



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato in Diritto – Curriculum pubblicistico
XXXVII Ciclo

Inesigibilità e contesti di crisi
Il diritto penale alla ricerca del limite

Tutor:

Chiar.mo Prof. Marco Pelissero

Candidata:

Dott.ssa Sara Prandi

Anno Accademico 2023-2024

INDICE

INTRODUZIONE - IL DIRITTO PENALE DINNANZI ALL'ANOMALIA	2
--	---

CAPITOLO I - ALLE ORIGINI DI UN *TOPOS*: L'INESIGIBILITÀ NEL DIRITTO PENALE

1. Il dilemma dell'inesigibilità: un inquadramento storico-dogmatico	6
1.1. Le riflessioni della dottrina tedesca: nascita ed evoluzione del concetto di inesigibilità nel diritto penale	8
1.2. (Segue) Lo studio dell'inesigibilità fuori dalla Germania: una panoramica	15
2. L'orizzonte concettuale della ricerca: una necessaria <i>actio finium regondorium</i>	17
3. L'inesigibilità nella dogmatica del reato	22
3.1. I riflessi sul piano della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza: cenni	24
4. Modelli d'illecito penale e riflessi sullo studio dell'inesigibilità	27
4.1. L'inesigibilità nel delitto omissivo	28
4.2. Inesigibilità e colpa	30
4.2.1. (Segue) Inesigibilità in senso stretto: tra scusanti tipizzate e scusanti <i>praeter</i> -legali	32
5. Prime conclusioni e coordinate della ricerca	34

CAPITOLO II - L'INESIGIBILITÀ COME ECCEZIONE: IL RUOLO DELLA LEGGE

1. L'approccio legislativo al tema: ambiguità del dato normativo	36
2. "Valvole respiratorie" del sistema e inesigibilità: i confini della tipicità	37
2.1. Il caso dell'omissione di soccorso: ripudio dell'inesigibilità? Suggestioni in ottica comparata	41
3. Le scusanti tipizzate: problematica emersione della <i>ratio</i> dell'inesigibilità	46
3.1. Stato di necessità e inesigibilità: modelli a confronto	49
3.1.1. L'ordinamento tedesco	50
3.1.2. L'ordinamento spagnolo	56

3.1.3. L'ordinamento italiano: cenni ad un dibattito ancora aperto	58
3.2. (Segue) La coazione morale <i>ex art. 54, comma 3, c.p.</i>	64
3.2.1. <i>Miedo insuperabile, contrainte e duress</i> : la linea di continuità tra <i>civil e common law</i>	66
3.2.2. Cenni alle scusanti nel diritto penale internazionale: <i>duress</i> e <i>superior order</i>	72
3.3. Ritorno alla prospettiva nazionale: l'ordine illegittimo insindacabile <i>ex art. 51 c.p.</i>	76
3.4. Ipotesi dubbie: l'art. 242 cpv c.p., la reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, la provocazione <i>ex art. 599 c.p.</i>	79
3.5. L'art 384 c.p.: tra <i>nemo tenetur se detegere</i> e <i>affectio parentalis</i>	81
3.5.1. (Segue) Il confronto con gli artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p.	86
3.6. Il nuovo art. 55, comma 2, c.p.	90
4. I motivi come causa di attenuazione del disvalore soggettivo: il “fitto intreccio” di elementi differenziali della tipicità, circostanze del reato e indici di commisurazione della pena	94

CAPITOLO III - L'INESIGIBILITÀ FUORI DALLA LEGGE: IL RUOLO DEL GIUDICE

1. Spunti per una valorizzazione: l'inesigibilità della condotta doverosa nel quadro dei principi costituzionali	98
2. I reati colposi in genere: l'inesigibilità come metro del dovere cautelare e come causa di esclusione della colpevolezza	103
2.1. L'inesigibilità nella giurisprudenza: tra ritrosie e spunti di riflessione	113
2.2. Breve <i>excursus</i> su inesigibilità e colpa incosciente: un rapporto problematico	117
2.3. Inesigibilità e colpa grave	119
3. Inesigibilità e reati omissivi impropri	126
4. Il ruolo dell'inesigibilità nel contesto dei reati dolosi: l'analisi di alcuni settori specifici	131
4.1. I doveri di assistenza familiare: l'inesigibilità come limite al concetto di “abbandono” e in rapporto alle obbligazioni di mantenimento	131
4.2. I reati tributari di omesso versamento: nuovi spazi di rilevanza del canone di inesigibilità ed il contrasto (mai sanato) tra merito e legittimità	135
4.3. Il ruolo dell'inesigibilità nei reati in materia di immigrazione	139
4.4. Uno sguardo d'insieme. L'incidenza (e i limiti) dell'inesigibilità nell'ambito dei reati omissivi di “inadempimento”: i reati ambientali	142

