

Gaetano Bonifacio

Stato di necessità e difesa legittima



Giappichelli

PREMESSA

Il significato del termine “necessità” giuridicamente argomentando non è univoco.

La locuzione infatti comprende in se un senso derivante dal diritto naturale¹, dal quale è poi possibile la ricerca della derivazione normativa.

Grozio², per riconoscere agli stati la “scusa” di necessità, fa riferimento alla sentenza di Seneca “*Necessitas, magnum humanae imbecillitatis patrocinium, omnem legem frangit*”, spiegandola nei termini “*humanam scilicet, aut ad humanae modum factam*”, nel riconoscere il diritto di necessità ai singoli individui, i quali uniti in stato traslano il riconoscimento alla formazione statale.

Contro tale impostazione era la negazione del diritto di necessità agli stati in quanto lo si neghi al singolo individuo³.

Ogni uomo prima di agire deve decidere cosa fare, il che presuppone la determinazione di cosa sia bene e cosa sia male attraverso un atto della ragione che implica la conoscenza del bene e del male.

In questo è il fondamento naturale del decidere se agire a sacrificio di un diritto in favore di un altro o viceversa nelle situazioni di necessità.

La definizione normativa dello stato di necessità richiede di conoscere quale sia il significato da attribuire al termine necessità, situazione che implica normalmente, se riferita ad un’azione che si deve compiere, una scelta.

¹ D. GALDI, *Enciclopedia legale ovvero Repertorio alfabetico di legislazione, giurisprudenza e dottrina in materia di diritto civile, commerciale, criminale, amministrativo, canonico, pubblico, naturale e delle genti*, I ed., 1864, 688, ove il diritto di necessità, anche diritto naturale, suscitava interrogativi in ordine alla possibilità “se l’estremo caso di necessità porti il diritto di far uso d’impadronirsi della cosa altrui contra il volere del proprietario per salvarsi dal pericolo della vita”. La sussistenza del diritto di necessità è sottoposta a due condizioni: la prima che il proprietario non si trovi in uguale necessità, la seconda che chi si prevale della cosa altrui debba poscia un risarcimento al proprietario, reputandosi la vita di un uomo come bene che “supera di troppo l’importanza della privazione temporaria anche della intera perdita di una cosa esterna”; cfr. per tutti per il fondamento della legge di natura, CICERONE, *De re publica*, III, 22, 33.

² U. GROZIO, *De jure belli ac pacis*, L. III, cap. II, 6, 4.

³ P. BAROLI, *Diritto naturale privato e pubblico*, 1837, II, 4, 145; G. LOMONACO, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, 1905, 160.

La vita di tutti i giorni è fatta di scelte operate in base alle necessità del momento, si rinuncia a qualche cosa, per ottenere altro maggiormente utile a soddisfare le necessità del momento.

Per avvicinarsi all'idea di stato di necessità normativo, il termine necessità va ricondotto a quello di scelta tra un bene o un altro.

Se poi necessità e scelta vengono coniugate con il verbo dovere, ecco che ci avviciniamo al concetto di stato di necessità normativo, anche senza poter ancora cogliere la sua vera essenza, più articolata e complessa, in quanto descritta per note interne nell'art. 54 c.p., ove, mediante l'individuazione di elementi quali il pericolo, l'attualità e il danno grave alla persona, si delimita il concetto normativo dello stato di necessità valido per il diritto penale.

La ragione dello stato di necessità è il dover agire, in un senso o nell'altro, in un conflitto di doveri che si risolve in una scelta in favore di un bene, a scapito di un altro.

Proprio il conflitto di doveri che sorge dalla scelta di sacrificare un bene in favore di un altro bene giuridico, giustifica la mancata irrogazione della sanzione penale.

Lo studio dello stato di necessità comporta l'individuazione degli elementi o delle condotte, sulle quali lo stato fonda la necessità di mandare esente da pena il sacrificio di un bene in favore di un altro, rinunciando all'irrogazione della sanzione per la condotta necessitata in ragione della sua finalità; il fondamento è nell'approvazione del fatto necessitato, o scusato, o scriminato, rispetto alla riprovevolezza per quello sacrificato, in un bilanciamento di interessi normativo le cui coordinate sono quelle fissate dall'ordinamento attraverso le sue norme, prima delle quali l'art. 54 c.p.

Il bilanciamento del conflitto di doveri da cui scaturisce la mancata sanzione per il fatto necessitato, si riverbera nella sfera di influenza che la scriminante ha sull'efficacia deterrente della pena.

La situazione a cui fa riferimento lo stato di necessità, non è sussumibile in un concetto unitario, stanti le sue numerosissime declinazioni pratiche, in relazione al dovere di agire, alle possibilità di scelta tra un'azione ed un'altra e all'elemento soggettivo.

Ulteriori problemi suscita il profilo di compatibilità della legislazione riguardante le cause di giustificazione del diritto penale con i parametri costituzionali, ritenuta la presenza di elementi di possibile violazione dei diritti fondamentali⁴.

⁴F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1033 ss.

Capitolo I

LO STATO DI NECESSITÀ NELL'ORDINAMENTO PENALE ITALIANO

Sommario: 1. Il principio della distinzione tra giustificazione, scusa e consenso dell'avente diritto. – 2. Stato di necessità e principio di colpevolezza. – 3. Ignoranza della legge penale ed azione necessitata. – 4. La libertà dell'azione nello stato di necessità, distinzione tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza. – 5. L'inesigibilità della condotta come causa di esclusione della colpevolezza. – 6. Inesigibilità della condotta e problemi interpretativi. – 7. Il conflitto di doveri. – 8. Il problema relativo dell'elemento soggettivo nella struttura dello stato di necessità. – 9. *Segue:* parziale mancanza della volontà nell'azione necessitata. – 10. La rilevanza soggettiva dello stato di necessità in relazione al pericolo e alla costrizione ad agire. – 11. Gli elementi del pericolo e del danno nello stato di necessità. – 12. Limiti di applicazione dell'esimente di cui all'art. 54 c.p. – 13. Letture in chiave "oggettiva" della norma di cui all'art. 54 c.p. – 14. Lo stato di necessità nel diritto civile e amministrativo: profili di similitudine con la scriminante del diritto penale. – 15. La speciale causa di giustificazione introdotta dalla legge 3 agosto 2007, n. 124, "Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto". – 16. Caratteri di similitudine con le scriminanti di cui agli artt. 52 e 54 c.p. – 17. Requisiti per la validità dell'esimente di cui all'art. 17, legge n. 124 del 2007. – 18. Applicabilità della scriminante in rapporto alle decisioni dell'autorità giudiziaria. – 19. Le cause di non punibilità previste per le operazioni "sotto copertura". – 20. Il salvataggio di migranti in mare come soccorso di necessità.

1. Il principio della distinzione tra giustificazione, scusa e consenso dell'avente diritto. – Scusanti e cause di giustificazione sono tra loro distinte da un concetto di fondo semplice ed essenziale.

Le cause di giustificazione presuppongono un'azione orientata verso la tutela di un interesse che si trova in contrasto con un altro, finalizzata verso la protezione dell'uno o dell'altro interesse da una scelta dell'individuo; funzione delle norme che descrivono le cause di giustificazione è l'indicazione delle regole in base alle quali decidere l'adeguatezza dell'azione alle regole sociali¹, anche in caso in

¹C. ROXIN, *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, in *Festschrift für Hankel*, 1974, 171 ss.

cui venga danneggiato il bene di proprietà di un terzo estraneo all'azione, nel qual caso il fatto conforme alla norma non è considerato illecito.

Il conflitto deve generalmente essere risolto in modo tale che l'interesse considerato superiore sia preservato a danno di quello considerato di minor importanza.

Nei casi in cui il conflitto si verifichi tra due interessi di egual rango la scelta è operata dal soggetto.

Il caso di esclusione della responsabilità per la presenza di una scusante, è invece un'ipotesi sostanzialmente diversa, presupponendosi che l'azione sia antigiusuridica senza essere ispirata alla tutela di un bene o di un diritto; in questo caso è l'ordinamento che deve stabilire quali sono i casi e modi in cui vi è rinuncia all'irrogazione della sanzione penale.

La differenza è piuttosto definita; le cause di giustificazione stabiliscono i limiti dell'azione in caso di conflitto di interessi delimitando il lecito dall'illecito, a differenza delle scusanti che nulla hanno a che vedere con le regole della ripartizione tra lecito e illecito, in quanto qui l'azione è sicuramente illecita, valutando l'ordinamento l'opportunità di punirla o di mandarla esente da pena².

In presenza di una scusante, come può essere considerato lo stato di incapacità di un soggetto affetto da una malattia mentale, la sua non sottoponibilità a pena sarebbe da ricondurre all'assenza di colpevolezza secondo il principio *nulla pena sine culpa* a sua volta da ricondurre alla giustizia materiale e allo stato di diritto³, riconducibile all'indagine sulla colpevolezza di un soggetto ad imputabilità diminuita, da effettuarsi con gli stessi criteri adottabili nei riguardi del soggetto pienamente capace, anche se la ridotta capacità di intendere e di volere può avere influenza nella ricerca del dolo specifico⁴.

La colpevolezza costituirebbe la ragionevolezza che lega la fattispecie concreta e la conseguenza giuridica in maniera tale che "*L'idea della giustizia richiede che la fattispecie concreta e la conseguenza giuridica si trovino in rapporto ragionevole*", essendo la pena è il rimprovero giuridico per la violazione penale commessa⁵.

A confermare il principio anche nel nostro ordinamento è quanto è disposto in tema di misure cautelari personali, ai fini della operatività dell'art. 273, comma 2,

² C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione, problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, 1996, 90.

³ U.H. QUERCIA, *Il concetto della giustizia nella giurisprudenza delle Corti costituzionali*, in *Critica Europea*, collana diretta da A. CANTARO, 2011, 104.

⁴ Cass., sez. III pen., 25 ottobre 2017, n. 13996, ove la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza di merito per non avere svolto alcuna verifica sulla compatibilità dello stato di seminfermità dell'imputato, derivante da psicosi caratterizzata da alterazioni del pensiero ad impronta delirante persecutoria, ed il dolo specifico del reato di cui all'art. 609 quinquies c.p.

⁵ *Bverfge* 20, 323, (331).

c.p.p., che vieta l'applicazione di ogni tipo di misura cautelare se risulta che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di non punibilità⁶.

In maniera differente opera il consenso dell'avente diritto, ove il principio della libertà di azione del titolare del diritto sarebbe espressione necessaria e sufficiente a consentire la lesione del suo diritto senza che nell'azione possa essere ravvisabile nessun illecito, venendo meno la possibilità di irrogazione di qualunque pena.

