

LA NATURA ECCEZIONALE DELLE SCUSANTI: RIFLESSIONI A MARGINE DEL RECENTE DIBATTITO SUL PRINCIPIO DI INESIGIBILITÀ' E SULL'ESIGENZA DI AFFINARE IL GIUDIZIO DI COLPEVOLEZZA

di Sirio Moreno Scordia

(*Dottorando in Diritto penale, Università di Siena*)

Sommario: 1. L'estensione della causa di non punibilità *ex art.* 384, comma 1, Cp ai conviventi *more uxorio*: uno spunto giurisprudenziale per indagare sul principio di inesigibilità. – 2. Sulla polivalenza semantica e funzionale della colpevolezza. – 3. Esigibilità come “quarto elemento” costitutivo della colpevolezza o assenza di scusanti come limite negativo? Sulla esigenza di tassatività. – 4. La dimensione irrinunciabilmente normativa ed eccezionale dell'inesigibilità al vaglio di talune ipotesi tipiche. – 5. Imputabilità e personalizzazione del rimprovero alla luce delle neuroscienze: cenni. – 6. L'inesigibilità *sub specie* del *nemo tenetur se detegere*: dalla giurisprudenza sulle false comunicazioni sociali (art. 2621 Cc) la convalida della tesi restrittiva.

1. Il principio di inesigibilità, per lungo tempo ai margini dell'elaborazione dottrinale, sembra oggi aver superato l'antica diffidenza ed essersi, anzi, guadagnato una posizione di primo rilievo nel dibattito penalistico¹.

A motivo del nuovo interesse e dell'emergente fiducia nei confronti della inesigibilità vi è, certo, la nota pronuncia con cui il massimo consesso della Cassazione ha esteso il perimetro soggettivo dell'art. 384 Cp sino a ricomprendervi i conviventi *more uxorio*, facendo leva proprio sulla portata generale del principio², ma l'innovazione pretoria attecchisce, in realtà, su di un terreno già in parte arato. Infatti, l'istanza dottrinale (già piuttosto risalente) verso forme di colpevolezza maggiormente individualizzate, davvero incentrate su di un rimprovero rivolto al singolo agente, vive, a sua volta, un momento di enfasi, cui non poco ha contribuito l'evoluzione delle neuroscienze cognitive³. Quest'ultime — tentando una sintesi vertiginosa —

¹ Dà conto della pregressa scarsa attenzione al tema nel panorama nazionale G. Fornasari, *Applicazione dell'art. 384 Cp e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *GI* 2021, 1728, cui è, invece, da attribuire il merito di un precoce interessamento (G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 1 ss.). Più in generale, con riferimento alla teoria della colpevolezza, M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 574; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP* 1990, 58 ss., che ne ravvisa la ragione nell'approccio tendenzialmente oggettivistico della dottrina nazionale, se pure adottato in un'ottica di garanzia.

² Il riferimento è chiaramente a Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, in *DG* 2021, 7, con nota di E. Fontana, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 384 Cp al convivente more uxorio*.

³ Come si avrà modo di osservare, pretese di personalizzazione piuttosto marcate sono già da tempo avanzate dalla dottrina penalistica sul versante della c.d. *misura soggettiva della colpa o colpevolezza*

insegnano che i comportamenti umani, anche quando posti in essere da un soggetto le cui facoltà intellettive e volitive siano perfettamente integre, sono condizionati da fattori impulsivi cui il cervello reagisce prima ancora che l'intelligenza possa avvedersene. Il libero arbitrio, la libertà di autodeterminare le proprie azioni in funzione di una precedente scelta conscia e consapevole sarebbe, dunque, poco più che una chimera e, senz'altro, fittizia nella rigidità con cui viene oggi proposta dal diritto penale⁴. Da qui, secondo alcuni e soltanto in una certa misura, l'esigenza costante e non eccezionale di parametrare il giudizio di colpevolezza sulla singola personalità, financo escludendone un esito infausto laddove reazioni impulsive non governabili abbiano concorso a determinare il fatto tipico.

La problematicità delle questioni che queste premesse, già così semplificate, pongono è a tutti evidente. In questa sede, l'intenzione è quella di lambire soltanto una tale ampiezza di scenari, circoscrivendo l'indagine attorno all'interrogativo sulla natura eccezionale o meno di quelle cause di esclusione della colpevolezza che trovano fondamento nella inesigibilità. A tal fine, pare utile ricostruire per sommi capi l'apparato motivazionale approntato dalle recenti Sezioni Unite c.d. Fialova.

Il Giudice di legittimità, chiamato ad esprimersi sulla possibilità di estendere il primo comma della norma che chiude il capo dedicato ai delitti contro l'amministrazione della giustizia in favore del convivente, nel caso di specie ritenuto responsabile di un fatto di favoreggiamento personale⁵, prende l'abbrivio segnalando la sussistenza di indirizzi discordanti tra le Sezioni semplici. Viene, anzitutto, in rilievo un primo orientamento restrittivo, i cui argomenti si incardinano: a) nel portato tassativo e non esemplificativo della disposizione che elenca i soggetti riconducibili alla nozione di *prossimi congiunti* di cui all'art. 384 Cp (art. 307, Cp); b) nella persistenza, nel diritto positivo, di un trattamento differenziato tra coniugi

colposa. L'influsso delle neuroscienze, invece, estende valutazioni di questo tipo anche alla responsabilità dolosa. Per un inquadramento sul difficile e controverso rapporto tra neuroscienze e diritto penale, si vedano: F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale le questioni sul tappeto*, in *archiviopcdirittopenaleuomo.org*, 12.12.2017, 270 ss.; S. Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica nel diritto penale*, in *DPP* 2016, 681 ss.; O. Di Giovine, *Neuroscienze*, in *ED, Annali VII*, 2014, 711 ss.

⁴ La questione che le neuroscienze pongono agli studiosi del diritto penale viene compendiate nei seguenti termini da F. Basile, G. Vallar, *Neuroscienze*, cit., 272: «Secondo alcuni studiosi, le neuroscienze – quindi, il complesso di discipline sopra richiamate – sarebbero ormai prossime a fornire la definitiva dimostrazione empirica che ogni comportamento umano è solo l'esito meccanicistico di un processo cerebrale: non esisterebbe, insomma, una volontà libera, consapevole, ma solo una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica. Da qui il passo è breve alla formulazione del seguente, inquietante interrogativo: se ogni comportamento umano è causalmente predeterminato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio", di "coscienza e volontà", di "responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti"?».

⁵ Il fatto, in breve: a fronte di un incidente stradale causato dal convivente cui era stata in precedenza revocata la patente di guida, l'imputata, con dichiarazioni mendaci, riferisce ai Carabinieri di essere lei stessa responsabile, volendo così scongiurare le ipotesi di reato all'epoca previste per la circolazione senza il titolo necessario (illecito, poi, depenalizzato) e per l'omissione di assistenza nei confronti di persone ferite (art. 189, co. 7, c. str.).

e conviventi, legittimato anche dalla Consulta poiché ritenuto oggetto di discrezionalità legislativa⁶; c) nonché (e soprattutto, per ciò che qui interessa) nel tenore *eccezionale* dell'art. 384 Cp, per ciò stesso insuscettibile di estensione analogica in conformità all'art. 14 delle preleggi, Cc. Questo primo gruppo di argomentazioni, si dice, è stato ulteriormente alimentato dal legislatore del d. lgs. n. 6 del 19.1.2017, che, ridefinendo i contorni dell'art. 307 Cp, avrebbe limitato la modifica alle parti dell'unione civile ed intenzionalmente tralasciato i conviventi *more uxorio*.

Si contrappone un secondo, e più acerbo, orientamento disposto a dare rilievo ad una nozione più ampia e moderna di famiglia, aggiornata al nuovo quadro storico-evolutivo, in cui il modello socialmente diffuso della convivenza venga a parificarsi con il vincolo coniugale, anche in nome di un principio di coerenza del sistema giuridico, che in altre e puntuali occasioni ha mostrato di avere attenzione verso contesti di vita familiare atipici e non istituzionalizzati. La strada intrapresa, in questo secondo caso, è quindi quella dell'allargamento dei confini dell'art. 307, Cp per il tramite della assimilazione tra *coniugio* e convivenza *more uxorio*.⁷

Da quest'ultimo percorso logico-argomentativo, almeno in principio, le Sezioni Unite non paiono discostarsi allorché cominciano a porre le basi per la soluzione *estensiva*. Anzi, le prime osservazioni lasciano intuire la volontà di rimodellare la nozione di prossimi congiunti, ambendo a provare che il silenzio della c.d. legge Cirinnà quanto ai conviventi *more uxorio* non sia eloquente ma neutro nel significato, poiché stemperato da tutta una serie di interventi di diritto positivo espliciti nel riconoscerne rilevanza giuridica.

Eppure, nel prosieguo della motivazione, il baricentro viene deviato su un altro piano, quello, appunto, della *analogia*: una volta premesso che sotto l'ombrello del divieto di analogia, nel suo contenuto costituzionalmente imposto (art. 25, comma 2, Cost.), trovino riparo soltanto le norme di sfavore per il reo e non anche quelle "*in bonam*", si rintraccia il tradizionale ostacolo all'estensione dell'art. 384 Cp nella ritenuta *natura derogatoria* della norma rispetto ai principi generali dell'ordinamento.

In effetti, il comune denominatore tra le posizioni giurisprudenziali che hanno dato corpo alla pregressa pluralità di orientamenti risiede nella *presunzione di eccezionalità* della norma, mai messa in discussione nemmeno dalle sentenze più avveniristiche e dalla quale deriva come

⁶ Infatti, in più occasioni la Consulta ha differenziato il fondamento costituzionale dei due modelli familiari, rintracciato, rispettivamente, nell'art. 29, Cost. per il vincolo coniugale e nel principio personalistico dell'art. 2 Cost. quanto alla convivenza *more uxorio*, legittimando così riflessi differenziati sul piano della legge ordinaria. Si vedano in tal senso: C. cost., 2.4.1980 n. 45, in *DeJure*, in materia di proroga legale del contratto di locazione *post mortem*; C. cost., 24.3.1988 n. 423, *ivi*, a proposito dell'art. 649, co.1, n. 1, Cp; C. cost., 4.5.2009 n. 140, in *GC* 2009, 1525 ss., espressamente riferita all'art. 384, Cp; ancora, C. cost., 14.4.2010 n. 138, in *GC* 2010, 2715 ss.