5. I nuovi orizzonti aperti dalle Sezioni unite sull'art. 384 c.p.	146
5.1. Inesigibilità e analogia <i>in bonam partem</i>	149
5.2. Inesigibilità e colpevolezza: primi passi verso la “costituzionalizzazione” dell'inesigibilità?	156

CAPITOLO IV - L'AVVENTO DELLE CRISI: INESIGIBILITÀ ED EMERGENZA

1. L'avvento delle crisi e le nuove condizioni di contesto: potenzialità del paradigma dell'inesigibilità	160
2. La crisi sanitaria e i riflessi in tema di colpa: le c.d. norme scudo	163
2.1. Lo scudo per il datore di lavoro	165
2.2. Lo scudo per i vaccinatori	168
2.3. Lo scudo per il personale sanitario: colpa grave e indici <i>ex art. 3-bis</i> , comma 2, D.l. 44/2021	169
2.3.1. I profili lasciati scoperti dallo scudo	173
2.4. Il raffronto con la disciplina francese del <i>Code de la Santé Publique</i>	179
2.5. Sintesi: inutilità (o dannosità) della normativa eccezionale?	181
2.6. Il nuovo scudo “milleproroghe”: gravi carenze di personale ed esclusione della responsabilità del sanitario per colpa lieve	185
2.7. I lavori della Commissione d'Ippolito: dalla dimensione eccezionale dell'emergenza alla gestione ordinaria dell'anomalia in ambito sanitario?	187
3. Crisi economica ed inesigibilità: la nuova sensibilità al tema imposta dalla pandemia	190
3.1. Inesigibilità sopravvenuta e forza maggiore “vincibile” tra giurisprudenza e dottrina	192
3.2. Le iniziative legislative: dolo di evasione e non punibilità	194
4. Il ruolo dell'inesigibilità nei contesti di crisi	198

CAPITOLO V - INESIGIBILITÀ E DIRITTO PENALE: SPUNTI PER UNA VALORIZZAZIONE

1. Un bilancio preliminare sull'inesigibilità nell'ordinamento penale	201
2. Caratteri essenziali dell'inesigibilità	203
2.1. Natura personale dell'inesigibilità	203
2.2. Il duplice rilievo, esteriore ed interiore, delle condizioni di inesigibilità	205
2.3. Valore assiologico-normativo dell'inesigibilità	208
2.4. Alla ricerca delle costanti	209

2.4.1 Istinto di autoconservazione e <i>affectio parentalis</i> : l'inesigibilità come spinta individualistica	209
2.4.2. (Segue) Il conflitto di doveri insolubile	212
2.5. L'inesigibilità come regola vs. eccezione: colpa, omissione e dolo	215
2.5.1. (Segue) Riflessi dogmatici: inesigibilità "in astratto" e "in concreto"	217
2.6. Inesigibilità come concetto quantitativo vs. qualitativo: rilievo attenuante dell'inesigibilità	222
3. Prospettive <i>de iure condito</i> ...	225
4. ...e <i>de iure condendo</i> : uno sguardo ai tentativi del passato	227
4.1. Proposte per una nuova ipotesi di necessità scusante	229
4.2. (Segue) Il rilievo atipico delle scusanti per il rimprovero colposo	233
4.3. L'inesigibilità come questione di parte speciale	235
5. Da <i>topos</i> a norma: l'inesigibilità tra legislatore e giudice	238
CONCLUSIONI - DIRITTO PENALE E CONTESTI CRITICI: L'INESIGIBILITÀ COME RIMEDIO DI SISTEMA?	242
BIBLIOGRAFIA	245

