

DIRITTI E GIUSTIFICAZIONI COME CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'ILLECITO PENALE*

SOMMARIO: 1. *Posizione del problema e definizioni.* – 2. *Contenuti.* – 3. *Non im-
pedibilità.* – 4. *Ragioni per agire.* – 5. *Fondamenti.* – 6. *“Fare ciò che è giusto” e
“fare ciò che si ha il diritto di fare” non sono la stessa cosa.* – 7. *Personalità della
responsabilità penale.* – 8. *Fonti.* – 9. *Efficacia extrapenale.* – 10. *Scopi.* – 11.
Conflitto di norme vs. conflitto di ragioni.

1. *Posizione del problema e definizioni*

Nel pensiero penalistico italiano è del tutto pacifico che l'esercizio di un diritto (di cui all'art. 51 c.p.) costituisca una “causa di giustificazione”¹. Non di rado, tuttavia, si incontra anche l'idea inversa, che le cause di giustificazione diano luogo ad altrettanti “diritti di agire”², e che quindi la realizzazione di una condotta giustificata costituisca, a sua volta, l'esercizio di un diritto.

Entrambi questi assunti parrebbero, ad un primo sguardo e per ragioni diverse, aver qualcosa di plausibile; ad un esame più accura-

* Questo testo, scritto in onore del Prof. Franco Coppi, ripropone e rielabora ragionamenti che già compaiono nel capitolo II della seconda parte di un mio libro dal titolo *Diritti e responsabilità penale* (Milano, 2008). In alcuni punti ho ritenuto di mantenere sostanzialmente inalterati i miei argomenti; in altri punti, m'è parso invece di dover argomentare meglio le mie posizioni.

¹ In Spagna, v. ad es. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, AT, III: *Teoría jurídica del delito*/2, 2ª ediz., Madrid, 1998, 55.

² Tra altri, v. ad es. A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, 1947, 146; R. DELL'ANDRO, voce *Antigiuridicità*, in *Enc. dir.*, II, 1958, 552; J. REHBERG, *Zur Lehre vom “Erlaubten Risiko”*, Dissertation, Zürich, 1962, 86, 152 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 4ª ediz., Karlsruhe, 1971, 292; ID., H. ZIPF, *Strafrecht*, AT, I, Heidelberg, 1983, 323; E.R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, PG, III, Buenos Aires, 1981, 581-2, 632; ID., A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho penal*, PG, Buenos Aires, 2000, 566; G. FLETCHER, *Should Intolerable Prison Conditions Generate a Justification or an Excuse for Escape*, in *UCLA Law Rev.* 1979, 1358.

to, però, essi risultano il frutto di semplificazioni che, seppure tutto sommato innocue quando si tratta, per l'appunto (come a livello manualistico), di semplificare, divengono invece fuorvianti quando da esse si pretenda di trarre ulteriori implicazioni.

L'idea che esercitare un diritto valga a giustificare una condotta è sostenibile solo nei limiti in cui con ciò si voglia dire che, da un punto di vista sostanziale, l'esercizio del diritto, quando entra in conflitto con una incriminazione, funziona per certi versi come le cause di giustificazione: escludendo, cioè, l'illiceità penale del fatto, senza dir nulla però sull'offesa direttamente connessa alla realizzazione di questo.

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

La tesi in favore della quale cercherò di argomentare in questo articolo è che diritti di agire e giustificazioni siano, in realtà, due specie distinte di una stessa categoria³: quella delle cause di esclusione dell'illecito (penale)⁴. Entrambe condividono un medesimo aspetto della loro efficacia giuridica: quello consistente, appunto, nell'esclusione dell'illiceità penale del fatto da esse assistito; entrambe inoltre, da un punto di vista sostanziale, condividono la peculiarità, propria della categoria cui appartengono, di escludere *direttamente* l'illiceità

³ È una tesi che ho difeso in A. SPENA, *Diritti*, cit. In senso analogo, già A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, 630 s. (ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, Milano, 2009, 569 s.)

⁴ Come spero emergerà dal prosieguo, userò qui la categoria delle "cause di esclusione dell'illecito penale" in termini sostanzialmente diversi da come, ad es., la impiega H.-L. GÜNTHER in *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983.

penale del fatto, senza passare per una esclusione della sua proiezione offensiva specifica: entrambe incidono, cioè, non sull'astratta *portata* della norma incriminatrice, ma sul *peso* relativo dell'incriminazione rispetto a situazioni, posizioni, interessi in conflitto con quelli soggiacenti all'incriminazione stessa.

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

1.1. Prima di proseguire, dirò sinteticamente cosa intendo per “diritti di agire” e per “giustificazioni (penali)”. Con la prima locuzione mi riferisco a tutti quei diritti, che siano previsti ovunque nell'ordinamento (Costituzione, leggi o consuetudini civilistiche, diritto amministrativo, ecc.), purché non in norme qualificabili come penali, e il cui nucleo significativo (*defining core*)⁵ sia costituito dal permesso di fare, o di non fare, qualcosa⁶: il diritto di manifestare

⁵ «A legal right is no mere random aggregate of legal claims, liberties, powers, immunities and duties [...]; it is a unified and structured system of Hohfeld elements. At the centre of every legal right stands a defining core. Thus, the core of my right to free speech is my legal liberty of speaking out in controversial issues [...]. [...] Around the defining core of any legal right revolve a set of associated legal claims, liberties, powers, immunities and duties. What ties each of these associated Hohfeld elements to the central core is the way in which it contributes to some kind of freedom or control over this core to the possessor of the legal right». C. WELLMAN, *An Approach to Rights*, Dordrecht, Boston, London, 1997, 69 s.

⁶ Fuori dal novero dei ‘diritti d’agire’, capaci di rilevare come cause di esclusione dell’illecito, rimangono invece i diritti il cui nucleo significativo consista, anziché in un permesso di agire, in un’altra posizione giuridica, come ad es. una pretesa che altri faccia qualcosa (ad es., il diritto del locatore che il conduttore paghi il canone alle scadenze fissate, o il diritto del venditore che il compratore paghi il prezzo della cosa venduta): questi diritti infatti ruotano interamente intorno alla condotta del soggetto gravato dal dovere correlativo, e non implicano affatto che il titolare della pretesa (il locatore, il venditore) abbia anche il permesso di agire in modo da ottenere, *con le proprie mani*, la diretta soddisfazione di essa: «The right to receive does not entail a right to take» (G. FLETCHER, *Should*, cit., 1365): che il creditore C abbia un diritto(-pretesa) di ricevere mille euro dal debitore D, non implica che C possa legittimamente (che, cioè, abbia anche il permesso di) rubare mille euro dal portafoglio o dall’abitazione di D. O ancora: il diritto(-pretesa) che altri faccia qualcosa non implica necessariamente che sia permesso usare la violenza per forzare questi ad adempiere il suo dovere. Anzi, normalmente, usare la forza per far valere le proprie

liberamente le proprie opinioni, il diritto di scioperare, il diritto di educare i propri figli, ecc. Parlando di giustificazioni (penali) mi riferisco invece alle cause di esclusione dell'illecito previste nel codice penale, o in altre leggi penali, e tra queste, in particolare, a quelle che consistono in "reazioni giustificate in situazioni di necessità"⁷, di cui sono casi emblematici la legittima difesa (art. 52 c.p.) e lo stato di necessità (art. 54 c.p.), ma anche l'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), nonché, entro certi limiti⁸, la cosiddetta necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, c.p.).

2. Contenuti

Diritti e giustificazioni hanno, innanzitutto, contenuti, oggetti, diversi.

Oggetto di un diritto d'agire è la realizzazione di una certa condotta; esercitare un diritto significa fare qualcosa che si ha il diritto di fare: il diritto di esprimere liberamente la propria opinione, il diritto di educare i propri figli, il diritto di scioperare, e così via. In

pretese, quando si possa ricorrere al giudice, integra gli estremi di uno dei due delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, di cui agli art. 392 e 393 c.p. (Tra i tanti, sul punto, v. ad es. U. PIOLETTI, *Esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, in F. COPPI (cur.), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996.)

