

INTRODUZIONE

L'obiettivo a cui tende il presente elaborato è quello di fornire al lettore degli spunti di riflessione riguardo una materia di notevole impatto nel campo del settore penale: le c.d. scriminanti non codificate, oggetto di accese disquisizioni in dottrina e di un'estesa e non costante giurisprudenza.

Si è cercato, in tal senso, di addivenire ad una proposta di soluzione circa l'ammissibilità o meno di esimenti non stipulate nel nostro ordinamento, che garantisca la maggior compatibilità con i principi sistematici che sottendono all'ordinamento giuridico, più precisamente a quello penale, onde evitare che lo stesso cada in contraddizione e non riesca più ad incorporare nella sua pratica attuazione i suoi valori fondamentali di extrema ratio e di certezza del diritto.

Il lavoro si articola in cinque capitoli: i primi tre costituiscono la c.d parte generale della materia, gli ultimi due concernono, invece, delle applicazione "pratiche" della tematica negli ambiti teorici rispetto ai quali si è posta, con maggiore evidenza, la problematicità della questione ricostruttiva.

Nella prima parte, ci si focalizza sull'analisi di istituti di carattere generale, collegati all'argomento di cui si vuole trattare: dopo un rapido sguardo alle posizioni dottrinarie più autorevoli, si fa ricorso agli strumenti della fonte consuetudinaria e dell'estensione analogica per accertare la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi da cui si è partiti.

Dirigendo la trattazione verso i casi tipici in cui si profilano sistematicamente problematiche di coerenza del sistema, ovvero nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e di quella sportiva, si è cercato di ricostruire una soluzione ottimale, prendendo spunto sia dall'ampio novero di monografie di studiosi autorevoli sia dall'alluvionale e sedimentata giurisprudenza in merito all'argomento de quibus.

In conclusione, la presente dissertazione non aspira a nessuna pretesa di esaustività, non si arroga neanche la presunzione di fissare una tendenza definitiva della materia, ma vuole offrirne una panoramica complessiva, avendo la cura di non fuoriuscire dai canoni tuttora cogenti nel nostro ordinamento.

CAPITOLO I
ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA SULLE SCRIMINANTI NON
STIPULATE

SOMMARIO: 1. Preliminari chiarimenti terminologici 2. Profili teorici del tema oggetto dell'indagine 3. Le esimenti non codificate nella teoria generale del reato 4. Soluzioni sistematiche in materia di scriminanti non codificate 5. Considerazioni conclusive

1. Preliminari chiarimenti terminologici

Oggetto della presente indagine è lo studio, nei suoi aspetti teorici e pratico applicativi, delle scriminanti non codificate. Anzitutto, si rende necessario compiere una preliminare premessa relativamente alla terminologia adottata dalla dottrina che, relativamente allo stesso fenomeno, sembrerebbe utilizzare invariabilmente, quasi fossero dei sinonimi, i concetti di scriminanti tacite, cause di giustificazioni non previste dalla legge oppure, ancora, quello di scriminanti non codificate. È innanzitutto questione di scelta fra quale di queste tre espressioni calzi perfettamente con l'essenza del tema.

Osservando meglio si può dedurre come ognuno di questi concetti risulti essere funzionale ai vari orientamenti sostenuti in materia. Utilizzando infatti l'espressione "scriminanti tacite" si focalizza il centro dell'attenzione sul procedimento analogico e si vuole alludere all'idea di una presenza implicita di cause di giustificazione presenti nel nostro ordinamento che possono emergere solo appunto per analogia; quando invece si utilizza la locuzione "cause di giustificazione non previste dalla legge" si sposta l'attenzione sul problema delle fonti normative, in questo caso si allude alle consuetudini o ai principi generali dell'ordinamento; la terza via, costituita dalla locuzione "scriminanti non codificate" che sembrerebbe essere quella maggiormente preferibile purché, però, il "codificate" venga interpretato nella sua accezione più esatta, che prescindendo, cioè, dalla struttura sistemica del codice e voglia intendere tutto

ciò che rientra nel più ampio concetto di “regola”, per tale intendendosi la legge, la norma nata da consuetudine, o il principio generale dell’ordinamento.

Altra espressione utilizzata dalla letteratura giuridica, sia pur non frequentemente, è quella di “scriminanti extra legislative”, rara perché non viene con essa sciolta la problematica della distinzione fra ciò che possa intendersi legislativo e ciò che possa intendersi extra legislativo.

Vi è chi ha autorevolmente osservato¹, immettendosi in questa diatriba linguistico-terminologica, che sarebbe più corretto parlare di scriminanti non scritte o non stipulate, piuttosto che usare il termine “non codificate”, sebbene esso sia entrato nell’uso comune. Solo in tal modo si enfatizza il fatto che tali esimenti non sono state oggetto di un’apposita disciplina codicistica e si fuga qualsiasi dubbio che potrebbe sorgere riguardo l’uso del suddetto termine. Sarà ancora più corretto utilizzare la locuzione “scriminanti non scritte” piuttosto che “non stipulate” onde evitare qualsiasi critica da parte di chi arguisce che il diritto non scritto non sia altro che parte fondante del diritto vivente².

«Se questo è certamente vero, occorre però badare alla peculiarità del diritto penale che, per sua natura, viene ad incidere sulla libertà personale e, più in genere, sul

¹ M.GALLO, *Appunti di Diritto Penale, Il reato, parte I, La fattispecie oggettiva*

² Per qualsiasi considerazione sul diritto vivente cfr. E.RESTA, *Diritto vivente*, I ed, Editori La Terza, Bari, 2008; ANASSIMANDRO, 12 B 1 (Diels-Kranz), in *I presocratici*, a cura di G.GIANNANTONI, Laterza, Roma-Bari, 2005; ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad.di C.NATALI, Laterza, Roma-Bari, 2005; SENECA, *La dottrina morale*, a cura di C.MARCHESI, Laterza, Roma-Bari, 1994; SENECA, *Questioni morali*, a cura di D.VOTTERO, Utet, Torino, 1989; A.BANFI, *Il governo delle città*, Il Mulino, Bologna, 2003; G.BATAILLE, *La sovranità*, trad.it. Il Mulino, Bologna, 1990; E.EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad.it. Giuffrè, Milano, 1976; L.FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997; L.FERRAJOLI, *Principia iuris*, Laterza, Roma-Bari, 2007; G.VICO, *Scienza Nuova (1725)*, Laterza, Roma-Bari, 1974; N.BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Edizioni di Comunità, Milano, 1977; CICERONE, *Le leggi*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, a cura di L.FERRERO e N. ZORZETTI, Utet, Torino, 1974, pp. 411-573; S.COTTA, *Giusnaturalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. XIX, pp. 510-524; ERACLITO, *Sulla Natura*, in G.REALE (a cura di), *I presocratici*, Bompiani, Milano, 2012, pp. 315-391; U.GROZIO, *Se iure belli ac pacis (1625)*, a cura di B.J.A. DE KANTER- VAN HETTINGA TROMP, *Scientia*, Aalen, 1993; T.HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, (1642), in Id., *Opere politiche*, a cura di N.BOBBIO, UTET, Torino, 1959, pp.55-390; H.KELSEN, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1954), Edizioni di comunità, Milano, 1959, pp. 396-454; E.LEVY, *Natural Law in Roman Thought*, in « *Studia et Documenta Historiae et Iuris*», 15, 1949, pp. 1-24; J.LOCKE, *Trattato sul governo* (1690), a cura di L.FORMIGARI, Editori Riuniti, Roma, 1997; A.PASSERIN D’ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale* (1951), Edizioni di Comunità, Milano, 1980; S.PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Officina Knochio-Eslingeriana, Frankfurt-Leipzig, 1759; A.ROSS, *Diritto e giustizia*(1958), Einaudi, Torino, 1965; TOMMASO D’AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, in Id., *Opera Omnia*, Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda fide; Roma, vol. VII, 1892; H.WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* (1951), a cura di G. DE STEFANO, Giuffrè, Milano, 1965.

patrimonio giuridico dei destinatari. L'esigenza di certezza è primaria e coincide quasi totalmente con garanzie dell'individuo, tanto che il diritto vivente deve, quanto meno, essere ancorato alle forme pattizio-stipulative»³.

Sciolto ogni problema linguistico-terminologico ci si può concentrare su quali sono i casi e gli elementi che giustificano la pratica esigenza ed ammissibilità delle esimenti non stipulate. A questo potrà seguire un attento e rapido sguardo alle ricostruzioni teoriche elaborate dalla dottrina, per poi procedere ad un esame del procedimento analogico e della consuetudine nel tema *de quo* e infine, oltre a tutto ciò, non si potrà che fare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali che rappresentano il piano d'analisi più pragmatico e concreto se effettivamente la categoria delle esimenti non stipulate abbia o meno ragione di esistere

2. Profili teorici del tema oggetto dell'indagine

Nell'analisi del fenomeno delle scriminanti non codificate, la dottrina ha tradizionalmente affrontato un duplice ordini di problemi: anzitutto, quello relativo alle "ragioni" che dovrebbero indurre l'interprete ad elaborare il concetto di scriminanti non codificate; quindi, il problema, evidentemente connesso al primo profilo menzionato, riguardante il fondamento giuridico di tali ipotesi scriminanti. In questo senso, alcuni Autori⁴ si sono approcciati al tema partendo dalla preliminare analisi della funzione caratterizzante la norma penale in sé considerata. Partendo dall'assunto secondo cui la norma penale sia preposta alla tutela di un interesse giuridico, e che ogni interesse possa essere tutelato solamente all'interno di certi limiti, i quali possono essere espressi o taciti, si è rilevato come in questo settore meritino particolare attenzione i cc.dd. "Limiti taciti", dei quali si deve stabilire da che fonte e su che principio fondino la loro validità e legittimità

Tutto ciò è indubbiamente vero, ma lo è altrettanto che il temperamento degli interessi contrapposti degni di tutela comporta delle limitazioni alla medesima tutela.

³ M. AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.9

⁴ P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova, 1972

Le scriminanti si atteggiavano ad elementi che vanno a precludere l'applicazione della norma penale incriminatrice anzi, più correttamente, sono elementi negativi del fatto⁵. Paralelo e non incidente è il discorso della previsione espressa e tacita di tali limiti: non si comprende infatti la necessità pratica di ammettere limiti taciti oltre a quelli espressi. In questo senso è pregnante stabilire se sia indispensabile ricorrere a limiti taciti, insomma se siano configurabili *extra legali*⁶, la cui esistenza escluderebbe la configurazione di un reato attraverso l'individuazione di un interesse meritevole di tutela di differente da quello che è stato oggetto di documento.