«Io prego colui, che legge, di ricordarsi, che se le civili leggi debbono ispirare, non Possono però esigere la perfezione nell'uomo. Esse possono dare all'eroismo dei Martiri, come la Religione gli ha dati alla Fede; ma non possono, come quella, punire coloro, che non hanno il coraggio che richiede un simile sforzo. Con questa Prevenzione io lo prego di Osservare i tre seguenti canoni, de' quali lascio a lui l'esame, ed il giudizio. 1. Tra due o più mali uguali non è mai punibile la scelta. 2. Tra due, o più mali disuguali la scelta del maggiore lo è, quando non vi è interesse personale per mezzo. 3. Tra due, o più mali disuguali, il minore de' quali ferisce l'interesse dell'uomo, che a scegliere vien costretto, la preferenza data al maggior male non può essere punibile, che in un solo caso, quando il male personale, che si evita, è molto piccolo, è molto soffribile, e quello, che si elegge, è molto grave, molto pregiudizievole o a tutto il corpo sociale, o ad un altro uomo»
(G. FILANGERI, *La scienza della legislazione*, Napoli, 1783)

*«Ci hanno insegnato la meraviglia
Verso la gente che ruba il pane
Ora sappiamo che è un delitto
Il non rubare quando si ha fame»*
(F. DE ANDRÉ, *Nella mia ora di libertà*, 1973)

INTRODUZIONE

IL DIRITTO PENALE DINNANZI ALL'ANOMALIA

Affrontare la tematica dell'inesigibilità nel diritto penale significa confrontarsi con una questione che, da sempre, restituisce all'interprete più interrogativi che punti fermi. Dalle sue prime elaborazioni dottrinali, merito della letteratura tedesca, la tematica ha sollevato criticità impellenti, nell'arduo tentativo di individuare un confine all'utilizzo del diritto e della sanzione penale dinanzi a situazioni anomale, eccezionali, che giustificano – se non addirittura impongono – una rinuncia alla punizione.

A fronte di un ricco dibattito dottrinale, protrattosi in Germania sin dai primi anni del Novecento e tutt'ora presente nella riflessione scientifica del Paese, la tematica non ha conosciuto la stessa fortuna nella letteratura italiana. Il problema dell'inesigibilità è stato affrontato compiutamente solo di rado, venendo liquidato dai più come canone inaccettabile perché essenzialmente svincolato e arbitrario. Si è così negata l'esistenza di un principio destinato ad operare al di fuori dell'ambito delle scusanti espressamente codificate, da intendersi come norme eccezionali non suscettibili di applicazione analogica.

Il tema, nondimeno, non sembra aver perso di centralità e di interesse. Sempre più spesso, anzi, esso ha fatto ingresso nella prassi applicativa che – seppur finora in limitati settori di applicazione – sembra suggerire l'idea dell'inesigibilità come principio immanente del sistema penale, interpretato alla luce e nel pieno rispetto delle coordinate costituzionali.

Il concetto di inesigibilità, d'altro canto, attiene nel profondo alla comprensione del rapporto ordinamento-individuo e il suo accoglimento sottende una precisa scelta di campo, pregnante dal punto di vista simbolico ma anche per l'impatto pratico che ne deriva: la scelta di non punire il soggetto che non abbia potuto adeguare il proprio comportamento al precetto a causa di una condizione di anomalia motivazionale tale da escluderne la rimproverabilità.

La riflessione attorno all'inesigibilità disvela, in questo senso, un vero e proprio dilemma, a sua volta espressione di varie conflittualità di difficile composizione: il contrasto tra un'idea di legalità formale e l'esigenza di giustizia sostanziale, lo scarto tra regole astratte e situazioni concrete, il tutto alla luce di una relazione quantomai problematica, quella tra Stato e cittadino, a sua volta declinabile come relazione tra Stato ed autore del reato, e tra Stato e vittima dello stesso. Da una parte, l'idea di una Costituzione personalistica apre le porte alla discussione relativa ai limiti del punire, laddove il soggetto agente si trovi in condizioni che non gli avrebbero consentito di adeguarsi al precetto, se non pretendendo da lui uno sforzo eroico, eccessivo; dall'altro, si collocano tuttavia le ragioni delle vittime che,

non vedendo qui soccombere i propri interessi alla luce di un temperamento oggettivo, impongono una certa cautela nel disegnare i confini dell'inesigibilità, non potendo l'indulgenza dello Stato nei confronti della debolezza dell'autore travalicare in indifferenza verso l'offeso.