⁷ Il novero delle pronunce estensive, prima dell'intervento nomofilattico in commento, si riduce a Cass. 22.1.2004 n. 22398, in *CEDCass.*, m. 229676; Cass. 3.4.2015 n. 34147, in *CEDCass.*, m. 264630; Cass. 19.9.2018 n. 11476, in *CEDCass.*, m. 275206.

indefettibile corollario la soggezione all'art. 14 delle preleggi, Cc. In passato, dunque, l'applicazione della (diciamo per ora) causa di non punibilità oltre i confini strettamente positivizzati è stata o negata a causa del suo contenuto esorbitante rispetto alla regola generale che pretende di sanzionare colui che ostacola l'ordinario compimento dell'attività giudiziaria; oppure, pur senza negare un tale assunto, è stata talvolta ammessa avendo riguardo all'avanzamento sociale del concetto di famiglia. Le osservazioni delle Sezioni Unite si appuntano oltre questa dicotomia: a ben vedere, il primo comma della norma in esame darebbe vita *non* ad una *causa di non punibilità in senso stretto*, espressione di una valutazione opportunistica del legislatore, ma ad una causa di esclusione della colpevolezza e, segnatamente, ad una «scusante soggettiva»⁸, che, dando rilievo all'anomalo conflitto motivazionale in cui il soggetto versa al momento in cui si appresta al fatto tipico, inibisce il potere di esigere una condotta osservante del precetto penale ed incide sul profilo soggettivo del reato, anestetizzando il rimprovero. In quanto scusante, «l'art. 384 Cp non si basa su considerazioni di mera opportunità che giustificano la non punibilità — ecco il discrimine rispetto alle cause di esclusione della punibilità *stricto sensu* — né appare fondato su un bilanciamento di interessi contrapposti, che lo farebbe qualificare come una causa di giustificazione, ma tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta alterato»⁹.

⁸ La natura giuridica dell'esimente di cui all'art. 384 Cp ha costituito per lungo tempo oggetto di dibattito tra gli interpreti. Il primo e più risalente indirizzo era incline a qualificare la norma come *causa di giustificazione* e, segnatamente, come *ipotesi speciale* dello stato di necessità, di cui condividerebbe la *ratio*, poiché nei casi ivi previsti il pregiudizio degli interessi confliggenti protetti dalla norma incriminatrice sarebbe passaggio obbligato (ecco la necessità) per la salvaguardia della libertà personale e dell'onore. Così, in dottrina: F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, Milano 2016, 515; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*⁵, VII, Torino 1984, 750; R. Dolce, *Falsa perizia o interpretazione*, ED, XVI, 1967, 526; D. Santamaria, *I termini dello stato di necessità nell'art. 384 Cp*, in *FPen* 1963, 80; M. Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano 1959, 241. Ha fatto seguito un secondo orientamento, oggi preminente ed accolto in giurisprudenza, che, a sostegno della natura autonoma e scusante della disposizione, valorizza la discrepanza nella *ratio* rispetto allo stato di necessità ed il difetto di qualsivoglia riferimento ad un canone di *proporzione* tra l'interesse soggettivo assecondato e quello sacrificato, così come alla causazione non volontaria della situazione di pericolo: entrambi attributi pretesi dalla scriminante dell'art. 54, Cp. Si mette, poi, in evidenza la illogicità dei corollari disciplinari che deriverebbero dall'inquadramento dell'esimente in termini di scriminante, specie sul versante della inammissibilità della legittima difesa e del concorso di persone nel reato (poiché il trattamento di favore andrebbe esteso anche nei confronti dell'istigatore). Tra i primi in questo senso, F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano 2007, 305 ss.; D. Zotta, *Casi di non punibilità*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di F. Coppi, Torino 1996, 537; G. Fornasari, *Il principio*, cit., 353-356; Id. *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *DPP* 2008, 910; M. Zanotti, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *RIDPP* 1989, 184 ss.; Id. *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova 1984, 66 ss.. Peraltro, una volta stabilita la natura dell'art. 384 Cp e svelatane la *ratio* di tutela, parrebbe perdere di significato e, anzi, rivelarsi ridondante l'ulteriore aggettivazione come «scusante soggettiva», che, in un certo senso, tradisce l'antica costruzione giurisprudenziale in termini di causa di giustificazione.

⁹ Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, cit., par. 10, 24.

Se questa è l'indole della norma, immediate nel ragionamento del giudice nomofilattico le ricadute in punto di analogia: la *ratio* della scusante (e cioè, la non esigibilità del comportamento *secundum ius*) non avrebbe alcunché di eccezionale perché perfettamente armonica con il principio costituzionale di colpevolezza (art. 27 Cost.), senza dubbio «volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole in presenza di un precetto penale che non risulti esigibile»¹⁰. Una volta abbattuto il “tabù” della eccezionalità mediante il raccordo tra inesigibilità e colpevolezza, le strettoie dell'art. 14 preleggi, Cc sono superate e l'analogia diviene presto ammissibile, poiché non v'è chi non veda come le condizioni psichiche del convivente posto dinanzi all'alternativa tra l'ausilio al *partner* e la collaborazione con l'autorità siano (o, quanto meno, possano essere) perfettamente sovrapponibili a quelle del coniuge, dato che medesimo può essere il coinvolgimento emotivo.

Al di là del preambolo sulla equiparazione tra conviventi *more uxorio* e coniugi (in un certo senso recuperata in sede di conclusioni nella veste di una equivalenza emotiva che giustifica l'interpretazione analogica), lo spirito della decisione, risiede, allora, nel tritico logico che associa *principio di colpevolezza, inesigibilità e generalità delle scusanti*: a) l'inesigibilità come espressione della colpevolezza; b) la scusante, in controtendenza rispetto alla costruzione dottrinale tradizionale, come fattispecie in grado di trarre dal principio che le è sotteso (il principio di inesigibilità che finisce, però, per coincidere con quello di colpevolezza) la propria vocazione all'universalità.

2. Il primo combinato inesigibilità-colpevolezza merita di per sé qualche considerazione, ove si abbia riguardo al discrimine che intercorre tra il *principio di colpevolezza* e la colpevolezza come *categoria dogmatica*. Come è noto, infatti, la dottrina si è sempre premurata di distinguere la dimensione assiologica e costituzionale della colpevolezza dal concetto di colpevolezza come elemento che, assieme a quello della tipicità ed a quello dell'antigiuridicità (secondo la c.d. concezione tripartita), sostanzia l'illecito penale.¹¹ In questo suo secondo significato, la colpevolezza porta con sé la

¹⁰ Cass. S. U. 17.3.21 n. 10381, cit., par. 11, 27.

¹¹ Sulla distinzione e sulla diversa estensione, si vedano: F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2021, 402 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna 2014, 203 ss.; A. Pagliaro, *Il reato. Parte generale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Milano 2007, 131 ss.; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 141 ss.; sostanzialmente anche M. Donini, *Illecito, op.cit.*, 552 ss., che distingue la colpevolezza *fondante* da una soltanto *limitante* della responsabilità penale, seppur nell'ambito di quella costruzione — di matrice tedesca — della colpevolezza come categoria autonoma in cui far confluire tutte le valutazioni strettamente correlate alla personalità del reo e, pertanto, scissa dai coefficienti psichici che, come componenti *soggettive tipiche*, appartenerebbero al versante del fatto. La necessità di discernimento tra le due accezioni della colpevolezza è parimenti avvertita dalla stessa C. cost., 23.3.1988 n. 364, in *CEDCass.*, m. 0013796, par. 8: «La prima, tradizionale, fa riferimento ai requisiti subiettivi della fattispecie

questione del paradigma da adottare nella bipartizione tra una concezione *psicologica* ed una *normativa*¹² e quella, ancora successiva poiché suppone l'adesione alla seconda delle opzioni in alternativa, di quali siano i requisiti costitutivi di cui la categoria si compone internamente.

Non è qui messo in dubbio che tra le due accezioni vi siano ampi spazi di intersezione, nella stessa misura in cui la seconda rappresenta lo strumento tecnico-giuridico con cui il principio viene declinato. Ed è, altresì, vero che la pressoché unanime adozione di quella concezione ricca, approfondita, raffinata di colpevolezza espressa dalla teoria normativa ha finito per “alzare l'asticella” anche con riferimento al principio; di talché, oggi, pare quasi che vi sia un rapporto di reciproco scambio tra il principio e la categoria dogmatica: la copertura costituzionale del primo esorta ad affinare le componenti della seconda, così come lo sforzo di elaborazione dogmatica consente di guardare al principio con più generosità¹³.

penalmente rilevante (ed eventualmente anche alla valutazione di tali requisiti ed alla rimproverabilità del soggetto agente); la seconda, fuori dalla sistematica degli elementi del reato, denota il principio costituzionale, garantista (relativo alla personalità dell'illecito penale, ai presupposti della responsabilità penale personale ecc.) in base al quale si pone un limite alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'incriminazione dei fatti penalmente sanzionabili, nel senso che vengono costituzionalmente indicati i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena».

¹² Sulla “storica” contrapposizione tra le due concezioni, nella manualistica, *ex plurimis*: R. Alagna, *La colpevolezza*, in *Il reato*, a cura di G. Cocco, E. M. Ambrosetti, Milano 2021; F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*¹¹, Milano 2020, 307 ss.; C. F. Grosso, M. Pelissero, D. Petrini, P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano 2020, 345-346; T. Padovani, *Diritto penale*¹², Milano 2019, 230; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 334 ss.; G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, 366 ss. Si vedano anche, T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *DPP* 1969, 831 ss., con riferimento all'incidenza della teoria normativa sulla graduazione della colpa; M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 95 ss.; G. Marini, *Colpevolezza*, in *DigDPen*, Torino 1988, 318.

¹³ Invero, l'impegno della dottrina a ridosso dello storico arresto giurisprudenziale del 1988 è consistito soprattutto nel “rilanciare” la tesi della Consulta laddove la stessa, non precludendo perentoriamente a qualsivoglia forma di responsabilità oggettiva ma soltanto a quelle precipuamente riferite agli «elementi significativi dell'illecito», si era rivelata recessiva, ridimensionando la sua portata innovatrice: basti pensare al rischio di imputazione oggettiva delle circostanze, fronteggiato dal legislatore con la L. n. 19 del 7.2.1990, ma non lambito dagli effetti della pronuncia. Dunque, una volta costituzionalizzato per il tramite dell'art. 27 Cost., il riflesso che si è inteso pacificamente e costantemente conferire al principio di colpevolezza nel diritto vivente è stato quello di ricondurre quanto meno a colpa i residui codicistici di responsabilità oggettiva. Da questo punto di vista, degno di nota è il risalente sforzo di connessione tra il principio di colpevolezza e le ipotesi del *versari in re illicita* già condotto, a ridosso della pronuncia costituzionale, da A. Pagliaro, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *RIDPP* 1988, 394 ss. Nel tempo (ma non subito: basti pensare alla dissonanza di opinioni che, sul finire del secolo scorso, ancora si registrava sulla riconducibilità dell'imputabilità alla teoria della colpevolezza, segnalata da M. Romano, *Cause di giustificazione*, cit. 58), non sono tuttavia mancati i tentativi di offrire al principio costituzionale un contenuto positivo più penetrante e precettivo riflettendovi tutti, o quasi, gli elementi strutturali della colpevolezza (normativa): è il passaggio da un criterio meramente *psicologico* ad uno *personalistico*, autorevolmente descritto da T. Padovani, *Diritto*, cit., 227-228. Eppure, quand'anche taluna dottrina sia arrivata a postulare una più intensa compenetrazione tra il principio e la rispettiva categoria dogmatica (così pare, ad esempio, in G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹⁰, Milano 2021, 373; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Torino 2020, 416), la inesigibilità vi è sempre permeata soltanto in

Eppure, l'esigenza della distinzione permane. In primo luogo, perché sostenuta da quella stessa celebre sentenza con cui la Consulta, pur inaugurando la "vita costituzionale" del principio di colpevolezza, non ha assunto una posizione esplicita sulla disputa già in atto tra l'indirizzo psicologico e quello normativo (a conferma del fatto che il principio sia cosa diversa dalla colpevolezza nella sua dimensione strutturale e che, quanto meno all'epoca, ad integrare il contenuto minimo del valore costituzionale si ritenesse già sufficiente la concezione psicologica)¹⁴; ma soprattutto perché alla categoria dogmatica è deputata una funzione "politica" di cui il principio è sprovvisto e a cui sarebbe, in ogni caso, inadeguato.

