) che l'applicazione dell'art. 51 CP possa condurre a ritenere la prevalenza di un diritto extrapenale di portata più *generale* rispetto ad uno *specifico* divieto penale ⁽⁶¹⁾.

8.1. La questione, naturalmente, va considerata con attenzione, poiché, come già mostrato, molti dei casi che parrebbero (e che, comunque, sono generalmente fatti) rientrare in questa classe di ipotesi ⁽⁶²⁾, in realtà non hanno nulla a che fare con un rapporto di specialità tra norme, trattandosi più semplicemente di ipotesi di mutua esclusività tra fattispecie.

Questo è, ad es., il caso, già considerato, dei rapporti tra la norma di cui all'art. 832 CC e le norme che incriminano la commissione di reati che possa avvenire mediante l'uso di cose di proprietà del reo: la prima norma, si è detto, attribuisce bensì il diritto di godere e disporre liberamente delle proprie cose, ma "entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico"; e questo, semplicemente, significa che non costituisce esercizio del diritto di proprietà il fatto di usare le proprie cose per commettere un reato. Quindi, nessun rap-

(61) Un caso del genere potrebbe verificarsi in certe ipotesi di conflitto tra diritti costituzionali (o meglio: tra certe possibili interpretazioni di diritti costituzionali) e divieti penali speciali rispetto ai primi. Cfr., ad es. ROMANO (2004), 542. Qui, però, la prevalenza del diritto discenderebbe anche dal criterio gerarchico: cosicché, nel caso di specie a verificarsi sarebbe, oltre che un conflitto tra PED e criterio della specialità, anche un concorso tra PED e criterio gerarchico. Per questa ragione, ne tratterò quando affronterò i casi di concorso tra PED e ordinari criteriolutivi (*infra*, § 9).

(62) Permesso generale in rapporto ad uno speciale divieto.

porto di specialità sussiste, per es., tra la norma di cui all'art. 832 CC e quella di cui all'art. 423 cpv. CP o quelle di cui agli artt. 216 e 217 l. fall.

8.2. Anche rispetto a queste ipotesi (mutua esclusività tra diritto extrapenale e divieto penale), peraltro, la rilevanza del PED potrebbe comunque emergere, pur in seconda battuta. E in particolare quando la norma penale incidesse sul “contenuto essenziale” (*the central range of application*)⁽⁶³⁾ del diritto: quando, cioè, il divieto penale contrastasse con le ragioni più profonde tra quelle che stanno (che sono ritenute stare) a fondamento del diritto⁽⁶⁴⁾.

La norma penale, in tal caso, non opererebbe più a livello di “clausole di mera regolazione” dell'esercizio del diritto⁽⁶⁵⁾: essa si porrebbe, piuttosto, nei termini di una violazione del diritto. Con la conseguenza che diritto e divieto tornerebbero a confliggere. Il PED tornerebbe allora applicabile; e ne deriverebbe la prevalenza del diritto extrapenale sul divieto penale, anche ad immaginare che il secondo sia speciale rispetto al primo: non potrebbe, dunque, dirsi penalmente illecita quella condotta che, pur sussumibile nella fattispecie della norma incriminatrice speciale, rientrasse⁽⁶⁶⁾ nel contenuto essenziale del più gene-

(63) RAWLS (1981), 9 s.

(64) Per alcune interessanti osservazioni in merito ai rapporti tra garanzia del contenuto essenziale dei diritti (*Wesensgehaltsgarantie*), che la Costituzione tedesca espressamente considera all'art. 19 II, e diritto penale, v. WOLTER (1993), 1 ss.

(65) Come sono, ad es., quelle contenute negli artt. 832 CC (“entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico”) e 42 Cost. (“la legge [...] determina i modi di [...] godimento e i limiti [della proprietà privata] allo scopo di assicurarne la funzione sociale”).

(66) Potesse ritenersi rientrante, alla luce di una oculata interpretazione e dei bilanciamenti del caso.

rale diritto di agire. Sebbene, ad es., l'art. 40 Cost. stabilisca che "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano", buona parte delle incriminazioni in materia di sciopero, presenti nel tessuto originario del codice Rocco, non si limitavano a "regolare l'esercizio del diritto" in questione, ma si spingevano, piuttosto, sino a violarne il "contenuto essenziale", ossia fino a sopprimerne aspetti ritenuti fondanti e irrinunciabili. Il rapporto tra il diritto-permesso costituzionale e le incriminazioni non si poneva, pertanto, in termini di mutua esclusività, bensì di vero e proprio conflitto: e in particolare nei termini di un conflitto tra norma costituzionale generale e norme incriminatrici speciali rispetto ad essa. In questi casi, come ancora vedremo ⁽⁶⁷⁾, dal PED poteva farsi derivare la liceità penale di quei fatti di sciopero che, pur penalmente tipici, rientrassero nel contenuto essenziale del diritto esercitato.

9. *Terza applicazione del PED: "concorso" tra PED e ordinari criteri di soluzione delle antinomie. A) Diritti-libertà di fonte costituzionale.*

L'efficacia (diretta) del PED, si è già detto, si apprezza anche nei (o, almeno, in alcuni dei) casi di concorso di quel principio con qualcuno degli ordinari criteriolutivi: casi nei quali, cioè, la "direzione" del rapporto di prevalenza, indicato dall'applicazione di questi criteri, sia la stessa (vale a dire: prevalenza della norma permissiva) di quella indicata dal PED.

In questi casi, peraltro, il valore del PED consiste, non tanto nel fatto di determinare la prevalenza della norma

(67) *Infra*, § 9.2.

permissiva (che deriverebbe comunque dall'applicazione degli ordinari criteriolutivi), ma piuttosto nel far sì che questa prevalenza assuma forme, modalità realizzative, diverse rispetto a quelle che essa dovrebbe altrimenti assumere. Il PED è infatti uno strumento, per così dire, più "maneggevole" e di più immediata ed agevole applicazione rispetto a (qualcuno di) quegli altri criteri; esso permette ai giudici di ricavare la prevalenza della norma permissiva in maniera più "comoda" e meno "compromettente" di quel che consentirebbero di fare alcuni degli ordinari criteriolutivi: ossia, qualificando "scriminato" il fatto, e quindi semplicemente dando una "preferenza applicativa" alla norma permissiva rispetto a quella incriminatrice, senza che ciò comporti invece un'abrogazione, o una messa in moto dei meccanismi necessari all'invalidazione, (totali o parziali) della norma incriminatrice.

9.1. Cominciamo dal concorso tra PED e criterio gerarchico. Si tratta di casi nei quali, delle due norme in conflitto, quella di fonte gerarchicamente superiore è la norma permissiva: il che essenzialmente accade – dovendo il divieto penale avere, quantomeno, fonte legislativa – quando una norma incriminatrice entri in conflitto con una norma costituzionale permissiva, quando, cioè, il contenuto di una incriminazione consista nella limitazione dell'esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto e garantito.

Applicato a casi di questo genere, come già accennato, il PED produce una situazione nella quale alla norma costituzionale viene riconosciuta una *preferenza applicativa* su quella (incriminatrice) di legge ordinaria: la prevalenza della prima, cioè, si esprime direttamente sul piano applicativo, senza alcuna conseguenza sul piano della esistenza

e validità della norma soccombente. In questi casi, insomma, la norma costituzionale prevale in quanto norma permissiva, non in quanto norma gerarchicamente sovraordinata: e la sua prevalenza è espressione, non già del principio della gerarchia delle fonti, ma del PED, ossia del principio per cui nessuno può essere punito per aver esercitato un proprio diritto.

Qui la rilevanza del principio consiste, dunque, non tanto nel determinare la prevalenza dell'una norma sull'altra, quanto nel far sì che questa prevalenza assuma la forma, anziché di una invalidazione (come sarebbe se il conflitto dovesse risolversi mediante il criterio della *lex superior*), di una sorta di disapplicazione della norma incriminatrice; e quindi nel far sì che possa essere direttamente il giudice ordinario a dichiarare questa prevalenza nella forma di una esclusione della illiceità penale del fatto: senza che dunque occorra adire la Corte costituzionale né attenderne l'eventuale giudizio di invalidità in merito alla norma incriminatrice ⁽⁶⁸⁾.

In questo senso, il PED, applicato ai rapporti fra diritti costituzionali e divieti penali, è uno strumento più maneggevole del criterio gerarchico: certamente più immediato e meno invasivo e compromettente.

Più immediato appunto perché, rimesso direttamente nelle mani del giudice penale ordinario, esso consente di evitare il complesso e laborioso *iter* richiesto perché si possa infine addivenire ad una pronuncia circa la (in)validità costituzionale di una norma ⁽⁶⁹⁾. Meno invasivo e compromettente perché l'effetto di esclusione della illiceità penale del fatto, concreto oggetto di qualificazione giuridica, non

(68) Per il riconoscimento, all'art. 51 CP, di un'efficacia giuridica sostanzialmente analoga, v. già LANZI (1983), 8 ss.

(69) LANZI (1983), 10 s.

impegna in alcun modo in un giudizio circa la validità, o la invalidità, della norma incriminatrice: non ha la stessa carica simbolica e, per così dire, nomo-dinamica di una pronuncia di illegittimità costituzionale.

Queste circostanze, dal punto di vista – per così dire – della psicologia giudiziaria, sono molto importanti. Sollevare questioni di legittimità costituzionale e, nel caso della Corte costituzionale, dichiarare l'incostituzionalità di una norma incriminatrice, sono percorsi che hanno costi non indifferenti: sia in termini di allungamento dei tempi di giustizia, sia, e soprattutto, in termini di tutela di interessi rilevanti. Una delle ragioni per cui la Corte costituzionale si è storicamente mostrata restia a dichiarare l'invalidità di norme incriminatrici, anche quando in conflitto con diritti costituzionalmente sanciti, è come noto il timore (cosiddetto *horror vacui*) che gli interessi, pure rilevanti, eventualmente tutelati dall'incriminazione rimanessero privi di ogni considerazione giuridica, o quantomeno di una considerazione giuridica adeguata: il timore, cioè, che l'invalidazione di una norma incriminatrice per avventura posta a protezione di interessi (ritenuti) rilevanti, potesse praticamente equivalere a disconoscere ogni rilievo giuridico a questi stessi interessi ⁽⁷⁰⁾.

Il PED non comporta nessuno di questi costi. Rimesso nelle mani del giudice ordinario, esso permette una soluzione rapida, immediata, del conflitto tra permesso e divieto, senza dover attendere l'eventuale pronuncia della Corte delle leggi. Esso, inoltre, ha un'efficacia, per così dire, meramente applicativa: che, cioè, nulla dice sulla validità delle norme interessate, e che invece consiste in una esclusione

(70) Questo, ovviamente, in assenza di un intervento normativo che valga a sostituire la norma dichiarata incostituzionale con una che sia invece compatibile con il principio eventualmente enunciato dalla Corte.

della illiceità penale del fatto, concreto oggetto di giudizio. In tal modo, il rilievo degli interessi protetti dalla norma incriminatrice è, almeno formalmente o simbolicamente, mantenuto: il PED lascia intatta la (eventuale) tipicità penale del fatto, e non nega in alcun modo dunque la rilevanza giuridica dell'interesse protetto dalla norma penale la cui fattispecie sia stata (eventualmente) integrata; esso si limita, invece, a sancire che *più importante* rispetto all'incriminazione, e quindi agli interessi a questa sottesi, è il diritto di agire.

9.2. Questo aspetto, questo modo di funzionare, del PED costituisce un dato profondamente radicato nella pratica giudiziaria. La giurisprudenza – ordinaria, soprattutto, ma anche Costituzionale –, nell'affrontare il conflitto tra diritti costituzionali e divieti penali, ricorre con una certa frequenza all'art. 51 CP, evitando così di battere la via di un'applicazione del criterio gerarchico.

In tal modo, l'esistenza, nel nostro sistema giuridico, di un principio come il PED, almeno in relazione ai casi di conflitto tra diritto di fonte costituzionale e norma incriminatrice, è in sostanza data per presupposta.

Basti pensare ai rapporti tra i delitti di cui agli artt. 504 e 505 CP ed il diritto sciopero (*ex art. 40 Cost.*), così come impostati dalla sentenza costituzionale n. 123/1962, nella quale la prevalenza di quest'ultimo veniva assicurata mediante esplicito riferimento ai meccanismi dell'esercizio di un diritto, e quindi in termini di “disapplicabilità” della norma incriminatrice a beneficio di quella costituzionale permissiva, anziché in termini di invalidazione della prima⁽⁷¹⁾

(71) Cfr. in argomento PEDRAZZI (2003 a), 1059 ss.

Anche nell'impostazione dei rapporti fra diritto di sciopero e delitto di abbandono collettivo di pubblici uffici (di cui all'art. 330 CP, ora abrogato) ⁽⁷²⁾, poi, tanto i giudici costituzionali quanto quelli della Cassazione sono frequentemente ricorsi all'istituto dell'esercizio di un diritto, piuttosto che all'invalidazione della norma penale: sia, ad es., con riguardo allo sciopero "economico" nel settore pubblico ⁽⁷³⁾ (prima della dichiarazione di invalidità parziale avvenuta solo con sentenza n. 31 del 17 marzo 1969), sia – successivamente a quest'ultima – con riferimento alle (a certe) ipotesi di sciopero "non economico" nel pubblico impiego ⁽⁷⁴⁾.

Il ragionamento seguito in casi di questo genere, come peraltro non si è mancato di evidenziare in dottrina, vuole che «la norma costituzionale tend[*a*] a sottrarre alla portata applicativa della norma ordinaria i fatti da essa realmente contemplati per lasciare a questa ultima i fatti da essa non contemplati» ⁽⁷⁵⁾: al di fuori di una espressa invalidazione della norma incriminatrice in conflitto con quella costituzionale, e, in sostanza, nello spirito del PED.

Stesso ragionamento si ritrova praticato, in maniera addirittura paradigmatica, nello schema dei rapporti/conflitti fra libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) e delitto di diffamazione (art. 595 CP) ⁽⁷⁶⁾: pacifica la coesistenza di entrambe le norme ⁽⁷⁷⁾, qualora la manifestazione del pensiero assuma certi caratteri atti a ren-

(72) Con l'art. 11 della Legge 146/90.

(73) V. le sentenze costituzionali n. 46 del 27 giugno 1958 e n. 123 del 28 dicembre 1962.

(74) V. Cass. 30.1.1979, in FI, 1979, II, 507.

(75) MANTOVANI (1966 a), 633.

(76) Su cui, da ultimo, v. TESAURO (2006). V. inoltre *supra*, Parte Prima, § 29.1.

(77) MANTOVANI (1966 a), 633.

derla meritevole di particolare considerazione, alla norma costituzionale è riconosciuta la capacità di sottrarre certe classi di casi all'ambito di concreta applicazione di quella incriminatrice, senza che ciò si traduca (né si sia mai tradotto) in una invalidazione od abrogazione (seppur parziali) di quest'ultima. I rapporti tra libertà di espressione (*sub specie* diritto di cronaca) e delitto di diffamazione, in tal modo, vengono pacificamente impostati in termini di preferenza applicativa della prima rispetto al secondo: mai, invece, in termini di invalidazione (anche solo parziale), in applicazione del criterio gerarchico, della norma che incrimina la diffamazione.

In tutti questi casi, dunque, il conflitto tra diritto-libertà costituzionale e divieto penale è risolto a prescindere da un'applicazione del criterio gerarchico, e facendo piuttosto ricorso ai meccanismi dell'esercizio di un diritto, usato come espressione di un principio distinto e alternativo rispetto a quello che sarebbe espresso da un giudizio di invalidità costituzionale della norma incriminatrice.

9.2.1. Due sono, pertanto, le ragioni che possono rendere preferibile per i giudici ricorrere al PED, anziché al criterio gerarchico, nei casi di "concorso" tra i due.

Nelle mani del giudice ordinario, esso permette che sia questi direttamente a disapplicare la norma incriminatrice tutte le volte che essa abbia ad oggetto condotte che rappresentino l'esercizio di un diritto costituzionale d'agire. In tal modo, in sostanza, l'art. 51 CP (ha reso e) rende possibile una sorta di *controllo diffuso di costituzionalità* delle norme incriminatrici, per certi versi più *reattivo* di quello propriamente demandato alla Corte costituzionale. Il che ha permesso «alla giurisprudenza ordinaria anche» di «superare talune soluzioni manifestamente "datate" della giu-

risprudenza costituzionale»⁽⁷⁸⁾.

La ragione che lo rende uno strumento utile anche alla Corte costituzionale risiede, invece, nel fatto che il PED, a differenza del criterio gerarchico, non comporta che la norma incompatibile con un principio costituzionale sia posta nel nulla: la norma incriminatrice, per quanto soccombente, permane nel sistema, e con essa mantiene rilievo giuridico anche l'interesse che ne costituisce l'oggetto tutelato.

9.2.2. Quanto sin qui detto, naturalmente, non implica affatto che l'esistenza del PED debba in ogni caso prevenire l'applicazione del criterio gerarchico nei rapporti tra divieto penale e diritto-libertà costituzionale: che, cioè, vista l'esistenza del PED, non vi sia alcun modo, né alcuna ragione, per adire la Corte costituzionale affinché questa si pronunci sulla legittimità costituzionale di una norma incriminatrice (che si assuma) in conflitto con una norma costituzionale.

In realtà, le soluzioni garantite dall'applicazione dell'art. 51 CP sono sempre soluzioni caso per caso di un'antinomia (per questo concetto, v. *supra*, Parte Prima, § 14.1.2): vale a dire, soluzioni che valgono per il caso concretamente considerato, ma che non escludono che lo stesso tipo di conflitto risorga in futuro, al cospetto di casi analoghi. In questo senso, la soluzione "via art. 51 CP" è una soluzione strutturalmente *provvisoria*: essa permette che il diritto di agire si realizzi nella sua pienezza fintantoché la norma incriminatrice non è dichiarata incostituzionale o abrogata o adeguatamente riformulata. Come tale, essa non pregiudica affatto la possibilità di addivenire ad

(78) Cfr. PULITANÒ (1989), 730.

una soluzione definitiva di quello stesso tipo di conflitto (79).

Per dirla altrimenti, l'istituto dell'esercizio di un diritto è un istituto che aspira a non essere applicato: nel senso che, dal punto di vista dell'ordinamento considerato nel suo insieme (che è poi il punto di vista dell'art. 51 CP), l'ideale sarebbe che non esistessero conflitti tra norme incriminatrici e norme di altri settori dell'ordinamento (il che è soprattutto vero quando queste ultime siano norme costituzionali attributive di diritti-libertà).

Il funzionamento del PED, nel senso della esclusione della illiceità penale di un fatto concretamente realizzato, non toglie, dunque, che possa avvertirsi la necessità, o quantomeno l'opportunità, di eliminare definitivamente il conflitto tra diritto di fonte costituzionale e divieto penale. Ciò che, verosimilmente, accadrà (80) quando il conflitto venga percepito, dalla coscienza giuridica e sociale, come ormai insopportabile: ad es., quando gli interessi protetti dalla norma incriminatrice perdano di credito nel sistema dei valori socialmente rilevanti, o vengano percepiti – almeno nella forma in cui sono accolti nella fattispecie della norma incriminatrice – come espressione di valori del tutto anacronistici, e quindi non più meritevoli di tutela da parte del sistema.

9.3. È interessante notare, peraltro, come anche nei ragionamenti di quegli autori che vorrebbero negarne l'esistenza emerga talora il ricorso, pur non dichiarato, ai

(79) Cfr., in riferimento alla problematica dei reati di opinione, SPENA (2007 d), 738.

(80) E che, in effetti, è già accaduto: si pensi, ad es., all'evoluzione dell'atteggiamento della giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, in merito ai rapporti tra delitti e diritto di sciopero.

meccanismi del PED, rispetto alla soluzione dei conflitti tra diritto di fonte costituzionale e norma incriminatrice, peraltro.

Il verificarsi di casi di “concorso” tra PED e ordinari criteriolutivi, in effetti, parrebbe a prima vista costituire un argomento forte (probabilmente, l’argomento più forte) a favore dei sostenitori di una concezione meramente descrittiva dell’art. 51 CP: a che pro immaginare l’esistenza di un apposito PED, quale contenuto normativo autonomo dell’art. 51 CP, se la stessa soluzione in termini di prevalenza della norma permissiva può già ricavarsi dall’applicazione degli ordinari criteriolutivi?

L’argomento, poi, sembra trovare una inoppugnabile conferma proprio nei casi di conflitto tra diritti-libertà costituzionali e divieti penali: che casi del genere vadano risolti mediante l’impiego del criterio gerarchico sarebbe, infatti, del tutto evidente.

Ed invero, «il principio *lex superior derogat inferiori* prevale sui criteri eventualmente concorrenti della specialità e della successione cronologica»⁽⁸¹⁾; la norma costituzionale, in forza del criterio gerarchico, dunque, dovrebbe sempre prevalere su quella (incriminatrice) subordinata⁽⁸²⁾. Di conseguenza, «la sopravvivenza della norma incriminatrice» sarebbe, per effetto dell’operatività del criterio gerarchico, «condizionata alla sua compatibilità con la

(81) MANTOVANI (1966 a), 632. In realtà, come già visto in precedenza (v. Parte Prima, § 12.1), la recisa affermazione di una assoluta prevalenza del criterio gerarchico sugli altri due sembra avere un valore più teorico che pratico

(82) Con la precisazione che, potendo essere l’incompatibilità totale oppure soltanto parziale, «la norma ordinaria resta totalmente soccombente se radicalmente incompatibile, mentre nel caso che contrasti con la norma costituzionale in alcune soltanto delle sue possibili applicazioni, essa coesiste con quest’ultima per le applicazioni compatibili»: MANTOVANI (1966 a), 633.

norma costituzionale», cosicché, «dalla previa determinazione della portata e dei limiti del diritto costituzionale» dipenderebbe il giudizio circa la validità della norma incriminatrice ⁽⁸³⁾. «[I]l conflitto tra norma costituzionale consacrate il diritto e la norma incriminatrice» andrebbe, in ogni caso, risolto «al di fuori di ogni e qualsiasi mediazione dell'art. 51. La prima, per la sua superiorità gerarchica, è infatti idonea a limitare la norma penale e la seconda, per la sua posizione di subordinazione, resta valida nell'ambito in cui concreti in illeciti penali limiti già desumibili dall'ordinamento giuridico costituzionale» ⁽⁸⁴⁾.

9.3.1. Ma è veramente così? I sostenitori della concezione descrittiva risolvono realmente, come dicono di fare, il conflitto tra libertà costituzionale e divieto penale facendo uso del criterio gerarchico?

A me sembra di no: il *modo* in cui, da parte di questi autori, si imposta la prevalenza della norma costituzionale su quella subordinata non ha molto a che fare con l'efficacia tipica, con il modo di funzionare, del criterio gerarchico.

Come noto, infatti, «nel nostro ordinamento, la corte costituzionale è il solo giudice competente a decidere dei conflitti tra norme di rango costituzionale e norme di rango legislativo. Sicché, limitatamente ai conflitti di questo tipo, *la corte costituzionale è altresì il solo giudice competente ad applicare il principio gerarchico*» ⁽⁸⁵⁾. (Il che, del resto, discende chiaramente dal combinato disposto dell'art. 134 Cost. e della VII disposizione transitoria e finale della Costituzione.)

(83) MANTOVANI (1966 a), 666.

(84) MANTOVANI (1966 a), 633.

(85) GUASTINI (1993), 413 (il corsivo è mio).

Se dunque – con i sostenitori della concezione descrittiva – partiamo dal presupposto che la soluzione del conflitto, nei casi di specie, costituisca effetto dell'applicazione del criterio gerarchico, ci si aspetterebbe una soluzione nel senso della necessità di una pronuncia della Corte costituzionale, che “dichiarando” l'invalidità della norma incriminatrice, elimini l'antinomia; ci si aspetterebbe, insomma, che vengano caldegiate soluzioni che si traducano, inevitabilmente e costantemente, in altrettante pronunce formali di illegittimità costituzionale (totale o parziale) delle norme penali che incriminano forme di esercizio di diritti costituzionalmente riconosciuti.

Così, però, non è. I sostenitori della concezione descrittiva propugnano, invece, soluzioni *qualitativamente* differenziate, a seconda che il conflitto tra diritto costituzionale e legge incriminatrice sia totale o parziale: «se la norma costituzionale è “*totalmente incompatibile*” con la norma penale, perché ne abbraccia tutta la fattispecie, essa ne comporta la illegittimità costituzionale (così, ad es., avvenne per il delitto di sciopero *ex art. 502*). Qualora, invece, la norma costituzionale è “*parzialmente incompatibile*”, perché abbraccia solo alcune delle ipotesi previste dalla norma penale, essa ha efficacia scriminante, in quanto limita la portata di questa alle residue ipotesi. Così per i *diritti di libertà*, che in genere entrano in conflitto solo con talune interpretazioni della legge penale. Questo secondo tipo di giudizio, a differenza di quello di incostituzionalità, spetta al giudice ordinario»⁽⁸⁶⁾.

Questa duplicità di soluzioni, tuttavia, è difficile da giustificare, finché le si riconduca entrambe all'applicazione del criterio gerarchico: una situazione di incostituziona-

(86) MANTOVANI (2007), 242. Analogamente PULITANÒ (2007 a), 265 s.

lità parziale di una norma di legge si distingue da una situazione di incostituzionalità totale, non certo dal punto di vista *qualitativo*, bensì solo dal punto di vista *quantitativo*: se l'*estensione* del conflitto, nei due casi, è diversa, la *qualità* di esso rimane esattamente identica. Una tale correlazione dovrebbe esprimersi, in maniera simmetrica, anche dal punto di vista della soluzione del conflitto: questa, nel caso di conflitto parziale, dovrebbe avere la stessa *qualità* della soluzione di conflitti totali (ossia: *dichiarazione di invalidità costituzionale*), pur avendo una diversa *estensione* (ossia: *dichiarazione di invalidità costituzionale parziale*). In entrambi i casi, finché si tratti di far discendere la soluzione del conflitto fra legge e Costituzione dall'applicazione del criterio gerarchico, questa soluzione dovrà provenire da un'apposita pronuncia della Corte costituzionale e dovrà assumere la forma di una invalidazione (totale o parziale) della norma incriminatrice.

Una soluzione "scriminante" per i casi di conflitto parziale, invece, non può in alcun modo discendere da un'applicazione del criterio gerarchico: e si tratta di un ostacolo concettuale ineludibile – l'efficacia scriminante, semplicemente, non è una conseguenza dell'applicazione del criterio gerarchico.

Il fatto che, da parte dei sostenitori della concezione descrittiva, si propugni, nel caso di conflitto parziale, una soluzione "scriminante" presuppone, allora, il passaggio non dichiarato dall'uso del criterio gerarchico ad un ragionamento alternativo che con questo criterio non ha nulla a che vedere ⁽⁸⁷⁾. E questo ragionamento, per quanto non lo

(87) L'idea stessa, che «i diritti di libertà ... in genere entr[ino] in conflitto solo con talune interpretazioni della legge penale», sottende la tendenza ad aggirare il criterio gerarchico rispetto ai casi di conflitto parziale: che solo talune interpretazioni di una legge penale siano in contrasto con una norma

si voglia ammettere, non può che consistere nel fatto di dare per esistente una (pur limitata) efficacia del PED.

9.3.1.1. La stessa soluzione, invece, non potrebbe discendere, né – come detto – da un’applicazione del criterio gerarchico, né tanto meno – come parrebbe che si voglia talora sostenere – da un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma incriminatrice in conflitto parziale con una norma permissiva costituzionale. Quella conseguente all’effettuazione di un’interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie di una norma incriminatrice, infatti, non sarebbe certo un’efficacia *scriminante*. Essa, piuttosto, operando sul piano della portata della norma (costituzionalmente) interpretata, e non sul piano del suo peso relativo, avrebbe per effetto una più limitata ricostruzione della fattispecie della norma incriminatrice: una riduzione, dunque, dell’ambito applicativo della norma penale, e di conseguenza una riduzione dell’area della sua tipicità. Un’interpretazione costituzionalmente orientata opererebbe, dunque, invece che, direttamente, sul piano (della esclusione) di una illiceità penale del fatto, sul piano della sua tipicità, ossia: della possibilità di sussumerlo nella fattispecie della norma restrittivamente interpretata. Nulla a che fare, pertanto, con la produzione di un effetto scriminante.

costituzionale non ha altro significato, che quello di indicare una strategia argomentativa attraverso la quale evitare l’applicazione del criterio gerarchico; e tale strategia consiste nell’interpretare la legge penale, *come se* la sua fattispecie si riferisse soltanto ai casi non sussumibili nella norma costituzionale. Ma questa è soltanto una finzione argomentativa, la quale, peraltro, se fosse coerentemente sostenuta fino in fondo, avrebbe, quale esito, quello di finire per attribuire surrettiziamente al giudice ordinario il compito di “risolvere” *tutti* i casi di conflitto parziale tra legge (penale o extrapenale, che sia) e norma costituzionale, togliendoli alla competenza della Corte costituzionale.

10. B) *Diritti di fonte regionale.*

Ragionamenti grosso modo analoghi valgono anche in relazione al caso dei diritti di fonte regionale ⁽⁸⁸⁾. Qui gli effetti del PED “concorrono” con quelli del criterio di competenza: nel senso che, nei casi che assumono rilievo per il PED, una prevalenza della norma regionale permissiva discenderebbe anche da un’applicazione del criterio della competenza. La differenza tra le due soluzioni sta, ancora una volta, nel *modo* della prevalenza della norma permissiva. Il criterio della competenza (nei rapporti stabiliti e disciplinati in Costituzione) va applicato dalla Corte costituzionale, che dunque dovrebbe essere appositamente adita; e porta ad una soluzione definitiva (v. *supra*, Parte Prima, § 14.1.1) del conflitto. Il PED permette invece che la prevalenza della norma regionale permissiva avvenga in forma scriminante, e quindi che sia direttamente il giudice penale a risolvere, in maniera contingente (Parte Prima, § 14.1.2), il conflitto.

La questione dell’efficacia scriminante dei diritti di fonte regionale, peraltro, si intreccia evidentemente con il disposto dell’art. 117 Cost. (come riformulato con l. cost. 3/2001) che definisce le competenze legislative rispettive di Stato e Regioni ⁽⁸⁹⁾. I casi possibili, come noto, sono tre; il

(88) In merito alla possibilità che anche diritti di fonte regionale attivino il meccanismo scriminante di cui all’art. 51 CP, v. ad es., in senso negativo: BRICOLA (1963), 652 ss., 655; CARACCIOLI (1965), 98 ss.; ID. (2006), 2292; VINCIGUERRA (1974), 9, 85 ss.; PALAZZO (2008), 382 (sia pur in base ad un ragionamento piuttosto articolato, sul quale ritornerò ancora più avanti); in senso positivo: NUVOLONE (1975 b), 167 ss.; BAJNO (1975), 708 ss.; PAGLIARO (2003 a), 434; MARINUCCI (1988), 139; ID., DOLCINI (2006), 34; ROMANO (2004), 543; PADOVANI (2006), 152; PIERGALLINI (1990), 1586; ALBEGGIANI (2007), 339; RUGA RIVA (2007), 663 ss.

(89) V. in materia VINCIGUERRA (2006).

fatto, disciplinato in maniera antinomica da una legge statale e da una legge regionale: *a*) può rientrare in materia di competenza esclusiva della Regione – e questa è la regola, poiché “spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato” (art. 117, quarto comma, Cost.), né affidata alla legislazione concorrente di Stato e Regione; *b*) può rientrare in una delle “materie di legislazione concorrente” (art. 117, terzo comma, Cost.); *c*) può rientrare in una delle materie nelle quali è riservata allo Stato legislazione esclusiva (art. 117, secondo comma, Cost.).

10.1. Cominciamo dal caso in cui la norma regionale attributiva di un diritto di agire regoli una materia di competenza esclusiva della Regione.

Ebbene, per quanto non sia da escludere, in linea di principio, che possano essere fatte oggetto di proibizione penale anche condotte riferibili a materie nelle quali le Regioni hanno competenza esclusiva ⁽⁹⁰⁾, ciò nondimeno, non v'è dubbio che dove legge statale e legge regionale entrino in conflitto, debba essere quest'ultima a prevalere; e quando il conflitto sia dovuto al fatto che la legge statale incrimina ciò che la legge regionale dà il diritto di fare, a prevalere sarà comunque quest'ultima, già in forza del criterio di competenza indicato dall'art. 117, quarto comma, Cost. Ciò non toglie, come si è accennato, che il PED mantenga anche in tal caso un margine di operatività: mentre, infatti, un'applicazione del criterio di competenza richiederebbe una pronuncia della Corte costituzionale, il PED permette che sia direttamente il giudice ordinario a superare, in ma-

(90) RUGA RIVA (2007), 665. *Contra* PALAZZO (2006), 377 [ma nell'ultima edizione del *Corso* – ID. (2008), 382-3 – il ragionamento non viene ripreso].

niera contingente, il conflitto, riconoscendo al diritto di fonte regionale efficacia scriminante.

10.2. Ma, in forza del PED, il diritto di fonte regionale prevale sull'incriminazione statale anche nel caso in cui una legge regionale attribuisca il diritto di compiere una condotta, vietata invece da una norma incriminatrice, in una delle materie in cui, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., Stato e Regioni hanno competenza concorrente (ad es.: commercio con l'estero, tutela e sicurezza del lavoro, professioni, ricerca scientifica e tecnologica, tutela della salute, ordinamento sportivo, ecc.).

Naturalmente, perché l'effetto del PED si produca, occorre che l'attribuzione del diritto a mezzo di legge regionale sia rispettosa dei "principi fondamentali" formulati con legge dello Stato (art. 117, comma terzo, Cost.). Sembra, tuttavia, troppo restrittiva quella tesi per la quale «allorquando lo Stato emani in queste materie una o più disposizioni incriminatrici, si può ritenere che proprio il carattere penale di tali norme attribuisca loro la funzione di "determinare i principi fondamentali" della disciplina». ⁹¹ L'opinione (consapevolmente, peraltro) si fonda su una vera e propria presunzione, che sembra però non fare i conti con la realtà ⁽⁹²⁾; essa, per meglio dire, scambia l'essere col dover essere, e non considera il fatto (cosiddetta *over-criminalization*) ⁽⁹³⁾ che ai giorni nostri l'area del penalmente rilevante tende ad espandersi ben oltre il necessario ⁽⁹⁴⁾, e quindi ben oltre il limite, entro il quale pure la

(91) PALAZZO (2008), 383.

(92) Critico, sul punto, anche RUGA RIVA (2007), 662 s.

(93) Su cui, in generale, v. HUSAK (2005), 108 ss.; e, più diffusamente, ID. (2008).

(94) Per tutti, ampiamente, SILVA SÁNCHEZ (2004).

si dovrebbe mantenere, segnato dall'esistenza di «esigenze di tutela fondamentali, essenziali e non altrimenti realizzabili» (95).

Ne viene che: *a*) nel caso in cui la norma incriminatrice sia effettivamente espressione di “principi fondamentali della materia”, non si potrà dire che esista un (valido) diritto d'agire fondato su legge regionale, e il PED non entra in gioco; *b*) in caso diverso, però, sarà il diritto di fonte regionale a prevalere. Qui, peraltro, il PED funziona ancora una volta “in concorso” col criterio di competenza: la legge regionale, infatti, in forza di questo criterio, sarebbe comunque destinata a prevalere, dal momento che l'art. 117, terzo comma, Cost. stabilisce che “nelle materie di legislazione concorrente”, se spetta allo Stato stabilire i principi fondamentali, “spetta” però “alle Regioni la potestà legislativa”, ossia, il compito di dettare la *disciplina di dettaglio*; e con ciò sarebbe in contrasto il fatto che una legge statale, senza enunciare principi fondamentali della materia, disciplinasse, nel senso di incriminarle, condotte rientranti in quest'area di competenza.

Anche qui, ciò nondimeno, il PED consente che la prevalenza del diritto di fonte regionale assuma forma scriminante, e sia quindi pronunciata direttamente dal giudice ordinario, senza che si debba all'uopo adire la Corte costituzionale.

10.3. Nel caso in cui invece la norma regionale attributiva del diritto regoli una materia sottratta alla competenza delle Regioni ed affidata in maniera esclusiva alla legislazione statale, il PED non potrà entrare in gioco: essendo, infatti, la norma attributiva del diritto una norma

(95) PALAZZO (2008), 383.

invalida, farà in radice difetto un diritto d'agire ⁽⁹⁶⁾, e con esso il presupposto fondamentale cui è condizionato il funzionamento del PED.

11. C) *Diritti-libertà di fonte comunitaria.*

Un'efficacia sostanzialmente analoga a quella sin qui ricostruita l'art. 51 CP la possiede anche quando venga applicato ai rapporti fra norme incriminatrici nazionali e norme permissive di fonte comunitaria (contenute nel TCE, in regolamenti, o in direttive *self-executing*, e, come tali) direttamente applicabili all'interno del territorio degli Stati-membri ⁽⁹⁷⁾.

Rispetto a queste ipotesi – come viene, con varietà d'accenti, sottolineato ⁽⁹⁸⁾ – l'esistenza dell'art. 51 CP permette di dare una forma giuridica consolidata, e senz'altro compatibile con i principi che governano la “*materia penale*”, ai peculiari meccanismi attraverso i quali, secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia europea ⁽⁹⁹⁾ e quella, consolidatasi più di recente, delle

(96) PALAZZO (2006), 377 [ma v. ora ID. (2008), dove, a p. 383, il ragionamento non viene ripreso]; RUGA RIVA (2007), 665.

(97) L'ipotesi è *analoga*, ma non identica, a quella del conflitto fra norme gerarchicamente disomogenee. Tra norme di fonte comunitaria e norme nazionali, come noto, non esiste un vero e proprio rapporto gerarchico.

Osservazioni di tenore simile in SOTIS (2007), 266.

(98) Cfr. soprattutto PAGLIARO (2003), 44; ma anche GRASSO (1989), 269 ss.; FIANDACA, MUSCO (2007), 67 s.; MARINUCCI, DOLCINI (2006), 205; PARODI GIUSINO (1999), 125; FIORELLA (2001), 147 s.; MEZZETTI (2006), 147; nonché PEDRAZZI (2003 b), 425-6 e ID. (2003 c), 464-7. V. anche MAZZINI (2000), 353 ss.

(99) Almeno a partire dalle storiche sentenze relative alle cause *Schorrenberg* (CdG CEE 16 febbraio 1978) e *Simmenthal* (CdG CEE, 9 marzo 1978). Di recente, l'obbligo del giudice nazionale di conformarsi direttamente alle norme di fonte europea è stato ribadito dalla CdG CEE nella sentenza *Pupino*

Corti costituzionale ⁽¹⁰⁰⁾ e di cassazione italiane ⁽¹⁰¹⁾, si esprime la prevalenza del diritto comunitario sul diritto (anche penale) nazionale ⁽¹⁰²⁾.

Quell'effetto di "disapplicazione", o di "non applicazione" ⁽¹⁰³⁾, – che, senza incidere sulla validità della norma nazionale, ne comporterebbe una soccombenza applicativa rispetto alla norma comunitaria con essa incompatibile – si riflette perfettamente nel PED e nell'efficacia "scriminante" dell'art. 51 CP, per come sin qui ricostruiti ⁽¹⁰⁴⁾.

Né, per spiegare, il prodursi di un siffatto effetto di disapplicazione, potrebbe farsi affidamento sul criterio della specialità ⁽¹⁰⁵⁾. Ne abbiamo già parlato (*supra*, Parte Prima, § 29.4): nei casi che qui interessano, le norme comunitarie attributive del diritto, potendosi peraltro trattare anche di principi generali e libertà fondamentali, in linea di massima non si prestano ad essere interpretate come speciali rispetto alle norme incriminatrici nazionali con esse in conflitto.

del 16 giugno 2005.

(100) Sin da C. cost. n. 170 dell'8 giugno 1984.

(101) Per tutte, Cass., 31 maggio 1991, n. 187286.

(102) Per una panoramica in materia, v. MANACORDA (1997), 953 ss.

(103) Così C. cost. 168/1991, in GC 1991, 1409 ss.

(104) Una ricostruzione compatibile con questi ragionamenti si trova anche in PEDRAZZI (2003 b), 433: «Par l'intermédiaire de cette cause de justification tant de règles communautaires pourront pénétrer dans le système pénal des Etats-membres et y déployer leur efficacité paralysante, sans mettre en question l'existence même de la loi d'incrimination, dont l'applicabilité en dehors du rayon d'action du droit justificatif ne pourra pas être contestée» [ivi, 426].

(105) Così invece PEDRAZZI (2003 c), 464-7.

12. D) *L'adeguatezza sociale come fonte di diritti (II): adeguatezza sociale e principi generali dell'ordinamento.*

Un altro rilevante ambito applicativo del PED è costituito da una serie di condotte che si possono definire socialmente adeguate, non tanto però perché fondate su usi sociali consolidati (come nel caso già visto *supra*, § 7), quanto perché sono esercizio di attività socialmente e giuridicamente apprezzate, e che costituiscono espressione di principi generali dell'ordinamento.

12.1. È il caso delle attività sportive, che, in quanto siano regolarmente autorizzate e si svolgano nel rispetto delle regole, possono considerarsi espressione di valori fondamentali del sistema – valori aggregativi, ricreativi, formativi, di “pieno sviluppo della persona umana” (art. 3, secondo comma, Cost.) – e quindi socialmente adeguate.

Può però accadere che lo svolgimento (pur secondo le regole) di un'attività sportiva assuma connotazioni lesive di interessi penalmente tutelati. Penso, ad es., a certi sport che *consistano* in comportamenti violenti ⁽¹⁰⁶⁾: cosiddetti sport da combattimento (come boxe, karate, ecc.), o anche il rugby (poiché il “placcaggio” è un comportamento violento). Ma penso anche a quegli altri tipi di sport che, senza necessariamente consistere in contegni aggressivi, comportino egualmente che nella normale condotta di gioco i partecipanti si vedano coinvolti in “contatti” dotati di una

(106) BATTAGLINI (1949), 316; MANTOVANI (1966 a), 647 s.; DE FRANCESCO (1983), 597; ALBEGGIANI (1990), 550; ID. (2007), 347; PADOVANI (2006), 154. Cfr. anche SCHMIDHÄUSER (1975), 300, che riconduce il caso delle lesioni cagionate nello svolgimento di sport violenti ad istanza di una più generale efficacia scriminante da quest'autore riconosciuta all'“adeguatezza sociale”.

certa carica di pericolosità per la loro integrità fisica ⁽¹⁰⁷⁾. I due casi vanno, peraltro, chiaramente distinti, poiché la relativa soluzione giuridica richiede ragionamenti parzialmente difformi: un conto sono le offese, i “fatti tipici”, che consistano, direttamente, *nello* svolgimento dell’attività sportiva (ad es.: le percosse di cui si compone un incontro di boxe, o di karate); un altro conto sono invece le offese che *conseguano allo* (costituiscano una conseguenza, un evento, dello) svolgimento dell’attività sportiva (ad es.: morte dell’avversario, lesioni personali conseguenti ad un placcaggio).

Per l’esame di questa seconda classe di ipotesi, e per una più specifica ricostruzione del modo in cui il PED si riferisce ad essa, rinvio sin d’ora a quanto sarà detto più avanti (§ 16).

Quanto invece alla prima ipotesi – ossia, quella in cui sia direttamente l’attività sportiva a consistere in condotte aggressive, o comunque lesive o pericolose per beni giuridici penalmente protetti –, a me pare si possa dire che la realizzazione di queste condotte costituisca certamente l’oggetto di permessi in senso forte, di diritti di agire, quando tali condotte: *a*) si inseriscano nel contesto di attività sportive giuridicamente autorizzate, e quindi appositamente riconosciute come lecite dal diritto, ed il cui svolgimento sia disciplinato mediante regolamenti emanati da organismi rappresentativi a ciò abilitati ⁽¹⁰⁸⁾; *b*) e siano compiute nel rispetto delle regole che governano l’attività

(107) Normale, ad es., che nel corso di una partita di calcio abbiano luogo interventi, fallosi od anche regolari, portatori comunque di una certa carica di irruenza ed aggressività nei confronti dell’avversario.

(108) «[L]e condotte sportive violente, in quanto previste dai regolamenti delle varie pratiche sportive riconosciute dallo Stato, possono [...] essere ricomprese fra le attività autorizzate dall’ordinamento» [ALBEGGIANI (1990), 550].

sportiva della quale costituiscono svolgimento, o possano comunque qualificarsi come normali condotte di gioco.

In questi casi, sussistono tutti i presupposti affinché la liceità penale dei fatti realizzati (lesivi o pericolosi in maniera “penalmente tipica”, ma riconducibili al corretto, o comunque normale, svolgimento di un'attività sportiva giuridicamente autorizzata) si possa spiegare in base al paradigma dell'esercizio di un diritto. Il *boxeur* o il karateka che percuotano il rispettivo avversario, o il rugbista che effettui un placcaggio, realizzano bensì altrettanti fatti di percosse, ma li realizzano nell'esercizio di un diritto: nello svolgimento, cioè, di un'attività giuridicamente autorizzata e socialmente adeguata.

Né sembra del tutto conducente fondare la liceità di questi fatti sull'assenza di una colpa ⁽¹⁰⁹⁾. Talora, infatti, la fattispecie di riferimento non è neanche quella colposa, ma quella dolosa: le lesioni causate o le percosse inferte dal pugile all'avversario sono lesioni o percosse dolose, non colpose. Il richiamo alla teoria della colpa non spiega, dunque, perché le offese cagionate nel regolare svolgimento dell'attività sportiva non sono penalmente illecite anche se, per avventura, volute dall'agente.

In certi casi limite, inoltre, il ricorso all'idea del “rispetto delle regole”, e quindi al paradigma liceizzante della condotta rispettosa delle cautele necessarie, sembra incapace di fornire indicazioni univoche. Esiste, ad es., una notevole discrezionalità dell'arbitro nel giudicare se un'azione di gioco sia conforme o contraria alle regole; una stessa condotta, giudicata conforme da un arbitro, potrebbe essere ritenuta difforme da un altro: il parametro di li-

(109) Così, ad es., Stefano FIORE (1996), 58 ss., per il quale la liceità delle lesioni sportive procurate nel rispetto delle regole del gioco andrebbe interamente risolta a livello di tipicità del fatto colposo.

ceità del rispetto delle regole del gioco, quale condizione ostativa rispetto ad un giudizio di colposità della condotta, rischia dunque di apparire meramente formale, vuoto di contenuto.

Più fondato appare invece pensare che anche *condotte moderatamente incaute, che però rientrano nel normale e prevedibile svolgimento della gara*, rimangano penalmente lecite, costituendo *pur sempre esercizio di un diritto*: normale (e, in questo senso, regolare) svolgimento di un'attività giuridicamente autorizzata. L'autorizzazione giuridica guarda infatti all'attività sportiva autorizzata nella sua reale manifestazione; l'autorizzazione di un'attività sportiva caratterizzata da elevati livelli di agonismo e dal necessario verificarsi di "contatti" tra i partecipanti si ridurrebbe ad una mera finzione, se si limitasse a considerare soltanto le condotte sempre perfettamente rispettose delle regole del gioco; bisogna invece prendere atto che, nella foga della competizione, e per la stanchezza che a un certo punto, inevitabile, sopravviene, sia del tutto normale, comprensibile, prevedibile che verranno compiuti interventi, tenuti comportamenti, "incauti", fallosi. Escludere dall'ambito dell'autorizzazione, e quindi dell'esercizio del diritto, queste condotte equivarrebbe a ridurre lo sport autorizzato a un mero simulacro ⁽¹¹⁰⁾. Il diritto di giocare, di partecipare alla gara, comporta anche il diritto di commet-

(110) Si badi: non si tratta di autorizzare condotte incaute semplicemente sulla base del fatto che sia statisticamente probabile, o prevedibile, una loro commissione. Si tratta, piuttosto, di prendere atto della circostanza che non esiste gara sportiva nella quale non siano commessi falli: che è praticamente inevitabile, oserei dire, che qualche fallo verrà commesso, dato l'agonismo che necessariamente connota lo svolgimento del tipo di sport qui rilevanti, e dato anche il fatto che (ripeto: anche per la stanchezza che ad un certo punto sopravviene) è praticamente impossibile mantenere un assoluto controllo dei propri movimenti per tutta la durata di una gara.

tere un fallo, qualora questo rientri nel normale svolgimento del gioco. Il paradigma dell'esercizio di un diritto, in tal modo, riesce a spiegare la liceità penale di condotte che, essendo lievemente incaute, non si sottraggono invece ad un giudizio di colposità: e la cui liceità non si potrebbe dunque spiegare facendo ricorso alla teoria della colpa.