Pare opportuno, dopo aver delineato le difficoltà teoriche nei loro connotati essenziali, esemplificare quali siano effettivamente le situazioni che giustificerebbero l'utilizzo delle suddette esimenti e le esigenze che hanno condotto alla necessità di farne ricorso⁷. La dottrina è solita associare le esimenti non codificate all'attività medico

⁵ «Se l'antigiuridicità è la negazione del diritto, le cause di giustificazione rappresentano, invece la negazione della negazione del diritto, vale a dire l'affermazione di un diritto, e qui vale l'antico brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*» N. ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, cit., p. 10 ss vedi anche F. ANTOLISEI op. cit. p. 27 e G. BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel progetto Rocco*, in Riv. it. di diritto penale, 1930 p. 429. «Le norme negative dei precetti penali sono quelle norme che negano, in tutto od in parte, l'applicabilità a certi particolari stati di fatto, dei comandi o divieti penalmente, sanzionati (norme penali positive)» A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, cit. p. 541; Cfr. anche G. DELITALA, il «fatto» nella teoria generale del reato, Padova, 1930; A. POZZOLINI, *I casi di giustificazione come causa di esclusione del reato nella legislazione italiana*, estratto dal volume per le onoranze ad Enrico Ferri, 1929, pag. 7; O. VANNINI, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in « Studi Senesi », 1927; E. MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1928; F. ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, Milano, 1930; C. CORSONELLO, *Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato*, Cedam, Padova, 1941; A. PAGLIARO, *Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato*, in Riv. It, 1967, p. 472 ss; Cfr. anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato, Parte II*, Giappichelli Editore, Torino, 2001

⁶ Usiamo il termine nella sua accezione più ampia.

⁷ Sia chiaro che, in tal modo, non si fa questione di dualismo e tensione fra essere e dover essere. L'esigenza che sta alla base dell'elaborazione interpretativa-dogmatica che conduce alla individuazione di scriminanti non espressamente stipulate è esigenza che si muove, salvo rarissimi casi, sotto l'egida del *Sollen*, cioè delle pretese e delle conseguenti valutazioni giuridiche. Su realtà e norme cfr. da ultimo W. HASSEMER, *Theorie und soziologie des verbrochens*, Fischer Athenäum, Frankfurt, 1973, p. 104

chirurgica⁸, a quella sportiva⁹ o ad altre attività che si ritiene debbano essere esenti da punizione. Ulteriore ambito nel quale tale categoria dogmatica viene sovente utilizzata, è quella relativa alle informazioni commerciali o personali ad opera di agenzie investigative, che concernono la diffusione di notizie relative ad attività commerciali¹⁰. Anche in questo caso la dottrina si avvale del ricorso alle scriminanti per questo tipo di attività che, in via ipotetica, potrebbe integrare il reato di diffamazione, la cui punibilità potrebbe compromettere l'attività finanziaria e le relazioni sociali.

Si fa sempre appello alle scriminanti per rendere esenti di punibilità tutte quelle condotte che declinano l'attività giornalistica. È indubbio che le attività intellettuali

⁸ Approfondendo ancora di più nel proseguio l'inizio di ogni discorso per quanto attiene l'esito fausto o infausto del trattamento medico-chirurgico, da un lato un esito felice che conduce alla sopravvivenza e al miglioramento delle condizioni se non alla completa guarigione, dall'altro a un esito negativo che provoca un danno permanente all'integrità biologica e psicofisica del paziente o che conduce alla morte. Vedi F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Giuffrè, Milano, 1989, p.273 ss; V.GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, in Riv. Dir. proc. Pen, 1914; B.PETROCELLI, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in Annali, 1932; A.CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; P.LIGNOLA, *I limiti giuridico-penali dell'attività medico-chirurgica*, in Giust.pen. 1960, IV (Studi in onore di E.Battaglini); C.GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico*, in Riv. Pen. 1967, I; G.VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità del trattamento medico-chirurgico*, in Arch. Pen. 1973, I; R.RIZ, *Il trattamento medico e le cause di giustificazione*, Padova, 1975; M.BENINCASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico-chirurgica a scopo terapeutico*, in Riv. It. 1980; G.MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; S. DEL CORSO, *Il consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, in Riv. It. 1987; L.EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in Riv. It. med. Leg. 1995; M.POLVANI, *Indicazioni giurisprudenziali e considerazioni critiche sul consenso all'attività medica*, in Foro it. 1996, II. Cfr. altresì la raccolta di scritti negli Atti del Convegno 12 giugno 1995 a Milano, in Giustizia e costituzione. Il consenso informato, Aspetti giuridici, etici e medici, Ancona, 1996.

⁹ Cfr. B.PETROCELLI, *la liceità penale della violenza sportiva*, in Riv. Critica e dir. e giur. , 1928, 242 e in Saggi di dir pen, 1952; P. SEVERINO, *Il delitto sportivo*, Napoli, 1930, W.VALSECCHI, *L'omicidio e la lesione personale nei giochi sportivi a forma di combattimento*, in Riv. Pen. 1930; T.DELOGU, *La teoria del delitto sportivo*, in Annali, 1933; J.PICHLER, *La lesione sportiva nel diritto penale*, in Riv. Dir. sport. It. 1964; I.DE SANCTIS, *Il problema della liceità della violenza sportiva*, in Arch. Pen. 1967, I, 90; A.TOMASELLI, *La violenza sportiva e il diritto penale*, in Riv.it, 1975; G.MARINI, *Violenza sportiva*, in Novissimo Digesto italiano, XX, UTET, Torino, 1975; V. CAIANELLO, *I destinatari della scriminante sportiva*, in Riv dir sport, 1977, G. DE FRANCESCO, *La violenza sportiva e i suoi limiti scriminanti*, in Riv. It. 1983; G. COVASSI, *l'attività sportiva come causa di esclusione del reato*, Padova, 1984; E.PALOMBI, *I limiti di liceità dell'attività sportiva violenta*, in Riv dir sportivo, 1985.

¹⁰ Si pensi per esempio a notizie riguardanti la solvibilità, la società commerciale, l'andamento di un'impresa, oppure al contenuto ben più personale di notizie divulgate da un'agenzia investigativa ad esempio in tema di situazioni prematrimoniali, matrimoniali o patrimoniali. Cfr. per esempio F.MANTOVANI, *Diritto penale*, p.276; E.MASSARI, *Le agenzie di informazione e il delitto di diffamazione*, in *Studi Fadda*, Nabu Press, 2010 III; G.ALPA, *Diffusione di informazioni economiche e problemi di responsabilità civile*, in Banca, Borsa e titoli di credito, 1977; A.CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Milano, 1965; C.PEDRAZZI, *Aspetti penali e processuali del segreto bancario*, in *La Responsabilità penale degli operatori bancari*, Zanichelli Bologna, 1980

quali la cronaca, o la critica a temi rilevanti quali la politica, arte, letteratura o sport possano potenzialmente risultare offensive. È arduo lambire lo spartiacque fra il preciso contenuto del diritto sancito dall'art.21 della Costituzione che sancisce la libera manifestazione del pensiero da quello sulla tutela alla dignità, rispettabilità di una persona ricavabili dall'art 2 e 3 della Costituzione.

Oltre ai casi succitati, altri Autori¹¹ ne hanno sollecitato il ricorso con riferimento ad altre situazioni, quali per esempio facoltizzare l'utilizzo di *offendicula*, ossia di mezzi di difesa posti a difesa della proprietà come per esempio cocci di vetro, filo spinato, trappole che possono nuocere e ostacolare gli intenti di malintenzionati¹². Altri invece si sono sempre affidati alle stesse per esimere da punibilità altri fatti virtualmente offensivi: l'abuso di correzione nei confronti dei minori che non siano sottoposti all'autorità di chi detiene la pratica della circoncisione¹³.

Infine vi è chi¹⁴ non volendosi affidare, anzi volendo apertamente negare l'esistenza stessa delle scriminanti non scritte, per risolvere i problemi suddetti fa ricorso al principio di inesigibilità¹⁵, interpretato nel senso di causa di non punibilità generale e soprattutto extralegale, il quale scriminerebbe tutte quelle condotte tenute dal soggetto nelle situazioni particolari in cui non sarebbe stato esigibile, appunto, altra tipologia di comportamento.

¹¹ F.BRICOLA, V. ZAGREBELSKY, *Codice penale, Parte generale*, II ed. Utet, Torino, 1984, p.491ss.

¹² Come si vedrà nel proseguio è opportuno fare una distinzione fra il momento in cui gli offendicula sono ubicati e collocati in difesa e il momento in cui si azionano nella loro funzione difensiva nei confronti di coloro che mettono in repentaglio i beni protetti, rimane il fatto che come si dimostrerà in seguito il ricorso ad esimenti non stipulate appare alquanto superfluo.

¹³ Cfr G.BETTIOL, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1982, p.128, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1988, p.81, sempre con riserva di riprendere più accuratamente il discorso successivamente appare in ogni caso che queste situazioni non profilino gli estremi per essere scriminate cfr. in tal senso, M.AMISANO, *Le esimenti non codificate, cit*, Giappichelli Editore, Torino, 2003,p.14 “ Nel primo caso, il legislatore ha delineato l'art.571 in modo che c'è abuso quando vi sia soggezione ad autorità ,educazione ect... Se un tale presupposto non è presente nel fatto concreto, non si vede come questo possa costituire un reato caratterizzato dalla preesistenza di una situazione giuridica nella realtà mancante, in tali casi la responsabilità potrà profilarsi ad altro titolo, se integrati gli estremi per esempio di percosse, lesione, tenendo conto del movente e delle circostanze. Quanto alla circoncisione, l'esimente non stipulata potrebbe venir invocata per ragioni religiose o sociali, ma questo non significa che il diritto positivo vi si debba adeguare mediante un esimente non espressamente prevista dall'ordinamento.” Per un ulteriore approfondimento sul tema della circoncisione connesso alla più ampia questione sui reati culturalmente orientati, vedi. M. TRAPANI, A. MASSARO (a cura di), *Temi penali*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, C.de maglie, I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali. ETS, Pisa, 2010, 30; F. parisi, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010

¹⁴ I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, Cedam, Padova, 1998, p.416

¹⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990

In base a quanto è stato detto, possiamo a questo punto introdurre il concetto di inesigibilità, il quale è fortemente connesso alla presente analisi sulle cause di giustificazione complessivamente considerate, pur specificando sin dall'inizio che esse non possono essere considerate alla stregua di una specifica esimente. L'inesigibilità costituisce in effetti la ragione ispiratrice, la *ratio* che sottostà ad molte scriminanti quindi non si deve incorrere nell'errore grossolano di frapporre i motivi fondanti talune esimenti con altri ipotesi fattuali per i quali si avverte l'urgente reperimento di un'ulteriore categoria di scriminati non scritte. Fino adesso si è stilato una successione di situazioni che secondo parte della dottrina richiederebbero l'intervento dell'esimenti non scritte, prima di inoltrarci nello specifico nell'analisi delle varie situazione appare prioritario e quantomeno necessario inoltrarsi nell'ambito della teoria generale del diritto e in tal senso non si può che trattare del tema dell'antigiuridicità, intimamente connesso con la questione fondamentale della presente indagine.