Il principio, infatti, anche nelle sue formulazioni più rigorose, *non* perde il carattere della genericità (pena, altrimenti, lo snaturamento) e il suo significato finisce, in fondo, per essere condensato nella preclusione a ritenere penalmente responsabile il soggetto cui il fatto *non* appartiene se non da un punto di vista meramente materiale, poiché sarebbe non soltanto intuitivamente ingiusto ma anche distonico rispetto sia alla funzione retributiva della pena sia a quella rieducativa punire colui che non abbia assunto un atteggiamento antidoveroso della volontà. Altra questione, irriducibile al dettato costituzionale, «che indica la strada e l'obiettivo ma non ancora la sua traduzione in "elementi" o "requisiti" del reato»¹⁵, è fissare le condizioni del rimprovero e i criteri di graduazione, cioè, trovare il punto di equilibrio tra la legittima aspirazione a rendere sempre più personale la responsabilità penale, da una parte, e le irrinunciabili esigenze di politica criminale, dall'altra.

Alla luce di una tale premessa, in via del tutto ipotetica, si potrebbe arrivare a sostenere che, quando nell'autorevole pronuncia viene invocato l'art. 27, comma 1, Cost. al fine di instaurare il parallelismo, o persino, la sovrapposizione di contenuto tra la *colpevolezza* e l'*inesigibilità*, lo si faccia con il proposito di riferirsi (soltanto) al principio nel suo spettro semantico comune e condiviso. Nel concetto di colpevolezza, infatti, è sempre implicita un'idea di esigibilità: non è colpevole il fatto inesigibile poiché non addebitabile alla sfera soggettiva dell'agente. Ma quando — verrebbe conseguentemente da chiedersi — il fatto non è esigibile? L'attributo della esigibilità, ove correlato alla colpevolezza in qualità di principio, si può ritenere insussistente allorché, pur al cospetto di un comportamento *proprio*, difetti un relativo coefficiente psichico; oppure quando, pur in costanza di un fattore psichico (nella forma del c.d. *pseudo-dolo* o della

veste negativa, come *assenza di cause scusanti*.

¹⁴ Da questo punto di vista, ancora una volta esplicita, C. cost., 23.3.1988 n. 364, cit., par. 13, stando alla quale la stessa possibilità di muovere un rimprovero nei confronti dell'autore del fatto tipico «non equivale ad accoglimento da parte della Costituzione (a costituzionalizzazione) d'una delle molteplici concezioni "normative" della colpevolezza prospettate in dottrina bensì costituisce autonomo risultato, svincolato da ogni premessa concettualistica».

¹⁵ F. Palazzo, *Corso*, cit., 402.

pseudo-colpa), manchi *in radice* la capacità dell'agente di autodeterminarsi; ancora, nel caso in cui l'illecito sia il frutto dell'ignoranza incolpevole sulla legge penale; e, infine, quando il fatto, sebbene tipico ed antigiuridico, sia stato indotto dalla coeva incidenza di un fattore psichico perturbante. In altri termini, se si fosse voluta assegnare all'inesigibilità una funzione puramente descrittiva del principio di colpevolezza, nulla più si sarebbe fatto che rifugiarsi dietro una tautologia (poiché è chiaro che la responsabilità penale è responsabilità per fatto proprio, tale in quanto complessivamente ascrivibile alla singola persona; e la colpevolezza, in quanto rimprovero, è possibilità di esigere la conformazione alla norma da parte della stessa) e, certo, alcun contributo reale si sarebbe dato alla tematica delle scusanti.

Non è questo, con tutta evidenza, l'orizzonte che le Sezioni Unite hanno inteso adottare. Al contrario, del termine "inesigibilità" si è voluto fare un utilizzo squisitamente tecnico e la conferma ci è data proprio dalle conseguenze che sono fatte derivare sul versante delle scusanti.

Il concetto di inesigibilità origina nella dottrina tedesca in concomitanza con l'affermarsi della *concezione normativa* di colpevolezza. Non è un caso che Frank, padre della teoria normativa, che è teoria del rimprovero, pur non addivenendo alla precipua formulazione in termini di inesigibilità, arrivi ad escludere la possibilità di pronunciare un giudizio di colpevolezza nei confronti di chi abbia agito in costanza di *circostanze anomale* in grado di condizionare il processo motivazionale che l'ordinamento, per il tramite della norma incriminatrice, usualmente si attende ed anzi pretende in assenza di situazioni atipiche.¹⁶ Tra inesigibilità e concezione normativa della colpevolezza vi è, dunque, un rapporto di dipendenza unilaterale: la prima, si potrebbe dire, vive e muore a seconda delle sorti della seconda. La colpevolezza evoca, infatti, in quell'accezione ampia in grado assorbire sia il dolo che la colpa, la capacità della norma penale di *motivare* i consociati alla sua osservanza. In questo senso, il rimprovero interviene laddove il destinatario del precetto, sordo alla sua

¹⁶ R. V. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriff*, *Festschrift der juristischenna*, Gießen 1907, 528 ss., una volta fissato l'elemento di sinonimia tra colpevolezza e rimprovero, ricomprende nella prima la *normalità delle circostanze concomitanti all'azione*, la cui valutazione spetta, in definitiva, al giudice ed in assenza della quale il secondo non potrebbe essere formulato; a partire dal 1911, con riferimento al medesimo aspetto della colpevolezza, l'Autore inizierà a parlare di *normalità del procedimento motivazionale*. Grosso modo negli stessi anni, J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem. Mit Rücksicht auf die Strafgesetzentwürfe Deutschlands Österreichs und der Schweiz*, *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* 1913, 144 ss., offre il proprio contributo alla teorizzazione della motivabilità della norma in rapporto alle spinte psichiche del singolo destinatario, seppure mediante l'artificioso affiancamento di una *norma di dovere* rivolta alla sfera interiore dell'individuo accanto alla norma giuridica principale: dalla duplice violazione e, quindi, dal contrasto tra atteggiamento soggettivo del singolo e norma di dovere deriverebbe la responsabilità per fatto colpevole. Muovendo da queste premesse, più tardi, l'Autore ravviserà nelle scusanti, legali ed extralegali, lo strumento giuridico di realizzazione di un *interesse soggettivamente prevalente ed approvato*, in grado di escludere il rimprovero nonostante la violazione della norma di dovere (J. Goldschmidt, *Normativer Schuldbegriff, Festgabe für Frank*, I, Tübingen 1930, 442 ss.).

idoneità motivante, abbia optato per la soluzione criminosa (in ipotesi dolose) ovvero non si sia attivato nei termini in cui la doverosità della norma avrebbe imposto (in ipotesi colpose).

Per rendere più efficacemente il concetto pare utile recuperare la distinzione, autorevolmente sostenuta, tra il *processo motivazionale ipotetico* e quello *reale*¹⁷. Il primo è quello supposto del legislatore, il quale, nel formulare la fattispecie delittuosa e nel corredarla di una pena, si convince della sua forza persuasiva (che, *incidenter tantum*, si dovrebbe al disvalore implicito e spontaneo del fatto più che alla minaccia della sanzione), dell'idea, cioè, che la disposizione si imponga ai consociati per la sua evidenza disvaloriale, condizionandone i comportamenti nel senso della proibizione oppure della prescrizione in positivo (in dipendenza della tipologia di reato). Il ragionamento congetturale della legge, al cospetto del dato reale, va posto in raffronto con il procedimento motivazionale effettivamente svoltosi nella mente del soggetto, che, in presenza di condotta colpevole, sarà necessariamente difforme dal primo: in altri termini, vi sarà responsabilità colpevole laddove l'autore abbia, nel conflitto tra l'interesse pubblico e personale a rispettare la norma e il motivo egoistico o comunque incompatibile, dato prevalenza a quest'ultimo. E' da un tale scostamento tra la spinta motivazionale della prescrizione normativa e la motivazione propria (o la sua assenza) che origina il rimprovero, sicché la colpevolezza, sempre, si appunta o sulla volontà anti-doverosa oppure sull'assenza di volontà doverosa.

Quando ci si riferisce alla colpevolezza come elemento costitutivo dell'illecito penale e, quindi, quando si indaga il confine tra ciò che è punibile e ciò che non lo è, il giudizio di rimprovero, sebbene sia strumento di personalizzazione della responsabilità penale, ordinariamente (e, forse, inevitabilmente) reca in sé un certo margine di astrattezza, di talché con formula sintetica si può dire che esso soggettivizza senza però individualizzare del tutto. Il dato è agevolmente apprezzabile con riferimento alla responsabilità dolosa, ove le circostanze strettamente soggettive tendono, di fatto, a rilevare nei limiti delle scusanti e, quasi, come implicita si attegga la constatazione della antidoverosità dell'atteggiamento psichico; ma non è meno vero al confronto con il reato colposo. Infatti, nel vagliare la c.d. *misura soggettiva* della colpa, si assume quale parametro di riferimento non il concreto trasgressore della regola cautelare, con tutti i suoi limiti caratteriali e le condizioni psico-fisiche contingenti al fatto, bensì il «parametro normativo relativistico»¹⁸ dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, seppure con l'obiettivo di massimizzare lo sforzo verso la concretizzazione¹⁹.

¹⁷ F. Palazzo, *Corso*, cit., 404 ss.

¹⁸ F. Mantovani, *Diritto*, cit., 372.