13. Sintesi.

L'art. 51 CP esprime il PED: ossia, una meta-norma la cui funzione è quella di risolvere il conflitto tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice. La soluzione del conflitto fornita dal PED consiste, in primo luogo, nel far sì che la norma extrapenale permissiva prevalga sulla norma incriminatrice, e che questa prevalenza assuma la forma di una preferenza applicativa della prima rispetto alla seconda, e pertanto di una esclusione degli effetti giuridici che deriverebbero da un'applicazione della norma incriminatrice (ossia, essenzialmente: esclusione dell'illiceità penale del fatto) a tutto beneficio del prodursi degli effetti giuridici propri della norma extrapenale permissiva. Tutte le volte che la realizzazione di *un'unica e medesima condotta* costituisca oggetto sia di un diritto extrapenale che di un divieto penale, quest'ultima qualificazione normativa deve cedere il passo alla prima: *il diritto di agire prevale sul divieto penale*.

Ma qual è l'ambito applicativo del PED? Esso, quale criterio di soluzione di antinomie (cosiddetta *efficacia diretta* del PED), trova essenzialmente applicazione in tutti i casi, di conflitto tra diritto e incriminazione, che non siano di incompatibilità assoluta: esso vale, cioè, a risolvere, nel senso della prevalenza della norma extrapenale permissiva, tutti i casi nei quali questa si trovi in un conflitto totale-parziale o parziale-parziale con una norma incriminatrice.

Riferito a questo tipo di antinomie, peraltro, il PED trova applicazione: *a)* sia nei casi nei quali il conflitto tra diritto e incriminazione non si potrebbe risolvere mediante gli ordinari criteri solutivi (o perché nessuno di questi criteri è applicabile, o perché all'antinomia si accompagna un conflitto tra criteri solutivi); *b)* sia nei casi nei quali l'applicazione degli ordinari criteri solutivi determinerebbe una soluzione diversa da quella derivante dal PED, ossia, la prevalenza della norma incriminatrice (ad es.: perché gerarchicamente sovraordinata, o speciale, o successiva rispetto a quella extrapenale permissiva); *c)* sia, infine, nei casi nei quali l'applicazione di qualcuno degli ordinari criteri solutivi comporterebbe che il conflitto sia risolto nella stessa direzione in cui lo risolve il PED (ossia: prevalenza della norma extrapenale permissiva).

Nei tre gruppi di casi, però, l'autonomia dell'efficacia giuridica del PED

si apprezza per *ragioni diverse*. Nel primo gruppo di casi, il PED permette di risolvere in maniera univoca un conflitto altrimenti insolubile (il fatto è scriminato, e quindi penalmente lecito). Nel secondo gruppo di casi, il principio ha l'effetto di sovvertire (quello che altrimenti sarebbe) l'esito del conflitto (il fatto è scriminato, e non penalmente illecito: anche quando, ad es., il diritto trovi la propria fonte in una consuetudine o in una autorizzazione amministrativa). Nel terzo gruppo di casi, infine, il PED fa sì che la prevalenza della norma permissiva si produca in *modo*, in *forma*, diversi rispetto al modo in cui esso si produrrebbe in base al funzionamento di qualcuno degli altri criteri: preferenza applicativa, e quindi *scriminazione*, anziché invalidazione (applicando il criterio gerarchico) o abrogazione (applicando il criterio cronologico); il che rileva, soprattutto, allorché si tratti di decidere il conflitto tra un divieto penale e un diritto costituzionalmente riconosciuto.

Sezione III
EFFETTI GIURIDICI

SOMMARIO: 14. L'efficacia scriminante del PED: il PED come "trasformatore" e come "rafforzatore" di liceità. – 15. L'efficacia "irradiante" del PED: l'esercizio mediato del diritto. Liceità penale degli interventi medico-chirurgici e della cosiddetta eutanasia passiva consensuale. – 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, *offendicula*.) – 17. La "non impedibilità" dell'esercizio di un diritto e il cosiddetto perimetro di protezione dei diritti. – 18. (*Segue*) Il contenuto dei diritti esercitabili. – 19. (*Segue*) Non impedibilità e legittima difesa. – 20. Esercizio di un diritto e interferenze giustificate: conflitti tra scriminanti? – 21. Sintesi.

Stabilite quali sono le possibili applicazioni del PED, non rimane che cercare di capire più da vicino quale sia l'efficacia giuridica del principio: quali effetti giuridici comporti l'applicabilità dell'esimente in termini di qualificazione giuridico-penale della condotta costituente esercizio del diritto.

14. *L'efficacia scriminante del PED: il PED come "trasformatore" e come "rafforzatore" di liceità.*

Che la norma extrapenale permissiva prevalga su quella incriminatrice significa che la prima si applica in luogo della seconda. Ciò comporta che *l'intero complesso della qualificazione giuridica del fatto, contenuto nella norma*

extrapenale permissiva, viene, per così dire, traghettato in ambito penalistico, e si applica ad esclusione della qualificazione giuridica che deriverebbe dall'applicazione della norma incriminatrice. La realizzazione della condotta, in sintesi, anche agli effetti del diritto penale, costituisce esercizio di un diritto; è qualcosa che il soggetto ha, anche agli effetti del diritto penale, un diritto di fare.

Ciò comporta che, rispetto alla condotta costituente esercizio del diritto: *a)* non si producano gli effetti giuridici propri della norma incriminatrice, *b)* e trovino invece esclusiva realizzazione gli effetti giuridici della norma extrapenale permissiva.

14.1. I due aspetti sono, evidentemente, combinati.

La posizione giuridica che definiamo “diritto di agire”, già sappiamo, è una posizione giuridica complessa, che consiste nell'intrecciarsi, a favore di un'unica condotta, di una pluralità di posizioni giuridiche specifiche. Riandando schematicamente a quanto detto *supra* (Parte Prima, § 3), un diritto di agire consiste in una libertà bilaterale, che ne rappresenta il nucleo significativo, e in un guscio protettivo di questa libertà, costituito da una serie di posizioni giuridiche ulteriori poste in funzione ancillare e protettiva rispetto alla libertà stessa.

La libertà che costituisce il nucleo del diritto di agire è sempre una libertà *specificamente* giuridica: il permesso di cui essa consiste è pur sempre un permesso che proviene da uno specifico settore dell'ordinamento giuridico, e cioè da quel settore dell'ordinamento al quale appartiene la norma permissiva che lo contiene. La liceità giuridica fondata da una norma permissiva extrapenale, dunque, è sempre, in origine, una liceità giuridica *specificamente* extrapenale

(¹¹¹): la liceità giuridica direttamente fondata da una norma permissiva di diritto civile, ad es., è (almeno originariamente) una liceità civilistica, liceità “per il diritto civile”, esclusione delle conseguenze giuridiche di un illecito civile.

Su tale presupposto, il PED funziona innanzitutto, e caratteristicamente, come una sorta di “trasformatore” di liceità extrapenale in liceità penale: effetto del principio, sul piano della qualificazione della condotta costituente esercizio del diritto, è innanzitutto la “trasformazione” di una liceità originariamente extrapenale in liceità (anche) penale. La funzione del PED è, cioè, quella di rendere (anche) penalmente lecito (scriminato) un fatto già extrapenalmente lecito (¹¹²).

14.2. La liceità penale dell'esercizio di un diritto, garantita dal PED, è, poi, una liceità, per così dire, “rafforzata”. Secondo quanto visto nel corso della Sez. II (e in part. nei §§ 6, 7, 8), infatti, il principio rende penalmente lecito l'esercizio del diritto anche quando il diritto esercitato sia riconosciuto o attribuito da una norma che, in forza degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie, sarebbe destinata a soccombere nei confronti della norma incriminatrice.

Il PED sancisce dunque che, tutte le volte che il conflitto tra diritto e incriminazione sia risolto con decisione

(111) L'unica eccezione a questo ragionamento è rappresentata, probabilmente, dal caso dei diritti costituzionali (o, più in generale, dei diritti fondamentali: penso al sistema dei diritti CEDU), che per loro natura, tendenzialmente, non sono riferibili ad uno specifico settore dell'ordinamento, ma piuttosto proiettano la loro ombra sul sistema giuridico nel suo complesso, standone – in qualche modo – a fondamento.

(112) Nel senso di: oggetto di una norma extrapenale permissiva.

caso per caso, contingente ⁽¹¹³⁾, a prevalere debba essere il diritto. Il diritto di agire, in questo modo, viene rivestito di una sorta di “immunità applicativa”, che si esprime, cioè, nei confronti dei giudici penali ⁽¹¹⁴⁾; in forza del PED, questi mancano infatti del potere giuridico di qualificare penalmente illecita la condotta esercizio del diritto, anche quando tale condotta sia penalmente tipica e il diritto esercitato sia attribuito o riconosciuto da una norma (extrapenale) che, alla luce degli ordinari criteri solutivi, sarebbe destinata a soccombere rispetto alla norma incriminatrice applicabile: dato per esistente il PED, costituirebbe, dunque, una errata applicazione del diritto, una decisione giuridicamente censurabile, quella con cui un giudice qualificasse come penalmente illecita la condotta di un imputato che rappresenti esercizio di un diritto; e ciò anche quando il giudizio derivi dall’applicazione di una norma incriminatrice che, in forza degli ordinari criteri solutivi, dovrebbe prevalere su quella extrapenale permissiva.

Neanche l’introduzione di una norma penale proibitiva, che pure abbia lo scopo di incriminare una condotta esercizio di un diritto, sarebbe dunque sufficiente a rendere questa stessa condotta penalmente illecita: almeno finché all’incriminazione della condotta non si accompagnasse una eliminazione della disposizione attributiva del diritto

(113) Su questo concetto, v. Parte Prima, § 14.1.2.

(114) Non, invece, nei confronti del legislatore – che, nei limiti di una compatibilità costituzionale della scelta, può certamente decidere di abrogare (totalmente o parzialmente: purché espressamente) la norma permissiva in conflitto con un divieto penale (così risolvendo il conflitto a favore di quest’ultimo) –, né nei confronti della Corte costituzionale – che, ricorrendone i presupposti, potrebbe dichiarare incostituzionale una certa norma permissiva, in conflitto (direttamente) con un divieto penale (e indirettamente con un principio costituzionale).

(ad es., mediante sua abrogazione esplicita o, ricorrendone i requisiti, invalidazione per illegittimità costituzionale).

15. *L'efficacia irradiante del PED: l'esercizio mediato del diritto. Liceità penale degli interventi medico-chirurgici e della cosiddetta eutanasia passiva consensuale.*

Il PED ha, poi, anche un peculiare effetto “di irradiazione”: in certi casi esso può infatti valere a rendere (penalmente) lecita anche la condotta con cui un soggetto eserciti un diritto (non proprio ma) altrui.

Intendo qui riferirmi, non tanto alla generica efficacia che si potrebbe riconoscere all'esercizio di un diritto qualora lo si ritenesse costituire una “circostanza oggettiva di esclusione della pena” ai sensi dell'art. 119 CP; quanto, piuttosto, ad una certa categoria di casi, definibili di “esercizio mediato di un diritto”, e nei quali – come cercherò tra breve di mostrare – l'effetto scriminante del diritto, a beneficio di un soggetto che non ne sia titolare, discende, in sostanza, proprio dalla natura *mediata* dell'esercizio: ossia, dal fatto che l'*extraneus*, il soggetto “non titolare”, realizzi la sua condotta “per conto” del titolare del diritto, e in questo modo renda possibile la soddisfazione del diritto stesso.

Parlando di esercizio mediato del diritto, mi riferisco, in particolare, a quei casi nei quali la realizzazione del contenuto di un diritto (la soddisfazione dell'interesse a questo sotteso), per avvenire in maniera adeguata, richiede necessariamente l'intervento, l'opera, di un soggetto diverso dal relativo titolare e munito di capacità o competenze specifiche da questi non possedute: casi nei quali il titolare del diritto non sarebbe in grado da solo – per mancanza di capa-

cità fisiche o tecniche – di ottenere una (adeguata) realizzazione del proprio diritto, e deve quindi per forza di cose affidarsi a terzi soggetti che quelle capacità invece posseggano. Casi caratterizzati, dunque, da una sorta di *dipendenza* del titolare del diritto da soggetti estranei che siano in possesso delle capacità fisiche o tecniche occorrenti per l'esercizio del diritto. L'attività di questi soggetti in questi casi vale, allora, come esercizio mediato del diritto da parte del titolare che non potrebbe altrimenti (ossia: *manu propria*) adeguatamente esercitarlo.

Usato in questi termini (e quindi concretizzato nel concetto di “esercizio mediato di un diritto”), a me pare che il PED possa contribuire a dare soluzione e classificazione dogmatica a vicende che, sotto questo profilo, appaiono invece particolarmente controverse.

15.1. Ho in mente, in particolare ⁽¹¹⁵⁾, il discusso problema della liceità penale dell'attività medico-chirurgica ⁽¹¹⁶⁾.

Sebbene questa attività sia socialmente e giuridica-

(115) Ma un'altra ipotesi riconducibile al paradigma dell'esercizio mediato del diritto potrebbe, forse, essere quella delle attività di difesa svolte dal difensore nell'interesse del proprio assistito: qui il difensore realizza condotte che consentono, al suo assistito, di esercitare mediatamente (ossia: suo tramite) il proprio diritto di difesa (garantito, come sappiamo, dall'art. 24 Cost.); che gli consentono di *difendersi*; cosicché a scriminare eventuali condotte penalmente tipiche del difensore sembra essere, innanzitutto (ossia: prima ancora che il diritto del difensore di svolgere la propria attività), il diritto che ha l'imputato di difendersi in giudizio, ed il suo esercizio che avvenga *mediante* l'opera del difensore.

(116) Per ragioni di sintesi, uso qui di seguito il sintagma “attività medico-chirurgica”, in termini impropri, riferendolo in realtà all'esercizio di tutte quelle competenze che possono entrare in gioco in relazione allo svolgimento dell'attività medico-chirurgica: non solo, quindi, in senso proprio, la condotta del medico chirurgo, ma anche quella dell'anestesista, dell'infermiere, ecc.

mente apprezzata ⁽¹¹⁷⁾, il suo svolgimento spesso richiede la realizzazione volontaria di pratiche particolarmente invasive, esse stesse lesive de (o pericolose per) l'integrità fisica o, più genericamente, la salute della persona: interventi medico-chirurgici, certe attività diagnostiche (come rettoscopia e gastroscopia), e così via. In casi di questo genere, non è facile negare che la pratica medica, che pure avvenga secondo le regole, possa, *essa stessa*, integrare, volta per volta, gli estremi di fattispecie incriminatrici, come quella delle lesioni personali (art. 582 CP). Bisogna, inoltre, considerare che allo svolgimento di questo tipo di attività possono *conseguire esiti* più o meno fausti (e finanche la morte del paziente), ai quali difficilmente si potrebbe disconoscere la qualità di eventi tipici ai sensi di qualche norma incriminatrice (come, ad es., di quella che reprime l'omicidio colposo).

La questione, per vero, è stata, ed è tuttora, ampiamente dibattuta ⁽¹¹⁸⁾.

Analogamente a quanto fatto, ad altro proposito, *supra* (§ 12.1), occorre anche qui distinguere i due casi ⁽¹¹⁹⁾: quello delle offese che *consistano nello* svolgimento dell'attività medico-chirurgica (ad es.: lesioni personali consistite nell'incisione delle carni del paziente col bisturi, o rimozione di qualche organo, o sofferenza cagionata nell'esecuzione di una rettoscopia); e quello degli eventi offensivi (esiti infausti o solo relativamente fausti) che *conseguano allo* svolgimento dell'attività medico-chirurgica (ad es.: morte del paziente, sofferenze post-operatorie). Di questa seconda classe di casi, e del modo in cui questi si ricordano col PED, mi occuperò specificamente più avanti

(117) V. ad es. VASSALLI (1997 a), 762 ss.

(118) Sul punto, da ultimo, VIGANÒ (2004), 140 ss.

(119) V. MANTOVANI (1966 a), 645.

(§ 16). Per adesso, mi limito a considerare i problemi sollevati dall'altra ipotesi.

15.1.1. Da alcuni autori si osserva, a questo riguardo, che, alla luce di una interpretazione teleologica della disposizione di cui all'art. 582 CP, il termine "malattia", che vi figura quale evento del reato, non potrebbe identificarsi con quelle, più o meno consistenti, "invasioni" del corpo del paziente che il medico effettui nel corso di un intervento complessivamente teso a migliorare le condizioni di salute di quello. «L'attività sanitaria,» insomma, non potrebbe «mai risultare aggressiva degli stessi beni per la cui conservazione e il cui accrescimento è consapevolmente organizzata e diretta: l'integrità fisica, la vita, la buona salute. L'eventuale pregiudizio di uno di questi beni, che sia connessa con la condotta causale del sanitario, si realizza nell'ambito di un'attività posta al servizio del *rispetto* dello stesso bene; perciò il dolore fisico, il rischio e la perdita della vita non giocano di per sé alcun ruolo per una rilevanza penale del fatto»⁽¹²⁰⁾.

Il ragionamento, tuttavia, pur carico di buon senso, non convince. L'idea che lo svolgimento di attività medico-chirurgica, pur oggettivamente e soggettivamente rivolta a tutelare la salute del paziente, non comporti mai, finché avvenga *lege artis*, una lesione penalmente rilevante di quei beni che, pur tuttavia, abbia eventualmente pregiudicato⁽¹²¹⁾, conduce all'esito, decisamente contro-intuitivo, di dover escludere un fatto di lesioni personali anche nel caso in cui il sanitario abbia effettuato l'inter-

(120) FIORE (1966), 126. V. anche BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI (1986), 361 e (con precisazioni) 408 ss.

(121) Così, ad es., anche ENGISCH (1958 a), 592; ID. (1958 b), 20.

vento senza il previo consenso informato del paziente ⁽¹²²⁾: con il conseguente rischio di non «apprestare una difesa sufficiente contro i pericoli di autonome iniziative del sanitario» ⁽¹²³⁾.

Né, d'altra parte, sembra proficuo attribuire al consenso informato del paziente il ruolo di causa implicita di esclusione della tipicità del fatto ⁽¹²⁴⁾: il consenso, invero, non ha nulla a che vedere con l'offensività tipica di un fatto di lesioni (o, ancor meno, di un fatto di omicidio) ⁽¹²⁵⁾, né quindi potrebbe escluderla: come è dimostrato dalla circostanza che le lesioni realizzate col consenso dell'offeso rappresentano un caso paradigmatico di consenso scriminante (come contrapposto al consenso de-tipizzante, o – stando ai concetti usati nella dottrina tedesca – accordo) ⁽¹²⁶⁾, e come è dimostrato, soprattutto, dalla circostanza che il consenso dell'ucciso non esclude affatto la rilevanza penale di un omicidio.

Tanto meno, si può far dipendere la sussistenza dell'«elemento oggettivo» del fatto di lesioni dall'esito (fausto, parzialmente o relativamente fausto, totalmente infausto) dell'operazione ⁽¹²⁷⁾: l'incarico che il sanitario assume all'atto di effettuare (o di partecipare ad) un intervento medico-chirurgico implica, infatti, una «obbligazione di mezzi», non di risultato; ciò cui egli si impegna (e di

(122) Nel qual caso potrebbe, tutt'al più, configurarsi una responsabilità per violenza privata (art. 610 CP) o per procurato stato di incapacità (art. 613 CP).

(123) Cfr. ROMANO (2004), 531 s. (*sub* art. 50/16).

(124) Così ROMANO (2004), 532 (*sub* art. 50/17).

(125) Che rispettivamente aggrediscono integrità fisica e vita della persona, non la sua libertà morale.

(126) V. ad es. BOCKELMANN, VOLK (1987), 101 ss. Più di recente, v. anche BERGELSON (2006), 58 ss.

(127) Così invece GRISPIGNI (1914), 470 ss.

cui potrà essere chiamato a rispondere), non è far guarire il paziente, ma curarlo bene, facendo dovuta applicazione delle leggi dell'arte medica ⁽¹²⁸⁾.

E neppure sembra cogliere nel segno la tesi per la quale «la *ratio* della non punibilità del medico [sarebbe] riconducibile esclusivamente a una eventuale *assenza di colpa*, laddove egli abbia agito nel rispetto delle *leges artis*» ⁽¹²⁹⁾. Questo modo di impostare il problema non considera che, in realtà, la questione della liceità penale del trattamento medico-chirurgico si pone, non soltanto in riferimento all'applicabilità di fattispecie colpose, ma anche in riferimento a quella di fattispecie dolose; si può dire, anzi, che i casi qui presi in considerazione (a differenza di quelli di cui tratterò più avanti: § 16) consistano paradigmaticamente nella realizzazione di offese perfettamente consapevoli e intenzionali: incisione delle carni, amputazione di un arto, estrazione di un dente, ecc., quando costituiscano l'oggetto di un trattamento medico, sono tutte "lesioni" volontariamente, *dolosamente*, provocate dal sanitario.

Oltre che penalmente tipici, poi, fatti di questo genere sono altresì difficili da scriminare mediante ricorso a istituti come il consenso dell'offeso, l'adempimento di un dovere, lo stato di necessità. O, quanto meno, è difficile trovare in uno di questi istituti una *ratio* unitaria ⁽¹³⁰⁾ che valga a spiegare complessivamente la liceità penale dell'attività medica svolta da soggetti abilitati, in presenza di condizioni legittimanti, e nel rispetto delle regole dell'arte. Ed infatti, «talora, come nelle ipotesi di necessità e di urgenza, l'intervento può essere lecito anche senza il consenso del paziente; [...] altre volte il consenso manca di ogni effica-

(128) Fondamentale, a riguardo, CRESPI (1955), 9-22.

(129) CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE (2007), 529.

(130) ALBEGGIANI (2007), 345.

cia scriminante per l'indisponibilità del bene o per l'incapacità del soggetto a validamente consentire; [...] altre volte, ancora, non ricorrono gli estremi dello stato di necessità; [...] in altri casi, infine, non sussistono le condizioni richieste per il sorgere del dovere professionale di intervenire» (131).

15.2. La materia trova una sistemazione complessiva più organica e coerente se la si attrae nell'orbita dell'esercizio del diritto (132).

Solitamente, però, quando si opta per questa soluzione sistematica, sembra ritenersi che la liceità del trattamento medico-chirurgico discenda dall'esercizio del *diritto del sanitario* di esercitare la propria professione. Si afferma: quella sanitaria è attività giuridicamente autorizzata; quando praticata da soggetti abilitati, in presenza delle condizioni legittimanti (ad es., prescritta abilitazione, consenso informato del paziente o necessità ed urgenza dell'intervento) (133), e nel rispetto delle regole dell'arte, essa costituisce esercizio di un diritto di agire, svolgimento di una condotta permessa in senso forte, positivamente liceizzata: il medico ha il diritto (e talora anche il dovere) di curare il proprio paziente, quando lo faccia in presenza di tutte le condizioni legittimanti; e ciò anche se lo svolgi-

(131) MANTOVANI (1966 a), 644; e più approfonditamente ID. (1974), 49 ss.

(132) Così MANTOVANI (1966 a), 645; ID. (1974), 53 ss.; PADOVANI (2006), 152 ss.; ZANOTTI (2001), 95 s.; ALBEGGIANI (2007), 346. Già prima, analogamente, CAVALLO (1939), 146; nonché molte delle tesi ricordate (criticamente) in GRISPIGNI (1914), 460 ss. *Contra*, ad es., (oltre a GRISPIGNI, cit.) LEONE (1970), 142 ss.

(133) Una esauriente ed "autorevole" indicazione di condizioni legittimanti lo svolgimento dell'attività medica si può ritrovare nella Convenzione di Oviedo (*sui diritti dell'uomo e la biomedicina*) del 1997, ratificata in Italia con l. n. 145 del 2001.

mento della sua attività, e quindi direttamente l'esercizio del diritto, implichi la produzione di un'offesa (ad es.: lesioni personali) a carico del paziente.

Benché corretto, però, questo ragionamento sembra ancora incapace di fornire una spiegazione soddisfacente della materia. Individuare, nel caso di specie, il fondamento della liceità della condotta nel diritto del sanitario di praticare la propria professione rischia infatti di apparire contro-intuitivo: una deformazione del sistema e della gerarchia effettiva dei valori in gioco. Vero è che l'attività medica è giuridicamente autorizzata e socialmente apprezzata; ma è evidente che ciò è dovuto, prima ancora che all'interesse del medico a svolgere la sua professione, al fatto che l'esercizio di questa professione costituisce uno strumento indispensabile per la tutela della salute del paziente: di un diritto fondamentale dell'individuo, quindi, e di un interesse della collettività (art. 32 Cost.)⁽¹³⁴⁾.

Qui, dunque, prima ancora che nel diritto del medico di svolgere la sua professione, va ricercata la vera e più profonda radice della liceità dell'attività medico-chirurgica: nella sua intrinseca strumentalità; e pertanto, nel suo costituire strumento (il più delle volte indispensabile, e comunque) adeguato alla realizzazione del diritto, che ciascuna persona ha, di curarsi e di farsi curare. I fatti tipici eventualmente realizzati dal medico nell'esercizio della propria attività sono scriminati, non tanto in ragione dell'interesse proprio del medico di esercitare la sua professione, quanto perché loro tramite è *il paziente stesso ad esercitare il proprio diritto di curarsi e farsi curare*; l'attività medico-chirurgica riceve, in tal modo, valore scriminante

(134) Fondamentale MANTOVANI (1974), 49, 53 ss. V. anche ALBEGGIANI (2007), 345.

dalla sua stessa strumentalità: in quanto esercizio *mediato* del diritto alla salute del paziente.

15.2.1. L'idea sottesa all'istituto dell'esercizio *mediato* è, dunque, che *dominus* morale della vicenda sia piuttosto il titolare del diritto che non l'autore della condotta che ne costituisce materialmente esercizio. Nel nostro caso, cioè, la condotta del sanitario deve poter essere imputata al paziente, come esercizio (o contributo all'esercizio, condizione dell'esercizio) del suo diritto di curarsi e farsi curare.

Il che dipende, essenzialmente, da due circostanze: una oggettiva, l'altra soggettiva.

In primo luogo, come accennavo, la condotta dell'*extraneus* deve avere, all'interno della vicenda, un significato obiettivamente strumentale all'esercizio dell'altrui diritto: la condotta del medico deve essere obiettivamente funzionale alla tutela della salute del paziente. È la sua natura di strumento (per la soddisfazione di un diritto altrui) a possedere infatti, agli effetti della scriminante, rilievo giuridico assorbente, preminente.

Inoltre, almeno in linea di principio, la condotta materiale realizzata dal soggetto "non titolare" costituisce esercizio mediato del diritto a condizione che essa sia anche, direttamente o indirettamente, riconducibile ad una conforme volontà del titolare del diritto di curarsi e farsi curare. Ed infatti, per *regola generale* ⁽¹³⁵⁾, "un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato"; e, correlativamente, "la persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio con-

(135) Richiamo, qui di seguito, le regole della Convenzione di Oviedo, la quale, come detto, contiene una indicazione esaustiva delle condizioni di legittimità degli interventi medico-chirurgici.

senso” (art. 5, Convenzione di Oviedo).

Né il ragionamento – la validità del ricorso al paradigma dell’esercizio mediato del diritto – appare inficiato dal fatto che, talora, sia possibile effettuare un intervento medico-chirurgico anche in assenza di un effettivo, attuale, consenso del paziente.

Questo può, infatti, accadere solo in casi eccezionali (ad es.: artt. 6, 7, 8, Convenzione di Oviedo), nei quali sia impossibile (per incapacità fisica o psichica del titolare del diritto) ottenere la valida espressione di un tale consenso. Le eccezioni in questione hanno, inoltre, caratteristiche tali da far sì che alla mancanza di un valido ed attuale consenso del paziente si sopperisca con meccanismi e accorgimenti comunque riconducibili all’idea dell’esercizio mediato del diritto alla salute.

a) Ora, infatti, si tratta di compiere “*intervent[i] medic[i] indispensabil[i] per il beneficio della salute della persona interessata*” (art. 8, Conv. Oviedo): caratterizzati, cioè, da una tale necessità e da una tale urgenza, da rendere ragionevole presumere che la relativa effettuazione *lege artis*, essendo conforme al miglior interesse del paziente, ne incontrerebbe il consenso, se questi potesse consapevolmente esprimerlo. E comunque occorre sempre tenere in considerazione eventuali desideri dal paziente precedentemente espressi (ad es.: art. 9, Convenzione di Oviedo): con la conseguenza che il medico dovrebbe astenersi dall’intervento se potesse legittimamente, ragionevolmente, confidare nel fatto che, al riguardo, perduri nel tempo un eventuale previo, e valido, dissenso dell’interessato ⁽¹³⁶⁾.

Detto altrimenti: è vero che in questi casi l’effettuazio-

(136) Su questo tipo di problematica – pur in riferimento al caso della interruzione di trattamenti sanitari (su cui v. *infra* § 15.3) – v. ad es. Cass. civ., I, 04.10.2007, n. 21748. V. anche Cass. civ., III, 15.01.2007, n. 4211.

ne dell'intervento non può essere moralmente imputata alla volontà del paziente; non si può dire che questi sia, in senso proprio, il *dominus* morale della vicenda. E, ciò nondimeno, l'effetto di scriminazione va comunque ricondotto all'idea dell'esercizio, da parte del medico, di un diritto altrui (ossia: del paziente), al fatto cioè che il medico, praticando l'intervento in presenza delle condizioni date, realizza il (contribuisce all'esercizio del) diritto alla salute del paziente, del diritto, che questi ha, di essere curato. Il ricorso allo schema dell'esercizio mediato del diritto, qui, è bensì una finzione, ma estremamente realistica: poiché, se al medico è attribuito il potere (e talora il dovere) di esercitare il diritto di cura del paziente, pur nell'impossibilità per questi di consentirvi, è perché, salvo prova del contrario, occorre credere che una persona sia favorevole all'effettuazione di attività che vadano a tutto beneficio della propria salute.

b) In altri casi, invece, si tratta di interventi alla cui effettuazione può validamente, legittimamente, consentire il rappresentante dell'incapace: e in questo caso, essendo l'esercizio (non la titolarità, ovviamente) del diritto alla salute dell'incapace concretamente rimesso al suo rappresentante, il previo consenso di questi costituisce condizione ("sostitutiva") di legittimità dell'intervento: *dominus* della vicenda, dunque, pur non essendo il paziente, è pur sempre il soggetto (rappresentante) al quale spetta l'esercizio (anche mediato) del diritto alla salute del paziente. Anche qui, inoltre, quando il paziente sia un minore che, "secondo la legge, [...] non ha la capacità di dare consenso a un intervento," il suo parere va comunque "preso in considerazione come un fatto sempre più determinante, in funzione della sua età e del suo grado di maturità" (art. 6, secondo comma, secondo alinea).

15.2.2. Attraverso il ricorso alla figura dell'esercizio mediato del diritto è allora possibile affermare che *la condotta materiale realizzata dall'autore immediato* è tale, che lo stesso titolare del diritto l'avrebbe compiuta, se avesse avuto le capacità fisiche o tecniche per farlo: che la condotta gli appartiene moralmente; e che quindi, da un punto di vista morale e giuridico, la realizzazione di essa da parte del sanitario può venire considerata come *uno strumento del quale il paziente si serve per esercitare il proprio diritto alla salute*.

Il paziente, insomma, esercita il proprio diritto alla salute attraverso la condotta del sanitario; e, correlativamente, questi, con la propria condotta, esercita il diritto alla salute del paziente: contribuisce all'esercizio di questo diritto, rende possibile al paziente esercitarlo.

Il PED permette, in questo modo, di spiegare (sotto forma di esercizio mediato del diritto) la liceità penale dell'attività medico-chirurgica, quando questa si estrinsechi in condotte penalmente tipiche.

Allo stesso risultato non si arriva, invece, ricorrendo ad istituti per certi versi analoghi quali il consenso dell'offeso o l'adempimento di un dovere.

L'esercizio mediato del diritto, come visto, permette ad es. di spiegare anche ipotesi nelle quali manchi un consenso attuale del paziente: qui è il medico che, ricorrendone le condizioni, "d'imperio" (e pur sempre tenendo in considerazione desideri precedentemente espressi dal titolare del diritto), si prende la responsabilità di esercitare il diritto alla salute del paziente.

Né il concetto di esercizio mediato del diritto è riducibile all'adempimento di un dovere, dal momento che, normalmente (salvi, ad es., i casi nei quali risultino appli-

cabili l'art. 328 CP o l'art. 593 CP), il medico non ha alcun obbligo di eseguire il trattamento sanitario ⁽¹³⁷⁾.

15.3. L'istituto dell'esercizio mediato del diritto può inoltre funzionare anche in rapporto ad altri casi problematici. Di particolare interesse, ad es., l'uso che se ne può fare allorché si tratti di fondare la liceità penale della (di talune ipotesi di) cosiddetta "eutanasia passiva consensuale" ⁽¹³⁸⁾.

In realtà, in questa nozione unitaria vengono usualmente ricondotte due grandi tipologie di vicende che, fermo il comune requisito della "consensualità" (ossia: della presenza di un consenso attuale e consapevole del paziente), dal punto di vista del trattamento giuridico vanno nettamente distinte: *a)* da un lato si collocano i casi "strutturalmente omissivi", nei quali, cioè, il sanitario si limita a *non intraprendere* un trattamento dal quale dipenda la possibilità che il paziente sia artificialmente mantenuto in vita; *b)* dall'altro, i casi "strutturalmente commissivi", nei quali invece il sanitario è chiamato ad intervenire attivamente per *interrompere* un trattamento, che è già in corso, grazie al quale il paziente è artificialmente mantenuto in vita.

Orbene, nei casi del primo tipo, la liceità penale della condotta del medico può senz'altro essere ricostruita in termini di atipicità. Di "omissione", qui, (e quindi di omicidio del consenziente in forma omissiva o di omissione di

(137) Per alcune notazioni sul punto, v. per tutti PORTIGLIATTI BARBOS (1990), 26 ss.

(138) Sul concetto, e per la sua distinzione da altre forme di eutanasia, v., tra gli altri, MANTOVANI (1990), 427 ss.; SEMINARA (1995), 678 ss.; EUSEBI (1995), 733; GIUNTA (1997), 89; MONTICELLI (1998), 477 ss.; STORTONI (2000), 482 s.; MAGRO (2001), 133 ss.; CANESTRARI (2003), 754 ss.

soccorso) non è proprio il caso di parlare: l'effettuazione di un trattamento sanitario, si è visto, in linea di massima è legittima solo se avvenga col consenso (attuale e consapevole) del paziente; il che correlativamente implica che, in linea di massima, un trattamento sanitario non sarebbe legittimamente praticato in presenza di un dissenso, consapevole e attuale, del paziente ⁽¹³⁹⁾. Detto altrimenti, il diritto di curarsi (di cui all'art. 32 Cost.) è, nel proprio nucleo, una libertà bilaterale: diritto di curarsi e diritto di *non* curarsi rappresentano le due facce della stessa medaglia ⁽¹⁴⁰⁾; il diritto di rifiutare le cure costituisce, di conseguenza, il correlativo del consenso come condizione di legittimità dell'attività medico-chirurgica. Questo, nel nostro caso, comporta che, in presenza di una richiesta attuale e consapevole del paziente a che non sia intrapreso un certo trattamento (per quanto "salvavita"), il sanitario non abbia un obbligo giuridico di intervenire, ed anzi abbia l'obbligo giuridico di astenersi dall'intervenire.

Diversi, invece, sono i casi del secondo tipo. Qui, la condotta che si imputa al sanitario – nonostante taluni tentativi dottrinali di ricostruirla in termini omissivi ⁽¹⁴¹⁾ – è propriamente una condotta commissiva ⁽¹⁴²⁾: ossia, una condotta con la quale il sanitario interviene attivamente (ad es.: staccando il respiratore od altro macchinario che mantenga artificialmente in vita il paziente) ad innescare il processo causale che poi condurrà al verificarsi della morte.

(139) V., per tutti, SEMINARA (1995), 694.

(140) Il che discende, non solo dall'art. 32 Cost. (che tra l'altro, al secondo comma, esclude, in linea di principio, la legittimità di trattamenti sanitari obbligatori), ma anche da altri principi costituzionali, come l'inviolabilità della libertà personale (art. 13) e della dignità umana (art. 2).

(141) V. ad es. STELLA (1984), 1017; VIGANÒ (2007 b), 7, 10.

(142) Esattamente DONINI (2007), 909 ss.; PULITANÒ (2007 b), 1201 s.

Si tratta, dunque, di una condotta tipica (in particolare, ai sensi dell'art. 579 CP: omicidio del consenziente). Si tratta, inoltre, di una condotta che non costituisce adempimento di un dovere⁽¹⁴³⁾: anche ammessa l'esistenza di un «dovere del (sistema) sanitario di ottemperare alla richiesta»⁽¹⁴⁴⁾ del paziente, ciò non toglie che il (singolo) sanitario non abbia invece alcun obbligo giuridico di interrompere il trattamento, quando questo sia stato lecitamente intrapreso⁽¹⁴⁵⁾. Pur in presenza di una richiesta esplicita e consapevole del paziente, il sanitario può certamente (ha il diritto di, gli è lecito) rifiutarsi di *ucciderlo* interrompendo il trattamento, lecitamente attivato, che lo mantenga artificialmente in vita (cosiddetta “obiezione di coscienza”)⁽¹⁴⁶⁾.

E, pur tuttavia, la condotta del sanitario che, invece, accogliesse la richiesta del paziente sarebbe senz'altro una condotta penalmente lecita: ancora una volta, però, lo sarebbe in quanto esercizio mediato di un diritto; in quanto essa costituisca, cioè, lo strumento materiale attraverso il quale il paziente, fisicamente o tecnicamente incapace di farlo, è messo in condizione di esercitare il proprio diritto di rifiutare le cure⁽¹⁴⁷⁾.

(143) Così, invece, DONINI (2007), 913 ss.; PULITANÒ (2007 b), 1202 ss.; VALLINI (2008), 71 s.

(144) DONINI (2007), 914.

(145) Diverso, evidentemente, sarebbe il caso in cui lo stesso sanitario avesse in precedenza attivato il trattamento contro il consenso esplicito e consapevole del paziente: qui, il sanitario che abbia illecitamente cominciato la “cura” ha anche l'obbligo di interrompere lo “stato antigiuridico” instaurato con l'attivazione coattiva del trattamento.

(146) Lo riconosce lo stesso DONINI (2007), 914. Già in precedenza, ad es., SEMINARA (1995), 696; CANESTRARI (2003), 764 s.

(147) Analogamente, parrebbe, MANTOVANI (1990), 427 («Per quanto riguarda l'eutanasia passiva consensuale, o volontaria, in realtà si tratta di un rifiuto delle cure da parte del paziente. Sicché essa deve considerarsi lecita non in base ad un potere del medico di lasciare morire, bensì e soltanto in base ad un

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, offencicula.)*

L'esercizio di un diritto costituisce, inoltre, uno dei (possibili) fondamenti del cosiddetto rischio consentito (meglio: rischio lecito, permesso). Per definizione, infatti, i rischi tipicamente connessi all'esercizio di un diritto di agire sono rischi giuridicamente leciti: rischi che, almeno dal punto di vista della norma che attribuisce il diritto di agire, si ha il diritto di creare ⁽¹⁴⁸⁾.

Come noto, una delle obiezioni più frequentemente, e fondatamente, mosse contro il riconoscimento del "rischio consentito" quale istituto giuridico autonomo fa leva su ciò, «che esso, in quanto concetto formale, non fornisce alcuna indicazione sul perché sia consentito comportarsi in modo pericoloso» ⁽¹⁴⁹⁾.

In realtà, il concetto di "rischio consentito" ⁽¹⁵⁰⁾ non è altro che un'espressione di sintesi, al di sotto della quale risiede un'idea più complessa e compiuta: consentito o non

diritto del soggetto di non curarsi e di lasciarsi morire»), il quale, però, nella prosecuzione del ragionamento, sembra tornare all'idea che in tal caso manchi un'omissione penalmente rilevante.

(148) Sia chiaro. L'esercizio del diritto non esaurisce affatto il novero dei possibili fondamenti della (eventuale) liceità di un rischio. Volendo adottare la tripartizione, suggerita da Jürgen Wolter [(1996 a), 13 ss.; (1999), 13], tra rischi leciti in quanto "permessi" (*erlaubte Risiken*), rischi leciti in quanto "socialmente abituali, o comunque accettati" (*sozialübliche, sozialakzeptierte Risiken*), e rischi leciti in quanto "minimali" (*minimale Risiken*), la liceità dei rischi derivanti dall'esercizio di un diritto riempie (e neppure integralmente) solo una (la prima) di queste tre categorie.

(149) Così, ad es., MAIWALD (1993), 180.

(150) Su cui v., per tutti, PREUB (1974); MILITELLO (1988); SCHÜRER-MOHR (1998).

consentito, lecito o illecito, non è mai il rischio in quanto tale, ma piuttosto la condotta da cui esso si origina; non esiste una cosa come un “rischio *in sé* consentito”⁽¹⁵¹⁾: un rischio può dirsi consentito sempre e soltanto se esso si origina da una condotta lecita; “rischio consentito” significa rischio tipicamente connesso al compimento di una condotta lecita⁽¹⁵²⁾; i rischi tipicamente connessi al compimento di condotte lecite sono rischi giuridicamente leciti, consentiti: sono rischi che è lecito creare in quanto è lecito compiere la condotta da cui essi tipicamente si originano.

Tenendo a mente questo, si può allora cominciare a rispondere a quell'interrogativo che il concetto di rischio consentito, di per sé, lascia invece insoluto: perché mai la creazione di certi tipi di rischio è giuridicamente consentita? Una prima, parziale, risposta può essere, appunto, questa: perché essi sono tipicamente connessi al compimento di condotte lecite; perché essi si originano, in maniera necessaria o comunque socialmente accettata, da condotte che è lecito compiere.

In questo modo, la questione del fondamento della liceità di un rischio si sposta su di un piano ulteriore, e assume la forma di quest'altra domanda: perché, per quale ragione, certe condotte sono giuridicamente lecite, anche se alla loro realizzazione è tipicamente connessa la creazione di rischi a carico di beni socialmente e giuridicamente rilevanti?

Se nel rispondere a quest'ulteriore domanda assumiamo il punto di vista del diritto penale, e cerchiamo in so-

(151) «[I]nfatti, il puro pericolo, in sé stesso, non sopporta né la qualifica di liceità, né quella di illiceità» [PAGLIARO (1992), 801 s.].

(152) V. PAGLIARO, *op. loc. ult. cit.*, per la notazione, speculare, per cui «la dizione “rischio illecito” non è se non una forma contratta per indicare il “rischio prodotto da una condotta illecita”».

stanza di capire come mai possa essere penalmente lecita una condotta che pure abbia creato il rischio (poi effettivamente realizzatosi) che si verificasse un evento tipico⁽¹⁵³⁾, il novero delle possibili risposte inevitabilmente cresce.

Qui non interessa più di tanto indagare tutte queste possibili risposte: ossia, tutte le ragioni per cui è possibile che una condotta rischiosa e generatrice di eventi penalmente tipici possa essere, ciò nondimeno, penalmente lecita.

Interessa, piuttosto, mettere in evidenza che proprio il PED, costituisce una di queste ragioni: la condotta, cui pure sia tipicamente connessa la creazione del rischio che si verifichi un evento penalmente tipico, è, ciò nondimeno, (anche penalmente) lecita tutte le volte che essa costituisca esercizio di un diritto (PED). La produzione di un evento (penalmente) tipico, pertanto, è penalmente lecita quando essa costituisca *conseguenza socialmente adeguata, socialmente preventivata*, dell'esercizio di un diritto: quando essa, cioè, rappresenti concretizzazione di un rischio tipicamente connesso al compimento di una condotta oggetto di un diritto di agire. Il verificarsi di un evento penalmente tipico, a concretizzazione del rischio creato da una certa condotta, non vale a rendere quest'ultima ("retroattivamente") illecita, se la condotta costituiva esercizio di un diritto e il rischio concretizzatosi nell'evento era un rischio tipicamente, normalmente, connesso al compimento di essa: se il soggetto aveva dunque *il diritto* di tenere la condotta rischiosa, eppertanto *di creare quel rischio* poi concretizzatosi nell'evento infausto conseguitone.

(153) Ossia: un evento previsto nella fattispecie di una norma incriminatrice, un evento che l'esistenza di una norma incriminatrice mirava ad evitare.

16.1. Ma qual è, più in dettaglio, il meccanismo attraverso cui il PED si pone quale possibile fondamento della liceità penale di certi rischi (*rectius*: di certe condotte rischiose)?

Per rispondere a questa domanda, partiamo da alcuni assunti elementari. Ogni condotta, costituendo il modo attraverso il quale le persone interferiscono col mondo esterno, sta all'origine di una serie indefinita di linee causali, e quindi, potenzialmente, crea dei rischi, per chi la compie o per gli altri: porta, cioè, con sé la possibilità che le conseguano anche eventi indesiderabili. Questo è a maggior ragione vero per le condotte che costituiscono oggetto di diritti di agire: e infatti, normalmente, l'esistenza di una norma permissiva, che appositamente autorizzi, permetta, la realizzazione di una condotta, trova una delle proprie ragioni proprio nel fatto che la condotta autorizzata è (ritenuta) in grado di produrre (anche) conseguenze indesiderabili, conseguenze negative dal punto di vista dell'ordinamento; il che la renderebbe una probabile candidata a costituire l'oggetto di divieti giuridici, se essa non fosse appositamente autorizzata. Molto spesso, insomma, l'attribuzione di un diritto di agire ha la funzione di garantire giuridicamente la realizzazione di condotte portatrici di un certo margine di offensività (in quanto pericolose o dannose), e che, pure, per ragioni che qui non interessa più di tanto indagare, si ritiene che debbano poter essere compiute ⁽¹⁵⁴⁾: emblematico è il caso di quelle condotte rischiose che, ciò nondimeno, presentino un certo grado di utilità sociale (ad es.: traffico automobilistico, attività medica, attività sportiva).

(154) V. *supra*, Parte Prima, § 26.3.1.

Quid iuris nel caso in cui, a concretizzazione di un rischio tipicamente connesso all'esercizio di un diritto, si realizzi un fatto penalmente tipico, sussumibile, cioè, nella fattispecie di una norma incriminatrice?

A verificarsi, anche in tal caso, è un'antinomia (del tipo parziale-parziale, o eventuale): un conflitto tra la norma incriminatrice che, rendendo illecita la produzione di un certo evento, vieta di realizzare condotte che possano condurre alla produzione dell'evento (vieta, cioè, di agire in modo da creare il rischio che tale evento si verifichi) ⁽¹⁵⁵⁾; e la norma extrapenale permissiva che riconosca o attribuisca il diritto di compiere una di quelle condotte, e quindi, implicitamente, attribuisce anche il diritto di creare quei rischi che ad essa siano tipicamente connessi.