3. Le esimenti non codificate nella teoria generale del reato

Intimamente connessa con la categoria delle esimenti non stipulate codificate è il tema dell'antigiuridicità¹⁶. Per questo, si rende inevitabilmente necessario affrontare la

¹⁶ La nozione di antigiuridicità è "la negazione della nozione di diritto: agisce antigiuridicamente chi agisce *contra ius*. La definizione nella sua tautologia è ormai concordemente ammessa da quasi tutta la dottrina" G. DELITALA, op. cit., p. 16. "Se l'antigiuridicità è la negazione del diritto, le cause di giustificazione rappresentano, invece la negazione della negazione del diritto, vale a dire l'affermazione di un diritto, e qui vale l'antico brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*" N. ANGIONI, *Le cause che escludono l'illiceità obiettiva penale*, cit., p. 10 ss vedi anche F. ANTOLISEI op. cit. p. 27 e G. BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione delittuosa nel Codice vigente e nel progetto Rocco*, in Riv. it. di diritto penale, 1930 p.. La dottrina dell'antigiuridicità materiale che si sta accingendo ad illustrare nel testo ha trovato uno strenuo oppositore nella figura di Arturo Rocco, il quale ha sempre manifestato l'idea che essa non debba considerarsi opposta all'antigiuridicità formale, e come il giudice non possa fra ricorso alle prime per concepire nuove cause di giustificazione. Secondo l'autore l'unica antigiuridica penale è quella formale, data dal contrasto fra la regola imperativa e il comportamento posto in essere, mentre a suo l'antigiuridicità materiale sarebbe rappresentata dal danno o dal pericolo di danno che ne scaturisce. La prima incarnerebbe l'essenza naturale del reato, mentre la seconda sarebbe soltanto un elemento costitutivo del reato, come lo è l'azione e la colpa. Egli afferma che debba essere distinto il danno immediato che invero la cosiddetta antigiuridicità materiale, dal danno mediato od indiretto, denominato anche "danno sociale derivante dall'offesa di una condizione di esistenza dello Stato", la quale sorge con la trasgressione del precetto penalmente sanzionato. A. ROCCO, op. cit., 477; Cfr anche V. MANZINI, op. cit., Vol I, p. 414, "l'illegittimità penale del fatto ha sempre carattere esclusivamente formale; mentre la così detta illegittimità materiale non è che una conseguenza del reato (danno o pericolo immediato, o mediato)

questione relativa al significato e all'autonoma rilevanza che tale concetto viene ad assumere nel nostro ordinamento. In tal senso la dottrina ha concepito la cosiddetta teoria dell'antigiuridicità sostanziale¹⁷: le scriminanti non stipulate esplicherebbero la loro funzione su fatti tipici, ma non antigiuridici, poiché non avvertiti dal sentire comune come meritevoli di sanzione penale. Seguendo questo discorso si richiederebbero, oltre che il requisito della tipicità formale, anche la concreta offesa al bene giuridico tutelato dalla norma, ai fini della punibilità del fatto di reato.

Nel caso delle esimenti, in generale va ribadito che si inverte un contemperamento di interessi contrapposti, uno tutelato dalla norma incriminatrice, l'altro necessariamente antagonista che sottrae alla sanzionabilità della lesione.

Più correttamente la tipicità si delinea come conformità del fatto storico al tipo descritto dalla norma incriminatrice, ricomprensivo tanto per la sua integrazione alla corrispondenza formale quanto all'effettivo momento sostanziale dell'offesa. Esso insieme alle esimenti diviene indispensabile per un'esatta comprensione del concetto di antigiuridicità.

A questo punto non resta che esaminare che ruolo spetti alle scriminanti: in tal senso bisogna partire dalla distinzione fatta in dottrina fra antigiuridicità formale e materiale. Alla base di tale suddivisione vi è l'unanime riconoscimento che spetti al diritto tutelare interessi giuridicamente rilevanti per la vita sociale, ma discordanti si configurano i modi di interpretare i rapporti fra il precetto e il gruppo di interessi da cui viene regolamentata. In sintesi l'antigiuridicità formale consisterebbe nella mera inosservanza del precetto, a differenza di quella materiale in cui è preminente la violazione dell'interesse giuridico sottostante: mentre nel primo caso il giudizio ha come termini di paragone il mero contrasto formale tra fatto e norma, quindi il contrasto tra fatto e valutazione normativa realizzata dal legislatore, nel secondo caso

¹⁷ Fra cui, seguendo diversi percorsi e letture, B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, CEDAM, Padova, 1966; A. VALLETTA, *L'antigiuridicità penale: in relazione allo scopo della norma*, Jovene, Napoli, 1951; S. MESSINA, *L'antigiuridicità nella teoria del reato*, Arti grafiche Panetto & Petrelli, Spoleto, 1942; G. BELLAVISTA, *Punibilità ed antigiuridicità nelle dommatiche e nella sistematica del diritto penale*, Montaina, Palermo, 1937; R. CLAUS, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Biblioteca del Foro italiano, Foro italiano, 1932; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Vol. I, "L'illegittimità penale del fatto ha sempre carattere esclusivamente formale; mentre la cosiddetta illegittimità materiale non è che una conseguenza del reato" cit. F. CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, Cedam, Padova, 1926; R. DELL'ANDRO, *Antigiuridicità*, in Enc. Dir., II, Milano, 1958, 542 ss, A. SANTORO, *Circostanze, fatto e antigiuridicità*, Torino, 1952.

il giudizio di correlazione assumerebbe come dato fondamentale di riferimento il fatto storico, declinantesi non nella relazione della norma in sé per sé, ma nell'interesse meritevole di tutela. Indugiando ancora nel secondo caso, il giudizio verterebbe sul grado di offensività reale prescindendo dalla valutazione normativa del legislatore, sicché l'antigiuridicità materiale involgerebbe una valutazione pre-normativa che ha dato adito ad aspre discussioni fra chi dà maggiormente risalto ai valori della legge e i cultori dei valori sostanziali o della giustizia.

Tale bipartizione, originatasi in dottrina, è conseguenza della natura stessa del diritto penale, in quanto assai contiguo alle valutazioni etico-sociali e/o di costume rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico, tanto che la discrasia fra violazione della norma e il danno all'interesse è più avvertita.

Insistendo su tale via, anche le esimenti avrebbero come fondamento un pensiero meta-positivo e di conseguenza intrinsecamente legate all'antigiuridicità materiale, null'altro che rappresentando il negativo del positivo (dell'antigiuridicità materiale), una sorta di liceità materiale che accoglie le istanze etico-sociali che ostano alla punibilità¹⁸.

Le principali obiezioni indirizzate alla teoria dell'antigiuridicità materiale partono dal presupposto che se essa avesse effettivamente validità, dovrebbe averla in ambo le direzioni ossia, tanto per integrare la punibilità di condotte pregiudizievoli di interessi non coperti dalla mera conformità al precetto giuridico, quanto nel fondare la non punibilità dei fatti che, nel caso concreto, non producono alcun nocumento a interessi degni di tutela, benché si conformino al disposto prescritto dalla fattispecie incriminatrice.

Altre obiezioni alla suddetta teoria partono invece dalla constatazione che le norme giuridiche nascono per tutelare interessi e che non è sempre vero che prima nasca l'interesse e solo dopo la tutela, ma può verificarsi anche il caso in cui si creino

¹⁸ Anzi, a ben guardare, la liceità materiale costituirebbe, paradossalmente, l'unica applicazione possibile del concetto di antigiuridicità materiale.

Infatti, il concetto in parola non è mai usato al fine di incriminare comportamenti che non siano vietati dalla legge, poiché vi osta in primo luogo il principio di tassatività ed altresì il divieto di analogia, entrambi i principi imposti anche dalla Carta Costituzionale. Ed allora l'antigiuridicità materiale non può che tradursi nella liceità, cioè nella facoltizzazione di comportamenti che, pur violando formalmente la norma, non vengono a ledere nessun interesse.

M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.17.

contemporaneamente. L'interesse concreto trova tutela mediante la elaborazione di una disposizione normativa, l'ordinamento non ha altro strumento se non la cristallizzazione di norme per inverare la tutela degli interessi.

A questo si può aggiungere che la violazione formale non si esaurisce a mera forma, ma possiede tutti i crismi essenziali della manifestazione della volontà normativa, invero il fatto tipizzato contiene in sé la lesione o la messa in pericolo dell'interesse protetto, dando beneficio sia al buon esito dell'accertamento giudiziale sia assicurando la certezza del diritto a cui è preposto lo stesso principio di tipicità¹⁹. D'altronde v'è sempre l'ipotesi di condotte sussumibili al tipo descrittivo previsto dalla norma che tuttavia non procurino alcuna lesione né mettano a repentaglio l'interesse tutelato. Si avverte erroneamente, quindi, la necessità di avvalersi di costrutti pre-normativi che presentano soluzioni differenti da quelle scelte dal legislatore.

In questo caso bisogna sempre far affidamento sul dettato normativo secondo i canoni dell'interpretazione sistematica dell'impianto codicistico. Perviene in nostro aiuto, in questo senso, il principio di offensività²⁰, non frutto di valutazioni pre-normative, ma

¹⁹Cfr. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979

²⁰ Per ogni considerazione di tipo filosofico-giuridica L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Laterza, Bari, 1990; L.FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol.II, *Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Per ogni considerazione giuridica *strictu sensu* cfr. F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, VIII ed, Fratelli Cammelli, Firenze, 1897; F.BRICOLA, *Teoria generale del reato*, estratto da *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Torino, 1974; F. C.PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in RIDPP, 1998; C.FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, rispettivamente, IX ss., 91 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 209 ss., 242 ss., 245 ss., 279 ss., a cui si fa rinvio anche per la disamina dei rapporti tra principio di offensività e presunzioni di pericolosità centrate su condizioni o qualità soggettive; F.MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 2011, p.184 ss.; F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. a cura di L.CONTI, Giuffrè, Milano, 2003, p.264 ss.; F.CARNELUTTI, *Il danno ed il reato*, Cedam, Padova, 1926, p.51; F.ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, p.163 ss.; A.PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p.234 ss.; F.PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi in Riv. It. Dir e proc pen*, 1998, p.368 ss.; E.MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; G.ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi Delitala*, Giuffrè, Milano, 1984; G.VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982; C.FIORE, *il principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1994, 1994, 44 ss.; M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969; F.MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977, R.RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, parte generale, Cedam, Padova, 2006, 78 ss.; A.ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, F.lli Bocca, Torino, 1913, M.N.MASULLO, *Aspettando l'offensività. Prove di scrittura del principio nelle proposte di riforma del codice penale* in *Cass.Pen.* 2005.

piuttosto statuito normativamente dall'art. 49, 2° comma c.p. che sancisce che affinché sia rilevante penalmente non è sufficiente che un fatto sia solamente tipico, ma deve essere anche lesivo. Secondo un disposto codicistico la punibilità è esclusa quando per l'inidoneità dell'azione è impossibile il verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso.