⁷ Prendo questa espressione in prestito da D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 2ª ediz., Torino, 2007, 279.

Intenderò dunque l'ambito delle cause di giustificazione in maniera più restrittiva di quanto usualmente faccia la dottrina penalistica, per la quale, invece, "causa di giustificazione" è sinonimo di "causa di esclusione dell'antigiuridicità". Cfr. ad es. G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 132; ID., *Rechtfertigung und Entschuldigung im italienischen Strafrecht*, in A. ESER, W. PERRON (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Freiburg i.B., 1991, 56.

Inoltre, tralascio intenzionalmente di considerare gli istituti dell'adempimento di un dovere e del consenso dell'offeso: alcune delle cose che dirò, qui di seguito, in relazione all'esercizio di un diritto, probabilmente, potrebbero attagliarsi anche ad essi; sotto altri aspetti, invece, questi istituti potrebbero meglio avvicinarsi alle giustificanti; per altri versi ancora, infine essi sembrano persino essere estranei alla categoria delle scriminanti (e riconducibili, invece, il consenso, alle cause di incompletezza del fatto o, l'adempimento del dovere, alle scusanti). Un esame di queste figure, ad ogni modo, è estraneo agli obiettivi della mia indagine, e pertanto non mi "comprometterò" più di tanto riguardo ad esse.

⁸ Cfr., da ultimo, A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, 145-181.

ognuno di questi casi, l'oggetto della posizione giuridica soggettiva ha, per così dire, *un nome* ben preciso: e questo è il nome di una certa condotta, o di una certa tipologia di condotte. Io esercito il mio diritto solo se tengo proprio quella condotta che ho il diritto di tenere (se dico quel che penso, se rimprovero mio figlio per aver rubato la merenda del compagno di banco, se mi astengo dal lavoro per rivendicare un trattamento economico migliore).

Le giustificazioni, invece, non hanno direttamente ad oggetto la realizzazione di una certa condotta, ma piuttosto il conseguimento di un certo risultato, di un certo stato di cose, valutato positivamente dall'ordinamento⁹: che sia evitato il pericolo attuale di un'offesa ingiusta (legittima difesa), o di un danno grave alla persona (stato di necessità); che sia respinta una violenza o vinta una resistenza nei confronti dell'Autorità (uso legittimo delle armi: art. 53 c.p.), e così via. Dire che la condotta di una persona è giustificata significa dire che quella condotta è considerata, dal punto di vista (e quindi alla luce degli scopi) del diritto penale, uno strumento adeguato, o tollerabile, al conseguimento di un certo risultato apprezzato: *un mezzo* (riconosciuto come) *adeguato* (dal diritto penale) *per uno scopo* (riconosciuto come) *giusto* (dal diritto penale)¹⁰. La causa di giustificazione giustifica bensì condotte ma solo (o per lo meno, innanzitutto) in considerazione dello stato di cose che queste permettono di ottenere, e quindi solo mediamente. La logica delle giustificanti, da questo punto di vista, è intrinsecamente consequenzialistica, strumentale¹¹.

⁹ Cfr. D. KAHAN-M.C. NUSSBAUM, *Two Conceptions of Emotion in Criminal Law*, in *Columbia Law Rev.* 1996, 318-9: «Justifications are said to identify acts that produce morally preferred *states of affairs*. [...] they single out acts that produce superior *states of affairs*» (corsivo mio). V. anche H. ZIPF, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", in *ZStW* 1970, 645 [«Wesen der Rechtsfertigungsgründe»: «Ausnahmsweise soll [...] durch die Tatbestandserfüllung – und trotz dieser – ein sozial wertvolles Ergebnis erzielt werden» (corsivo mio)].

¹⁰ Fondamentale A. Graf zu DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Halle a.S., 1905, 47 ss.; ID., *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1936, 22. V. anche F. von LISZT-E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, 26^a ediz., Berlin, Leipzig, 1932, 187 s.; Arm. KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, 253 s.; A. DE MARSICO, *Diritto penale, Parte Generale*, Napoli, 1969, 105 s.; E.R. ZAFFARONI, *Tratado*, cit., 582.

¹¹ Per l'esattezza, la logica delle giustificanti è *intrinsecamente strumentale* ma anche *deontologicamente mitigata*: si è giustificati (innanzitutto) in considerazione dello stato di cose che con la propria condotta si contribuisce a produrre; ma un fatto non è giustificato *solo perché* permette di conseguire un certo scopo assunto come proprio

Una condotta non è mai giustificata *in sé*, ma sempre, innanzitutto, *per* le conseguenze che ha (ad es., *perché serve a* evitare il pericolo attuale di un'offesa ingiusta).

In questo senso, le giustificazioni non costituiscono affatto diritti di realizzare certe condotte, diritti di tenere proprio *questa* o *quest'altra* condotta. Mentre infatti la descrizione dell'oggetto di un diritto di agire è sempre la descrizione di uno specifico tipo di condotta, la descrizione dell'oggetto di una giustificante, invece, normalmente¹² avviene in funzione dello stato di cose che la condotta giustificata permette di ottenere, e sul presupposto che il prodursi di questo stato di cose sia in qualche misura apprezzabile (che sia evitato il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, che sia respinta una violenza nei confronti dell'Autorità, ecc.). Mentre dunque le norme che riconoscono diritti d'agire contengono sempre l'indicazione diretta delle condotte che è lecito tenere (indicano, cioè, *nominativamente* ciò che è lecito fare), le norme giustificanti invece (almeno quelle di parte generale) non indicano specificamente *cosa* è lecito fare, ma si limitano piuttosto ad indicare un insieme di condizioni che rendono lecito fare *qualsiasi cosa* che pure sarebbe altrimenti illecito fare, e che però costituisce risposta adeguata alle circostanze.

I diritti d'agire, detto per slogan, sono cause di liceità *a condotta nominata*, mentre le giustificanti sono cause di liceità *a condotta innominata*¹³.

dal diritto penale; occorre piuttosto che esso costituisca, a sua volta, un mezzo (ricosciuto come) *giusto* per il perseguimento di quello scopo. E la *giustizia del mezzo* non dipende dalla giustizia dello scopo che permette di perseguire: essa, cioè, non si fonda, a sua volta, in termini consequenzialistici, ma si determina, semmai, in base alla conformità della condotta-mezzo rispetto a standard deontologici vincolanti, che si annidano in quegli elementi che sono generalmente chiamati a qualificare la condotta giustificata, quali in particolare *necessità* e *proporzionalità*: l'esigenza che la difesa sia necessaria e proporzionata all'offesa, o che il fatto necessitato sia proporzionato al pericolo, rappresentano, rispetto alla logica strumentale della legittima difesa e dello stato di necessità, mitigazioni nelle quali si esprime il valore morale, sociale, giuridico, del bene leso dalla condotta difensiva o da quella necessitata. Cfr. KAUFMANN, *Lebendiges*, cit., 253 ss.

¹² Cioè, salvo il caso di giustificanti speciali, o relative: v. nota 58.

¹³ Analogamente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 3^a ediz., Torino, 2008, 367 s.; D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., 279.

3. Non impedibilità

Dal differente contenuto di diritti e giustificazioni deriva che anche la cosiddetta “non impedibilità” della (o “divieto di interferire” con la) condotta scriminata si atteggi, nei due casi, in maniera diversa. Sia l’esercizio di un diritto che la condotta giustificata sono “non impedibili”: nessuno può reagire contro di esse in legittima difesa; nessuno può, in maniera violenta, aggressiva, impedire (o cercare di impedire) a una persona di fare ciò che questa ha un diritto di (o è giustificata a) fare, e accampare di esservi stato costretto (come richiede l’art. 52 c.p. perché si dia legittima difesa) dalla necessità di evitare il pericolo attuale di un’*offesa ingiusta* (il pericolo, cioè, di un’*iniuria*): tale infatti non è l’offesa giustificata (*iustificata*: e quindi *iusta facta*, da *iustum facere*) o quella arrecata *iure*, avendo cioè il diritto di arrearla¹⁴.