2. Stato di necessità e principio di colpevolezza. – Lo studio dello stato di necessità come causa di esclusione del reato, ha avuto quale esito due impostazioni tra loro contrastanti; una oggettiva, secondo la quale la norma è considerata causa oggettiva di esclusione del reato, l'altra soggettiva.

È ben noto come il significato di colpevolezza fosse ricavato dal dogma dominante *“secondo cui il concetto di colpevolezza null'altro include se non i sotto-stanti concetti del dolo e della colpa, mentre tutte le situazioni di fatto che possono essere altrimenti significative per la valutazione giuridica della condotta, cioè le circostanze concomitanti, si collocano fuori del concetto di col-pevolezza”*⁷.

Vi possono essere circostanze concomitanti alla condotta che senza poter incidere sulla gravità del danno, sull'intensità del dolo o sul grado della colpa, influiscono sulla colpevolezza⁸.

Il riconoscimento e l'identificazione di tali elementi come idonei ad influire sulla colpevolezza rende necessario riformulare il quadro dogmatico del relativo giudizio, in quanto non più limitato agli elementi del dolo e della colpa dal riconoscimento di elementi quali le circostanze concomitanti, che ampliano il giudizio di rimproverabilità con i tre presupposti dell'imputabilità, nesso psichico, circostanze concomitanti⁹.

A suscitare dubbi ed interrogativi relativamente alla giustificazione delle azioni poste in essere in stato di necessità, è anche la definizione contenuta nel capoverso della norma dell'art. 54 c.p., il cd. soccorso di necessità, ravvisabile nelle ipotesi in cui l'azione sia posta in essere per salvare altri dal pericolo.

Nell'attuale legislazione penale si è operata la scelta di inserire una disposizio-

⁶ Cass., sez. II pen., 7 aprile 2021, n. 22081, ove in applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva confermato la misura della custodia in carcere sul presupposto che il difetto di imputabilità dell'indagato non fosse sussistente poiché basato su perizie, risalenti nel tempo, che accertavano esclusivamente l'incapacità di stare in giudizio del prevenuto in relazione a singoli procedimenti, ma non anche l'incapacità di intendere e di volere del medesimo.

⁷ R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in *Giessen-Festschr.*, 1907, 521 ss.

⁸ R. FRANK, *op. ult. cit.*, 522.

⁹ T. PADOVANI, *Gli elementi obiettivi di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2021, 1, 27 aprile 2021, 4 ss.

ne scriminante lo stato di necessità nella parte generale del codice penale, all'interno del libro I, titolo III, capo I, applicabile a qualunque norma di legge descrittiva di un reato¹⁰, ricorrente la quale è giustificata la mancata irrogazione della sanzione penale.

L'impostazione del codice Rocco differisce da quella seguita in alcuni codici preunitari, nei quali il traguardo dell'inclusione della legittima difesa nella parte generale del codice non era ancora stato raggiunto, nonostante la teoria giusnaturalistica dell'azione prevedesse, ricorrendo le circostanze per la legittima difesa, la non imputabilità del fatto per mancanza di libertà¹¹.

Qui l'azione difensiva era determinata dalla valutazione del fatto operata al momento della condotta, finalizzata a proteggersi dalle conseguenze del danno che ne sarebbe potuto derivare, ragioni che determinarono la bocciatura della norma progettuale sulla legittima difesa¹².

In quel codice l'azione difensiva non era riferita a qualunque fattispecie costitutiva di un illecito penale, ma solo a quelle previste nel capitolo quarto "*De Delitti, che hanno immediata relazione alla vita umana, ed alla sicurezza personale*"; l'art. 96 consentiva la difesa di altre persone nel caso il difensore avesse agito per difendere *le facoltà proprie o altrui, o anche la libertà contro un ingiusto aggressore*, ove l'azione di legittima difesa fosse stata l'unica possibile nel caso concreto senza esporsi a *manifesto* pericolo di morte o ferite.

Con riferimento alla difesa di persone diverse da quelle dei familiari, la dottrina del diritto comune non aveva sollevato particolari problemi, corrispondendo ad esempio ad un preciso dovere nel catalogo di Wolff¹³.

La formula contenuta nell'art. 96 avrebbe forse potuto essere ricompresa nel catalogo dell'art. 5, lett. e) che invece faceva riferimento ai casi in cui l'autore del

¹⁰ V. SERIANNI, *La desistenza volontaria e il ravvedimento attivo*, 2008, 204.

¹¹ *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene*, con scritti di M.A. CATTANEO, G. CHIODI, F. COLAO, E. DEZZA, R. FERRANTE, A. MANNA, G. GALATI GIUGNI, M.N. MILETTI, G. VINCIGUERRA, S. VINCIGUERRA, raccolti da S. VINCIGUERRA, 2005; La specificazione della legittima difesa intesa come causa di giustificazione, era infatti contenuta nella parte speciale del codice, ove al capitolo quarto "*Dei delitti, che hanno immediata relazione alla vita umana, ed alla sicurezza corporale*" nell'art. 96, con riferimento al soggetto attivo si precisa che non è omicida in quanto "*All'incontro non può reputarsi per omicida*", chiunque "*... per necessità della propria difesa ammazza quello, il quale l'avrà assalito ...*", circoscrivendo l'ambito di applicazione della scriminante al delitto di omicidio. L'impostazione era stata oggetto di critica da parte della *kompilationskommission* insediata per la compilazione del codice penale, che criticò la presenza nel progetto di legge di una norma dedicata alla legittima difesa per due ragioni: la prima in considerazione della condotta difensiva fondata su prove esaustive un diritto, pertanto non considerabile integrativa di un delitto; in secondo luogo considerava i presupposti descritti in maniera troppo analitica.

¹² A. MANNA, *Il codice penale austriaco del 1787. Della "maliziosa intenzione" e della "libera volontà"*, p. LXXIII ss.

¹³ G. CHIODI, *op. cit.*, p. CXXXIV.

fatto “... è stato violentato, o spinto da forza insuperabile ad un atto contrario alle leggi” con riferimento alla sola forza maggiore¹⁴.

In quest'ultimo caso le azioni compiute non ammettevano imputazione, mentre nel caso descritto nell'art. 96 la formula scelta dal legislatore era quella di non potersi reputare per omicidio l'azione di chi uccide il suo assalitore, differenziando le ipotesi in quanto nell'omicidio il soggetto attivo non poteva essere considerato omicida pur essendo il fatto conforme al tipo, mentre l'art. 5 escludeva l'imputazione di chi avesse agito *in preda* ad una forza irresistibile.

L'azione difensiva posta in essere dall'omicida era legittimata non con riferimento alla mancanza di volontà in quanto determinata da forza a cui non si poteva resistere, bensì dall'azione dell'aggressore che non doveva essere necessariamente animato da forza irresistibile.

Il perché è forse da ricercarsi nella volontà del legislatore di dissuadere chiunque dal porre in essere azioni volte ad uccidere o ferire terze persone, in quanto l'assalito volendo agire legalmente, non era solo in preda dell'assalitore con l'unico rimedio difensivo costituito dalla forza pubblica, bensì in assenza di questa e alle condizioni che poi potesse provare le circostanze, si poteva da se difendere anche uccidendo.

I limiti normativi necessari a circoscrivere la legittimità delle azioni poste a propria difesa si concretavano nel fatto di aver agito per aver *con fondamento temuto* di essere feriti o uccisi.

La legittima azione difensiva era anche ammessa a tutela dei beni sia propri che altrui o della libertà dall'aggressione ingiusta, nel presupposto di aver posto in essere l'unica azione possibile senza esporsi al pericolo di essere ferito o di morire, o di poter in altro modo salvare i propri beni.

I presupposti dell'azione difensiva come si può notare sono diversi nel caso di azione a difesa dell'incolumità fisica rispetto a quella a difesa delle facoltà o delle libertà.

La formula normativa, si sottolinea, rimane comunque ancora circoscritta all'omicidio, benché avrebbe potuto, depurata da alcuni elementi linguistici e descritta in maniera più ampia, essere riferita a qualunque ipotesi di azione difensiva.

Le azioni difensive trovavano i loro limiti nel disposto dell'art. 97, ove si disponeva che se si fossero “... *oltrepassati i succennati limiti dell'inculpata tutela, e nel mentre che poteva senza pericolo e danno sottrarsi in altra maniera l'aggressione*”, limiti riferiti al pericolo di essere ferito od ucciso dall'aggressore, e all'impossibilità di porre in essere la difesa in maniera da non uccidere o ferire nessuno, superati i quali era ritenuta la responsabilità per il delitto di omicidio, punito con pena diminuita.

¹⁴ G. CHIODI, *op. cit.*, p. CXV.

Differentemente in alcune legislazioni preunitarie la scelta normativa per la quale si era optato, non era stata quella di fornire una nozione generale di legittima difesa o stato di necessità riferibile a qualunque fattispecie di reato, bensì quella di modellare, con riferimento a ipotesi tassative, la possibilità di agire a difesa del proprio o dell'altrui diritto.

Nella prima metà del XIX secolo il reato come fatto offensivo degli interessi protetti dall'ordinamento non ricomprendeva la categoria delle scriminanti quali situazioni idonee a neutralizzare l'offesa.

Le circostanze scriminanti non erano un principio generale, concezione che non costituiva una novità con riferimento allo *jus commune*, ove la ricorrenza della legittima difesa dava luogo alla fattispecie dell'omicidio necessario.

Solo alcuni codici o progetti dell'Italia preunitaria collocavano la legittima difesa nella parte generale, tra questi il progetto lombardo-italico del 1806, il progetto sostituito di Romagnosi del 1806, la legge napoletana del 1808 e il codice penale per il principato di Piombino del 1808.

La scelta generalmente accolta di non inserire la legittima difesa, né altra scriminante nella parte generale dei codici, si poneva in contrasto con i principi giurisprudenziali, ritenuto che l'azione dell'agredito era annoverabile tra quelle di derivazione aristotelica denominate miste o coatte, per le quali non era possibile l'imputazione del fatto in quanto non determinate dalla libera volontà.

La scriminante della legittima difesa era solitamente applicabile ai delitti contro la persona, quali l'omicidio e le offese personali, ad alcuni delitti contro il patrimonio quali il furto in abitazione e la grassazione se commessi in tempo di notte o in aperta campagna.

Tale scelta era indicativa della precisa volontà legislativa di circoscrivere le ipotesi di rinuncia all'applicazione della pena in presenza di elementi ben precisi, nell'intento di limitare la possibilità di ingerenza giurisprudenziale nell'individuazione delle ipotesi nelle quali il delitto potesse considerarsi scusabile per la presenza di una situazione di legittima difesa.