«Poiché il legislatore, con il termine 'azione', indica generalmente²¹ il fatto di reato al completo di tutti i suoi elementi, per via semantica dobbiamo ritenere che l'azione inidonea indichi un comportamento conforme al tipo descrittivo ma inidoneo all'offesa. Si è già detto che, nella normalità dei casi di accertamento, la corrispondenza al tipo descrittivo implica l'offesa, tuttavia, qualora emerga il contrario, occorre accertare giudizialmente se l'offesa esista o no»²²

A questo punto si può desumere come la contrapposizione fra anti giuridicità materiale e formale non abbia alcun senso e alcuna utilità pratica²³.

Quanto appena illustrato non può che avere importanti riflessi anche nella materia delle esimenti non codificate, sicché non si possono rintracciare le ragioni giustificatrici e di legittimazione delle stesse ad istanze meta-positive e pre-normative. Pertanto vengono in rilievo la consuetudine e il procedimento analogico²⁴ (intesi in qualità di elementi coesenziali all'ordinamento stesso) quali ipotetiche fonti di legittimazione delle esimenti non scritte e in tal senso non si può rinunciare alla disamina delle più autorevoli posizioni dottrinarie in materia

²¹ Fa eccezione il caso in cui il termine 'azione' è contrapposto ad un elemento psicologico (cioè ad una frazione dell'intero fatto di reato). Così all'art. 42, I comma c.p., che stabilisce che l'azione o l'omissione debbano essere riferibili alla coscienza e volontà dell'agente

²² M. AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.19

²³ Incide solamente la certezza del diritto, il voler frapporre l'astrazione della fonte tipica che racchiuda in sé ogni ipotetico e contingente fatto concreto ad un giudizio di valore pre-normativo in antagonismo alla norma vigente.

²⁴ Per Giannini il procedimento logico dell'analogia consiste di un ragionamento iniziale di somiglianza, e di un ragionamento certo, nella ricerca e nella applicazione del principio: La legge di validità dell'analogia è data unicamente da quest'ultimo, esaurendosi il primo nella determinazione della preferibilità dell'analogia rispetto al ricorso al principio in via immediata. Ciò naturalmente non esclude che il ragionamento per somiglianza sia molto rilevante, specie dal punto di vista tecnico. Il fondamento dell'analogia è perciò il principio e in quanto svolgimento e applicazione del principio, essa non può essere "creazione". M. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, cit., p. 53. Il tratto comune fra analogia e il ricorso ai principi era già stato intuito da A. ROCCO, *L'oggetto del reato*, rist. 1932, p.549 ss. Da segnalare la tesi di alcuni canonisti, secondo cui l'analogia si fonda sull'equità: J. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae, 1931, p.331; A. LEFEBVRE, *Pouvoirs du juge*, cit., p. 118, Bobbio invece assegna a fondamento dell'analogia la logica.

4. Soluzioni sistematiche in materia di scriminanti non codificate

Le varie prese di posizione riflettono una certa eterogeneità nelle soluzioni prospettate, a dimostrazione dell'estrema complessità dell'oggetto dell'analisi. Un primo orientamento, al fine di dare ingresso nel nostro ordinamento al concetto di "cause di giustificazione non codificate", trova un valido punto di forza nel c.d. procedimento analogico in *bonam partem*. È stato sottolineato che la *ratio* delle suddette potrebbe esplicitare la sua funzione a tutte le condotte che sono in rapporto di somiglianza con quelle costitutive di cause di giustificazioni comuni o speciali.

Tuttavia il ricorso al procedimento analogico sarebbe vietato in materia penale e lo si ricava dal combinato disposto dall'art. 14 delle disposizioni generali sulla legge e dell'art.1 del Codice penale: secondo il primo «le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerate», al contempo il secondo recita che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge né con pene che non siano da essa stabilite»

Il Codice penale quindi, a seguito della disamina di queste due proposizioni normative, restringerebbe il divieto al procedimento analogico²⁵, alle norme incriminatrici e a quelle che aggravano la pena; se ne può dedurre che²⁶, sulla base di questo raffronto, parte della dottrina è stata indotta ad affermare che il divieto di analogia avesse valenza esclusivamente in *malam partem*, ossia diretto solo a norme che prevedono reati o che stabiliscono e aggravano la pena. Da ciò discenderebbe il corollario ammetterebbe secondo cui l'analogia in *bonam partem* sarebbe viceversa ammissibile, in quanto garantirebbe l'esistenza di scriminanti tacite che opererebbero su comportamenti altrimenti costitutivi di reato.

²⁵ A proposito del procedimento analogico, F.CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Vol I, cit., p.285 ss., egli afferma che esso si applica non perché il caso non regolato sia simile a quello regolato, ma perché le norme vanno lette come se enunciassero non la proposizione particolare, ma quella generale che ne è il presupposto. Ammessa la verità di quest'ultima affermazione è però vero che il caso non previsto rientra nell'ambito della norma solo in quanto abbia una somiglianza con il caso espressamente regolato. La vera portata della norma può essere dedotta solo dall'esame dei rapporti che essa disciplina, e la *ratio legis* può estendersi a fattispecie non disciplinate, solo in quanto esse presentino una struttura simile a quella delle fattispecie espressamente previste.

²⁶ Si è, al momento, volutamente congelato il ruolo di cui sarebbe investito in materia l'art.25 della Costituzione

Si è registrata la bipartizione fra coloro che vietano in ogni caso l'utilizzo del procedimento del simile a simile e tra chi l'ammetterebbe in *bonam partem*²⁷.

Tra le posizioni dottrinarie favorevoli all'estensione analogica delle esimenti vi è *in primis* un Autore²⁸ che ha evidenziato il fatto che le scriminanti siano non limitative, bensì estensive di diritti e, per questo motivo, possono essere oggetto di analogia, in quanto non possono neanche essere reputato come norme di eccezione stando al fatto che non sussiste alcun rapporto di regola/eccezione con la norma incriminatrice²⁹.

Del medesimo avviso³⁰ vi è chi ha ribadito come la struttura delle esimenti esuli da ogni profilo di eccezionalità, poiché svolge un ruolo fondamentale nel delimitare la sfera di efficacia e le condizioni in cui esplicare la loro funzione. In virtù del ruolo rivestito poc'anzi illustrato sarebbe ammissibile in tal contesto l'estensione analogica e l'interpretazione sistematica³¹.

Sempre il medesimo autore afferma che la ratio *in nuce* alle esimenti non scritte risiederebbe nel privilegiare nel conflitto fra due interessi quello reputato di maggior rilievo sociale, l'elasticità del criterio si orienterebbe nel senso di garantire in ogni caso concreto il miglior trattamento a favore dell'individuo. Il pensiero appena espresso non pare scongiurare ogni deriva relativistica: giustificerebbe, insomma, giudizi di

²⁷ Va sottolineata la timidezza con la quale ci si occupa dell'analogia in *bonam partem*. Ammesso il principio, il relativo procedimento dovrebbe essere accettato-come già rilevato- anche in relazione alle circostanze attenuanti e alle cause che estinguono il reato o la pena e a quelle che escludono l'imputabilità. Ma di estensione analogica di tali istituti non si è mai parlato. Né è a dire che non se ne avvertiva l'utilità: abbiamo già visto che la previsione delle cosiddette attenuanti generiche (che vanno e di molto- aldilà di quelli che sarebbero stati i risultati di un'estensione per analogia delle circostanze previste) dimostra proprio il contrario. Ancor più significativo è il silenzio in tema di cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità. Nessuna prescrizione afferente al dritto penale parrebbe, ed è, meritevole di "allargamento" attraverso l'operazione analogica: si pensi all'art. 88 c.p. sul vizio di mente, secondo cui non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. Eppure non se ne fa menzione. Con la sconcertante conseguenza che si pone come più schematica e lontana dal concreto la normativa penale rispetto a quella del diritto civile, che offre una nozione di incapacità naturale assai più aderente alla sinuosità del reale: <<Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati...>> (art. 428 c.c.)" M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., Giappichelli Editore, Torino, 2003,p.22

²⁸ F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1989, p.273 ss.

²⁹ Va menzionato che il citato art.14 vieta l'estensione analogica delle norme eccezionali, le quali devono essere confinate nell'ambito applicativo circoscritto dal legislatore

³⁰ G.BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, p.359

³¹ Sempre volutamente è lasciato in sospeso ogni più approfondita comprensione del tema sulla interpretazione sistematica a cui si rinvia altrove nel proseguio

valore sulla prevalenza o meno di certi beni giuridici in contrasto con altri secondo criteri esclusivamente soggettivi che prescindono da quei principi di uguaglianza fondanti lo stato di diritto³²³³.