Nondimeno, la “non impedibilità” dell’esercizio di un diritto e quella della condotta giustificata hanno forme e implicazioni diverse.

S’è già detto che la natura “nominata” dei diritti di agire fa sì che il relativo titolare abbia un diritto di tenere *proprio quella* condotta che, per così dire, dà il nome al diritto: diritto di dire quel che si pensa, di scioperare, di festeggiare il Capodanno schiamazzando, di colpire l’avversario ai fianchi in un regolare incontro di boxe, e così via. Che l’esercizio di un diritto non sia impedibile significa dunque che è la condotta oggetto nominale del diritto a non poter essere, in quanto tale, lecitamente impedita. Nessuno può lecitamente impedire al titolare di ciascuno di quei diritti di fare ciascuna di quelle cose: nessuno (tranne, a certe condizioni, l’arbitro) potrebbe lecitamente

¹⁴ Tralascio, qui, di considerare una possibile complicazione, che potrebbe valere a pari titolo e per i diritti e per le giustificazioni: può infatti darsi il caso che la condotta giustificata e l’esercizio di un diritto siano in concreto capaci di offendere anche terzi innocenti, che nulla abbiano a che fare con la vicenda da cui si origina la scriminante (ad es.: Tizio, aggredito da Caio, reagisce con una condotta che, pur adeguata necessaria a respingere l’aggressione, è anche capace di mettere in pericolo Sempronio, uno sfortunato passante che nulla ha a che fare con la vicenda). Ci si può chiedere – ma è interrogativo al quale non cercherò di rispondere in questa sede – se tali soggetti possano, a loro volta, reagire in legittima difesa contro chi, nell’esercizio di un diritto o nella realizzazione di una condotta giustificata, rischia di offendere un loro diritto, o se invece, per esimerli da responsabilità penale per la loro eventuale reazione, non si debba piuttosto ricorrere ad altri istituti (tra i quali, *in primis*, lo stato di necessità).

salire su un ring per costringere con la forza un boxeur a colpire l'avversario con minore intensità; nessuno potrebbe obbligare con la forza a festeggiare sottovoce chi sia sceso in piazza a schiamazzare per il Capodanno; ecc.

Il contenuto di una giustificazione, invece, non consiste nella realizzazione di questa o di quella condotta specifica: contenuto della giustificazione è il prodursi di (la prospettiva che si produca) uno stato di cose giuridicamente approvato (nel senso di: conforme agli scopi del diritto penale); nessuna condotta è giustificata in quanto tale, ma lo è solo in quanto sia necessaria (e proporzionata) al prodursi di un certo stato di cose, giuridicamente approvato. La condotta posta in essere in una situazione giustificante (ad es., quella scelta dall'agredito per difendersi), di conseguenza, non è mai "non impedibile" *in sé*, ma solo *in quanto* (e *finché*) sia necessaria e proporzionata al prodursi dello stato di cose preso in considerazione dalla relativa ragione giustificante. Vista da altra prospettiva, la condotta giustificata è sempre impedibile, anche con condotte portatrici di un certo grado di lesività, se ciò può accadere senza che per questo sia impedito anche il prodursi dello stato di cose preso in considerazione dalla ragione giustificante, e quindi senza che l'effetto dell'impedimento sia quello di far subire al soggetto (o comunque far sì che si producano) le conseguenze della situazione necessitante che questi è giustificato ad evitare. Un esempio: Tizio aggredisce Caio in maniera ingiustificata; Caio reagisce tentando di colpire Tizio con un coltello che si ritrova in tasca: Tizio potrà lecitamente resistere alla reazione di Caio, limitandosi a bloccarne – od anche a fermarne l'azione con la minaccia di una pistola – per poi fuggire. Qui Tizio, l'originario aggressore, impedisce la condotta giustificata di Caio, usando anche un certo grado di violenza (fisica e/o morale), e, ciò nondimeno, non si può dire che agisca in maniera illecita¹⁵, poiché egli, pur impedendo la condotta di Caio, non produce una situazione nella quale questi sia costretto a subire l'offesa ingiusta contro la quale aveva reagito in legittima difesa.

Mentre dunque colui, su cui ricadono le conseguenze negative dell'esercizio dell'altrui diritto, ha il dovere di subirle (cosiddetto

¹⁵ V. p. es. J. DRESSLER, *New Thoughts About the Concept of Justification in Criminal Law*, in *UCLA Law Rev.* 1984, 87, nota 150 e testo corrispondente.

Duldungspflicht), lo stesso non si può dire di colui, su cui ricadono le conseguenze negative di una condotta giustificata: su questi non grava alcun dovere di subire quelle conseguenze, se egli è in grado di evitarle senza pregiudicare ulteriormente l'interesse per la cui salvaguardia è posta la giustificazione.

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

4. *Ragioni per agire*

La differenza sostanziale forse più emblematica tra diritti e giustificazioni risiede, comunque, in ciò in cui gli uni e le altre, rispettivamente, consistono.

Essere giustificati nel fare qualcosa significa, in generale, avere buone ragioni per farlo. Ci si giustifica adducendo ragioni per ciò che si è fatto ("ho fatto *x* perché ..."). Giustificare un fatto significa, dunque, ritenere che vi fossero buone ragioni per commetterlo¹⁶. Nel caso del diritto penale, predisponendo (o riconoscendo) certe

¹⁶ Ad es., J. FEINBERG, *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 45: «An act is justified, all things considered, if the *balance* of good reasons weighs in its favor».

giustificazioni, è lo stesso legislatore a riconoscere che *certe ragioni* sono da considerarsi *buone ragioni* per tenere la condotta vietata¹⁷, e che quindi, in loro presenza, la ragione sottesa all'incriminazione (*scil.*: il valore di un certo bene e il disvalore, speculare, di una certa condotta) non è da considerare decisiva, conclusiva, perentoria. Lo stesso legislatore, insomma, ammette che, in presenza di una certa ragione giustificante (ad es. legittima difesa), sia (penalmente) lecito fare ciò (ad es.: uccidere volontariamente una persona) che, altrimenti, per nessuna (altra) ragione sarebbe (penalmente) lecito fare.

Le giustificazioni sono, dunque, ragioni (strumentali)¹⁸ per tenere una condotta vietata riconosciute come buone dallo stesso legislatore, secondo la massima del giusto mezzo per un giusto scopo.

La stessa cosa non si può dire, invece, per i diritti. Avere il diritto di fare qualcosa, infatti, non è mai, di per sé, una buona ragione per farla: se giustificare significa indicare, o riconoscere, buone ragioni che militano a favore di una certa azione (ciò che ho/hai fatto era necessario “per difendermi/ti”, “per difendere altri”, “per evitare un danno grave a persone”, ecc.), avere il diritto di fare qualcosa, invece, non milita mai a favore del (né, ovviamente, contro il) farla. Addurre il diritto di fare una cosa non significa giustificarla (o giustificarsi per averla fatta). Ed invero non sarebbe razionale fare una cosa solo perché se ne ha il diritto, né quindi lo sarebbe addurre il diritto di fare una cosa quale ragione per averla fatta: ad es., se qualcuno mi chiedesse perché oggi, anziché andare a lavorare, ho scioperato, sarebbe irrazionale che io adducessi, a giustificazione, il mio diritto di sciopero. I diritti, semplicemente, non sono ragioni per agire¹⁹: e quindi, non sono giustificazioni della condotta.

¹⁷ G. FLETCHER, *The Right Thing for the Wrong Reason*, in *UCLA Law Rev.* 1975, 310, 320; ID., *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978, 558. V. anche K. GREENAWALT, *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, in *Columbia Law Rev.* 1984, 1903; T. MORAWETZ, *Reconstructing Criminal Defenses: The Significance of Justification*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1986, 288.

¹⁸ V. *supra*, nota 12.

¹⁹ «To have a right to do X is not to have a *reason* [...] for doing X». J. WALDRON, *Galston on Rights*, in *Ethics* 1983, 325; ID., *A Right to do Wrong* (1981), in ID., *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, 1993, 71, 72 («Rights [...] do not provide reasons for acting, at least non for the people who have them»).