¹⁹ Si darà conto a breve dell'infaticabile dedizione della dottrina sul fronte della personalizzazione del

Diverso è, invece, il peso che i fattori perturbanti rivestono in sede di determinazione della pena, una volta che il reato sia stato comunque ritenuto integrato anche sul versante soggettivo. E' chiaro, infatti, ed anzi è espressamente richiesto che, nella graduazione della sanzione, si tenga conto, nel linguaggio del Codice, dell'«intensità del dolo e del grado della colpa» (art. 133 Cp), cioè dell'entità del coefficiente psichico, ma, più modernamente, possiamo dire del *grado di colpevolezza*. La formalizzazione del rimprovero, dunque, si articola lungo un duplice momento: prima sull'*an*, nei suddetti termini non propriamente individualizzanti, e, poi, sul *quantum*.

3. E' a questo punto che si inserisce e si può tornare al discorso sulla inesigibilità, la quale inverte il meccanismo di imputazione soggettiva per come sin ora descritto, rendendo determinanti le ragioni individuali che hanno condotto all'azione tipica già ai fini dell'*an* della responsabilità penale. Quando si pone la questione dell'inesigibilità, ci si interroga sulla possibilità/opportunità che l'atipicità delle circostanze concomitanti al momento della commissione del fatto alteri la consueta priorità dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice su quello che ha motivato l'agente. Si tratta, detto altrimenti, di valutare se il fattore psichico indotto da impulsi intrinseci o estrinseci rivelatisi predominanti sull'incentivo ad osservare la norma penale possa o debba trovare un qualche apprezzamento già in fase, non di quantificazione, ma di accertamento della responsabilità penale.

A fronte di una dottrina tedesca delle origini piuttosto entusiasta nel costruire l'inesigibilità addirittura come causa *extralegale* di esclusione della colpevolezza, tra le fila degli studiosi nazionali il quesito è stato a lungo posto soltanto in via episodica; dopodiché, quando più frequentemente avanzato, è stato quasi sempre risolto in modo restrittivo. Nel senso, cioè, di ritenere che l'inesigibilità possa, sì, trovare spazio ma nei limiti e nelle forme in cui sia positivizzata mediante apposite scusanti, dotate, quest'ultime, di un carattere senz'altro eccezionale perché in deroga ai principi ed agli stessi meccanismi di funzionamento del diritto penale. Tra i più immediati rischi

giudizio di colpevolezza con esplicito riferimento alla responsabilità colposa (c.d. *colpa colpevole*) - v. *infra*, nt. 27; per il momento sia sufficiente osservare, quanto al dolo, come la incomprimibile esigenza di normativizzazione del giudizio di colpevolezza, quindi, di relativa astrazione del processo motivazionale seguito dall'agente concreto si conservi entro argini sostenibili soltanto a condizione che gli illeciti puniti a titolo di dolo rechino in sé un «intrinseco disvalore pregiudiziale», aderiscano, cioè, ad un substrato assiologico socialmente avvertito ed intuibile. Fuori da questo requisito, sovente pretermesso dalla prassi legislativa, la pretesa di motivabilità della norma incriminatrice, fondamento della responsabilità colpevole, non può che svuotarsi di significato ed esprimere un carattere di artificiosità. Da qui, la proposta *de iure condendo* di F. Mantovani, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva espressa ed occulta*, in *RIDPP* 2014, 774 ss., di dequalificare i reati omissivi c.d. neutri al grado di illeciti amministrativi o contravvenzioni oppure, in subordine, di affiancare a ciascuno di essi un corrispettivo delitto colposo in cui far rientrare le ipotesi di ignoranza evitabile del precetto.

opposti all'evenienza di una *generalizzazione* del criterio di inesigibilità veniva, infatti, paventato quello dell'"infiacchimento" del diritto penale, che sarebbe risultato da una generalizzata interdizione del rimprovero ogniqualvolta si potesse constatare un condizionamento psichico dell'agente al momento di commissione del fatto tipico, tale da "muovere a compassione" l'ordinamento (nella persona del giudice). L'inesigibilità, pertanto, come canone rigidamente informato entro i confini segnati dal legislatore, come *limite negativo* che non appartiene al corpo della colpevolezza ma la cinge dall'esterno.

Se così è (o è stato) nell'opinare della dottrina maggioritaria, non v'è chi non veda l'entità dell'impatto sortito sull'ordinamento dalla sentenza che ha introdotto alla presente riflessione²⁰. Perché — lo si ripete — la densa argomentazione non si è contentata di ribadire l'ovvio, cioè, di evidenziare quell'attributo di esigibilità immanente alla stessa idea di colpevolezza; ma si è spinta ben oltre, correlando l'istituto dell'inesigibilità al principio generale di colpevolezza. Se si volesse valutare con il massimo rigore la speculazione giurisprudenziale (come pure bisogna fare avuto riguardo all'autorevolezza del consesso di provenienza), bisognerebbe pervenire alla conclusione che, in realtà, l'operazione ermeneutica tentata sia stata quella di *costituzionalizzazione* dell'inesigibilità, in modo da potere ricavare la *valenza generale* delle scusanti.

Poiché, però, è il principio di colpevolezza a determinare il contenuto minimo della relativa categoria dogmatica, assorbita *l'inesigibilità* nel dettato dell'art. 27, comma 1, Cost., si avrebbe quale conseguenza che il suo riflesso positivo, cioè a dire, *l'esigibilità* del comportamento conforme sarebbe oggi da intendere come *elemento costitutivo* della colpevolezza, come parte integrante della sua struttura.

All'uopo torna particolarmente utile la distinzione tra *limiti negativi* autentici e (meri) *rovesci negativi di altrettanti elementi positivi*, teorizzata da illustre dottrina a proposito, giustappunto, del giudizio di colpevolezza²¹.

²⁰ Ecco che si spiega il proliferare di autorevoli commenti che ha fatto seguito alla pronuncia, accolta talora con entusiasmo (tra gli altri, F. Palazzo, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in www.sistemapenale.it, 22.3.2021; R. Bartoli, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi i coniugi*, in *DPP* 2021, 1078 ss.; F. P. Bisceglia, *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 Cp al convivente more uxorio*, in *SP* 2021, 31 ss.), altre volte con non celato scetticismo (S. Fiore, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *AP* 2021, 1 ss.; 1081 ss.; G. Fornasari, *Applicazione*, cit., 1725 ss.).

²¹ Il riferimento è a F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 258 ss.: l'Autore, interrogatosi sul tenore costitutivo o meno dei "quattro elementi" del giudizio di colpevolezza, conclude affermativamente in ordine all'imputabilità, ai coefficienti psichici del dolo e della colpa ed alla conoscibilità del precetto penale, ricavando il corollario in forza del quale, a ben vedere, le cause di esclusione dell'imputabilità, così come l'errore sul fatto e quello scusabile sulla legge penale, siano più esattamente da inquadrare alla stregua di risvolti negativi di corrispettivi elementi essenziali della colpevolezza e non già come cause di esclusione in senso proprio (tant'è che se ne parla come di «scusanti improprie»). Da una tale impostazione, non può che derivare la

Il *limite negativo* di una determinata categoria giuridica non presenta, per così dire, alcun “referente” all’interno della struttura portante della stessa ma si limita ad incidere dal di fuori attraverso una serie di ipotesi rigidamente tipizzate. Ogni *elemento costitutivo* produce, al contrario, un corrispettivo rivolto negativo, la cui tipizzazione, a ben vedere, non dovrebbe occorrere, se non a fini *esemplificativi*.

Volendo riportare il principio all’ambito di nostro interesse, verrebbe da fare l’esempio del rapporto tra *imputabilità* e *cause di esclusione* della stessa. Alla prima, oggi, si riconosce valore propriamente costitutivo rispetto alla colpevolezza (breve: è corretto affermare che il fatto sia colpevole *purché* il soggetto sia capace di intendere e volere; sarebbe, invece, improprio sostenere che vi sia colpevolezza *a meno che* non ricorra un vizio di mente), con il risultato che, volendo fare propria la dicotomia appena abbozzata, le cause di esclusione dell’imputabilità dovrebbero essere intese come rovesci negativi e *non* come limiti negativi. Come detto, il corollario disciplinare che dovrebbe immediatamente seguire all’inquadramento di un certo elemento in questi termini è quello della *atipicità*. Il rovescio negativo si atteggia sostanzialmente come atipico, poiché altro non è se non il lato in ombra di un corrispettivo costitutivo. E, in effetti, sebbene non vi sia ancora pieno accordo sulla natura tassativa o meno delle ipotesi di non imputabilità,²² è certo che sia in corso da tempo una tendenza all’*interpretazione sostanzialistica* dell’art. 85 Cp, incentrata sulla convinzione che a rilevare sia, in definitiva, non il tipo di *deficit* ma l’influenza che esso concretamente esercita sulla capacità di intendere e volere dell’imputato.

A proposito della nostra tematica, non pare che le premesse sistemiche poste dal Giudice di legittimità possano condurre ad una soluzione differente: in conseguenza del nuovo approccio, non l’assenza di scusanti ma, in positivo, la esigibilità del comportamento si troverebbe ad occupare uno spazio autonomo nel giudizio di colpevolezza, al pari di quanto accade per il dolo e la colpa, per l’imputabilità oppure per la conoscibilità della legge penale, mentre l’inesigibilità finirebbe per essere degradata al livello di mero rovescio negativo. Vincolato sarebbe, allora, il precipitato: data l’indeterminatezza delle scusanti, spetterebbe al giudice il compito di sindacare sulla *esigibilità* della volontà doverosa nella fattispecie concreta e, eventualmente, procedere con formula liberatoria ove non riscontrata. Tra l’altro, la conferma che questo sarebbe l’effetto qualora si elevassero a sistema le conclusioni delle Sezioni Unite può trarsi dalla stessa sentenza, che, una volta formulato il principio, subito si adopera nell’enucleare *pro*

restrizione dello spettro definitorio delle scusanti vere e proprie, limitato a quelle puntuali previsioni normative aventi a fondamento il principio di inesigibilità, poiché l’accertamento della sussistenza di eventuali cause di esclusione dell’imputabilità o del dolo e della colpa oppure, ancora, della conoscibilità della norma incriminatrice sarebbe contestuale alla constatazione, in positivo, dei corrispettivi elementi costitutivi della colpevolezza.

²² Sul punto, F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., 265.

futuro i canoni all'insegna dei quali verificare la sussistenza della convivenza vera e propria al fine di discernerla da forme relazionali meno stabili e, quindi, non raggiunte dall'interpretazione analogica.

E' bene chiarire che la questione sia da apprezzare su di un piano più teoretico che pratico, perché certo la prassi giurisprudenziale — già piuttosto pigra nell'accertamento del coefficiente psichico del reato — rende fatuo il "timore" di una generalizzata deresponsabilizzazione dei consociati come contraccolpo di una repentina *escalation* nell'applicazione delle scusanti. Eppure, in linea di principio, pare opportuno mettere in guardia dal pregiudizio che una simile costruzione ermeneutica può arrecare al valore della *certezza giuridica*.