Vi è invece chi³⁴, come Frosali, si è posto in una posizione intermedia, essendo fautore di una elaborata opera di differenziazione degli elementi legittimanti o meno le esimenti non stipulate. Trattando della consuetudine e facendo inoltre riferimento al diritto penale coloniale, che contempla l'attività scriminante della consuetudine per il tramite della norma di legge, l'autore sostiene che la consuetudine possa essere la ragione giustificatrice delle scriminanti in parola, anche se non espressamente richiamate da un testo legislativo scritto. Spostando il suo discorso sull'analogia, egli l'ammetterebbe solo in *bonam partem*. Nel proseguio del suo discorso tuttavia afferma che non possono essere ammesse cause di non punibilità extra-legislative nel nostro ordinamento, ma questo non fa altro che creare confusione dal punto di vista terminologico, inoltre a tutto pregiudizio di tentativi di sistemazione dogmatica, in quanto «una volta ammessa la legittimità del procedimento analogico creativo di situazioni esimenti diverse rispetto a quelle comuni o speciali, espressamente stipulate, può diventare contraddittorio il precisare che non possano ammettersi cause di non punibilità extra-legislative»³⁵. Se si vuole fare riferimento al termine suddetto nella sua accezione più ristretta, ossia *extra legem*, allora si deve per forza dedurre che non possono essere ammesse altre esimenti se non quelle espressamente previste nel nostro ordinamento, condannando quelle ricavabili dal procedimento analogico ad una esclusione pressoché totale. Siccome tuttavia Frosali è ben propenso ad accordare l'analogia in *bonam partem* nel settore penale, allora non può al contempo statuire che

³² Bettiol riporta questo esempio: seppur prevalga il bene della vita su quello dell'onore sessuale, talune ragazze particolarmente sensibili potrebbero preferire la morte al disonore. Deve rilevarsi che tale esempio, oltre a non essere del tutto calzante, reca un equivoco. In primo luogo non si tratta di "particolare" sensibilità, ma di sensibilità media, poiché il sottomettersi ad un atto sessuale è fatto che ripugna la sensibilità media di ogni persona. Inoltre non si tratta di sensibilità, ma di rifiuto, di non volontà. Ma non sono sovvertiti i valori dell'ordinamento: semplicemente se ne tiene conto in rapporto alla peculiarità del caso concreto. Si pensi, per tutte, alla liceità della difesa contro l'aggressione sessuale

³³ È apprezzabile e condivisibile un'oculata attenzione alle istanze etico-sociali, ma è altrettanto vero che non ci si possa affidare in toto a criteri integralmente soggettivi. Non può essere negato che giudizi pre-normativi facciano da propellente al diritto, in particolare a quello penale, ma essi non hanno pragmatica pertinenza se non rientrano nel novero degli interessi protetti. Di questo avviso è M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003

³⁴ R.A.FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, Utet, Torino, 1958, p.345 ss.

³⁵ M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 25

se ricavate in tale modalità, le esimenti non possano avere cittadinanza nell'ordinamento: è meramente una questione di mettersi d'accordo sul significato da attribuire alle parole³⁶.

Invece è di pensiero fortemente cangiante un altro Autore³⁷ il quale individua le scriminanti tacite come quella specifica categoria di cause di giustificazioni direttamente attinte da fonti materiali.

Egli le reputa assolutamente incompatibili con gli ordinamenti fondati sul principio di legalità formale, quale il nostro, mentre indefettibili ed essenziali in quelli incentrati sul principio di legalità sostanziale³⁸.

Dalla sua definizione delle esimenti non scritte, reputandole ricavabili dalle fonti materiale, è pacifico che alluda alla consuetudine, ed è altrettanto chiaro come il suo ragionamento conduca direttamente al problema sotteso al rapporto fra fonti e mediamente al principio di riserva di legge, secondo il quale la materia penale potrebbe essere disciplinata esclusivamente da leggi³⁹.

Pertanto la *ratio* del principio non consisterebbe tanto nella certezza del diritto, quanto nella circostanza in virtù della quale all'interno di un ordinamento democratico-liberale lo strumento normativo più consono a garantire la piena partecipazione

³⁶ FROSALI non si riferisce tanto all'estensione analogica ma all'interpretazione analogica nella sua duplice veste di *analogia legis* e *analogia iuris*. È arduo invece comprendere perché sia restio a usufruirne nella sua declinazione dell'estensione, analogica, e soprattutto perché e come affidarsi all'interpretazione analogica se non vi sono base normative desunte dal sistema a cui appoggiarsi per tale *modus procedendi* di "simile a simile". Fa pensare che l'autore abbia in mente la libera produzione di diritto svincolata da regole positive, la quale trascende le ipotesi di procedimenti previsti nel nostro ordinamento. Si spiega inoltre perché, a corroborazione della sua tesi ponga come esempio un principio proprio della legislazione russa degli anni 20': Se un atto socialmente pericoloso non è direttamente previsto dal presente codice, il fondamento ed i limiti dell'oggetto dell'atto sono determinati in conformità alle norme del codice che prevedono reati del genere più somigliante". È quanto mai avvertibile la pericolosità di un siffatto *modus operandi*, assolutamente agli antipodi di ogni interpretazione analogica, in un campo estremamente impervio quale quello penale.

³⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., CEDAM, Padova, p 271 ss.

³⁸ Tale principio è il presupposto di altri principi che garantiscono il compiuto raggiungimento degli scopi, della regola di legalità a monte, che l'ordinamento vuole realizzare. L'art. 25 Cost dispone che "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", da esso ne discendono ulteriori principi che garantiscono attuazione alla regola espressa: il carattere assoluto della riserva di legge, la tassatività del precetto penale, l'irretroattività della regola penale e il divieto di analogia. Nell'analisi di Mantovani si evince, che nell' trattare il problema in esame, abbiano particolare utilità il principio del divieto di analogia e la riserva di legge.

³⁹ Nel termine utilizzato si intende ricompresi anche gli atti normativi aventi valore di legge, in ogni caso per un ' esaustiva disamina dei concetti di riserva di legge assoluta o relativa si veda M.GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol.I, La legge penale*, Giappichelli Editore, Torino, 1999 p.46

politica delle minoranze sia rappresentata dall'iter legislativo presieduto in Parlamento.⁴⁰

Volendo supporre che l'autore nella suo frapporre il principio di legalità formale a quello sostanziale abbia voluto sottintendere quella specificazione/declinazione del principio di legalità⁴¹ espresso dalla riserva di legge⁴², la medesima *ratio* estromette categoricamente ogni altro elemento che possa rivestirsi di sostanzialità a pena di spregiare il principio che è intrinsecamente formale⁴³.

Quanto illustrato porta alla conclusione⁴⁴ secondo la quale l'autore non abbia inteso effettivamente riferirsi alla riserva di legge, urge quindi considerare quanto egli abbia espresso in merito il divieto di analogia.

A tal proposito Mantovani suggerisce che l'unica via percorribile sia quella di estendere analogicamente le scriminanti già previste dal nostro ordinamento ai casi

⁴⁰ Contro ogni possibile idiosincrasia sul presunto dominio incontrastato delle maggioranze e sulla futilità di una duplice lettura da parte dei due rami del Parlamento, basti riflettere sugli emendamenti apportati al disegno di legge per causa dello scontro di opinioni confliggenti in Commissione, in aula o nella navetta fra una Camera e l'altra.

⁴¹ "Come è ben noto, il settore penale è dominato dal principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la veste latina al principio fu data dal criminalista tedesco Anselmo Feuerbach. Il brocardo ha indubbiamente un contenuto politico. Esso costituisce una garanzia per i cittadini, assicurando che non siano puniti se non nei casi espressamente previsti. Il principio del palladio delle libertà politiche, il che spiega la sua inclusione nelle Carte costituzionali e nella maggior parte dei codici penali moderni. Questo significato è stato esagerato da vari scrittori, specialmente dal criminalista tedesco Liszt, il quale ha definito il Codice penale la Magna Charta del reo. Orbene il principio di legalità protegge per certo anche il delinquente, in quanto impedisce che gli sia inflitta una pena che non gli spetta; ma è indubitabile che esso è destinato soprattutto ai cittadini che rispettano la legge, garantendoli da ogni intervento arbitrario della giustizia penale. In linea generale il principio in esame, nella società evoluta, tende ad espandere la sua sfera di influenza e mentre oppone la riserva di legge ai possibili arbitri del potere esecutivo, vuole anche un livello di sufficiente determinatezza delle norme incriminatrici per contrastare eventuali eccessi del potere giudiziario". F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, p.69. cit. Vedi inoltre G.VASSALLI, "*Nullum crimen sine lege*", Giur. It. 1939, IV, 49 ss.; P.NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in Studi in memoria di F.Grispigni, Sc. Pos., 1956, 237 ss. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, p.191ss.; B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in Saggi di diritto penale, 1965, p.191 ss.; M.SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in Arch. Pen. 1966, A.PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminazione della legge penale*, in Riv. It. 1969; P.G. GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; A.MOLARI, *Il principio di legalità tra diritto e processo nel pensiero di Franco Bricola*, in Ind. pen. 1996, 249 ss.; M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in Digesto pen. VIII, 1994; G.RICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989. F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p.109 ss.;

⁴² Cfr. A. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in Introduzione al sistema penale, a cura di G. Insolera-N. Mazzacupa-M.Pavarini-M. Zanotti, vol.I, Giappichelli, Torino, 1997

⁴³ Più in avanti si affronterà con maggior dovizia di particolari circa il rapporto intercorrente fra norme consuetudinarie e riserva di legge.

⁴⁴ M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.27

summenzionati⁴⁵, solo a condizione che preliminarmente venga accertato che l'analogia in bonam partem nel settore penale sia rispondente al principio di legalità.⁴⁶ Più precisamente egli esclude l'applicazione dell'estensione analogica per quella tipologia di scriminanti previste per le quali non sarebbe possibile adottare procedimento del genere in quanto delineate dal legislatore nella loro massima estensione analogica, così come l'adempimento del dovere, l'esercizio del diritto, il consenso dell'avente diritto; invece ritiene ammissibile l'estensione analogica della legittima difesa e dello stato di necessità⁴⁷⁴⁸.

Altri autori sono esplicitamente a favore all'estensione analogica in *bonam partem*, come Giovanni Fiandaca ed Enzo Musco

Essi, muovendo dall' assunto secondo il quale il divieto di analogia si dirigerebbe unicamente verso quelle interpretazioni della norme penali sfavorevoli, si sono interrogati circa il grado di limitazione dell'art 14 cit., escludente l'analogia per le leggi eccezionali⁴⁹, sul effettivo dispiegamento del procedimento analogico.

⁴⁵ I casi sono appunto l'attività medico chirurgica, attività sportiva, divulgazione di segreti bancari o di informazioni di dati sensibili, divulgazione giornalistica di notizia che potrebbero nuocere alla rispettabilità e onore della persona, abuso di correzione, utilizzo di offencicula.

⁴⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., CEDAM, Padova, p 248 ss. Quanto detto spinge a credere che l'autore suddetto quando parla di quelle fonti materiali idonee a ledere il principio di legalità formale, unicamente rimanda alle fonti consuetudinarie. Il procedimento analogico, si ribadisce anche qui, investirebbe esclusivamente le cause di giustificazione già previste nell'ordinamento.