La questione, peraltro, manifesta oggi una rilevanza significativa alla luce del periodo di crisi attraversato dagli ordinamenti di tutto il mondo, di cui ancora si avvertono gli strascichi. Il contesto di emergenza sanitaria ha infatti incarnato, sotto vari punti di vista, un paradigma efficace per lo studio dell'impatto dell'anomalia motivazionale sul piano della risposta sanzionatoria di tipo penale; tanto in relazione alla crisi sanitaria, quanto alla crisi economica che si è innescata quale conseguenza del periodo pandemico e delle restrizioni da questo imposte, il particolare contesto di realizzazione del fatto – e l'influenza che lo stesso può aver giocato sulle scelte dei singoli – sembra manifestare una rilevanza innegabile nella valutazione del comportamento dell'agente.

L'impatto dell'emergenza pandemica e delle sue conseguenze appare dunque funzionale a riaprire una discussione sui limiti al ricorso al diritto penale, in particolare nei casi in cui esso sia diretto a sanzionare comportamenti realizzati in un contesto fattuale anomalo, idoneo a influire sul processo motivazionale del singolo. Si prospetta, così, la possibilità di una riflessione più ampia, legata all'atteggiarsi delle dinamiche punitive in contesti anomali: una riflessione suscettibile di abbracciare le crisi passate, ma che guarda anche al futuro e alla gestione di crisi ulteriori.

Il tema verrà dunque approfondito a partire da alcune necessarie premesse storico-dogmatiche (Capitolo 1) utili ad inquadrare la dottrina dell'inesigibilità alla luce delle coordinate storiche che ne hanno connotato il corso e l'evoluzione, ripercorrendo le considerazioni che, dapprima in Germania poi timidamente anche in Italia, hanno ricondotto la categoria ai vari momenti del reato e ai diversi modelli di illecito. Oltre a rivelarsi utile per evidenziare l'esistenza di una certa confusione concettuale attorno ad una nozione che, per essere approfondita, merita viceversa di essere tenuta adeguatamente distinta da istituti contigui ma non del tutto sovrapponibili, tale indagine preliminare consentirà di mettere da subito in luce le differenze che, sul punto, sono state individuate dagli interpreti nel confronto tra reato omissivo e commissivo, oltre che tra paradigma doloso e colposo. In relazione a ciascuno di essi, a ben vedere, la dottrina ha da tempo segnalato che il ruolo che l'inesigibilità può venire a giocare varia in modo significativo, non solo in termini di intensità e pervasività, ma anche, talora, dal punto di vista dogmatico.

In un secondo momento, l'attenzione sarà rivolta al diritto positivo (Capitolo 2), andando alla ricerca delle disposizioni da cui, allo stato attuale della legislazione, emergono profili di disciplina conformati alla logica dell'inesigibilità; tale operazione si gioverà dell'approccio comparato, così da evidenziare le principali differenze con l'Italia e individuare i punti di emersione del concetto di inesigibilità. Dalla panoramica del codice penale, che si soffermerà su istituti di parte generale ma anche su singole figure di parte speciale, si trarrà l'impressione di una nozione nel complesso scarsamente considerata: nel disegno normativo del codice italiano, l'inesigibilità sembrerebbe un concetto relegato a poche norme, perlopiù settoriali.

Questa apparente marginalità, che si ritrova anche nell'atteggiamento di sospetto della dottrina e nel tendenziale rigetto della giurisprudenza rispetto all'idea di inesigibilità come canone extralegale, verrà posta a confronto, in un secondo momento, con le linee di tendenza emerse nel passato più recente, che sembrerebbero testimoniare una maggiore apertura all'idea di inesigibilità come principio: si vedrà infatti che, a partire dalle riflessioni di una parte della dottrina, tale concetto sembrerebbe aver fatto ingresso – non sempre senza resistenze – in alcuni settori del diritto penale e, da ultimo, anche nella giurisprudenza delle Sezioni unite, aprendo a soluzioni almeno in parte favorevoli ad un utilizzo dell'inesigibilità svincolato da una positivizzazione espressa in singole scusanti di parte speciale (Capitolo 3).