La specificazione delle circostanze, unitamente al fatto che era l'imputato a dover fornire prova delle circostanze che lo avevano giustificato ad agire in legittima difesa, rendeva, più che nei periodi della storia precedente, la necessità che il giudice approfondisse l'istruttoria sul punto.

L'esistenza di una forza irresistibile, faceva venire meno la riconducibilità soggettiva del fatto alla volontà, secondo la formula normativa "... *quando interviene una causa che escluda del tutto la dipendenza di esso fatto dalla determinazione dallo spirito*", riconoscendo alle situazioni di forza maggiore sia fisica che morale capaci di determinare un'azione oltre la volontà del soggetto, l'idoneità a determinare la non imputabilità del fatto.

Proprio perché il fatto commesso in stato di necessità si concreta nell'azione necessitata, offensiva di interessi di terze persone, lo stato di necessità è figura di controversa applicazione; da una parte può essere intesa come scriminante, dal-

l'altra come scusante, ipotesi che implicano sempre una valutazione dell'azione necessitata¹⁵.

Le problematiche suscitate dall'applicazione della scriminante, riguardano l'opportunità di mandare esente da pena un fatto di reato perché posto in essere per salvare se stessi od altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona; la questione è posta in relazione al principio di colpevolezza e al coefficiente psicologico richiesto ai fini dell'imputabilità di un fatto di reato, relativamente al quale l'ordinamento, sussistendo la scriminante, rinuncia all'irrogazione della sanzione penale.

La formula utilizzata "non è punibile" è quasi un prologo al significato delle parole a seguire, che attribuisce al loro insieme il senso di immunità alla sanzione penale, se ricorrenti i presupposti descritti.

Il rapporto tra soggetto e legge penale rappresenta l'elemento di inizio della ricerca nella prospettiva che possa esistere una relazione tra azione ispirata dalla volontà e conoscenza della legge penale.

Il dibattito sviluppatosi critico al principio di colpevolezza, era determinato dalla presenza di casi di responsabilità oggettiva presenti nel nostro ordinamento, che consentivano di irrogare sanzione penale anche a fatti sorretti da "cattiva" volontà di agire se commessi con l'intenzione di porsi in contrasto con l'ordinamento; la colpevolezza in questo caso è intesa in senso diverso rispetto alla concezione presente nella teoria tripartita del reato, ove, tale elemento, si accompagna al fatto e alla sua antigiuridicità, rappresentando un'evoluzione della prospettiva presente in alcuni codici preunitari, quali il Codice generale austriaco dei delitti e delle pene, che trovò applicazione nelle terre trentine, alto-atesine e triestine fino al 1804, quando fu sostituito dal codice di Francesco II, del quale è stato sia il modello che il predecessore¹⁶, e il codice penale per il principato di Lucca

¹⁵ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., 2013, 276.

¹⁶ "Codice generale austriaco dei delitti e delle pene", cit., ove l'art. 5 catalogava i casi di libera volontà viziata per incapacità di capire lett. a), o di pazzia lett. b), di ubriachezza o altra causa quale il turbamento dei sensi durante il quale l'autore non poteva essere consapevole della propria azione lett. c), per minore età, cioè prima che il delinquente giungesse a compiere l'anno duodecimo lett. d), o in quanto violentato, o spinto da forza insuperabile ad un atto contrario alle leggi lett. e), prendendo alla lett. f) il fatto commesso per errore.

Il richiamo alla forza insuperabile, come causa che inibisce il rimprovero per *inesigibilità* della condotta, riconduce al concetto attuale delle scriminanti del reato.

La forza insuperabile menzionata nell'art. 5, pur non essendo direttamente riconducibile alle moderne circostanze di esclusione della punibilità, riporta all'idea di azione non sorretta dalla volontà.

In relazione alla forza insuperabile non vi è specificazione della causa, potendo quindi influenzare la condotta sia fisicamente che moralmente, richiedendo ai fini dell'imputabilità la volontarietà della condotta.

Pur escludendo l'impulso della forza fisica o morale, l'attribuibilità della condotta al suo autore, in quanto *agitur non agit*, la coazione fisica agisce come forza esterna materiale in grado di far agire il soggetto contro la sua volontà, a differenza della coazione morale che è in grado di influenzare la

(1807)¹⁷, che secondo l'opinione di alcuni, per le sue caratteristiche di incompletezza sarebbe inidoneo ad essere considerato un vero codice penale¹⁸, nel quale, a proposito di stato di necessità, la formula normativa utilizzata era costituita dal termine punibile, in luogo di imputabile, utilizzato per volontà dello stesso guardasigilli, ritenuta la finalità di un codice penale dover essere quella orientata a ri-

volontà dall'interno in quanto idonea a dirigere il processo motivazionale, determinando il soggetto all'azione.

In tale contesto il soggetto è imputabile quando agisce nella libertà del volere, indebolendosi il principio del *nullum crimen sine poena*, ed attribuendo valenza normativa sia al nesso causale tra azione ed evento, che all'elemento psicologico ispiratore dell'azione, rendendo il fatto non imputabile tutte le volte che l'azione non sia sorretta da un processo motivazionale privo di vizi.

A specificazione della rilevanza della volontà della condotta in quanto influenzata da fattori affettivo-emotivi che la dottrina dell'epoca riconduceva al paradigma della forza irresistibile interna, vi è la disposizione dell'art. 5 lett. c), secondo la quale "... o pure se il fatto è accaduto in altro turbamento di sensi, durante il quale l'autore non potesse essere consapevole della propria azione".

¹⁷ *Codice Penale per il Principato di Lucca*, ristampa anastatica, con scritti di A. CADOPPI, F. CALLAIOLI, C. CARCERERI DE PRATI, M. A. CATTANEO, A. COLAO, M. DA PASSANO, E. DEZZA, T. PADOVANI, P. PITTARO, A. ROVERE, S. VINCIGUERRA, raccolti da S. Vinciguerra, 1999, 12; nel testo normativo citato sono rinvenibili disposizioni che prevedono la legittima difesa e formule parzialmente riportabili a elementi dello stato di necessità come modernamente concepito, nel Codice Penale per il principato di Lucca, decretato il 10 novembre del 1807 da Felice I principe di Lucca.

Nel titolo II dedicato ai "*Delitti, e Pene di Polizia Correzionale*", sotto il "*Terzo genere di delitti*", all'art. 20 era specificato "*Coloro, che senza esservi costretti dalla necessità di una legittima difesa, e senza scusa sufficiente, avranno ferito, o anche battuto uno, o più individui, se l'offesa non è del numero di quelle, che sono punite con pene afflittive, ed infamanti, saranno condannati, avuto riguardo alle circostanze, ad una multa, la quale non potrà essere minore di franchi 5 né eccedente franchi 500, e se vi è luogo, ad una carcerazione di sei mesi, o meno*".

La disposizione prevede le pene da irrogare nel caso di commissione di condotte relative a ferimenti o percosse, di uno o più individui, di minor gravità rispetto a quelle punite con pene afflittive ed infamanti, in condizioni nella quali non può essere invocata né la legittima difesa, né una scusa sufficiente, riconoscendo per così dire a contrario, alle situazioni di legittima difesa, o di qualunque altra scusa giudicata *sufficiente*, valenza di causa di esclusione del reato, senza però specificarne gli effetti.

Lo stesso codice Codice Penale per il principato di Lucca, sotto il titolo IV, *Dei delitti, e loro punizione*, nella sezione V, all'art. 104 prevedeva che "*L'omicidio legittimo, quello cioè, che indispensabilmente è comandato dalla necessità istantanea di una legittima difesa, non è delitto, e non merita alcuna pena*".

Si intravede in questa disposizione il chiaro riferimento alla legittima difesa subordinata ad una necessità *istantanea*, che nelle legislazioni unitarie è poi mutata nella formula contenuta nell'art. 54 c.p., da noi conosciuta come *l'attualità* del danno grave alla persona.

La disposizione riportata, presente nella parte generale del codice penale, è piuttosto scarna, come il resto delle disposizioni ivi contenute, al punto tale da non poter svolgere una funzione utile a definire la scriminante della legittima difesa, né quella dello stato di necessità, lasciando al giudice il potere/dovere di riempire tale vuoto normativo magari con la sua personale concezione della legittima difesa.

¹⁸ A. CADOPPI, *Il primo codice penale italiano, Il codice penale italiano del principato di Piombino (1808)*, in *Codice Penale per il Principato di Piombino (1808)*, ristampa anastatica, con scritti di A. CADOPPI, F. CALLAIOLI, C. CARCERERI DE PRATI, M. A. CATTANEO, A. COLAO, M. DA PASSANO, R.F. ELLERO, R. FERRANTE, T. PADOVANI, P. PITTARO, R. RONDINI, S. VINCIGUERRA, raccolti da S. VINCIGUERRA, 2000, XXXIII.

solvere la questione della punibilità¹⁹, e non problematiche connesse alla dogmatica relative all'imputabilità²⁰.

¹⁹ A.S. CORDANI, *Alla vigilia del codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, 2008, 113.

²⁰ L'art. 49 c.p. Zanardelli, ricompreso nel Titolo IV, recante la disciplina "*Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono*", al n. 3 era descritto lo stato di necessità identificabile nel fatto "... commesso per esservi stato costretto dalla necessità di salvare se od altri da un pericolo grave e imminente alla persona, al quale non aveva dato volontariamente causa e che non si poteva altrimenti evitare".

Il n. 3 si differenzia all'ipotesi descritta nel n. 2 dello stesso articolo, ove si configura la reazione verso un attacco ingiusto, mentre nel numero 3 è descritta un'azione determinata da "*accidentalia o forza maggiore*" diretta a scongiurare un pericolo.

Elementi costitutivi della scriminante dello stato di necessità, sono il bisogno di salvare se o altri da un pericolo alla persona, che deve essere grave e imminente, non volontariamente causato, né altrimenti evitabile.

L'indagine in ordine alla inevitabilità del pericolo deve essere condotta in maniera più rigorosa rispetto al caso previsto nel n. 2 dello stesso articolo, perché il diritto al quale è ispirata l'azione necessaria, è contrapposto a quello di persona estranea ai fatti determinanti l'azione.

La scriminante è applicabile anche nel caso di forza maggiore, per cui non sarebbe punibile chi per salvare la propria vita da un'aggressione, nella fuga provochi ferite a terze persone innocenti.

L'applicabilità della scriminante si estende anche alle contravvenzioni, come per l'azione di chi, in violazione dell'art. 482 c.p., abbia spinto ad alta velocità veicoli o animali per la necessità di apprestare soccorso.