5. Fondamenti

In quanto sorretta da ragioni riconosciute come buone dal diritto penale, si può anche dire che la realizzazione della condotta giustificata rappresenti, dal punto degli scopi del diritto penale, la migliore soluzione possibile del conflitto cui la norma giustificante si riferisce²⁰. Ed infatti, se la giustificante rende lecita una condotta anche se questa è penalmente tipica, ciò significa che l'interesse soddisfatto dalla realizzazione della condotta giustificata è giudicato prevalente rispetto a quello che sarebbe soddisfatto dalla sua mancata realizzazione²¹, e che quindi, finché una condotta è giustificata, la sua realizzazione assicura, ai fini del diritto penale, una soluzione del conflitto tutto sommato migliore, preferibile, rispetto a quella che si avrebbe nel caso in cui la condotta giustificata non fosse realizzata.

La forza di una giustificazione è dunque funzione dell'importanza dell'interesse (e quindi della ragione) ad essa soggiacente²² rapportata (secondo i parametri della necessità e della proporzione) all'importanza dell'interesse aggredito dalla condotta giustificata: traspare qui la logica propria del principio del miglior bilanciamento delle ragioni (e degli interessi) in gioco, che da più parti è ormai indicato quale fondamento dell'effetto scriminante delle cause di giustificazione²³;

²⁰ Molto bene E. SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand*, in *Festschrift für Engisch*, Frankfurt a.M., 1969, 450.

²¹ Cfr., ancora, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2^a ediz., 1975, 282; nonché A. PAGLIARO, *Il reato*, in ID., C.F. GROSSO, T. PADOVANI (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 287 s. (che però esclude, da questa dinamica, lo stato di necessità).

²² Ossia, del singolo, specifico, interesse soddisfatto mediante la realizzazione della condotta giustificata: ad es., l'interesse, facente congiuntamente capo all'ordinamento giuridico e alle potenziali vittime, a che sia evitata la perpetrazione di offese ingiuste (*legittima difesa*); l'interesse a che sia respinta una violenza o vinta una resistenza all'Autorità (*uso legittimo delle armi*); l'interesse ad evitare danni gravi alla persona propria o altrui (*stato di necessità*).

²³ Ad es., P. NOLL, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *ZStW* 1965, 1 ss.; C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 60 ss.; ID., *Cause di giustificazione e scusanti distinte da altre cause di esclusione della pena* (1987), trad. it. in ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, 90, 91; ID., *Strafrecht*, AT, I, 3^a ediz., München, 1997, 170 ss.; T. LENCKNER, *The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification*, in A. ESER-G.P. FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung*, cit., 494 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 8^a ediz., Milano, 2006, 143; D. PULITANÒ, *Diritto*, cit., 256 ss.

ma lo stesso ragionamento è anche espresso, in forma diversa, dal principio secondo cui quella giustificata è una condotta riconosciuta dal diritto come un mezzo giusto (*scil.*: necessario e proporzionato) per conseguire uno scopo apprezzabile (*scil.*: la tutela dell'interesse soggiacente alla giustificazione).

Lo stesso non vale (almeno tendenzialmente)²⁴ per i diritti di agire: a loro fondamento sta piuttosto l'esigenza, sentita dall'ordinamento, di accordare protezione all'interesse della persona di potere scegliere liberamente come agire in certe circostanze nelle quali, altrimenti, altre persone potrebbero sollevare obiezioni, fondate sulla lesività o pericolosità del comportamento eventualmente prescelto; i diritti mirano dunque (salva l'eccezione delle potestà)²⁵, non tanto alla protezione dell'interesse che sarebbe soddisfatto se la condotta oggetto del diritto fosse realizzata, quanto a predisporre, a favore della persona, degli spazi di autonomia (giuridicamente) protetti²⁶; essi, cioè, sono espressione, prima che del valore dell'interesse che verrebbe soddisfatto dall'esercizio del diritto, del valore dell'autonomia, e per questa via della dignità, delle persone²⁷. Da un punto di vista giuridico, ciò che importa non è, insomma, che il titolare di un diritto compia l'azione che ha diritto di compiere, ma piuttosto che egli sia messo in condizione di scegliere liberamente se compierla o meno.

Non si può dire, allora, (come si fa invece per le giustificanti) che, quando l'esercizio di un diritto rende penalmente lecita una con-

²⁴ Salvo, cioè, il caso delle "potestà": v. nota successiva.

²⁵ Infatti, «there are certain individual interests – in education, in security, and in certain sorts of freedom – whose promotion is in all but exceptional cases a crucial prerequisite of the shouldering of [social] responsibility and of humanly fulfilling participation in communal relations with others» (J. WALDRON, *The Right to Private Property*, Oxford, 1988, 104). Quando questo accade, il diritto extrapenale di agire assume, appunto, la forma di una *potestà*: la ragione fondamentale per cui queste sono attribuite non risiede tanto nella soddisfazione di un interesse egoistico, esclusivo, del titolare del diritto, quanto – almeno in prima battuta – nel perseguimento di interessi di terzi soggetti o di più generali interessi della collettività rispetto a cui l'esercizio del diritto-potestà appare funzionale. Penso, ad es., alla facoltà di arresto da parte del privato (art. 383 c.p.p.), o allo *jus corrigendi*.

²⁶ «Rights constitute for each agent the extent of the egoism he can proclaim against the community without moral embarrassment»: J. WALDRON, *The Right*, cit., 103; e ivi, v. anche 88 ss.; ID., *The Role of Rights in Practical Reasoning: "Rights" Versus "Needs"*, in *Journal of Ethics* 2000, 130.

²⁷ V. ancora J. WALDRON, *The Right*, cit., 128 ss. (part. 130 s.).

dotta penalmente tipica, ciò accada perché l'interesse direttamente soddisfatto dall'esercizio del diritto (ad es., dire la propria opinione su una persona, scioperare, ecc.) sia giudicato prevalente rispetto all'interesse da esso pregiudicato in modo penalmente tipico (ad es., l'onore di una persona, l'efficienza dei servizi pubblici, ecc.). Accade piuttosto che rispetto a questo secondo interesse sia giudicato prevalente l'interesse del titolare del diritto ad essere libero di scegliere se esercitarlo o meno (ad essere libero, ad es., di esprimere la propria opinione o di scioperare)²⁸.

6. *“Fare ciò che è giusto” e “fare ciò che si ha il diritto di fare” non sono la stessa cosa*

Un conto è, dunque, avere il diritto di tenere una certa condotta, altro è, invece, che tenere una condotta sia, in certe circostanze, la cosa giusta da fare (che, cioè, la condotta permetta – o è ragionevole credere che permetta –, nelle circostanze date, di conseguire uno stato di cose conforme al miglior bilanciamento delle ragioni, e quindi degli interessi, in gioco).

Giustificare un'azione significa mostrare le caratteristiche che *tutto sommato* (ossia: per quanto essa possa essere lesiva di interessi rilevanti) la rendono meritevole di venire realizzata: un'azione giustificata è un'azione che, visti gli scopi del diritto penale, merita di essere compiuta. La giustificazione, pertanto, rende sostanzialmente (e penalmente) *giusta* la condotta: tenere una condotta giustificata significa, dal punto di vista del sistema normativo di riferimento (nel nostro caso, dal punto di vista del diritto penale), fare una cosa giusta nelle circostanze date²⁹; fare, cioè, una cosa in favore della quale

²⁸ Di conseguenza, «[t]he strength of a right is not» (come accade invece per le giustificazioni) «a mark of the strength of the interest it directly or indirectly protects, but a mark of the fact that the right is a response to basic, morally crucial characteristics of persons. Hence, it is a response to a characteristic of persons» – la loro dignità (*moral worth*) – «that may itself be a necessary presupposition of the importance of protecting their interests». F.M. KAMM, *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Oxford, New York, 2007, 245.