Dato questo conflitto, il PED dispone che a prevalere sia il diritto di agire, cosicché, anche penalmente, la condotta che ne costituisce esercizio andrà qualificata come oggetto di un diritto e non come illecito; è dunque del tutto naturale che le conseguenze infauste che derivassero a concretizzazione di rischi tipicamente connessi all'esercizio del diritto rimangano comunque, anche per il diritto penale, esito (infausto) di una condotta che, ciò nondimeno (ossia: per quanto rischiosa), il soggetto aveva il diritto di tenere: frutto, materializzazione di rischi che il soggetto, anche per il diritto penale, aveva tutto il diritto di attivare. L'esito infausto costituisce, insomma, concretizzazione di un rischio (anche penalmente) lecito, il frutto di una condotta che, nonostante tutto (ossia: nonostante la sua potenziale lesività), si è mantenuta nei limiti del rischio consentito: esso, di conseguenza, non potrebbe venire imputa-

(155) MÜLLER (1912), 22 ss.; ENGISCH (1931), 52 ss.; RUDOLPHI (1978), 81; DONINI (1989), 612 ss.

to come illecito all'autore della condotta, né quindi condurre ad una valutazione del fatto come illecito penale.

16.2. Questo ragionamento costituisce un'ovvia, naturale, implicazione del PED. Se infatti (la creazione o l'aumento di) un certo tipo di rischio è tipicamente, normalmente, connesso all'esercizio di un certo diritto (ossia: alla realizzazione della condotta oggetto di un diritto di agire), considerare penalmente illecito questo rischio – e la produzione dell'evento in cui esso si concreti – significherebbe, nella sostanza, vietare penalmente questo stesso esercizio, rendere, cioè, (normalmente) impossibile esercitare in maniera penalmente lecita il diritto in questione ⁽¹⁵⁶⁾.

Ancora una volta, non ci troviamo di fronte ad un problema “logico”, ma ad un problema “di valore”. Considerare penalmente illecito un rischio necessariamente, o comunque tipicamente, connesso all'esercizio di un diritto, e quindi anche la produzione dell'evento che di quel rischio costituisca realizzazione, di fatto significherebbe vietare penalmente, e quindi rendere penalmente illecito, lo stesso esercizio del diritto: il che contrasterebbe con il PED.

D'altra parte, se è riconosciuto il diritto di realizzare una condotta che tipicamente porta con sé alcuni rischi, vuol dire che la creazione di questi rischi – e quindi la possibilità che si verifichino eventi infausti a concretizzazione di questi rischi – è considerata dal sistema un costo socialmente (e giuridicamente) adeguato, tollerabile, soste-

(156) Ragionamenti di questo genere sono “di casa” nella teoria della colpa, e in particolare nell'ambito della spiegazione del significato dell'istituto del “rischio consentito” nell'imputazione dei reati colposi. Molto bene (pur esprimendosi nei termini, criticabili, di una “contraddizione” che si verrebbe altrimenti a creare all'interno dell'ordinamento), Marcello GALLO (1960), 640. Sostanzialmente nello stesso senso, tra altri, FIORE (1966), 169 ss.; PAGLIARO (2007), 110 ss.

nibile: che si tratta di rischi che, tutto sommato, è preferibile correre (finché la loro produzione si mantenga nei limiti della condotta esercizio di un diritto), per riceverne in cambio il beneficio di consentire, ai rispettivi titolari, l'esercizio di un proprio diritto, e far sì che eventualmente ne derivino anche ulteriori effetti in termini di utilità sociale.

16.3. Così inteso, il PED permette di risolvere, e impostare in maniera unitaria, alcune ipotesi di dubbia classificazione. Esso permette, ad es., di spiegare:

a. perché mai la morte (od altro esito infausto a carico) del paziente non sia imputabile, come illecito penale, al chirurgo che, pure, l'abbia causata nel corso di un intervento chirurgico, quando il verificarsi dell'evento infausto costituisca un rischio tipicamente connesso allo svolgimento dell'intervento, e questo sia stato effettuato in presenza di tutte le condizioni legittimanti ⁽¹⁵⁷⁾;

b. perché mai non sia imputabile come illecito penale l'evento offensivo prodotto nel corso di un'azione sportiva che si svolga nel rispetto delle regole del gioco. Anche qui, avere il diritto di tenere la condotta sportiva, anche se questa è violenta o potenzialmente lesiva di interessi altrui (i colpi inferti nel corso di un incontro di boxe, o di karate; un placcaggio; un intervento di gioco nel corso di una partita di calcio, ecc.), rende penalmente lecito il fatto che, a concretizzazione di un rischio tipicamente connesso al compimento della condotta sportiva in questione, si verifichi un evento penalmente tipico;

c. perché mai non sia imputabile, come illecito penale,

(157) Analogamente, ad es., CARACCIOLI (1965), 119 s.; PADOVANI (2006), 153 s.

la lesione personale subita da terzi (aggressori o non aggressori) in conseguenza della predisposizione di offendicoli a tutela di un proprio bene (patrimoniale, od anche personale) ⁽¹⁵⁸⁾.

Ma ai meccanismi, qui illustrati, del PED si possono ricondurre anche altri casi rilevanti, ricavabili dal novero complessivo delle ipotesi nelle quali un evento infausto consegua alla realizzazione di condotte rischiose che, ciò nondimeno, costituiscano istanza, svolgimento secondo le regole, di attività autorizzate, consentite: penso, per non fare che un esempio, al caso dell'automobilista che, pur guidando nel pieno rispetto delle regole della circolazione stradale, investa una persona cagionandone la morte.

16.3.1. Contro la pretesa di ricondurre casi del genere al funzionamento dell'art. 51 CP sono state mosse, per vero, (e sono, comunque, immaginabili) alcune obiezioni.

Da alcuni si è ad es. osservato che, trattandosi di casi che, in ipotesi, vertono su condotte compiute "nel rispetto delle regole" (dell'arte medica, del gioco, o di una leale predisposizione di mezzi difensivi), manchi la violazione di norme cautelari; con la conseguenza che l'esclusione della responsabilità penale deriverebbe, non già da una scriminazione in forza dell'art. 51 CP, ma piuttosto dall'impossibilità di imputare il fatto come delitto colposo al suo autore ⁽¹⁵⁹⁾.

(158) A favore di una riconduzione della tematica degli *offendicula* all'esercizio di un diritto: ANTOLISEI (2003), 287 s.; BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI (1986), 367; LEONE (1970), 161; PAGLIARO (2003 a), 437; ROMANO (2004), 546 s.; ALBEGGIANI (2007), 348 s. («il rischio creato dagli *offendicula* dovrà considerarsi giuridicamente lecito»).

In giurisprudenza, ad es., Cass., I, 24.01.1990, n. 5141 (*C.E.D. Cass.* 183949).

(159) V. ad es. PULITANÒ (1990), 326; Stefano FIORE (1996), 58 ss. Ma

Questa obiezione, tuttavia, per quanto in linea di principio non infondata, non spiega come mai, negli esempi addotti, il fatto non sia imputabile, come illecito penale, neanche a titolo di dolo ⁽¹⁶⁰⁾. La produzione di un evento penalmente tipico (ad es.: morte dell'avversario) in conseguenza di una condotta rischiosa che si abbia il diritto di tenere (ad es.: incontro di *boxe* regolarmente combattuto), e quindi a realizzazione di un rischio lecito, non cessa di essere un fatto penalmente lecito anche quando l'evento infausto costituisca il vero obiettivo dell'agente ⁽¹⁶¹⁾. Nulla toglie, dunque, alla liceità penale del fatto la circostanza che l'agente abbia, per avventura, agito con dolo, ossia: con l'intenzione di far sì che alla propria condotta rischiosa conseguisse l'evento offensivo ⁽¹⁶²⁾. Il che esclude che, in

già prima MANTOVANI (1966 a), 647, 648.

(160) In materia di *offendicula*, v. ad es. MANTOVANI (2007), 243.

La risposta suggerita nel testo, ovviamente, vale sul presupposto che non si ritenga, come pure suggerisce una parte autorevole della nostra dottrina [ad es., MARINUCCI (1991)], che la violazione di regole cautelari (e quindi la "colpa") costituisca un momento, un aspetto, anche dell'imputazione dell'illecito doloso. Tesi che, però, sembra non attribuire sufficiente rilevanza a ciò, che il senso stesso di una regola cautelare è difficilmente compatibile con la struttura del fatto doloso: laddove, infatti, questo presuppone la volontà del soggetto di offendere l'interesse protetto, il senso della regola cautelare è invece quello di indicare quale condotta tenere per evitare (o ridurre al minimo tollerabile il rischio) di offendere quello stesso interesse, e quindi presuppone, quanto meno, che non si abbia una volontà di offenderlo. DONINI (1991), 337 s.; PAGLIARO (2007), 112. Critico sul punto anche FIORE (2003), 385 nt. 17.

(161) Sul punto, in generale, v. ad es., sia pur a partire da impostazioni diverse, MILITELLO (1988), 205 ss.; PAGLIARO (1992), 781; DONINI (2006), *passim*.

(162) *Contra*, in materia di violenza sportiva, FIORE (1966), 175, che però si riferisce al caso in cui l'agente, «nell'apparente rispetto delle regole, miri in realtà a cagionare lesioni esorbitanti rispetto a quelle ordinariamente connesse con un leale combattimento». L'osservazione, invero, così formulata, sembra rinviare, più che ad una generale inapplicabilità ai delitti dolosi dell'idea del rischio lecito in quanto socialmente adeguato, al diverso problema di possibili divaricazioni tra forma (ossia: formale rispetto delle regole del gio-

casi di questo genere, le *vere e più profonde* ragioni della liceità penale della condotta possano rinvenirsi nell'assenza di colpa.

16.3.1.1. Una soluzione alternativa potrebbe essere quella di spiegare la liceità penale di questi fatti facendo ricorso all'idea dell'imputazione oggettiva dell'evento⁽¹⁶³⁾: ossia, all'idea che la causazione di un evento non possa dirsi oggettivamente tipica, ai sensi di una fattispecie che ne incrimini la realizzazione, se nell'evento causato non si è concretizzato un rischio illecito creato con la condotta causante.

Questa soluzione, invero, differisce da quella fondata sul PED, non tanto nella sostanza, quanto da un punto di vista sistematico: le dottrine dell'imputazione oggettiva (generalmente) impostano i casi ora in discorso nei termini di una (oggettiva) atipicità del fatto⁽¹⁶⁴⁾: la condotta realizzata, per quanto dotata di efficacia causale, non sarebbe penalmente tipica, poiché tale potrebbe dirsi esclusivamente la condotta con cui si sia creato un rischio illecito.

Nel ragionamento qui svolto, invece, la liceità penale del rischio fondata sul PED esclude, non già che il fatto sia penalmente tipico, ma, direttamente, che esso possa essere

co) e sostanza (ossia: condotta sostanzialmente sleale). Ed è quindi un problema che, più propriamente, si può collocare all'interno della tematica dell'abuso del diritto (su cui v. *supra*, Parte Prima, § 26).

(163) La letteratura sull'argomento, specie nel dibattito di lingua tedesca (dove esso, come noto, ha visto la luce), è ormai sterminata. A titolo puramente esemplificativo, mi limito a ricordare: ROXIN (1970); MILITELLO (1988); BUSTOS RAMIREZ (1989); CASTALDO (1989); DONINI (1989); ID. (1991), Cap. III, Sez. prima; ID. (1996), 256 ss.; ID. (2006); MARINUCCI (1991); PAGLIARO (1992); MAIWALD (1995), 465 ss.; FRISCH (2000), 19 ss.; ID. (2001), 213 ss.; HÜBNER (2004).

(164) Diversamente, però, BUSTOS RAMIREZ (1989), 138 ss. (il "luogo sistematico" dell'imputazione oggettiva è l'antigiuridicità, non la tipicità).

imputato come illecito penale al suo autore: l'efficacia del PED, come sappiamo, è un'efficacia scriminante.

Ma, al di là di questo profilo propriamente classificatorio, ha rilievo pratico il fatto che i casi presi in considerazione siano risolti facendo ricorso all'uno o all'altro paradigma?

Una possibile differenza, suggerita da uno dei penalisti italiani che più lucidamente argomentano in favore della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, riguarderebbe la cosiddetta impedibilità della condotta: riportando la vicenda all'imputazione oggettiva, e quindi spiegandola in termini di atipicità del fatto, «*l'evento (non però la condotta in quanto tale) rimane impedibile*, perché il risultato non è legittimo, giustificato, “giusto”, restando lecita solo la condotta che lo produce. [...] Mentre quindi il *rischio consentito*» - da intendersi, qui, come difetto di uno dei requisiti dell'imputazione oggettiva - «*si limita ad autorizzare una condotta pericolosa, precludendo che le sia ascritto l'evento lesivo cagionato, la causa di giustificazione autorizza o impone anche un risultato tipico*»⁽¹⁶⁵⁾.

Questi ragionamenti, in realtà, colgono – per così dire, per serendipità – una distinzione rilevante, che però non coincide con quella che essi vorrebbero avvalorare. La questione sarà meglio approfondita più avanti: sin d'ora, però, è opportuno anticiparne alcuni passaggi.

La distinzione tra “*non impedibilità della condotta*” e “*non impedibilità del risultato*”, a ben vedere, non è correlativa a quella tra fatto atipico e fatto scriminato; e ciò per la semplice ragione che la condotta (rischiosa ma) atipica, che non costituisca esercizio di un diritto, è sempre impedibile: il fatto di essere atipica, di per sé, non la rende una

(165) Così DONINI (2006), 48 s. Analogamente già ID. (1996), 267.

condotta realizzata *jure* (a tal fine occorrendo, invece, che essa costituisca oggetto di una norma permissiva che ne autorizzi appositamente la realizzazione), e quindi non esclude che essa possa rappresentare (il pericolo di) un'offesa ingiusta, contro la quale sia lecito reagire in legittima difesa.

Diverso è il discorso per i casi, qui presi in considerazione, nei quali la condotta costituisca oggetto di un diritto di agire: la condotta (*ex ante* rischiosa e causa, *ex post*, di un evento offensivo) è qui penalmente lecita e non impedibile, non già semplicemente perché atipica, ma appunto perché è una condotta che (per quanto rischiosa) il soggetto ha tutto il diritto di tenere.

La distinzione tra “*non impedibilità della condotta*” e “*non impedibilità del risultato*”, allora, è bensì rilevante, ma in quanto correlativa, più che alla distinzione tra atipicità e scriminazione, a quella tra due diverse categorie di scriminanti: ossia, diritti e giustificazioni⁽¹⁶⁶⁾. Il che discende dal diverso contenuto di questi due tipi di scriminanti: i diritti (in quanto diritti di agire) hanno a contenuto condotte⁽¹⁶⁷⁾; le giustificazioni hanno invece per contenuto la produzione di stati di cose apprezzati (o quantomeno tollerati) dall'ordinamento⁽¹⁶⁸⁾. Di conseguenza, dire che il fatto scriminato non è impedibile significa, nei due casi, due cose diverse: nel primo caso, vuol dire che la condotta (che si ha il diritto di tenere) non può essere ostacolata per legittima difesa, ma ciò non toglie che si possa cercare di impedirne le conseguenze⁽¹⁶⁹⁾; nel se-

(166) Per una più complessiva analisi della distinzione tra queste due categorie di scriminanti, v. *infra*, Cap. II.

(167) V. *infra*, §§ 18, 30.

(168) V. *infra*, § 30.

(169) V. *infra*, §§ 17-19, 31.

condo caso, vuol dire invece che non sarebbe scriminata per legittima difesa la condotta che mirasse ad impedire la produzione del risultato “giustificato”, ma ciò non toglie che la condotta “giustificata” possa essere impedita, se lo si può fare senza che ne venga precluso anche il risultato che la giustifica ⁽¹⁷⁰⁾.

16.3.1.1.1. Come ancora vedremo ⁽¹⁷¹⁾, peraltro, che la condotta esercizio di un diritto sia non impedibile non significa che essa non possa in alcun modo venire impedita: “non impedibilità”, in questi casi, significa che contro la condotta “non impedibile” non si può reagire in legittima difesa; e ciò, proprio in quanto la condotta non impedibile, essendo realizzata *jure*, non rappresenta il pericolo di un’offesa *ingiusta*. Non significa, invece, che l’esercizio di un diritto non possa mai essere lecitamente impedito; ad es., può certamente darsi il caso che lo svolgimento di una condotta rischiosa, pur costituendo l’oggetto di un diritto di agire, venga lecitamente impedito da un soggetto che, così facendo, realizzi un soccorso di necessità: Tizio sta guidando la sua automobile; al suo fianco c’è Caio; per quanto Tizio stia guidando nel pieno rispetto di tutte le regole che governano la circolazione stradale (e quindi, in questo senso, stia esercitando un proprio diritto), capita che egli stia per investire Sempronio, il quale sbadatamente sta attraversando la strada di corsa e in maniera improvvisa e imprevedibile; Caio, per puro caso, si accorge della situazione, e, non avendo altro modo di salvare la vita di Sempronio, tira il freno a mano, facendo sì che l’automobile, sbandando, sbatta contro un albero, dan-

(170) V. *infra*, § 31.

(171) *Infra*, § 20.

neggiandosi, ma senza che ne conseguano lesioni personali a carico di alcuno dei protagonisti della vicenda.

In questo caso, l'esercizio del diritto (pur "non impedibile" in legittima difesa) sarebbe impedito mediante una condotta purtuttavia giustificata, e quindi resa (penalmente) lecita, da uno stato di necessità.

16.3.2. Un altro tipo di obiezione alla tesi, qui sostenuta, che le ipotesi ora in discorso debbano ricondursi entro la portata del PED, fa leva sull'idea che questo ragionare finirebbe per condurre alla conclusione (assunta come assurda) che il soggetto abbia, non solo un diritto di tenere la condotta rischiosa, ma anche quello di causare la conseguenza lesiva a questa connessa. Il ricorso al paradigma dell'esercizio di un diritto, invece, potrebbe tutt'al più spiegare la liceità penale della condotta-base, ma non quella del fatto che, in seguito a tale condotta, si produca un esito infausto. Il diritto di predisporre mezzi difensivi a tutela della proprietà, ad es., non comporterebbe anche un diritto di cagionare le conseguenze lesive che derivino dal funzionamento di questi ⁽¹⁷²⁾; il diritto del medico di eseguire l'intervento chirurgico (e quindi l'esercizio mediato del diritto alla salute del paziente) non comporterebbe anche un diritto del medico di provocare la morte del paziente (che tuttavia possa derivare, data l'elevata rischiosità dell'operazione); ecc.

Si tratta, tuttavia, di un'obiezione la cui efficacia è interamente dovuta ad una certa ambiguità nell'uso che in essa si fa del concetto di "diritto".

Cosa vuol dire, ad es., che il diritto di tenere la condot-

(172) Tra gli altri, v. ad es. GROSSO (1979), 750; PADOVANI (1989), 503; RISTORI (1994), 447.

ta rischiosa non comporti un diritto di causare le conseguenze lesive che ne derivino? Se qui, entrambe le volte in cui è usato, il concetto di diritto è inteso alla stregua di un “permesso”, l’obiezione è certamente errata: il diritto-permesso, come vedremo meglio tra breve (*infra*, § 18), ha sempre, strutturalmente, ad oggetto condotte, non le loro conseguenze; pertanto, dire che si abbia il diritto-permesso di causare una certa conseguenza infausta non è cosa diversa dal dire che si abbia il diritto-permesso di tenere la condotta che ha causato questa stessa conseguenza. E se questa è l’interpretazione che si dà all’interrogativo, allora esso merita certamente una risposta positiva: il diritto di tenere la condotta rischiosa comporta anche un diritto di causare l’esito infausto (ossia: il permesso di tenere la condotta che ha causato l’esito infausto): il diritto di predisporre mezzi difensivi comporta il diritto di causare (*scil.*: rende lecito tenere la condotta che causi) le conseguenze lesive che ne derivino; il diritto di effettuare un intervento medico-chirurgico comporta il diritto di causare (*scil.*: rende lecito tenere la condotta medico-chirurgica che causi) la morte, o le lesioni permanenti, che ne derivino; ecc.

Diverso è il discorso se, all’interno dell’espressione “diritto di causare le conseguenze lesive della condotta rischiosa”, il concetto di diritto è inteso, non già quale permesso, ma quale pretesa. In tal caso, l’osservazione secondo cui “il diritto(-permesso) di tenere la condotta rischiosa non comporta un diritto(-pretesa) di causare le conseguenze lesive che ne derivino” è certamente condivisibile. È certamente vero, ad es., che avere il diritto di predisporre *offendicula* non comporta in alcun modo la pretesa che qualcuno vi incappi (ossia: l’obbligo per qualcuno di incapparvi); o che avere il diritto di effettuare un intervento chirurgico rischioso non comporta in alcun modo la pretesa

che il paziente muoia (ossia: l'obbligo per il paziente di morire). Questo, però, non c'entra niente con il PED, poiché tale principio, vertendo sull'esercizio di diritti di agire, si limita a qualificare giuridicamente la condotta in cui tale esercizio si manifesti, senza aggiungervi in alcun modo la pretesa che ad essa consegua questo o quell'altro particolare risultato (v. *infra*, § 18).

Riconducendo all'esercizio di un diritto la liceità penale delle conseguenze lesive derivate dalla predisposizione di offendicoli, ad es., non si afferma in alcun modo anche l'esistenza di un diritto di cagionare quelle stesse conseguenze lesive (nel senso di una pretesa che queste conseguenze si verificino; di una pretesa che il loro verificarsi non sia impedito da alcuno). Si tratta invece di riconoscere che (e se: in quali limiti) la produzione dell'esito infausto costituisce realizzazione di un rischio che, essendo tipicamente connesso all'esercizio di un diritto (ossia: del diritto di predisporre mezzi di difesa dei propri diritti), va considerato un rischio giuridicamente lecito.

16.3.3. Una precisazione.

Il PED – ovviamente – opera solo finché la condotta rischiosa possa propriamente definirsi esercizio di un diritto: finché essa, cioè, si mantenga nei limiti del diritto di agire, e quindi nel rispetto di tutte le norme che, eventualmente, ne regolino l'esercizio. Che la condotta realizzata rientri nel novero di un'attività autorizzata significa ben poco, ai sensi del PED, se nel caso concreto l'esercizio dell'attività deborda dai limiti entro i quali essa può effettivamente dirsi oggetto di un diritto di agire.

In altri termini, «non basta vantare in astratto un diritto. È necessario che l'attività realizzata costituisca una (corretta) estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in

questione»⁽¹⁷³⁾: cosicché, «se il modo mediante il quale il diritto viene esercitato non corrisponde ad una delle facoltà inerenti al diritto medesimo», i rischi creati a mezzo della condotta cesseranno di essere leciti, e l'esistenza del PED non si porrà d'ostacolo ad una imputazione, come illecito penale, della produzione di un evento tipico che sia per avvenuta conseguito alla realizzazione della condotta rischiosa.

Prendiamo come esempio il caso degli offendicoli. Il diritto di predisporre mezzi a difesa dei propri beni ha due limiti fondamentali⁽¹⁷⁴⁾. Il primo (per così dire, interno) attiene al rapporto tra l'offensività potenzialmente insita nel (il tipo e il livello dei rischi connessi al) funzionamento dell'offendicolo e il valore, l'importanza, del diritto alla difesa del quale è oggettivamente funzionale l'offendicolo. Quest'ultimo deve, cioè, non essere sproporzionato rispetto al valore di quel diritto⁽¹⁷⁵⁾: non deve creare una situazione nella quale il diritto sia protetto in maniera esagerata, eccessiva, rispetto al suo valore reale, considerando che questa protezione avviene, potenzialmente, a costo dei diritti, o interessi, di altri soggetti.

Il secondo limite (per così dire, esterno) discende, appunto, dalla necessità di salvaguardare, nella misura del possibile, questi altri diritti di soggetti terzi: non solo, dunque, la pericolosità dell'offendicolo non deve essere sproporzionata rispetto al valore del bene difeso, ma esso non deve rappresentare un'insidia eccessiva a carico dei terzi; il mezzo difensivo deve cioè essere chiaramente visi-

(173) FIANDACA, MUSCO (2007), 266.

Più in generale, sul punto v. anche *supra*, Parte Prima, § 26.

(174) MANTOVANI (2007), 243.

(175) GROSSO (1979). V. anche BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI (1986), 367 s.; ROMANO (2004), 546.

bile, adeguatamente segnalato, in modo tale che sia ridotto al minimo il rischio che vi si incorra accidentalmente: in modo tale, insomma, che il funzionamento dell'offendicolo sia, il più possibile, confinato ai casi (che potremmo chiamare) di autoesposizione a pericolo del terzo che, pur avvedendosi (o comunque essendo messo in condizione di avvedersi) della presenza del mezzo difensivo, scelga egualmente di correre il rischio di incapparvi.

Per godere degli effetti del PED, la predisposizione di *offendicula* deve dunque mantenersi entro questi limiti: ossia, entro i limiti nei quali quell'attività costituisce, propriamente, esercizio di un diritto. Non basta, invece, a fare scattare l'efficacia del PED, il mero fatto che un esito infausto sia conseguito al funzionamento di un mezzo di difesa di un diritto, quando tale mezzo fosse del tutto sproporzionato al valore del diritto difeso o sia stato dissimulato in modo da risultare inopinatamente insidioso.

E lo stesso tipo di ragionamento vale anche in relazione agli altri casi di liceità del rischio riconducibili al PED: ad es., la liceità dei rischi attivati nell'esercizio dell'attività del sanitario è condizionata al fatto che quest'esercizio avvenga *lege artis*; la liceità dei rischi creati nell'esercizio di attività sportiva è condizionata al fatto che la condotta realizzata rappresenti una normale condotta di gioco; la liceità dei rischi attivati da chi si pone alla guida di un'automobile è condizionata al rispetto delle regole della circolazione stradale; e così via.

17. *La "non impedibilità" dell'esercizio di un diritto e il cosiddetto perimetro di protezione dei diritti.*

Il PED non si limita, però, a trasformare una liceità

extrapenale in liceità (anche) penale: la condotta esercizio di un diritto non è soltanto una condotta (anche) penalmente lecita; né, quindi, l'effetto scriminante è il solo effetto del principio. Questo, si è detto (*supra*, § 14), comporta che rispetto alla condotta costituente esercizio del diritto: *a)* non si producano gli effetti giuridici propri della norma incriminatrice, *b)* e trovino invece esclusiva realizzazione gli effetti giuridici della norma extrapenale permissiva.

Ora, la liceità della condotta che ne costituisce oggetto non è l'unico effetto giuridico di una norma extrapenale permissiva. Se così fosse, il concetto di norma permissiva sarebbe sostanzialmente inutile, privo di autonomo valore: la sua funzione potrebbe integralmente risolversi in quella di un limite alla portata di un divieto. Permesso sarebbe, allora, tutto, e soltanto, ciò che non è vietato da una norma.

Già sappiamo (v. *supra*, Parte Prima, § 3.1.3), però, che l'esistenza di una norma permissiva non si limita a qualificare come lecita una certa tipologia di condotte, ma vale anche a guarnire queste condotte di un guscio protettivo rappresentato dal convergere di una pluralità di posizioni giuridiche ancillari rispetto alla libertà di agire che "dà il nome" al diritto.

Una condotta sussumibile nella fattispecie di una norma permissiva, dunque, non è semplicemente una condotta lecita, una condotta permessa in quanto non vietata: è una condotta che, più robustamente, si ha il diritto di compiere. Il che, ad es., comporta, oltre al *permesso* di agire: *i)* la *pretesa* che gli altri si astengano dall'interferire (almeno in certi modi) con la realizzazione, da parte del titolare, della condotta permessa: la *pretesa* che nessuno, almeno in certi modi, gli impedisca di tenere quella condotta; *ii)* il *potere* del titolare del diritto di permettere a

terzi di interferire con la realizzazione della propria condotta, unito al *potere* di attivare certi meccanismi volti invece a far valere la responsabilità giuridica di quelle altre persone che, senza averne il diritto, abbiano egualmente interferito (ad es.: il potere di far valere l'altrui responsabilità aquiliana; o il potere di presentare querela, nel caso di reati perseguibili a querela della persona offesa); *iii*) l'*immunità* da responsabilità civile per gli eventuali danni derivanti dalla condotta permessa (poiché tali danni non potrebbero dirsi "ingiusti" ai sensi dell'art. 2043 CC); *iv*) una relativa *immunità* rispetto ad un esercizio di poteri normativi che miri a fare della condotta l'oggetto di un divieto: la circostanza che il permesso sia accolto in una norma permissiva rende, per così dire, "più complicato" proibire la condotta ⁽¹⁷⁶⁾: per proibirla, infatti, non basterà l'emanazione di una qualsiasi norma proibitiva, ma bisognerà anche eliminare ⁽¹⁷⁷⁾ la norma che contiene il permesso ⁽¹⁷⁸⁾, o quantomeno (per chi non ammette l'esistenza del PED) affidarsi agli insidiosi meccanismi del conflitto tra norme.

Ebbene, quando diciamo che l'effetto del PED è di far sì che la norma extrapenale permissiva prevalga sulla norma incriminatrice con essa in conflitto, diciamo, essenzialmente, che *la qualificazione giuridica complessiva del fatto*, espressa dalla prima, venga, per così dire, *traghettata* in ambito penalistico, applicandosi *ad esclusione* della qualificazione giuridica che deriverebbe invece dall'applicazio-

(176) Rispetto al caso di una condotta che, invece, sia permessa solo in quanto non (ancora) vietata da alcuna norma, senza però costituire apposito oggetto di una norma permissiva.

(177) Cioè: abrogare espressamente o dichiarare costituzionalmente invalida.

(178) Poiché questa, altrimenti, in forza del PED, prevarrà comunque sulla norma incriminatrice con essa in conflitto.

ne della seconda. Tutti i caratteri del diritto d'agire, dunque, non la sola liceità, assumono rilevanza per il diritto penale: anche le qualificazioni giuridiche accessorie della condotta.

17.1. Ciò comporta, tra le altre cose, che la condotta esercizio di un diritto sia, anche per il diritto penale, una condotta non lecitamente impedibile.

Non è del tutto chiaro, però, quale sia l'esatto contenuto di questa pretesa di non impedimento della condotta oggetto del diritto di agire. Se tra i penalisti è, tutto sommato, pacifico che l'esercizio di un diritto (come, più in generale, l'azione coperta da una causa scriminante) sia non impedibile⁽¹⁷⁹⁾, non mancano, tuttavia, autori che mettono in dubbio l'idea che la condotta scriminata sia anche, necessariamente, accompagnata da una pretesa di non impedimento, e quindi da un correlativo dovere, in capo a terzi, di astenersi dall'impedire la condotta scriminata: «La legittimità del comportamento di una determinata persona non dice nulla circa l'illegittimità del comportamento di un'altra persona che col primo abbia interagito»⁽¹⁸⁰⁾.

Nella letteratura filosofica si è poi negato, questa volta con specifico riferimento alla struttura dei diritti di agi-

(179) Cfr., ad es., CARACCIOLI (1965), 172 s.; GROSSO (1964), 142. Con riferimento al più generale tema della "non impedibilità" della condotta scriminata, oltre a quanto sarà detto più avanti (§ 31), v., a titolo puramente esemplificativo, VASSALLI (1960), 619; SANTAMARIA (1996), 262; GROSSO (1964), 117 ss., 130 ss., 361 ss. (pur sulla base dell'idea, discutibile, che la cosiddetta impedibilità costituisca una "sanzione"); SILVA SÁNCHEZ (1998); ID. (2005); VIGANÒ (2000), 311 ss.; CAVALIERE (2000), 555 ss.; nonché, nella manualistica, FROSALI (1958), 317; FIANDACA, MUSCO (2007), 185; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 313; PADOVANI (2006), 142. Nella letteratura di lingua tedesca, v. ad es. ROXIN (1996), 98.

(180) FREUND (1998), 74. Ma v. già FRISCH (1983), 424 s.

re, che faccia parte del loro contenuto, oltre al permesso di fare qualcosa, anche l'imposizione, in capo a terzi, di altrettanti divieti di impedimento strettamente correlativi (direttamente attinenti) all'oggetto del permesso. I diritti di agire, in realtà, sarebbero protetti, non già da specifiche pretese di non impedimento, ma da un *perimetro di protezione* generico e generale, non riguardante nessuna condotta lecita in particolare, ma consistente piuttosto nell'insieme di tutti quei divieti, penali o civili, che sono posti a tutela dell'altrui libertà personale, morale, fisica, e così via. Il compimento da parte di Tizio di un'attività lecita non sarebbe cioè protetto da uno specifico divieto di interferire con esso che gravi in capo a qualunque altra persona: sarebbe piuttosto il *fuoco incrociato* delle incriminazioni del sequestro di persona, della violenza privata, delle lesioni personali, e consimili, a costituire *di fatto* una forma più o meno adeguata di protezione dell'esercizio del diritto d'agire ⁽¹⁸¹⁾.

Così, ad es., dire che Tizio, partecipante ad una gara podistica, ha il diritto di arrivare primo non significa certo che tutti i suoi avversari abbiano il dovere di non impedirgli di arrivare primo ⁽¹⁸²⁾: tutto ciò che Tizio può pretendere dai propri avversari è che questi non gli impediscano di vincere la gara facendolo cadere, picchiandolo, trattenendolo, minacciandolo di morte, ecc. Non esiste un diritto di Tizio a che nessuno gli impedisca di arrivare primo: esiste invece la pretesa di Tizio a che nessuno lo percuota, a che nessuno gli provochi lesioni, a che nessuno ne limiti la libertà di movimento, ecc.; e l'insieme di queste pretese, in-

(181) Così, quasi in termini, HART (1982), 167. Ma v. anche WILLIAMS (1956), 1142 ss.; ROSS (1990), 156. Nella letteratura recente v. SUMNER (1987), 35; KRAMER (1998), 11, 14 ss.; KAMM (2004), 479; HAREL (2005), 194.

(182) Esempio liberamente tratto da WELLMANN (1997), 3.

cidentalmente applicato a quel segmento specifico della vita di Tizio che consiste nel suo partecipare alla gara podistica, fa sì che *in pratica* ne risulti protetta in queste forme la sua libertà di (cercare di) arrivare primo. E ancora: «il fatto che un uomo abbia il diritto di guardare il suo vicino sopra il recinto del suo giardino non implica che il vicino abbia l'obbligo correlativo di lasciarsi guardare o di non interferire con l'esercizio di questo specifico diritto-libertà. Egli potrebbe, ad esempio, erigere un paravento da quella parte del recinto così da ostacolare la vista. Ma sebbene il vicino possa fare ciò, se crede, ed abbia quindi il diritto-libertà o la libertà bilaterale di erigere o non erigere una tale palizzata, vi sono altre cose che, in molti paesi, egli non può lecitamente fare per impedire al suo tormentatore di guardare verso di lui. Egli ha infatti certi obblighi o doveri giuridici, posti dal diritto civile o dal diritto penale, o da entrambi, che precludono alcune, sebbene non tutte le forme di interferenza, e ciò fa sì che in pratica l'esercizio di un diritto-libertà sia più o meno adeguatamente protetto»⁽¹⁸³⁾. Ancora: per quanto Caio abbia il diritto di esprimere oralmente il proprio pensiero, è certo che Sempronio possa lecitamente impedirgli di esercitarlo, ad es. parlando più forte di lui in modo tale che non si senta ciò che Caio ha da dire, o facendo le smorfie in modo tale che Caio preso dal ridere non sia in grado di proseguire nel suo discorso⁽¹⁸⁴⁾. Le sole interferenze nell'esercizio del diritto di Caio che sarebbero vietate a Sempronio sarebbero quelle che assumesero la forma, ancora una volta, di una violenza privata, di minacce, di percosse, e simili.

(183) HART (1982), 167.

(184) Esempio tratto da KRAMER (1998), 11.

17.1. La cosiddetta “non impedibilità” della condotta oggetto di un diritto d’agire, in altri termini, non costituirebbe una proprietà del diritto di agire: non sarebbe, cioè, conseguenza del fatto che una certa condotta costituisca esercizio di un diritto. Si tratterebbe, piuttosto, di una formula ellittica per indicare l’applicazione congiunta e contingente ad un particolare segmento di vita (consistente nella realizzazione della condotta oggetto del diritto) delle generali pretese poste a tutela dell’incolumità fisica, della libertà personale, della libertà morale, ecc., dell’individuo titolare del diritto ⁽¹⁸⁵⁾.

A dimostrazione di questa mancanza di connessione funzionale tra diritto di agire e “non impedibilità”, si potrebbe peraltro far notare come quelle stesse pretese (a tutela dell’incolumità personale, della libertà morale, ecc.), che valgono a proteggere un soggetto nell’esercizio di un diritto, questo stesso soggetto potrebbe vantare anche nel caso in cui la condotta dei terzi fosse di impedimento rispetto a condotte che, in quanto illecite, non costituiscano esercizio di un diritto ⁽¹⁸⁶⁾. Anche il ladruncolo che stia rubando una mela dal camioncino del venditore ambulante vanta, nei confronti di quest’ultimo come nei confronti dei terzi, la pretesa a che questi, nell’impedirgli di prendere la mela, non lo uccidano, non lo percuotano a sangue, ecc.

(185) «In these examples and in countless other possible situations, one’s actions or inactions grounded in liberties are effectively protected – to a considerable extent – by rights that do not pertain specifically to those actions or inactions. Indeed, in almost every situation outside the Hobbesian state of nature, conduct in accordance with a liberty will receive at least a modicum of protections through a person’s basic rights» [KRAMER (1998), 11-2].

(186) Ad es., KRAMER (1998), 15 («Someone can have a right to be unobstructed in the performance of an activity which she is not allowed to perform»).

17.2. C'è del vero in queste osservazioni. Esse hanno ad es. l'indubbio pregio di battere un terreno solitamente poco frequentato dalla letteratura in tema di diritti di agire: quello dei contenuti concreti, e della concreta dimensione, dei doveri di non interferenza. Raramente i sostenitori dell'idea che nei diritti d'agire alla libertà di fare qualcosa si accompagni una pretesa di non impedimento si addentrano, poi, a specificare in cosa questa pretesa debba farsi consistere. Ciò lascia insorgere l'equivoco che nei diritti d'agire alla libertà di fare qualcosa si accompagni la pretesa di non venire *in alcun modo* impediti nel farlo. Il che, come mostrano gli esempi riportati, sarebbe del tutto contro-intuitivo, e porterebbe a risultati paradossali.

La pretesa di non impedimento – questo il contenuto di verità più promettente e proficuo dell'impostazione qui considerata – non ha ad oggetto qualsiasi forma possibile di impedimento; né ha quale proprio correlativo il dovere, in capo a qualsiasi altro soggetto, di astenersi da *ogni* condotta che possa pregiudicare il successo, il buon esito, dell'esercizio del diritto. Quando si parla di non impedibilità della condotta oggetto di un diritto, ci si riferisce esclusivamente a *certi tipi di interferenza*, a *certi modi* soltanto di impedire il compimento della condotta: ed in particolare ad impedimenti violenti, a quegli impedimenti, cioè, che comportino una aggressione della sfera giuridica e personale del titolare del diritto di agire; insomma: ad impedimenti che tipicamente consistano in una lesione della libertà personale o morale dell'individuo, o della sua integrità fisica o della sua vita, ma anche di altri beni personali come il patrimonio; impedimenti che quindi – per quanto interessa al penalista – assumano la forma di una violenza privata (610 CP), di minacce (612 CP), di un sequestro di persona (605 CP), di percosse (581 CP), di lesioni (582 CP), di un

omicidio (575 CP), di un furto (624 CP), di un'appropriazione indebita, e così via.

Detto altrimenti: la pretesa di non impedibilità dell'esercizio di un diritto non ha, quale posizione giuridica passiva correlativa, un *dovere* della "vittima" dell'esercizio del diritto⁽¹⁸⁷⁾ di subire l'"offesa" al proprio interesse che deriverebbe da quell'atto di esercizio;¹⁸⁸ la "vittima" dell'esercizio del diritto non ha il dovere di rimanere inerte di fronte alla possibilità che sia in qualche modo offeso un proprio interesse quale conseguenza dell'esercizio di un diritto da parte di chi sia titolare di questo diritto⁽¹⁸⁹⁾; il dovere della "vittima" è, piuttosto, quello di non reagire in certi modi contro la condotta esercizio di un diritto⁽¹⁹⁰⁾. Si faccia, ad es., il caso di Adamo che, nell'esercizio del proprio *jus corrigendi*, stia per dare uno schiaffo al proprio figlio, Caino, per aver fatto del male al fratellino, Abele. La non impedibilità, la pretesa di non impedimento, che accompagna la condotta di Adamo ha, quale proprio correlativo dal lato passivo, il divieto per Caino di percuotere, uccidere, minacciare con un coltello, ecc. il proprio genitore quale modo per ostacolarlo nell'esercizio del proprio *jus corrigendi*. Quella pretesa, però, non comporta affatto il dovere di Caino di subire lo schiaffo, di non sottrarsi ad es-

(187) Ossia: del titolare dell'interesse per ipotesi pregiudicato dalla condotta esercizio del diritto.

(188) Diversamente, parrebbe, FROSINI (1960), 824.

(189) In questo senso, è fuorviante l'espressione usualmente impiegata dai penalisti di lingua tedesca, e – di riflesso – da quelli di lingua spagnola, per riferirsi al concetto di "non impedibilità": *Duldungspflicht*, *deber de tolerancia* – ossia, dovere di tollerare la condotta scriminata: che sembrerebbe consistere in un dovere di subirne le conseguenze.

(190) E quindi: la pretesa di non impedimento vantata dal titolare del diritto di agire ha per contenuto questo stesso dovere della "vittima" (o di terzi) di astenersi da certe (ma non altre) reazioni volte ad ostacolare l'esercizio del diritto.

so, dandosi, ad es., alla fuga. Si pensi ancora al caso di Lupin che, nell'atto di svaligiare un appartamento, sia colto dal padrone di casa, Zenigata. Questi ha certamente il diritto di arrestare Lupin (art. 383 CPP): e a questo diritto è connesso, tra l'altro, il dovere di Lupin di non uccidere, percuotere, ecc., Zenigata per impedirgli di arrestarlo. Al diritto di arresto di Zenigata non corrisponde, però, un dovere di Lupin di farsi arrestare: gli è bensì vietato reagire in certi modi al tentativo di Zenigata di arrestarlo – ad es., non potrebbe ferire Zenigata, o rubarne l'automobile per darsi alla fuga; ciò non toglie, però, che gli sia perfettamente lecito sottrarsi all'arresto, ove riesca a farlo in modi non aggressivi o violenti.

18. (Segue) *Il contenuto dei diritti esercitabili.*

Ciò detto, però, la tesi del perimetro di protezione rimane discutibile nei suoi assunti di fondo.

Un primo importante difetto (che riguarda almeno alcune delle sue formulazioni) consiste in una certa imprecisione nell'individuazione della condotta oggetto del diritto, rispetto alla quale il problema dell'“impedimento” si pone: i sostenitori della tesi, in particolare, sembrano talora non distinguere tra *realizzazione della condotta*, che si ha il diritto di tenere, e *conseguimento del suo risultato* naturale o del risultato che concretamente l'agente perseguiva suo tramite; e questa mancata distinzione – o, se si vuole, questa imprecisa individuazione del contenuto dei diritti di agire (ossia: della portata del permesso) – fa sì che si scambino per interferenze con l'esercizio di un diritto fatti, circostanze, che in realtà non lo sono.

La pretesa di non impedimento, che si accompagna ad

un diritto-libertà, si estende quanto si estende la libertà che costituisce il contenuto identificativo del diritto. Quando ci interroghiamo intorno alla non impedibilità come aspetto di un diritto di agire ci riferiamo alla non impedibilità della condotta oggetto del permesso di agire, e a nient'altro.

La libertà di agire, a sua volta, si estende quanto si estende l'azione che ne costituisce l'oggetto: libertà di agire, insomma, è sempre, per definizione, libertà di tenere (o di astenersi dal tenere) una certa azione, di agire (o astenersi dall'agire) in un certo modo. Estranea al concetto – e quindi alla portata del permesso – è invece la circostanza che l'azione giunga a buon fine, risulti efficace, consenta all'agente di conseguire il fine per il quale il diritto è attribuito, o comunque il fine per il quale l'agente lo ha esercitato.

Quando si parla di “non impedibilità” quale aspetto di un diritto di agire, pertanto, ci si riferisce, propriamente, all'esigenza che non sia impedita la condotta (fare o non fare, agire o astenersi dall'agire) rientrante nella portata del permesso di agire. Non ci si riferisce, invece, agli ostacoli eventualmente frapposti a che la condotta in questione, una volta che sia stata liberamente realizzata, giunga a buon fine, raggiunga cioè il suo risultato naturale o quel risultato per il quale il titolare del diritto l'aveva realizzata⁽¹⁹¹⁾.

(191) Che altri eliminino questi ostacoli, o si astengano dal frapparli, può costituire, semmai, l'oggetto di pretese ulteriori del titolare del diritto d'agire, che nulla però hanno a che vedere col diritto d'agire stesso, e che comunque non sono necessariamente implicate in un diritto d'agire. Il diritto di Tizio di guardare nel giardino di Caio non implica il dovere di Caio di lasciare che Tizio effettivamente veda ciò che accade dentro il giardino. Ciò nondimeno, è possibile che i due stipulino un contratto in forza del quale Caio si obblighi, dietro compenso, a lasciare che Tizio veda dentro il suo giardino: in questo

Così ad es., quando, per contestare il requisito della non impedibilità quale aspetto del diritto-libertà di guardare un po' dove si vuole (e quindi, anche nel giardino del vicino), si afferma che avere un tale diritto non implica che il vicino non possa impedirci di vedere cosa accade nel suo giardino coprendo la visuale con una palizzata, si dice cosa esatta ma del tutto irrilevante rispetto alla questione. Il “vedere” non è un’azione, ma il risultato, il buon fine, di un’azione: l’azione del “guardare”; il diritto d’agire intorno al quale ruota l’esempio non è quello di vedere ciò che succede nel giardino del vicino (che tutt’al più può essere oggetto di un’apposita pretesa ulteriore) ⁽¹⁹²⁾, ma semplicemente quello di guardare in direzione di esso; e l’attività del vicino non interferisce in alcun modo col fatto di guardare, ma soltanto con la possibilità di (con il riuscire a) vedere ciò che accade nel giardino: possibilità, o risultato, che non rientra nel contenuto del diritto d’agire considerato. La condotta del vicino, che si pretende impeditiva, dunque, non rappresenta in realtà alcun impedimento all’esercizio del diritto, alla realizzazione della condotta che ne costituisce oggetto.

E lo stesso si può dire anche rispetto al caso della gara podistica: l’avversario che, battendo Tizio, vinca la gara non ha certo, per ciò solo, impedito che Tizio esercitasse il diritto di (provare a) vincerla. Oggetto del diritto di ciascuno di coloro che partecipano ad una gara è di cercare, secondo le proprie capacità e nel rispetto delle regole, di

caso, al diritto d’agire di Tizio – ossia: al diritto di Tizio di guardare nel giardino di Caio – si aggiungerebbe la pretesa di Tizio a che Caio non gli impedisca di vedere ciò che succede nel suo giardino. Questa ulteriore pretesa, ad ogni modo, sarebbe del tutto distinta da quella avente ad oggetto la condotta di Tizio (e non il suo buon fine) e implicata nel diritto d’agire.

(192) Ossia della pretesa che altri ci lasci vedere ciò che accade nel proprio giardino.

arrivare per primi: chi, tra i partecipanti, vinca la gara, non perciò solo ha impedito agli altri di cercare, secondo le loro capacità e nel rispetto delle regole, di arrivare, a loro volta, per primi. Neanche qui vi è un impedimento all'esercizio di un diritto.