Nel codice penale per gli stati di S.M. il Re di Sardegna del 1859, non vi era una disposizione di parte generale riferita direttamente allo stato di necessità come causa di non punibilità o di esclusione della colpevolezza; il riferimento seppur indiretto era contenuto libro I, titolo II, capo II dedicato "*Dell'influenza dell'età e dello stato di mente del reo sulla applicazione e durata della pena*" ove, all'art. 94 si disponeva che "*non vi è reato*" quando l'imputato "... fu tratto da una forza maggiore alla quale non poteva resistere", disposizione che era integrata da quella successiva di cui all'art. 95 ove si prevedeva che "... il furore, o la forza non si riconoscessero a tal grado da rendere non imputabile affatto l'azione, i Giudici applicheranno all'imputato, secondo le circostanze dei casi, la pena del carcere estendibile anche ad anni dieci, o quella della custodia estendibile anche ad anni venti".

Era evidente la finalità della norma di rendere imputabili i soli fatti riconducibili ad un'azione volontaria, escludendone i fatti involontari, che veniva poi ulteriormente scissa in fatti volontari semplici, e premeditati.

Nei primi erano ricompresi i "*fatti sono l'effetto della impulsione dello istante*" mentre i fatti premeditati si identificherebbero in quelli frutto "*della lenta mossa dello spirito che chiama, direi, lo spirito a consiglio, che pensa attesamente sulla natura della deliberazione, che traccia i mezzi di esecuzione, che accerta il colpo, che escogita tutti i mezzi di schivare la comminata punizione*", derivandone la definizione di fatti volontari semplici come quelli "*dipendenti da una estemporanea risoluzione dello spirito*", mentre erano considerati fatti volontari premeditati "*quelli dipendenti da una risoluzione dello spirito fredda, studiata, maturamente librata*".

Si iniziavano a considerare la forza maggiore o forza irresistibile elementi idonei a far venire meno l'attribuibilità del fatto al soggetto, dovendosi escludere l'imputabilità quanto "*In un fatto manca del tutto la politica imputabilità, quando interviene una causa che esclude del tutto la dipendenza di esso fatto dalla determinazione dello spirito*".

La mancata previsione dello stato di necessità come ipotesi di non punibilità del reato, non era indicativa dei problemi che il processo di formazione della volontà in capo all'autore del reato potesse essere stato influenzato da circostanze di necessità presenti al momento dell'azione.

La previsione legislativa che circostanze concorrenti con l'azione potessero avere rilievo tale sul processo di formazione della volontà da "scriminare" la condotta tipica, derivava dall'evoluzione

Le componenti fisica e spirituale dell'essere umano sono riprese in considera-

del positivismo giuridico, matrice della teorizzazione degli elementi costitutivi del reato, caratterizzati da elementi di *tipicità* sempre necessariamente presenti, ed elementi negativi del fatto la cui presenza neutralizza la carica criminosa.

Con l'evoluzione della letteratura italiana della metà del secolo XIX, si attribuì alle cause di giustificazione la natura di cause in presenza delle quali veniva meno l'illegittimità del fatto; tale dottrina individuava in un primo momento logico quello della perfezione del fatto tipico, che poi doveva essere *integrato* nel giudizio di rilevanza, con l'accertamento dell'assenza di cause capaci di escluderne la contraddittorietà all'ordinamento.

L'esclusione di responsabilità derivava dall'inevitabilità del pericolo che non poteva essere tale al di fuori della sua immediatezza, trascorsa la quale, come nel caso del pericolo futuro, si ha il tempo di "*invocare il braccio della legge in nostro soccorso*".

I beni per cui era ammessa la privata tutela erano limitati a quelli della vita, integrità fisica, o pudore; in sostanza il pericolo che minaccia un danno per sua natura irreparabile, rende l'azione difensiva non riferibile alla volontà del soggetto in quanto *il timore esercita tale impero sull'uomo da togliergli la libertà di agire*.

Il concetto di inevitabilità è quindi connesso all'azione: sarà inevitabile quel pericolo al quale il soggetto non si poteva sottrarre se non ponendo in essere l'azione penalmente sanzionata.

Venendo meno uno o più di questi requisiti, l'azione rimaneva priva dalla circostanza scriminante e punita per eccesso rispetto ai limiti consentiti.

La scelta legislativa di non prevedere nella parte generale una causa esimente o di esclusione della responsabilità, non impedì comunque al legislatore di dare attuazione allo spirito riformista derivato più direttamente dal riconoscimento di alcuni diritti naturali, con l'attribuzione di un diritto alla pubblica e privata difesa ad ogni individuo.

La difesa privata sarebbe diritto di ogni individuo e dove non arriva la pubblica difesa, in stretta applicazione del principio di sussidiarietà, sarebbe esercitabile la difesa privata, secondo una ripartizione della legge naturale in base alla quale, all'autorità sociale, andrebbe affidata la difesa dell'ordine esterno. La ripartizione susciterebbe un conflitto di competenza tra pubblica e privata difesa risolvibile in applicazione del principio della giusta necessità, in cui il principio di proporzione era immanente a quello di necessità.

All'individuo era concesso difendersi da se medesimo con i suoi mezzi, in base ai limiti entro i quali potevano operare i diritti alla pubblica e privata difesa, anche in relazione al principio di proporzione azione-reazione.

La possibilità del ricorso all'esercizio della privata difesa non era però estendibile a tutti i diritti, in quanto il codice prevedeva circostanze ben precise entro le quali il diritto poteva trovare riconoscimento.

Il diritto alla vita, ovvero il diritto alla conservazione di una vita innocente, per il caso di incolpata difesa, basa le sue radici nel "*moderamen inculpatae tutelae*", ove la legittimazione è ravvisabile nella sospensione del *jus punitivo*, ricorrente in tutte le ipotesi di inevitabilità del pericolo di un danno irreparabile all'integrità fisica, alla vita, o al pudore, criterio che evita il giudizio di bilanciamento tra beni contrapposti e permette di giudicare in base alla minaccia che toglie all'uomo la signoria nell'agire.

L'indagine può essere svolta anche in materia di legittima difesa, scriminante caratterizzata nella legislazione italiana di fine 1800, per la precisione nel codice Zanardelli del 1889, era disciplinata senza richiedere chiaramente un vincolo di proporzionalità tra azione e reazione.

Purtuttavia il codice Zanardelli, anche senza esprimere l'esigenza di tale parametro in maniera esplicita, riconosceva la differenza tra l'agire in difesa di diritti patrimoniali da quella di agire in difesa della vita o dell'incolumità personale.

Nell'art. 376 era espressa una casistica dalla quale risultava che ogni aggressione a quei beni legittimava una reazione in legittima difesa solo quando la condotta integrava gli elementi dei delitti di saccheggio, rapina, estorsione o ricatto, tutti delitti caratterizzati dall'aggressione fisica alle persone finalizzata al profitto.

zione nella legislazione attuale per spiegare le ipotesi di esclusione del dolo, nelle azioni in cui la volontà non corrisponde al movimento dei nervi motori in quanto l'azione non è sorretta dalla "coscienza e volontà" nel modo risultante dall'analisi della disciplina di cui agli artt. 42 ss. c.p.²¹.

La responsabilità per fatto proprio deriva direttamente dall'art. 27 Cost., ove secondo la lettura che ne era inizialmente proposta, vietava la responsabilità penale per fatto altrui²², concezione emancipata all'attribuzione di fatti causalmente connessi alla propria azione o omissione²³.

Il giudice delle leggi sottolineava come compendio alla responsabilità penale è il riferimento alla sua personalità (art. 27, comma 1, Cost.), alla tendenza della pena alla rieducazione del condannato operativa solo se limitata a fatti propri addebitabili almeno a titolo di colpa secondo la rilettura proposta dalla sent. n. 464 del 1988 della Corte cost.²⁴.

La trasformazione nella concezione della responsabilità personale è sottolineata dalla Corte costituzionale nel ritenere come "*il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Il fatto (punibile, 'proprio' dell'agente) va, dunque, nella materia che si sta trattando, costituzionalmente inteso in una larga, anche subiettivamente caratterizzata accezione e non in quella, riduttiva, d'insieme di elementi oggettivi. La 'tipicità' (oggettiva e soggettiva) del fatto (ovviamente, di regola, vengono richiesti nelle diverse ipotesi criminose, ulteriori elementi subiettivi, come il dolo, ecc.) costituisce, così, primo, necessario 'presupposto' della punibilità ed è distinta dalla valutazione e rimproverabilità del fatto stesso*", che rispetto alla concezione di ignoranza legis era sottolineato "*il modo più appagante per convalidare tutto ciò è quello intrapreso, in tempi recenti, dalla dottrina che ritiene la 'possibilità di conoscere la norma penale' autonomo presupposto necessario d'ogni forma d'imputazione e che estende la sfera d'operatività di tale 'presupposto' a tutte le fattispecie penalmente rilevanti, comprese le dolose*"²⁵.

Punto d'arrivo fondamentale a porre in risalto l'evoluzione del binomio imputabilità-colpevolezza, è costituito dalla citata pronuncia della Corte costituzionale

²¹ G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., 451 ss.

²² P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1262; ID., *Reati di stampa*, 1951, 194 ss.; G. VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57, n. 1, c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, 218 ss., 221 s.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, 87 ss., 355.

²³ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 2, 2017, 201 ss., 226 s.

²⁴ C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, 713 ss.; G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA-PIZZORUSSO, 1991, 222 ss.

²⁵ Corte cost. 29 settembre 1987, n. 364, in *Giur. it.*, 1988, 7, p. I, sez. I, 1075.

destinata a far storia, ove in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale era attribuita rilevanza all'ignoranza della legge penale, fino a quel momento irrilevante nel giudizio di colpevolezza²⁶, conciliandola con il principio della responsabilità oggettiva ammessa dal disposto dell'art. 42, comma 3, c.p.

L'inescusabilità per la mancata conoscenza, o l'irrilevanza dello stato di ignoranza della legge penale, era il preciso risultato di ben caratterizzate impostazioni ideologiche²⁷, già radicate nel codice Zanardelli, di cui costituivano eccezione alcune pronunce di legittimità²⁸, nelle quali era stata riconosciuta la condizione di ignoranza della legge causata dalla lontananza dalla patria o altra causa di forza maggiore, come situazioni determinanti l'impossibilità di essere a conoscenza del precetto della legge²⁹, seppur non mancarono osservazioni di critica alla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale³⁰, basate sulla sua imprecisione, rilevato che, con riferimento al testo del codice Zanardelli, in molti casi erano enunciate "circostanze e fatti, che giustificano l'ignoranza della legge stessa" a giustificazione della ridotta imputabilità³¹.

La prima di esse si pone in posizione critica rispetto al fatto che l'obbedienza o la trasgressione della legge penale possa essere posta in relazione con la conoscenza o con l'ignoranza della medesima³².