Non vi è dubbio, infatti, che il criterio della inesigibilità, nella misura in cui si radica sul presupposto della esistenza di *condizioni anomale concomitanti* all'inverarsi del fatto tipico, conserva in sé margini amplissimi di incertezza, per colmare i quali si rivela imprescindibile l'intervento del legislatore, esclusivo titolare di poteri di bilanciamento tra interessi in conflitto. La valutazione degli influssi psichici rilevanti al punto da escludere (e non soltanto mitigare) la responsabilità penale è attività cui non pare possa essere preposto nessun altro organo costituzionale. Questo, specie in un momento in cui il progresso delle neuroscienze pone l'accento sul fattore di collegamento tra attività neuronale e comportamenti conseguenti, ridimensionando la fiducia positivista verso la capacità umana di autocontrollo: ove si perorasse la configurabilità di una *causa extra-legale* di inesigibilità e, quindi, la possibilità di prescindere dal temperamento legislativo degli interessi conflittuali in gioco, il pericolo di uno sconfinamento sarebbe, certo, tangibile.

La certezza del diritto, anche avendo riguardo alle implicazioni che la sua destrutturazione arreca al principio costituzionale di uguaglianza²³, pare, dunque, veicolare verso una prima conclusione: non fosse altro che per questa ragione, il principio di inesigibilità è inadatto all'operatività immediata²⁴; le scusanti, in quanto limite *negativo* vero e proprio, debbono essere positivizzate entro un elenco *tassativo*.

²³ A tale proposito non pare superfluo rammentare che la Consulta ha già esercitato in passato un controllo di conformità all'art. 3, Cost., *sub specie* della ragionevolezza delle scelte normative, proprio con riferimento all'art. 384, co. 2, Cp, ritenuto costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevedeva il medesimo regime di non punibilità in favore del titolare della facoltà di astensione, allorché ad interrogare fosse la polizia giudiziaria (C. cost., 27.12.1996 n. 416, in *RGP* 1998, 78), precisando come, sebbene l'ordinamento non contempli una fattispecie penale *ad hoc* per le false informazioni assunte dalla polizia giudiziaria, la condotta potrebbe comunque integrare gli estremi del favoreggiamento personale (art. 378 Cp). E' del tutto evidente che quanto più l'inesigibilità devia da un modello strettamente legale tanto più si restringe un tale potere di controllo da parte della Corte Costituzionale. Per una più ampia panoramica sulle questioni di legittimità costituzionale cui è andato incontro l'art. 384, co 2, Cp, G. L. Perdonò, *Casi di non punibilità*, in *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di V. Maiello, Napoli 2015, 928 ss.; N. Pisani, *Casi di non punibilità*, in *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di M. Catenacci, Torino 2016, 611 ss.

²⁴ E' l'ambiguità su questo aspetto a rappresentare il *punctum dolens* nel ragionamento delle Sezioni Unite, [La legislazione penale](#)

4. A ben vedere, una volta pervenuti a questo primo approdo, non è ancora risolta la questione (in parte differente) dell'indole generale oppure eccezionale delle scusanti. È, invece, questa seconda la tematica più impellente, non soltanto perché chiave di volta del ragionamento delle Sezioni Unite ma anche perché di maggiore interesse all'interno del dibattito dottrinale.

Tra gli studiosi, infatti, si rivelerebbe insolita la posizione di chi dovesse sostenere la percorribilità dell'ipotesi sovra-legale; può, però, attecchire con maggior successo la tesi della natura non derogatoria delle scusanti, sempre con l'obiettivo di sollecitare una più accurata personalizzazione del giudizio di colpevolezza.

Ora, la tassatività non è requisito esclusivo della fattispecie eccezionali e se corrisponde al vero che rispetto a quest'ultime essa si atteggi come imperativo ineludibile, non si può parimenti trarre dalla (ormai, si ritiene) assodata necessità di tipizzazione il carattere implicitamente eccezionale delle scusanti: l'indagine sul tenore derogatorio o meno delle scusanti abbisogna, allora, di argomenti suoi propri.

Se la riconduzione delle scusanti ad un novero tassativo di casi ha fondamento nella esigenza di contenere la discrezionalità giudiziale e gli esiti incerti che possono derivare dall'attribuire all'interprete la selezione di quei turbamenti in grado di scemare, sino al dissolvimento, il rimprovero di colpevolezza, l'eccezionalità si spiega in considerazione dell'anomalo ordine assiologico che il legislatore imprime allorché dà vita ad una causa di esclusione della colpevolezza di questo tipo.

Come detto, nel meccanismo scusante, vi è implicita la consapevolezza che la norma giuridica non sempre motivi il destinatario, persuaso all'azione o all'omissione da interessi subiettivi rivelatisi concretamente prevalenti su quello giuridico protetto, e che, tuttavia, su talune oggettive trasgressioni del precetto possa appuntarsi la comprensione dell'ordinamento. Una tale *logica clemenziale*, propria di uno Stato che si fa paterno più che paternalistico, presuppone che il motivo personale fonte del turbamento sia,

poiché alla base dell'interpretazione analogica, pur nel contesto di una motivazione assai articolata, pare essersi posto proprio il fondamento costituzionale dell'inesigibilità e il conseguente impiego diretto del principio. Di questo stesso avviso, S. Fiore, *Non aspettare più Godot.*, cit., 14 ss., il quale, in risposta a F. Palazzo, *Conviventi*, cit., secondo cui l'operazione analogica sarebbe «a rime obbligate» data la piena assimilabilità tra l'ipotesi già disciplinata dall'art. 384 Cp e quella non positivizzata, rinviene nella ritenuta sinergia tra inesigibilità e principio generale della responsabilità colpevole il pericolo di «una china potenzialmente ripida, in grado di condurre senza controllo (e senza freni) verso una gestione giudiziale di tipo ultralegale della esigibilità non come componente strutturale del giudizio di colpevolezza individuale, ma come leva per spostare i confini della tutela che il legislatore assicura ai beni giuridici»; mentre dovrebbe spettare, appunto, al legislatore «selezionare le tipologie di conflitto interiore o di doveri oppure i casi meritevoli di “compassione” ai quali viene attribuito – in ragione del “grado” della loro incidenza sulla motivazione dell'agente, presumibile sulla base di un giudizio generalizzante del loro significato – l'attitudine a disattivare (in generale) la pretesa normativa».

[La legislazione penale](#)

ISSN: 2421-552X

indubbiamente, non disapprovato ma spesso financo approvato dall'ordinamento. Soltanto a questa condizione potrà ammettersi, nel conflitto tra gli interessi in campo, la priorità di una spinta egoistica ampiamente *sproporzionata* rispetto ai valori (spesso anche costituzionali e collettivi) tutelati dalla norma incriminatrice.

È condivisibile, dunque, la tripartizione articolata dalle stesse Sezioni Unite tra *cause di non punibilità in senso stretto, scusanti e scriminanti*, laddove si rintraccia il profilo differenziale tra le prime nella sussistenza o meno di valutazioni di mera opportunità, esterne alla sfera soggettiva del reo, mentre, quanto alle ultime due, viene in considerazione come elemento distintivo la sussistenza, soltanto per le cause di giustificazione, di una attività di bilanciamento tra valori.²⁵ Eppure, si ritiene che proprio da un tale costruito dogmatico debba essere ricavata (o, piuttosto, essere ribadita) la natura *eccezionale* delle cause scusanti.

Con riguardo a queste ultime, infatti, quel sindacato di *concreta* proporzionalità tra i beni giuridici in raffronto, che stigmatizza la dinamica delle cause di giustificazione, manca del tutto. In altri termini, al cospetto della fattispecie concreta, ove si ponga il problema della inesigibilità, alcuna valutazione dovrà essere compiuta in ordine alla *proporzione* tra il pregiudizio arrecato dalla condotta tipica e quello che l'autore avrebbe subito laddove si fosse lasciato motivare dalla norma, giacché il legislatore ha preventivamente accolto il rischio della lesione e, ciò nonostante, ha ritratto il proprio potere repressivo.

L'eccezionalità delle scusanti parrebbe, allora, risiedere non tanto nella stravaganza della situazione tipica che ne legittimità l'operatività, poiché si potrebbe arrivare a sostenere che ogni o quasi tutti gli illeciti penali siano mossi da fattori psichici perturbanti (anche il fine di profitto che anima il ladro o il corrotto, in un certo senso, lo è), quanto nel *rilievo assiologico* che l'ordinamento intende accordare all'interesse soggettivo concretamente dominante: sarebbe altrimenti inspiegabile la rinuncia ad una *regola di proporzione*.

Queste considerazioni sembrano trovare conforto nelle ipotesi, ritenute tradizionalmente scusanti, degli artt. 384 e 599 Cp. Quanto alla prima norma, chiara è l'intenzione di risparmiare all'autore del fatto tipico il patema d'animo instillato dall'alternativa tra il preservare la libertà

²⁵ Sul punto, ancora immutate nel loro valore suonano le parole di M. Romano, *Cause di giustificazione*, cit., 60 ss.: «Quanto alle cause di giustificazione, il loro dominio è notoriamente quello di un bilanciamento di interessi: schematizzando, da una parte la lesione del bene tutelato, dall'altra parte un altro bene di maggior pregio secondo l'ordinamento»; «per la cause di esclusione della colpevolezza (...), l'ordinamento mostra di tenere in speciale conto i riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere». Infine, con riferimento alle cause di non punibilità in senso stretto «così come avviene normalmente con le condizioni obiettive di punibilità, l'assenza di reazione da parte dell'ordinamento si spiega alla stregua di interessi esterni alla "meritevolezza della pena"». Quindi, concludendo: «le prime rendono lecito un fatto tipico, le seconde rendono non colpevole un fatto tipico e antigiuridico, le terze rendono non punibile un fatto tipico, antigiuridico e colpevole».

personale e l'onore del prossimo congiunto, all'insegna della presunzione che alla formalità del rapporto corrisponda una componente autenticamente affettiva, e i doveri di collaborazione con la giustizia. L'interesse soggettivo che scusa è, dunque, quello alla protezione della famiglia, valore non soltanto compreso dall'ordinamento ma espressamente apprezzato, anche, nella sua dimensione sociale (art. 29 Cost.).

Conclusioni non dissimili possono formularsi a proposito della causa di non punibilità concepita in favore di colui che reagisce mediante espressioni diffamanti al fatto ingiusto altrui e nelle immediatezze dello stesso (art. 599 Cp). E' sufficiente riflettere sul fatto che il Codice, nella sua versione originaria, contemplasse il delitto di onore (art. 587 Cp) per prendere consapevolezza del peso che quel bene giuridico rivestisse nell'assetto assiologico del legislatore storico. Oggi, l'onore e la reputazione hanno con tutta evidenza assunto una posizione più defilata nel *parterre* dei valori: prova ne sia la depenalizzazione dell'ingiuria oppure la minore indulgenza con cui il diritto vivente guarda all'azione aggressiva (benché di difesa) intentata dal soggetto che avrebbe potuto fuggire a fronte del pericolo attuale di un'offesa ingiusta. Ciò nonostante, l'inflessibile e poderosa curva di procedimenti aventi ad oggetto il reato di diffamazione, così come la tendenza giurisprudenziale ad ampliare le maglie del fatto tipico di cui all'art. 595 Cp,²⁶ lasciano intuire che, ad ogni modo, un tale bene giuridico venga ancora percepito, apprezzato e protetto dall'ordinamento in positivo piuttosto che in una accezione meramente negativa (cioè, come *non* disapprovazione).