Nel quadro tracciato, ci si confronterà poi con il tema delle crisi, in particolare con riferimento al contesto pandemico (Capitolo 4): riguardata in termini di crisi sanitaria ma anche economica, l'esperienza emergenziale sembra per certi versi funzionale a “testare” la tenuta del sistema dinanzi a momenti di profondo *distress*, e in particolare sarà orientata a verificare il ruolo che l'inesigibilità gioca in tali contesti. Attraverso un'analisi delle strategie attuate, a livello nazionale e non solo, per far fronte al rischio penale associato al momento pandemico, ci si chiederà se la valorizzazione dell'inesigibilità avrebbe rappresentato un'opzione migliore a tali scelte di politica criminale, realizzate *in primis* attraverso la predisposizione di interventi legislativi eccezionali e mediante l'approvazione di specifiche norme c.d. scudo.

A partire da queste riflessioni, che potranno contribuire ad evidenziare i caratteri essenziali dell'inesigibilità, si tenterà di raccogliere la sfida che tale nozione da sempre pone in rapporto con l'universo penalistico. All'esito del percorso tracciato, in particolare, si tenteranno di isolare le caratteristiche essenziali dell'inesigibilità, formulando alcune conclusioni sulla portata e sui limiti di un simile concetto nel diritto penale moderno ed evidenziando così le plurime dimensioni in cui l'inesigibilità sembra destinata ad operare,

con ruolo e impatto diverso a seconda del punto di vista che si voglia assumere: da una parte, quella del legislatore, chiamato a dar corpo, nel dettato normativo, alla prospettiva dell'inesigibilità; dall'altra quella del singolo interprete, costretto nel complesso districarsi tra l'imperativo della legalità e le esigenze di equità e giustizia sostanziale. Alle possibili soluzioni *de iure condito* si affiancheranno necessariamente spunti *de iure condendo*, pur nella consapevolezza della difficoltà che da sempre incontra l'interprete nel tentativo di cristallizzare, una volta per tutte, un concetto che aspira a comporre lo scarto tra norme astratte e caso concreto, e così sfugge, almeno in parte, anche ai migliori tentativi di definizione (Capitolo 5).

CAPITOLO I

ALLE ORIGINI DI UN *TOPOS*: L'INESIGIBILITÀ NEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Il dilemma dell'inesigibilità: un inquadramento storico-dogmatico. – 1.1. Le riflessioni della dottrina tedesca: nascita ed evoluzione del concetto di inesigibilità nel diritto penale. – 1.2. (Segue) Lo studio dell'inesigibilità fuori dalla Germania: una panoramica. – 2. L'orizzonte concettuale della ricerca: una necessaria *actio finium regondorium*. – 3. L'inesigibilità nella dogmatica del reato. – 3.1. I riflessi sul piano della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza: cenni. – 4. Modelli d'illecito penale e riflessi sullo studio dell'inesigibilità. – 4.1. L'inesigibilità nel delitto omissivo. – 4.2. Inesigibilità e colpa. – 4.2.1. (Segue) Inesigibilità in senso stretto: tra scusanti tipizzate e scusanti *praeter*-legali. – 5. Prime conclusioni e coordinate della ricerca.

1. Il dilemma dell'inesigibilità: un inquadramento storico-dogmatico

Nell'orizzonte giuridico, l'inesigibilità rappresenta un vero e proprio *topos*¹, motivo ricorrente che accomuna pressoché ogni campo del diritto. Intrinsecamente legata all'idea di equità, funzionale ad escludere l'applicazione della legge nelle ipotesi in cui questa si risolverebbe in una "ingiustizia", l'idea di inesigibilità ha assunto nel corso dei decenni un ruolo realmente trasversale, presente nella riflessione dottrinale e non estranea alla prassi applicativa: non solo nel diritto civile, dove essa si accompagna alla clausola generale della buona fede per segnare il confine delle pretese creditorie nei confronti del debitore², ma anche nel diritto pubblico, dove il medesimo concetto si riferisce alla delicata tematica dei rapporti tra potere e individuo nell'imposizione a quest'ultimo di specifici obblighi³. Quella dell'inesigibilità, d'altronde, è una questione che affonda le proprie radici in concezioni

¹ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. 2018, 364. Di un «giunt[o] elastic[o] del sistema» parla ancora ID., *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, 362.