La seconda pone l'accento sul fatto che sia la "coscienza comune" a legittimare e sostenere l'ordinamento giuridico, dovendo ricollegare la sua trasgressione ad un'azione incoerente ed ingiustificata posta in essere da chi è a conoscenza dell'ordinamento giuridico, non avendo pertanto senso subordinare l'irrogazione della sanzione penale all'effettivo accertamento della sua conoscenza³³.

La terza impostazione è fondata sull'idea illuministica della signoria della legge, secondo la quale l'obbligatorietà del precetto non può essere subordinata o condizionata in rapporto alle motivazioni di ogni singolo individuo, come neppure condizionabile sarebbe la prova della sua conoscenza in giudizio³⁴.

²⁶ M. PETRONE, *Il "Nuovo" art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della ignorantia iuris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, in *Cass. pen.*, 1990, I, 697; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, parte I, 1385.

²⁷ D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, 1976, 9 ss.

²⁸ Cass. Roma, 2 luglio 1889, *Nebula*, in *Foro it.*, 1880, 445.

²⁹ L. MAINO, *Commento al Codice Penale italiano*, 1890, 90.

³⁰ Cfr. C.J.A. MITTERMAIER, *Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Geprüft*, 1849, secondo il quale sarebbe stato conveniente "l'astenersi dal porre qualunque regola generale intorno all'ignoranza della legge penale".

³¹ A. BUCCELLATI, "Osservazioni intorno al progetto di codice penale per il Regno d'Italia", in *Giorn. legisl. e giur. civ. e pen.*, 1867, VIII, 464.

³² B. PETROCELLI, *La Colpevolezza*, III ed., 1955, 137.

³³ V. MANZINI, P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA, *Trattato di diritto penale Italiano*, vol. 2, 1961, 31.

³⁴ P. TUOZZI, *Corso di diritto penale, secondo il nuovo codice penale*, vol. I, 1890, 90 ss.; A.F. BERNER, *Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum, und Personen*, 1853, 59.

Le critiche a tali impostazioni si fondano sostanzialmente sulla loro natura: secondo un primo orientamento non vi sarebbe dubbio che sia lo stato a stabilire attraverso i suoi precetti se l'applicazione della legge debba subire limitazioni in dipendenza della sua conoscenza; il secondo orientamento presuppone che ogni individuo rechi in se la conoscenza di ogni precetto, in quanto è anche sul suo consenso che si fonda l'ordinamento; tale assunto solidamente giustificato nella teoria, potrebbe non esserlo altrettanto nella pratica, in quanto funzionante in uno stato nel quale i precetti sono pochi e di facile comprensione perché riferiti a violazioni c.d. "naturali", potendo trovare i suoi limiti negli ordinamenti moderni ove la grande moltitudine di individui e il proliferare dei precetti penali ha reso l'ordinamento giuridico complesso, considerato che le "innovazioni normative" possono essere frequenti e soprattutto relative a norme di mera creazione legislativa (si pensi ad esempio alle norme in materia fiscale o bancaria), rispetto alle quali è difficile la dimostrazione della derivazione dalla "coscienza comune"³⁵.

La terza impostazione, condizionata dalla prova in giudizio della conoscenza della legge, renderebbe la sua applicazione rispetto al caso concreto lunga e difficoltosa, considerato che dal principio dell'irrelevanza dell'ignoranza della legge, non necessariamente discende la sua non obbligatorietà, ritenuto che negli ordinamenti giuridici ove è richiesta l'effettiva conoscenza della legge, non per questo viene meno l'obbligatorietà del precetto³⁶.

In relazione ai due opposti principi ove da una parte è richiesta l'effettiva conoscenza del precetto, dall'altro è irrilevante la conoscenza, si osserva come nel primo caso sarebbero sottoponibili a pena anche soggetti che hanno violato il precetto penale per sua mancata conoscenza, discendendo come conseguenza l'inefficacia della sanzione penale perché irrogata a soggetto che non si è posto volontariamente contro la legge; l'opposto indirizzo finirebbe per rendere l'applicazione della legge subordinata alla conoscenza del singolo soggetto che l'ha violata, creando da una parte innegabili problemi nel caso di chi si ponga in condizioni di non conoscere la legge o se ne finga ignorante, dall'altro attribuendo rilevanza alla volontà del singolo, rimettendo a queste varianti soggettive l'inflizione della sanzione rispetto alle violazioni della legge penale.

È giunto il momento di specificare perché prendere in considerazione la conoscenza del precetto della legge penale, al fine di spiegare la norma che scusa il fatto penalmente rilevante se commesso in stato di necessità.

³⁵ Cfr. I. KANT., *Sette scritti politici liberi*, 2011; Cfr. Progetto preliminare di riforma del codice penale parte generale, relazione, Commissione Grosso – per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) – Relazione preliminare (12 settembre 2000), pubbl. in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 93.

³⁶ Cfr. F.C. PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975; F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis, vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, *ivi*, 1988, 920 ss.

L'art. 54, comma 1, c.p., descrive lo stato di necessità basandosi sull'assunto che l'azione necessitata sia derivata da costrizione dell'agire determinato dalla necessità di salvare se od altri dal pericolo di un danno grave alla persona, pericolo che deve essere a sua volta non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che l'azione necessitata sia costituita da un fatto proporzionato al pericolo.

La nostra indagine è volta a stabilire se in caso di ignoranza della legge penale con riferimento al precetto della norma violata, debba prevalere la condizione di ignoranza *legis* perché ritenuta scusabile, ovvero la causa di esclusione della punibilità contenuta nell'art. 54 c.p.

Il dubbio sulla conoscenza dell'esimente va risolto alla luce dell'art. 59, comma 1, c.p., ove, con riferimento alle circostanze che attenuano o escludono la pena, se ne stabilisce la rilevanza anche se non conosciute dal soggetto o ritenute per errore inesistenti.

Il punto di partenza dell'indagine verte sulla possibile applicabilità dell'art. 59 c.p. all'esimente dello stato di necessità, ritenuto che dispiega i suoi effetti su ogni disposizione che aggrava, attenua, o esclude la pena, rilevato che secondo il disposto contenuto nell'art. 15 c.p., la norma speciale deroga alla norma generale rendendo l'art. 59, comma 1, c.p. applicabile oggettivamente ad ogni singola disposizione scriminante.

L'interrogativo assumeva un senso diverso quando la disposizione dell'art. 59 c.p. conteneva l'inciso in apertura del comma 1 "*salvo che la legge disponga diversamente*"³⁷, rendendo la sua applicazione oggettiva suscettiva di essere derogata nei singoli casi³⁸.

Ora che l'inciso sopra riportato è stato abrogato, non ha più senso l'interrogativo riguardante la latitudine di applicazione della disposizione di cui all'art. 54 c.p., e rilevato che la regola riconducibile al principio di specialità è in vigore, è su di essa che ci si deve basare, rendendo ogni singola disposizione soggettiva riguardante la singola scriminante prevalente rispetto all'applicazione della regola generale contenuta nell'art. 59 c.p.

È necessario quindi ricercare nella formulazione della scriminante la presenza di elementi che ne possano far considerare la sua applicazione soggettiva.

Secondo la formulazione dell'esimente l'azione deve essere motivata dalla costrizione derivante dalla necessità di salvare se o altri, elemento che potrebbe essere interpretato in chiave soggettiva, in quanto determinante riflessi sull'elemento soggettivo, ovvero come oggettivo in quanto facente riferimento alla situa-

³⁷ L'inciso "*Salvo che la legge disponga diversamente*" è stato soppresso a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, recante modifiche alle circostanze, sospensione condizionale della pena e destituzione dei pubblici dipendenti.

³⁸ C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, 238.

zione di oggettiva costrizione in cui il soggetto si trova ad agire, oggettivizzando la condotta.

Punto certo è che il legislatore eliminando l'inciso "*salvo che la legge non dispensa diversamente*", ha reso l'art. 59, comma 1, c.p. applicabile oggettivamente alla scriminante dello stato di necessità.

3. Ignoranza della legge penale ed azione necessitata. – La problematica che vorremmo esaminare deriva dall'ignoranza della legge penale con riferimento all'azione necessitata, in quanto costitutiva di fattispecie incriminatrice che la norma sullo stato di necessità, ricorrendone i presupposti, rende non punibile.

Oggetto della nostra indagine è lo stabilire se nell'ipotesi in cui il soggetto ponga in essere l'azione necessitata ignorando scusabilmente che essa sia oggetto di una previsione incriminatrice, la sua non sottoponibilità a pena deriverebbe dall'applicazione dell'art. 5 c.p. così come interpretato dalla Corte costituzionale nella citata pronuncia, ovvero dal fatto che egli abbia posto in essere la condotta in stato di costrizione derivante dalla necessità e quindi in applicazione dell'art. 54 c.p.

Il profilo metodologico, a sommosso avviso di chi scrive, rende la prospettiva di indagine più produttiva se l'analisi riferita all'ignoranza della legge penale sia condotta considerando non solo il momento nel quale l'azione viene posta in essere, bensì anche i momenti antecedenti la condotta, in quanto finalizzati a evidenziare quali siano state le cause dalle quali l'ignoranza è scaturita; tale ricerca dovrebbe comprendere anche lo studio dei rapporti tra soggetto e ordinamento, argomento che in questa sede non potrà essere approfondito.

L'accertamento che riguarda la capacità del soggetto di essere destinatario della sanzione penale, è da ritenere preliminare rispetto a quello relativo alla scriminante in argomento, anche se operante su di un piano diverso, in quanto questione che riguarda l'imputabilità dell'autore del fatto, come tale da trattare preliminarmente rispetto ad ogni questione attinente al merito.

Nel nostro ordinamento, se il riferimento all'imputabilità è relativo all'età, è lecito ritenere come al minore di anni 14 sia consentito di ignorare il diritto penale, in quanto ove le sue azioni si pongano in disvalore con l'ordinamento, lo stesso non può essere considerato idoneo destinatario della sanzione penale perché non imputabile ai sensi dell'art. 97 c.p.

La ricostruzione del problema relativo all'ignoranza della legge penale, presuppone l'aver risolto quello relativo ai limiti della sua scusabilità, principio che se ritenuto nella sua assolutezza non troverebbe convincente sistemazione dogmatica; la dottrina italiana, prima della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, ove si dichiarava la parziale incostituzionalità dell'art. 5 c.p., si era posta il problema di quale fosse la ratio giustificatrice di quest'ultima norma³⁹.

³⁹ W. BINDA, *Commento all'art. 5 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI,

La rilevanza dell'ignoranza della legge penale, era negata dai compilatori del codice Rocco, i quali non ravvisavano alcuna correlazione tra l'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale e la nozione di imputabilità, ritenuto che l'indagine sull'art. 5 c.p. prescindeva dai requisiti di intelligenza e volontà che l'agente deve possedere affinché possa essere considerato imputabile.