18.1. Riepilogando, la portata di un diritto d'agire consiste sempre in una libertà (protetta) di comportarsi in un certo modo, di fare certe cose, di tenere un certo comportamento, di provare – magari – a conseguire certi scopi, e non nel fatto di riuscire effettivamente a conseguire un qualche risultato quale effetto della propria condotta: un diritto di agire è, nel suo nucleo significativo, un permesso di tenere una condotta di un certo tipo, e non la pretesa di ottenere il buon esito di tale condotta, di ottenere, cioè, che l'azione risulti efficacemente compiuta. *Il diritto di agire garantisce l'azione, non il suo buon fine*, o la sua efficacia.

E la non impedibilità, in quanto posizione funzionale a proteggere l'esercizio del diritto, va riferita ai comportamenti che rientrano nella portata del diritto d'agire, non agli eventuali risultati che da esso sarebbero, senza l'interferenza di terzi soggetti, potuti conseguire.

19. (Segue) *Non impedibilità e legittima difesa.*

È, comunque, l'idea profonda sulla quale si regge la tesi del perimetro di protezione ad essere insostenibile. Questa tesi, come detto, argomenta che i doveri di non interferenza, che costituiscono il perimetro di protezione di un diritto d'agire, non sono direttamente correlativi alla libertà d'agire che *solo di fatto* viene da essi “protetta”. La

protezione della libertà d'agire non è che un effetto (uno *shielding effect* ⁽¹⁹³⁾: un effetto schermante) puramente incidentale del convergere su un medesimo segmento di vita, costituito dalla realizzazione della condotta lecita considerata, di una serie di doveri posti a protezione di altri interessi: «Il tuo dovere relativo alla mia libertà è un dovere che avresti anche a prescindere dalla mia libertà, per esempio quello di non prendermi a pugni in faccia (quale forma di interferenza con la mia libertà di guardarti)» ⁽¹⁹⁴⁾. Che io abbia il diritto di esprimere la mia opinione non implica che ogni altra persona abbia un correlativo dovere di non impedirmi di esprimere la mia opinione: ogni altra persona ha semplicemente il dovere di non usarmi violenza privata, quello di non minacciarmi, quello di non percuotermi, ecc., e l'insieme di questi doveri ha l'*effetto collaterale* di proteggere, entro certi limiti, anche la mia libertà di espressione, nel senso che la protegge contro quelle interferenze che assumano incidentalmente la forma di una violenza privata, di una minaccia, di percosse, ecc. Io, però, potrei vantare un analogo perimetro di pretese protettive anche nei confronti di quelle condotte violente con cui mi si volesse impedire di fare qualcosa che io non abbia il diritto di fare: ad es., nessuno potrebbe impedirmi di fare falsa testimonianza uccidendomi, percuotendomi, rubandomi il quaderno dove io avessi scritto la mia versione dei fatti, e così via.

I diritti-libertà beneficerebbero, allora, fortunosamente e incidentalmente, di una protezione che in realtà non è pensata per loro, e che quindi non costituisce diretta conseguenza del fatto di esercitare un diritto. Come una qual-

(193) L'espressione è di KRAMER (1998), 12.

(194) KAMM (2004), 479.

siasi persona può ripararsi dalla pioggia trovando momentaneo rifugio sotto un balcone, così il diritto-libertà di agire troverebbe un fortunoso rifugio sotto divieti posti ad altri scopi.

19.1. Fin qui, la cosiddetta tesi del perimetro di protezione dei diritti.

Questa tesi, però, soffre di un vizio che le deriva da una certa (persistente) vaghezza nella definizione del concetto di “non impedibilità”. L'apparente plausibilità – ovvietà, finanche – della rappresentazione da essa fornita (tolti gli aspetti di buon senso più sopra segnalati) è in buona parte dovuta ad una mancata chiarificazione di cosa significhi dire che “una condotta non è impedibile in certi modi, con certe condotte”.

Mi spiego.

Punto di partenza della tesi qui criticata è che la qualifica di non impedibilità di una condotta sia una qualifica *riflessa*: che discenda, cioè, dal fatto di qualificare altre condotte (quelle impeditive) come illecite. Cosicché, una condotta potrebbe dirsi “non impedibile” solo se, e nella misura in cui, condotte impeditive di essa possano dirsi illecite. Con la conseguenza che qualsiasi condotta che, pur entro una certa misura, sarebbe illecito impedire, sarebbe, in quella misura, una condotta “non impedibile”. Anche una condotta illecita è, dunque, in una certa misura una “condotta non impedibile”: nella misura in cui l'impedimento di una concreta condotta illecita rappresenti una reazione sproporzionata al danno eventualmente insito nella realizzazione della condotta stessa ⁽¹⁹⁵⁾.

La “non impedibilità”, in questo modo, viene fatta di-

(195) V., ad es., KRAMER (1998), 15 s.

ventare un concetto graduabile, una questione di grado: tutte le condotte – non solo quelle che costituiscono esercizio di un diritto – sono, in una certa misura, non impedibili. Da qui la conclusione – tratta dai sostenitori della tesi del perimetro di protezione – che la “non impedibilità” (la pretesa di non interferenza) non costituisca aspetto caratterizzante dell’esercizio di diritti di agire.

19.2. Il fatto è, però, che questa “non impedibilità graduabile” non è la stessa “non impedibilità” alla quale ci si riferisce (o, comunque, occorre riferirsi) come aspetto accessorio di un diritto di agire.

Quando diciamo che la condotta esercizio di un diritto è non impedibile, intendiamo in realtà dire qualcosa di diverso; e, in particolare, che contro quella condotta non è ammessa legittima difesa: che essa non è impedibile in legittima difesa; che nessuno che la impedisca può accampare di aver agito per legittima difesa ⁽¹⁹⁶⁾. E questo perché la condotta esercizio del diritto non costituisce (il pericolo di) un’offesa ingiusta. Sebbene, come noto, non vi sia accordo tra gli studiosi circa il significato da attribuire all’*ingiustizia* dell’offesa, quale presupposto di una legittima difesa ⁽¹⁹⁷⁾, è certo che, per essere “ingiusta”, un’offesa, oltre ad avere ad oggetto un interesse giuridicamente rilevante, deve quanto meno essere arrecata *non iure*: deve, cioè, non costituire l’oggetto di un diritto di agire (o comunque non essere sussumibile nella fattispecie di una

(196) V., per tutti, GROSSO (1964), 117 ss., 361 ss., e *passim*; CARACCIOLI (1965), 172 s.

(197) Cfr., con varietà di posizioni: GROSSO (1964), 127 ss.; PAGLIARO (2003 a), 441 s.; ANTOLISEI (2003), 301 s.; NINO, (1982), 84 ss.; FIANDACA, MUSCO (2007), 280 s.; PALAZZO (2008), 398 ss. Per una panoramica sul punto, v. anche, da ultimo, PISANI (2007), 646.

norma permissiva) ⁽¹⁹⁸⁾.

Di conseguenza, non è che sia l'illiceità delle condotte impeditive a determinare, a *causare*, (come vorrebbe la tesi del perimetro di protezione) la non impedibilità dell'esercizio del diritto, a rendere quest'esercizio (in una certa misura) non impedibile: cosicché quella condotta sia non impedibile *nella misura in cui* sia illecito impedirne la realizzazione. Al contrario, è la stessa illiceità delle condotte impeditive ⁽¹⁹⁹⁾ ad essere, almeno in parte (e in un certo senso), determinata dal fatto che la condotta impedita costituisca esercizio di un diritto, e quindi dalla non impedibilità di questa condotta: dal fatto, cioè, che contro l'esercizio di un diritto – essendo, questa condotta, realizzata *iure* (e quindi non potendo essa qualificarsi ingiusta) – non sia ammessa legittima difesa.

In questo senso, dunque, la liceità o illiceità dell'interferenza è anche funzione della natura della condotta che viene impedita: ossia, del fatto che questa possa, o meno, dirsi realizzata *iure*; che contro di essa sia, quindi, ammessa legittima difesa, e che essa, in questo senso, sia, o meno, non impedibile. *Questa* non impedibilità di una condotta è certamente una qualità connessa al fatto che la condotta costituisca esercizio di un diritto: il che, mi sembra, rende inadeguata la tesi del perimetro di protezione, e più in generale l'idea che ad una condotta scriminata non necessariamente si accompagni una correlativa pretesa di non impedimento, e che quindi la circostanza che una condotta costituisca esercizio di un diritto non abbia alcuna necessaria implicazione in merito alla (il)liceità delle condotte che,

(198) Ad es. GROSSO (1964), 127 ss.; ANTOLISEI (2003), 301 s.; FIANDACA, MUSCO (2007), 281.

(199) S'intende: delle condotte impeditive violente, come illustrato *supra*, § 17.2.

in maniera “violenta”, mirino ad impedirne la realizzazione.

20. (Segue) *Esercizio di un diritto e interferenze giustificate: conflitti tra scriminanti?*

Dire che l'esercizio di un diritto non è impedibile in legittima difesa non vuol dire, peraltro, che una condotta violenta che impedisca l'esercizio di un diritto non possa *mai* essere lecita, giustificata. Vero è che l'impedimento dell'esercizio di un diritto non può essere giustificato *per legittima difesa*: e in questa accezione del termine, l'esercizio di un diritto non è impedibile, e la non impedibilità dell'esercizio del diritto è assoluta (non graduabile: v. *supra*, § 19.2). Nulla esclude, però, che la condotta impeditiva possa essere assistita da un'altra scriminante, che, cioè, in un caso concreto in cui venga impedito l'esercizio di un diritto, ricorrano, a beneficio della condotta impeditiva, gli estremi di un'altra scriminante.

Un esempio: mentre Adamo sta per dare uno schiaffo Caino, suo figlio quindicenne, quale punizione per un comportamento biasimevole, Eva spinge Adamo e lo fa cadere per terra, causandogli alcune lievi lesioni: si viene, poi, a scoprire che Eva ha agito in questo modo poiché si era accorta che un masso avrebbe altrimenti colpito Adamo alla testa, e non aveva altro modo per evitarlo. Qui l'esercizio dello *jus corrigendi* di Adamo nei confronti di Caino è bensì, di fatto, impedito dalla condotta di Eva; questa condotta, ciò nondimeno, è senz'altro lecita in quanto realizzata in stato di necessità ⁽²⁰⁰⁾.

(200) *Contra*, in linea di principio, dovrebbero pronunciarsi coloro che

Un altro esempio. Tizio, privato cittadino, coglie Caio nell'atto di spacciare sostanze stupefacenti; e decide di arrestarlo. (Può farlo: è un suo diritto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 383 e 380, comma secondo, lett. *h*, CPP.) All'insaputa di Tizio, però, Caio era già pedinato da alcuni poliziotti, i quali, coordinati da un magistrato del Pubblico Ministero, avevano stabilito di non intervenire, nella fondata aspettativa che il persistente pedinamento di Caio potesse condurli a sgominare un'intera banda di narco-trafficienti. L'intervento di Tizio rappresenterebbe il fallimento del loro piano investigativo. Accortisi, dunque, delle intenzioni di Tizio, i poliziotti lo bloccano, senza però potergliene comunicare la ragione, essendo le indagini coperte dal segreto; e poiché Tizio non si lascia persuadere con facilità, e si mostra anzi recalcitrante alle loro laconiche spiegazioni, i poliziotti continuano a tenerlo fermo per un periodo di tempo consistente, nonostante le proteste di Tizio, che cerca di divincolarsi, ancora convinto di dover effettuare l'arresto. Il fatto realizzato dai poliziotti, in questo caso, non solo costituisce impedimento dell'eserci-

ritengono che la non impedibilità di una condotta comporti che questa non possa essere impedita, non solo per legittima difesa, ma anche per stato di necessità: v. ad es. SILVA SÁNCHEZ (2005), 1010.

Un sostenitore della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento potrebbe, a sua volta, obiettare che, in realtà, questo sia un caso di cosiddetta diminuzione del rischio: e che quindi la condotta di Eva sia semplicemente atipica poiché non ha creato alcun rischio illecito, ma anzi ha ridotto le potenzialità lesive di un rischio già in corso e non altrimenti evitabile. Entrambe le soluzioni, in realtà, sono astrattamente plausibili. Anche ROXIN (1997), 314, ad es., ammette che i casi di diminuzione del rischio possano concettualmente ricondursi allo stato di necessità. La loro soluzione in termini di atipicità o in termini di scriminazione, in definitiva, dipende, non tanto da ragioni concettuali, quanto da preferenze di fondo, e quindi da ragionamenti di più ampia portata (che qui sarebbe ultroneo approfondire), ad es. in merito ai contenuti e alla collocazione sistematica dei criteri che una parte della dottrina riconduce alla categoria dell'imputazione oggettiva dell'evento.

zio di un diritto, ma è anche tipico – mi pare – ai sensi dell'art. 605 CP: esso cioè nondimeno parrebbe del tutto lecito (costituendo, ad es., uso, legittimo ai sensi dell'art. 53 CP, di mezzi di coazione fisica, finalizzato all'adempimento di un proprio dovere ed imposto dalla necessità di vincere una resistenza all'Autorità: qual è quella che, in tal caso, sta compiendo Tizio).

A verificarsi, in casi di questo genere, è, propriamente, un conflitto fra due cause di liceità: fra l'esercizio di un diritto e una causa di giustificazione. Conflitto nel quale a soccombere è l'esercizio del diritto: nel senso che, per quanto la condotta in cui esso consiste sia (anche penalmente) lecita, e per quanto contro di questa non sia concepibile una legittima difesa, ciò nondimeno gli impedimenti opposti negli esempi immaginati integrano gli estremi di altrettante condotte scriminate, e sono quindi, a loro volta, (anche penalmente) leciti.

Un unico limite (che, peraltro, si ricava dagli esempi fatti): perché la condotta impeditiva dell'esercizio di un diritto possa dirsi a sua volta assistita da una scriminante (diversa dalla legittima difesa), occorre che essa sia funzionale alla salvaguardia di un interesse diverso da quello, per così dire, direttamente correlativo all'esercizio del diritto. Tornando ai nostri due esempi: nel primo, la condotta di Eva è scriminata, non già dalla necessità di salvare Caino dalla punizione che sta per infliggergli Adamo, ma dalla necessità di salvare Adamo da un rischio per la sua stessa incolumità; e, analogamente, nel secondo caso la condotta dei poliziotti è scriminata, non già dalla necessità di tutelare la libertà personale di Caio, ma dalla necessità di garantire il buon esito dell'operazione in corso.

20.1. L'idea che possano darsi conflitti fra l'esercizio di

un diritto e una giustificazione, e che, nel conflitto, il primo possa risultare soccombente, peraltro, non è del tutto pacifica dal punto di vista teorico. La possibilità che si verificassero conflitti di questo genere potrebbe, ad es., venire negata facendo leva sulla cosiddetta “*incompatibility thesis*”, sostenuta da George P. Fletcher ⁽²⁰¹⁾, e che essenzialmente si articola in questi tre passaggi fondamentali:

«1. Se la condotta *C* di *X* è giustificata, allora *X* ha un diritto di realizzare *C*.

2. Se *X* ha un diritto di realizzare *C*, allora nessuno ha il diritto di realizzare una condotta che sia incompatibile con *C*.

3. Se nessuno ha il diritto di realizzare una condotta incompatibile con *C*, allora nessuno sarebbe giustificato nel realizzare una condotta incompatibile con *C*» ⁽²⁰²⁾.

L'idea, detto altrimenti, è che la condotta giustificata, così come la condotta che costituisca oggetto di un diritto di agire, sia una condotta (riconosciuta come) *giusta ed adeguata* nella situazione concreta ⁽²⁰³⁾. E sarebbe incoerente, contraddittorio, ammettere che due condotte incompatibili possano essere entrambe giuste ed adeguate in una medesima situazione concreta. Sarebbe come dire che è giusto fare qualcosa e che è giusto anche ostacolare chi la faccia.

(201) FLETCHER (1979); ID. (1985); ID. (1993), 236 ss. Analogamente: ROBINSON (1982), 274; ALEXANDER (1987), 1179. Per una discussione sul punto, v. comunque DRESSLER (1984), 87 ss.; HUSAK (1999); BERGELSON (2007), 110 ss.

(202) FLETCHER (1979), 1358.

(203) Una condotta giustificata è una condotta «right and proper», è la condotta giusta ed adeguata nella situazione concreta. [FLETCHER (1979), 1358: “Giustificare”, ricorda Fletcher, da *justum facere*; la giustificazione rende una condotta oggettivamente giusta, conforme al diritto; e se la condotta è oggettivamente giusta, allora gli individui hanno il diritto soggettivo di realizzarla.]

20.2. Vi sono diversi aspetti da sottolineare in questo ragionamento. Mi concentrerò su due di questi aspetti.

Il primo – piuttosto evidente – è che alla base della “*incompatibility thesis*” sta una visione cognitiva delle posizioni giuridiche (e morali) soggettive, e del conflitto tra le norme che le attribuiscono o le riconoscono ⁽²⁰⁴⁾. Per Fletcher, infatti, l'impossibilità di un conflitto tra condotte scriminate è innanzitutto, ed essenzialmente, una questione logica ⁽²⁰⁵⁾.

Della visione cognitiva delle posizioni giuridiche soggettive mi sono già occupato (v. *supra*, Parte Prima, §§ 7, 17): eviterò, quindi, di dilungarmi, con specifico riguardo alla “*incompatibility thesis*” di Fletcher, su osservazioni e spunti critici che ho già avuto modo di sviluppare. Mi limito a richiamare un passaggio essenziale: dire che un conflitto fra giustificazioni (o fra diritti e giustificazioni) comporti l'esistenza di una contraddizione nel sistema, non dimostra affatto che una tale contraddizione non esista o non possa verificarsi. Che dal punto di vista di uno stesso sistema normativo due condotte incompatibili siano entrambe lecite – che una persona abbia il diritto di realizza-

(204) Così lo stesso Fletcher: «The question who is right in cases of moral and legal conflict is, in my opinion, no different from the question who is right in scientific and philosophical controversy. Both sources of inquiry plague with uncertainty. It is only the prosaic legal mind of the mid-twentieth century that infers from uncertainty that there is no issue worth being uncertain about» [(1979), 1361].

(205) FLETCHER (1985), 975: «in any situation of physical conflict, where only one party can prevail, logic prohibits us from recognizing that more than one of the parties could be justified in using force». Negano invece che l'ammissione di un conflitto tra scriminanti implichi una contraddizione logica, HUSAK (1999), 46, e BERMAN (2003), 42 («the “*incompatibility thesis*” – i.e., the claim that mutually contending parties cannot each be legally justified – is without logical support»).

re una condotta incompatibile con l'esercizio di un diritto da parte di un'altra persona (che Tizio, ad es., abbia il diritto di fare A e Caio abbia il diritto di impedire a Tizio di fare A): questa evenienza indica, tutt'al più, che all'interno del sistema esiste un'antinomia, e che quindi il sistema è incoerente; l'esistenza di antinomie reali (di conflitti reali tra norme, e quindi tra posizioni giuridiche soggettive), tuttavia, e con essa l'incoerenza dei sistemi normativi (almeno di quelli giuridici), non sono affatto evenienze logicamente e normativamente impossibili. Cosicché, far leva sul principio di non contraddizione (ammesso che questo abbia a che fare con i rapporti tra norme: v. Parte Prima, § 16) non è affatto un modo per dimostrare l'impossibilità (logica o normativa) di conflitti tra cause di liceità.

Ciò, mi pare, vale a mettere in discussione la premessa minore del sillogismo fletcheriano: superata una visione cognitiva delle posizioni giuridiche soggettive, dovrebbe rimanerne travolta anche l'idea (che di quella visione non rappresenta che una manifestazione) per cui, "se X ha un diritto di realizzare C, allora nessuno ha" – ossia: potrebbe logicamente avere – "il diritto di realizzare una condotta che sia incompatibile con C". Il che dovrebbe avere l'effetto di pregiudicare l'intero ragionamento: se non è vero che non possano darsi conflitti tra diritti, a maggior ragione non sarà vera la conclusione che non possano darsi conflitti tra diritti e giustificazioni (diverse dalla legittima difesa contro lo stesso esercizio di un diritto).

20.3. Discutibile, però, è anche la premessa maggiore del sillogismo fletcheriano, e cioè che "Se la condotta C di X è giustificata, allora X ha un diritto di realizzare C"; così come, correlativamente, è discutibile un assunto che

compare nella formulazione alternativa del ragionamento: e cioè che la condotta esercizio di un diritto sia, come quella giustificata, una condotta “*right and proper*”, la condotta giusta da tenere nelle circostanze concrete.

Alla discussione di questi assunti, come di altri ad essi collegati, è dedicata il prossimo capitolo.

21. Sintesi.

L’efficacia giuridica del PED è, innanzitutto, un’*efficacia scriminante*, che, propriamente, si produce trasformando la (originaria) liceità extrapenale di una condotta in liceità (anche) penale.

La liceità penale dell’esercizio di un diritto, garantita dal PED, è, inoltre, una liceità “*rafforzata*”. Il principio, infatti, rende penalmente lecito l’esercizio del diritto anche quando il diritto esercitato sia riconosciuto o attribuito da una norma che, in forza degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie, dovrebbe invece soccombere nei confronti della norma incriminatrice. Neanche l’introduzione di una norma penale proibitiva, che pure abbia lo scopo di incriminare una condotta esercizio di un diritto, sarebbe dunque sufficiente a rendere questa stessa condotta penalmente illecita: almeno finché all’incriminazione della condotta non si accompagni una eliminazione della disposizione attributiva del diritto (ad es., mediante sua abrogazione esplicita o, ricorrendone i requisiti, invalidazione per illegittimità costituzionale).

Il PED ha, poi, una peculiare efficacia *irradiante*: in certi casi esso vale infatti a rendere (penalmente) lecita anche la condotta con cui un soggetto eserciti un diritto (non proprio ma) altrui. Si tratta, in particolare, di casi (ad es.: diritto di curarsi, diritto di rifiutare le cure, diritto di difendersi in giudizio) nei quali la realizzazione del contenuto di un diritto (la soddisfazione dell’interesse a questo sotteso), per avvenire in maniera adeguata, richiede necessariamente l’intervento, l’opera, di un soggetto diverso dal relativo titolare, e munito di capacità o competenze specifiche da questi non possedute: casi nei quali il titolare del diritto non sarebbe in grado da solo – per mancanza di capacità fisiche o tecniche – di ottenere una (adeguata) realizzazione del proprio diritto, e deve quindi per forza di cose affidarsi a terzi soggetti che quelle capacità invece posseggano. L’attività di questi soggetti in questi casi vale, allora, come esercizio mediato del diritto da parte del titolare che non potrebbe altrimenti (ossia: *manu propria*) adeguatamente esercitarlo.

Bisogna inoltre considerare che i rischi tipicamente, normalmen-

te, connessi all'esercizio di un diritto di agire sono *rischi giuridicamente leciti*: renderli illeciti significherebbe infatti rendere illecito lo stesso esercizio del diritto. Dal PED discende pertanto che il verificarsi di eventi offensivi che costituiscano concretizzazione di rischi normalmente connessi all'esercizio di un diritto non rende penalmente illecita la condotta (esercizio di un diritto) che li abbia creati.

L'esercizio del diritto, infine, oltre che penalmente lecito, è anche *non lecitamente impedibile*. Infatti, poiché l'offesa arrecata con l'esercizio di un diritto non può dirsi ingiusta ai sensi dell'art. 52 CP, nessuno potrebbe interferirvi in maniera penalmente tipica accampando di aver agito per legittima difesa.

CAPITOLO II

DIRITTI E GIUSTIFICAZIONI

SOMMARIO: 22. Posizione del problema. – 23. Norme permissive penali e norme permissive extrapenali. – 24. (*Segue*) Una critica dell'idea di antigiuridicità generale. – 25. (*Segue*) Le scriminanti come principi generali dell'ordinamento? – 26. (*Segue*) Diritti, giustificazioni, e liceità extrapenale. – 27. (*Segue*) Norme “incidentalmente” scriminanti e norme “originariamente” scriminanti: La funzione delle norme permissive extrapenali e di quelle penali. – 28. (*Segue*) Scriminanti e principi del diritto penale. – 29. La prevalenza di diritti e giustificazioni sulle norme incriminatrici. – 30. *Condotte e stati di cose*: Il diverso contenuto rispettivo dei diritti di agire e delle giustificazioni. – 31. Diritti, giustificazioni, e cosiddetta non impedibilità della condotta. – 32. Ragioni per agire *vs.* scelte protette. – 33. (*Segue*) Bilanciamento di interessi e autonomia. – 34. Avere il diritto di fare una cosa *vs.* fare la cosa giusta. – 35. Diritti, giustificazioni, e il principio di personalità della responsabilità penale.

22. *Posizione del problema.*

Non è chiaro quali rapporti intercorrano tra “giustificanti” e “diritti di agire”. Da un lato, è un assunto sostanzialmente pacifico, nel pensiero giuridico italiano (e non solo) ⁽²⁰⁶⁾, che l'esercizio di un diritto costituisca una “causa di giustificazione”: una circostanza che valga, cioè, a “giustificare” la realizzazione di un fatto penalmente tipico. Dall'altro lato, è anche diffusa, e autorevolmente sostenuta ⁽²⁰⁷⁾, l'idea, in un certo senso speculare, che le cau-

(206) V. ad es. CEREZO MIR (1998), 55.

(207) Oltre a Fletcher, già cit., v., tra altri, v. ad es. MORO (1947), 146; DOLCE (1957), 151 ss.; DELL'ANDRO (1958), 552; SANTORO (1960 b), 826; REHBERG (1962), 86, 152 ss.; MAURACH (1971), 292; ID., ZIPF (1983), 323;

se di giustificazione rappresentino altrettanti diritti di agire.

Entrambi questi assunti hanno qualcosa di vero, o comunque di plausibile. Entrambi, ciò nondimeno, ad un esame più accurato, risulteranno il frutto di semplificazioni che, seppure utili quando si tratta di fornire visioni d'insieme, rischiano di risultare fuorvianti quando da esse si pretenda di trarre ulteriori implicazioni.

L'idea che l'esercizio di un diritto – di cui alla prima parte del primo comma dell'art. 51 CP – sia una vera e propria giustificante è sostenibile solo nei limiti in cui con ciò si voglia dire che l'esercizio del diritto ha un'efficacia giuridico-penale analoga a quella delle cause di giustificazione: che esso, cioè, esclude l'illiceità penale del fatto, senza incidere, però, sulla relativa tipicità penale, senza escludere, cioè, che il fatto sia sussumibile nella fattispecie di una norma incriminatrice.

D'altra parte, dicendo che tutte le cause di giustificazione sono riducibili ad altrettanti diritti di agire si dice cosa esatta solo finché si usa il concetto di “diritto di agire” in senso generico: ossia, nel senso in cui si può genericamente dire che una persona ha il diritto di fare qualcosa che gli sia lecito fare. Così intesa, però, l'assimilazione delle giustificanti ad altrettanti diritti di agire non è in grado di dire nulla di significativo sulla natura e sul fondamento delle cause di giustificazione in generale: essa, infatti, non dice niente di più del fatto che le giustificanti valgono a rendere (almeno penalmente) lecita la realizzazione di una condotta.

ZAFFARONI (1981), 581-2, 632; ID., ALAGIA, SLOKAR (2000), 566; RAMACCI (1993), 63. *Contra* (ma in base ad argomenti diversi da quelli che saranno qui di seguito sviluppati), ad es., MÜNZBERG (1966), 329 s.; PREUB (1974), 168 ss.; CONTENTO (2002), 71 s.

La tesi in favore della quale cercherò adesso di argomentare è che diritti di agire ⁽²⁰⁸⁾ e giustificazioni ⁽²⁰⁹⁾ siano, in realtà, due manifestazioni, due specie, distinte di una stessa categoria ⁽²¹⁰⁾: quella delle scriminanti, o cause di esclusione della (sola) illiceità penale di un fatto. Entrambe condividono, dunque, un medesimo aspetto della loro efficacia giuridica: quello, appunto, consistente nell'esclusione dell'illiceità penale del fatto da esse assistito; entrambe, inoltre, condividono la peculiarità, propria della categoria cui appartengono, di escludere *direttamente* l'illiceità penale del fatto, senza passare per una esclusione della sua tipicità penale: entrambe incidono, cioè, non sulla *portata* della norma incriminatrice, ma sul *peso* relativo dell'incriminazione rispetto a situazioni, posizioni, interessi in conflitto con quelli soggiacenti all'incriminazione ⁽²¹¹⁾.

(208) Tralascio intenzionalmente di considerare l'istituto dell'adempimento di un dovere: alcune delle cose che dirò, qui di seguito, in relazione all'esercizio di un diritto, probabilmente, potrebbero attagliarsi anche all'adempimento di un dovere: sotto altri aspetti, invece, l'istituto potrebbe meglio avvicinarsi alle giustificanti. Un esame di questa figura scriminante, ad ogni modo, è estraneo agli obiettivi della mia indagine, e pertanto non mi "comprometterò" più di tanto riguardo ad esso.

(209) Come emergerà da quanto segue, intendo dunque i concetti di giustificanti, giustificazioni, cause di giustificazione, in maniera più restrittiva di quanto usualmente faccia la penalistica italiana (e non solo italiana), per la quale, invece, «"[c]ause di giustificazione" è [...] il nome (con molti sinonimi) coniato per designare l'insieme delle facoltà o dei doveri derivanti da norme, situate in ogni luogo dell'ordinamento, che (rispettivamente) autorizzano o impongono la realizzazione di questo o quel fatto, previsto anche tra i presupposti di una o più sanzioni, qualificandolo ovunque "lecito" o "giustificato", nel senso di conforme all'intero ordinamento, e precludendo che assuma l'opposta qualificazione di "illecito" o "antigiuridico", nel senso di contrario all'intero ordinamento, indispensabile per l'applicabilità di ogni sanzione» [MARINUCCI (1988), 132].

(210) Anche PAGLIARO (1985), 630 s., propone (sia pur sulla base di argomenti diversi da quelli qui avanzati) una ricostruzione separata delle scriminanti del diritto e del dovere rispetto alle altre.

(211) In merito alla distinzione tra portata e peso (di una posizione giu-

A parte questo, però, diritti di agire e cause di giustificazione presentano differenze (pur, talora, solo tendenziali) così evidenti – in termini di funzionamento, ma anche di fondamento – che ogni approccio che tenda a ridurre gli uni alle altre, o viceversa, finisce ben presto per apparire troppo semplicistico.

23. Norme permissive penali e norme permissive extrapenali.

Una prima differenza tra diritti e giustificazioni, quali distinte ipotesi scriminanti, sta nel tipo di norme che, rispettivamente, li contengono.

I diritti rilevanti ai sensi dell'art. 51 CP, sappiamo, sono diritti di fonte extrapenale, e costituiscono quindi il contenuto di norme permissive extrapenali. Queste norme prevalgono sulle norme incriminatrici, con cui entrino in conflitto, in forza del PED. Dando espressione a questo principio, l'art. 51 CP funziona come una meta-norma che regola i rapporti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive stabilendo che, nel conflitto, queste ultime prevalgano sulle prime, e che questa prevalenza abbia luogo a prescindere dall'applicabilità di qualcuno degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche.

Le norme giustificanti, invece, sono norme permissive penali ⁽²¹²⁾, che si ricavano dall'interpretazione delle dispo-

ridica, di un principio, ecc.), v. quanto già detto in precedenza: Parte Prima, § 3.1.1.

(212) S'intende: sono norme permissive penali quelle norme giustificanti che hanno la funzione di giustificare l'illecito penale. Ciò non toglie, è ovvio, che esistano anche giustificanti in altri settori dell'ordinamento giuridico: esistono cause di giustificazione dell'illecito civile, dell'illecito amministrativo, ecc., le quali di conseguenza costituiranno il contenuto di norme permissive, rispettivamente, civili, amministrative, ecc.

sizioni giustificanti contenute nel codice penale, o in altra legge penale.

23.1. L'idea che le norme giustificanti siano norme *penali*, in realtà, è avversata dalla gran parte della penalistica italiana (213), per la quale è, invece, un dato pressoché pacifico che quelle contenenti scriminanti siano norme *non penali*, ma piuttosto *appartenenti all'intero ordinamento giuridico*. Non mi dilungherò oltremodo sulla questione, poiché essa non ha un grande rilievo pratico agli effetti di questo lavoro. Ciò nondimeno, si tratta di una questione teorica interessante; e d'altra parte, vista l'assoluta prevalenza dell'opinione contraria, l'affermazione della natura *penale* delle norme giustificanti abbisognerà pure di un minimo di argomentazione.

Con questo spirito affronto, dunque, il problema.

23.1.1. L'assunto per cui le norme aventi efficacia scriminante sarebbero norme dell'intero ordinamento giuridico potrebbe teoricamente essere inteso in due sensi diversi: uno, per così dire, debole e uno, per così dire, forte.

In un senso debole, che "le norme scriminanti appartengano all'intero ordinamento" vuol dire che una norma scriminante può provenire da qualsiasi parte, o settore, del sistema giuridico: una norma permissiva (214) potrebbe avere un effetto scriminante – di esclusione dell'illiceità penale –, quale che sia il settore giuridico dal quale provenga.

In questa accezione minima, l'assunto, oltre ad essere

(213) In sintonia, peraltro, con il pensiero penalistico di lingua tedesca dominante.

(214) Lo stesso potrebbe dirsi, ovviamente, per le norme obbligatorie, che impongano, cioè, un certo comportamento.

praticamente pacifico ⁽²¹⁵⁾, è certamente condivisibile: esso, in fondo, è perfettamente compatibile con quanto siamo venuti sin qui dicendo, quasi costituisse un modo per richiamare l'attenzione sull'esistenza del PED, e sul fatto che, in forza di questo principio, una norma permissiva extrapenale (ossia: appartenente a qualsiasi settore dell'ordinamento, diverso da quello penale) può produrre un effetto scriminante. L'assunto – sempre leggendolo in quest'accezione debole – non esclude affatto che possano esistere anche norme permissive specificamente penali ⁽²¹⁶⁾, e che queste possano identificarsi con quelle norme permissive alle quali sto qui riservando il nome di giustificanti – ossia: norme permissive diverse da quelle (extrapenali) il cui funzionamento scriminante è condizionato all'esistenza del PED; norme la cui efficacia scriminante non dipende dalla presupposta esistenza di un tale principio.

23.1.2. Generalmente, però, quando si definiscono le scriminanti come norme appartenenti all'intero ordinamento giuridico, si vuol dire qualcosa di “più forte”: l'assunto, infatti, viene per lo più inteso nel senso che le norme scriminanti (tutte: tanto i diritti quanto le giustificazioni in senso stretto) apparterrebbero, non già a questo o a quel settore del diritto oggettivo, ma al diritto oggettivo nel suo insieme; sarebbero norme giuridiche *tout-court*, non norme penali ⁽²¹⁷⁾ o civili o costituzionali ecc. ⁽²¹⁸⁾. E

(215) Cfr., tra i tanti, BAUMANN (1962), 71 s.; MAURACH, ZIPF (1983), 328 s.; WESSELS, BEULKE (2006), 97; JESCHECK, WEIGEND (1996), 327; FIANDACA, MUSCO (2007), 184, 249; SCHIAFFO (1999), 1091; ID. (2006), 840; EBERT (2001), 67; SCHLEHOFER (2003), 1200 ss.; HEINRICH (2005), 101; PULITANÒ (2007 a), 258.

(216) Ad es. RUDOLPHI (1978), 80 ss.; HEINRICH (2005), 101.

(217) Per la tesi che abbiano natura “non penale” anche le scriminanti

questo comporterebbe che: *a*) esse «non solo sono situate in qualche luogo *dell'*ordinamento, ma dispiegano i loro effetti *sull'*intero ordinamento»; escludono, cioè, qualsiasi illiceità giuridica, non solo quella penale, o civile, ecc.: quello scriminato sarebbe un fatto a carico del quale non potrebbe residuare alcun tipo di illiceità giuridica ⁽²¹⁹⁾; come sarebbe positivamente dimostrato, nel diritto italiano, dal tenore di una disposizione come quella di cui all'art. 25 (dell'allora vigente) CPP, stando alla quale: "l'azione civile non [poteva] essere proposta, proseguita o riproposta [...] quando in seguito a giudizio" penale "[fosse] stato dichiarato [...] che il fatto fu compito nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima" ⁽²²⁰⁾; *b*) «La funzione delle scriminanti non è quindi *specificamente* giuridicopenale. *Non* perseguono finalità politico-criminali, che si realizzeranno solo *casual-*

contenute nel codice penale, v. ad es., con estrema chiarezza, MARINUCCI (1987), 178.

(218) V., oltre a Marinucci, FIANDACA, MUSCO (2007), 249; ROMANO (2004), 522; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 301 s. In senso parzialmente difforme, RONCO (2006), 84: «le cause di giustificazione [...] non sono norme penali, bensì norme previste in altri settori dell'ordinamento che dispiegano il loro effetto nel settore penale».

(219) MARINUCCI (1985), 213 [«Il fatto – questo o quel fatto, o ogni fatto – può essere infatti sanzionato oltre che da una pena, o in luogo di una pena, da altre sanzioni statuali meno dure (civili, amministrative, ecc.). La virtù delle norme scriminanti è di *prevalere* anche sulle norme confliggenti che ricollegano al fatto quelle meno gravi sanzioni: il fatto 'facoltizzato' o 'doveroso' non sarà quindi *né* punibile (se sanzionato da una pena) *né* assoggettabile a sanzioni civili, amministrative, ecc.». V. anche VASSALLI (1960), 619; AMELUNG (1984), 94; FIANDACA, MUSCO (2007), 184, 249; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 313; PADOVANI (2006), 143; ZANOTTI (2001), 91; MARINUCCI, DOLCINI (2006), 197; nonché la ricostruzione di GÜNTHER (1998), 17 («Vielmehr sollen Rechtsfertigungsgründe als Erlaubnissätze stets einheitlich für alle Rechtsgebiete gelten und universelle Wirkung entfalten»).

(220) MARINUCCI (1985), 215 s.; ID. (1987), 181; ID. (1988), 139. Analogamente, FIANDACA, MUSCO (2007), 182, e PADOVANI (2006), 143, in relazione alle corrispondenti norme del nuovo CPP.

mente»⁽²²¹⁾; c) esse, infine, in quanto norme dell'intero ordinamento, e quindi non norme specificamente penali, «sembrano non soggiacere alle regole costitutive, anche costituzionali, del diritto penale»⁽²²²⁾.

23.1.2.1. Nell'accezione attualmente più diffusa, l'idea dell'appartenenza delle giustificanti all'ordinamento giuridico nel suo complesso costituisce, più in particolare, il *pendant* di quell'altra idea, anch'essa molto diffusa, per cui non esisterebbe una illiceità penale (o civile o amministrativa ecc.) specifica, ma solo una illiceità giuridica unitaria, derivante dal conflitto del fatto con il diritto, con l'ordinamento giuridico complessivamente considerato. Il giudizio di illiceità giuridica non sarebbe mai specifico di questo o di quel settore del diritto; non avrebbe senso parlare di un fatto solo penalmente o solo civilmente illecito: di un fatto che cioè sia illecito per il diritto civile, o che lo sia per il diritto penale, ma che, in pari tempo, non lo sia anche per il diritto nel suo complesso. I diversi settori del diritto, infatti, non sarebbero compartimenti stagni, recisamente separati l'uno dall'altro: cosicché le valutazioni effettuate nell'uno possano venire contraddette negli altri, o comunque non comunicarsi a questi. Il diritto oggettivo costituirebbe invece un'entità unitaria, un'unità, la cui suddivisione in settori sarebbe un dato puramente "fenomenico", che non pregiudica l'unitarietà della sua essenza. Un fatto che contrasti con una norma di un settore dell'ordinamento contrasterebbe, per ciò stesso, con la parte di un'unità inscin-

(221) MARINUCCI (1985), 213. Nello stesso senso, AMELUNG (1984), 93 ss.; CEREZO MIR (1985), 442; ROMANO (2004), 522; FIANDACA, MUSCO (2007), 184; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 301 s.

(222) MARINUCCI (1985), 214; AMELUNG (1984), 95 ss.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 302 s.; RONCO (2006), 84.

dibile (qual è, appunto, ritenuto l'ordinamento giuridico), e quindi contrasterebbe con questa stessa unità. Parlare di una illiceità solo penale o solo civile, e non di una contrarietà rispetto al diritto nel suo complesso, sarebbe tanto improprio quanto dire, nel caso che una persona venga ferita alla mano, che ad essere ferita sia la mano e non la persona.

Data l'unità dell'ordinamento giuridico, le valutazioni di liceità o illiceità giuridica sarebbero sempre valutazioni unitarie, che valgono, cioè, per l'ordinamento giuridico unitariamente considerato. Un fatto che è giuridicamente illecito è dunque illecito per tutto l'ordinamento, e non può esserlo solo per questo o quel settore dello stesso. A variare da settore a settore sarebbe, non già la qualifica di illiceità del fatto, ma piuttosto l'*an* e il tipo di sanzione con cui colpire il fatto giuridicamente illecito ⁽²²³⁾.

L'idea di anti-giuridicità generale – ossia, l'idea che un fatto giuridicamente illecito lo sia unitariamente per tutto l'ordinamento, e non esclusivamente per questo o per quel settore – è dunque soltanto l'altra faccia del dogma dell'unità dell'ordinamento giuridico, e dei dogmi in esso implicati della necessaria coerenza del diritto oggettivo e della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive (su cui v. *supra*, Parte Prima, Cap. II) ⁽²²⁴⁾.

(223) FISCHER (1911), 116: «Nicht als eine inhaltliche Beschränkung ist die Beschränkung der Rechtsfolgen aufzufassen».

(224) Per una correlazione tra “*Einheit der Rechtsordnung*” e “*Einheit der Rechtswidrigkeit*”, v. almeno BELING (1906), 127 ss. («Rechtswidrigkeit ist = normwidrig = rechtsordnungswidrig = gleich Diskrepanz gegen das Recht. Keine Norm kann also ihren Zusammenhang mit dem Rechtsganzen verleugnen! [...] Die Rechtswidrigkeit ist stets Vollrechtswidrigkeit = Gegensatz gegen die Rechtsordnung selber in ihrer Totalität. Diese Einheitlichkeit des Rechtswidrigkeitsbegriffs ergibt sich als zwingend notwendig auch aus dem organischen Zusammenhang der einzelnen Rechtsteile»); FISCHER (1911), 115 («Aus der Einheit der gesamten Rechtsordnung folgt die Einheitlichkeit der

Anche l'esclusione dell'illecito, di conseguenza, essendo esclusione di un illecito genericamente e unitamente giuridico, opererebbe su di un piano diverso da quello propriamente penale, e cioè sul piano dell'intero ordinamento giuridico. Correlativamente alla natura unitaria del giudizio di illiceità giuridica, anche l'esclusione di questa illiceità avrebbe natura unitaria ⁽²²⁵⁾. L'effetto "scriminante" di una norma permissiva (e quindi, anche di una causa di giustificazione), pertanto, necessariamente si ripercuoterebbe, in maniera unitaria, su tutti i settori dell'ordinamento giuridico: ciò che è "scriminato", reso lecito, in applicazione di

Rechtswidrigkeit»); ENGISCH (1935), 55 ss.; RITTLER (1954), 115 («Der einheitliche Rechtswidrigkeitsbegriff folgt aus der Einheit der Rechtsordnung»). Per una approfondita ricostruzione storica del binomio, v. GÜNTHER (1983), 9-38. Oggi, esso costituisce un assunto praticamente indiscusso tra i penalisti di lingua tedesca: cfr., tra gli altri, MAURACH, ZIPF (1983), 328 («Die Rechtsordnung eines Staates ist logisch, wenn auch nicht in allen technischen Erscheinungsformen, eine Einheit. Die Einteilung des Rechtsstoffes in die herkömmlichen Sachgebiete – Staats- und Verwaltungsrecht, bürgerliches Recht, Verfahrensrecht, Strafrecht, usw. – dient nur der Sicherung und Durchsetzung des Rechtsfriedens, darf aber nicht dazu führen, dass die gleiche Handlung von dem einen Sachgebiet als verboten, von dem anderen als erlaubt oder gar als geboten betrachtet wird. Das Unrecht ist daher ein einheitlicher Begriff»); JESCHECK, WEIGEND (1996), 327; LENCKNER (2006), 590; KÖHLER (1997), 239; GÜNTHER (1998), 16.

Nella penalistica italiana, un ragionamento analogo, tra l'altro, si trova autorevolmente e limpidamente espresso, ad es., in MARINUCCI (1988), 132; ID. (1991), 56.

(225) V. ad es. BELING (1906), 169 («wie es keine nur "strafrechtlichen Normen", keine "Strafrechtswidrigkeit" gibt, so gibt es auch keine bloss strafrechtlichen Unrechtsausschlussgründe»).

Curiosamente, in qualche passaggio Marinucci [ad es. (1985), 213; (1987), 181; (1988), 132] sembra invece capovolgere il rapporto tra "antigiuridicità generale" e "appartenenza delle scriminanti all'intero ordinamento": non è che l'efficacia delle scriminanti *sull'intero* ordinamento sarebbe conseguenza della natura "generale" dell'illiceità da esse esclusa; ma, al contrario, sarebbe quell'efficacia a dimostrare la natura generale di questa illiceità. [Analogamente ZAFFARONI (1981), 583.] Per alcune osservazioni a questo riguardo, v. DONINI (1991), 173; ID. (1996), 218.

una disposizione di un certo settore dell'ordinamento, sarebbe per ciò stesso reso lecito in tutto l'ordinamento giuridico. Di conseguenza, come l'applicazione di una disposizione permissiva extrapenale esclude l'illiceità penale, anche l'applicazione di una disposizione permissiva contenuta nel codice penale avrebbe l'effetto di rendere il fatto lecito, non solo per il diritto penale, ma per tutti i settori dell'ordinamento ⁽²²⁶⁾.

24. (Segue) *Una critica dell'idea di antigiuridicità generale.*

Questo ragionamento non convince.

24.1. Prima di spiegare perché, però, occorre una precisazione. Non sembra cogliere nel segno chi ritiene che l'idea di un'antigiuridicità generale – l'idea, cioè, che un fatto illecito debba ritenersi tale, non già per questo o quel settore del diritto, ma per l'intero ordinamento giuridico – debba necessariamente fondarsi su di una concezione sanzionatoria del diritto penale ⁽²²⁷⁾. Nessun dubbio che una concezione sanzionatoria del diritto penale implichi l'idea di una antigiuridicità generale ⁽²²⁸⁾. Non vale, però, l'inverso. Il vero fondamento del concetto di antigiuridici-

(226) Ad es.: RITTLER (1954), 115; MARINUCCI (1985), 212 s., 215; ID. (1988), 132, 134 ss.; TRIFFTERER (1985 a), 209; ID. (1985 b), 205; FIANDACA, MUSCO (2007), 184 ss., 249; FUCHS (2004), 123.

(227) Così, invece, PAGLIARO (1960), 132 s.; e, più di recente, DONINI (1991), 168 ss.; ID. (1996), 218 ss.; SCHIAFFO (1998), 21 ss.; 85; ID. (1999), 1077 ss., 1095; CAVALIERE (2000), 426 s. Per un'appassionata replica a quest'argomento, v. MARINUCCI (1987), 175 ss.

(228) O, per lo meno, nel caso delle concezioni ulteriormente sanzionate del diritto penale, l'idea di una antigiuridicità necessariamente pre-penale.

tà generale, come già suggerito, non è la concezione sanzionatoria del diritto penale, ma semmai un'idea alla quale questa stessa concezione necessariamente rinvia: ossia, l'idea, il dogma, dell'unità dell'ordinamento giuridico ⁽²²⁹⁾. E se è possibile che si condivida quest'idea senza per ciò solo dover concepire il diritto penale in termini meramente sanzionatori, è anche possibile far propria l'idea di una antiggiuridicità generale senza per ciò solo divenire sostenitori di una concezione meramente sanzionatoria del diritto penale.