Se pure con tinte più tenui, è possibile riproporre il ragionamento anche sul versante della responsabilità colposa. Come è stato autorevolmente sostenuto, la colpa costituisce la «sede privilegiata del discorso sull'inesigibilità»²⁷, poiché, in effetti, quando il reato esprime le esigenze solidaristiche e di responsabilizzazione tipiche di una società tecnologicamente avanzata (e quindi densa di attività pericolose) e specializzata nelle competenze individuali (e quindi sorretta da vincoli di reciproca fiducia tra i consociati), implicanti, non la mera astensione, ma l'attivazione diretta dell'interessato in conformità alla cautela, maggiore è la rilevanza che può riconoscersi a quelle circostanze concrete che hanno ostacolato la sussunzione del processo motivazionale reale in quello astratto. In un tale appunto, v'è senz'altro del vero; eppure, non pare che si possa ricavare *sic et simpliciter* la possibilità di sottoporre le scusanti all'analogia.

²⁶ Come è noto, la giurisprudenza di legittimità, ai fini della integrazione del fatto tipico di diffamazione, da tempo esclude che vi sia la necessità di nominare espressamente il destinatario dell'offesa nell'onore allorché mediante gli elementi della fattispecie concreta (anche il mero riferimento ad una categoria di appartenenza) se ne possa desumere *per relationem* l'identità e, inoltre, ammette che soggetto passivo del reato di specie possa essere anche un ente collettivo: l'attitudine all'estensione è, dunque, palese. Così, tra le altre, Cass. 08.10.2021 n. 1059, in *CEDCass*, m. 282468; Cass. 21.10.2014 n. 2784, in *CEDCass.*, m. 262681.

²⁷ Così, G. Fornasari, *Il principio*, cit., 320 ss., che ne enfatizza la natura essenzialmente *normativa*.

Tenendo distinti i piani, è sentita e cogente l'istanza di costruire la responsabilità colposa su un modello di colpevolezza autentico, cui fa da corollario la sacrosanta aspirazione dottrinale a superare la prassi giurisprudenziale della *oggettivizzazione della colpa* (breve: dove vi è inosservanza del dovere di diligenza, là vi è colpa); da qui, tuttavia, non può discendere come risultato implicito l'abolizione, quanto all'inesigibilità, della componente di eccezionalità. L'inesigibilità, detto altrimenti, nella logica clemenziale che le è propria, travalica ciò che non è prevedibile ed evitabile e si innesta su ciò che, pur potendo essere evitato dall'agente modello che opera nelle medesime condizioni, non è pretendibile che lo sia da quello concreto data l'eccezionalità della situazione di fatto e il rilievo degli interessi giuridici in gioco. Si tratta, però, ancora una volta di questione valutativa (dunque, normativa), non relegabile alla dimensione puramente psicologica.²⁸

²⁸ La condanna verso la prassi di mascherare sotto il velo dell'imputazione colposa ipotesi di responsabilità oggettiva è unanimemente pronunciata dalla dottrina (per tutti, F. Mantovani, *Diritto*, cit., 370); altro, ed enorme, tema è quello su quali debbano essere le modalità di concretizzazione di un tale intento di dare vita ad una colpa dal contenuto autenticamente personale, ovvero sia, su quale parametro possa soppesarsi la c.d. *misura soggettiva* della colpa. Su questo secondo fronte, premesso l'elevato grado di differenziazione interna tra le posizioni dottrinali, le soluzioni paiono spingersi lungo due direttrici fondamentali. Vi è una porzione maggioritaria tra gli studiosi che affina il giudizio di colpevolezza riducendo il differenziale tra il canone dell'agente modello e l'autore del fatto tipico concretamente verificatosi, cioè, facendo permeare nel primo anche talune emergenze della fattispecie materiale. Infatti, la figura-modello, nella colpa generica, opera in due distinti momenti: prima, al fine di individuare il dovere di diligenza; poi, per misurare l'evitabilità soggettiva (F. Palazzo, *Corso*, cit., 440 ss.). In questo suo secondo segmento, tuttavia, essa non viene enucleata con la medesima astrattezza della prima volta (sempre F. Palazzo, *Corso*, cit., 440 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 397 ss., che propone più radicalmente di rinunciare al criterio dell'*homo eiusdem* nel momento oggettivo, sostituendolo con quello della migliore scienza ed esperienza) e, anzi, occorre che "aggallino" alcune «caratteristiche fisiche ed intellettuali dell'agente concreto» (C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, in *ED, Annali X*, 2017, 243 ss.) ma non tutte, se non a costo di rinunciare a monte alla stessa possibilità di formulare un giudizio di colpevolezza per il fatto colposo (T. Padovani, *Diritto*, cit., 264; M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano 2004, 468). Punto fermo in un tale processo di relativa materializzazione dell'agente modello è, in primo luogo, la necessità di considerare i diversi gradi di specializzazione interni alla disciplina di appartenenza (è valido il classico esempio del discrimine che intercorre, in termini di prevedibilità/evitabilità, tra il cattedratico ed il medico specializzando, peraltro con il limite della c.d. colpa per assunzione), in secondo luogo, la ininfluenza di mere inclinazioni caratteriali; maggiori dissonanze, invece, possono sorgere quanto alla rilevanza di condizioni contingenti altre, transeunti e difficilmente standardizzabili. Sul punto, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 365 ss.; Id., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2218 ss., a commento di Cass. 8.10.2021 n. 1096. Si contrappone un secondo indirizzo, teso a valorizzare la colpevolezza come possibilità di esigere esattamente da quell'agente concreto il comportamento conforme e, quindi, a declinare il proposito di personalizzazione sul piano delle scusanti, che finirebbero così per avere una vocazione non soltanto generale ma persino atipica. In tal senso, espressamente, M. Donini, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *RIDPP* 2013, 152 ss., che conseguentemente ammette l'operatività giudiziale delle scusanti in quanto *regole di giudizio* non del tutto codificabili; allo stesso modo, seppur meno categoricamente, G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.laegislazionepenale.eu, 3.2.2021, 21 ss. La problematica sullo sfondo resta sempre quella di «non oggettivare (la colpa) fino a renderla un concetto astratto e nel non soggettivizzarla fino a rendere scusabile ogni violazione della regola cautelare»; così, M. Grotto, *Principio*, cit., 338.

Prova ne sia la causa di esclusione della colpevolezza, recentemente introdotta all'art. 55, comma 2, Cp e prevista in favore di colui che, a tutela della incolumità propria o altrui, *ecceda colposamente* i limiti della legittima difesa domiciliare, avendo però agito in stato di *grave turbamento* dovuto alle condizioni di incombente pericolo ovvero in stato di minorata difesa.²⁹ La condizione di alterazione psichica, come risulta limpidamente dal dato testuale, non assume *tout court* valenza scusante ogni qualvolta si creino i presupposti materiali per l'operatività di una scriminante; al contrario, il legislatore ha inteso confinare l'esenzione da responsabilità alla ristretta ipotesi dell'art. 52, commi 2, 3, 4, Cp, a condizione che, peraltro, vengano in evidenza beni giuridici dalla natura altamente personale.

In questo ordine logico, sembra porsi anche quella causa di esclusione della colpevolezza a regime transitorio introdotta con l'art. 3 *bis* della legge n. 76 del 28 maggio 2021, in sede di conversione del d. l. n. 44 del 2021 in materia di misure urgenti per il contenimento della pandemia da SARS-CoV-2. La legislazione d'urgenza ha previsto che gli eventi lesivi e mortali colposamente causati dal personale sanitario durante il periodo dell'emergenza possano essere imputati soltanto per colpa grave, avendo riguardo, nel misurare l'entità del coefficiente psichico, *“della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'emergenza”*.

La *ratio* della previsione sembra a tutti gli effetti riconducibile a quella delle scusanti: si vuole assegnare rilevanza all'incidenza che talune circostanze anomale concomitanti possono avere avuto in rapporto al comportamento offensivo. Ora, che la sua *opportunità* intinga in una serie di interessi giuridici comuni e di primo rilievo, soppesati con quello individuale nella titolarità della vittima e sunteggiabili nella presa d'atto, eminentemente *“politica”*, che, in costanza degli eventi lesivi in argomento,

²⁹ Infatti, alla norma di specie, introdotta dalla L. n. 36 del 2019, viene generalmente riconosciuta natura scusante. Così, D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 342 ss.; D. Piva, *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per “grave turbamento”*, in *DPP* 2020, 656 ss.; Id. *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 255 ss.; F. Bacco, *Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 7.5.2019, 53, il quale, pur contestando la previsione in punto di chiarezza, ritiene che «lo stato di alterazione motivazionale comporti un'inesigibilità che appare ragionevole dal punto di vista empirico-fattuale, e che, soprattutto, è giustificata sul piano dei valori in gioco e del messaggio general-preventivo.»; G. L. Gatta, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento. Sul disegno di legge di “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 1.4.2019, 1 ss., che palesa il timore di meccanismi presuntivi nel ritenere la condizione di minorata difesa dell'aggregato ed esorta a restringere la rilevanza scusante del *grave turbamento psichico* ai casi in cui quest'ultimo sia davvero il risultato della situazione di pericolo e determini, sul piano eziologico, l'eccesso di difesa.

il personale sanitario fosse complessivamente ed eccezionalmente impegnato sul fronte della salute pubblica (art. 32, comma 1, Cost.) è cosa che non può sfuggire ad alcuno.³⁰

Dunque, ad un primo bilancio, pare che la fisionomia dell'inesigibilità possa essere tratteggiata nei seguenti termini: essa consiste in un «principio regolativo»³¹ non *stricto sensu* fondante la categoria della colpevolezza ma in grado di contrassegnarla come *limite negativo*; abbisogna per ciò stesso di essere tipizzata entro specifiche scusanti, che descrivano precipuamente le concause materiali e, di conseguenza, psichiche, in grado di rendere recessiva la volontà doverosa, con la tolleranza dell'ordinamento giuridico; le scusanti si connotano di eccezionalità poiché consentono che un fattore perturbante soggettivo possa inibire del tutto il divieto o il comando della legge penale, a detrimento di altri interessi giuridici collettivi o personali ma comunque aggrediti; il che è ammissibile soltanto se a motivo della contingente alterazione psichica sia sotteso un bene, a sua volta, meritevole di tutela.³² A tutto concedere, quand'anche non si volesse accogliere l'assunto della eccezionalità delle scusanti, osterebbe all'interpretazione analogica il *carattere tassativo* delle stesse, imposto da esigenze impellenti di certezza del diritto, tali da fare intendere le presunte lacune come scelte intenzionali del legislatore.