²⁹ Cfr. G. FLETCHER, *The Right Thing*, cit., 310; ID., *Should*, cit., 1363 e *passim* [che pure, spesso e volentieri, appiattisce il fatto di avere il diritto di fare una cosa (*to have*

militava il miglior bilanciamento delle ragioni in gioco; produrre uno stato di cose in cui l'interesse (ritenuto) prevalente è soddisfatto, seppur a discapito di un altro interesse anch'esso (ritenuto) rilevante³⁰.

Lo stesso non si può dire dell'esercizio di un diritto: avere il diritto di fare qualcosa non significa che farla sia, nelle circostanze date, la cosa giusta da fare; avere il diritto di fare una cosa non ci dà alcuna ragione per farla³¹; possiamo avere il diritto di fare una cosa, e tuttavia non avere, in un caso di specie, nessuna ragione per farla; e può anche succedere che ci siano buone ragioni per non fare una cosa che, pure, si ha diritto di fare³². All'ordinamento tutto questo, in linea di massima, non interessa. Infatti, garantire ad una persona il diritto di tenere una condotta non è un modo per approvare questa condotta: non si attribuisce un diritto perché si ritiene che esercitarlo sia sempre giusto, utile, ecc. Garantire ad una persona un diritto di agire è, piuttosto, un modo per troncane ogni discussione sulla giustezza, o meno, di una condotta: o meglio, per superare l'*empasse* che sarebbe

a right) sul fatto che fare una certa cosa sia la cosa giusta (*something's being the right thing to do*): per questa obiezione, J. DRESSLER, *New Thoughts*, cit., 72, e ivi nota 65]; T. MORAWETZ, *op. cit.*, 299; B. SHARON BYRD, *Wrongdoing and Attribution. Implications Behind the Justification-Excuse Distinction*, in *Wayne Law Rev.* 1987, 1290, 1293; H. HURD, *Justification and Excuse, Wrongdoing and Attribution*, in *Notre Dame Law Rev.* 1999, 1571 *Contra*, però, DRESSLER, *op. cit.*, 69 ss.; D.N. HUSAK, *Justifications and the Criminal Liability of Accessories*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology* 1989, 499 ss.; ID., *Conflicts of Justifications*, in *Law and Philosophy* 1999, 53 ss.; H.J. HIRSCH, *Vorbemerkungen zu § 32 StGB*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 2. Bd., 11^a ediz., Berlin, 2003, 113 s. (Vor § 32 StGB, Rn. 18); C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 14/1; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 216; V. BERGELSON, *The Right to Be Hurt. Testing the Boundaries of Consent*, Rutgers Law School (Newark) – Faculty Papers, Paper 37, 2007, 104.

³⁰ «A's action is justified if and only if it occurs in circumstances (including the state of mind of the actor) such that anyone who performs it in those circumstances ought not, legally be punished; and the occurrence of the action is legally preferable, in the circumstances, to the occurrence of the legal alternative»: M. CORRADO, *The Place of Formalism in Legal Theory*, in *North Carolina Law Rev.* 1992, 1559.

³¹ V. *supra*, § 4.

³² «There is a difference between *having a right to do something* and that something's *being the right thing to do*. Having a right to do something does not mean that it is the right thing to do; it does not even mean that there is a reason to do it. In contrast, to say that something is the right thing to do is to say that there is a very good, yea even compelling, decisive, mandatory reason to do it.» W.A. EDMUNDSON, *An Introduction to Rights*, Cambridge, 2005, 136. V. anche J. WALDRON, *A Right to Do Wrong*, cit., 64 («The noun "right" [...] is apt to be confused with the adjective "right"»).

eventualmente determinata da discussioni del genere. Avere il diritto di fare qualcosa, anzi, ha valore proprio in quanto non sia chiaro, non sia pacifico se farla sia sempre la cosa giusta: proprio in quanto ci protegge da possibili obiezioni fondate sul fatto che, in certi casi, possano non esserci buone ragioni per tenere quella condotta, o che possano esserci buone ragioni per non tenerla³³.

7. Personalità della responsabilità penale

Di conseguenza, le giustificazioni sono anche connesse col principio di personalità della responsabilità penale (di cui, ad es., all'art. 27, primo comma, Cost.) in un modo nel quale i diritti di agire certamente non sono.

L'idea, oggi pacifica, che nell'art. 27, primo comma, Cost. si trovi espresso il principio di colpevolezza³⁴, coglie in realtà uno soltanto dei possibili aspetti del principio di personalità della responsabilità penale. Questo, infatti, più comprensivamente, «indica la esigenza etica, in base alla quale deve considerarsi vietato al legislatore prevedere la punizione di fatti che non siano espressione dell'uomo come "persona"»³⁵. E ciò significa, in sostanza, che la responsabilità penale ha (deve, per Costituzione, avere) la struttura di una responsabilità morale: che, cioè, si può (si deve poter) essere chiamati a rispondere penalmente solo di ciò che si sia fatto in quanto persona, di ciò in cui si esprima in qualche modo il nostro essere persona.

Il rispetto di quest'esigenza non si esaurisce, però, nella presenza di quei soli aspetti comunemente ricondotti alla tematica dell'"elemento soggettivo del reato": non basta, cioè, che gli elementi oggettivi della tipicità siano coperti dal dolo, o quantomeno conoscibili, e, nel caso dell'evento lesivo, che questo fosse prevedibile ed evitabile.

³³ EDMUNDSON, *op. cit.*, 139 ss.

³⁴ V. da ultimo C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. VASSALLI (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 3-28.

³⁵ A. PAGLIARO, *Principi penalistici e dogmatica del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1615 (ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, cit., 718).

Personalità della responsabilità (morale e) penale significa, più ampiamente, che si può (si deve poter) essere chiamati a rispondere (moralmente e) penalmente solo di ciò in cui non si sia incorsi per mera sfortuna, in maniera accidentale, non ascrivibile, in ultima analisi, alle capacità di dominio, di controllo, della persona³⁶. Questo ha evidentemente a che fare con l'imputabilità dell'agente, con la conoscibilità degli elementi del fatto tipico, con la prevedibilità ed evitabilità dell'evento tipico, o con la volontà di causarlo. Ma ha (o può avere) a che fare anche con elementi, per così dire, esterni al soggetto, ed attinenti, ad es., alla situazione, alle circostanze, in presenza delle quali egli si è trovato ad agire.

Proprio in quest'ottica emerge la stretta connessione tra giustificazioni e personalità della responsabilità penale. Stabilendo che un soggetto sia giustificato a condizione che abbia commesso il fatto in quanto "*costretto dalla necessità*" di commetterlo³⁷, il legislatore dà espressione al principio di personalità della responsabilità penale: formula, cioè, un canone di imputazione in forza del quale nessuno può essere punito per aver fatto ciò rispetto a cui non aveva alcun-

³⁶ Così J FEINBERG, *Doing*, cit., 32, in merito al concetto di responsabilità morale. Per la connessione tra responsabilità morale e responsabilità penale (o giuridica in generale), v., con grande chiarezza, S. KADISH, *Why Substantive Criminal Law – A Dialogue* (1980), in ID., *Blame and Punishment. Essays in the Criminal Law*, New York, London, 1987, 12; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 387 s. (ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società*, cit., 587); C. KUTZ, *Responsibility*, in J. COLEMAN-S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, New York, 2002, 564 ss.; M. GOLDING, *Responsibility*, in ID., W.A. EDMUNDSON (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, 2005, 221 ss.

Chiara espressione del principio di personalità della responsabilità penale al di fuori dell'area della colpevolezza in senso squisitamente psicologico è, ad es., la tematica della cosiddetta imputazione oggettiva dell'evento. Cfr. in tal senso M. DONINI sin dalla sua *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, *passim* e § 15, e, più di recente, in *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, *passim*.

³⁷ Sulla "necessità" quale principio generale, quale "nervo" o "colonna vertebrale", della struttura delle cause di giustificazione, v. ad es. Arm. KAUFMANN, *Lebendiges*, cit., 254. *Contra* G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali* (1983), in ID., E. DOLCINI (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 221 nota 160, (il quale, in ogni caso, esattamente rileva che il riferimento al requisito della "necessità" si spiega solo nell'ottica di una visione "penalistica" delle giustificanti, non invece se si ritiene che queste siano norme dell'intero ordinamento giuridico).

na alternativa realmente appetibile, né quindi moralmente esigibile; nessuno può essere punito per aver fatto ciò che si è trovato nella sfortunata necessità di dover fare.