D'altra parte, una volta accolto il dogma dell'unità dell'ordinamento giuridico, l'idea di una antiggiuridicità generale sembra derivarne automaticamente: cosicché parrebbe contraddittoria, almeno ad un primo sguardo, la posizione di chi ⁽²³⁰⁾, da un lato, accoglie quel dogma, mentre, dall'altro lato, rifiuta l'idea che il fatto penalmente ti-

(229) Nel senso esatto, VIGANÒ (2000), 335 ss. (part. 340 ss.). JAKOBS (1991), 351, sembra invece invertire il rapporto tra i due termini: non è che il concetto di illiceità generale dipenda dall'idea dell'unità dell'ordinamento; piuttosto la «Einheit der Rechtsordnung [...] soll [...] Konsequenz des einheitlichen Begriffs der Rechtswidrigkeit sein».

D'altra parte, è vero, ad es., che Beling sostiene una concezione (ulteriormente) sanzionatoria del diritto penale [(1906), 122 ss.], ma in lui l'idea di un concetto unitario e generale di antiggiuridicità non è affatto conseguenza di questa concezione [come invece ritiene DONINI (1991), 169], ma piuttosto dell'idea dell'unità dell'ordinamento giuridico, e della correlata convinzione che ogni norma, anche se appartenente a questo o quel settore del diritto, vada sempre considerata come appartenente all'ordinamento come totalità. Chiarissimo a questo riguardo BELING (1906), 127 ss., dove anzi al dogma dell'unità dell'ordinamento è riconosciuta la capacità di evitare che la concezione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale conduca alla conclusione per cui sottesa ad ogni reato sarebbe sempre, non un'illiceità generale, ma una illiceità specificamente extrapenale (ora civile, ora amministrativa, ecc.), a seconda del settore dell'ordinamento al quale appartenga la norma violata.

(230) Mi riferisco ancora a DONINI (1991), 201 (in nota). Ma, per una posizione sotto questo profilo sostanzialmente analoga, v. già PETROCELLI (1960), 699.

pico e non scriminato contrasti, per ciò stesso, con l'intero ordinamento giuridico.

24.2. Ciò premesso, a non convincere nell'idea di una antigiusuridicità generale è proprio il riferimento al dogma dell'unità sostanziale dell'ordinamento giuridico⁽²³¹⁾, e ai connessi dogmi della necessaria coerenza del diritto oggettivo e della assolutezza delle posizioni giuridiche soggettive. L'unità sostanziale dell'ordinamento giuridico è, per l'appunto, nient'altro che un dogma: l'idea che non sia logicamente possibile che un ramo del diritto vieti ciò che un altro ramo dello stesso espressamente permette è, come ho cercato di mostrare (Parte Prima, Cap. II), priva di fondamento. Non vi è nulla di logicamente impossibile, in particolare, nel fatto che una stessa condotta sia, contestualmente, lecita per il diritto penale, che la giustifichi, e illecita per il diritto civile o per un qualche altro settore dell'ordinamento, che la proibisca⁽²³²⁾.

Né questa possibilità comporta alcun serio problema dal punto di vista dei principi dello Stato di diritto, «che come minimo è caratterizzato, a garanzia dei cittadini, da inequivoci confini *tra* lecito e illecito»⁽²³³⁾. Compito (uno dei compiti) di uno Stato di diritto è garantire confini sufficientemente chiari tra lecito *penale* e illecito *penale*, tra lecito *civile* e illecito *civile*, ecc.: poiché ciò è indispensabile affinché il cittadino sia reso edotto in merito alle possibili conseguenze giuridiche delle proprie azioni, così da potere

(231) Analogamente (seppur nel contesto di una visione complessiva decisamente diversa da quella qui sostenuta) SCHIAFFO (2006), 839.

(232) O, viceversa: che – salvo, naturalmente, il PED – essa sia illecita per il diritto penale e lecita per un qualche altro settore dell'ordinamento, che ne faccia l'oggetto di una facoltà d'agire.

(233) MARINUCCI (1988), 132; analogamente ID. (1991), 56.

scegliere consapevolmente come comportarsi. Non si può dire, invece, che vi sia incertezza, equivocità in merito alle conseguenze giuridiche di un'azione, quando uno stesso fatto sia penalmente giustificato ma extrapenalmente illecito, poiché in tal caso verrà chiaramente, senza equivoci, indicato che tenere la condotta in questione è lecito per il diritto penale – non porterà, cioè, ad alcuna delle conseguenze giuridiche dell'illecito penale –, ma non lo è, ad es., per il diritto civile.

L'ammissibilità di scriminanti ad efficacia penale ma non extrapenale, pertanto, non contrasta neanche con l'idea che le scriminanti costituiscano norme di condotta⁽²³⁴⁾, e che esse contengano veri e propri permessi di agire, anziché servire semplicemente ad escludere la punibilità del fatto⁽²³⁵⁾. In una situazione nella quale il fatto sia penalmente scriminato ma extrapenalmente illecito, a ben vedere, al cittadino sono fornite indicazioni normative sufficienti perché egli possa razionalmente orientare la propria condotta: egli sa, in ipotesi, che, se realizzerà la condotta in discorso, non andrà incontro al rischio di conseguenze penali negative, ma andrà incontro al rischio di conseguenze civili negative; è libero, dunque, di scegliere se tenere la condotta, giudicando che l'assenza di un "rischio penale" lo incoraggi, lo stimoli, all'azione, nonostante il ri-

(234) Per quest'idea, v. ad es. FLETCHER (1978), 456 ss.; ALLDRIDGE (1990), 489; ROBINSON (1990), 740 ss.; ID. (1994), 871 ss.; ID. (1997), 137 s., 146 s.; VIGANÒ (2000), 238; BERMAN (2003), 32 ss.

(235) Un ragionamento di questo genere, ma speculare, si trova, ad es., in VIGANÒ (2000), 341 s.: parlare di una illiceità *specificamente* giuridica (ossia: penale, civile, ecc.), anziché di illiceità genericamente giuridica, sarebbe scelta terminologicamente possibile, ma inopportuna, poiché richiederebbe che si rinunci alla connessione tra "illiceità" e "contrarietà ad un dovere", all'idea, cioè, che una condotta giuridicamente illecita sia una condotta contraria ad un dovere giuridico, e quindi giuridicamente non permessa.

schio di conseguenze civili negative. Non si capisce perché il cittadino dovrebbe sentirsi disorientato da questa situazione normativa, che del resto, nella sostanza, è analoga a quella (riconosciuta da tutti come possibile) nella quale una condotta, che sia extrapenalmente illecita, sia invece atipica (e quindi irrilevante) per il diritto penale. Né si capisce perché si dovrebbe ritenere che il diritto in questi casi non sia in grado di assicurare sufficiente certezza ai propri destinatari circa le proprie direttive d'azione; né, dunque, per quale ragione dovrebbe ritenersi «inammissibile la qualificazione antinomica di uno stesso fatto, da parti diverse dell'ordinamento, come lecito e illecito»⁽²³⁶⁾.

24.2.1. D'altra parte, che un fatto possa essere “permesso” per il diritto penale (e non semplicemente non punibile), ma illecito per qualche altro settore del diritto, non è affatto un assurdo; questa possibilità, non solo è una conseguenza (pressoché inevitabile) della (inevitabile) incoerenza dell'ordinamento giuridico, ma trova fondamento nella natura relativa, relazionale, della posizione giuridica “permesso” (come di ogni altra posizione giuridica)⁽²³⁷⁾: una stessa azione compiuta da parte di uno stesso soggetto può essere permessa nei confronti di qualcuno e non esserlo nei confronti di altri. Che io abbia il permesso nei confronti di chiunque altro (ossia: della somma di tutte le altre persone) di grattarmi la testa, significa che non esiste una persona al mondo che possa vantare, nei miei confronti, la

(236) MARINUCCI (1988), 132.

Escludere, invece, che si verifichi la situazione inversa – in cui cioè una condotta è extrapenalmente permessa, in quanto oggetto di un diritto di agire, e penalmente sanzionata – non deriva certo dal dogma della coerenza dell'ordinamento, ma è dovuto soltanto al PED, e quindi, essenzialmente, al carattere sussidiario del diritto penale.

(237) V. Parte Prima, § 3.1.

pretesa che io non mi gratti la testa; se, però, stipulo con Sempronio un contratto col quale mi obbligo a non grattarmi la testa, (ammesso che si tratti di un contratto valido) si darà il caso che io abbia il permesso di grattarmi la testa nei confronti di tutte le altre persone, ma non nei confronti di Sempronio: questi, ma nessun altro, potrà pretendere che io non mi gratti la testa; dunque, mi sarà illecito farlo nei confronti di Sempronio, ma non nei confronti di altri.

In maniera sostanzialmente analoga, la relatività del concetto di permesso vale anche nei rapporti fra una stessa condotta e i diversi settori di un medesimo ordinamento: un certo fatto può essere permesso nei confronti di un certo settore dell'ordinamento, ma non esserlo nei confronti di un altro. Lecito e illecito giuridico, permesso e divieto giuridico, sono concetti che, tecnicamente, riguardano il rapporto tra una condotta e ciascun settore dell'ordinamento quale autonomo sistema di norme giuridiche: e questo anche perché lecito e illecito giuridico sono concetti che si costruiscono (anche) in funzione del tipo di sanzione (positiva o negativa) che viene connessa dall'ordinamento (o meglio: da questo o quel settore dell'ordinamento) alla condotta presa in considerazione; e le sanzioni giuridiche sono sempre specifiche di ciascun ramo dell'ordinamento (anzi: è proprio la specificità della sanzione a distinguere tra loro, più d'ogni cosa, i diversi rami dell'ordinamento). Non vi è nulla, dunque, nel concetto di "permesso" che escluda che una stessa condotta possa essere permessa in rapporto ad un certo settore, ma non in rapporto ad un altro.

24.3. Infondato sembra inoltre il timore che, superato il dogma dell'unità sostanziale dell'ordinamento e, con es-

so, anche l'idea di una illiceità genericamente giuridica, «si moltiplich[ino] anche le cause capaci di escluderne le formulazioni»⁽²³⁸⁾. I problemi paventati a concretizzazione di questo timore⁽²³⁹⁾, in realtà, non hanno nulla a che vedere con l'ammissione o la negazione di un'efficacia extrapenale delle giustificanti di fonte penale, ma soltanto con la determinazione dei contenuti di queste scriminanti e dei presupposti ai quali condizionare la loro capacità di escludere l'illiceità penale di un fatto. Ad es., il tentativo «di radicare la *totale* impunità dei pubblici funzionari», che agiscano in situazioni di (reale o supposta) emergenza⁽²⁴⁰⁾, «appellandosi a clausole generali come lo stato di necessità previsto nel codice penale»⁽²⁴¹⁾, non dipende da (né è in alcun modo implicato ne) l'idea che questa scriminante abbia, o possa talora avere, una efficacia solo penale: il problema così posto ha esclusivamente a che vedere con l'interpretazione dei contenuti e dei limiti entro i quali si possa validamente ricorrere ad uno stato di necessità scriminante⁽²⁴²⁾.

24.4. *In conclusione*, non vi è dunque alcun bisogno di ricorrere ad un concetto generico di illiceità giuridica, né vi è alcuna ragione per cui un fatto, essendo illecito, ad es., per il diritto penale o per il diritto civile, dovrebbe ritenere-

(238) MARINUCCI (1988), 134.

(239) MARINUCCI (1988), 134-6.

(240) Si pensi, ad es., al caso emblematico del terrorista torturato per estorcergli informazioni su un imminente attentato; o al recente caso dell'*imam* della moschea di Milano, Abu Omar, sequestrato da agenti della CIA, con la collaborazione dei servizi segreti italiani, in quanto ritenuto un pericoloso terrorista.

(241) MARINUCCI (1988), 134.

(242) Ed infatti, in questo senso si dirigono le lucide osservazioni dello stesso Marinucci: *ivi*, 135.

si in contrasto con l'ordinamento giuridico nel suo complesso, e quindi illecito anche per ciascuno degli altri settori di cui questo si compone ⁽²⁴³⁾.

25. (Segue) *Le scriminanti come principi generali dell'ordinamento?*

Sganciata dal riferimento al concetto di antigiuridicità generale, dell'idea che le scriminanti siano norme dell'intero ordinamento giuridico rimane veramente ben poco.

A risollevarne le sorti non sembra sufficiente fare affidamento sull'idea che le scriminanti costituiscano espressione di principi generali dell'ordinamento ⁽²⁴⁴⁾: quest'idea, infatti, non dimostra in alcun modo l'inesistenza di norme permissive penali.

Che le norme scriminanti costituiscano *espressione* di principi generali dell'ordinamento è, invero, un assunto sul quale si può anche convenire, senza che ne venga pregiudicata l'esistenza di norme scriminanti propriamente appartenenti a questo o a quel settore del diritto: dietro alle norme scriminanti generalmente stanno, senza dubbio, principi di più ampia portata ⁽²⁴⁵⁾, che, in diversa forma,

(243) Con estrema chiarezza, BAR (1909), 6 s.; nonché, più di recente, DONINI, ad es. in (1999), 244; SCHIAFFO (1998), 89; HEINRICH (2005), 101 s.

In un senso sostanzialmente diverso da quello qui difeso (esisterebbe, cioè, una illiceità specificamente penale, ma questa – in una visione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale – presupporrebbe sempre una illiceità giuridica pre-penale; l'illecito penale, quale illecito giuridico particolarmente grave, dunque, sarebbe pur sempre un fatto che contrasta con l'intero ordinamento *prima* di contrastare col diritto penale), v. invece GÜNTHER (1983).

(244) MARINUCCI (1985), 212 ss.; ID. (1988), 132 ss.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 302; ROMANO (2004), 522. *Contra*, v. ad es. PAGLIARO (1985), 629 s.

(245) Cfr., ad es., STRATENWERTH (1960); JAKOBS (1991), 352 s.;

trovano realizzazione – volendo generalizzare – in tutti i settori dell'ordinamento.

A ben vedere, però, questo non vale solo per le norme scriminanti. Tutte le norme giuridiche costituiscono espressione di qualche principio soggiacente: il che, naturalmente, non può comportare che nessuna norma appartenga ad alcun settore del diritto, e che tutte invece appartengano, direttamente ed esclusivamente, all'ordinamento complessivamente inteso. La norma che punisce l'omicidio, ad es., o quella che punisce la diffamazione, o quella che punisce il furto, o quelle che puniscono la corruzione, costituiscono tutte espressioni di principi generali dell'ordinamento (inviolabilità della vita, inviolabilità della dignità della persona, valore della proprietà, buon andamento e imparzialità della P.A.): ciò nondimeno, nessuno mette in dubbio che si tratti di altrettante norme penali – appartenenti, cioè, ad uno specifico settore dell'ordinamento, qual è il diritto penale.

E se nessuno mette in dubbio la natura penale delle norme incriminatrici, anche quando queste costituiscano espressione di principi generali dell'ordinamento, ciò è dovuto ad una ragione molto semplice: queste norme hanno (contribuiscono alla gestione/applicazione di) conseguenze giuridiche penali. Esse prevedono che alla realizzazione di certi fatti consegua una sanzione penale: e proprio questo, banalmente, le rende norme penali, norme appartenenti al diritto penale, e non semplicemente al diritto in generale.

25.1. Non si vede perché lo stesso ragionamento non debba valere anche per le norme (originariamente) ⁽²⁴⁶⁾

BALDÓ LAVILLA (1994).

(246) V. *infra*, § 27.

scriminanti: ossia, per le scriminanti previste in (e quindi ricavabili da) disposizioni penali. La loro funzione principale ed originaria è infatti dello stesso genere di quella propria, e caratteristica, di ogni norma penale: contribuire, cioè, alla gestione di conseguenze giuridiche penali; come dovrebbe evincersi piuttosto agevolmente dalla formulazione delle disposizioni ⁽²⁴⁷⁾ nelle quali tali scriminanti sono previste, e a tenore delle quali il ricorrere di una situazione scriminante vale propriamente ad escludere, non già una generica illiceità giuridica del fatto scriminato, ma, propriamente, la “punibilità” del suo autore (attraverso una esclusione dell’illiceità penale del fatto realizzato).

È proprio perché nascono con la funzione, originaria e caratteristica, di contribuire a definire l’operatività della conseguenza giuridica punibilità/illiceità penale di un fatto, ed hanno quindi conseguenze giuridiche penali, che le norme (originariamente) scriminanti, come ogni norma che abbia conseguenze giuridiche penali, possono correttamente definirsi norme penali ⁽²⁴⁸⁾.

26. (Segue) *Diritti, giustificazioni, e liceità extrapenale.*

Quando, poi, si afferma che la necessaria appartenenza delle scriminanti all’intero ordinamento, e non piuttosto al solo diritto penale, deriverebbe dalla circostanza che esse rendono lecito il fatto, non solo per il diritto penale, ma allo stesso modo per tutti i settori dell’ordinamento, si dice cosa ora irrilevante, ora errata.

⁽²⁴⁷⁾ Se la lettera di una disposizione ha ancora un valore nell’attribuirle un significato.

⁽²⁴⁸⁾ Analogamente, PADOVANI (2006), 2 (che, pure, è un sostenitore dell’idea di antigiuridicità oggettiva).

Che (tutte) le scriminanti rendano un fatto lecito di fronte a tutto l'ordinamento è una generalizzazione non priva di ostacoli ⁽²⁴⁹⁾. Difficile affermarlo, ad es., rispetto ad ogni fatto realizzato in stato di necessità: qui, se non altro, rimane aperta la questione del senso da attribuire alla previsione dell'art. 2045 CC, ed alla possibilità che uno stesso fatto, penalmente giustificato, faccia sorgere in capo al suo autore un obbligo civile di indennizzare la vittima della condotta necessitata ⁽²⁵⁰⁾.

D'altra parte, è probabilmente vero che un fatto realizzato per legittima difesa – e in particolare, un fatto sussumibile nel primo comma dell'art. 52 CP – sarà da considerare “scriminato”, lecito, non solo per il diritto penale, ma anche per il diritto civile e per il diritto amministrativo. Ma questo, a guardare bene, non dipende da una pretesa efficacia delle scriminanti *su tutto l'ordinamento*: non è affatto una necessità legata ad una valenza “universale” che sarebbe (“ontologicamente”, concettualmente) propria delle scriminanti. Il fatto è, più semplicemente, che nel diritto civile (art. 2044 CC) e nel diritto amministrativo (art. 4, l. 689/1981), sono presenti norme permissive (rispettivamente civili e amministrative) di contenuto grosso modo corrispondente a quello dell'art. 52, primo comma, CP ⁽²⁵¹⁾.

(249) V., pur a partire da punti di vista diversi da quello qui proposto, GÜNTHER (1983); ID. (1992), 190 ss.; ROXIN (1997), 515; BRINGEWAT (2003), 224.

(250) Sul punto v., per tutti, GROSSO (1964), 326 ss.; MOLARI (1964), 115 ss. (e part. 136 ss.).

(251) Il che, naturalmente, non significa che, mettiamo, l'illiceità civile di un fatto realizzato per legittima difesa non potrebbe egualmente venire esclusa ove mancasse una disposizione come quella di cui all'art. 2044 CC, o che la legittima difesa non possa operare laddove (in quei settori dove) non esista una disposizione che ne costituisca appositamente espressione. In questi casi, infatti, il giudice potrebbe ricavare l'esclusione dell'illiceità (civile) da una *di-*

Non si tratta, dunque, di una (pretesa) appartenenza delle scriminanti all'intero ordinamento giuridico – con conseguente inesistenza di scriminanti specificamente penali –, ma, più semplicemente, di un fatto puramente “fenomenico”: nel diritto extrapenale si trovano giustificanti che hanno (o che sono interpretate come aventi) contenuti analoghi a quelli di qualcuna delle giustificanti penali; in settori dell'ordinamento diversi da quello penale, si trovano talora norme di liceità, scriminanti, (ricavabili da espresse ed apposite disposizioni, od anche solo per via interpretativa) dotate di contenuto sostanzialmente corrispondente a quello di norme permissive penali.

Questa lettura è avvalorata dal fatto che non è detto che scriminanti penali e scriminanti extrapenali ad esse corrispondenti abbiano contenuti *in tutto e per tutto* identici⁽²⁵²⁾. Non è detto, ad es., che – pur partendo da una sostanziale corrispondenza della formulazione letterale delle due disposizioni – requisiti, presupposti, e limiti di uno stato di necessità civilmente rilevante *ex art. 2045 CC* (ammesso che questo abbia l'effetto di rendere civilmente lecito il fatto) vadano interpretati esattamente nello stesso modo in cui sono interpretati quelli dello stato di necessità di cui all'art. 54 CP.

E nemmeno è detto che un fatto rilevante come legit-

retta applicazione del principio (o dei principi) di cui questa figura costituisce espressione. Ciò non toglie, però, che nei casi in cui il principio trovi espressione in una disposizione apposita, la norma da questa ricavabile sia, appunto, applicazione del principio, e non il principio stesso: sia, cioè, una norma che, pur trovando nel principio il proprio fondamento, ne dispieghi il senso in un contesto giuridico (*scil.*: settore) ben definito, e appartenga perciò, non all'ordinamento complessivamente considerato, quanto, piuttosto, a quel settore dell'ordinamento con le cui conseguenze giuridiche essa è chiamata ad “interagire”.

(252) Conf. DE FRANCESCO (2000), 273 ss., 275.

tima difesa per il diritto penale (che presenti, cioè, i requisiti richiesti dall'art. 52 CP) sia in pari tempo rilevante come tale – come fatto di legittima difesa – anche per il diritto civile o per il diritto amministrativo. Non sembra difficile ipotizzare, ad es., che almeno alcuni dei fatti oggi sussumibili nella fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 52 CP, seppur penalmente leciti, possano rimanere illeciti per il diritto civile.

26.1. Né, peraltro, va esagerato il contributo che possono fornire alla discussione norme come quella di cui all'art. 25 del CPP pre-vigente o quelle di cui agli artt. 75, 652, 653 del CPP attualmente vigente, la cui funzione è, genericamente, quella di regolare i rapporti tra giudizi penali e altri tipi di giudizio (civile, amministrativo) e l'efficacia rispettiva delle relative sentenze.

Difficile credere, in particolare, che norme siffatte siano in grado di esprimere qualcosa di più di scelte legate ad esigenze eminentemente processuali e di rapporto tra giurisdizioni e tra giudicati diversi intorno ad una medesima vicenda, che nulla implicano sul piano dell'essenza, degli effetti di diritto sostanziale, degli istituti in esse considerati ⁽²⁵³⁾.

D'altra parte, a credere davvero che da quelle disposizioni possano ricavarsi conclusioni di diritto sostanziale ⁽²⁵⁴⁾, è sin troppo facile notare come l'unico presupposto

(253) Così, infatti, la dottrina processual-penalistica sostanzialmente pacifica: ad es., CORDERO (2006), 1246 ss.; TONINI (2001), 683 ss. Con molta lucidità, anche DE FRANCESCO (2000), 276 ss., e VIGANÒ (2000), 342 ss., segnalano i limiti di un ricorso alle disposizioni ricordate nel contesto di un ragionamento intorno all'efficacia extrapenale delle scriminanti (penali).

(254) A credere, ad es., che l'art. 25 del vecchio CPP lasciasse trasparire, quale proprio presupposto di diritto sostanziale, l'idea che gli effetti giuridici di tutte le scriminanti, anche di quelle di fonte penale, si dispieghino ne-

sostanziale che è dato ricavare da una lettura degli artt. 75, 652 del CPP attualmente vigente è quello inverso all'idea di un'efficacia necessariamente anche extrapenale delle giustificanti penali ⁽²⁵⁵⁾.

Ed invero, “[l]a sentenza irrevocabile di assoluzione [...] ha” bensì “efficacia di giudicato, quanto all'accertamento [...] che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso”, ma: *(i)* soltanto se “il danneggiato si [è] costituito o [è] stato posto in condizioni di costituirsi parte civile”; *(ii)* e sempre che egli non “abbia esercitato l'azione in sede civile a norma dell'art. 75, comma 2”.

Se proprio si vuole individuare un presupposto sostanziale di una tale disciplina, non c'è dubbio che questo potrebbe risiedere solo nell'idea che l'assoluzione *penale*, anche quando fondata sull'esistenza di una giustificante, non escluda in alcun modo che il fatto, penalmente lecito, possa ciò nondimeno essere illecito per il diritto civile o per quello amministrativo. Ed infatti, se il danneggiato non si è costituito parte civile, o ha esercitato l'azione civile direttamente in sede civile, l'assoluzione penale dell'imputato per aver commesso il fatto nell'esercizio di una facoltà legittima, non avrà alcuna efficacia di giudicato sul giudizio civile o amministrativo eventualmente iniziato, né quindi (a voler interpretare in termini “sostanziali” le norme processuali in discorso) escluderà l'illiceità extrapenale del fatto.

cessariamente su tutto l'ordinamento.

(255) Analogamente SCHIAFFO (1999), 1093; ID. (2006), 841 ss.

26.2. Diritti e giustificazioni si distinguono, allora, dal punto di vista della loro efficacia extrapenale.

A differenza della condotta penalmente giustificata, infatti, la condotta esercizio di un diritto è necessariamente lecita – oltre che penalmente – anche in almeno un altro settore dell’ordinamento: ossia, in quel settore dal quale proviene la norma permissiva che attribuisce il diritto. (E nel caso dei diritti di fonte costituzionale, il fatto è lecito – questa volta sì – per tutto l’ordinamento, ossia: per tutti i settori dell’ordinamento.)

Lo stesso non si può dire della condotta (penalmente) giustificata ⁽²⁵⁶⁾: non è detto che questa sia lecita anche al di fuori del diritto penale; la liceità extrapenale della condotta (penalmente) giustificata dipende, come detto, dall’esistenza di norme permissive extrapenali che la prendano appositamente in considerazione: ossia, dall’esistenza, al di fuori del diritto penale, di norme che la rendano anche extrapenalmente lecita.

27. (Segue) *Norme “incidentalmente” scriminanti e norme “originariamente” scriminanti: La funzione delle norme permissive extrapenali e di quelle penali.*

Non è neanche vero che *tutte* le norme scriminanti siano «norme autonome che perseguono loro scopi e realizzano loro interessi» ⁽²⁵⁷⁾: che tutte, cioè, (e quindi anche le

(256) Cfr., ad es., FLETCHER (1978), 577, 792.

(257) Così, invece, MARINUCCI (1985), 213, 219 s., 222; ROMANO (2004), 522; FIANDACA, MUSCO (2007), 184; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 302. Una chiara elaborazione di quest’idea risale già, quantomeno, a WELZEL (1967), 77. Significativo, poi, per il prosieguo del nostro ragionamento, il modo in cui SCHWEIKERT (1957), 136 nt. 174, sviluppa, pur rapidamente, il punto: «die Erlaubnisnormen der Gesamtrechtsordnung [haben] an sich eine positive

giustificanti di fonte penale), siano «autonome proposizioni giuridiche, che non hanno quale funzione principale quella di giustificare qualcosa di vietato, ma servono piuttosto proprie e più ampie finalità, come per es. la tutela del diritto contro l'illecito (legittima difesa), l'attuazione dei giudizi penali (esecuzione penale), la garanzia del potere di disporre privatamente del proprio corpo (consenso), il diritto fondamentale alla libera espressione del pensiero (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*)»⁽²⁵⁸⁾.

L'osservazione, infatti, vale solo se riferita ai diritti di agire, non alle altre scriminanti (ossia: alle giustificanti penali in senso proprio). È perfettamente vero, cioè, che le (quelle che qui si è scelto di denominare) norme extrapenali permissive sono, per lo più, norme che non nascono con la specifica funzione di scriminare, di rendere *penalmente* lecita, una condotta: hanno scopi propri, che si esprimono nel rispettivo contesto, o settore, di provenienza (hanno, cioè, a che fare con finalità proprie del diritto civile, del diritto amministrativo, ecc.); e solo “incidentalmente” – ossia: in forza del PED – hanno anche un'efficacia scriminante, e di esclusione dell'illiceità *penale* del fatto.

Non si vede, invece, come lo stesso discorso possa valere per le altre scriminanti, che trovano fonte in norme permissive penali. Queste norme nascono invero proprio come norme scriminanti: come già accennato (*supra*, § 25.1), la loro funzione principale, il loro scopo originario, è proprio quello di escludere la (“punibilità”, *sub specie*) illiceità penale di certi fatti, qualora questi siano realizzati in presenza di certe situazioni; ed invero, le disposizioni dalle

Funktion [...]. Sie verleihen selbständig, in der Regel unabhängig vom strafrecht, Rechte. Es ist regelmässig nur eine Sekundäre Konsequenz der Erlaubnissätze, dass sie das strafrechtliche Verbot oder Gebot aufheben».

(258) JESCHECK, WEIGEND (1996), 324.

quali le scriminanti penali si originano (per es.: artt. 52, 53, 54 CP) sono tutte formulate in termini di “esclusione della punibilità” (da intendersi come “esclusione della illiceità penale”): le norme permissive di fonte penale nascono dunque con la funzione specifica di “scriminare” fatti, di rendere “non punibile” l’autore di un fatto realizzato in una certa situazione. La loro natura di norme penali è dunque funzione delle loro conseguenze giuridiche: esse sono norme penali esattamente come lo sono le norme incriminatrici, quelle scusanti, quelle attenuanti, quelle che prevedono mere cause di non punibilità, o quelle che prevedono cosiddette cause di “estinzione del reato o della pena” – poiché, allo stesso modo di tutte queste norme, la loro funzione originaria e specifica è quella di contribuire alla “gestione” (sotto forma di “esclusione”) delle conseguenze giuridico-penali di un fatto ⁽²⁵⁹⁾.

28. (Segue) *Scriminanti e principi del diritto penale.*

Dalla circostanza che esistano scriminanti propriamente penali, peraltro, non discende affatto che queste debbano soggiacere ai principi fondamentali del diritto penale: come ad es., riserva di legge e divieto di analogia.

Principi siffatti, invero, si giustificano essenzialmente in funzione garantistica, e trovano la propria ragione nella vocazione punitiva del diritto penale, e nella sua propen-

(259) Limpidamente PADOVANI (2006), 2: «la sanzione penale rende “penale” qualsiasi precetto cui venga riferita. Correlativamente, assumono natura penale tutte le norme che incidono sull’applicabilità della sanzione penale, consentendo in determinati casi la realizzazione di un fatto altrimenti vietato (*norme permissive*, quali, ad es., le cause di giustificazione [...]), escludendo o estinguendo la punibilità di determinati fatti [...], o semplicemente attenuando od aggravando le conseguenze punitive».

sione a limitare, in maniera assai invasiva, i diritti delle persone. Essi trovano dunque il loro ambito operativo più naturale in rapporto alle norme incriminatrici, e comunque alle norme penali sfavorevoli: non invece in rapporto alle scriminanti (od anche alle scusanti), che sono norme penali di favore, e rispetto alle quali, pertanto, il fondamento garantistico del principio di riserva di legge e del divieto di analogia non entra in gioco ⁽²⁶⁰⁾.

In linea di massima, si può dunque condividere l'idea che riserva di legge e divieto di analogia non valgano per le cause di giustificazione ⁽²⁶¹⁾, senza per ciò solo dover credere che l'ordinamento giuridico costituisca un'unità sostanziale e che le scriminanti, anche quelle di fonte penale, appartengano a questa unità sostanziale, e non invece specificamente al diritto penale.

28.1. Esclusa, in linea di principio, la riferibilità di riserva di legge e divieto di analogia alle scriminanti (anche a quelle di fonte penale), peraltro, occorrono alcune riflessioni ulteriori intorno all'ammissibilità di scriminanti penali di fonte sub-legislativa o analogicamente ricavate.

La questione della ammissibilità di scriminanti penali di fonte sub-legislativa, a ben vedere, è priva di rilevanza autonoma. Generalmente, infatti, quando si parla di scri-

(260) Esattamente SCHÖNKE (1949), 513, 514. V. inoltre (con riferimento all'analogia) DELITALA (1976 b), 397 ss.; VASSALLI (1997 b), 404 ss.; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 302; e (con riferimento alla riserva di legge) BOScareLLI (1990), 2. *Contra*, ad es., PAGLIARO (1985), 631 s.

Per più ampie riflessioni a riguardo, v. (con riferimento all'analogia) VASSALLI (1942); HIRSCH (1999 b); e (con riferimento alla riserva di legge) PALAZZO (1993), 345.

(261) MARINUCCI (1985), 219-20; ID. (1988), 140-1. V. anche SCHMIDHÄUSER (1972), 144; ID. (1975), 283; FIANDACA, MUSCO (2007), 184.

In merito ai rapporti tra legalità/tassatività e cause di giustificazione, v. anche MORESO (2001).

minanti di fonte sub-legislativa, ci si riferisce in realtà a veri e propri diritti di agire, che trovano, quindi, la loro fonte in norme extrapenali (una consuetudine, un provvedimento amministrativo) ⁽²⁶²⁾, e che come tali, in forza del PED, sono certamente in grado di escludere l'illiceità penale del fatto. (Il problema si porrebbe invece nel caso, piuttosto inverosimile, in cui un regolamento o un provvedimento amministrativo disponessero *contra legem* essere, in certe situazioni, "non punibile" un fatto previsto invece come reato da una norma penale. L'ipotesi parrebbe tuttavia problematica, non tanto in riferimento al principio di riserva di legge, quanto a quello di gerarchia delle fonti ⁽²⁶³⁾.)

Quanto, poi, alla possibilità di un'applicazione analogica ⁽²⁶⁴⁾, nel caso delle giustificanti sembrano mancare in radice i requisiti. E invero, quando il fatto, non rientrante nella formulazione espressa della disposizione scriminante, è penalmente tipico, esso trova nel diritto penale una propria regolamentazione giuridica: manca dunque, in tal caso, una lacuna normativa, e con ciò il necessario presupposto di ogni analogia ⁽²⁶⁵⁾. L'applicazione analogica di una scriminante non interverrebbe, insomma, a colmare un vuoto legislativo; tutt'al contrario: essa avrebbe la funzione di "lenire" gli effetti di una sorta di "eccesso legislativo" – ossia, di una situazione nella quale esiste una disciplina positiva applicabile, ma questa è sentita come ingiusta, come eccessivamente o irragionevolmente punitiva. In

(262) Notazione analoga già in PAGLIARO (1985), 632.

A riprova, v. ad es. FIANDACA, MUSCO (2007), 184.

(263) Cfr. PADOVANI (2006), 26. *Contra*, però, PALAZZO (2008), 381.

(264) Sul punto, v. comunque, per interessanti osservazioni, PALAZZO (2008), 152 ss.

(265) V. già PADOVANI (2006), 37.

questa luce, l'applicazione analogica di una giustificante avverrebbe sulla base, non già di un presupposto logico (quale si ritiene generalmente essere l'esistenza di una lacuna: la circostanza che un certo fatto non sia appositamente disciplinato dal diritto), ma di un presupposto assiologico, identificabile nell'idea che la norma penale, nel caso concreto, incrimini "troppo"; esplicitato in questi termini, però, difficilmente il ragionamento potrebbe risultare conducente: specie se si considera che l'estensione dell'ambito applicativo di una norma scriminante non avviene mai "a costo zero", ma, di fatto, si accompagna sempre ad una correlativa riduzione dell'ambito di tutela dell'interesse protetto da una norma incriminatrice.

29. *La prevalenza di diritti e giustificazioni sulle norme incriminatrici.*

Tanto nel caso dei diritti di agire quanto nel caso delle giustificazioni, la esclusione dell'illiceità penale di una condotta eventualmente sussumibile nella fattispecie di una norma incriminatrice discende dal fatto che il diritto, o la giustificazione, prevalgono sull'incriminazione. In entrambi i casi, cioè, la liceità penale di un fatto, che pure sia penalmente tipico, costituisce effetto della prevalenza della norma permissiva (penale o extrapenale) su una norma incriminatrice.

Nei due casi, però, questa prevalenza avviene in forme diverse.

La prevalenza di un diritto extrapenale di agire su un'incriminazione, abbiamo visto, avviene in forza di un apposito principio (PED), che costituisce, a sua volta, promanazione del carattere sussidiario del diritto penale (e

del principio, cui questo è connesso, del *favor libertatis*).

Le norme giustificanti (penali, s'intende), per prevalere, non hanno invece bisogno del ricorso ad un autonomo principio che ne governi i rapporti con le norme incriminatrici: che esse prevalgano sulle norme incriminatrici con esse in conflitto è, semplicemente, evidente. Si tratta, infatti, di norme originariamente scriminanti, che nascono con la precisa funzione di delimitare l'ambito dell'illecito penale: il senso stesso della loro esistenza è quello di prevalere (naturalmente: al ricorrere di tutti i presupposti occorrenti) sulle norme incriminatrici che con esse entrino eventualmente in conflitto.

Molti autori credono che questa prevalenza discenda dai meccanismi della specialità tra norme ⁽²⁶⁶⁾. Le norme giustificanti andrebbero, infatti, ricavate dall'incontro tra una disposizione giustificante e una disposizione incriminatrice, e sarebbero pertanto speciali rispetto alle norme incriminatrici; la norma giustificante ricavabile, ad es., dalla combinazione dell'art. 52 CP con l'art. 575 CP, e per la quale è giustificato, e quindi penalmente lecito, l'omicidio doloso commesso per legittima difesa, sarebbe norma speciale rispetto a quella direttamente ricavata dall'art. 575 CP, e per la quale invece l'omicidio doloso costituisce un illecito penale. E invero, è affatto evidente che la classe dei fatti giustificati, che siano anche penalmente tipici ai sensi di una certa norma incriminatrice, (la classe degli omicidi commessi per legittima difesa) è sempre un caso speciale, un sotto-insieme, dell'insieme dei casi penalmente tipici ai sensi di quella stessa norma incriminatrice (la clas-

(266) HRUSCHKA (1985), 6; Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), 301; DE VERO (1998), 840 ss.; PALAZZO (2008), 357 ss. Un accenno anche in FIANDACA, MUSCO (2007), 184 («la norma esimente [...] norma autonoma e speciale rispetto a quella incriminatrice»).

se dei fatti di omicidio).

Il ragionamento, però ⁽²⁶⁷⁾, non convince del tutto.

Vero è che dall'incontro della norma giustificante con una norma incriminatrice la prima riceve contenuto in relazione al caso concreto. Ciò non toglie, però, che il contenuto di ogni giustificazione sia già compiutamente definito, e quindi direttamente ricavabile da, la disposizione giustificante: qualsiasi fatto che rappresenti una "reazione necessaria e proporzionata al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, a difesa di un diritto proprio od altrui", costituisce una difesa giustificata. Quale che sia il fatto concretamente realizzato, il principio (e quindi la norma) scriminante rimane identico. È vero, questo – lo si diceva – riceve concretezza nel momento in cui si passi a specificare quale sia, in un caso pratico, il fatto realizzato in legittima difesa; ma ciò, a ben vedere, vale per ogni norma: qualsiasi contenuto normativo riceve concretezza non appena, dalla fattispecie astratta, si passi a considerare la fattispecie concreta. La classe degli omicidi per legittima difesa, allora, è bensì un caso speciale rispetto alla classe degli omicidi; ma esattamente allo stesso modo si potrebbe sostenere l'inverso: e cioè che la classe delle legittime difese che sfociano in un omicidio è speciale rispetto alla classe dei casi di legittima difesa.

Tra norma giustificante e norma incriminatrice, normalmente, non corre, dunque, un rapporto di specialità, ma piuttosto un rapporto di interferenza: la classe dei casi ai quali si applica una norma giustificante (NG) e la classe dei casi ai quali si applica una specifica norma incriminatrice (NI) rappresentano, figurativamente, due cerchi che

(267) Salvo che non sia riferito alle giustificanti speciali, e tra queste, a quelle che, volta per volta, si riferiscano ad una singola fattispecie incriminatrice: ad es., art. 728 cpv. CP.

si intersecano: vi è un insieme di fatti ai quali si applica tanto NG quanto NI, ossia quei fatti che, pur essendo tipici ai sensi di NI, siano anche giustificati da NG; accanto a questi, però, vi sono anche fatti ai quali si applica NG, senza che vi si applichi NI, e, viceversa, fatti ai quali si applica NI senza che vi si applichi NG. Il principio della prevalenza della *lex specialis* non ha margini di funzionamento.

La norma penale scriminante prevale sulla incriminatrice, non perché speciale, ma *per sua natura*: perché è nella natura delle cose che sia la prima a prevalere, quando norma scriminante e norma incriminatrice entrino in conflitto. La norma scriminante, insomma, porta in se stessa la ragione della sua prevalenza: prevalere sull'incriminazione, e quindi sottrarre certe classi di casi all'applicazione di questa, è la sua funzione propria ed originaria, e rientra pertanto nella sua natura.

30. *Condotte e stati di cose: Il diverso contenuto dei diritti di agire e delle giustificazioni.*

Fin qui differenze, per così dire, “formali” ed “effettuali” (attinenti, cioè, agli effetti giuridici degli istituti considerati). Ma tra diritti e giustificazioni corrono anche differenze, per così dire, più “sostanziali”.

Una di queste differenze riguarda il rispettivo contenuto.

Oggetto di un diritto d'agire (si è detto: *supra*, § 18) è la realizzazione di una certa condotta; esercitare un diritto significa fare qualcosa che si ha il diritto di fare. Il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, il diritto di arrestare l'autore di un certo tipo di reato, il diritto di edu-

care i propri figli, il diritto di scioperare, e così via. In ognuno di questi casi, l'oggetto della posizione giuridica soggettiva ha, per così dire, un nome ben preciso: e questo è il nome di una certa condotta, o di una certa tipologia di condotte. Io esercito il mio diritto solo se faccio proprio quella cosa che ho il diritto di fare, se tengo quella condotta che ho il diritto di tenere (se dico quel che penso, se arresto l'autore di un reato che ho colto in flagrante, se rimprovero mio figlio per aver rubato la merenda del compagno di banco, se mi astengo dal lavoro per rivendicare un trattamento economico migliore). D'altra parte, una norma che mi attribuisce un certo diritto d'agire mi attribuisce il diritto di tenere proprio quella condotta che è descritta nella norma come oggetto di un mio diritto d'agire.

Le giustificazioni, invece, non hanno direttamente ad oggetto la realizzazione di una certa condotta, ma piuttosto il conseguimento di un certo risultato, di un certo stato di cose, valutato positivamente dal diritto ⁽²⁶⁸⁾: che sia evitato il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, o di un danno grave alla persona; che sia respinta una violenza o vinta una resistenza nei confronti dell'Autorità, e così via. Dire che la condotta di una persona è giustificata significa dire che quella condotta è considerata uno strumento socialmente adeguato al conseguimento di un certo risultato socialmente apprezzato: *un mezzo* (riconosciuto come) *giusto* (dal diritto) *per uno scopo* (riconosciuto come) *giusto* (dal diritto). La causa di giustificazione giustifica bensì condot-

(268) Il punto non sempre è messo adeguatamente in luce dagli studiosi; esso è colto chiaramente, invece, da KAHAN, NUSSBAUM (1996), 318-9: «Justification are said to identify acts that produce morally preferred *states of affairs*. [...] they single out acts that produce superior *states of affairs*» (corsivo mio). V. anche ZIPF (1970), 645 [«Wesen der Rechtsfertigungsgründe»: «Ausnahmsweise soll [...] durch die Tatbestandserfüllung – und trotz dieser – ein sozial wertvolles Ergebnis erzielt werden» (corsivo mio)].

te ma solo (o per lo meno, innanzitutto) in considerazione dello stato di cose che queste permettono di ottenere, e quindi solo mediatamente. La logica delle giustificanti, da questo punto di vista, è intrinsecamente consequenzialistica⁽²⁶⁹⁾. Una condotta non è mai giustificata *in sé*, ma sempre, innanzitutto, *per* le conseguenze che ha (*perché è necessaria a evitare il pericolo attuale di un'offesa ingiusta o di un danno grave alla persona, o perché è necessaria a respingere una violenza o a vincere una resistenza nei confronti*

(269) L'assunto va, pur brevemente, spiegato. La logica delle scriminanti è intrinsecamente, ma *non esclusivamente*, consequenzialistica: se un fatto è giustificato non è *solo* in vista dello stato di cose che permette (o dovrebbe permettere) di realizzare; un fatto è giustificato *solo se* costituisce un *giusto* mezzo per conseguire uno scopo riconosciuto come giusto dal diritto [fondamentale DOHNA (1905), 47 ss.; ID. (1925), 14; ID. (1936), 22. V. anche LISZT, SCHMIDT (1932), 187 s.; DE MARSICO (1969), 105 s.; ZAFFARONI (1981), 582]. Quella delle scriminanti è, dunque, una logica (bensì) consequenzialistica (ma anche) deontologicamente mitigata [v. HURD (1994), 164: «the principal payoff of deontological maxims is their ability to define and patrol the borders of consequential justification»]; il meccanismo di base è quello per cui si è giustificati (innanzitutto) in considerazione dello stato di cose che con la propria condotta si contribuisce a produrre; ma questa logica è mitigata dalla circostanza che un fatto non è giustificato *solo perché* permette di conseguire un certo scopo, ma piuttosto perché rappresenta, a sua volta, un mezzo riconosciuto come *giusto*, socialmente e giuridicamente adeguato, al perseguimento di quello scopo. E la *giustizia del mezzo* non dipende dallo scopo che permette di perseguire: essa, cioè, non si fonda, a sua volta, in termini consequenzialistici, ma si determina, semmai, in base alla conformità della condotta-mezzo rispetto a standard di condotta moralmente vincolanti, o – se si preferisce – riconosciuti come vincolanti dalla società e dal diritto. Questi standard, queste mitigazioni deontologiche, si annidano in quegli elementi che sono generalmente chiamati a qualificare la condotta giustificata, come ad es. la necessità della condotta stessa e, soprattutto, il requisito della proporzionalità: l'esigenza che la difesa sia proporzionata all'offesa, o che il fatto necessitato sia proporzionato al pericolo, rappresentano, rispetto alla logica consequenzialistica della legittima difesa e dello stato di necessità, mitigazioni nelle quali si esprime il valore morale, sociale, giuridico, la dignità, del bene leso dalla condotta difensiva o da quella necessitata, e quindi anche massime morali e giuridiche (riassumibili nel dovere di rispettare gli altrui interessi che rilevino giuridicamente) vincolanti per la condotta del soggetto.

dell'Autorità).

In questo senso, le giustificazioni non costituiscono affatto diritti di realizzare certe condotte, diritti di tenere proprio *questa* o *quest'altra* condotta. Mentre infatti la descrizione dell'oggetto di un diritto di agire è sempre la descrizione di uno specifico tipo di condotta (esprimere le proprie idee, scioperare, tagliare le radici del vicino, compensare un proprio debito, ecc.), la descrizione dell'oggetto di una giustificante, invece, avviene sempre in funzione dello stato di cose che la condotta giustificata permette di conseguire, e sul presupposto che il prodursi di questo stato di cose sia apprezzato (che sia evitato il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, che sia respinta una violenza nei confronti dell'Autorità, ecc.). E dunque, mentre le norme che riconoscono diritti d'agire contengono sempre l'indicazione diretta delle condotte che è lecito tenere (indicano, cioè, *nominativamente* il loro oggetto, descrivono direttamente ciò che è lecito fare), le norme giustificanti, invece, (almeno quelle di parte generale) non indicano specificamente *cosa* è lecito fare, ma si limitano, piuttosto, ad indicare un insieme di condizioni, di ragioni, che rendono lecito fare *qualsiasi cosa* che pure sarebbe altrimenti illecito fare, e che però costituisce risposta adeguata alle circostanze. I diritti d'agire sono, detto per slogan, cause di liceità *a condotta nominata*, mentre le giustificanti sono cause di liceità *a condotta innominata* ⁽²⁷⁰⁾.