In argomento già illustri esponenti della scuola classica, alla vigilia della prima legislazione penale unitaria italiana, ammonivano il lettore con riferimento alla possibile rilevanza dell'ignoranza della legge penale *“Infatti se si ammettesse simile discolpa la legge penale diverrebbe condizionale, diverrebbe subordinata alla volontà di ogni privato che se ne tenesse per trascuratezza o malizia allo oscuro. E ciò sarebbe intollerabile”*, con la conseguenza, prosegue l'autore, che l'affermazione del singolo di non applicazione della legge al fatto commesso per ignoranza, equivarrebbe a elevare l'ignoranza al di sopra della legge, *“e farne una ragione di deroga eccezionale. E questo è assolutamente intollerabile”*⁴⁰.

Ancor prima di tale momento, in epoca preunitaria, il problema della conoscenza del precetto di legge era risolto ritenendo l'imputazione del fatto basata sulla volontà di porlo in essere: nel capitolo I *“De delitti Criminali in genere”*, è specificata come presupposto del delitto criminale la libera volontà *freier Wille*, che, per integrare il delitto deve essere ispirata da maliziosa intenzione *boser Vorsatz*, requisiti in assenza dei quali, chiunque avrà commesso un'azione annoverata fra i delitti criminali, non potrà essere considerato delinquente criminale quant'anche nel fatto fosse intervenuta qualche sua colpa, basando l'imputazione sul rimprovero di non aver agito altrimenti pur potendolo fare⁴¹.

Le motivazioni che hanno in seguito determinato l'introduzione del principio di inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, si possono poi leggere a chiare lettere nella Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale nella parte relativa all'imputabilità, contrariamente a quanto invece era previsto nel codice penale Zanardelli, ove *“non parve scientificamente esatta”*.

Nell'affermare che nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, la legge non detta una norma in tema di imputabilità; infatti, la capacità di intendere o di volere, rispetto ad un fatto che la legge considera come reato, non è in questione.

G. MARINUCCI, vol. I, II ed., 2006, 122; M. ROMANO, *Commento all'art. 5 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, III ed. rinnovata ed ampliata, 2004, 101; M. RONCO, voce *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, 2 e 3; D. PULITANÒ, voce *Ignoranza (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 23.

⁴⁰ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, LXXII, *Della ignoranza come scusa*, vol. VII, 389.

⁴¹ A. MANNA, *Il codice penale Austriaco del 1787, della “maliziosa intenzione” e della “libera volontà”*, in *Codice generale austriaco dei delitti e delle pene, ristampa astatica*, con scritti di M.A. CATTANEO, G. CHIODI, F. COLAO, E. DEZZA, R. FERRANTE, A. MANNA, G. GALATI GIUGNI, M.N. MI-LETTI, G. VINCIGUERRA, S. VINCIGUERRA, raccolti da S. VINCIGUERRA, 2005, LXXXVIII.

L'inammissibilità dell'ignoranza della legge penale, quale causa d'esclusione della responsabilità, costituisce un precetto d'ordine generale, che, per la sua efficienza, prescinde in modo assoluto dalla persona del singolo, mentre l'accertamento dell'imputabilità è essenzialmente studio, indagine, verifica dei requisiti dell'intelligenza e della volontà, che l'agente deve possedere, affinché egli possa essere chiamato a rispondere del reato da lui commesso.

Ricollegare il fondamento della regola in esame alla volontà diretta a commettere il fatto vietato dalla legge penale, con la consapevolezza, presunta *iuris et de iure*, di tale divieto, sarebbe dunque troppo lontano dalla realtà delle cose⁴².

Nell'affermare l'inescusabilità della legge penale, precisazione necessaria è relativa alla valenza da attribuire agli atti normativi ai quali la regola è applicabile⁴³, considerato che sono leggi penali anche le "norme penali in bianco", cioè quelle norme che devono essere integrate da norme giuridiche non penali o da atti amministrativi.

I precetti che sono contenuti in queste fonti extrapenalistiche, entrando a completare la norma giuridica penale in bianco, ne assumono necessariamente il carattere, con la conseguenza che la relativa ignoranza non può essere scusata⁴⁴, allo stesso modo non potendosi tollerare alcuna violazione di un diritto nella previsione delle conseguenze sanzionatorie della condotta⁴⁵.

La regola è al di fuori e al di sopra dell'imputabilità; la sua giustificazione è esclusivamente politica, in quanto promana dalla necessità che essa sia affermata per la difesa delle condizioni essenziali di esistenza della società e dello Stato⁴⁶.

In relazione al problema definitorio, è necessario individuare l'esistenza in capo al singolo di un dovere autonomo di conoscenza della legge penale, dovere che se disatteso sarebbe sfornito di sanzione, situazione alla quale si contrappone quella della finzione di conoscenza della legge penale.

Entrambe queste soluzioni presuppongono la conoscenza dell'illiceità della condotta e pertanto, della "scusabilità" dell'ignoranza della legge penale.

⁴² A. SANDULLI, *Ignoranza Della Legge Penale, Studi Giuridici e Questioni Paratifiche*, in *Giust. pen.* (Parte II, *Il Codice e L'Esecuzione*), vol. XLIII (III della 5ª serie), 1937, 479.

⁴³ G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio: nullum crime sine lege*, 1970, 95; ove l'autore afferma l'inammissibilità della sanzione disciplinare irrogata rispetto ad una condotta costituente esercizio di un diritto fondamentale, non rilevando né "la supremazia speciale", né l'argomento "volontaristico".

⁴⁴ V. MANZINI, P. NUVOLONE, G.D. PISAPIA, *op. cit.*, 26.

⁴⁵ M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio del disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014, 273.

⁴⁶ *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, 1929, 30.

Quanto riportato nel citato passo dei lavori preparatori al codice penale, ha una sua coerenza con il dettato normativo dell'epoca, quando il precetto dell'art. 5 c.p. era da intendersi "rigido" rispetto all'ammissibilità dell'ignoranza della legge penale, il che sostanzialmente significava che nessuno poteva invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, nemmeno nelle ipotesi che questa fosse scusabile.

La norma dell'art. 5 c.p., come già rilevato da illustri esponenti della scuola positiva, è sicuramente in contrasto con la natura psicologica legata all'azione umana, in quanto considera il soggetto che con la sua azione si sia posto in contrasto con l'ordinamento, perché scusabilmente in errore sul precetto penale violato, autore di un comportamento antidoveroso⁴⁷.

In sintesi l'art. 54 c.p. è da considerare a tutti gli effetti legge penale al quale è applicabile il precetto dell'art. 5 c.p., trovando in quanto circostanza di esclusione della pena regolamentazione nell'art. 59 c.p., che ne ammette l'applicazione anche se dall'agente non conosciuta o per errore ritenuta inesistente.

L'errore sul precetto della legge penale relativo all'azione necessitata, alla luce della rilettura dell'art. 5 c.p., così come "imposta" dalla pronuncia della Corte costituzionale, determinerebbe l'insussistenza del fatto per carenza dell'elemento soggettivo, anziché l'applicazione della scusante, dalla quale deriverebbe la non punibilità del fatto per la riscontrata presenza di un elemento negativo.

4. La libertà dell'azione nello stato di necessità, distinzione tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza. – Importante analizzare come il libero agire possa costituire il presupposto per spiegare un principio immanente all'ordinamento penale, individuabile nel fondamento delle scriminanti.

A tal fine è necessario puntualizzare, come oltre alla coscienza e volontà dell'azione, sia necessaria la possibilità di scegliere liberamente se agire nel rispetto del dato normativo, ovvero porvisi in contrasto.

Affinché possa discendere un rimprovero che giustifichi l'irrogazione della sanzione penale, è necessario che il fatto sia sorretto da un'azione cosciente e volontaria, secondo il disposto dell'art. 42, comma 1, c.p.

Nella ricostruzione relativa al fatto di reato, il coefficiente psichico dell'azione è da individuare nella volontà dell'atto esterno o della sua causa, senza che il risultato possa rilevare, secondo il rapporto tra volontà e libertà sintetizzabile nel noto brocardo "*Poco importa che cosa l'agente ha voluto, basta, perché l'azione sussista, che egli abbia volontariamente agito*"⁴⁸, ove la volontà è intesa come

⁴⁷ G. BETTIOL, *Diritto penale*, 1982, 508.

⁴⁸ G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, cit., 145, con citazione di E. BELING, *Grundzüge*, 1928, 20.

“*impulso volontario*”, secondo la definizione che Von Listz attribuiva all'atto di volontà alla base della condotta umana⁴⁹.

È quindi nell'attribuibilità dell'azione alla volontà umana che è da individuare il fondamento della pretesa punitiva dello stato, in difetto della quale la funzione di rieducazione della pena viene meno per mancanza di uno dei suoi presupposti fondamentali, problematica già sorta in epoche risalenti nel tempo relativamente all'opportunità di mandare esente da pena chi avesse agito in condizioni di coartazione della volontà⁵⁰.

L'efficacia della pena basata sulla riconducibilità dell'azione alla volontà del soggetto era già stata oggetto di studio nella redazione dei codici penali preunitari, ritenendo la perfezione del reato subordinata all'esistenza di un'azione volontaria, non potendo essere idonea a perfezionare alcun reato una condotta conforme al tipo descritto, o causale alla verificazione dell'evento, se non sorretta dalla volontà.

La formula era direttamente ripresa dal codice penale francese, ove secondo l'art. 64, la forza irresistibile era equiparata allo stato di demenza dell'imputato con la formula “*Non vi è crimine ne delitto, quando l'imputato era in istato di demenza al tempo dell'azione, o quando vi fu tratto da una forza, cui non ha potuto resistere*”, forza irresistibile di cui parla anche § 2 del codice penale austriaco secondo il quale non è da imputarsi a crimine l'azione, od omissione che, secondo la lett. g) “*quando il fatto avvenne per forza irresistibile*”, o in base al § 46 lett. d) “*Se si è lasciato trasportare al crimine in istato di una violenta commozione d'animo proceduta da un sentimento connaturale all'uomo*”, principio già esplicitamente richiamato nelle leggi romane con riferimento all'incapacità dovuta a furore, la legge 3 § 1 ff. *de injur et fam. lib.* recita: *Cum injuria ex affeciu facientis consistat, consequens est furiosos injuriam fecisse non videri*⁵¹.

Il concetto di forza irresistibile in grado di coartare la volontà è ripresa nella maggior parte dei codici preunitari, nell'idea che la funzione della pena fosse proprio quella di punire la volontà di porsi contro l'ordinamento, facendo venir meno in difetto ogni ragione di considerare l'azione in disvalore con l'ordinamento⁵².

⁴⁹ M. RONCO, *Scritti Patavini*, 2017, 1047 ss.