Questo ragionamento non vale invece per l'esercizio di un diritto. Per quanto (una parte della) giurisprudenza³⁸ e (qualche voce isolata nella) dottrina³⁹ italiane talora lo abbiano richiesto, in realtà la liceità (penale) dell'esercizio del diritto non è in alcun modo condizionata ad una qualche "necessità" di compiere la condotta che si ha diritto di compiere, né al fatto che il titolare del diritto sia in qualche modo "costretto" ad esercitarlo. La condotta esercizio di un diritto è penalmente lecita anche quando il soggetto non avesse alcuna necessità di compierla, anche quando egli si sia deliberatamente posto nelle condizioni di doverla realizzare⁴⁰. E ciò per la semplice ragione che, come già visto, l'effetto scriminante dei diritti (a differenza di quel che accade per le giustificazioni) è del tutto scollegato da ogni eventuale qualificazione del fatto in termini di giustezza, o adeguatezza, morale, e quindi da ogni giudizio in termini di personalità della responsabilità.

8. *Fonti*

Quanto sinora detto dovrebbe servire a spiegare perché, nel darne le rispettive definizioni (*supra*, § 1.1), ho assunto che i diritti di agire abbiano sempre fonte in norme extrapenali e che invece le giustificazioni (penali) abbiano sempre fonte in norme penali. Il diritto penale infatti non attribuisce diritti di agire, non è suo compito; la sua funzione è semmai quella di difendere beni e interessi attraverso la "minaccia" di sanzioni di un certo tipo. Gli spazi di

³⁸ Tra le altre: Cass., 03.10.1962, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1965, 225; Cass., V, 23.01.1970, n. 106 (C.E.D. Cass. 114353); Cass., V, 16.10.1972, n. 1741 (C.E.D. Cass. 123385).

³⁹ V ad es. (ma in base ad argomentazioni diversificate): A. MALINVERNI, *L'esercizio di un diritto. Un metodo di interpretazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, 381 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1993, 197 s.; S. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Padova, 1996, 107 ss.

⁴⁰ V. ad es. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 160.

liceità che residuano fuori dall'ambito di applicabilità delle norme incriminatrici non sono diritti in senso forte, ma semplici permessi (o permessi deboli)⁴¹.

D'altra parte, le norme che contengono cause di giustificazione (penali) sono norme propriamente *penali* (che si ricavano dall'interpretazione delle disposizioni giustificanti contenute nel codice penale o in altre leggi penali): la loro funzione principale ed originaria è infatti dello stesso genere di quella propria di ogni norma penale: contribuire alla "gestione" di conseguenze giuridiche penali (quale è la "punibilità" dell'autore di un fatto). È proprio perché nascono con la funzione, originaria e caratteristica, di contribuire a definire l'operatività della conseguenza giuridica "punibilità", ed hanno quindi conseguenze giuridiche penali, che le norme, previste nel codice penale o in altre leggi penali e che riconoscono giustificazioni, possono correttamente definirsi norme penali⁴².

Quest'idea, che le norme giustificanti siano vere e proprie norme penali, è però avversata da buona parte della dottrina penalistica italiana (e non), per la quale le norme giustificanti, anche se previste nel codice penale o in leggi penali, sarebbero invece (al pari di ogni altra norma con effetto scriminante) norme appartenenti all'intero ordinamento (e comunque *non* specificamente al diritto penale).

⁴¹ La differenza tra permesso in senso debole e permesso in senso forte risale a Georg von WRIGHT: v. ad es. *Norma e azione. Un'analisi logica* (1963), trad. it. di A. Emiliani, Bologna, 1989, 132 ss. Sul punto v., tra gli altri e con varietà di posizioni, A. ROSS, *Direttive e norme* (1968), trad. it. di M. Jori, Milano, 1978, 191 s.; C. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Analisi logico y Derecho*, Madrid, 1991, 215 ss.; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ediz., Oxford, New York, 1990, 85 ss.; M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, Dordrecht, Boston, London, 1998, 90 ss.

In sostanza, si ha il permesso debole di fare qualcosa in quanto non esista alcuna norma giuridica che vieti di farla: se io ho il permesso di dormire a pancia per aria è perché non esistono norme giuridiche che mi vietino di farlo. Nel senso forte, invece, si ha il permesso di fare qualcosa, non già semplicemente perché nessuna norma lo vieta, ma piuttosto perché esiste una norma giuridica che, esplicitamente o implicitamente, conferisce quella posizione giuridica: per l'ordinamento giuridico italiano, io ho il diritto di dire quel che penso, non già perché non esistano norme giuridiche che mi vietino di farlo (ne esistono, eccome: solo a titolo esemplificativo, v. A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 689-738, in materia di reati di opinione), ma piuttosto perché è l'art. 21 Cost. che espressamente mi conferisce questa libertà.

⁴² Lo riconosce, ad es., T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 2.

La ragione di ciò starebbe nel fatto che le cause di giustificazione costituiscono sempre espressione di principi generali dell'ordinamento⁴³, e non di principi squisitamente penalistici. Si tratta, però, di un argomento non conducente. Non c'è dubbio che dietro alle norme giustificanti stiano principi di più ampia portata⁴⁴, che, in diversa forma, trovano realizzazione – volendo generalizzare – anche in settori dell'ordinamento diversi da quello penale. Questo, tuttavia, non vale solo per le norme giustificanti. Tutte le norme giuridiche costituiscono espressione di qualche principio soggiacente, anche le norme incriminatrici: la norma che punisce l'omicidio, ad es., o quella che punisce la diffamazione, o quelle che puniscono la corruzione, costituiscono tutte espressioni di principi generali dell'ordinamento (inviolabilità della vita, inviolabilità della dignità della persona, efficienza e imparzialità della Pubblica amministrazione); ciò nondimeno, nessuno mette in dubbio che si tratti di altrettante norme penali. E se nessuno mette in dubbio la natura penale delle norme incriminatrici, anche se queste costituiscono espressione di principi generali dell'ordinamento, ciò è dovuto ad una ragione molto semplice (che è la stessa ragione che rende penali anche le norme giustificanti): queste norme hanno (contribuiscono alla gestione/applikazione di) conseguenze giuridiche penali.

9. *Efficacia extrapenale*

Quando, poi, si afferma che la necessaria appartenenza delle scriminanti all'intero ordinamento, e non piuttosto al solo diritto penale, deriverebbe dalla circostanza che esse rendono lecito il fatto, non solo per il diritto penale, ma allo stesso modo per tutti i settori dell'ordinamento⁴⁵, si dice cosa ora irrilevante, ora errata.

⁴³ G. MARINUCCI, *Fatto*, cit., 212 ss.; ID., voce *Cause*, cit., 132 ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, Parte Generale*, I, 2ª ediz., Torino, 2003, 302; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, 3ª ediz., Milano, 2004, 522. *Contra*, v. ad es. A. PAGLIARO, *Fatto, condotta illecita*, cit., 629 s. (569 s.).

⁴⁴ Cfr., ad es., G. STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtfertigung*, in *ZStW* 1960, 41-70; G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2ª ediz., Berlin, New York, 1991, 352 s.; F. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.

⁴⁵ Ad es., G. MARINUCCI, *Rechtfertigung*, cit., 56.