(270) Analogamente PALAZZO (2008), 367 s.

31. *Diritti, giustificazioni, e cosiddetta non impedibilità della condotta.*

Dal differente contenuto di diritti e giustificazioni deriva un'altra differenza in termini di efficacia delle scriminanti: una differenza che riguarda, in particolare, la cosiddetta "non impedibilità" della (o "divieto di interferire" con la) condotta scriminata.

La condotta esercizio di un diritto di agire, abbiamo visto, non è legittimamente impedibile: nessuno, cioè, può reagire contro di essa in legittima difesa (v. *supra*, §§ 17-19); nessuno può, in maniera violenta, aggressiva, impedire (o cercare di impedire) a una persona di fare ciò che questa ha un diritto di fare, e accampare di esservi stato costretto dalla necessità di evitare il pericolo attuale di un'offesa *ingiusta*: l'offesa eventualmente arrecata, o minacciata, dall'esercizio di un diritto, per definizione, non può dirsi "ingiusta", essendo l'offesa ingiusta solo quella arrecata *non jure*, senza avere il diritto di arrearla (o che comunque non costituisca oggetto di un permesso forte di agire).

La "non impedibilità" della condotta giustificata si atteggiava, invece, in maniera diversa, poiché diverso, come abbiamo visto, è il contenuto della giustificazione rispetto a quello dei diritti di agire.

La natura "nominata" dei diritti di agire fa sì che il relativo titolare abbia, infatti, un diritto di tenere proprio quella condotta che, per così dire, dà il nome al diritto: diritto di dire quel che si pensa, di scioperare, di arrestare l'autore di un reato, di festeggiare il Capodanno, di effettuare un intervento chirurgico *lege artis*, di colpire l'avversario ai fianchi in un regolare incontro di boxe, e così via. Nessuno può lecitamente impedire al titolare di cia-

scuno di questi diritti di fare ciascuna di queste cose: nessuno potrebbe lecitamente salire su un ring per impedire ad un boxeur di colpire l'avversario ai fianchi con una certa intensità, e obbligarlo con la forza a colpire più piano; nessuno potrebbe obbligare con la forza a festeggiare sottovoce chi sia sceso in piazza a schiamazzare per il Capodanno; e nessuno potrebbe obbligare con la forza un giornalista, che intende raccontare una storia losca riguardante un certo parlamentare della Repubblica, a "pettinare" qua e là il racconto, così da renderlo meno disonorevole per l'onorevole suo protagonista.

Il contenuto di una giustificazione, invece, non consiste nella realizzazione di questa o di quella condotta specifica: contenuto della giustificazione è il prodursi di (la prospettiva che si produca) uno stato di cose giuridicamente approvato; nessuna condotta è giustificata in quanto tale, ma lo è solo in quanto occorra, sia cioè necessaria (e proporzionata) al prodursi di un certo stato di cose, giuridicamente approvato.

La condotta giustificata, di conseguenza, non è mai "non impedibile" *in sé*, ma solo – e in linea di massima – in quanto (e finché) sia necessaria e proporzionata al prodursi dello stato di cose preso in considerazione da una causa, o ragione, giustificante. Una condotta è giustificata finché permanga una ragione giustificante a sorreggerla: e solo entro questi limiti essa è anche non impedibile: ossia, solo finché essa continui ad essere necessaria (e proporzionata) al prodursi dello stato di cose "giustificante".

La condotta giustificata, dunque, è sempre impedibile, anche con condotte portatrici di un certo grado di offensività, se essa può essere impedita senza che sia, per ciò solo, impedito anche il prodursi dello stato di cose preso in considerazione dalla causa, o ragione, giustificante. Un esem-

pio: Tizio aggredisce Caio in maniera ingiustificata; Caio reagisce tentando di colpire Tizio con un coltello che si ritrova in tasca; Tizio non sarà punibile, ad es., per violenza privata, se si limita a bloccare il braccio di Caio – od anche a fermarne l'azione con la minaccia di una pistola – per poi fuggire. Qui l'originario aggressore impedisce la condotta giustificata di Caio, usando anche un certo grado di violenza (fisica e/o morale), e, ciò nondimeno, non si può dire che agisca in maniera illecita ⁽²⁷¹⁾.

È lecito, insomma, impedire una condotta giustificata tutte le volte che lo si possa fare senza per ciò solo impedire che si produca lo stato di cose, apprezzato dall'ordinamento, soggiacente alla giustificante: Tizio, anche usando un certo grado di violenza, può legittimamente impedire a Caio di colpirlo, se facendo questo egli non impedisce a questi di difendersi, se egli, cioè, così facendo non produce una situazione nella quale Caio sia costretto a subire l'offesa ingiusta contro la quale aveva reagito in legittima difesa.

Questo limite alla non impedibilità della condotta giustificata, ripeto, discende dal fatto, abbastanza evidente, che la condotta giustificata è “non impedibile” (ossia: costituisce un'offesa “non ingiusta”) solo finché rimanga giustificata, ossia: solo finché essa appaia necessaria e proporzionata alla realizzazione dello stato di cose preso in considerazione dalla ragione giustificante. Tutte le volte che, però, sia concretamente possibile impedirla senza che per ciò solo debba prodursi uno stato di cose contrario alla ragione giustificante, verrà, evidentemente, meno – grazie alla situazione creata mediante la condotta impeditiva – la stessa necessarietà della condotta “giustificata”, ed essa,

(271) V. DRESSLER (1984), 87 (testo e nt. 150).

pertanto, non potrà più dirsi propriamente giustificata; e in quanto non (più) giustificata, essa è senz'altro impedibile.

31.1. Una chiara manifestazione di questa differenza si può cogliere considerando ciò che ci si aspetta dalle forze dell'ordine quando queste intervengano in una situazione nella quale l'esercizio di un diritto e, rispettivamente, una condotta giustificata, stiano per essere illecitamente impedita da parte di un terzo. Il dovere delle forze dell'ordine, nell'uno e nell'altro caso, è infatti diverso: nel caso dell'esercizio di un diritto, esso ha ad oggetto il fatto di assicurare la realizzazione della condotta permessa, o meglio: di garantire che il titolare del diritto sia libero di porre in essere *proprio quella condotta* che ha diritto di porre in essere: e quindi anche di ledere un interesse altrui, qualora tale lesione sia implicata nell'esercizio del diritto. Nel caso di una legittima difesa o di uno stato di necessità, invece, l'intervento delle forze dell'ordine deve essere mirato a far sì che il pericolo sia evitato, e che, se possibile, ciò avvenga senza che la condotta difensiva o necessitata sia realizzata: che, cioè, la composizione del conflitto avvenga "a somma zero", senza lesione di alcuno degli interessi in gioco.

32. *Ragioni per agire vs. scelte protette.*

La differenza forse più emblematica tra diritti e giustificazioni risiede, però, in ciò in cui gli uni e le altre, rispettivamente, consistono.

Essere giustificati nel fare qualcosa significa, in generale, avere buone ragioni per farlo. Ci si giustifica adducendo buone ragioni per ciò che si è fatto ("ho fatto *x* per-

ché ...”). Giustificare un fatto significa, dunque, ritenere che vi fossero buone ragioni per commetterlo ⁽²⁷²⁾.

Nel caso del diritto penale, questa dinamica si atteggiava, grosso modo, come segue.

32.1. L'esistenza di una norma incriminatrice comporta che fare qualcosa sia penalmente vietato (“vietato fare *x*”: ad es., “vietato uccidere”).

Che sia vietato, illecito, fare qualcosa significa, a sua volta, che il legislatore, per così dire, “non sente ragioni” rispetto alla commissione di quel fatto. Un divieto (anche penale) consiste infatti nell'unione di una *ragione di primo grado*, che direttamente testimonia a favore della realizzazione della condotta imposta (a favore, cioè, dell'astenersi dalla condotta vietata), e che trae fondamento dal fatto che la condotta vietata è capace di ledere, in maniera considerata intollerabile, un certo interesse ritenuto meritevole di essere protetto, e di una *ragione di secondo grado* (una ragione relativa a ragioni), e in particolare una ragione *escludente*, che ha la funzione, non già di testimoniare direttamente a favore di questa o quella azione, ma piuttosto di escludere la rilevanza di qualsiasi altra ragione che possa testimoniare a favore della commissione del fatto vietato ⁽²⁷³⁾. In tal modo, la ragione di primo grado, sottesa al divieto e fondata sulla tutela di un interesse assunto come rilevante, è resa una ragione perentoria, conclusiva, decisiva ⁽²⁷⁴⁾.

(272) Ad es., FEINBERG (1970 b), 45: «An act is justified, all things considered, if the *balance* of good reasons weighs in its favor».

(273) RAZ (1990), 191; e, sulla scia di Raz, GARDNER (1996), 115 s.; ID. (2004), 821 s.

(274) Il ricorso alla ragione escludente nella spiegazione della struttura di un divieto non è, dunque, un'inutile ridondanza o complicazione. Se non consistesse anche nel fornire una ragione escludente di questo tipo, infatti, il

Ebbene, nel caso delle giustificazioni accade che il legislatore, per così dire, apra degli squarci nel tessuto della ragione di secondo grado fornita con la formulazione di un divieto di agire. Predisponendo certe giustificazioni, è lo stesso legislatore a riconoscere che *certe ragioni* sono da considerarsi *buone ragioni* per tenere la condotta vietata⁽²⁷⁵⁾, e che quindi, in loro presenza, la ragione di primo grado non è da considerare decisiva, conclusiva, perentoria. Lo stesso legislatore, insomma, ammette che, in presenza di una certa ragione giustificante (ad es. legittima difesa), sia (penalmente) lecito fare ciò (ad es.: uccidere volontariamente una persona) che, altrimenti, per nessuna (altra) ragione sarebbe (penalmente) lecito fare.

divieto non sarebbe affatto tale, e si risolverebbe in un mero consiglio. Il *valore imperativo*, perentorio, di un divieto deriva proprio dalla presenza di una ragione escludente: è questa che rende *decisiva* la ragione di primo grado soggiacente alla norma, e rende dunque perentoria, assoluta, esclusiva, la direttiva d'azione in questa contenuta. Il divieto, in questo senso, è una "ragione protetta": o, se si preferisce, consiste nel fatto di fornire una certa "protezione" (consistente nella ragione escludente: nell'escludere la rilevanza giuridica di possibili ragioni di segno contrario) ad una certa ragione per agire. Un fatto può dunque dirsi vietato solo quando chi lo vieta, oltre ad indicare una ragione per non compierlo ("facendo *x* ledi l'interesse *y* meritevole di tutela"), considera che questa ragione sia decisiva, e quindi esclude la rilevanza di possibili ragioni di segno opposto: "Tu devi non fare *x*" significa che non importa quali ragioni tu possa accampare a favore di *x*; queste ragioni, dal mio punto di vista, non hanno alcun rilievo; vietandoti di fare *x*, escludo che possano esistere ragioni a favore di *x* che possano essere considerate, per così dire, più buone, più stringenti, della ragione che ti ho fornito per astenerti da *x*: questa ragione è una ragione decisiva che ti fornisco per agire nel modo che ti indico. In questo modo, proteggero (o intendo proteggere) *y* dall'aggressione che gli arrecheresti facendo *x*.

(275) FLETCHER (1975), 310, 320; ID. (1978), 558; e, quasi in termini, ID. (2004), 165 ss., 171 («La causa di giustificazione prevale sul fatto tipico perché costituisce una buona ragione per infliggere il danno insito nella realizzazione del fatto tipico. Salvarsi o salvare qualcun altro da un'aggressione è una buona ragione per usare la forza»). V. anche GREENAWALT (1984), 1903; MORAWETZ (1986), 288; GARDNER (1996), 117; ID. (2004), 823.

32.2. Le giustificazioni sono, dunque, ragioni per tenere una condotta vietata riconosciute come buone dallo stesso legislatore. La loro logica, come detto, si ispira alla massima del giusto mezzo per un giusto scopo: una condotta è giustificata perché, in certe situazioni, il diritto riconosce che essa possa costituire un mezzo lecito, per quanto offensivo, per conseguire uno scopo ritenuto meritevole di essere perseguito, quindi giusto (evitare il pericolo attuale di un'offesa ingiusta o un danno grave alla persona, ecc.)⁽²⁷⁶⁾.

La stessa cosa non si può dire, invece, per i diritti. Avere il diritto, il permesso, di fare qualcosa, infatti, non è mai, di per sé, una buona ragione per farla: una giustificazione consiste nell'indicare buone ragioni, ragioni normative, che, quando la si è compiuta, militavano a favore di una certa azione (ciò che ho fatto era necessario "per difendermi", "per difendere altri", "per evitare un danno grave a persone", ecc.); avere il diritto di fare qualcosa, invece, non milita mai a favore del (né, ovviamente, contro il) farla. Addurre il diritto di fare una cosa non significa giustificarla (o giustificarsi per averla fatta). Ed invero

(276) Si obietterà che a questa logica si sottrae il consenso dell'offeso. Non necessariamente: potrebbe infatti sostenersi che, dove il consenso sia libero e consapevole e abbia ad oggetto diritti disponibili (come necessario ai fini dell'art. 50 CP), la realizzazione del fatto consentito permetta al soggetto consenziente di soddisfare il proprio interesse a disporre liberamente dei propri diritti [NOLL (1965), 14 ss.]: e questa libera disposizione dei propri diritti, costituendo un aspetto della libertà e della dignità della persona, potrebbe certamente considerarsi, per il rilievo che libertà e dignità della persona hanno all'interno del nostro sistema di valori, uno scopo riconosciuto come giusto dal diritto.

Alternativamente, si potrebbe pensare – con una parte della penalistica tedesca [ad es. ROXIN (1997), § 13, II] – che il consenso dell'offeso costituisca *sempre* una causa di incompletezza del fatto tipico: mai, invece, una vera e propria causa di giustificazione.

non sarebbe razionale addurre il diritto di fare una cosa quale ragione per averla fatta: se qualcuno mi chiede perché io abbia fatto una passeggiata, sarebbe irrazionale addurre, quale spiegazione, il mio diritto di libera circolazione; così come sarebbe irrazionale spiegare le ragioni di uno sciopero adducendo il diritto di scioperare. Sarebbe irrazionale fare una cosa solo perché se ne ha il diritto.

I diritti, semplicemente, non sono ragioni per agire⁽²⁷⁷⁾; e quindi, non sono giustificazioni della condotta.

33. (Segue) *Bilanciamento di interessi e autonomia.*

Da questa, deriva un'ulteriore (seppur solo tendenziale: *infra*, nt. 280 e 281) differenza tra diritti e giustificazioni, relativa al rispettivo fondamento.

Si è detto: mentre le giustificazioni sono ragioni, riconosciute come buone dal legislatore, per tenere una certa condotta, i diritti, invece, non sono, né forniscono, ragioni per agire.

Ora, che i diritti (s'intende: i diritti rilevanti ai sensi del PED, i diritti d'agire) non forniscano, a chi ne sia titolare, alcuna ragione per agire si spiega, piuttosto agevolmente, considerando come essi mirino, non tanto alla protezione dell'interesse soddisfatto dalla realizzazione della condotta oggetto del diritto, quanto a predisporre, a favore della persona, degli spazi di autonomia (giuridicamente) protetti, delle sfere di discrezionalità⁽²⁷⁸⁾; essi, cioè, sono

(277) «To have a right to do X is not to have a *reason* [...] for doing X» WALDRON (1983), 325; ID. (1993 a), 71, 72 («Rights [...] do not provide reasons for acting, at least non for the people who have them»).

(278) «Rights constitute for each agent the extent of the egoism he can proclaim against the community without moral embarrassment»: WALDRON

espressione, e quindi funzione, non tanto del valore dell'interesse che verrebbe soddisfatto dalla realizzazione della condotta che ne costituisce oggetto, quanto del valore dell'autonomia, e per questa via del valore e della dignità delle persone ⁽²⁷⁹⁾.

Da un punto di vista giuridico, insomma, ciò che importa non è che il titolare di un diritto compia l'azione che ha diritto di compiere, ma piuttosto che egli abbia la possibilità, sia messo in condizione, di scegliere liberamente se agire o non agire. Con l'attribuzione, o il riconoscimento, di un diritto d'agire, ad essere tutelato è, dunque, non già l'interesse direttamente soddisfatto dalla realizzazione della condotta oggetto del diritto, ma piuttosto l'interesse della persona a decidere autonomamente, liberamente, fuori dalla coercizione del diritto, in relazione a certe materie, se compiere o meno una certa condotta, pur quando questa sia offensiva di certi interessi rilevanti per il diritto. Nella loro essenza, i diritti consistono dunque (salva – come ora dirò: v. nota – l'eccezione delle potestà) nella predisposizione di altrettante sfere di arbitrio protetto ⁽²⁸⁰⁾. Essi

(1988), 103; e ivi, v. anche 88 ss.; ID. (2000), 130.

(279) V. ancora WALDRON (2000), 128 ss. (part. 130 s.).

(280) D'altra parte, «[t]he egoism that permeates the language of rights [...] need not be conceived as standing on its own, but as locking into a wider moral theory that is far from exclusively egoistic in its foundations, aspirations and point»: ed infatti, «there are certain individual interests – in education, in security, and in certain sorts of freedom – whose promotion is in all but exceptional cases a crucial prerequisite of the shouldering of [social] responsibility and of humanly fulfilling participation in communal relations with others» [WALDRON (1988), 104]. Quando questo accade, il diritto extrapenale di agire assume la forma di una *potestà*: la ragione fondamentale per cui queste sono attribuite, cioè, non risiede tanto nella soddisfazione di un interesse egoistico, esclusivo, del titolare del diritto, quanto – almeno in prima battuta – nel perseguimento di interessi di terzi soggetti o di più generali interessi della collettività rispetto a cui l'esercizio del diritto-potestà appare funzionale. Penso, ad es., alla facoltà di arresto da parte del privato (art. 383 CPP): v.

rappresentano degli spazi di discrezionalità garantiti dall'ordinamento: a loro fondamento ⁽²⁸¹⁾ sta l'interesse della persona ad essere libera, in certi contesti, di scegliere se compiere o meno una certa condotta. I diritti d'agire hanno, insomma, la funzione di predisporre altrettanti spazi di autonomia giuridicamente garantita; nel loro fondamento, essi consistono nella protezione accordata dal diritto all'interesse della persona a potere scegliere liberamente come agire in certe circostanze nelle quali, altrimenti, altre persone potrebbero sollevare obiezioni, fondate sulla lesività o pericolosità di un certo comportamento ⁽²⁸²⁾.

33.1. Un discorso diverso vale, invece, per le giustificanti; e questo proprio perché le giustificazioni sono *ragioni*, riconosciute come *buone* dal legislatore, per tenere la condotta giustificata. Tramite una giustificazione (penale),

Cass., III, 11.07.1995, n. 9464 (C.E.D. Cass. 203477), in GP 1996, II, 503; allo *jus corrigendi* [questo – oltre che il ricorso ad indizi puramente linguistici – può forse spiegare perché vi sia stato chi abbia ritenuto che le ipotesi di esercizio del diritto di correzione andrebbero in realtà ricondotte alla scriminante dell'adempimento di un dovere. Cfr. DIAZ (1978), 189 ss. L'argomento, tuttavia, non coglie nel segno. Certamente, l'educare i propri figli è oggetto di un dovere generale dei genitori. Il punto è, però, che da questo dovere generale nascono una serie di facoltà, che integrano altrettanti casi di esercizio di un diritto. Quando si parla di *jus corrigendi*, insomma, ci si riferisce, propriamente, a condotte (sculacciate, severi rimproveri, limitazioni della libertà personale) che, per quanto vietate in altri contesti, al genitore è riconosciuta la facoltà (non certo il dovere!) di compiere rispetto ai propri figli minorenni non emancipati].

(281) Salva, come detto, l'eccezione delle potestà: non è difficile, ad es., scorgere a fondamento della facoltà di arresto da parte del privato (art. 383 CPP), prima ancora che l'autonomia del titolare del diritto, l'interesse generale a che gli autori di certi reati, almeno quando siano colti in flagrante, siano prontamente assicurati alla giustizia; né, infine, è difficile scorgere a base dello *jus corrigendi* l'interesse dello stesso "corrigendo" a ricevere un'educazione adeguata alla società e ad essere corretto in vista di un sano sviluppo della propria personalità.

(282) V. *supra*, Parte Prima, § 26.3.1.

il legislatore penale riconosce che, in certe situazioni, si possa avere una buona ragione per fare qualcosa che altrimenti sarebbe vietato; e questo significa che, dal punto di vista del diritto penale: *a*) fare questa cosa permette di conseguire, di salvaguardare, un interesse ritenuto rilevante dal diritto stesso; *b*) e che quest'interesse è ritenuto a tal punto rilevante da rendere lecita la lesione di un altro interesse, anch'esso rilevante, essendo protetto da una norma incriminatrice; che, cioè, l'interesse soggiacente alla norma giustificante è (giudicato) a tal punto importante da meritare di essere soddisfatto anche a scapito di un altro interesse, anch'esso (giudicato) rilevante per il diritto (come dimostra la circostanza che lo si assume ad oggetto di tutela di una norma incriminatrice).

La liceità della lesione, in presenza di certe ragioni giustificanti, di un interesse riconosciuto come giuridicamente rilevante implica dunque, necessariamente, un giudizio di prevalenza normativa della ragione giustificante sulla ragione incriminatrice, e quindi un giudizio di prevalenza, a certe condizioni, dell'interesse sotteso alla giustificante rispetto all'interesse sotteso all'incriminazione.

Detto altrimenti: dal punto di vista del diritto penale, la realizzazione della condotta giustificata, in presenza di circostanze giustificanti, rappresenta la migliore soluzione possibile del conflitto cui la norma giustificante si riferisce (283). Che le giustificanti indichino buone ragioni per compiere una condotta, anche se questa è penalmente tipica, significa che, dal punto di vista del diritto penale, non vi è migliore soluzione del conflitto che quella consistente nella realizzazione della condotta giustificata: finché una condotta è giustificata, è da ritenersi che, dal punto di vista

(283) Molto bene SCHMIDHÄUSER (1969), 450.

del diritto penale, la sua realizzazione assicuri, tra quelle possibili, la migliore soluzione del conflitto.

Alla base delle giustificanti emerge, in tal modo, il principio del miglior bilanciamento delle ragioni in gioco, e quindi il principio del miglior bilanciamento degli interessi in gioco ⁽²⁸⁴⁾; dal punto di vista del diritto penale, quella in cui sia realizzata la condotta giustificata, nonostante l'offesa tipica che ciò possa comportare, è giudicata una situazione tutto sommato migliore, preferibile, rispetto a quella in cui la condotta giustificata non sia realizzata. In questo senso si può dire che l'interesse soddisfatto dalla realizzazione della condotta giustificata è giudicato prevalente rispetto a quello che sarebbe soddisfatto dalla sua mancata realizzazione ⁽²⁸⁵⁾.

33.2. Si badi. Il prodursi di un effetto scriminante – e quindi, la liceità penale di una condotta che, pure, offenda un interesse penalmente rilevante – ha sempre, a propria base, la soccombenza dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice rispetto ad un interesse esterno con esso in conflitto: che un'offesa penalmente tipica sia scriminata, significa che sull'interesse protetto dalla norma che vietava di produrre quell'offesa è giudicato prevalente un interesse in qualche modo connesso, in un caso di specie, alla realizzazione di quella stessa offesa. E ciò vale tanto per i diritti che per le giustificazioni: poiché tanto i primi (in

(284) Ad es., NOLL (1965), 1 ss. (che ritiene preferibile l'espressione "bilanciamento di valori", anziché "bilanciamento di interessi": ma si tratta di intendersi sul significato che si attribuisce alle parole); ROXIN (1998), 60 ss.; ID. (1996), 90, 91; ID. (1997), 170 ss.; LENCKNER (1987), 494 ss.; PADOVANI (2006), 143; PULITANÒ (2007 a), 256 ss.

(285) Cfr., ancora, SCHMIDHÄUSER (1975), 282. Molto bene anche PAGLIARO (2007), 287 s. (che però esclude, da questa dinamica, stato di necessità e coazione morale).

forza del PED), quanto i secondi hanno un effetto scriminante.

La differenza sta, però, nel *tipo di interesse* la cui prevalenza è implicata, nell'uno e nell'altro caso, nel prodursi dell'effetto scriminante. A fondamento dei diritti di agire (almeno: di quelli diversi dalle "potestà") vi è infatti l'autonomia della persona, sotto forma di interesse della persona a formulare autonomamente, in certi contesti, le proprie scelte d'azione. A fondamento delle giustificanti sta invece il singolo, specifico, interesse soddisfatto mediante la realizzazione della condotta giustificata: ad es., l'interesse, facente congiuntamente capo all'ordinamento giuridico e alle potenziali vittime, a che sia evitata la perpetrazione di offese ingiuste (*legittima difesa*); l'interesse a che sia respinta una violenza o vinta una resistenza all'Autorità (*uso legittimo delle armi*); l'interesse ad evitare danni gravi alla persona propria o altrui (*stato di necessità*)⁽²⁸⁶⁾.

34. *Avere il diritto di fare una cosa vs. fare la cosa giusta.*

Riorganizzando quanto detto nei quattro §§ precedenti, emerge, in filigrana, la più importante differenza di carattere sostanziale tra diritti e giustificazioni. La si può così sintetizzare:

286 Detto diversamente, mentre le giustificanti hanno a proprio fondamento (la prevalenza de) l'interesse direttamente soddisfatto mediante la realizzazione della condotta giustificata, «[t]he strength of a right is not a mark of the strength of the interest it directly or indirectly protects, but a mark of the fact that the right is a response to basic, morally crucial characteristics of persons. Hence, it is a response to a characteristic of persons» - la loro dignità (*moral worth*) - «that may itself be a necessary presupposition of the importance of protecting their interests» [KAMM (2007), 245].

There is a difference between *having a right to do something* and that something's *being the right thing to do*. Having a right to do something does not mean that it is the right thing to do; it does not even mean that there is a reason to do it. In contrast, to say that something is the right thing to do is to say that there is a very good, yea even compelling, decisive, mandatory reason to do it ⁽²⁸⁷⁾.

Una cosa è, dunque, avere il diritto di tenere una certa condotta, altra cosa è che tenere una condotta sia, in certe circostanze, la cosa giusta da fare: che la condotta permetta (o è ragionevole credere che permetta), nelle circostanze date, di conseguire uno stato di cose conforme al miglior bilanciamento delle ragioni, e quindi degli interessi, in gioco.

Giustificare un'azione significa mostrare le caratteristiche che tutto sommato (ossia: per quanto essa possa essere lesiva di certi interessi) la rendono meritevole di essere realizzata: un'azione giustificata è un'azione meritevole di essere compiuta. La giustificazione, pertanto, rende sostanzialmente giusta la condotta: tenere una condotta giustificata significa, dal punto di vista del sistema normativo di riferimento, fare la cosa giusta nelle circostanze date ⁽²⁸⁸⁾; fare, cioè, una cosa in favore della quale militava, dal punto di vista dello stesso diritto penale, il miglior bilan-

(287) EDMUNDSON (2005), 136. V. anche WALDRON (1993 a), 64 («The noun "right" [...] is apt to be confused with the adjective "right"»).

(288) Cfr. FLETCHER (1975), 310; ID. (1979), 1363 e *passim* [che pure, spesso e volentieri, appiattisce il fatto di avere il diritto di fare una cosa (*to have a right*) sul fatto che fare una certa cosa sia la cosa giusta (*something's being the right thing to do*): per questa obiezione, DRESSLER (1984), 72, e ivi nt. 65]; MORAWETZ (1986), 299; SHARON BYRD (1987), 1290, 1293; HURD (1999), 1571.

Contra, però, DRESSLER (1984), 69 ss.; HUSAK (1989), 499 ss.; ID. (1999), 53 ss.; HIRSCH (1994), 113 s. (Vor § 32 StGB, Rn. 18); ROXIN (1996), 111; ID. (1997), 14/1; DONINI (1996), 216; BERGELSON (2007), 104.

ciamento delle ragioni in gioco; produrre uno stato di cose in cui l'interesse (ritenuto) prevalente è soddisfatto, seppur a discapito di un altro interesse anch'esso (ritenuto) rilevante. La presenza di circostanze giustificanti, in questo senso, rende preferibile, nell'ottica assunta dal diritto penale, la situazione nella quale sia realizzata la condotta giustificata rispetto a quella nella quale la condotta giustificata non sia realizzata ⁽²⁸⁹⁾.

Lo stesso non si può dire dell'esercizio di un diritto: avere il diritto di fare qualcosa non significa che farla sia, nelle circostanze date, la cosa giusta da fare; avere il diritto di fare una cosa non ci dà alcuna ragione per farla ⁽²⁹⁰⁾; possiamo avere il diritto di fare una cosa, e tuttavia non avere, in un caso di specie, nessuna ragione per farla; e può anche succedere che ci siano buone ragioni, ragioni decisive, per non fare una cosa che, pure, si ha diritto di fare.

All'ordinamento tutto questo, in linea di massima, non interessa. Infatti, garantire ad una persona il diritto di tenere una condotta non è un modo per approvare questa condotta: non si attribuisce un diritto perché si ritiene che esercitarlo sia sempre giusto, socialmente utile, ecc. Garantire ad una persona un diritto di agire è, piuttosto, un modo per troncare ogni discussione sulla giustizia, o meno, di una condotta: o meglio, per superare l'*empasse* che sarebbe eventualmente determinata da discussioni del genere. Avere il diritto di fare qualcosa, anzi, ha valore proprio in quanto non sia chiaro, non sia pacifico se farla sia sempre

(289) «A's action is justified if and only if it occurs in circumstances (including the state of mind of the actor) such that anyone who performs it in those circumstances ought not, legally be punished; and the occurrence of the action is legally preferable, in the circumstances, to the occurrence of the legal alternative»: CORRADO (1992), 1559.

(290) V. *supra*, § 32.2.

la cosa giusta: proprio in quanto ci protegge da possibili obiezioni fondate sul fatto che, in certi casi, non ci siano buone ragioni per tenere quella condotta, o che ci siano buone ragioni per non tenerla ⁽²⁹¹⁾.

35. *Diritti, giustificazioni, e il principio di personalità della responsabilità penale.*

Tra diritti e giustificazioni corre, infine, un'ultima differenza, alla quale mi limito ad accennare: si tratta, infatti, di questione che, per i temi sui quali verte, meriterebbe un approfondimento ben maggiore di quello che ragioni di economia espositiva consigliano di dedicargli in questo contesto.

Detto in sintesi: le giustificazioni sono connesse col principio di personalità della responsabilità penale (di cui all'art. 27, primo comma, Cost.) in un modo nel quale i diritti di agire certamente non sono.

La spiegazione dell'assunto richiede alcune (pur rapide e non esaustive) riflessioni sul concetto di personalità della responsabilità penale ⁽²⁹²⁾. È ormai ampiamente diffusa l'idea secondo la quale nell'art. 27, primo comma, Cost. si troverebbe espresso il principio di colpevolezza: ossia, il principio per cui nessuno potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente di un fatto che non gli sia rimproverabile a titolo di dolo o di colpa ⁽²⁹³⁾.

(291) EDMUNDSON (2005), 139 ss.

V. anche *supra*, Parte Prima, § 26.3.

(292) Su cui v. in generale FIORELLA (1988); ALESSANDRI (1991); DE VERO (2002), 187 ss.

(293) Ricomprendendo nel concetto di "colpa" (quali forme di "colpa particolarmente grave") [così PAGLIARO (1994), 5 in riferimento all'art. 116 CP; analogamente, già ID. (1966), 39 ss.], anche quelle ipotesi, sostanzialmente

Questa ricostruzione, tuttavia, senza esaurirne il contenuto, coglie uno soltanto dei possibili aspetti del principio di personalità della responsabilità penale. Questo, infatti, più comprensivamente, «indica la esigenza etica, in base alla quale deve considerarsi vietato al legislatore prevedere la punizione di fatti che non siano espressione dell'uomo come “*persona*”»⁽²⁹⁴⁾. E ciò significa, in sostanza, che la responsabilità penale ha (deve, per Costituzione, avere) la struttura di una responsabilità morale: che, cioè, si può (si deve poter) essere chiamati a rispondere penalmente solo di ciò che si sia fatto in quanto persona, di ciò in cui si esprima in qualche modo il nostro essere persona.

Il rispetto di quest'esigenza non si esaurisce, però, nella presenza di quegli aspetti comunemente ricondotti alla tematica dell'“elemento soggettivo del reato”: non basta, cioè, che gli elementi dai quali dipende l'offensività tipica del reato siano coperti dal dolo, o quantomeno conoscibili, e, nel caso dell'evento offensivo, che questo fosse prevedibile ed evitabile.

Personalità della responsabilità (morale e) penale significa, più ampiamente, che si può (si deve poter) essere chiamati a rispondere (moralmente e) penalmente solo di ciò in cui non si sia incorsi per mera sfortuna, in maniera accidentale, non ascrivibile, in ultima analisi, alle capacità di dominio, di controllo, della persona⁽²⁹⁵⁾. Questo ha evidentemente a che fare con l'imputabilità dell'agente, con

colpose, che parte autorevole della dottrina riconduce al concetto di “responsabilità da rischio totalmente illecito” [PAGLIARO, da ultimo in (2007), 140 ss.; MILITELLO (1988), 257 ss.].

(294) PAGLIARO (2006 b) 1615.

(295) Così FEINBERG (1970 a) 32, in merito al concetto di responsabilità morale. Per la connessione tra responsabilità morale e responsabilità penale (o giuridica in generale), v., con grande chiarezza, KADISH (1987), 12; PAGLIARO (1988), 387 s.; KUTZ (2002), 564 ss.; GOLDING (2005), 221 ss.

la conoscibilità degli elementi del fatto tipico, con la prevedibilità ed evitabilità o con la volontà di causare l'evento tipico. Ma ha (o può avere) a che fare anche con elementi, per così dire, esterni al soggetto, ed attinenti, ad es., alla situazione, alle circostanze, in presenza delle quali egli si è trovato ad agire.

Proprio in quest'ottica emerge la stretta connessione tra giustificazioni e personalità della responsabilità penale. Stabilendo – e mi riferisco, essenzialmente, alle giustificanti comuni (con la sola eccezione del consenso) ⁽²⁹⁶⁾ – che un soggetto sia giustificato a condizione che abbia commesso il fatto in quanto “costretto dalla necessità” di commetterlo ⁽²⁹⁷⁾, il legislatore dà espressione al principio di personalità della responsabilità penale ⁽²⁹⁸⁾: formula, cioè, un canone di imputazione in forza del quale nessuno può essere punito per aver fatto ciò rispetto a cui ⁽²⁹⁹⁾ non aveva alcuna alternativa realmente appetibile, né quindi moralmente esigibile; nessuno può essere punito per aver fatto ciò che si è trovato nella sfortunata necessità di dover fare.

Questo ragionamento non vale invece per l'esercizio di un diritto. Per quanto una parte della giurisprudenza ⁽³⁰⁰⁾,

(296) La cui natura di giustificante è però controversa: v. *supra*, nt. 276.

(297) Sulla “necessità” quale principio generale, quale “nervo” o “colonna vertebrale”, della struttura delle cause di giustificazione, v. ad es. Armin KAUFMANN (1954), 254. *Contra* MARINUCCI (1985), 221 nt. 160, il cui rilievo è però esatto: il riferimento al requisito della “necessità” si spiega solo nell'ottica di una visione “penalistica” delle giustificanti.

(298) E ciò, si badi, a prescindere dall'interpretazione, oggettivamente o soggettivamente orientata, che si voglia dare a quel sintagma: v. nt. seguente (e testo relativo).

(299) Ne fosse, o meno, consapevole.

(300) Tra le altre: Cass., 03.10.1962, in RIDPP 1965, 225; Cass., V, 23.01.1970, n. 106 (C.E.D. Cass. 114353); Cass., V, 16.10.1972, n. 1741 (C.E.D. Cass. 123385). Per una più ampia panoramica giurisprudenziale sul punto, v. GAMBERINI (1996), 37 s.

e qualche voce isolata (seppur autorevole) in dottrina ⁽³⁰¹⁾, talora lo abbiano richiesto, in realtà la liceità (penale) dell'esercizio del diritto non è in alcun modo condizionata ad una qualche "necessità" di compiere la condotta che si ha diritto di compiere, né al fatto che il titolare del diritto sia in qualche modo "costretto" ad esercitarlo. La condotta esercizio di un diritto è penalmente lecita anche quando il soggetto non avesse alcuna necessità di compierla, anche quando egli si sia deliberatamente posto nelle condizioni di doverla realizzare. Non vi è nulla, insomma, nella struttura dell'esercizio di un diritto come scriminante che possa ricondursi al principio di personalità della responsabilità penale nell'accezione più sopra suggerita.

36. Sintesi.

Molto diffuse, tra i penalisti, sono due idee contrapposte: e, cioè, che l'esercizio di un diritto rappresenti una causa di giustificazione; e che le cause di giustificazione rappresentino altrettanti ipotesi di esercizio di un diritto.

Si tratta di semplificazioni. Diritti e giustificazioni rientrano entrambi nella più comprensiva categoria delle scriminanti: ma si tratta di figure, istituti, che, tolta la medesima efficacia scriminante, condividono ben poco.

A distinguerli è, innanzitutto, la *fonte*. Nel caso dei diritti, si tratta di norme extrapenali, che nascono per scopi appositi, e che solo incidentalmente (ossia: in forza del PED) producono un effetto scriminante. Le giustificazioni (penali) trovano invece fonte in vere e proprie norme penali, e quella scriminante è la loro funzione propria ed originaria.

Diritti e giustificazioni hanno, inoltre, un diverso *contenuto*: gli uni hanno ad oggetto la realizzazione di una condotta nominalmente individuata, a prescindere dal fatto che questa produca esiti social-

(301) V ad es. (ma in base ad argomentazioni diversificate): MALINVERNI (1988), 381 ss.; MOCCIA (1993), 197 s.; Stefano FIORE (1996), 107 ss.

mente apprezzati; le altre, invece, hanno ad oggetto condotte solo in quanto queste siano necessarie, o comunque funzionali, e proporzionate alla produzione di stati di cose socialmente apprezzati. (A ciò consegue che, mentre la condotta esercizio di un diritto non è mai impedibile in legittima difesa, la condotta giustificata è sempre impedibile, se lo si può fare senza che sia anche impedito lo stato di cose, socialmente apprezzato, al quale tendeva la condotta giustificata.)

Le giustificazioni sono dunque ragioni per agire: costituiscono situazioni che militano a favore del compimento di una certa azione; essere giustificati a fare qualcosa significa che, dal punto di vista del diritto, esistono buone ragioni per farla; e ciò perché il compimento dell'azione giustificata, dal punto di vista del diritto, rappresenta il miglior bilanciamento possibile tra gli interessi in gioco nella situazione concreta. Tenere una condotta giustificata significa, insomma, fare una cosa giusta: una cosa che, dal punto di vista del diritto, meritava di esser fatta.

I diritti invece non sono ragioni per agire: avere il diritto-permesso di fare qualcosa non è una buona ragione per farla; fare una cosa che si ha il diritto di fare, dunque, non necessariamente significa fare la cosa giusta. I diritti rappresentano, piuttosto, scelte protette, sfere d'arbitrio garantite dal diritto: a loro fondamento, più che un bilanciamento tra gli interessi gioco, sta il valore dell'autonomia delle persone, l'esigenza che queste, rispetto a certe materie, siano libere di scegliere come agire.

CAPITOLO III

L'EFFICACIA INDIRECTA DEL PED

SOMMARIO: 37. PED₁: Il fine giustifica i mezzi? – 38. (*Segue*) Il fondamento del PED₁. – 39. (*Segue*) Condizioni e limiti del PED₁: (I) La condotta strumentale come condizione praticamente necessaria dell'esercizio di un diritto. – 40. (*Segue*) (II) Adeguatazza sociale del costo imposto dalle condotte strumentali all'esercizio di un diritto. – 41. (*Segue*) (III) L'aspetto soggettivo della condotta strumentale. – 42. (*Segue*) Effetti giuridici del PED₁. – 43. Sintesi.

Fin qui l'efficacia diretta del PED, ossia: gli effetti di questo quale criterio di soluzione delle antinomie cui si riferisce.

Ma il principio secondo cui dall'esercizio (non eccessivo: v. *supra*, Parte Prima, § 26) di un diritto non può derivare l'illiceità penale della condotta ha anche, per così dire, un effetto di irradiazione: se, direttamente, il PED immunizza la condotta costituente esercizio di un diritto da possibili giudizi di illiceità penale, esso indirettamente si irradia anche su condotte logicamente e naturalmente distinte dalla condotta esercizio del diritto, che a questa siano però connesse in maniera giuridicamente significativa. In certi casi, insomma, il PED ha l'effetto di rendere lecito un fatto sussumibile nella fattispecie di una norma incriminatrice, e quindi penalmente tipico, anche se questo non è direttamente previsto come oggetto di un diritto in una norma di liceità. A certe condizioni, il PED ha l'effetto di attrarre nell'orbita dell'art. 51 CP anche la realizzazione di

condotte che non sono direttamente, appositamente, autorizzate, previste cioè come oggetto di un diritto d'agire, da una qualche norma permissiva.

Può parlarsi, a questo riguardo, di un'efficacia indiretta del PED.

Quest'efficacia indiretta si esprime, essenzialmente, in un corollario (d'ora in poi: PED₁), relativo al problema delle cosiddette condotte strumentali all'esercizio di un diritto, che si può così formulare:

(PED₁) il diritto di A di fare x comporta, per A, il permesso di fare y, se fare y è necessario per fare x e il sacrificio imposto facendo y è un costo adeguato al bene derivante dall'esercizio del diritto di fare x.

In questi casi non si pone, propriamente, alcun problema di antinomia tra una norma incriminatrice e una norma permissiva. Formalmente, la sola norma a venire in questione è quella incriminatrice: solo di questa la condotta (strumentale) presenta gli estremi; non invece di qualche norma permissiva che appositamente ne autorizzi la realizzazione.

L'effetto di liceità penale della condotta non dipende, dunque, dall'applicazione di qualcuno dei criteri di soluzione delle antinomie. Il fondamento, la ragione di quest'effetto, andranno individuati altrove. La tesi che sosterrò qui di seguito è che essi vadano ricercati nelle implicazioni del PED, ossia del principio per cui nessuno può essere punito per aver fatto qualcosa che aveva il diritto di fare. In questo senso, allorché viene in causa l'efficacia indiretta del PED, la locuzione "esercizio di un diritto" – che ricorre nell'espressione "l'esercizio di un diritto esclude la punibilità" – non va più riferita ⁽³⁰²⁾ alla condotta che co-

(302) Com'è nel caso dell'efficacia diretta.

stituisce l'oggetto diretto, "nominato", del diritto d'agire, ma piuttosto a condotte che, per così dire, gravitano attorno all'esercizio del diritto, e che siano in qualche modo implicate, coinvolte, in quest'esercizio. Parlando di efficacia indiretta del PED, dunque, la locuzione "esercizio di un diritto" va intesa, per così dire, *in un senso ampio*: cioè, come quel complesso di attività che abbiano l'esercizio del diritto in senso stretto (ossia la realizzazione della condotta oggetto diretto del diritto d'agire) quale proprio scopo.

37. *PED₁: Il fine giustifica i mezzi?*

L'esercizio di un diritto, essendo un momento nello svolgersi ininterrotto della vita umana, non viene mai fuori d'improvviso, perfettamente compiuto, come Minerva dalla testa di Giove: è sempre il frutto di una serie indefinita di altre condotte che, per così dire, gli preparano il terreno, ovvero ne accompagnano la realizzazione in funzione servente, sussidiaria. Sono, queste, condotte strumentali all'esercizio del diritto, condotte che, cioè, fungono da mezzo, da strumento, per la realizzazione della condotta esercizio del diritto: condotte-mezzo per la condotta-fine consistente nell'esercizio di un diritto; condotte la realizzazione delle quali mette il titolare di un diritto di agire in grado di esercitare il diritto nel modo in cui egli concretamente lo esercita.

Orbene, normalmente, è possibile esercitare un diritto di agire compiendo, in via "propedeutica", condotte lecite, non vietate dal diritto: e questo per la semplice ragione che i divieti di agire costituiscono eccezioni rispetto alla generale libertà delle persone, e che, di conseguenza, una persona che voglia esercitare un proprio diritto avrà la possi-

bilità di scegliere le condotte strumentali all'esercizio del proprio diritto all'interno di un novero sufficientemente variegato di condotte non vietate dal diritto. Se, ad es., Tizio ha acquistato i biglietti per una rappresentazione teatrale che si terrà sabato prossimo al teatro Massimo di Palermo, egli, quando sarà il momento, potrà esercitare il proprio diritto di assistere allo spettacolo recandosi a teatro con la propria automobile e quindi parcheggiandola nei modi consentiti, oppure a piedi, oppure ancora in autobus, acquistando l'apposito biglietto o, in ipotesi, facendo valere il proprio abbonamento.

Condotte strumentali di questo tipo non pongono, evidentemente, alcun problema giuridico degno di nota: sono condotte di per sé lecite, per le quali, pertanto, non si pone alcun problema di qualificazione giuridica specifica derivante dalla loro strumentalità rispetto all'esercizio di un diritto.

Talora, però, può accadere che il titolare di un diritto di agire si avvalga, quali strumenti per esercitare il proprio diritto, di condotte penalmente tipiche, e come tali offensive di interessi giuridicamente rilevanti e protetti. Alcuni esempi: un gruppo di studenti universitari occupa alcuni locali della facoltà di appartenenza, quale forma di protesta contro un disegno di legge ministeriale, e quindi per rendere più efficace e "sonora" la manifestazione del proprio dissenso; Tizio, privato cittadino, nel procedere all'arresto di Caio, colto nella flagrante commissione di un omicidio, lo stordisce con una bottigliata in testa, oppure lo minaccia con un'arma che egli non sarebbe legittimato a portare fuori casa ⁽³⁰³⁾; alcuni lavoratori di un'impresa siderurgica, per rendere più efficace e "partecipato" il loro

(303) Traggio quest'esempio da ALBEGGIANI (2007), 337.

sciopero, costringono con minacce alcuni loro colleghi ad astenersi dal lavoro, oppure impediscono loro, con la forza, di recarsi a lavoro.

Casi di questo genere fanno sorgere un interrogativo: che effetto ha sulla qualificazione giuridico-penale delle condotte in essi descritte il fatto che queste siano strumenti per l'esercizio di un diritto? Incide, e se sì, come, in che termini, entro che limiti, incide sulla loro (il)liceità giuridico-penale il fatto che si tratti di condotte-mezzo rispetto a condotte-fine costituenti esercizio di un diritto?

Il PED₁ è, appunto, una risposta a questo interrogativo; e si tratta di una risposta, in linea di massima positiva, che nella sostanza costituisce un'applicazione del principio del “giusto mezzo per un giusto scopo” (304).

Un'applicazione nella quale, in particolare, il “giusto scopo”, consistendo nell'esercizio di un diritto, è uno scopo *giuridicamente* giusto, tale, cioè, non già in base a, più o meno inafferrabili, parametri extra-giuridici di giustizia, ma in base ad un parametro di valore giuridico, qual è quello rappresentato dall'esistenza di una norma giuridica (extrapenale) permissiva, che attribuisce il diritto di tenere una certa condotta(-fine).

Il “giusto scopo”, nel nostro caso, è dunque rappresentato dall'esercizio di un diritto, ossia: dal fatto che il titolare di un diritto di agire sia (posto, o si ponga) nelle condizioni di esercitare il suo diritto, di tenere cioè la condotta che costituisce l'oggetto del diritto di cui egli è titolare.