5. Una lettura dell'inesigibilità in questi termini restrittivi (ma conformi all'elaborazione "classica" dell'istituto) non si pone quale ostacolo insormontabile rispetto all'avvertita esigenza di una più puntuale conformazione del rimprovero alla personalità del reo. In primo luogo, perché argomentare sul carattere eccezionale delle scusanti non implica in via immediata il disincentivo, *de iure condendo*, verso nuove ipotesi di non colpevolezza, che, anzi, sarebbero benvenute a fronte di situazioni di irresistibile conflitto interiore assimilabili a quelle già esistenti (cioè, specie nell'ambito della responsabilità colposa).

³⁰ Sulla qualificazione giuridica della norma "di emergenza", M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1171 ss.; C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *sistemapenale.it*, 1.6.2021, 1 ss.

³¹ G. Fornasari, *Il principio*, cit., 300 ss.

³² Di questo avviso, in definitiva, F. Viganò, *Stato di necessità*, cit., secondo cui sarebbe d'ostacolo alla descrizione della esigibilità in termini positivi (breve: elemento costitutivo della colpevolezza rispetto al quale le scusanti si atteggiano in veste di rovesci negativi ed atipici) il «congenito deficit di precisione» della nozione di anomalia delle circostanze concomitanti, che, se non regolato, produrrebbe conseguenze difficilmente sormontabili in punto di parità di trattamento tra gli imputati nonché sul piano della controllabilità della decisione giudiziale in sede di impugnazione: «il giudice d'appello potrebbe tutt'al più sostituire la propria valutazione a quella del giudice di prime cure, senza peraltro poter affermare in alcun modo che la decisione di quest'ultimo sia erronea dal punto di vista dell'applicazione del diritto».

In secondo luogo, si ritiene che su altri piani possa essere perseguito l'obiettivo di valorizzazione di eventuali condizionamenti psichici che abbiano indotto l'agente a concretare il fatto tipico.

Ad esempio, molto si può ancora fare (specialmente nella prassi giudiziaria) sul fronte dell'imputabilità. Si è già accennato come, almeno in teoria, il concetto di *infermità di mente* sia andato incontro ad una evoluzione in senso sostanzialistico. Di talché, l'originaria nozione codicistica di *vizio di mente*, severamente coincidente con il novero delle malattie neuronali e clinicamente inquadrate (c.d. indirizzo medico-nosografico), è stata dilatata sino a ricomprendervi i disturbi della personalità, i quali suppongono non già l'alterazione organica quanto la persistente ed inflessibile esacerbazione di alcuni tratti della personalità.³³ Non v'è chi non veda come talune condotte condizionate dal turbamento psichico, solo apparentemente riconducibili a delle reazioni *emotive o passionali*, possano costituire, in realtà, la manifestazione estrinseca di un disturbo più profondo³⁴ e, quindi, il potenziale che l'apertura, prima dottrinale e poi giurisprudenziale, in materia di imputabilità può rappresentare ove applicata a questi episodi (si pensi, ad esempio, alle c.d. reazioni a cortocircuito). Eppure, la "vita" dei tribunali, da questo punto di vista, non lascia intravedere particolari sviluppi e pare, anzi, ancora indugiare su coordinate ermeneutiche precedenti alle Sezioni Unite Raso.

Non solo. Sulla scorta delle neuroscienze,³⁵ parte della dottrina comincia a dubitare che l'art. 90 Cp, quanto meno nel suo stentoreo contenuto attuale,

³³ Il cambio di passo in giurisprudenza è stato segnato dalle Sezioni Unite c.d. Raso (Cass. S. U. 25.1.2005 n. 9163, in CP 2005, 1874, con nota di G. Fidelbo, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*), dalla cui motivazione, piuttosto che dal più ristretto principio di diritto formulato in conclusione, emerge con una certa evidenza una tale istanza sostanzialistica, specie allorché si valorizzano quelle pronunce delle Sezioni semplici che mostrano di apprezzare «non tanto la rigida classificabilità del disturbo psichico in una specifica categoria nosografica, quanto, invece, la sua attitudine ad incidere, effettivamente e nel caso concreto, nella misura e nei termini voluti dalla norma, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente». A commento della menzionata sentenza e, più in generale, sul mutamento del diritto vivente rispetto al paradigma codicistico in tema di imputabilità, si vedano: P. Rivello, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in CP 2018, 422 ss.; U. Fornari, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in CP 2006, 274 ss.; M. T. Collica, *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità*, in RIDPP 2005, 420 ss.; M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in DPP 2005, 859; A. Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in RIDPP 2005, 276.

³⁴ Sul rapporto tra manifestazione impulsive (apparentemente) estemporanee e stato patologico latente, M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano 2012, 47 ss., secondo cui il dettato perentorio dell'art. 90 Cp sarebbe da ridimensionare perché riferito, in realtà, soltanto agli stati emotivi e passionali «in sé e per sé considerati»; così anche B. Romano, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, 231.

³⁵ Oltre ai contributi menzionati *supra*, con specifico riguardo all'incidenza delle neuroscienze sull'imputabilità, M. B. Magro, *La mente sana e la mente alterata. Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente*, in *archiviopenale.it*, 2019, 1 ss.; L. Rizzo, *Gli stati emotivi o passionali e i disturbi della personalità come causa di esclusione della capacità di intendere e di volere*, in RP 2014, 348 ss.; M. Di Florio, *Imputabilità e neuroscienze: brevi considerazioni con particolare riferimento alla ludopatia*, in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*, 26.9.2019, 1 ss.; con sguardo più critico e meno entusiasta,

possa ancora reggere alla prova del tempo.³⁶ La norma, come è noto, esprime istanze di general-prevenzione tali da escludere perentoriamente che subitanei ottundimenti del *self-control* possano avere una qualche valenza in sede di accertamento della responsabilità penale. La pretesa sottesa è, dunque, quella della inesauribile capacità di autogoverno da parte dei consociati.³⁷ Senonché, un tale postulato è oggi in via di declino, poiché parrebbe constatato che anche soggetti ordinariamente imputabili, su influsso degli impulsi ed in contesti di particolare concitamento, possano vedere compromessa la propria capacità di volere e, cioè, la seria ed effettiva possibilità di valutare liberamente la percorribilità di un'azione alternativa rispetto a quella tipica concretamente intrapresa. Ora, una volta premessa la necessità di conseguire il più elevato grado di attendibilità scientifica con riguardo a delle tesi così impattanti se declinate nella prassi, non pare in dubbio che, a fronte di una reazione, sì, emotiva ma invincibile per la volontà, un passo ulteriore nella teoria dell'imputabilità possa essere quello di ridimensionare l'imperativo dell'art. 90 Cp.³⁸

M. T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* 20.2.2018, 1 ss.; M. Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Crim.* 2008, 325 ss.

³⁶ Invero, perplessità non sono mancate nemmeno alle origini della norma di specie e nel corso dei lavori parlamentari, come si può leggere in: E. Musumeci, *Emozioni, crimine e giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, Milano 2015, 82 ss.; F.S. Fortuna, *Gli stati emotivi e passionali. Le radici storiche della questione*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli 2010, 347 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino 1997, 15 ss.. Più di recente, in senso critico: G. De Francesco, *Diritto*, cit., 400; F. Palazzo, *Corso*, cit., 417 ss., che, tuttavia, in chiave sistematica riduce la effettiva categoricità della preclusione già nella sua portata odierna; T. Padovani, *Diritto*, cit., 240, che però parrebbe cogliere un profilo di incompatibilità della disposizioni soltanto con riferimento a quegli impulsi che inducono alla passività (emozioni asteniche), in potenza influenti rispetto a forme di responsabilità omissiva e colposa; M. Romano, G. Grasso, *Commentario*, cit., 48 ss., che ravvisano nell'art. 90 Cp una norma che, derogando al principio dell'art. 85, Cp, nega d'imperio «il rilievo di un'eventuale incapacità di intendere e volere prodotta al momento del fatto da uno stato emotivo o passionale di particolare intensità anche non colpevolmente causato(si) dal soggetto.» e, *de iure condendo*, ne propongono una modifica estensiva, tale da rendere rilevante ai fini dell'imputabilità ogni forma di *perturbamento profondo della coscienza*; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 137 ss.; M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *RIDPP* 2001, 850 ss., in cui si riferisce anche della proposta di intervento avanzata sul punto dalla c.d. Commissione Grosso; F. Cenderelli, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *RIDPP* 1975, 1336 ss.; M. Mazzanti, *Stati emotivi e passionali*, in *NN.D.I.*, XVIII, Torino 1977, 215.

³⁷ Sulla *ratio* politico-criminale della norma, F. Ferracuti, C. Giarrizzo, *Stati emotivi e passionali*, *EG*, XLIII, 1990, 661 ss., in cui si stigmatizza come, in realtà, il rigorismo normativo trovi nel prosieguo del codice più occasioni di temperamento, così ad esempio nell'art. 62, co. 1, n. 2) e n. 3) e nella fattispecie di cui all'art. 578, Cp; F. Mantovani, *Diritto*, cit., 733, che parla di originaria *funzione pedagogica*, atta a «stimolare il dominio della volontà sulle proprie azioni e passioni».

³⁸ Più radicalmente, nel senso della abrogazione, D. Piva, *Le componenti*, cit., 86 ss., il quale definisce perentoriamente l'art. 90, Cp come «norma tautologica di sbarramento che, nella sua indeterminatezza, si autolegittima moltiplicando i suoi effetti dal piano dell'imputabilità a quello della colpevolezza, nell'ambito di un procedimento a catena che conduce ad un'ascrizione della responsabilità secondo logiche più formali che sostanziali, in quanto indirizzate all'osservanza di una regola piuttosto che a un'adequata considerazione dei contenuti strutturali dell'imputazione». Degno di nota è, inoltre, nell'ambito di una trattazione complessivamente volta alla valorizzazione delle «componenti impulsive»,

6. La compenetrazione tra *inesigibilità* e *principio di colpevolezza* sostenuta dalle Sezioni Unite Fialova conduce ad un risultato pratico, quello della estensione della non punibilità al convivente *more uxorio*, assai ragionevole e, dunque, per ciò stesso in grado di compensare le obiezioni eccipienti in punto di diritto. Che la istituzionalizzazione di un rapporto interpersonale non sia garanzia di un condizionamento psichico più intenso di quello che può provare chi coltiva la dimensione affettiva al di fuori delle forme del diritto è, infatti, cosa evidente al punto da non meritare ulteriori approfondimenti. Tuttavia, mutando angolo prospettico e, cioè, prendendo in esame altri paradigmi operativi della *inesigibilità*, l'assennatezza "autoportante" del principio formulato dalla recente giurisprudenza non sembra conservare la medesima solidità.