Che (tutte) le scriminanti rendano un fatto lecito di fronte a tutto l'ordinamento è una generalizzazione non priva di ostacoli⁴⁶, che andrebbe valutata caso per caso e in relazione a ciascun sistema giuridico. Guardando al sistema italiano, ad es., è difficile affermarlo rispetto ad *ogni* fatto realizzato in stato di necessità: qui, se non altro, rimane aperta la questione del senso da attribuire alla previsione dell'art. 2045 c.c., ed alla possibilità che uno stesso fatto, penalmente giustificato, faccia sorgere in capo al suo autore un obbligo civile di indennizzare la vittima della condotta necessitata⁴⁷. D'altra parte, è probabilmente vero che un fatto realizzato per legittima difesa – e in particolare, un fatto sussumibile nel primo comma dell'art. 52 c.p. – sarà lecito, non solo per il diritto penale, ma anche per altri settori dell'ordinamento (come quello civile o quello amministrativo). Ma questo, a guardare bene, non dipende da una pretesa efficacia delle scriminanti *su tutto l'ordinamento*: non è affatto una necessità legata ad una valenza “universale” che sarebbe (concettualmente) propria delle scriminanti. Il fatto è, più semplicemente, che nel diritto civile (art. 2044 c.c.) e nel diritto amministrativo (art. 4, legge 24.11.1981, n. 689) italiani sono presenti norme permissive (rispettivamente civili e amministrative) di contenuto grosso modo corrispondente a quello dell'art. 52, primo comma, c.p. È lo stesso meccanismo che vale, ad es., anche per le cause che escludono l'imputabilità (e quindi la colpevolezza): anche queste bloccano, oltre alla responsabilità penale, anche la responsabilità per l'illecito civile (art. 2046 c.c.) e per l'illecito amministrativo (art. 2, legge 689/1981); nessuno, però, a quanto ne so, ha mai pensato di interpretare le norme scusanti (o che, comunque, prevedono cause di esclusione della colpevolezza) come norme dell'intero ordinamento, e che hanno efficacia su tutto l'ordinamento.

⁴⁶ V., pur a partire da punti di vista diversi da quello qui proposto, GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit*, cit.; ID., *Klassifikation der Rechtfertigungsgründe in Strafrecht*, in *Festschrift für Spendel*, Berlin, New York, 1992, 190 ss.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 14 V, Rn. 35; P. BRINGEWAT, *Grundbegriffe des Strafrechts*, Baden-Baden, 2003, 224; M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, 1665 (anche in relazione ai §§ 9 e 10).

⁴⁷ Sul punto v., per tutti, C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 326 ss.; A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 115 ss. (e part. 136 ss.); M. DONINI, *Op. loc. ult. cit.*

Non si tratta, dunque, di una (pretesa) appartenenza delle scriminanti all'intero ordinamento giuridico – con conseguente inesistenza di scriminanti specificamente penali –, ma, più semplicemente, di un fatto puramente “fenomenico”, “accidentale”: nel diritto italiano si trovano giustificanti extrapenali che hanno (o che sono interpretate come aventi) contenuti analoghi a quelli di qualcuna delle giustificanti penali.

Del resto, non è detto che scriminanti penali e scriminanti extrapenali ad esse corrispondenti abbiano contenuti *in tutto e per tutto* identici⁴⁸. Non è detto, ad es., che – pur partendo da una sostanziale corrispondenza della formulazione letterale delle due disposizioni – requisiti, presupposti, e limiti di uno stato di necessità civilmente rilevante *ex art. 2045 c.c.* (ammesso che questo abbia l'effetto di rendere civilmente lecito il fatto) vadano interpretati esattamente nello stesso modo in cui sono interpretati quelli dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. E nemmeno è detto che un fatto rilevante come legittima difesa per il diritto penale (che presenti, cioè, i requisiti richiesti dall'art. 52 c.p.) sia in pari tempo rilevante come tale – come fatto di legittima difesa – anche per il diritto civile o per il diritto amministrativo. Non sembra difficile ipotizzare, ad es., che almeno alcuni dei fatti oggi sussumibili nella fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 52 c.p., seppur penalmente leciti, possano rimanere illeciti per il diritto civile.

9.1. Diritti e giustificazioni si distinguono dunque anche dal punto di vista della loro efficacia extrapenale. La condotta esercizio di un diritto, infatti, è *necessariamente* lecita – oltre che penalmente – anche *in almeno un altro settore* dell'ordinamento: ossia, in quel settore dal quale proviene la norma permissiva che attribuisce il diritto. (E nel caso dei diritti di fonte costituzionale, il fatto è lecito – questa volta sì – per tutto l'ordinamento.) Lo stesso non si può dire della condotta (penalmente) giustificata⁴⁹: non è detto che questa sia lecita anche al di fuori del diritto penale; la liceità extrapenale della condotta (penalmente) giustificata dipende dall'esistenza di norme permissive extrapenali che la prendano appositamente in considerazione (ossia,

⁴⁸ Conf. G. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris* 2000, 273 ss., 275.

⁴⁹ Cfr., ad es., G. FLETCHER, *Rethinking*, cit., 577, 792.

dall'esistenza, al di fuori del diritto penale, di norme che la rendono anche extrapenalmente lecita) o, tutt'al più, dal modo in cui la disposizione (penale) giustificante è formulata⁵⁰.

10. Scopi

Non è neanche vero, come spesso si sostiene per negare che quelle giustificanti siano norme penali, che *tutte* le norme con effetto scriminante (quindi, sia quelle che prevedono diritti sia quelle che prevedono giustificazioni) siano «**norme autonome che perseguono loro scopi** e realizzano loro interessi»⁵¹: che tutte, cioè, (e quindi anche le giustificanti di fonte penale), siano «selbstständige Rechtsätze, die nicht in erster Linie etwas Verbotenes rechtfertigen, sondern eigene und weiterreichenden Zwecken dienen sollen, z.B. dem Schutz des Rechts gegen das Unrecht (Notwehr), der Verwirklichung der Strafurteile (Strafvollstreckung), der Sicherung privater Verfügungsgewalt über den Körper (Einwilligung), dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Wahrnehmung berechtigter Interessen)»⁵².

L'osservazione, infatti, vale solo se riferita ai diritti di agire, non alle giustificanti penali in senso proprio. È perfettamente vero, cioè, che le norme extrapenali permissive sono, per lo più, norme che

⁵⁰ Ad es., le norme di cui ai §§ 32 e 34 StGB tedesco, che sanciscono che il fatto realizzato, rispettivamente, in legittima difesa e in stato di necessità è “*nicht rechtswidrig*” (e non propriamente “*nicht strafrechtswidrig*”), possono essere interpretate nel senso che loro tramite si intenda escludere, non la sola illiceità penale, ma qualsiasi illiceità giuridica del fatto: cfr. T. WALTER, *Der Kern des Strafrechts*, Tübingen, 2006, 58. Diversamente (se il testo delle disposizioni ha ancora un valore nel determinarne il significato), invece, il codice penale italiano, nel riferirsi alle scriminanti, stabilisce che queste escludono (soltanto) “la punibilità”.

⁵¹ Così, invece, G. MARINUCCI, *Fatto*, cit., 213, 219 s., 222; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 522; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2007, 184; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 302. Una chiara elaborazione di quest'idea risale già, quantomeno, a H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 10^a ediz., 1967, 77.

⁵² H.-H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5^a ediz., Berlin, 1996, 324. Cfr. anche H. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957, 136 nota 174: «die Erlaubnisnormen der Gesamtrechtsordnung [haben] an sich eine positive Funktion [...]. Sie verleihen selbständig, in der Regel unabhängig vom strafrecht, Rechte. Es ist regelmässig nur eine Sekundäre Konsequenz der Erlaubnissätze, dass sie das strafrechtliche Verbot oder Gebot aufheben».

non nascono con la specifica funzione di rendere *penalmente* lecita una condotta: hanno scopi propri, che si esprimono nel rispettivo settore di provenienza (hanno, cioè, a che fare con finalità proprie del diritto civile, del diritto amministrativo, del diritto processuale civile o penale, ecc.); e solo “incidentalmente” – ossia: in forza del principio di sussidiarietà del diritto penale e dell’idea del *favor libertatis* (v. *infra*, § 11) – hanno anche l’effetto di escludere l’illiceità *penale* del fatto.