⁴⁷ "Per quanto concerne la prima parte dell'asserzione, sembra affiorare la sovrapposizione del concetto di interpretazione estensiva su quello di analogia. Che i termini di una scriminante esauriscano la portata logico-semanticamente loro affidabile è questione che preclude un'ermeneutica di estensione: oltre il senso proprio delle parole usate non si può andare. Si esce quindi dal campo interpretativo, per entrare in quello di una eventuale operazione analogica. Cioè come sappiamo, da simile a simile. E, a questo punto, in tema, ad esempio, di esercizio di un diritto, potrebbe porsi la domanda se non giustifichi il procedimento analogico il caso in la realizzazione di una certa condotta sia assicurata da ripetute prese di posizione dell'Autorità competente. Situazione questa, che ove l'affidamento creato, che ove l'affidamento creato non riguardi facoltà legittima contemplata dall'ordinamento e della quale però non esistano gli estremi del fatto, non si risolve con l'applicazione del 4° comma dell'art. 59 c.p.³⁷In astratto potrebbe concretare una esimente non stipulata." Cit. M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.29. E.MEZZETTI, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁴⁸ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato, Parte II*, Giappichelli Editore, Torino, 2001, p.157ss

⁴⁹ Opportuna distinzione è stata operata in dottrina fra leggi eccezionali e leggi speciali, in quanto con le prime si intendono quelle norme che derogano ai principi di diritto comune aventi valore normativo, non potrebbe mai esserci corrispondenza fra norme eccezionali e norme speciali. Infatti autorevole dottrina ha dimostrato magistralmente come il rapporto regola –eccezione ed il rapporto genere-speciale siano due rapporti nettamente distinti fra loro; non può esserci una norma che sia al tempo stesso una norma speciale ed una norma eccezionale rispetto ad altra norma che nei confronti della prima, assumerebbe al tempo stesso la qualificazione di norma generale e di norma-principio. Mentre la norma eccezionale costituisce una deroga, una deviazione dal principio e pone in essere una disciplina antinamica a questo, la norma speciale costituisce la specificazione o anche il prolungamento-

Secondo la loro opinione (con assunto alquanto tautologico), le cause di non giustificazione non possono definirsi eccezionali in quanto sono norme che danno disciplina a situazioni generali in cui tutti possono imbattersi se si manifestino certi presupposti, eccezionali invece sarebbero quelle norme che derogano all'efficacia generale, e per di più ritengono che nel momento in cui esse delimitano le condizioni generali di integrazione della fattispecie incriminatrice, siano suscettibili di applicazione analogica⁵⁰⁵¹.

Gli autori citati inoltre volendo confutare nel loro assunto iniziale la natura eccezionale delle esimenti in quanto sarebbe incontrovertibile il loro apporto a delimitare i contorni applicativi delle norme incriminatrici⁵², non fanno che erroneamente cadere sotto il primo dei divieti posti dall'art.14 cit.

continuazione, per una data numero di situazioni, della disciplina contemplata dalla disciplina generale. La prima rappresenta una interruzione della consequenzialità logica della norma generale, la seconda ne costituisce il completamento, la specializzazione. Queste osservazioni possono dare adito a evidenziare come la non coincidenza fra i due significati in cui l'espressione "leggi eccezionali" si incontra usata nel nostro diritto positivo consenta di ammettere l'esistenza di una categoria di leggi eccezionali nel loro complesso, in quanto testi legislativi emanati nell'occasione di circostanze eccezionali. Il principio posto in rilievo dalla più autorevole dottrina, secondo cui il contrapposto diritto comune-diritto singolare è un contrapposto di norme e non di sistemi, evidentemente non vale per le leggi eccezionali intese in senso diverso da quello di leggi derogatorie o norme di diritto singolare. Esse, pur essendo eccezionali nel loro complesso, potranno contenere tanto delle norme che costituiscono la conferma od anche la ripetizione di principi di diritto comune, quanto delle norme che vengano a porsi come norme-principio, sullo stesso piano delle altre norme del diritto comune, quanto delle norme speciali, nel senso di complemento non contrastante con disposizioni dettate in via generale dal diritto comune, quanto infine da norme eccezionali in senso proprio e cioè costituenti la deviazione da un principio normativo espresso o altrimenti ricavabile dal diritto comune. G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, cit. P.16-17 vedi anche P.COPPA ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, I, *Diritto singolare e diritto comune*, Modena, 1915, p.78 ss.; F.GRISPIGNI, *Corso di diritto penale*, Padova, 1935, p.424 ss.; G.MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1937, p.142. O.VANNINI, *Istituzioni di diritto penale*, Firenze, 1939, p.54; G.BATTAGLINI, *Diritto penale*, II ed, Zanichelli, Bologna, 1940, p.54; E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1934, I 214n.147.

⁵⁰ Come esempio viene riportato la situazione in cui un ragazzo sequestrato che, rappresentandosi il fatto che il riscatto non verrà pagato, per liberarsi ferisce il suo aguzzino che si è addormentato, secondo gli autori si profilerebbe un caso di legittima difesa preventiva, scriminabile soltanto mediante il ricorso all'estensione analogica.

⁵¹ L'elemento che gli autori ritengono non inverte nel caso prospettato, il quale consentirebbe altrimenti l'applicazione immediata e diretta della difesa legittima, sia l'attualità. Tuttavia va detto che il requisito dell'attualità viene meno in ipotesi di pericolo futuro o presunto, non nei casi in cui il tempo perdura nel tempo. La ratio della scriminante implica che l'autotutela sia facoltizzata nelle ipotesi in cui non vi sia alcuna possibilità di appellarsi e chiedere sostegno alle autorità preposte all'apparato coattivo-sanzionatorio; ma se pertanto permane l'impossibilità, di conseguenza non viene meno l'attualità del pericolo, che legittima la reazione. Quindi non si avverte alcuna necessità di adoperare lo strumento dell'estensione analogica in quanto vi è semplice applicazione dell'art. 52 c.p. Cfr M.GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato*, Parte II, Giappichelli Editore, Torino, 2001, p.215

⁵² G. FIANDACA- E.MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1995, p.96

Quindi le cause di giustificazione avrebbero natura penale e non sarebbe possibile applicargli alcuna estensione analogica qualora ci si attenga appunto alla constatazione menzionata secondo la quale esse avrebbero rilievo nell' applicazione delle norme incriminatrici.

Contraddittorio appare estromettere la natura penale delle norme configuranti cause di giustificazioni arrivando ad affermare che le scriminanti non sono necessariamente subordinate al principio di riserva di legge e possono generarsi per consuetudine⁵³.

La questione è che “le esimenti la maggior parte delle volte sono configurate in settori dell'ordinamento diversi da quello penale, ciò comportando, che si presentino con caratteristiche di pluridimensionalità. Occorre dunque distinguere il caso in cui le regole che le prevedono limitano i loro effetti alla materia d'origine (civile, amministrativa ecc.) da quello in cui modellano i limiti di una disposizione incriminatrice⁵⁴⁵⁵.”

Un altro Autore⁵⁶ ha focalizzato il centro della sua riflessione circa la validità o meno da assegnare al procedimento analogico nel delimitare l'area del penalmente rilevante e passibile di sanzione.

La sua posizione, piuttosto che rivelarsi fondata su argomentazioni logico-giuridiche condivisibili, è “frutto di un atto di fede”⁵⁷. Egli reputa che non incontrerebbe alcuna sorta di limite l'analogia in *bona partem*, pur tuttavia entrando in contrasto con quanto successivamente esposto in tema di interpretazione, la quale viene indentificata come strumento per carpire e individuare il senso del linguaggio normativo, sia con effetti estensivi che restrittivi, elaborato dal legislatore.

⁵³ G. FIANDACA- E.MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1995, p, 159

⁵⁴ M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., p.30

⁵⁵ Va rimarcato che l'idea secondo la quale le scriminanti sarebbero norme extra-penali ricavabili dell'intero ordinamento non avrebbe validità per ogni tipo delle medesime. Ha valenza per la legittima difesa, l'adempimento del dovere o esercizio del diritto che hanno fonte extra-penale (seppur diventando penali nell'istante in cui circoscrivono la portata del precetto), ma la stessa asserzione non avrebbe alcun fondamento per le altre esimenti comuni e speciali. Inoltre il procedimento analogico investe la norma reale al completo dei suoi elementi costitutivi, inclusi gli elementi negativi (scriminanti). Non rileva che la fonte della scriminante sia rintracciabile in un settore del diritto rispetto ad un altro, perché poi l'esimente si inserisce nella norma incriminatrice, per ciò stesso di natura penale e, conseguentemente colpita dal divieto.

⁵⁶ C. ROXIN, *Straferecht, Allgemeiner Teil*, Band I, C.H. Beck'sche Verlagshunchhandlung, Munchen, 1992, p.82.

⁵⁷ M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit, p.31

Pertanto vi è chi ha criticato tale impostazione⁵⁸ poiché sostenere l'ammissibilità del ricorso all'analogia in ogni frangente che porti risultati favorevoli all'autore del fatto si arresta a mera ideologia e non una scelta motivata da argomentazione logiche giuridiche o dall'impianto normativo. In ultima battuta, dello stesso avviso secondo cui sarebbe legittima l'applicazione analogica in *bonam partem* vi è un altro Autore⁵⁹ il quale risponde positivamente alla domanda se il procedimento analogico debba essere sempre consentito in ogni caso.

Fino adesso sono state offerte una gamma di posizioni più autorevoli che ritengono ammissibili le scriminanti non scritte in virtù del procedimento analogico, ma in materia vi è parte della dottrina italiana che è di opposto orientamento sempre muovendo le loro argomentazioni dall' criterio interpretativo offerto dall'art.14 sulle disposizioni sulla legge in generale: tuttavia nell'ambito di questo orientamento le posizioni non combaciano perfettamente.

Vi è chi ⁶⁰volendo anch'egli partecipare all'annosa questione circa la necessaria esistenza di scriminanti non sancite da regole scritte dell'ordinamento, *in primis* tratta della possibilità di scovarle nelle fonti consuetudinarie.

L'art.8 della disposizione della legge in generale attribuisce efficacia agli usi richiamati da una legge (e non da regolamenti), porta l'autore a ritenere inammissibile una deroga al principio di riserva di legge. Lo stesso, discostandosi da chi è propenso a concepire come non norme penali le esimenti e quindi esonerate dal dover osservare vincolo di tale principio, sostiene che "il frammento di norma extra-penale che contribuisce a disegnare i contorni della figura dell'illecito è parte essenziale della regola che stabilisce che cosa sia proibito e che cosa sia, invece, permesso. Le esigenze di monopolio legislativo alla base della riserva sono appagate quando l'intero fatto di reato risulti delineato, immediatamente o mediamente, da una norma di legge⁶¹".

⁵⁸ M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.31

⁵⁹ H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Dunker & Humblot, Berlin, 1969. L'autore si focalizza poi sulle corrette modalità per elaborare le norme in quanto il dovere di fare norme senza sbavature è ritenuto prioritario, per non svilire il principio del *nullum crimen sine lege*, rispetto alla questione pur sempre problematica e affannosa dell'estensione analogica. Ma nel suo discorso tende a confondere il concetto di creazione del diritto mediante il procedimento da simile a simile con quello della mera interpretazione estensiva e/o sistematica condotta alla stregua dell'intero ordinamento.