² Si comprende dunque l'affermazione per cui l'inesigibilità richiamerebbe una categoria capace, ove adeguatamente valorizzata, di giocare una funzione «di mezzo di individuazione della norma concreta all'interno di tutti i settori del diritto»: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 15. Nella dottrina civilistica, in particolare, O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità delle obbligazioni*, Napoli, 2012. Già da tempo, peraltro, il tema risulta approfondito in letteratura: M. BESSONE, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, 7-8, 209 ss.; D. CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, 10, 346 ss. Sui più recenti sviluppi, si vedano altresì G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1, 185 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento, responsabilità pre-contrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *Accademia*, 2023, 1, 297 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il pragmatismo di Enrico di Navarra: l'inesigibilità restitutoria nel canone della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2023, 1027 ss.

³ Evidenza come il concetto di inesigibilità abbia ispirato riflessioni in ogni branca del diritto, «dalla filosofia del diritto al diritto costituzionale, dal diritto processuale al diritto tributario, dal diritto delle obbligazioni al diritto ecclesiastico», G. FORNASARI, *Inesigibilità*, cit., 365.

filosofiche, ancor prima che giuridiche⁴, rimandando all'idea di giusnaturalismo e alla tensione tra la ragione di Stato e il sentire individuale.

È, però, soprattutto nella prospettiva penalistica che il conflitto sotteso alla nozione di inesigibilità si fa evidente: nell'interrogarsi sul ruolo dell'inesigibilità quale canone suscettibile di escludere la punizione, l'interprete è infatti chiamato a confrontarsi, nel profondo, con il problema del limite alle pretese che l'ordinamento può avanzare nei confronti dell'individuo che si trovi in una situazione anomala – tanto anomala da rendere umanamente impossibile pretendere dall'agente qualcosa di diverso⁵.

Non si tratta di una questione di facile soluzione; se la delicatezza della materia penale, nella misura in cui comporta un'invasione nella sfera di libertà del cittadino, fa apparire come cruciale l'individuazione di un canone da cui dipenda la non punibilità in ipotesi in cui il singolo non poteva che agire come ha fatto, le pressanti esigenze di legalità che connotano il settore penalistico sembrano opporsi ad un'idea di inesigibilità che operi, svincolata da qualsiasi clausola normativa e a disposizione del singolo giudice, cui sia affidato il compito di rendere giustizia nel caso concreto⁶. Istanze di legalità e certezza si scontrano, cioè, con l'esigenza dell'individualizzazione del giudizio di rimproverabilità per il fatto, in un ordinamento che, assumendo la persona come fine e non come mezzo⁷, veda la pena e le sue finalità frustrate dinanzi ad una condotta che, alla luce delle peculiari condizioni in cui si è svolta, non avrebbe potuto essere diversa.

Intesa in questi termini, non stupisce che la tematica sia risultata al centro di una elaborazione dottrinale consistente, specialmente nella letteratura di taluni Paesi vicini, anche per tradizione giuridica, all'Italia. In prospettiva comparata, l'ordinamento che più – e prima – di ogni altro si è confrontato con la tematica dell'inesigibilità e con il suo significato nella dogmatica del reato è, senza dubbio, quello tedesco. Da più di un secolo, infatti, la dottrina

⁴ Di un principio «non solo giuridico, ma anche logico e filosofico» parla G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 128. All'inesigibilità come «concetto di genere» si riferisce invece M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 322 ss.

⁵ Si tratterebbe, cioè, di dar rilievo alle «circostanze di tempo e di luogo, che rendono umanamente impossibile un contegno conforme al precetto penale». Così L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Sassari, 1947, 3 ss., dove si riporta anche il pensiero di autorevole dottrina che, ben prima di quel momento, si era già espressa nel senso di ritenere che «l'ordine giuridico [...] non esige la repressione degli atti commessi in sì tremende circostanze allorquando non poterono essere evitate che da uno sforzo, che esige tutto quanto l'umana natura racchiude di forza e di coraggio» (P. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852, 171).

⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 6 s.

⁷ Si leggano, al proposito, le parole di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Bologna, 1991, 583: «anche quando escludiamo che un diritto penale laico sia custode della virtù, non possiamo misconoscere l'esigenza di assicurare al giudizio di condanna, che toglie la libertà ad un uomo, un valore di eticità non solo generalizzante e preoccupato di restaurare il diritto dello Stato, ma che si giustifichi anche al cospetto del singolo come fine».

d'Oltralpe si è interessata al concetto di *Unzumutbarkeit*, indagandolo analiticamente e proponendone una teorizzazione approfondita.

Pur evidenziando da subito le numerose criticità che il concetto di inesigibilità solleva nel rapporto con l'universo penalistico, la letteratura in materia ha prodotto un vivo dibattito attorno al tema, sviluppando una riflessione che si sarebbe dimostrata non solo ampia, ma anche particolarmente acuta; una riflessione, invero, che ha saputo evidenziare le differenze che, nell'approcciare la materia dell'inesigibilità del comportamento doveroso, intercorrono tra il reato commissivo e quello omissivo, nonché tra il paradigma doloso e quello colposo, con conseguenze di rilievo anche in punto collocazione dogmatica dell'inesigibilità in ciascuno di questi modelli di illecito.

Ma partiamo dal principio.

1.1. Le riflessioni della dottrina tedesca: nascita ed evoluzione del concetto di inesigibilità nel diritto penale

L'approfondimento della questione dell'inesigibilità in rapporto all'universo del diritto penale deve molto – se non tutto – alla dottrina tedesca che, da più di un secolo, si è interrogata a fondo sulla tematica, elaborando teorie e critiche che sono poi state riprese nella letteratura di qualsiasi ordinamento che si sia approcciato alla questione.

La riflessione sul tema dell'inesigibilità si è avviata, storicamente, in contemporanea all'affermarsi della teoria normativa della colpevolezza⁸: abbandonata l'idea di colpevolezza in termini psicologici, come legame naturale tra autore e fatto di reato che accomuna, seppur con intensità diversa, dolo e colpa, da più di un secolo la dottrina tedesca ha posto il *focus* sulla possibilità di muovere un rimprovero all'agente, individuando nel concetto di *Vorwurf* il vero *core* della colpevolezza e pervenendo così a teorizzare le basi concettuali per lo sviluppo dell'idea di inesigibilità⁹.

⁸ Centrale, sul punto, il contributo di R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Gießen, 1907, anche se è stato sottolineato come l'emersione della teoria sia il frutto di «un processo di pensiero e non di una subitanea intuizione»: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 40. Ma si veda anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità, necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 75 s., dove si precisa come la concezione normativa della colpevolezza non rappresenti una novità, ma piuttosto un recupero della dimensione normativo-valutativa, presente nel passato, e che si era andata perdendo negli anni. Sul tema si rinvia altresì a B. PETROCELLI, *La concezione normativa della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 21 ss. Sulla contrapposizione tra concezione psicologica e concezione normativa, nel panorama dottrinale italiano, si vedano M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 95 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 35 ss.; G. MARINI, *Colpevolezza*, in *Dig. Dir. Pen.*, Torino, 1988, 318.

⁹ Di un «rapporto di dipendenza unilaterale» tra inesigibilità e concezione normativa della colpevolezza parla, ad esempio, S.M. SCORCIA, *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 7 settembre 2022,

Pur non riferendosi apertamente al concetto di *Unzumutbarkeit*, già Frank aveva valorizzato, in modo evidente, il rilievo che eventuali circostanze concomitanti all'agire possono assumere sul fronte della rimproverabilità individuale¹⁰. Secondo la ricostruzione proposta dall'Autore, invero, la colpevolezza sarebbe composta da tre elementi: l'imputabilità, il dolo o la colpa, e la normalità delle circostanze concomitanti il reato – successivamente sostituita dalla normalità della motivazione¹¹. Proprio quest'ultimo tassello incarnerebbe l'idea di inesigibilità della condotta, in tutti quei casi in cui l'anomalia del contesto conduca a escludere il rimprovero penale: in questo senso, è stato osservato come, per la prima volta, si sia dato rilievo «non tanto all'elemento della volontà all'interno della colpevolezza, quanto piuttosto al procedimento di formazione della volontà, considerando tutti i fattori, anche oggettivi, che hanno contribuito a determinarne il contenuto e indirizzando il rimprovero solo a chi si è potuto motivare normalmente nelle circostanze concrete»¹².