(304) Su cui v. *supra*, nt. 269 ed autori ivi citati.

Il merito di avere per primo riconosciuto la possibilità di estendere l'efficacia giuridica dell'art. 51 CP al problema delle condotte strumentali all'esercizio del diritto va attribuito ad ALBEGGIANI (2007), 337, 338.

Troppo recisamente contrari a questa prospettiva, invece, CARACCIOLI (1965), 120 ss.; NUVOLONE (1975 a), 203; PULITANÒ (2007 a), 265.

37.1. Difficile contestare che quello rappresentato dall'esercizio di un diritto sia un "giusto scopo"; buona parte della plausibilità del PED₁ si gioca, tuttavia, sul piano della definizione del "giusto mezzo", dell'individuazione delle condotte che possano qualificarsi giusto mezzo rispetto all'esercizio di un diritto.

Certamente da rigettare sarebbe una visione per la quale la giustezza del mezzo costituisca un mero riflesso della giustezza del fine: per la quale, cioè, basti il fine giusto dell'esercizio di un diritto a rendere giusto qualsiasi mezzo impiegato all'uopo. Questa sarebbe nient'altro che una rozza presentazione dell'idea che "il fine giustifica i mezzi" o che «il diritto al fine contiene il diritto al mezzo»⁽³⁰⁵⁾, incapace di distinguere caso da caso, mezzo da mezzo, e come tale foriera delle più irragionevoli soluzioni. La giustezza del mezzo (ossia: della condotta-mezzo) sarebbe resa, in questo modo, una qualità ridondante, tautologica: essa costituisce, invece, (e deve quindi essere costruita come) una caratteristica autonoma, pregna di significato giuridico, e dalla quale dipende il funzionamento del PED₁ non meno di quanto questo dipenda dalla giustezza del fine; una qualità che, dunque, va appositamente accertata affinché possa farsi applicazione del principio.

(305) HOBBS (1991), 132; v. anche (1994), 85. Sia chiaro che da Hobbes prendo in prestito la formula, non il suo possibile significato: non mi interessa, insomma, in questa sede, indagare ciò che veramente abbia voluto dire Hobbes usando quella formula; mi interessa soltanto la formula, per il suo evidente valore evocativo, e per i significati che essa, nel contesto del discorso sviluppato nel testo, può assumere.

38. (Segue) *Il fondamento del PED₁.*

Per capire in cosa propriamente consista la giustezza del mezzo in riferimento al PED₁, in realtà, è opportuno cominciare con l'indagare il fondamento del principio in questione: col chiedersi, cioè, quale sia la ragione che porta a credere nella, e che quindi giustifica la, sua esistenza, e che di conseguenza ne detta i contenuti e i limiti.

Analogamente a quanto accade in generale per il PED, anche il fondamento del PED₁ non ha carattere logico. Si tratta, piuttosto, di un fondamento di carattere assiologico e teleologico, legato, cioè, non a (pretese) considerazioni di "logica delle norme", ma agli scopi del diritto oggettivo e ai valori su cui questo riposa.

Il PED₁, insomma, non dice affatto che non sarebbe logicamente possibile il verificarsi di situazioni nelle quali una norma giuridica vietasse di tenere una condotta che nel caso concreto rappresenti, però, lo strumento per esercitare un diritto di agire. Non vi è nulla di logicamente impossibile nel verificarsi di situazioni di questo tipo: se possono verificarsi antinomie reali tra una norma incriminatrice e una norma (extrapenale) permissiva, a maggior ragione potranno verificarsi situazioni, come quelle qui in discorso, che antinomie vere e proprie non sono (poiché il comportamento costituente esercizio del diritto e quello, strumentale, previsto come illecito penale non coincidono naturalisticamente), per quanto si tratti di "bisticci normativi" che, nella sostanza (o negli effetti), sono molto simili ad antinomie. Se è logicamente possibile che un sistema giuridico presenti antinomie *reali*, a maggior ragione è possibile che in esso si dia il caso che sia attribuito il diritto di fare qualcosa, ma sia contestualmente vietato un comportamento che, in un caso concreto, rappresenti invece un

mezzo per fare quella cosa.

Situazioni del genere pongono piuttosto, almeno in taluni casi, un problema funzionale, operativo: esse rischiano, a certe condizioni, di privare di senso l'attribuzione del diritto di agire, di renderla, cioè, inutile, ineffettiva, nel caso concreto, producendo una situazione nella quale, di fatto, questo diritto non sia lecitamente esercitabile (o meglio: non sia esercitabile se non a costo di incorrere in un giudizio di illiceità penale).

Il problema riguarda, in sostanza, i casi nei quali una certa condotta (ad es., *y*) rappresenti uno strumento necessario, una *condicio sine qua non*, dell'esercizio del diritto, un passaggio indispensabile perché il titolare del diritto d'agire possa riuscire a tenere la condotta che ha il diritto di tenere (ad es., *x*): qui, infatti, il divieto di tenere la condotta strumentale finirebbe per vuotare di contenuto anche il diritto di tenere la condotta finale, il diritto di agire; nei fatti, insomma, sarebbe come se il soggetto, in questi casi, non avesse affatto un diritto di fare *x*, se non gli fosse anche lecito fare *y*. Il divieto di tenere la condotta strumentale renderebbe di fatto impossibile, in questi casi, un esercizio *lecito* del diritto.

Riferito a queste ipotesi, peraltro, il senso del PED₁ appare chiaramente come uno sviluppo di istanze già implicite nel PED: se quest'ultimo sancisce, in generale, la prevalenza del diritto di agire sull'illecito penale, il PED₁ estende questa prevalenza anche nei confronti di quelle incriminazioni che, pur non riguardando direttamente la condotta oggetto del diritto d'agire, si riferiscano, però, a quelle altre condotte che, strumentali rispetto all'esercizio del diritto, ne rappresentino condizioni indispensabili, senza le quali nel caso concreto, non sarebbe praticamente possibile esercitare il proprio diritto. Il PED₁, insomma,

non è che lo stesso PED, riferito, però, non direttamente alle condotte oggetto di diritti di agire, ma a certe condotte strumentali necessarie al compimento di quelle: e infatti, se in casi di questo genere la condotta strumentale, pur penalmente tipica, non fosse (penalmente) lecita, il diritto di agire di fatto non sarebbe lecitamente esercitabile (sarebbe, cioè, esercitabile solo a costo di un giudizio di illiceità penale), e finirebbe in tal senso per soccombere rispetto all'illecito.

Il senso del PED₁, e della liceità della condotta necessaria all'esercizio di un diritto, è dunque lo stesso del PED: ossia, in ultima analisi, l'esigenza di dare compiuta realizzazione al diritto di agire, e suo tramite anche al principio di sussidiarietà del diritto penale (e del *favor libertatis* in materia penale).

39. (Segue) *Condizioni e limiti del PED₁: (I) La condotta strumentale come condizione praticamente necessaria dell'esercizio di un diritto.*

Ricostruito il fondamento del PED₁, possiamo adesso circoscriverne meglio la portata, cercando soprattutto di capire in cosa esso si distingua da una semplicistica statuzione che "il fine giustifichi i mezzi".

Il PED₁, si è detto, vale se solo riferito a condotte strumentali che costituiscano *condizione necessaria* all'esercizio di un diritto di agire: solo in questo caso, infatti, può concepirsi quella sorta di equivalenza normativa (o di fronte al diritto) di condotta-mezzo e condotta-fine, che giustifica la (pur parziale, come vedremo) assimilazione della prima alla seconda sul piano degli effetti giuridici; solo della condotta strumentale che sia *condicio sine qua non*

dell'esercizio di un diritto può dirsi che la sua realizzazione abbia, per l'ordinamento, un valore, entro certi termini, paragonabile a quello che ha l'esercizio del diritto: ad es., un inseguimento automobilistico, pur a velocità più elevata del consentito, per arrestare un pericoloso criminale colto in flagrante reato che stia fuggendo spericolatamente⁽³⁰⁶⁾.

Solo in questi casi è dunque legittimo credere che “il diritto al fine comporti il diritto al mezzo”, o che “il fine giustifichi i mezzi”.

39.1. Il PED₁ non recita invece che avere un diritto di fare *x* comporti anche il diritto di fare tutto ciò che è, o potrebbe *ex ante* sembrare, *utile* a fare *x*: qualunque cosa, cioè, che possa in qualche modo contribuire all'esercizio del diritto. È evidente, ad es., che il nostro diritto di accedere ad uno spettacolo teatrale, di cui abbiamo acquistato i biglietti, non comporta anche un diritto di rubare un'automobile per arrivare più comodamente, o per tempo, a teatro.

Un'accezione così ampia del principio sarebbe, invero, del tutto priva di giustificazione, poiché porterebbe ad estendere l'area dello “scriminato” in maniera abnorme e incontrollabile, e soprattutto senza alcuna considerazione per i valori in gioco. Mentre, infatti, ha senso dire che, di fronte all'ordinamento, una condotta, in quanto rappre-

(306) V. ad es. Cass., III, 11.07.1995, n. 9464 (*C.E.D. Cass.* 203477), in GP 1996, II, 503: “con il potere di arresto è connesso il potere-dovere di inseguimento dell'arrestando dandosi alla fuga, e, nel concreto svolgimento dell'inseguimento, operato in flagranza, non possono applicarsi le rigorose norme del codice della strada, ma soltanto i canoni della prudenza e della diligenza secondo il criterio della “*culpa lata*”: diversamente opinando, si finirebbe col riconoscere al fuggitivo una sostanziale impunità, poiché è evidente che quest'ultimo durante la fuga non osserva le norme del codice della strada”.

senti una condizione necessaria all'esercizio di un diritto, ha, praticamente (ed entro certi limiti: v. *infra*, §§ 40, 41), un valore analogo a quello dell'esercizio del diritto – poiché senza la prima, non potrebbe aversi il secondo, ed è quindi grazie a quella che questo può aver luogo –, man mano che ci si allontana dal novero delle condizioni necessarie, la forza centripeta del PED, l'irradiazione del valore intrinseco dell'esercizio del diritto, vanno facendosi via via più deboli e meno significative, incapaci di attrarre condotte entro il raggio della valutazione positiva riservata dall'ordinamento al diritto di agire.

39.2. Tanto meno dal PED₁ può trarsi la conclusione che una persona abbia il diritto di fare tutto ciò che possa rendere *più efficace* l'esercizio di un diritto di agire di cui sia titolare ⁽³⁰⁷⁾. Oltre a quanto appena osservato, infatti, bisogna considerare che l'efficacia, il buon fine (come si è già visto: § 18) non rientrano nell'oggetto dei diritti di agire ⁽³⁰⁸⁾: *il diritto d'agire garantisce l'azione, non il suo buon esito*; avere un diritto d'agire significa avere una libertà (protetta) di comportarsi in un certo modo, di fare certe cose, di tenere un certo comportamento; non significa avere anche la pretesa di conseguire, di riuscire ad ottenere, gli scopi sperati.

Questo dovrebbe contribuire a risolvere alcuni casi,

(307) Di diverso avviso sembrerebbe, invece, ALBEGGIANI (2007), 342, per il quale «non è da escludere, in via di principio, che la scriminante dell'art. 51 possa coprire anche condotte strumentali all'esercizio del diritto stesso quando queste si risolvano in un sacrificio proporzionato all'esigenza di esercitare *efficacemente* il diritto e quando non vi sia altro modo di esercitare *con pari efficacia* il diritto stesso» (corsivi aggiunti).

(308) Sono, semmai, quando lo sono, oggetti di autonome pretese (cosiddetti *diritti positivi*) – e pertanto di correlativi doveri (di agire) in capo ad altri soggetti.

prima ricordati, in relazione ai quali, pure, si è talora fatto riferimento alla scriminante dell'esercizio di un diritto. Un'occupazione di locali quale strumento per rendere più efficace una protesta, e quindi la manifestazione di un pensiero, non rientra, nemmeno indirettamente, nel contenuto del diritto di liberamente esprimersi: non è esercizio della libertà di espressione, né condizione necessaria all'esercizio di questa libertà; è (solo) un modo per far sì che la protesta, e il messaggio di questa, risultino "più sonori" (309). Nulla a che vedere, dunque, con il PED₁.

E, per la stessa ragione, nulla hanno a che vedere con l'efficacia indiretta del PED quelle azioni sussidiarie al diritto di sciopero, la cui funzione è, nella sostanza, di rendere più "partecipato", e comunque più efficace, uno sciopero, e contribuire per questa via ad incrementare il peso, la forza, delle rivendicazioni degli scioperanti: picchettaggio, minacce ai colleghi che volessero astenersi dalla protesta, blocchi stradali (ora, nelle ipotesi qui rilevanti, depenalizzati: art. 17, d.lgs. 30.12.1999, n. 507). L'ordinamento giuridico riconosce bensì il diritto di sciopero, ma non il diritto ad uno sciopero riuscito, efficace: nel contenuto del diritto di sciopero non rientra la sua efficacia; le condotte sussidiarie che mirano ad incrementare l'efficacia di uno sciopero fuoriescono, dunque, dal contenuto del diritto di sciopero (310), e ad esse non si estende, pertanto, neppure

(309) Allo stesso modo, il diritto di liberamente manifestare il proprio pensiero non comporta, ad es., la liceità del furto di un megafono, o di un blitz nei locali di una stazione radiotelevisiva, ecc.

(310) Piuttosto ambigue, da questo punto di vista, quelle risalenti pronunce per le quali, da un lato, "l'esercizio del diritto rende legittime le cosiddette azioni sussidiarie ritenute necessarie per la riuscita dell'astensione dal lavoro", ma, dall'altro lato, solo "a condizione che [tali azioni] non siano poste in essere con modalità lesive di altri interessi primari penalmente tutelati" (come accade nei casi in cui si cerca di costringere a scioperare il lavoratore che non

indirettamente (ossia: neppure tramite il PED₁), l'efficacia del PED.

39.3. Che una condotta sia condizione necessaria all'esercizio del diritto, peraltro, va stabilito, non certo in termini naturalistico-causali, ma piuttosto in termini pratico-operativi. Ciò che importa agli effetti del PED₁ è infatti che la condotta possa dirsi "praticamente" necessaria all'esercizio di un diritto: che sia *in pratica* impossibile, per il titolare del diritto di agire, esercitarlo senza realizzare, prodromicamente o nel contempo, anche la condotta strumentale.

Il che significa, in primo luogo, che essa deve risultare necessaria *nel caso concreto*, anche se astrattamente l'esercizio del diritto non ne richiederebbe la realizzazione: necessità "pratica" della condotta, in questo senso, come necessità nel (da giudicarsi rispetto al) caso concreto. In linea di principio, ad es., l'effettuazione di un arresto non richiede inseguimenti ad alte velocità: può concretamente accadere, tuttavia, che proprio questo sia il caso.

Ma la natura "pratica" del giudizio di necessità della condotta strumentale significa anche un'altra cosa, e

abbia intenzione di farlo): Cass., V, 24.01.1978, n. 3841 (*C.E.D. Cass.* 138497); Cass., V, 25.01.1978, n. 4544 (*C.E.D. Cass.* 138660). Più chiaramente, nel senso qui indicato (ossia: senza alcun riferimento ad una pretesa legittimità *ex art.* 51 CP di azioni sussidiarie funzionali ad una migliore riuscita di uno sciopero), Cass., V, 30.12.1982, n. 1979 (*C.E.D. Cass.* 157791 e 157792): "il diritto di sciopero, per mantenersi nell'ambito corrispondente al suo oggetto, va esercitato senza ledere le altre libertà costituzionalmente garantite, come quella di coloro che non intendono scioperare"; pertanto, "commettono il delitto di violenza privata gli scioperanti che, attuando il cosiddetto picchettaggio, manifestino la loro intenzione di impedire a chiunque l'accesso nello stabilimento, avvalendosi della barriera formata dai loro corpi e colpendo con calci e spinte coloro che si avvicinino per superare l'ostacolo".

In argomento, v. comunque PULITANÒ (1989), 741; ALBEGGIANI (2007), 343 s.

cioè che il giudizio va effettuato secondo *parametri di ragionevolezza*: occorre che la condotta risulti necessaria in base ad un giudizio effettuato col metro della *ragione pratica*, non col rigido metro delle scienze causali (peraltro, difficilmente applicabile ai rapporti tra condotte). Ad es., potrà considerarsi necessaria quella condotta strumentale, senza la quale esercitare un diritto diverrebbe, pur se non propriamente impossibile, estremamente difficile, complicato, rischioso.

39.3.1. La pratica necessarietà della condotta strumentale va inoltre giudicata riportandosi al momento della realizzazione di questa, per stabilire come essa apparisse in base ad un giudizio *ex ante* ⁽³¹¹⁾.

Del tutto irrilevanti rimangono invece, rispetto al giudizio di necessarietà o meno, e quindi rispetto al giudizio di liceità o illiceità penale, della condotta strumentale, eventuali fattori intervenuti *ex post*: fattori che, cioè, abbiano reso non necessario il compimento della condotta strumentale solo successivamente alla realizzazione di questa.

(311) Si può discutere se la base del giudizio *ex ante* debba essere totale (estesa, cioè, a tutti gli elementi rilevanti esistenti in quel momento, anche se non conosciuti dall'agente o conoscibili solo successivamente) o parziale (limitata, cioè, ai soli elementi conosciuti dall'agente o comunque conoscibili da parte di un osservatore avveduto). A me pare che la prima alternativa sia complessivamente più in linea con la connotazione "oggettivistica" che in linea di massima caratterizza la disciplina italiana in materia di scriminanti. Ciò non toglie, naturalmente, che se la condotta apparissa invece praticamente necessaria all'agente, ma in realtà non lo fosse – e non lo fosse in forza di fattori già esistenti al momento dell'azione, ma ignorati, o male interpretati, dall'agente –, il PED₁, ai sensi dell'art. 59, quarto comma, CP, opererà in forma putativa: la condotta, cioè, rimarrà penalmente illecita, ma il suo autore non potrà essere rimproverato per averla commessa (sempre che il suo errore cognitivo non fosse colposo, e il fatto commesso non sia punito dalla legge anche in forma colposa).

40. (Segue) *(II) Adeguatezza sociale del costo imposto dalle condotte strumentali all'esercizio di un diritto.*

La pratica necessarietà della condotta strumentale non è l'unico requisito al quale è condizionato il funzionamento del PED₁: non sempre una condotta (o: non ogni condotta) può essere resa penalmente lecita dal solo fatto di costituire un prodromo necessario all'esercizio di un diritto.

L'esercizio di un diritto, infatti, costituisce bensì un valore per l'ordinamento giuridico (da qui, infatti, il PED), ma non un valore assoluto: ce ne siamo accorti quando abbiamo considerato l'istituto dell'eccesso nell'esercizio del diritto (Parte Prima, § 26). Il fatto è che la condotta strumentale, in quanto penalmente tipica, costituisce pur sempre un'offesa giuridicamente rilevante ad interessi penalmente protetti dall'esistenza di un'apposita norma incriminatrice. L'effetto di liceità della pratica necessarietà di questa condotta rispetto all'esercizio di un diritto non può dunque essere illimitato, ma richiede che il valore dell'esercizio del diritto venga, in qualche modo, rapportato al valore dell'offesa arrecata con la condotta strumentale.

In questo senso, perché la condotta strumentale all'esercizio di un diritto, pur penalmente tipica, possa dirsi penalmente lecita, non basta che essa costituisca una condizione praticamente necessaria all'esercizio di un diritto di agire: occorre, altresì, che l'offesa in cui essa consista rappresenti – alla luce dei valori e dei principi che fanno da sfondo al sistema giuridico e sociale di riferimento – un costo adeguato, proporzionato ⁽³¹²⁾, tollerabile dell'esercizio

(312) Limpidamente, ALBEGGIANI (2007), 341: occorre che l'offesa ar-

del diritto; occorre che, insomma, il valore (finale) dell'esercizio di un diritto possa dirsi comparativamente maggiore del disvalore dell'offesa (strumentale) realizzata.

40.1. Per determinare i parametri dai quali dipende la proporzionalità del costo della condotta strumentale rispetto all'esercizio del diritto, occorre considerare che il PED₁ possiede una struttura, in un certo senso, analoga a quella dello stato di necessità: qua come là, il caso è quello di chi, per un fine riconosciuto dall'ordinamento (esercizio di un diritto; evitare un danno grave alla persona), si trovi nella necessità di realizzare un fatto offensivo di interessi nella titolarità di soggetti "innocenti", ossia: di soggetti non qualificabili come "aggressori" ai sensi dell'art. 52 CP. (Ed invero, se la condotta strumentale consistesse nel resistere al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, non vi sarebbe alcun bisogno di chiamare in causa il PED₁: basterebbe, a renderla penalmente lecita, l'istituto della legittima difesa.)

Questo parallelismo strutturale ⁽³¹³⁾ tra PED₁ e stato di necessità fa sì che il giudizio di proporzione tra (dis)valore della condotta-mezzo (consistente nell'offesa penalmente tipica) e valore del fine presenti, nei due casi, notevoli analogie. Come nello stato di necessità, anche nel caso del PED₁ il soggetto si trova in una situazione nella quale è chiamato a scegliere tra (quelle che dal punto di vista dello stesso ordinamento giuridico sono) due alternative spiacevoli, due mali: realizzare un'offesa penalmente ti-

recata con la condotta strumentale rappresenti un sacrificio proporzionato «all'esigenza di dare adeguata realizzazione al diritto stesso che si vuole esercitare».

(313) Solo strutturale, non di contenuti, che invece, nei due casi, sono molto diversi.

pica *vs.* non essere in grado di esercitare un proprio diritto di agire. E, nell'esercizio del diritto come nello stato di necessità, la condotta (strumentale) offensiva potrà dirsi penalmente lecita se, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, il *male*, consistente nel fatto che il soggetto non riuscirebbe altrimenti ad esercitare un proprio diritto di agire, può definirsi in qualche misura, in un qualche senso, *maggiore* del male insito (dell'offesa insita) nella violazione del precetto penale che avvenga a mezzo della condotta strumentale. E (ancora una volta analogamente a quanto accade nello stato di necessità), per stabilire quando la realizzazione della condotta strumentale rappresenti il male minore (rispetto alla prospettiva di un mancato esercizio del diritto) occorre guardare ⁽³¹⁴⁾, non solo, staticamente, al valore rispettivo dei beni in conflitto ⁽³¹⁵⁾, ma anche, dinamicamente, alle modalità dell'aggressione rappresentata dalla condotta strumentale: quindi, ad es., al grado dei rischi in gioco (ossia: delle probabilità che si verifichi l'evento indesiderato) ⁽³¹⁶⁾, alla gravità del danno che ri-

(314) Con riferimento allo stato di necessità, v. DE FRANCESCO (1978), 253 ss.

(315) Rango dell'interesse aggredito con la condotta strumentale *vs.* rango dell'interesse soddisfatto con l'esercizio del diritto, sempre che siano commensurabili.

(316) E, in particolare, dall'ammontare delle probabilità che, senza la condotta strumentale, il diritto non possa venire esercitato, e, dall'altro lato, dall'ammontare delle probabilità che alla realizzazione della condotta strumentale consegua effettivamente l'evento in cui consiste la consumazione del reato.

Interessante, da questo punto di vista, il bilanciamento effettuato in Cass., 02.04.1996, cit.: l'esercizio del diritto di arresto (almeno in certi casi) può giustificare un inseguimento che avvenga in violazione di qualche regola del codice della strada, purché non si tratti di violazioni macroscopiche (ad es.: non eccessivo superamento dei limiti di velocità o – ma si tratta di ipotesi decisamente più dubbia, poiché potenzialmente foriera di rischi ben maggiori – guida contromano) e il soggetto faccia comunque applicazione dei “canoni della prudenza e della diligenza secondo il criterio della “culpa lata””. L'evento

schia di verificarsi nell'uno e nell'altro caso ⁽³¹⁷⁾, all'atteggiamento soggettivo dell'agente.

Inoltre, il giudizio di proporzione, come quello di necessità (v. *supra*, § 39.3.1 e nt. 311), va effettuato in riferimento a tutte le circostanze rilevanti già esistenti al momento della realizzazione della condotta strumentale (giudizio *ex ante* a base totale): irrilevante rimane il fatto che – a fronte di un danno, insito nella condotta strumentale, che *ex ante* appariva comparativamente minore rispetto al vantaggio consistente nell'esercizio di un diritto – si verifichi, invece, in forza di circostanze sopravvenute *ex post* un danno maggiore che, se preventivato, avrebbe reso la condotta strumentale chiaramente inadeguata.

40.2. L'adeguatezza del costo della condotta strumentale, peraltro, è strettamente connessa alla pratica necessità di questa rispetto all'esercizio del diritto: nel senso che, evidentemente, a rendere sostenibile il costo rappresentato dall'offesa tipica insita nella condotta strumentale, oltre a quanto detto in questo paragrafo, è anche (e, forse, per prima cosa) il fatto che questa condotta rappresenti un mezzo necessario all'esercizio di un diritto. È proprio il rapporto di pratica necessità rispetto all'esercizio del diritto ad incrementare, infatti, il valore della condotta strumentale: e questo non può non refluire sulla conclusione che la realizzazione di essa rappresenti un costo adeguato, proporzionato, dell'esercizio del diritto.

Un aspetto di questa compenetrazione dei due profili

lesivo che ne dovesse conseguire non si potrebbe dunque imputare, a titolo di colpa, all'inseguitore.

(317) Analogamente, con riferimento alla proporzione, o al bilanciamento tra i due mali, nello stato di necessità, DE FRANCESCO (1978), 260 ss.; DRESSLER (2001), 288, LENCKNER (1987), 494 ss.

emerge non appena si consideri il rapporto tra condotta strumentale e *tempo* dell'esercizio di un diritto. Perché la realizzazione di una condotta penalmente tipica risulti adeguata, nel senso ora in discorso, non basta che essa sia necessaria ad un esercizio *immediato* del diritto: che essa, cioè, sia, o comunque ragionevolmente appaia, come l'unico modo a disposizione del soggetto per esercitare *ora* il suo diritto di agire. Occorre altresì che sia necessario, al soggetto, esercitare *ora* il suo diritto di agire.

Se, invece, il titolare del diritto avesse la possibilità di esercitare, con beneficio sostanzialmente immutato, il suo diritto di agire in un momento successivo senza necessità di compiere, in questo caso, la condotta strumentale, la realizzazione di questa non potrebbe più considerarsi un costo adeguato. L'offensività della condotta strumentale non costituisce un costo adeguato se il mancato compimento di questa comporta una semplice, e sostenibile, posticipazione dell'esercizio del diritto.

41. (Segue) (III) *L'aspetto soggettivo della condotta strumentale.*

Il funzionamento del PED₁ richiede anche un particolare atteggiamento soggettivo nella realizzazione della condotta strumentale. Nessuna condotta, infatti, è strumentale "in sé": la strumentalità di una condotta non è qualità intrinseca a questa, ma dipende, piuttosto, (in buona misura, almeno) dal fatto che chi la compie la concepisca come tale; una condotta è strumentale rispetto ad un certo scopo in quanto chi la compie le attribuisca questo significato.

Il PED₁ non vale, dunque, a rendere lecita una con-

dotta che potrebbe essere potenzialmente concepita come strumento per l'esercizio di un diritto, quando chi l'ha compiuta non le ha infuso questo significato: non basta che una condotta possa oggettivamente essere letta come l'antecedente, magari necessario, dell'esercizio di un diritto; occorre che come tale l'abbia concepita il suo autore.

Questo, peraltro, si spiega, oltre che con il concetto stesso di "strumentalità" di una condotta, anche alla luce del fondamento del PED₁: che si fonda, infatti, sul riflesso che il valore dell'esercizio di un diritto riverbera sulle azioni necessarie a questo esercizio; valore che, però, può riverberarsi sulla condotta strumentale solo in quanto questa sia effettivamente concepita quale mezzo per l'esercizio del diritto, solo se l'esercizio del diritto rappresenti una delle ragioni per cui viene compiuta la condotta strumentale. Mancando questo legame di significato, invece, condotta "strumentale" ed esercizio di un diritto saranno due fenomeni del tutto slegati, cosicché il valore del secondo non potrebbe trasmettersi al primo.

42. (Segue) *Effetti giuridici del PED₁*.

Ricostruita la fattispecie (ossia: condizioni e limiti di operatività) del PED₁, i casi ai quali questo si riferisce, non rimane che individuarne gli effetti giuridici.

Il senso del PED₁ non è quello di attribuire un vero e proprio diritto di agire avente ad oggetto la realizzazione della condotta strumentale: sarebbe dunque inesatto dire, a questo proposito, che "il *diritto* al fine contenga il *diritto* al mezzo", se per "*diritto* al mezzo" si intende un diritto avente ad oggetto la condotta-mezzo e le caratteristiche

dei veri e propri diritti di agire ⁽³¹⁸⁾. La condotta strumentale, in quanto tale (ossia: in forza del PED₁), non costituisce l'oggetto di un diritto di agire.

L'effetto del PED₁ è, semplicemente, quello di rendere penalmente lecita la realizzazione della condotta strumentale. Se la condotta *y* è praticamente necessaria per fare *x*, dal diritto di *A* di fare *x* discende, in forza del PED₁, che per *A* sia penalmente lecito anche fare *y*, sempre che *y* (e l'offesa penalmente rilevante che tale condotta comporta) rappresenti un costo proporzionato, socialmente adeguato, dell'esercizio del diritto di fare *x*, e sempre che sia *A* ad imprimere a *y* il valore di condotta strumentale rispetto all'esercizio del diritto.

L'effetto giuridico del PED₁ è insomma un effetto di giustificazione (su cui v. *supra*, Cap. II): l'ordinamento giuridico mostra di ritenere che la pratica necessità di esercitare un diritto è una buona ragione per compiere una condotta che, anche se offensiva di interessi giuridicamente rilevanti, rappresenti un sacrificio adeguato al valore insito nel fatto che il titolare del diritto di agire sia posto in grado di esercitarlo.

Dal diritto di fare *x* – già lo si è accennato – non deriva, invece, per *A* un vero e proprio “diritto di fare *y*”: la condotta strumentale, pur essendo penalmente lecita, non gode (almeno: non interamente) di quel guscio di posizioni giuridiche soggettive che invece, nel caso dei diritti di agire, ha la funzione di “proteggere”, di garantire giuridicamente, il permesso di agire che risiede nel nucleo del (e dà il nome al) diritto stesso.

Della condotta strumentale all'esercizio di un diritto,

(318) Caratteristiche sulle quali v. *supra*, Parte Seconda, Cap. I, Sez. III, e Parte Prima, § 3.

in particolare, pur se penalmente lecita, non si può dire che sia “non impedibile” nello stesso modo e negli stessi termini in cui lo è, invece, l’esercizio del diritto. La condotta strumentale è sempre impedibile, infatti, se essa può essere impedita senza che ne sia, per ciò solo, impedito anche l’esercizio del diritto ⁽³¹⁹⁾. È lecito impedire la condotta *y* tutte le volte che si può impedire *y* senza per ciò solo impedire ad *A* di fare *x*. Il che, del resto, discende in maniera evidente dal fatto che *y* deve considerarsi attratta nell’orbita del PED solo in quanto concretamente necessaria alla realizzazione di *x*: Se *y* può invece essere impedita senza che per ciò solo sia impedito ad *A* di fare *x*, ciò significa che *y* – in forza della situazione creata mediante la condotta impeditiva – non è *più* ⁽³²⁰⁾ necessaria alla realizzazione di *x*, e come tale fuoriesce dalla garanzia dell’art. 51 CP.

Un esempio. Tizio tenta di effettuare l’arresto di Caio *ex art.* 383 CPP; Caio resiste usando violenza; Tizio si trova costretto a rispondere con delle percosse. Sempronio assiste alla scena e decide di intervenire: separa Tizio e Caio, interrompendo quindi la condotta violenta con cui il primo sta eseguendo l’arresto del secondo, e coopera all’arresto di Caio, “tenendolo buono” sotto la minaccia di un’arma che egli (ai sensi dell’art. 4 della Legge 110/75) è regolarmente autorizzato a portare fuori dalla propria abitazione. In questo caso, la condotta di percosse, strumentale all’esercizio del diritto di arresto, può essere lecitamente impedita, poiché impedendola non si interferisce con l’esercizio del

(319) Bisogna pur sempre rammentare, inoltre, (*v. supra*, § 19) che la “non impedibilità” di una condotta scriminata si riferisce all’inammissibilità di una legittima difesa contro di essa, ma non esclude la possibilità che il fatto impeditivo sia, a sua volta, in altro modo scriminato (ad es., stato di necessità).

(320) Appunto perché impedibile senza che sia impedito l’esercizio del diritto.

diritto.

42.1. È appena il caso di precisare, infine, che il PED₁ trova applicazione, non solo quando a compiere la condotta strumentale sia lo stesso titolare del diritto di agire, ma anche quando essa sia realizzata da terzi soggetti, che compiano condotte finalizzate a far sì che il titolare del diritto di agire sia messo nelle condizioni di poterlo esercitare. Il fondamento del PED₁, infatti, è essenzialmente “oggettivo”, nel senso che dipende dal valore che una condotta riceve dal suo rapporto di accessorietà qualificata (ossia: caratterizzata da necessarietà e adeguatezza, e dal significato in essa infuso dall'agente) rispetto all'esercizio di un diritto: è il valore dell'esercizio di un diritto a riflettersi sulla propria condizione proporzionata e praticamente necessaria; vi è, invece, indifferente l'identità dei soggetti: che a tenere la condotta strumentale sia, o meno, lo stesso titolare del diritto di agire da esercitare è del tutto irrilevante. Il valore della condotta strumentale dipende dal suo rapporto di accessorietà qualificata rispetto all'esercizio di un diritto, e non dalla qualità o dall'identità dei soggetti che agiscono.

43. Sintesi.

In quanto lo si riferisca a condotte diverse da (seppur connesse in maniera giuridicamente significativa a) la condotta esercizio del diritto, al PED si può riconoscere, oltre all'efficacia diretta (su cui v., in questa Seconda Parte, Cap. I), anche un'efficacia, per così dire, *indiretta*, che può condensarsi nel seguente corollario: (*PED*₁) *il diritto di A di fare x comporta, per A, il permesso di fare y, se fare y è necessario per fare x e il sacrificio imposto facendo y è un costo adeguato al bene derivante dall'esercizio del diritto di fare x.* In questi casi non si pone, propriamente, alcun problema di antinomia tra una norma incriminatrice e una norma permissiva; formalmente, la sola norma a venire in questione è quella incriminatrice; l'effetto di liceità penale della condotta non potrebbe

pertanto farsi dipendere dall'applicazione di qualcuno dei criteri di soluzione delle antinomie: può solo costituire un'implicazione (un effetto ulteriore e indiretto) del PED, ossia del principio per cui nessuno può essere punito per aver fatto qualcosa che aveva il diritto di fare.

“DIRITTI E RESPONSABILITA’ PENALE” IN BREVE

I. L’idea portante di questo libro è che dietro l’art. 51, primo comma, prima parte, CP (“l’esercizio di un diritto esclude la punibilità”) ci sia di più di un tautologico e ridondante rinvio agli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche; e che quella disposizione enunci, piuttosto, un autonomo ed ulteriore criterio solutivo (PED), che regola i conflitti tra norme incriminatrici e norme extrapenali permissive, e a tenore del quale, nel conflitto, queste ultime debbono prevalere sulle prime.

1. 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).

Il PED, 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: e per poter dire che una persona abbia diritto di fare qualcosa, bisognerebbe già sapere – sostengono i seguaci della concezione descrittiva – 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 si limiterebbe dunque a presupporre 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”, richiederebbe che già si sappia che la condotta presa in considerazione non costituisca un reato.

2. A fondamento dell’argomento logico contro il PED risiede pertanto 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. E dietro la 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, a loro volta, 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 quella indicata 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 criteriolutivi indicati dal sistema è applicabile; e vi sono anche dei casi nei quali due criteriolutivi 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 criteriolutivi 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 sistema-

ticamente la prevalenza al diritto rispetto all'illecito penale.

3. Ma 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. Anche un'autorizzazione amministrativa invalida potrebbe dunque comportare, per il suo destinatario, un diritto di violare la legge penale? Oppure: dal riconoscimento, nel nostro sistema, del diritto di proprietà discende, forse, che qualunque fatto (un omicidio, una rapina, una bancarotta) una persona compia "usando cose di sua proprietà" non possa costituire reato?

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 possibili 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.

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 interessi di primaria rilevanza giuridica. Il nostro principio dovrebbe così evitare di incorrere nel monito ciceroniano per cui *summum ius, summa iniuria*.

4. 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 esistano *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.

II. L'art. 51 CP esprime dunque il PED: ossia, una meta-norma la cui funzione è quella di risolvere il conflitto tra norma extrapenale permissiva e norma incriminatrice. Il fondamento di questa meta-norma, di questo criterio solutivo, risiede nella sussidiarietà del diritto penale.

1. Qual è l'*ambito applicativo* del PED?

Quale criterio di soluzione di antinomie (cosiddetta efficacia *diretta* del PED), esso trova essenzialmente applicazione in tutti i casi, di conflitto tra diritto e incriminazione, che non siano di incompatibilità assoluta: esso vale, cioè, a risolvere, nel senso della prevalenza della norma extrapenale permissiva, tutti i casi nei quali questa si trovi in un conflitto totale-parziale o parziale-parziale con una norma incriminatrice.

Riferito a questo tipo di antinomie, peraltro, il PED trova applicazione: *a)* sia nei casi nei quali il conflitto tra diritto e incriminazione non si potrebbe risolvere mediante gli ordinari criteri solutivi (o perché nessuno di questi criteri è applicabile, o perché all'antinomia si accompagna un conflitto tra criteri solutivi); *b)* sia nei casi nei quali l'applicazione degli ordinari criteri solutivi determinerebbe una soluzione diversa da quella derivante dal PED, ossia, la prevalenza della norma incriminatrice (ad es.: perché gerarchicamente sovraordinata, o speciale, o successiva rispetto a quella extrapenale permissiva); *c)* sia, infine, nei casi nei quali l'applicazione di qualcuno degli ordinari criteri solutivi comporterebbe che il conflitto sia risolto nella stessa direzione in cui lo risolve il PED (ossia: prevalenza della norma extrapenale permissiva).

Nei tre gruppi di casi, però, l'autonomia dell'efficacia giuridica del PED si apprezza per *ragioni diverse*. Nel primo gruppo di casi, il PED permette di risolvere in maniera univoca un conflitto altrimenti insolubile (il fatto è scriminato, e quindi penalmente lecito). Nel secondo gruppo di casi, il principio ha l'effetto di sovvertire (quello che altrimenti sarebbe) l'esito del conflitto (il fatto è scriminato, e non penalmente illecito: anche quando, ad es., il diritto trovi la propria fonte in una consuetudine o in una autorizzazione amministrativa). Nel terzo gruppo di casi, infine, il PED fa sì che la prevalenza della norma permissiva si produca in *modo*, in *forma*, diversi rispetto al modo in cui esso si produrrebbe in base al funzionamento di qualcuno degli altri criteri: preferenza applicativa, e quindi *scriminazione*, anziché invalidazione (applicando il criterio gerarchico) o abrogazione (applicando il criterio cronologico); il che rileva, soprattutto, allorché si tratti di decidere il conflitto tra un divieto penale e un diritto costituzionalmente riconosciuto.

2. Quanto, poi, ai *contenuti*, l'efficacia giuridica del PED è, innanzitutto, un'*efficacia scriminante*, che, propriamente, si produce trasformando la (originaria) liceità extrapenale di una condotta in liceità (anche) penale.

La liceità penale dell'esercizio di un diritto, garantita dal PED, è, inoltre, una liceità "*rafforzata*". Il principio, infatti, rende penalmente lecito l'esercizio del diritto anche quando il diritto esercitato sia riconosciuto o attribuito

da una norma che, in forza degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie, dovrebbe invece soccombere nei confronti della norma incriminatrice. Neanche l'introduzione di una norma penale proibitiva, che pure abbia lo scopo di incriminare una condotta esercizio di un diritto, sarebbe dunque sufficiente a rendere questa stessa condotta penalmente illecita: almeno finché all'incriminazione della condotta non si accompagni una eliminazione della disposizione attributiva del diritto (ad es., mediante sua abrogazione esplicita o, ricorrendone i requisiti, invalidazione per illegittimità costituzionale).

Il PED ha, poi, una peculiare efficacia *irradiante*: in certi casi esso vale infatti a rendere (penalmente) lecita anche la condotta con cui un soggetto eserciti un diritto (non proprio ma) altrui. Si tratta, in particolare, di casi (ad es.: diritto di curarsi, diritto di rifiutare le cure, diritto di difendersi in giudizio) nei quali la realizzazione del contenuto di un diritto (la soddisfazione dell'interesse a questo sotteso), per avvenire in maniera adeguata, richiede necessariamente l'intervento, l'opera, di un soggetto diverso dal relativo titolare, e munito di capacità o competenze specifiche da questi non possedute: casi nei quali il titolare del diritto non sarebbe in grado da solo – per mancanza di capacità fisiche o tecniche – di ottenere una (adeguata) realizzazione del proprio diritto, e deve quindi per forza di cose affidarsi a terzi soggetti che quelle capacità invece posseggano. L'attività di questi soggetti in questi casi vale, allora, come esercizio mediato del diritto da parte del titolare che non potrebbe altrimenti (ossia: *manu propria*) adeguatamente esercitarlo.

Bisogna inoltre considerare che i rischi tipicamente, normalmente, connessi all'esercizio di un diritto di agire sono *rischi giuridicamente leciti*: renderli illeciti significherebbe infatti rendere illecito l'esercizio del diritto. Dal PED discende pertanto che il verificarsi di eventi offensivi che costituiscano concretizzazione di rischi normalmente connessi all'esercizio di un diritto non rende penalmente illecita la condotta (esercizio di un diritto) che li abbia creati.

L'esercizio del diritto, infine, oltre che penalmente lecito, è anche *non lecitamente impedibile*. Infatti, poiché l'offesa arrecata con l'esercizio di un diritto non può dirsi ingiusta ai sensi dell'art. 52 CP, nessuno potrebbe interferirvi in maniera penalmente tipica accampando di aver agito per legittima difesa.

3. Molto diffuse, tra i penalisti, sono due idee contrapposte: e, cioè, che l'esercizio di un diritto rappresenti una causa di giustificazione; e che le cause di giustificazione rappresentino altrettanti ipotesi di esercizio di un diritto.

Si tratta di semplificazioni. Diritti e giustificazioni rientrano entrambi nella più comprensiva categoria delle scriminanti: ma si tratta di figure, istituti, che, tolta la medesima efficacia scriminante, condividono ben poco.

A distinguerli è, innanzitutto, la *fonte*. Nel caso dei diritti, si tratta di norme extrapenali, che nascono per scopi appositi, e che solo incidentalmente (ossia: in forza del PED) producono un effetto scriminante. Le giustificazioni (penali) trovano invece fonte in vere e proprie norme penali, e quella scriminante è la loro funzione propria ed originaria.

Diritti e giustificazioni hanno, inoltre, un diverso *contenuto*: gli uni han-

no ad oggetto la realizzazione di una condotta nominalmente individuata, a prescindere dal fatto che questa produca esiti socialmente apprezzati; le altre, invece, hanno ad oggetto condotte solo in quanto queste siano necessarie, o comunque funzionali, e proporzionate alla produzione di stati di cose socialmente apprezzati. (A ciò consegue che, mentre la condotta esercizio di un diritto non è mai impedibile in legittima difesa, la condotta giustificata è sempre impedibile, se lo si può fare senza che sia anche impedito lo stato di cose, socialmente apprezzato, al quale tendeva la condotta giustificata.)

Le giustificazioni sono dunque ragioni per agire: costituiscono situazioni che militano a favore del compimento di una certa azione; essere giustificati a fare qualcosa significa che, dal punto di vista del diritto, esistono buone ragioni per farla; e ciò perché il compimento dell'azione giustificata, dal punto di vista del diritto, rappresenta il miglior bilanciamento possibile tra gli interessi in gioco nella situazione concreta. Tenere una condotta giustificata significa, insomma, fare una cosa giusta: una cosa che, dal punto di vista del diritto, meritava di esser fatta.

I diritti invece non sono ragioni per agire: avere il diritto-permesso di fare qualcosa non è una buona ragione per farla; fare una cosa che si ha il diritto di fare, dunque, non necessariamente significa fare la cosa giusta. I diritti rappresentano, piuttosto, scelte protette, sfere d'arbitrio garantite dal diritto: a loro fondamento, più che un bilanciamento tra gli interessi gioco, sta il valore dell'autonomia delle persone, l'esigenza che queste, rispetto a certe materie, siano libere di scegliere come agire.

4. In quanto, infine, lo si riferisca a condotte diverse da (seppur connesse in maniera giuridicamente significativa a) la condotta esercizio del diritto, al PED si può riconoscere, oltre all'efficacia diretta (su cui v. Parte Seconda, Cap. I), anche un'efficacia, per così dire, *indiretta*, che può condensarsi nel seguente corollario: (PED_1) *il diritto di A di fare x comporta, per A, il permesso di fare y, se fare y è necessario per fare x e il sacrificio imposto facendo y è un costo adeguato al bene derivante dall'esercizio del diritto di fare x*. In questi casi non si pone, propriamente, alcun problema di antinomia tra una norma incriminatrice e una norma permissiva; formalmente, la sola norma a venire in questione è quella incriminatrice; l'effetto di liceità penale della condotta non potrebbe pertanto farsi dipendere dall'applicazione di qualcuno dei criteri di soluzione delle antinomie: può solo costituire un'implicazione (un effetto ulteriore e indiretto) del PED, ossia del principio per cui nessuno può essere punito per aver fatto qualcosa che aveva il diritto di fare.