⁶⁰ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato*, Parte I, cit.p.276

⁶¹ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, Il reato*, Parte I, cit.p.277

Nel caso invece del procedimento attraverso cui ricavare le esimenti mediante l'operazione analogica⁶², per quanto attiene la cosiddetta *analogia legis*, egli ritiene indispensabile analizzare preliminarmente se l'art. 25 Cost o altra norma costituzionale che dia forza superprimaria al divieto di analogia in materia penale.⁶³

Dalla composita analisi degli artt. 13 e 25 Cost egli perviene alla conclusione che tale ultima norma rende pretermesso ogni intervento analogico sulle regole incriminatrici e quelle che si connotano per inasprire solamente la risposta sanzionatoria o in generale a incidere in senso sfavorevole sulle condizione del soggetto cui la regola viene applicata⁶⁴.

A quanto esposto si può aggiungere che egli si domanda se il presunto silenzio del legislatore sulle norme differenti da quelle incriminatrici possa dar adito ad affermare la legittimità del procedimento analogico.

Il più volte citato art.25 Cost viene in rilievo in questo senso tanto da essere giudicato in maniera oltremodo rigorosa e tetragona dall'autore in un settore come quello penale fortemente incidente sulla libertà personale dei soggetti, tanto che appare indispensabile individuare gli esatti contorni della riserva di legge non solo affinché se ne tragga beneficio l'impianto normativo secondario, ma anche il processo di creazione della legge e degli atti equiparati ad essa che abbiano diretta implicazione

⁶² Quindi la direzione del discorso si muove da una disamina delle fonti a quello di interpretazione dell'ordinamento penale. Gallo inoltre opera una distinzione fra *analogia legis* ed *analogia iuris* ovvero fra situazioni il cui effetto scriminante sarebbe fondato sull'estensione per analogia di specifiche regole che ipotizzano cause di non punibilità e situazioni desunte da principi generali dell'ordinamento. Sul argomento testé menzionato si approfondirà altrove nel proseguio.

⁶³ "Francamente pare che questa osservazione sia decisiva e quanto se ne ricava è di importanza davvero fondamentale, posto che se il divieto è stabilito da regola costituzionale, non solo non è derogabile dal legislatore ordinario ma pone oltretutto l'onere di uniformarsi" Cit. M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.33. Per maggiori considerazioni sui principi generali del diritto si veda: V.CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Riv. int. Fil. Dir, p.1941, p.21, G.SCADUTO, *Sull'identificazione dei principi generali del diritto*, in Scritti in memoria del prof. Innamorati, Annali della fasc. di giurispr. Della R.Univ.di Perugia, 1932, p.225, H ss., G.BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, 1936, p.104 ss.; T.ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 1. Disp. prel nel dir. Priv*, in A.G., 1925, p. 276 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezione di diritto processuale civile*, Padova, 1926, I, p.285 ss.; *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936,p.116 ss.; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p.139-168. Egli ad un certo punto poneva come mezzo di integrazione reciproco all'analogia l'*argumentum a contrario*

⁶⁴ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.101.

penale. Le opportune accortezze non si declinano solo in senso normativo ma anche in quello interpretativo⁶⁵⁶⁶.

Secondo Gallo inoltre l'interprete non potrebbe essere investito di un potere tanto esteso dal inverare ipotesi omologhe a quelle previste sulla base di spogli e difettosi criteri di somiglianza, giacché è la stessa *ratio* della riserva di legge a precluderlo totalmente⁶⁷.

Attraverso queste lettura sistematica dei disposti costituzionali, egli perviene alla conclusione secondo cui non vi sarebbero i presupposti normativi per derogare al divieto di analogia, a meno di non incorrere in un allargamento costituzionale del principio *in dubio pro reo* "dal campo delle prove di fatto a quello della individuazione di regole di diritto tali che la loro applicazione si risolva in un miglioramento delle condizioni del destinatario del disposto penale ".⁶⁸⁶⁹

Vi è un altro giurista⁷⁰ che attua la suddivisione fra condotte che non vengono punite, pur non espressamente scriminati da norme scritte dell'ordinamento e esimenti traenti origine dalla consuetudine.

Per quanto concerne quest'ultime egli sostiene gli articoli 25 Cost, 1 e 199 c.p. impediscono alla consuetudine una produzione diretta della normativa, sebbene a detta del richiamato Autore una sorta di creazione normativa indiretta sia ammissibile nel caso in cui si faccia rimando per integrare la norma incriminatrice ad altri settori dell'ordinamento che riconoscano efficacia alla consuetudine.⁷¹

⁶⁵ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.104

⁶⁶ Certo è che le norme non direttamente incriminatrici non possano definirsi eccezionali e sottostare al divieto del art.14 delle disposizioni sulla legge in generale.

⁶⁷ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.108

⁶⁸ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.109. Non si nega che talora sarebbe più rispondente al sentimento di "giustizia" sciogliere certe situazioni mediante l'analogia, tuttavia egli ritiene più congruo mantenere fermo il principio generale di garanzia onde eludere ogni forma di discrezionalità/arbitrio esercitato da chi è preposto all'applicazione delle norme.

⁶⁹ Come ricorda l'autore "Omnia mala exempla ex rebus boni sorta sunt." Cfr in tal senso M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.110. Inoltre per un più approfondito excursus sul tema della buona fede, con notevoli spunti di interesse sotto l'aspetto storico-politico vedi V.MATHIEU, *La buona coscienza*, Cidas, Torino, 1996 e *Le malefatte della buona fede*, Cidas, Torino, 1998. Ma anche dal punto di vista sociologico, antropologico e filosofico vedi E.RESTA, *Le regole della fiducia*, Editori Laterza, Bari, 2009.

⁷⁰ G.MARINI, *Lineamenti del Sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p.412

⁷¹ Per rendere ancor più manifesto il concetto in parola, Marini cita la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto, affermando inoltre che il diritto possa emergere anche da fonte consuetudinaria. Appare necessario inoltre andare a precisare la terminologia impiegata, in quanto il termine "consuetudine" è solito indicare e il modo di creazione di una norma sia la regola giuridica

Ora, concentrandosi sulle presunta rilevanza indiretta della fonte consuetudinaria, essa non si esplica in maniera alquanto scorrevole, in quanto anche nei settori dell'ordinamento che ammettono la consuetudine, non è automatico l'utilizzo di quest'ultima: l'art.1 delle disposizioni generali sulla legge annovera tra le fonti del diritto gli usi, e l'art. 8 della medesima disposizione sancisce che "Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati".

Quindi la consuetudine riveste una funzione marginale all'interno del sistema delle fonti, intervenendo sporadicamente quando la materie non sono coperte da disciplina legislativa o regolamentare.

Oltre a questo, quando la norma incriminatrice riprende concetti propri di settori di ordinamento che attribuiscono rilevanza indiretta alla fonte consuetudinaria, costituirebbe una sorta di *escamotage* per eludere il principio di riserva di leggi.

Occorre evidenziare che l'art. 25 Cost nel 2° comma enuncia che "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Questa norma sancisce il principio di riserva di legge in materia penale, essi non si esplica a sola regola che concerne la forma dei provvedimenti ed al loro rango ma vuole anche assicurare che vi sia una attenta ponderazione sulle motivazioni che portano a incriminare una condotta umana e ad associarvi una risposta sanzionatoria privativa della libertà personale⁷².

Per quanto concerne l'ipotesi di scriminanti derivanti dal procedimento da simile a simile, anche il precedente autore citato⁷³ fa parte di quella stregua di giuristi che non ammettono l'analogia neppure in *bonam partem*, concordando inoltre con il pensiero di chi⁷⁴ afferma che le situazioni usualmente risolte mediante il ricorso alle esimenti

prodotta mediante quella modalità. In questo caso viene in rilievo particolarmente il modus operandi, ossia la ripetizione costante e frequente di una condotta accompagnato dal cosiddetto sostrato soggettivo (opinione *iuris sive necessitatis*), ossia la convinzione di osservare un certo precetto giuridico. Cfr M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.87.

⁷² Invero la ratio che sottostà al principio non può inficiarsi a causa di goffi espedienti con cui solo formalmente si fa ricorso a provvedimenti aventi rango di legge, ma il cui contenuto precettistico sia sostanzialmente imposto da fonte consuetudinaria.cfr M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit., p.100 e ss

⁷³ G.MARINI, *Lineamenti del Sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, p.412 ss

⁷⁴ M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit.

non stipulate dovrebbero in realtà essere ricondotte all'interno della categoria delle scriminanti comune o speciali previste espressamente dall'ordinamento.

Vi è anche chi⁷⁵, come Caraccioli, osta all'applicazione analogica seppur in *bonam partem* in materia penale. Egli reputa alquanto pericoloso prevedere l'esistenza delle esimenti in parola, connotate da criteri così generali e fumosi. Ammettere l'esistenza e la rilevanza applicativa di quest'ultime, non supportati da elementi cristallizzati normativamente, sarebbe prodromica all'arbitrio e ad una smodata discrezionalità tale da demolire l'intero sistema positivo⁷⁶. Gli appare, inoltre, inconfutabile l'obsolescenza dell'impianto normativo del Codice penale del 1930 rispetto alle evoluzioni del tessuto sociale e degli ultimi ritrovati tecnologici, sebbene sia sempre del parere che gli strumenti più consoni a risolvere tale problema debbano essere rimandati esclusivamente al legislatore, non paventando il necessario ricorso al procedimento analogico⁷⁷.