Non si vede, invece, come lo stesso discorso possa valere per quelle scriminanti che si trovano nel codice penale (o in altre leggi penali). Queste norme nascono invero proprio come norme scriminanti: come già accennato, la loro funzione principale e originaria è proprio quella di escludere la illiceità penale di certi fatti, qualora questi siano realizzati in presenza di certe situazioni, di rendere “non punibile” l’autore di un fatto realizzato in una certa situazione. La loro natura di norme penali è dunque funzione delle loro conseguenze giuridiche: esse sono norme penali esattamente come lo sono le norme incriminatrici, quelle scusanti, quelle attenuanti, quelle che prevedono mere cause di non punibilità, o quelle che prevedono cosiddette cause di “estinzione del reato o della pena” – poiché, allo stesso modo di tutte queste norme, la loro funzione originaria e specifica è quella di contribuire alla “gestione” (sotto forma di “esclusione”) delle conseguenze giuridico-penali di un fatto⁵³.

11. *Conflitto di norme vs. conflitto di ragioni*

Diverso è infine anche il modo in cui diritti e giustificazioni producono il loro effetto di liceità penale.

Nel primo caso, ci troviamo di fronte ad un vero e proprio conflitto tra norme (l’una extrapenale permissiva, l’altra incriminatrice); e la prevalenza del diritto extrapenale di agire sull’incriminazione è espressione del principio del *favor libertatis*, e, quale corollario di questo, del principio di sussidiarietà del diritto penale (o, se si pre-

⁵³ Cfr. ancora T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 2 (che, pure, è un fautore della tesi avversa a quella qui sostenuta).

ferisce, del “primato dell’ordinamento sul diritto penale”)⁵⁴, stando al quale le norme incriminatrici si applicano solo come *extrema ratio*, cosicché esse sono – tra l’altro – destinate a soccombere quando entrino in conflitto con norme di altri rami dell’ordinamento⁵⁵.

Quanto invece al funzionamento delle giustificanti, molti autori ritengono che questo discenda dai meccanismi della specialità tra norme⁵⁶. In contrario si può tuttavia osservare che tra fattispecie giustificante e fattispecie incriminatrice normalmente⁵⁷ non corre un rapporto di specialità, ma piuttosto un rapporto di interferenza: la classe dei casi ai quali si riferisce la fattispecie di una giustificante (FG) e la classe dei casi ai quali si riferisce la fattispecie di una incriminazione (FI) rappresentano, figurativamente, due cerchi che si intersecano: vi è un insieme di fatti ai quali si riferisce tanto FG quanto FI, ossia quei fatti che, pur essendo tipici ai sensi di FI, siano anche giustificati da FG (ad es., omicidio per legittima difesa); accanto a questi, però, vi sono anche fatti ai quali si riferisce FG, senza che vi si riferisca FI (ad es., legittima difesa realizzata percuotendo l’aggressore, anziché uccidendolo), e, viceversa, fatti ai quali si riferisce FI senza che vi si riferisca FG (ad es., omicidio non giustificato da legittima difesa)⁵⁸. Il principio della prevalenza della *lex specialis* non sembra avere, dunque, margini di funzionamento.

In realtà, le giustificazioni (penali), per determinare la liceità penale

⁵⁴ Per questa incisiva definizione della sussidiarietà penale, v. M. DONINI, *Antigiuridicità*, cit., 1662 s. (§ 5).

⁵⁵ V. ad es. T. WALTER, *op. cit.*, 53; A. SPENA, *Diritti*, cit., part. 145-178.

Nel diritto penale italiano il principio, secondo cui “l’esercizio del diritto [...] esclude la punibilità”, è – come noto – espressamente codificato nell’art. 51 c.p., che funziona dunque (almeno secondo l’interpretazione che ho cercato di difendere in *Diritti*, cit., *passim*) come una meta-norma che regola i rapporti tra norme incriminatrici e norme extrapenalistiche permissive stabilendo che, nel conflitto, queste ultime prevalgano sulle prime, e che questa prevalenza abbia luogo a prescindere dall’applicabilità di qualcuno degli ordinari criteri di soluzione delle antinomie giuridiche (*lex specialis*, *lex superior*, *lex posterior*).

⁵⁶ J. HRUSCHKA, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, in *JZ* 1985, 6; C. FIORE-S. FIORE, *op. cit.*, 301; G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 840 ss.; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 357 ss. Un accenno anche in G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 184.

⁵⁷ Salvo, cioè, il caso delle giustificanti speciali, e tra queste, di quelle che, volta per volta, si riferiscano ad una singola fattispecie incriminatrice: ad es., art. 728 cpv. c.p.

⁵⁸ V. ancora Arm. KAUFMANN, *op. cit.*, 255.

del fatto da esse assistito, non hanno alcun bisogno del ricorso ad un autonomo principio che ne governi i rapporti con le incriminazioni; del resto, nel loro caso non si potrebbero applicare né, come appena visto, il principio della *lex specialis*, né tantomeno quello di *extrema ratio*, dato che quelle giustificanti sono esse stesse norme penali. Che le giustificazioni rendano penalmente lecito il fatto è, semplicemente, *auto-evidente*; esse nascono infatti con la precisa funzione di delimitare l'ambito dell'illecito penale: il senso stesso della loro esistenza è quello di essere applicate a preferenza delle incriminazioni con cui esse eventualmente interagiscono. Tra le une e le altre si dà una sorta di *gerarchia assiologica*⁵⁹: l'interesse soggiacente alla giustificazione è nel caso concreto (giudicato) più importante di quello che soggiace invece all'incriminazione; e per tale ragione la prima limita l'ambito applicativo dell'altra⁶⁰.

Detto in maniera (solo terminologicamente) diversa, il funzionamento della giustificazione penale, a differenza di ciò che accade per i diritti, sembra rispondere, anziché alla logica del conflitto tra norme, alla logica dell'*integrazione tra frammenti di norme* (e quindi, in sostanza, alla teoria degli elementi negativi del fatto): all'idea, cioè, che giustificazione (penale) e incriminazione, quando interferiscono rispetto ad un fatto concreto, funzionino, piuttosto che come norme autonome in conflitto, come frammenti di norme dal cui interagire emerge una norma penale "*compiuta*", che disciplina il caso di specie (giustificando la condotta), e la cui fattispecie "*compiuta*" è data dall'integrazione della fattispecie giustificante con quella dell'incriminazione.

Mentre, dunque, nel caso dei *diritti* abbiamo a che fare con un *conflitto tra norme* (penale incriminatrice ed extrapenale permissiva,

⁵⁹ G. PINO, *Norme e gerarchie normative*, in *Analisi e diritto* 2008, 288: in caso di gerarchia assiologica tra norme, «[i]l rapporto di preferenza dipende da una valutazione comparativa sostanziale dell'importanza delle norme stesse: in base ad una gerarchia assiologica, una norma prevale su un'altra se è considerata maggiormente adeguata ai valori, ai principi, alle dottrine etico-politiche che ispirano il sistema giuridico, o un suo sotto-sistema». V. anche ID., *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2009, 42 ss.

⁶⁰ Analogamente, KAUFMANN, *op. cit.*, 255: «Hinsichtlich der Wirkung [...] kommt das Primat dem Rechtfertigung zu: Die Bewertung „gerechtfertigt“ macht das Werturteil, das z.B. der Tötungsnorm zugrunde liegt, in seiner Auswirkung auf den konkreten Fall unwirksam; es findet dann keine Unwertattribution statt. Das Rechtfertigungsurteil geht als Kollisionsurteil vor».

con questa che prevale su quella) *cui non soggiace* però alcun *conflitto tra ragioni* per agire (poiché i diritti, a differenza delle incriminazioni, non danno ragioni per agire), nel caso delle *giustificazioni* abbiamo invece a che fare con un *conflitto tra ragioni* per agire (la ragione soggiacente all'incriminazione, basata sulla rilevanza dell'interesse da questa protetto, e la ragione soggiacente alla giustificazione, con questa che prevale su quella) *cui non corrisponde* però un vero e proprio *conflitto tra norme* (poiché giustificazione e incriminazione, quando interferiscono, non funzionano come norme autonome antinomiche, ma piuttosto come frammenti di norme che convergono nel definire l'ambito del penalmente lecito/illecito).

ALESSANDRO SPENA