⁵⁰ La parte seconda dedicata alle leggi penali era a sua volta suddivisa in tre libri, il primo dei quali *Delle pene e delle regole generali per la loro applicazione ed esecuzione*, conteneva nel capitolo III, *Della volontà, della età, e dello stato dell'imputato* disposizioni relative alla commissione del reato determinata dalla costrizione.

La determinazione della volontà da forza esterna, era considerata rilevante ai fini della perfezione del reato, solo quando la stessa derivava da forza irresistibile, rilevato come l'art. 62 c.p. stabiliva “*Non esiste reato, quanto colui che lo ha commesso, vi è stato costretto da una forza cui non ha potuto resistere*”.

⁵¹ T. FERRAROTTI, *Commentario Teorico pratico per gli stati di S.M. Vittorio Emanuele II, colla comparazione dei codici penali di tutta la penisola italiana, del codice austriaco, del giure romano e del diritto penale francese*, 1860, 127.

⁵² *Codice Criminale e di Procedura Criminale per gli Stati Estensi, Modena*, per gli Eredi Soriani Tipografi Reali, 1855; per la redazione del codice penale, ispirato ai codici sardo e toscano,

Tale impostazione era seguita anche per la forma di manifestazione del tentativo, ove l'art. 69 c.p., norma di apertura del capo III, "*Del tentativo di crimine o delitto*", specificava come il tentativo si perfezionasse nel caso in cui "*Chiunque colla volontà di commettere un misfatto giunge ad atti tali si esecuzione ...*", ove il richiamo alla volontà era determinante al fine di perfezionare il misfatto⁵³.

Il primo presupposto per una distinzione tra cause di giustificazione e scusanti è nell'antigiuridicità della condotta, e puntualizzato che non può essere questa la sede ove ripercorrere la tradizionale disputa nella ricostruzione dei significati da attribuire all'antigiuridicità e alla colpevolezza, è possibile affermare, anche se in maniera riassuntiva, come l'antigiuridicità configuri un giudizio normativo di disvalore del fatto in termini di contrarietà all'ordinamento penale, mentre la colpevolezza si riferisca al giudizio di riprovevolezza del fatto tipico al quale consegue la pena come conseguenza repressiva della condotta⁵⁴.

Nessuna violazione della legge penale può essere ricondotta a semplice violazione del modello legale descritto in fattispecie, senza la sua riconducibilità alla volontà che il soggetto ha di porsi in contrasto con l'ordinamento⁵⁵, a meno che

la commissione incaricata della redazione del testo non aveva preso in considerazione cause di esclusione o di diminuzione della responsabilità riconducibili allo stato di necessità o alla legittima difesa.

Vi è il riferimento alla forza irresistibile nella disposizione contenuta nell'art. 55 ove vengono elencate una serie di cause ricorrenti le quali "*Non vi è delitto*".

Il secondo comma della richiamata disposizione tra le circostanze ricorrenti le quali "*non vi ha delitto*", prevede l'ipotesi in cui l'autore del fatto "*... vi fu spinto da una forza esterna alla quale non poté resistere*", attribuendo alla forza maggiore valenza normativa di elemento in grado di influenzare l'azione oltre la volontà, dovendosi escludere la punibilità per assenza dell'elemento soggettivo.

Non è specificato se per forza irresistibile si faccia riferimento solo alla forza materiale o anche a quella morale, in grado di determinare la volontà verso una determina azione in maniera talmente forte da non poter essere esigibile una condotta conforme al diritto.

Ove la forza "*non si riconosca a tal grado da rendere non imputabile affatto l'azione i Giudici potranno punire l'imputato con il carcere secondo le circostanze*", dispone il comma 1 dell'art. 56, riconoscendo implicitamente carattere escludente la responsabilità per carenza dell'elemento soggettivo in caso di forza irresistibile.

Non vi era nella parte generale del codice una definizione di legittima difesa, situazione che l'ordinamento prendeva in considerazione con riferimento al delitto di omicidio, come eccesso di difesa ai beni della vita, del pudore, o del fatto commesso nell'esercizio della pubblica funzione, caso nel quale era prevista dall'art. 373, comma 1, la pena del carcere da tre a otto mesi, più mite di quella prevista per l'omicidio.

La situazione di eccesso di difesa poteva essere riferita, ai sensi del comma 2 della stessa disposizione, anche alle ipotesi di fatto commesso per respingere "*... lo scalamento o la rottura di recinti, muri, porte, finestre di una casa o di un appartamento abitato di luoghi dipendenti da abitazione*"; mancavano disposizioni riferite allo stato di necessità.

⁵³ T. FERRAROTTI, *Commentario Teorico pratico per gli stati di S.M. Vittorio Emanuele II*, cit., 146.

⁵⁴ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951, 69 ss.

⁵⁵ L'analisi riferita alla volontarietà dell'atto meritevole della sanzione penale, può essere parzialmente ricondotta a quella già fatta propria nel Codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e

Guastalla del 1821, che sostituì quello di matrice francese, ove la prima disposizione che considerava la coartazione di volontà era quella contenuta nell'art. 62, norma di apertura del capo IV (*Regole generali sull'applicazione delle pene*), ove alla sezione I (*Dell'influenza dello stato di mente, dell'età, e di altre circostanze sull'applicazione e durata delle pene*), si sanciva non poter andare soggette a pena le trasgressioni della legge penale, *se una forza esterna ed irresistibile lo spinse all'atto nonostante il dissenso della sua volontà*.

La disposizione, molto simile a quella contenuta in altri condici preunitari, era chiaramente ispirata alla volontarietà dell'atto come condizione necessaria all'applicazione della pena.

Il riferimento alla volontarietà sottolineava come finalità della pena fosse il castigo per la disubbidienza alla legge penale, meritevole di sanzione. Senza un'azione volontaria e consapevole di porsi in contrasto all'ordinamento non era possibile irrogare alcuna sanzione penale.

La volontarietà dell'atto è richiamata in una disposizione successiva, contenuta in apertura della parte seconda del codice penale (*Crimini e delitti contro i privati*), sotto il titolo I (*Crimini e delitti contro le persone*), il cui art. 305, comma 1, rubricato *Degli omicidi*, definiva delitto di omicidio quello ricorrente quando il togliere la vita altrui era determinato da un atto volontario.

La volontarietà dell'atto giustificava l'irrogazione della pena, salvo nei casi previsti nella sezione III dello stesso capo IV, il cui art. 356 prevedeva un'ipotesi generale di legittima difesa, alla quale venivano aggiunte due ipotesi ricorrenti le quali l'azione era *pareggiata alla legittima difesa*.

La scriminante era applicabile solo alle ipotesi di omicidio, di ferite o di percosse, che dovevano essere state cagionate dalla necessità di salvare se od altri da un pericolo attuale di legittima difesa.

La formula era alquanto diversa da quella attualmente in vigore nel nostro ordinamento, avendo in comune il solo requisito dell'attualità.

Non si parlava né di diritto, né di offesa ingiusta e nemmeno di rapporto di proporzionalità tra offesa e difesa.

La specificazione del termine legittima difesa era esplicitata nel testo della norma, dovendosi evincere quale ne fosse l'essenza dalla cognizione comune che ogni individuo poteva avere della sua natura.

La legittimità dell'azione posta in essere in legittima difesa si ricavava a contrario dall'azione di aggressione, reputata sempre illegittima dall'ordinamento, legittimando quindi l'azione contro tale condotta con l'offesa alla persona dell'aggressore, in *Codice Penale per gli stati di Parma Piacenza e Guastalla*, Parma, dalla ducale tipografia, MDCCCXX.

I principi erano ripresi, sempre con riferimento alle scriminanti della legittima difesa che dello stato di necessità, anche nei "Regolamenti penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio" del 1832, in cui una delle innovazioni è individuabile nella previsione della scriminante riferita allo stato di necessità nella parte generale. Nel libro I, titolo VI, "*Delle circostanze escludenti, ed attenuanti il delitto*", all'art. 26 si prevedeva che "*Non sono da imputarsi a delitto le commissioni ed omissioni contrarie alla legge*", cui faceva seguito il catalogo delle circostanze ricorrenti le quali il fatto, pur contrario alla legge, non era da imputarsi a delitto, tra le quali vi era il comma 3 che descriveva il caso in cui "*l'azione fu conseguenza di un assoluta necessità*".

Tale disposizione pur non fornendo una definizione dello stato di necessità e nemmeno un criterio funzionale alla sua individuazione, specificava come unico limite normativo alla discrezionalità dell'interprete quello della assoluta necessità, rendendo, in assenza di precisazioni contrarie, la categoria delle situazioni di assoluta necessità capace di ricomprendere le azioni a tutela della lesione di qualunque bene o diritto.

Secondo il codice penale francese, non poteva essere dichiarato colpevole colui che al tempo dell'azione si trovava in stato di demenza, o non aveva potuto evitare di commettere il fatto perché spinto da forza irresistibile, ritenuto come ogni crimine o delitto si compone del fatto e dell'intenzione, non potendo esistere l'intenzione quando privi delle facoltà morali, ne quando l'azione non è accompagnata dalla volontarietà, e viene posta in essere solo perché diretta dalla forza esterna alla quale non si poteva resistere. Tale orientamento era seguito nella nostra penisola dai giudici di legittimità, con riferimento ai casi in cui l'imputato era *posto fuori senno o soverchiato da forza*, ritenendo l'azione senza *il concorso della sua volontà*, casi nei quali non è irrogabile pena, diversamen-

non si consideri meritevole di sanzione la sola violazione della regola legale, in maniera contrastante con la finalità general preventiva e rieducativa della pena che ne giustificano l'applicazione.

La violazione della regola legale non accompagnata dalla volontarietà della condotta rappresenta la lesione oggettiva del bene protetto, non sufficiente a integrare gli estremi del reato per impossibilità di ricondurre l'azione alla volontà, in mancanza della quale si avrebbe solo la lesione involontaria dell'interesse giuridicamente protetto, che non potrebbe giustificare l'irrogazione della sanzione penale se non in un'ottica "hobbesiana" di assicurare protezione e sicurezza, nel rilievo della risoluzione della lesione dei diritti con il ricorso al diritto penale "perché risolverlo è la condizione per poter risolvere, anzi per poter porre, qualsiasi altro problema"⁵⁶.

Se oggetto del diritto è la volontà umana, oggetto del divieto non può che essere l'azione con la quale viene attuata, e non anche l'evento potendo questo derivare da fattori indipendenti dalla volontà⁵⁷, funzionale alla costruzione del sistema sanzionatorio; se è vero che gli scopi della sanzione penale sono retributivo e rieducativo, la pena deve essere tale da poter tendere alla rieducazione dell'individuo, secondo il disposto dell'art. 27, comma 2, Cost.