⁷⁵ Cfr. I. CARACCIOLI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, CEDAM, Padova, 1998, p.415 ss

⁷⁶ "Considerazioni sistematiche più che apprezzabili, tuttavia l'argomento forse prova un po' troppo. Infatti non è tanto la discrezionalità a spaventare. Soprattutto quando si tenga presente che nel pensiero dell'autore più che di discrezionalità vera e propria si ha riguarda all'ampiezza del potere interpretativo concesso al giudice da un certo tipo di formulazioni normative. Qualsiasi processo interpretativo ha connotato un certo grado di soggettività. I rischi che potrebbero darsi per l'applicazione certa del diritto sono superabili attraverso l'imposizione di uno stringente processo motivazionale che dia conto delle ragioni che hanno condotto a quella particolare decisione". M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.36

⁷⁷ "Già alcuni pandettisti avevano descritto l'analogia come un procedimento a tre fasi: il risalire da una norma a una proposizione generale, l'assunzione di questa a principio normativo, il ridiscendera essa alla formulazione di un'altra norma simile a quella iniziale, che poi risulterà la norma da applicare. Presso il Rocco, queste tre fasi sono distinte con chiarezza e in modo esplicita. Ciò che in questi autori non è messo a fuoco, è che l'analogia non è già caratterizzata da quel tipico procedere logico, perché mutando i termini, le stesse tre fasi potrebbero riscontrarsi anche nell'interpretazione estensiva, bensì da quello che nel procedimento stesso interviene, ossia dal principio superiore della norma. Per cui l'analogia non è un semplice ragionamento della stessa specie di quei ragionamenti tipici che potrebbero intervenire nell'interpretazione, bensì un mezzo che va oltre l'interpretazione stessa." M.GIANNINI, *op. cit.*, p.535-536, si veda anche V.CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Riv. int. Fil. Dir, p.1941, p.21, G.SCADUTO, *Sull'identificazione dei principi generali del diritto*, in Scritti in memoria del prof. Innamorati, Annali della fasc. di giurispr. Della R.Univ.di Perugia, 1932, p.225, F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, p.227 ss., G.BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, 1936, p.104 ss.; T.ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 1. Disp. prel nel dir. Priv.*, in A.G., 1925, p. 276 ss.; F. CARNELUTTI, *Lezione di diritto processuale civile*, Padova, 1926, I, p.285 ss.; *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, p.116 ss.; *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p.139-168. Egli ad un certo punto poneva come mezzo di integrazione reciproco all'analogia *l'argumentum a contrario*.

Sulla base di questo assunto, egli è propenso a far ricadere tutte quelle situazioni per le quali si farebbe riferimento alle scriminanti non stipulate nelle loro omologhe espressamente tipizzate e previste dal legislatore⁷⁸.

Il suo pensiero rappresenta un ponte di raccordo fra i due opposti orientamenti, si prodiga con attenzione premurosa verso il sistema e i suoi limiti, che lo portano a non ammettere il procedimento analogico e a immettere i casi solitamente risolti mediante l'uso di esimenti non stipulate nell'ambito di quelle effettivamente previste dal legislatore. D'altro canto, emerge insoddisfazione fra lo iato che divide l'attuale impianto normativo in materia e le esigenze di una società in continuo divenire, auspicando un rapido intervento in prospettiva di *iure condendo* da parte del legislatore affinché il sistema sia più malleabile alle istanze sociali⁷⁹.

Il giurista tedesco Schmidhauser⁸⁰ nell'analizzare la materia in esame rifiuta ogni possibile applicazione del procedimento analogico in *bonam partem*. Pur riconoscendo alla stregua di una fonte produttrice di diritto in via surrettizia, poiché l'analogia andrebbe a supplire le lacune dell'ordinamento, egli ritiene che ci si debba affidare all'interpretazione per delimitare il campo applicativo dell'analogia, ciononostante l'*Analogieverbot* –il divieto di analogia- osta a qualsiasi tipo di riflessione attinente l'applicazione analogica *pro reo* imponendosi in ogni caso, secondo il suo parere, la soluzione normativa sopra le istanze sociali e politiche suffraganti l'analogia in *bonam partem*.

A questo punto occorre illustrare ulteriori considerazioni fondate su parametri logico-giuridici alquanto diversi e inusuali, basti pensare a Florian⁸¹, che ha giustificato e

⁷⁸ Il suo focalizzarsi sui cambiamenti socio-culturali sprona Caraccioli ad una disamina sulla disciplina extra-codicistica ai fini di una ipotetica emersione di dati legislativi favorevoli all'estensione applicativa delle scriminanti comuni, pur sempre mantenendo fermo il divieto dell'analogia. In tal senso cita le questioni sollevate alla bioetica, le quali devono ancora trovare apposita tutela legislativa.

⁷⁹ “Se è certamente vero che ciascun ordinamento muta con il passare degli anni, non è per ciò stesso vero che gli strumenti che appresta divengano obsoleti. Il legislatore, nel suo sforzo di astrazione generalissima, deve poter creare mezzi che restino efficienti per dare protezione generalissima, deve poter creare mezzi che restino efficienti per dare protezione agli interessi che ne ritiene meritevoli, certo, l'esigenza di tutela e la scelta degli interessi stessi viene a mutare. Se tutto ciò ha incidenza sulle norme incriminatrici, ne ha inevitabilmente anche sulle scriminanti, che sono elementi la cui presenza elide il fatto di reato, costituendo una sorta di rovescio della medaglia incriminatrice. Comunque, un siffatto discorso apporta un contributo che svela le sue potenzialità al di là dei confini che ci siamo posti: vale come pregevole considerazione e suggerimento di politica legislativa” M. AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit., Giappichelli Editore, Torino, 2003, p.37-38

⁸⁰ E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Mohr, Tübingen, 1975, p.112 ss.

⁸¹ E. FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1934, p.522 ss.

legittimato l'esistenza della categoria delle esimenti in parola, affidandosi a quello che reputa essere la colonna portante di tutte le scriminanti. In questo modo, tuttavia, egli si espone a molteplici critiche *in primis*, in base alla sua ricostruzione, si configura un concetto dal respiro generale, che sembra involgere sia l'elemento soggettivo che quello oggettivo- quando le esimenti, invece, costituiscono elementi negativi del fatto- e per di più, questa è la critica di maggior rilievo che è stata sollevata, il nostro ordinamento non conferisce al fine efficacia costitutiva o di esclusione del reato al di fuori dei casi di illecito connotati dal dolo specifico. Non è data importanza ai motivi ricomprensivi tanto del movente o dello scopo, se non nelle particolari circostanze dalle quali si inferisce la capacità a delinquere del *reo* o a circostanze di notevole valore sociale o morale o, per contro, abiette o futili, dunque esclusivamente hanno rilievo agli effetti del dosaggio della pena, sempre sul presupposto del reato pienamente realizzato⁸². Infine è indispensabile illustrare una posizione⁸³ di notevole pregnanza per la tematica in esame, la quale è estremamente critica verso i sostenitori dell'analogia *in bonam partem* perché fondanti la loro idea sulla base di un equivoco: invero le esimenti costituite per il tramite del procedimento analogico rappresenterebbero limiti taciti, ossia limiti che contrassegnano implicitamente la tutela di interessi giuridicamente rilevanti. Le esimenti si porrebbero come limiti all'applicazione del precetto ed in tal senso, poiché ritenuti elementi negativi del fatto, confluirebbero essi stessi nel precetto⁸⁴⁸⁵.

L'autore citato è intenzionato ad individuare un criterio che legittimi e giustifichi l'esistenza di limiti esterni alla regola scritta, che non comprometta al contempo la certezza del diritto per risolvere la questione delle scriminanti in parole.⁸⁶

In tale proposito fa la suddivisione fra limiti omogenei e limiti eterogenei, e qualora una esimente stipulata confluisca all'interno della soglia logicamente necessaria

⁸² M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p 39

⁸³ P.NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., passim

⁸⁴ Va rilevata l'autonomia dell'impostazione poiché invece di parlare di cause, che facendolo permanere perfettamente realizzato, giustificano il fatto, Nuvolone parla di limiti della regola giuridica: parte, cioè della norma. Egli condivide inoltre lo stesso ordine di idee concepite da Gallo, ossia l'idea di norma reale, intesa come frutto complessivo delle disposizioni che partecipano a qualificare e disciplinare un dato interesse, in contrapposizione alla norma apparente, rappresentata dal singolo articolo del codice.

⁸⁵ Deve essere puntualizzato che Gallo trascende l'elaborazione del concetto di norma reale, poiché arguisce che essa non annovera solamente le norme sostanziali ma anche quelle processuali. Per un ulteriore excursus del tema si veda M.GALLO, *Appunti di diritto penale, La legge penale*, cit.p,19 ss

⁸⁶ Sono essenzialmente contrapposto due principali ordini di idee, che interpretano il problema come una faccenda di interpretazioni o di fonti.

dell'interesse qualificato -di quello prevalente o equipollente cioè limite/sostanza della non contraddizione- può essere oggetto di estensione a situazioni non espressamente preveduti purché essi rientrino entro i limiti logici della categoria cui appartiene. Lo stessa operazione non può definirsi ammissibile per quei limiti derivanti da fonti di produzione del diritto diverse dalle legge e per questo denominati come eterogenei. È indiscutibile come egli non sembra orientato verso un'istanza meta-giuridico-prenormativa ma bensì ad un concetto co-fondamentale al sistema in quanto reputa giustamente che l'ordinamento complessivamente considerato e la singola norma non possano entrare in contraddizioni con se stessi⁸⁷.

5. Considerazioni conclusive

Si possono desumere le prime conclusioni dopo aver illustrato i maggiori ed autorevoli orientamenti dottrinari. Si è scavato nel profondo dissertando sulla questione del fondamento delle esimenti non stipulate e non si può prescindere dal coinvolgere due aspetti irrinunciabili, ossia si tratta di accertare se tali esimenti diano adito ad un problema di fonti o di interpretazione.

Nel primo caso urge sottoporre a indagine la legittimità di un procedimento attraverso cui si estrapolano le esimenti non stipulate dalla fonte consuetudinaria, nel secondo sarà oggetto di studio il procedimento analogico, nella duplice veste dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris*⁸⁸.

⁸⁷ “Il pregio di una ricostruzione di siffatto genere implica che ci si avvalga dell'intero sistema positivo come contesto operativo, non escludendo i dubbi che provocano le conclusioni raggiunte dall'autore, ossia la possibilità di legittimare la categoria delle esimenti non stipulate meramente sulla base del presupposto che non violino il principio di non contraddizione”. M.AMISANO, *Le esimenti non codificate*, cit, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 40

⁸⁸ “Completamente fuori dallo schema dell'analogia giuridica rimane invece, secondo Bobbio, il procedimento argomentate dai “principi generali del diritto” al quale nondimeno si attribuisce solitamente il nome di analogia *iuris*. Così, secondo le analisi del Bobbio, mentre fino a tutto il secolo XVII e parte il successivo si usa termine “analogia” per indicare l'armonia e l'unità del ordinamento giuridico, ma non in particolare procedimento per colmare le lacune (al massimo quello per risolvere le lacune di collisione, cioè antinomie giuridiche) è l'exstensio che domina il procedimento detto oggi di analogia giuridica, e solo più tardi il termine analogia viene usato in questo senso, precisamente con l'opera dello Hoefler, *Juriprudentiae analogicae fundamenta*. Il termine usato è però dapprima analogia *iuris*: solo successivamente il termine analogia *legis* acquisterà il significato dell'originaria exstensio, mentre con l'analogia *iuris* si indicherà, indebitamente, come una forma di procedimento basato sui principi generali del diritto”. A.BARATTA, *op.cit.*, p. 573.