È sufficiente, ad esempio, riflettere sugli effetti preterintenzionali che possono derivare sull'ordinamento una volta generalizzato il principio del *nemo tenetur se detegere* sostanziale per effetto della (ormai) legittimata interpretazione analogica dell'art. 384 Cp. Ritenuta la portata generale della scusante, infatti, non è agevole sostenere la necessità di preservare una selezione interna mediante argomenti giuridicamente convincenti, che vadano oltre l'incerto richiamo ai canoni dell'equità, della giustizia sostanziale e della ragionevolezza. Pare, anzi, che il rigore giuridico si spinga nel senso contrario (specie, se dovesse trovare conferma il sostrato costituzionale dell'*inesigibilità*) e, cioè, in quello della configurabilità della estensione analogica della norma in tutte le sue direzioni: a) sul piano *oggettivo*, oltre che su quello *soggettivo* già preso in esplicita considerazione dal giudice di legittimità; b) nella parte in cui si rivolge all'autore del reato presupposto, oltre che in quella riferita ai prossimi congiunti. Da qui, il rischio di un rafforzamento del *nemo tenetur* nel suo profilo sostanziale, perché declinazione dell'*inesigibilità*, a sua volta corollario del principio di colpevolezza.

Ad onore del vero, a tentativi di ampliamento della sfera di non punibilità in nome del divieto di autoincriminazione si è già assistito in passato, sebbene siano rimasti ristretti ad un indirizzo minoritario tanto della giurisprudenza quanto della dottrina. In particolare, propizie all'occasione si sono rivelate quelle poche sentenze che, sul finire degli anni Ottanta, enfatizzando il nesso di funzionalità che vi può essere tra le *false comunicazioni sociali* di cui all'art. 2621 Cc e il proposito di occultare gli illeciti commessi nel periodo di bilancio cui le stesse si riferiscono, hanno ammesso l'idoneità operativa del principio oltre gli "angusti" margini

il posto riservato alla c.d. pre-colpevolezza quale strumento correttivo in grado di abilitare il rimprovero dell'ordinamento nei casi in cui l'azione, senz'altro non voluta al momento della commissione, si sarebbe potuta evitare mediante l'esercizio preventivo di un potere di autocontrollo e di inibizione da parte dello stesso autore (la proposta parrebbe, quindi, quella di una estensione della dinamica già propria della *ubriachezza preordinata* di cui all'art. 92, co. 2, Cp).

dell'art. 384 Cp.³⁹ L'*input* di origine giurisprudenziale è stato subito colto e inquadrato in termini dogmaticamente più stabili da talune voci dottrinali, giunte persino a concludere che il divieto di autoincriminazione sia tipizzato nella disposizione di parte speciale soltanto in via esemplificativa ma costituisca, in realtà, un *limite logico* dell'ordinamento⁴⁰.

Più analiticamente, il primo ostacolo che si delinea dinanzi alla dottrina in commento è rappresentato dalla c.d. *aggravante teleologica* dell'art. 61, n. 2, Cp, rispetto alla quale la causa di non punibilità dell'art. 384 Cp è stata tradizionalmente ritenuta alla stregua di una *ipotesi speciale*, perché circoscritta nel novero dei soggetti e in quello dei reati ma avente in comune con la norma di parte generale l'elemento psicologico nonché il fine prefisso dal reo⁴¹. In entrambi i casi, infatti, l'autore di un illecito pregresso trasgredisce una seconda volta la legge penale perché sospinto al nuovo crimine dal naturale e comune istinto a preservare la libertà personale; eppure, nonostante l'analogia delle fattispecie materiali, le conseguenze giuridiche non potrebbero essere più divergenti. Nel primo caso non soltanto la responsabilità penale non è esclusa ma subisce persino un aggravamento; nel secondo, la sanzione penale è preclusa *ab origine*. Ora, un tale inquadramento dei rapporti viene da taluno scardinato tramite l'affermazione di un nuovo rapporto di autonomia tra le due disposizioni, che dovrebbero essere riferite a situazioni non perfettamente omogenee. Infatti, la condotta di autoconservazione, nel caso dell'aggravante teleologica, rimarrebbe comunque espressione di una scelta liberamente assunta dall'autore, mentre, al cospetto della scusante, sarebbe imposta dalle circostanze di maggiore costrizione, tali da porre l'agente di fronte all'alternativa secca tra la realizzazione del fatto tipico e il pregiudizio per la libertà personale.

Una volta affrancato il *nemo tenetur* sostanziale dal vincolo di specialità che ne impedisce la libera applicazione, si osserva come l'art. 384 Cp ricomprenda al suo interno anche ipotesi delittuose che si consumano in un contesto *non* strettamente processuale ed anzi *extra-processuale*; il che sarebbe indicativo di una ambizione ordinamentale a tenere in considerazione l'«impulso psicologico di autodifesa» in via generale, a prescindere dal collegamento con la vicenda procedimentale. Da qui, con l'ulteriore ausilio argomentativo del fondamento costituzionale del diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.), la tesi della non punibilità di tutte le fattispecie incentrata su degli obblighi di dichiarazione veridica (comprese le false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 Cc) allorché il reo le

³⁹ Si veda, Cass. 21.1.1987, Musselli, in *CP* 1988, 379, in cui viene sostenuto che «nessuno può essere obbligato a fornire, attraverso la scritturazione nei libri sociali, prove a suo carico di reati commessi».

⁴⁰ La tesi è stata sostenuta, anche, con i corollari che si vedranno appresso da M. Zanotti, *Nemo*, cit., 175 ss.

⁴¹ Per tutti, G. M. Flick, *L'esimente speciale dell'art. 384, co. 1, Cp e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 Cp nel delitto di falsa testimonianza*, in *RIDPP* 1964, 223.

commetta con il precipuo intento di tenere celati comportamenti offensivi pregressi. *Ad abundantiam*, viene anche invocato il principio di uguaglianza, che sarebbe pregiudicato se si desse la stura alla differenziazione nel trattamento tra soggetti, ugualmente mossi dalla fisiologica propensione auto-conservativa, a seconda che l'illecito a scenario extraprocessuale rientri o meno tra quelli menzionati dall'art. 384 Cp.

Breve: il principio del *nemo tenetur* si riverbererebbe sul piano sostanziale come divieto di imporre al reo obblighi di collaborazione veridica: egli, chiamato a rendere dichiarazioni dalle quali potrebbero affiorare profili autoincriminanti, potrà tacere o potrà mentire, anticipando l'esercizio del diritto di difesa ad una fase antecedente a quella schiettamente procedimentale.

La posizione ermeneutica di specie, come accennato, non ha mai incontrato il favore né della giurisprudenza né della dottrina maggioritarie. Quest'ultima, anzi, si è prodigata nell'evidenziarne l'incongruenza teoretica e le storture pratiche.

In primo luogo, infruttuoso si rivela lo sforzo di ricostruire la scusante in termini strutturalmente autonomi rispetto all'aggravante comune dell'art. 61, n. 2, Cp, poiché le due previsioni condividono il *fondamento psicologico* e la stessa evoluzione materiale: va, dunque, ribadita la sussistenza di un *rapporto di specialità*. La ragioni di un regime disciplinare così divergente vanno, allora, ricercate altrove e, più precisamente, nella prossimità delle fattispecie delittuose citate dall'art. 384 Cp al bene giuridico del corretto governo dell'attività giudiziaria. Il legislatore, in altri termini, ha ritenuto di assicurare uno spazio di esenzione dalla responsabilità penale non ogniqualvolta l'agente sia posto nel conflitto interiore tra la salvaguardia di sé e l'eventualità di arrecare un pregiudizio ad uno qualsiasi tra gli interessi giuridici protetti dall'ordinamento, ma, molto più puntualmente, nel caso in cui il movente egoistico si raffronti direttamente con il buon andamento della amministrazione giudiziaria. L'interesse giuridico sotteso, e di cui è comprensibile la lesione per esigenze difensive, è, dunque, sempre lo stesso, anche quando la norma di parte speciale richiama illeciti dalla dimensione extraprocessuale: contenuto entro questi argini assiologici, è indubbio che il *nemo tenetur* si mantenga aderente ad un criterio di proporzione e ragionevolezza, che sarebbe — al contrario — alterato ove si ritenesse di poter prescindere da una valutazione di compromesso tra le istanze di autotutela e gli interessi alla cui protezione sono preposte le norme incriminatrici di volta in volta in rilievo. L'art. 2621 Cc, come anche è stato messo in evidenza, oltre ad assolvere ad una funzione deterrente cui sarebbe irreversibilmente sottratto dall'orientamento interpretativo che qui si contesta, è teso alla protezione di interessi contrassegnati in senso pubblicistico e, comunque, esorbitanti dalla dinamica squisitamente processuale; di talché l'invocazione dell'art. 24, comma 2, Cost. rischia di

apparire come un fuor d'opera, così come grossolano sarebbe scusarne la violazione sul presupposto del diritto di difendersi (peraltro, sarebbe quanto meno contraddittorio sanzionare in egual misura chi, posto in essere un reato, si prodighi nella commissione di altri teleologicamente connessi e chi, invece, limita al primo illecito il comportamento antidoveroso)⁴².

È stato, quindi, ribadito che il divieto di autoincriminazione si regge sulla valutazione normativa di un effettivo rapporto sinallagmatico tra il fatto commesso e la parabola giudiziale di accertamento della responsabilità penale, filtrata nel contenuto eccezionale dell'art. 384, Cp: il sussulto fisiologico alla difesa di sé acquisisce portata scusante soltanto quando la "macchina" del processo penale è già in moto o prossima all'attivazione, perché è soltanto allora che il pregiudizio per la libertà personale diviene davvero prossimo.

Il principio del *nemo tenetur se detegere* costituisce una tra le modalità di espressione della inesigibilità: poiché anche in questo caso si fa questione di un motivo soggettivo prevalente (ed approvato dall'ordinamento), cioè la libertà personale ed il diritto di difesa, capace di catalizzare gli impulsi del reo verso l'azione tipica e di annichilire l'attitudine motivante del precetto penale. Il rischio, già sperimentato in passato, di una sua indeterminata estensione per effetto dell'ampliamento e della generalizzazione della scusante, con il suo corredo di effetti paradossali ed inconciliabili con il fine di mantenere l'ordinamento in "equilibrio assiologico", ci pare sia da solo sufficiente ad assorbire e confermare quanto detto sin qui.

⁴² Motivano analiticamente avverso la tesi estensiva minoritaria, anche superando le eccezioni in ordine alla necessità di conformarsi al principio di uguaglianza ed a quello di colpevolezza, D. Pulitanò, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *RIDPP* 1999, 1274 ss.; F. Bellagamba, *I problematici*, cit., 316 ss.. Un quadro di sintesi è offerto da D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 171 ss.