In questa prospettiva la violazione è considerata come fatto integrato da una condotta conforme al tipo descritto nella norma, in assenza di elementi negativi e

te dalle ipotesi in cui la forza non era tale da sopraffare del tutto la volontà, in cui la pena irrogata era diminuita.

Nel libro II, titolo XIX del Regolamento gregoriano è collocata la disposizione dell'art. 276, nella quale, seppur indirettamente è rinvenibile il riconoscimento della legittima difesa non quale ipotesi scriminante, bensì come circostanza in presenza della quale la pena per l'omicidio è la morte di esemplarità.

Un chiaro riferimento alla legittima difesa è nell'art. 294, ove è descritta la fattispecie dell'omicidio commesso per difesa della vita, dell'onore e delle proprietà, qualora si siano ecceduti i limiti della necessaria difesa, formulazione che rende evidente la rilevanza della scriminante della legittima difesa riferita all'omicidio, che qui viene individuata attraverso l'incriminazione dell'eccesso. Il concetto di assoluta necessità rappresenta l'insieme entro il quale in seguito si delineeranno le ipotesi della forza maggiore, della coazione assoluta e dello stato di necessità.

L'ambito di applicazione della scriminante delineata nell'art. 26, appare comprensivo anche della legittima difesa, che nell'omicidio trova ulteriore specificazione.

Il contenuto della norma potrebbe indicare i limiti di applicazione della scriminante di parte generale, perché "i requisiti dell'esimente si ricavano dalla norma che incrimina l'omicidio conseguente all'eccesso dei limiti della necessaria difesa dei beni della vita, dell'onore e della proprietà", in "I Regolamenti Penali di Papa Gregorio XVI per lo Stato Pontificio", con scritti di S. AMBROSIO, A. CADOPPI, M. CALZOLARI, C. CARCERERI DE PRATI, M. A. CATTANEO, M. DA PASSANO, P. DE ZAN, E. DEZZA, R. FERRANTE, E. GRANTALIANO, G. MINNUCCI, T. PADOVANI, P. PITTARO, M. SBRICCIOLI, S. VINCIGUERRA, raccolti da S. VINCIGUERRA, 1998, 86.

Nel Regolamento di polizia criminale in vigore nello Stato Pontificio del 1831, era rinvenibile, quale ipotesi di esimente l'attribuibilità del fatto, la condizione di "assoluta necessità.

⁵⁶ B. WILLIAMS, *In principio era l'azione*, 2007, 6; cfr. T. HOBBS, "Leviathan", 1668, in ed. it., 2004.

⁵⁷ B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, 1966, 38 ss.

conforme alla volontà umana, ricostruzione prodromica alla distinzione tra cause che fanno venir meno l'antigiuridicità del fatto e circostanze in presenza delle quali, pur essendosi perfezionato un fatto conforme al tipo, viene meno la possibilità di muovere un rimprovero al suo autore e quindi la colpevolezza⁵⁸.

5. L'inesigibilità della condotta come causa di esclusione della colpevolezza. –

La condotta conforme alla volontà costituisce presupposto per ritenere l'azione colpevole, fondata nell'esigibilità di un comportamento conforme al diritto e contrario a quello descritto nella fattispecie violata.

Preliminarmente all'esaminare la categoria dell'inesigibilità è necessario chiedersi se nel nostro ordinamento sono presenti elementi normativi che ne giustificano l'esistenza.

La domanda pare lecita ritenuto che nell'ordinamento non è rinvenibile una definizione normativa di inesigibilità, in quanto non esiste la possibilità giuridica di attribuire efficacia scusante a condizioni soggettive non rientranti in quelle normativamente previste.

La necessaria ricerca della categoria dell'inesigibilità come correttivo all'imputazione del fatto di reato in presenza di tutti gli elementi sia oggettivi che soggettivi di perfezione, sarebbe necessaria per rendere la sanzione penale efficace nel suo profilo deterrente.

Si pensi infatti a situazioni nelle quali pur in presenza di un fatto conforme al modello normativo descritto in fattispecie penale, la volontarietà della condotta sarebbe viziata da situazioni di costringimento fisico o morale, di forza tale da condizionare il comportamento dell'uomo medio a commettere il reato, o in caso di delitti colposi nelle ipotesi in cui la violazione della regola cautelare di condotta sia dipesa dal contringimento a porre in essere la violazione, come nel caso del conducente di automezzi che, minacciato di licenziamento dal suo datore di lavoro, superi il termine orario massimo previsto per stare alla guida cagionando, a causa della stanchezza, un incidente stradale con lesioni personali altrui.

Così posta la questione, appare utile la ricerca di un criterio correttivo per la determinazione della riferibilità soggettiva dell'azione.

L'inesigibilità dovrebbe fondare il presupposto per ritenere esclusa la colpevolezza, elemento individuato con l'acquisita consapevolezza della sua struttura complessa, non limitabile alle categorie del dolo e della colpa, ma ampliata da elementi quali l'imputabilità⁵⁹, ravvisabile nella capacità di intendere e di volere secondo la definizione generale contenuta nell'art. 85 c.p.

⁵⁸ F. VIGANÒ, *op. cit.*, 172.

⁵⁹ A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, 2019, 71.

Conseguenza di questa evoluzione protesa nella ricerca della “verità”, intesa quale categoria capace di spiegare il complesso fenomeno che lega la volontà con la colpevolezza in un binomio che renda “giusta” la sanzione, sia nella prospettiva del singolo, che in quella dell’ordinamento, l’evoluzione che si sviluppò nella Germania degli anni venti, mostrò le sue prime applicazioni giurisprudenziali nelle sentenze del *Reichsgericht* tra l’Otto e il Novecento.

Conseguenza ne fu l’evoluzione del pensiero verso l’elaborazione delle cause di esclusione della colpevolezza, individuate nell’inesigibilità della condotta e nell’errore sul divieto.

Le pronunce del *Reichsgericht* applicavano il diritto alla luce della “nuova” categoria dell’inesigibilità, che così come elaborata, permetteva di interpretare la colpevolezza secondo nuovi canoni, forse più rispondenti alle esigenze di giustizia del momento, in considerazione del potere (*Können*) di orientare la condotta ad agire diversamente, preliminarmente rispetto alla valutazione sul dovere (*Sollen*)⁶⁰.

La categoria dell’inesigibilità così come elaborata, consentiva l’applicazione della pena ai soli fatti commessi entro la *signoria* del volere, indipendentemente dall’elemento soggettivo dolo o colpa, escludendo che la pena potesse essere irrogata nei casi di impossibile condotta alternativa, modellando l’applicazione del diritto penale al senso comune e alle umane possibilità di azione, così da individuare in concreto il potere attribuibile al singolo di conformare la sua azione al diritto in relazione al caso concreto.

Quest’evoluzione normativa della concezione della colpevolezza ha originato l’idea dell’inesigibilità come scusante sovralegale modellata sullo stato di necessità⁶¹, dogmaticamente inserita talvolta nel paradigma della tipicità, altre in quello della colpevolezza o dell’antigiuridicità tanto da far riflettere se sia da considerare una scusante, o un esimente, o una causa di non punibilità o piuttosto di esclusione della colpevolezza⁶².

Il concetto dell’inesigibilità si riconnette a quello dell’esigibilità di un comportamento alternativo lecito, meccanismo legale riconducibile a quello dell’osservanza delle regole cautelari di condotta richiesto ai fini di evitare l’evento che la condotta alternativa richiesta è in grado di evitare, esigibile da ogni singolo consociato⁶³.

Pertanto, l’esigibilità della condotta è vincolata alla capacità dell’*homo* “*hic et nunc*”, la necessità di ricorrere a astrazioni e categorizzazioni classificatorie.

L’inesigibilità della condotta alternativa diligente non è vincolata a nessuna ipotesi di impossibilità assoluta di *aliud facere* della condotta alternativa doverosa, perché in tal caso ricorrebbe un’ipotesi di impossibilità oggettiva.

⁶⁰ Cfr. B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, 1 ss.

⁶¹ Cfr. L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948.

⁶² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, 1990, 54 ss.

⁶³ G. CIVELLO, *La “colpa eventuale nella società del rischio”*, 2013, 291.

È l'ipotesi di carenza soggettiva riferita al singolo a rendere inattuabile il pretendere in concreto un comportamento differente, situazione nella quale, pur potendo l'azione essere svolta entro un certo "spazio di manovra", difetta la colpevolezza, ritenute sia le circostanze concrete in cui si svolge l'azione che le capacità del soggetto attivo, il quale non è riuscito, nonostante la volontà in tal senso, ad agire nel rispetto delle regole cautelari da osservare⁶⁴.

È quindi al concetto di colpa che ci si deve riferire, collegato al giudizio di esigibilità di quella determinata condotta alternativa lecita da parte di quel determinato soggetto in quel momento.

Tuttavia questo concetto di inesigibilità, ebbe a subire critiche e conseguenti evoluzioni, basate soprattutto sulla considerazione che ogni individuo poteva essere differente da un altro, avere un potere di controllo delle proprie azioni e quindi adeguarsi al diritto in certi casi "forte", in altri troppo "debole" da poter essere tollerato dall'ordinamento.

L'applicazione pratica del diritto ha bisogno di certezze che involgano prima di tutto i criteri di valutazione, non potendo questi essere ispirati alla logica del momento o al tipo d'autore.

Era quindi necessaria l'introduzione di un criterio diverso più rispondente a categorie oggettivanti il potere, come quella basata sul comportamento che nel caso in esame ci si attende dall'uomo medio⁶⁵.

Le applicazioni giurisprudenziali del *Reichsgericht* erano basate su una concezione neoclassica del diritto, in cui le categorie del reato subirono una rilettura teleologicamente orientata verso la sfera dei valori⁶⁶.

6. Inesigibilità della condotta e problemi interpretativi. – Nel crescendo graduale del dominio del fatto possono esistere azioni necessitate in cui l'annullamento del potere è solo relativo, in quanto in qualche misura l'evento può essere dominato agendo diversamente.

In queste situazioni sarebbe possibile, seppur in maniera ridotta, la riferibilità soggettiva del fatto al suo autore, secondo il significato giuridico dell'espressione "*non avrebbe potuto agire diversamente*", e la punibilità andrebbe esclusa non potendosi pretendere un'azione diversa⁶⁷.

L'interrogativo da porsi riguarda l'esclusione della punibilità, rilevato che l'azione poteva rientrare ancora nel dominio del potere.

⁶⁴ C. BRUSCO, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017 n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, 2017, 342.

⁶⁵ Cfr. H. ACHENBACH, *Historie und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974, 143 ss.

⁶⁶ A. NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale*, cit., 71 ss.

⁶⁷ A. ROSS, *Colpa responsabilità e pena*, 1972, 270 ss.