BIBLIOGRAFIA

- Ferdinando ALBEGGIANI (1990), voce *Sport (dir. pen.)*, ED, XLIII, Milano;
- Ferdinando ALBEGGIANI (2007), *Commento all'art. 51 CP*, in RONCO, ARDIZZONE (2007);
- Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN (1991), *Analisis logico y Derecho*, Madrid;
- Alexander ALEINIKOFF (1987), *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YLJ, 943-1005;
- Alberto ALESSANDRI (1991), *Commento all'art. 27, primo comma, Cost.*, in G. Branca, A. Pizzorusso (cur.), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Art. 27-28*, Bologna, Roma;
- Larry ALEXANDER (1987), *Justification and Innocent Aggressor*, 33 WLR, 1177-89;
- Robert ALEXY (1997), *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it. di F. Fiore, Torino;
- Robert ALEXY (1994), *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden;
- Bernardino ALIMENA (1910), *Principii di diritto penale*, I, Napoli;
- Peter ALLDRIDGE (1990), *Rules for Courts and Rules for Citizens*, 10 OJLS, 487-504;
- Knut AMELUNG (1984), *Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystem von Roxin*, in B. Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystemes*, Berlin, New York;
- Francesco ANGIONI (1983), *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano;
- Francesco ANTOLISEI (2003), *Manuale di diritto penale*, PG, 16^a ediz. aggiornata e integrata a cura di Luigi Conti, Milano;
- Salvatore ARDIZZONE (1975), *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano;
- ARISTOTELE (2005), *La metafisica*, a cura di C.A. Viano, Torino;
- Andrew ASHWORTH (2003), *Principles of Criminal Law*, 3^a ediz., Oxford;
- Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO (1994), *Sobre permisos en el derecho*, Doxa, 815-44;
- Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO (1998), *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Boston, London;
- Giampiero AZZALI (1965), *L'eccesso colposo*, Milano;
- Riccardo BAJNO (1975), *La legge regionale come fonte di "diritti"*, RIDPP, 708-14;

- Francisco BALDÒ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona;
- Ludwig von BAR (1909), *Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz*, Berlin;
- Paolo BARILE (1974), voce *Libertà di manifestazione del pensiero*, ED, XXIV, 424-486;
- Giulio BATTAGLINI (1949), *Diritto penale*, PG, 3^a ediz., Padova;
- Jürgen BAUMANN (1962), *Grundbegriffe und System des Strafrechts. Eine Einführung ad Hand von Fällen*, Stuttgart;
- Jürgen BAUMANN, Ulrich WEBER, Wolfgang MITSCH (2003), *Strafrecht*, AT, *Lehrbuch*, 11^a ediz., Bielefeld;
- Arthur BAUMGARTEN (1913), *Aufbau der Verbrechenlehre*, Tübingen;
- Ernst BELING (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen;
- Ernst BELING (1931), *Il significato del principio: “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, GP, I, 319-29;
- Vera BERGELSON (2006), *The Right to be Hurt. Testing the Boundaries of Consent*, Rutgers Law School (Newark) – Faculty Papers, Paper 37;
- Vera BERGELSON (2007), *Rights, Wrongs, and Comparative Justifications*, 28 Card. LR, 101-23;
- Alessandro BERNARDI (2004), *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino;
- Mitchell BERMANN (2003), *Justification and Excuse. Law and Morality*, 53 DLJ, 1-77;
- Giuseppe BETTIOL (1966), *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale* (1931), ora in Id., *Scritti giuridici*, Tomo I, Padova;
- Giuseppe BETTIOL, Luciano PETTOELLO MANTOVANI (1986), *Diritto penale*, 12^a ediz., Padova;
- Antonio BEVERE, Augusto CERRI (1995) *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano;
- Karl BINDING (1965), *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (1922), Bd. I: *Normen und Strafgesetze*, Ristampa della 4^a ediz., Aalen;
- Karl BINDING (1885), *Handbuch des Strafrechts*, Bd. 1, Leipzig;
- Norberto BOBBIO (1993), *Teoria generale del diritto*, Torino;
- Paul BOCKELMANN, Klaus VOLK (1987), *Strafrecht*, AT, 4^a ediz., München;
- Giuseppe BONANNO (1985), *Diffamazione a mezzo stampa e limiti del diritto di cronaca*, RIDPP, 266 ss.;
- Marco BOSCARELLI (1991), *Compendio di diritto penale*, PG, 7^a ediz., Milano;
- Marco BOSCARELLI (1990), voce *Nullum crimen sine lege*, EGT, XXI, Roma;
- Franco BRICOLA (1963), *Principio di legalità e potestà normativa delle regioni*, SP, 630-67;
- Franco BRICOLA (1997), *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bolo-

- gna;
- Peter BRINGEWAT (2003), *Grundbegriffe des Strafrechts*, Baden-Baden;
- Eugenio BULYGIN (2003), *On Legal Gaps*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.) *Analisi e diritto 2002-2003*, 21-8;
- Juan BUSTOS RAMIREZ (1989), *Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, EPC, XII, 105-45;
- Alberto CADOPPI (2007), *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Ristampa con *Premessa* di aggiornamento, Torino;
- Alberto CADOPPI, Paolo VENEZIANI (2002), *Elementi di diritto penale*, PG, Padova;
- Alberto CADOPPI, Paolo VENEZIANI (2007), *Manuale di diritto penale*, 3^a ediz., Padova;
- Claus-Wilhelm CANARIS (1983), *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin;
- Stefano CANESTRARI (2003), *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, RIML, 751-75;
- Stefano CANESTRARI, Luigi CORNACCHIA, Giulio DE SIMONE (2007), *Manuale di diritto penale*, Bologna;
- Ivo CARACCIOLI (1965), *L'esercizio del diritto*, Milano;
- Ivo CARACCIOLI (2005), *Manuale di diritto penale*, PG, 2^a ediz., Torino;
- Ivo CARACCIOLI (2006), voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano;
- Francesco CARRARA (1993), *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena* (1860), Ristampa della 5^a ediz., Bologna;
- Andrea R. CASTALDO (1989), *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli;
- Silvana CASTIGNONE, Riccardo GUASTINI, Giovanni TARELLO (1978), *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Genova;
- Mauro CATENACCI (2003), "Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano;
- Antonio CAVALIERE (2000), *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli;
- Vincenzo CAVALLO (1939), *L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato*, Napoli;
- Bruno CELANO (1990), *Dover essere e intenzionalità. Una critica all'ultimo Kelsen*, Torino;
- Bruno CELANO (2002), *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.) *Analisi e diritto 2001*, 1-58;
- Bruno CELANO (2005), *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.) *Analisi e diritto 2004*, 53-74;
- Bruno CELANO (2006), *Positivismo giuridico e neo-costituzionalismo. Dispense*

- del corso di Filosofia del diritto (a.a. 2006-2007)*, Seconda parte, dattiloscritto;
- Alfio CELOTTO (2001), *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie*, in MODUGNO (2001);
- Marco CERASE (2000), sub *Art. 51 CP*, in G. Lattanzi, E. Lupo (dir.), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, II, 1, Milano;
- José CEREZO MIR (1985), *Consideraciones generales sobre las causas de justificación en el derecho penal español*, Jescheck-FS, I, Berlin;
- José CEREZO MIR (1998), *Curso de Derecho penal español*, PG, III: *Teoría jurídica del delito/2*, 2ª ediz., Madrid;
- Pierluigi CHIASSONI (1999), *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano;
- Luigi CONCAS (1969), voce *Scriminanti*, NssDI, XVI, Torino;
- Gaetano CONTENTO (2004), *Corso di diritto penale*, II, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari;
- Gaetano CONTENTO (2002), *Limiti della norma e fattispecie non punibili* (1965), in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari;
- Franco CORDERO (2006), *Procedura penale*, 8ª ediz., Milano;
- Luigi CORNACCHIA (2003), *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino;
- Michael CORRADO (1991), *Notes on the Structure of a Theory of Excuses*, 82 JCLC, 465-497;
- Michael CORRADO (1992), *The Place of Formalism in Legal Theory*, 70 NCLR, 1545-1561;
- Alberto CRESPI (1955), *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo;
- Vezio CRISAFULLI (1975), *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, 3ª ediz., Padova;
- Jean DABIN (1959), *Le droit subjectif*, Paris;
- Adriano DE CUPIS (1966), *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, 2ª ediz., Milano;
- Gennaro Vittorio DE FRANCESCO (1978), *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli;
- Giovannangelo DE FRANCESCO (1980), *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano;
- Giovannangelo DE FRANCESCO (1983), *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, RIDPP, 588 ss.;
- Giovannangelo DE FRANCESCO (2000), *Sulle scriminanti*, SJ, 270 ss.;
- Giacomo DELITALA (1976 a), *Il "fatto" nella teoria generale del reato* (1930), ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano;
- Giacomo DELITALA (1976 b), *Analogia in "bonam partem"* (1936), ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano;
- Giacomo DELITALA (1976 c), *I limiti giuridici alla libertà di stampa* (1959), ora in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano;

- Renato DELL'ANDRO (1958), voce *Antigiuridicità*, ED, II, Milano;
- Tullio DELOGU (1956-7) *La loi pénale et son application*, I, Alexandrie;
- Alfredo DE MARSICO (1969), *Diritto penale*, PG, ristampa a cura di M. Mozzanti, Napoli;
- Giancarlo DE VERO (1998), *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, RIDPP, 773-844;
- Giancarlo DE VERO (2002), *Introduzione al diritto penale*, Torino;
- Pietro DIAZ (1978), *Fonti e dogmatica del c.d. jus corrigendi*, RIDPP, 173-196;
- Giuseppe DI CHIARA (2003), *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il "nuovo" catalogo dei diritti dell'"accusato"*, in Id., G. Fiandaca, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli;
- Enrico DIGIOTTI (1999), *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino;
- Alberto DI MARTINO (1992), *Dalla «campana senza battaglio» al concorso di norme. 'Attuale' ed 'inattuale' nella disputa sulla potestà delle Regioni nella materia penale*, RIDPP, 945-1028;
- Alexander Graf zu DOHNA (1905), *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre*, Halle a.S.;
- Alexander Graf zu DOHNA (1925), *Recht und Irrtum. Zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre*, Heidelberg;
- Alexander Graf zu DOHNA (1936), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn;
- Raffaele DOLCE (1957), *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano;
- Tomás de DOMINGO, (2001), *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid;
- Massimo DONINI (1989), *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, RIDPP, 588-638, 1114-53;
- Massimo DONINI (1991), *Illecito e colpevolezza nella teoria del reato*, Milano;
- Massimo DONINI (1996), *Teoria del reato*, Padova;
- Massimo DONINI (1999), voce *Teoria del reato*, DDP, XIV, Torino;
- Massimo DONINI (2002), *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, IP, 75-107;
- Massimo DONINI (2003), *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, RIDPP, 141-83;
- Massimo DONINI (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano;
- Massimo DONINI (2006), *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino;
- Massimo DONINI (2007), *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di un "spazio libero dal diritto"*, Cass. pen., 902-18;
- Massimo DONINI (2008), *"Danno" e "offesa" nelle materie eticamente pregnanti e nelle politiche penali della sicurezza. A proposito di Joel Feinberg e della c.d. tutela penale dei sentimenti*, dattiloscritto;
- Joshua DRESSLER (1984) *New Thoughts About the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking*, 32 ULR, 61-99;

- Joshua DRESSLER (2001), *Understanding Criminal Law*, 3^a ediz., New York;
- Ronald DWORKIN (1982), *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. parziale di G. Rebuffa, Bologna;
- Udo EBERT (2001), *Strafrecht*, AT, 3^a ediz., Heidelberg;
- William A. EDMUNDSON (2005), *An Introduction to Rights*, Cambridge;
- Herbert ENGELHART, Gustav RADBRUCH (1948), *Strafrecht. Die Lehre vom Verbrechen an Hand von Rechtsfällen*, 2^a ediz., Heidelberg;
- Karl ENGISCH (1931), *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen;
- Karl ENGISCH (1935), *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg;
- Karl ENGISCH (1958 a), *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtsfertigungsgründen*, ZStW (70), 566-615;
- Karl ENGISCH (1958 b), *Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation*, Jena;
- Karl ENGISCH (1970), *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), trad. it. a cura di A. Baratta, Milano;
- Albin ESER (1987), *Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime*, in ESER, FLETCHER (1987);
- Albin ESER, George P. FLETCHER (1987), (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, Bd. I, Freiburg i. Br.;
- Carlo ESPOSITO (1958), *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano;
- Luciano EUSEBI (1995), *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, RIML, 727-40;
- Claudio FARANDA (1988), *L'eccesso colposo. Errore di giudizio ed errore modale nell'art. 55 CP*, Milano;
- Joel FEINBERG (1970 a), *Problematic Responsibility in Law and Morals* (1962), in ID. (1970);
- Joel FEINBERG (1970 b), *On being "Morally Speaking a Murderer"* (1963), in ID. (1970);
- Joel FEINBERG (1970), *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton;
- Joel FEINBERG (1996), *Filosofia sociale* (1973), trad. it. di L. Andreazzi, Milano;
- Joel FEINBERG (1977), *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, in *The Tanner Lectures on Human Values*;
- Alexander Hold von FERNECK (1905), *Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts*, 2. Bd., 1. Abt.: *Notstand und Notwehr*, Jena;
- Luigi FERRAJOLI (1989), *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Bari;
- Luigi FERRAJOLI (2002), *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in D. Zolo, P. Costa (cur.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano;
- Paolo FERRUA (1989), voce *Difesa (diritto di)*, DDP, III, Torino;

- Giovanni FIANDACA (1991), voce *Fatto nel diritto penale*, DDP, V, Torino;
- Giovanni FIANDACA, Enzo MUSCO (2007), *Diritto penale*, PG, 5^a ediz., Bologna;
- Giovanni FIANDACA, Enzo MUSCO (2002), *Diritto penale*, PS, II, Tomo 2: *I delitti contro il patrimonio*, 3^a ediz., Bologna;
- Jorge de FIGUEIREDO DIAS (2004), *Direito penal*, PG, Tomo I, Coimbra;
- John FINNIS (1971), *Some Professorial Fallacies About Rights*, 4 ALR, 377-88;
- John FINNIS (1996), *Legge naturale e diritti naturali* (1992), ediz. it. a cura di F. Viola, Torino;
- Maurizio FIORAVANTI, (1995 a), *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2^a ediz., Torino;
- Maurizio FIORAVANTI (1995 b), *Le dottrine dello Stato e della costituzione*, in R. Romanelli (cur.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma;
- Carlo FIORE (1966), *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli;
- Carlo FIORE, Stefano FIORE (2003), *Diritto penale*, PG, I, 2^a ediz., Torino;
- Carlo FIORE (2003), *Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, RIDPP, 380-94;
- Stefano FIORE (1996), *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova;
- Stefano FIORE (2006), voce *Eccesso colposo*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano;
- Stefano FIORE (2007), *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli;
- Antonio FIORELLA (1988), voce *Responsabilità penale*, ED, XXXIX, Milano;
- Antonio FIORELLA (2001), *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. Conti, *Il diritto penale dell'impresa*, Padova;
- Hans-Albrecht FISCHER (1911), *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München;
- George P. FLETCHER (1975), *The Right Thing for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson*, 23 ULR, 293-321;
- George P. FLETCHER (1978), *Rethinking Criminal Law*, Boston;
- George P. FLETCHER (1979), *Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape*, 26 ULR, 1355-69;
- George P. FLETCHER (1985), *The Right and the Reasonable*, 98 HLR, 949-82 [anche in ESER, FLETCHER (1987)];
- George P. FLETCHER (1993), *The Psychotic Aggressor – A Generation Later*, 27 ILR, 227-246;
- George P. FLETCHER (2004), *Grammatica del diritto penale* (1998), ediz. it. a cura di M. Papa, Bologna;
- Eugenio FLORIAN (1934), *Parte generale del diritto penale*, 4^a ediz., Milano;
- Gabriele FORNASARI (2008), *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, DPP, 907-13;
- Gabrio FORTI (2000), *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano;
- Georg FREUND (1998), *Strafrecht*, AT, *Personale Straftatlehre*, Berlin, Heidelberg;
- Wolfgang FRISCH (1983), *Vorsatz und Risiko*, Köln, Berlin, ecc.;

- Wolfgang FRISCH (1996), *Straftat und Straftatsystem*, in J. Wolter, G. Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg;
- Wolfgang FRISCH (2000), *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, in Id., C. Roxin, G. Jakobs, B. Schünemann, M. Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid;
- Wolfgang FRISCH (2001), *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges*, Roxin-FS, Berlin, New York;
- Raul Alberto FROSALI (1954), *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova;
- Raul Alberto FROSALI (1958), *Sistema penale italiano*, Parte Prima: *Diritto penale sostanziale*, II, Torino;
- Vittorio FROSINI (1960), voce *Esercizio di un diritto*, NssDI, VI;
- Helmut FUCHS (2004), *Österreichisches Strafrecht*, AT I, 6^a ediz., Wien, New York;
- Ettore GALLO (1981), *Sciopero e repressione penale*, Bologna;
- Marcello GALLO (1960), voce *Colpa penale (dir. vigente)*, ED, VII, Milano;
- Marcello GALLO (2000), *Appunti di diritto penale*, II: *Il reato*, Pt. I: *La fattispecie oggettiva*, con la collaborazione di M. Amicano, Torino;
- Antonio GAMBARO (1988), voce *Abuso del diritto*, II: *Diritto comparato e straniero*, EGT, I, Roma;
- Alessandro GAMBERINI (1996), *Le scriminanti*, in F. Bricola, V. Zagrebelsky (dir.), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte generale*, II, 2^a ediz., Torino;
- John GARDNER (1996), *Justifications and Reasons*, in A. Simester, A.T.H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*, Oxford;
- John GARDNER (2004), *Fletcher on Offences and Defences*, 39 TLR, 817-27;
- Giacomo GAVAZZI (1959), *Delle antinomie*, Torino;
- Francesco GAZZONI (1992), *Manuale di diritto privato*, 3^a ediz., Napoli;
- Fausto GIUNTA (1997), *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, RIDPP, 74-125;
- Martin P. GOLDING (2005), *Responsibility*, in Id., W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford;
- Giovanni GRASSO (1989), *Comunità europee e diritto penale*, Milano;
- Giovanni GRASSO (1994), *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, I, Bari;
- Kent GREENAWALT (1984), *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, 84 CLR, 1897-1927;
- Giorgio GREGORI (1969), *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova;
- Filippo GRISPIGNI (1914), *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, RDPP, 449-84;
- Walter GROPP (2001), *Strafrecht*, AT, 2^a ediz., Berlin;

- Carlo Federico GROSSO (1964), *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano;
- Carlo Federico GROSSO (1979), voce *Offendicula*, ED, XXIX, Milano;
- Riccardo GUASTINI (1993), *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano;
- Riccardo GUASTINI (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano;
- Riccardo GUASTINI (2001), *L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.), *Analisi e diritto 2000*, 89-96;
- Riccardo GUASTINI (2006), voce *Ordinamento giuridico*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano;
- Hans-Ludwig GÜNTHER (1983), *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München;
- Hans-Ludwig GÜNTHER (1987), *Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem*, in ESER, FLETCHER (1987);
- Hans-Ludwig GÜNTHER (1992), *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe in Strafrecht*, Spindel-FS, Berlin, New York;
- Hans-Ludwig GÜNTHER (1998), *Vorbemerkungen zu § 32 StGB*, in H.-J. Rudolphi, et al. (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. I, AT, 6^a ediz., Frankfurt a.M.;
- Richard M. HARE (1989), *Il pensiero morale. Livelli, metodi, scopi* (1981), trad. it. di S. Sabattini, Bologna;
- Alon HAREL (2005), *Theories of Rights*, in M. P. Golding, W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford;
- Herbert L. A. HART (1991), *Il concetto di diritto* (1961), ediz. it. a cura di Mario Cattaneo, Torino;
- Herbert L. A. HART (1982), *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford;
- Winfried HASSEMER (1987), *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare* (1986), in ESER, FLETCHER (1987);
- Winfried HASSEMER (1995), *Vorbemerkungen zu § 1 StGB*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2^a ediz., Baden-Baden;
- Winfried HASSEMER (2000), *Prozedurale Rechtfertigungen*, in Id., *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden;
- Joseph HEIMBERGER (1908), *Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln*, in K. Birkmeyer et al., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, AT, IV. Bd., Berlin;
- Bernd HEINRICH (2005), *Strafrecht*, AT, I, Stuttgart;
- Hans Joachim HIRSCH (1994), *Vorbemerkungen zu § 32 StGB*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 2. Bd., 11^a ediz. (2003), Berlin;
- Hans Joachim HIRSCH (1999 a), *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre* (1962), ora in Id., *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin;
- Hans Joachim HIRSCH (1999 b), *Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot* (1985), ora in Id., *Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten*,

- Berlin;
- Andrew von HIRSCH, Kurt SEELMANN, Wolfgang WOHLERS (Hrsg.) (2006), *Mediating Principles. Bregrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden;
- Thomas HOBBS (1991), *Leviatano* (1651), ediz. it. a cura di G. Micheli, Firenze;
- Thomas HOBBS (1994), *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)* (1647), ediz. it. a cura di N. Bobbio, Milano;
- Wesley Newcomb HOHFELD (1919), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, edited by W. Wheeler Cook, Yale U. P., New Haven, ristampato nel 1964;
- Joachim HRUSCHKA (1985), *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, JZ (40), 1-10;
- Christoph HÜBNER (2004), *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin;
- Heidi M. HURD (1994), *What in the World is Wrong?*, 5 JCLI, 157-216;
- Heidi M. HURD (1999), *Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability*, 74 NDLR, 1551-73;
- Douglas HUSAK (1989), *Justifications and the Criminal Liability of Accessories*, 80 JCLC, 491-520;
- Douglas HUSAK (1999), *Conflicts of Justifications*, 18 Law and Phil., 41-68;
- Douglas HUSAK (2004 a), *The Criminal Law as Last Resort*, 24 OJLS, 207-35;
- Douglas HUSAK (2004 b), *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, OSJCL, 535-45;
- Douglas HUSAK (2005), *Criminal Law Theory*, in M. P. Golding, W. A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford;
- Douglas HUSAK (2008), *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford, New York;
- Giovanni Battista IMPALLOMENI (1916), *Istituzioni di diritto penale*, Torino;
- Natalino IRTI (1989), *L'età della decodificazione*, 3^a ediz., Milano;
- Niels JAHREBORG (2004), *Criminalisation as Last Resort (Ultima Ratio)*, OSJCL, 521-34;
- Günther JAKOBS (1991), *Strafrecht, AT: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ediz., Berlin, New York;
- Hans-Heinrich JESCHECK, Thomas WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 5^a ediz., Berlin;
- Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (1961), *Tratado de derecho penal, Tomo IV: El delito* (seconda parte: *Las causas de justificación*), 2^a ediz., Buenos Aires;
- Sanford H. KADISH (1987), *Why Substantive Criminal Law – A Dialogue* (1980), in Id., *Blame and Punishment. Essays in the Criminal Law*, New York;
- Dan M. KAHAN, Martha C. NUSSBAUM (1996), *Two Conceptions of Emotion in*

- Criminal Law*, in 96 CLR, 269-374;
- F.M. KAMM (2004), *Rights*, in J. Colemann and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, New York;
- F.M. KAMM (2007), *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Oxford, New York;
- Armin KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen;
- Arthur KAUFMANN (1974), *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, Henkel-FS, Berlin, New York;
- Hans KELSEN (1994), *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano;
- Hans KELSEN (1966), *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. a cura di Mario G. Losano, Torino;
- Hans KELSEN (1981), *La derogazione* (1962), trad. it. a cura di R. Guastini, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano;
- Hans KELSEN (1989), *Diritto e logica* (1965), trad. it. di R. Guastini, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino;
- Hans KELSEN (1985), *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. di M. Torre a cura di M. G. Losano, Torino;
- Ulrich KLUG (1961), *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, Eb. Schmidt-FS, Göttingen;
- Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht*, AT, Berlin, Heidelberg, New York;
- Sergio KOSTORIS (1965), *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Napoli;
- Matthew H. KRAMER (1998), *Rights without Trimmings*, in Id., N. Simmonds, H. Steiner, *A Debate over Rights*, Oxford;
- Matthew H. KRAMER (2000), *On the Nature of Legal Rights*, 59(3) CLJ, 473-508;
- Matthew H. KRAMER (2001), *Getting Rights Right*, in Id. (ed.), *Rights, Wrongs and Responsibility*, Houndmills, Basingstoke, Hampshire;
- Christopher KUTZ (2002), *Responsibility*, in J. Colemann and S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, New York;
- Alessio LANZI (1983), *La scriminante dell'art. 51 c.p. e le libertà costituzionali*, Milano;
- Karl LARENZ (1975), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^a ediz., Berlin, Heidelberg, New York;
- Theodor LENCKNER (1987), *The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification* (1985), in ESER, FLETCHER (1987);
- Theodor LENCKNER (2006), *Vor §§ 32 ff.*, in A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuchkommentar*, 27^a ediz., München;
- Mauro LEONE (1970), *L'esimente dell'esercizio di un diritto*, Napoli;
- Giulio LEVI (1993), *L'abuso del diritto*, Milano;
- Nino LEVI (1934), *Commento all'art. 51 CP*, in *Il codice penale illustrato articolo*

- per articolo*, I, diretto da U. Conti, Milano;
- Franz von LISZT, Eberhard SCHMIDT (1932), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, I, 26^a ediz., Berlin, Leipzig;
- Claudio LUZZATI (1990), *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano;
- Giuseppe MAGGIORE (1937), *Principi di diritto penale*, PG, I, Bologna;
- Maria Beatrice MAGRO (2001), *Eutanasia e diritto penale*, Torino;
- Manfred MAIWALD (1993), *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, a cura di V. Militello, Torino;
- Manfred MAIWALD (1995), *Zur strafrechtlichen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, Miyazawa-FS, Baden-Baden;
- Alessandro MALINVERNI (1988), *L'esercizio di un diritto. Un metodo di interpretazione*, RIDPP, 1988, 367-386;
- Stefano MANACORDA (1997), *Unione europea e sistema penale: stato della questione e prospettive di sviluppo*, SJ, 945-57;
- Giorgio MANIACI (2005), *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, RP (25), 335-64;
- Marco MANNO (2008), *Giochi, scommesse e responsabilità penale*, Milano;
- Ferrando MANTOVANI (1966 a), voce *Esercizio di un diritto (dir. pen.)*, ED, XV, Milano;
- Ferrando MANTOVANI (1966 b), *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna;
- Ferrando MANTOVANI (1973), *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano;
- Ferrando MANTOVANI (1974), *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova;
- Ferrando MANTOVANI (2001), *Diritto penale*, PG, 4^a ediz., Padova;
- Ferrando MANTOVANI (1990), voce *Eutanasia*, DDP, IV, Torino;
- Ferrando MANTOVANI (1995), *Diritto penale*, PS, I: *Delitti contro la persona*, Padova;
- Ferrando MANTOVANI (2002), *Diritto penale*, PS, II: *Delitti contro il patrimonio*, 2^a ediz., Padova;
- Marco MANTOVANI (2003), *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino;
- Vincenzo MANZINI (1982), *Trattato di diritto penale italiano*, 5^a ediz. a cura di G.D. Pisapia e P. Nuvolone, II, Torino;
- Giuliano MARINI (1993), *Lineamenti del sistema penale*, Torino;
- Giorgio MARINUCCI (1961), voce *Consuetudine (diritto penale)*, ED, IX, 502 ss.;
- Giorgio MARINUCCI (1985), *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), in Id., E. Dolcini (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano;
- Giorgio MARINUCCI (1988), voce *Cause di giustificazione*, DDP, II, Torino;
- Giorgio MARINUCCI (1991), *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva" e trasfigurazione nella colpevolezza*, RIDPP, 3-39;

- Giorgio MARINUCCI (1991), *Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht*, trad. ted. di J. Bosch, in A. Eser, W. Perron (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i. Br.;
- Giorgio MARINUCCI, Emilio DOLCINI (2006), *Manuale di diritto penale*, PG, Milano;
- Juan Antonio MARTON NUÑEZ (1987), *El principio de intervención mínima*, ADPCP, 99-134;
- Reinhart MAURACH (1971), *Deutsches Strafrecht*, AT, 4^a ediz., Karlsruhe;
- Reinhart MAURACH, Heinz ZIPF (1983), *Strafrecht*, AT, Tb. I: *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch*, Heidelberg;
- Max Ernst MAYER (1923), *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2^a ediz., Heidelberg;
- Tecla MAZZARESE (1989), *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova;
- Tecla MAZZARESE (1995), *Validità di norme, atti, e ordinamenti giuridici. Riflessioni sul concetto di metanorme*, s.l.;
- Tecla MAZZARESE (2001), *Permesso forte e permesso debole: note a margine*, in P. Comanducci, R. Guastini (cur.) *Analisi e diritto 2000*, 114-31;
- Gabriele MAZZINI (2000), *Prevalenza del diritto comunitario sul diritto penale interno ed effetti nei confronti del reo*, DUE, 349-377;
- Davide MESSINETTI (1998), voce *Abuso del diritto*, ED, Aggiornamento, II, Milano;
- Enrico MEZZETTI (2006), *L'internazionalizzazione della legge penale*, in M. Ronco (dir.), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna;
- Vincenzo MILITELLO (1988), *Rischio e responsabilità penale*, Milano;
- Vincenzo MILITELLO (2003), *I diritti fondamentali come oggetto di tutela penale: l'apporto della Carta europea*, Diritto penale XXI secolo, 47-71;
- Vincenzo MILITELLO (2005), *Die Grundrechte zwischen Grenzen und Legitimierung eines strafrechtlichen Schutzes auf europäischer Ebene*, Eser-FS, München;
- Vincenzo MILITELLO (2006), *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, RIDPP, 826-862;
- Santiago MIR PUIG (1990), *Derecho Penal*, PG, 3^a ediz., Barcelona;
- Sergio MOCCIA (1993), *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli;
- Franco MODUGNO (1980), voce *Ordinamento giuridico*, ED, XXX, Milano;
- Franco MODUGNO (1988), voce *Antinomie e lacune*, EGT, I, Roma;
- Franco MODUGNO (2001), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, 3^a ediz., Torino;
- Alfredo MOLARI (1964), *Profili dello stato di necessità*, Padova;
- Fermín MORALES PRATS (1996), *Comentario all'art. 20.7 Nuevo Código Penal*, in G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona;
- Thomas MORAWETZ (1986), *Reconstructing the Criminal Defenses: The Significance of Justification*, 77 JCLC, 277-307;
- José Juan MORESO (1998), *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in P. Coman-

- ducci, R. Guastini (cur.) *Analisi e diritto 1997*, 79-118;
- José Juan MORESO (2001), *Principio de legalidad y causas de justificación: sobre el alcance de la taxatividad*, Doxa, 525-45;
- Gaetana MORGANTE (2002), *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Torino;
- Luca MONTICELLI (1998), *Eutanasia, diritto penale e principio di legalità*, IP, 463-517;
- Aldo MORO (1947), *L'antigiuridicità penale*, Palermo;
- Aldo MORO (2005), *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Bari;
- Costantino MORTATI (1969), *Istituzioni di diritto pubblico*, II, 8ª ediz. rielaborata ed aggiornata, Padova;
- Max Ludwig MÜLLER (1912), *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tübingen;
- Wolfgang MÜNzBERG (1966), *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M.;
- Emanuele NICOSIA (2006), *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino;
- Carlos Santiago NINO (1974), *Consideraciones sobre la dogmatica jurídica*, Città del Messico;
- Carlos Santiago NINO (1982), *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Buenos Aires;
- Carlos Santiago NINO (1999), *Diritto come morale applicata* (1994), ediz. it. a cura di M. La Torre, Milano;
- Peter NOLL (1965), *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, ZStW (77), 1-36;
- Peter NOLL, Stefan TRECHSEL (1990), *Schweizerisches Strafrecht*, AT I, 3ª ediz., Zürich;
- Martha C. NUSSBAUM (1986), *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge;
- Pietro NUVOLONE (1941), *L'esercizio arbitrario delle proprie ragioni come attentato al possesso dei diritti*, RIDP, pp. 133-69, 285-311;
- Pietro NUVOLONE (1971), *Il diritto penale della stampa* (1951), Padova;
- Pietro NUVOLONE (1972), *I limiti taciti della norma penale* (1947), Ristampa, Padova;
- Pietro NUVOLONE (1975 a), *Il sistema del diritto penale*, Padova;
- Pietro NUVOLONE (1975 b), *Responsabilità penale per inquinamento idrico e leggi regionali*, IP, 161-70;
- Alessandro PACE (1990), *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale*, 2ª ediz. riveduta e ampliata, Padova;
- Alessandro PACE, Federico PETRANGELI (2001), voce *Cronaca e critica (diritto di)*, ED, Aggiornamento, V, Milano;
- Tullio PADOVANI (1989), voce *Difesa legittima*, DDP, III, Torino;

- Tullio PADOVANI (2006), *Diritto penale*, 8^a ediz., Milano;
- Antonio PAGLIARO (1960), *Il fatto di reato*, Palermo;
- Antonio PAGLIARO (1966), *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano;
- Antonio PAGLIARO (1985), *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, RIDPP, 623;
- Antonio PAGLIARO (1988), *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, RIDPP, 387-408;
- Antonio PAGLIARO (1992), *Imputazione obiettiva dell'evento*, RIDPP, 779-813;
- Antonio PAGLIARO (1994), *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, RIDPP, 3-22;
- Antonio PAGLIARO (2000 a), *Principi di diritto penale*, PS, I: *Delitti contro la pubblica amministrazione*, 8^a ediz., Milano;
- Antonio PAGLIARO (2000 b), *Principi di diritto penale*, PS, II: *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano;
- Antonio PAGLIARO (2003 a), *Principi di diritto penale*, PG, 7^a ediz., Milano;
- Antonio PAGLIARO (2003 b), *Principi di diritto penale*, PS, III: *Delitti contro il patrimonio*, Milano;
- Antonio PAGLIARO (2006 a), voce *Fatto (diritto penale)*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano;
- Antonio PAGLIARO (2006 b), *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano;
- Antonio PAGLIARO (2007), *Il reato*, in C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (dir.), *Trattato di diritto penale*, PG, II, Milano;
- Livio PALADIN (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna;
- Francesco PALAZZO (1993), voce *Legge penale*, DDP, VII, Torino;
- Francesco PALAZZO (2006), *Corso di diritto penale*, PG, 2^a ediz., Torino;
- Francesco PALAZZO (2008), *Corso di diritto penale*, PG, 3^a ediz., Torino;
- Francesco PALAZZO, Alessandro BERNARDI (1988), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, RIDU, 30-58;
- Manfredi PARODI GIUSINO (1982), *Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali*, RIDPP, 915-970;
- Manfredi PARODI GIUSINO (1999), *Diritto penale e diritto comunitario*, RTDPE, 105-28;
- Salvatore PATTI (1987), voce *Abuso del diritto*, DDPriv, I;
- Cesare PEDRAZZI (2003 a), *Lo sciopero nella legge penale (1963)*, in Id., *Diritto penale*, IV: *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano;
- Cesare PEDRAZZI (2003 b), *Droit communautaire et droit pénal des Etats Membres* (1981), in Id., *Diritto penale*, I: *Scritti di parte generale*, Milano;
- Cesare PEDRAZZI (2003 c), *L'influenza della produzione giuridica della CEE sul diritto penale italiano (1982)*, in Id., *Diritto penale*, I: *Scritti di parte generale*, Milano;
- Marco PELISSERO (2000), *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli;

- Biagio PETROCELLI (1960), *Reato e punibilità*, RIDPP, 669-700;
- Biagio PETROCELLI (1963), *Riesame degli elementi del reato*, RIDPP, 337-397;
- Carlo PIERGALLINI (1990), *La potestà penale delle Regioni, oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza costituzionale*, RIDPP, 1574-87;
- Giorgio PINO (2005), *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, RP (24), 161-80;
- Giorgio PINO (2006), *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica. Precauzioni per l'uso*, in G. Maniaci (cur.), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano;
- Giorgio PINO (2007), *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, RP (28), 219-73;
- Giorgio PINO (2008), *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino;
- Anna PINTORE (2001), *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma, Bari;
- Nicola PISANI (2007), *La legittima difesa*, in Ronco (dir.), *Il reato, II: Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, Bologna;
- Luca PISTORELLI (2002), *Delitti contro la libertà individuale*, in S. Riondato (cur.), *Diritto penale della famiglia*, Milano;
- Hartwig PLATE (1966), *Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker*, Berlin;
- Aristide POLICE (2006), sub art. 24 Cost., in *Commentario alla Costituzione*, I: Artt. 1-54, Torino;
- Mario PORTIGLIATTI BARBOS (1990), voce *Diritto di rifiutare le cure*, DDP, IV, Torino;
- Wilhelm PREUB (1974), *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin;
- Cornelius PRITTWITZ (1995), *Subsidiär, fragmentarisch, ultima ratio? – Gedanken zur Grund und Grenzen von Strafrechtsbeschränkungspostulaten*, in Institut für Kriminalwissenschaften – Frankfurt a. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M.;
- Salvatore PUGLIATTI (1958), voce *Abrogazione*, ED, I, Milano;
- Domenico PULITANÒ (1967), *Illiceità espressa e illiceità speciale*, RIDPP, 65-124;
- Domenico PULITANÒ (1989), voce *Sciopero (dir. pen.)*, ED, XLI, Milano;
- Domenico PULITANÒ (1990), voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, DDP, IV, Torino;
- Domenico PULITANÒ (2007 a), *Diritto penale*, 2ª ediz., Torino;
- Domenico PULITANÒ (2007 b), *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, RIML, 1195-1212;
- Ingeborg PUPPE (1998), *Vorbemerkungen zu § 13 StGB*, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2ª ediz., Baden-Baden;
- Fabrizio RAMACCI (1993), *Corso di diritto penale, II: Reato e conseguenze giuridiche*, Torino;

- Joseph RAZ (1978), *Reasons for Action, Decisions and Norms*, in Id. (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford;
- Joseph RAZ (1990), *Practical Reason and Norms*, Oxford-New York;
- Aldo REGINA (1988), voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, EGT, XIII, Roma;
- Pietro RESCIGNO (1998), *L'abuso del diritto* (1965), Bologna;
- Jürg REHBERG (1962), *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Dissertation, Zürich;
- Roberta RISTORI (1994), voce *Offendicula*, DDP, VIII, Torino;
- Theodor RITTLER (1954), *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, AT, 2^a ediz., Wien;
- Paul H. ROBINSON (1982), *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, 82 CLR, 199-291;
- Paul H. ROBINSON (1990), *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, 57 UCLR, 729-771;
- Paul H. ROBINSON (1994), *A Functional Analysis of Criminal Law*, 88 NwLR, 857-913;
- Paul H. ROBINSON (1997), *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford;
- Giancarlo ROLLA (2003), *La tutela costituzionale dei diritti*, Milano;
- Bartolomeo ROMANO (1996), *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano;
- Mario ROMANO (2004), *Commentario sistematico al codice penale*, I, 3^a ediz., Milano;
- Mauro RONCO (1979), *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino;
- Mauro RONCO (2006), *Il principio di legalità*, in Id. (dir.), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna;
- Mauro RONCO, Salvatore ARDIZZONE (cur.) (2007), *Codice penale ipertestuale*, 2^a ediz., Torino;
- Alf ROSS (1990), *Diritto e giustizia* (1958), trad. it. a cura di G. Gavazzi, Torino;
- Alf ROSS (1978), *Direttive e norme* (1968), trad. it. di M. Jori, Milano;
- Mario ROTONDI (1979), *L'abuso del diritto* (1923), Padova;
- Claus ROXIN (1969), *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurf*, ZStW (19); 613 ss.;
- Claus ROXIN (1979), *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (1970), trad. spagnola (della 2^a ediz.) di E. Bacigalupo, Buenos Aires;
- Claus ROXIN (1998), *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli;
- Claus ROXIN (1996), *Cause di giustificazione e scusanti, distinte da altre cause di esclusione della pena* (1987), trad. it. in Id., *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli [originale tedesco in ESER, FLETCHER (1987)];
- Claus ROXIN (1997), *Strafrecht*, AT, Bd. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbre-*

- chenslehre*, 3^a ediz., München;
- Hans-Joachim RUDOLPHI (1978), *Die pflichtgemässe Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, H. Schröder-GS, München;
- Carlo RUGA RIVA (2000), voce *Sciopero (profili penalistici dello)*, DDP, Aggiornamento, Torino;
- Carlo RUGA RIVA (2007), *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del Titolo V Cost.: Esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, RIDPP, 648-88 [anche in Id. (cur.), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007];
- Rodolfo SACCO (2001), *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in Id. e altri, *La Parte Generale del Diritto Civile, 2: Il Diritto Soggettivo*, Torino;
- Cesare SALVI (1988), voce *Abuso del diritto, I: Diritto civile*, EGT, I, Roma;
- Dario SANTAMARIA (1996), *Lineamenti di una dottrina delle esimenti* (1961), in Id., *Scritti di diritto penale*, Milano;
- Arturo SANTORO (1960 a), voce *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, NssDI, VI, Torino;
- Arturo SANTORO (1960 b), voce *Esercizio di un diritto, adempimento di un dovere (dir. pen. comune)*, NssDI, VI, Torino;
- Francesco SANTORO PASSARELLI (1966), *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ediz., Napoli;
- Frederick SCHAUER (1981), *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, VLR, 265-307;
- Francesco SCHIAFFO (1998), *Le situazioni "quasi scriminanti" nella sistematica teleologica del reato*, Napoli;
- Francesco SCHIAFFO (1999), *Riflessioni critiche intorno ad un 'dogma': l'antigiuridicità generica*, RIDPP, 1074-97;
- Francesco SCHIAFFO (2006), voce *Cause di giustificazione*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano;
- Aldo SCHIAVELLO (2004), *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino;
- Horst SCHLEHOFER (2003), *Vor §§ 32 ff.*, in W. Joecks, K. Mießbach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München;
- Eberhard SCHMIDHÄUSER (1969), *Der Unrechtstatbestand*, in Engisch-FS, Frankfurt a. M.;
- Eberhard SCHMIDHÄUSER (1972), *Einführung in das Strafrecht*, Hamburg;
- Eberhard SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht*, AT, *Lehrbuch*, 2^a ediz., Tübingen;
- Eberhard SCHMIDHÄUSER, Heiner ALWART (1982), *Strafrecht*, AT, *Studienbuch*, Tübingen;
- Adolf SCHÖNKE (1949), *Interpretazione, analogia e consuetudine nel diritto penale*, RIDP, 510-25;
- Robert F. SCHOPP (1998), *Justification Defences and Just Conviction*, Cambridge;
- Wiebke SCHÜRER-MOHR (1998), *Erlaubte Risiken. Grundfragen des "erlaubten Risikos" im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt a. M.;
- Heinrich SCHWEIKERT (1957), *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*,

- Karlsruhe;
- Vincenzo SCORDAMAGLIA (1982), voce *Peculato*, ED, XXXII, Milano, 554-660;
- Sergio SEMINARA (1995), *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, RIDPP, 670-727;
- Sergio SEMINARA (2003), *Commento all'art. 314 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi, Stella, Zuccalà, 4^a ediz., Padova;
- B. SHARON BYRD (1987), *Wrongdoing and Attribution. Implications Beyond the Justification-Excuse Distinction*, 33 WLR, 1289-342;
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona;
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1998), *Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia*, in Id., *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Buenos Aires;
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2004), *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali* (1999), ediz. it. a cura di V. Militello, Milano;
- Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2005), *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Homenaje-Rodríguez Morullo*, Madrid;
- Delfino SIRACUSANO, Antonino GALATI, Giovanni TRANCHINA, Enzo ZAPPALÀ (2001), *Diritto processuale penale*, I, 3^a ediz., Milano;
- Placido SIRACUSANO (1990), voce *Eccesso colposo*, DDP, IV, Torino;
- Carlo SOTIS (2007), *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano;
- Giuseppe SPAGNOLO (1980), *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Padova;
- Mario SPASARI (1961), *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano;
- Alessandro SPENA (2005), *Un diritto di agire in modo penalmente illecito?*, RP (24), 139-160;
- Alessandro SPENA (2007 a), *Commento all'art. 314 CP*, in RONCO, ARDIZZONE (2007);
- Alessandro SPENA (2007 b), *Commento all'art. 318 CP*, in RONCO, ARDIZZONE (2007);
- Alessandro SPENA (2007 c), *Commento all'art. 326 CP*, in RONCO, ARDIZZONE (2007);
- Alessandro SPENA (2007 d), *Libertà di espressione e reati di opinione*, RIDPP, 689-738;
- Federico STELLA (1984), *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, RIML, 1007-25;
- Luigi STORTONI (2000), *Riflessioni in tema di eutanasia*, IP, 477-86;
- Günter STRATENWERTH (1960), *Prinzipien der Rechtfertigung*, ZStW (68), 41-70;
- L. W. SUMNER (1987), *The Moral Foundations of Rights*, Oxford;
- Giovanni TARELLO (1974), *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna;

- Giovanni TARELLO (1980), *L'interpretazione della legge*, Milano;
- Alessandro TESAURO (2004), *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, RIDPP, 1083-126;
- Judith Jarvis THOMSON (1990), *The Realm of Rights*, Cambridge (Mass.), London;
- Paolo TONINI (2001), *Manuale di procedura penale*, 3ª ediz., Milano;
- Otto TRIFFTERER (1985 a), *Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe*, Oehler-FS, Köln, Berlin, Bonn, München;
- Otto TRIFFTERER (1985 b), *Österreichisches Strafrecht*, AT, Wien, New York;
- Antonio VALLINI (2008), *Commento a Trib. Roma*, 23 luglio 2007 (17 ottobre 2007), R., in DPP, 68-82;
- Giuliano VASSALLI (1942), *Limiti al divieto di analogia in diritto penale*, Milano;
- Giuliano VASSALLI (1960), voce *Cause di non punibilità*, ED, VI;
- Giuliano VASSALLI (1967), *Libertà di stampa e tutela dell'onore*, AP, 3-40;
- Giuliano VASSALLI (1997 a), *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico* (1973), in Id., *Scritti giuridici*, I, Tomo 1, Milano;
- Giuliano VASSALLI (1997 b), voce *Analogia nel diritto penale* (1987), in Id., *Scritti giuridici*, I, Tomo 1, Milano;
- Francesco VIGANÒ (2000), *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano;
- Francesco VIGANÒ (2004), *Profili penali del trattamento chirurgico senza il consenso del paziente*, RIDPP, 141-92;
- Francesco VIGANÒ (2006), *Commento all'art. 51 CP*, in *Codice penale commentato*, I, 2ª ediz., a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano;
- Francesco VIGANÒ (2007 a), *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, RIDPP, 42-99;
- Francesco VIGANÒ (2007 b), *Esiste un "diritto a essere lasciati morire in pace"? Considerazioni in margine al caso Welby*, DPP, 5-10;
- Sergio VINCIGUERRA (1974), *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano;
- Sergio VINCIGUERRA (2006), *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in G. Vassalli (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli;
- Jeremy WALDRON (1993 a), *A Right to do Wrong* (1981), in Id., *Liberal Rights: collected papers 1981-1991*, Cambridge;
- Jeremy WALDRON (1983), *Galston on Rights*, 93 Ethics, 325-7;
- Jeremy WALDRON (1984), *Introduction*, in Id. (ed.), *Theories of Right*, Oxford;
- Jeremy WALDRON (1988), *The Right to Private Property*, Oxford;
- Jeremy WALDRON (1993 b), *Rights in Conflict* (1989), in Id., *Liberal Rights: collected papers 1981-1991*, Cambridge;

- Jeremy WALDRON (2000), *The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" Versus "Needs"*, 4 JE, 115-35;
- Ota WEINBERGER (1981), *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und der Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin;
- Ota WEINBERGER (2001), *A Philosophical Approach to Norm Logic*, RJ (14), 130-41;
- Carl WELLMAN (1997), *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Boston, London;
- Hans WELZEL (1960), *Das Deutsche Strafrecht*, 7^a ediz., Berlin;
- Hans WELZEL (1967), *Das Deutsche Strafrecht*, 10^a ediz., Berlin;
- Johannes WESSELS, Werner BEULKE (2006), *Strafrecht*, AT, 36^a ediz., Heidelberg;
- Glennville WILLIAMS (1956), *The Concept of Legal Liberty*, 56 CLR, 1129-50;
- Jürgen WOLTER (1993), *Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem*, NSTZ, 1-10;
- Jürgen WOLTER (1996 a), *Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlussgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen un Mildern von Strafe*, in Id., G. Freund (Hrsg.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg;
- Jürgen WOLTER (1996 b), *Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlussgründe im Strafrechtssystem vom Claus Roxin*, GA, 207-32;
- Jürgen WOLTER (1999), *Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad*, in D.-M. Luzón Peña, S. Mir Puig (dir.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid;
- Georg Henrik von WRIGHT (1989), *Norma e azione. Un'analisi logica* (1963), trad. it. di A. Emiliani, Bologna;
- Eugenio Raúl ZAFFARONI (1981), *Tratado de derecho penal*, PG, III, Buenos Aires;
- Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro ALAGIA, Alejandro SLOKAR (2000), *Derecho penal*, PG, Buenos Aires;
- Gustavo ZAGREBELSKY (1984), *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino;
- Marco ZANOTTI (2001), *Le cause di giustificazione*, in A. Cadoppi et al., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino;
- Heinz ZIPF (1970), *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, ZStW (82), 633-54.