In seguito, fu Goldschmidt a sviluppare apertamente una riflessione compiuta sul tema, in seno alla teoria delle norme di dovere¹³: secondo tale Autore, ad ogni norma di diritto che impone all'individuo di tenere una certa condotta – la *Rechtsnorm* «che regola il giudizio oggettivo di anti giuridicità e il comportamento *esterno* dei destinatari»¹⁴ – corrisponderebbe una norma interna che, silente, esige da costui l'adeguamento ai precetti legali: una «norma d'obbligo, o *Pflichtnorm*, avente come oggetto il “comportamento” *interno* del soggetto, la formazione dei suoi motivi ad agire, e come fonte l'equità giuridica»¹⁵. A fondare la rimproverabilità soggettiva sarebbe proprio l'infrazione di questa seconda norma, il cui limite

8. Sul tema anche A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, 27, nonché, più di recente, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 49.

¹⁰ R. FRANK, *op. cit.*, 530. Il rigetto di una visione della colpevolezza come mero nesso psicologico tra autore e fatto, d'altronde, viene motivato anche in ragione delle situazioni di emergenza scusante: la concezione psicologica, infatti, non saprebbe spiegare perché debba escludersi la punibilità in casi in cui, anche a dispetto dello stato di necessità in cui l'agente si trova, è chiaro a questi cosa sta facendo; il riferimento all'istituto della *entschuldigende Notstand* evidenzia dunque, ancora una volta, la stretta interconnessione tra il lavoro di Frank e gli sviluppi successivi in tema di inesigibilità, che proprio nella necessità scusante vedranno il fulcro di una riflessione articolata (sul punto, v. *infra*, Cap. 2, § 3.1.1.).

¹¹ R. FRANK, *op. cit.*, 530. La “normalità delle circostanze concomitanti” venne poi sostituita dalla “normalità della motivazione”, nell'edizione del 1911 del commentario: in questo modo, si finì per valorizzare il «riflesso soggettivo delle circostanze medesime e del loro conseguente influsso sulla motivazione dell'agente», come rilevato, nella dottrina italiana, tra gli altri, da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 157.

¹² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 39.

¹³ J. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, in *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*, Wien, 1913, 34. Dello stesso Autore si veda anche *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard Frank*, Bd. I, Tübingen, 1930, 428 ss.

¹⁴ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 593.

¹⁵ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 593.

sarebbe individuabile, a sua volta, nella misura di ciò che risulta esigibile dal soggetto: poiché «la norma di dovere [...] potrebbe essere delimitata, nella sua efficacia vincolante, dalla presenza di un motivo soggettivamente prevalente e non disapprovato in base al quale si può dire che il soggetto non si pone veramente contro il diritto»¹⁶, l'inesigibilità individuerebbe «il confine esterno delle pretese di motivazione»¹⁷.

Fu Freudenthal, ad ogni modo, a teorizzare apertamente l'idea di inesigibilità come causa generale e sovra-legale di esclusione della colpevolezza, ponendo l'accento sulla necessità di riconoscerle il medesimo ruolo nel contesto del reato doloso e in quello colposo¹⁸. Secondo tale Autore, infatti, non sarebbe mai possibile muovere un rimprovero all'agente che non avrebbe potuto comportarsi in maniera diversa; e tale valutazione discenderebbe proprio dalla considerazione delle circostanze concomitanti che, talora, possono far sì che lo sforzo occorrente al soggetto per non commettere il delitto debba qualificarsi come eccessivo – inesigibile appunto – eliminando così il rimprovero e la colpevolezza.

Variamente declinata e intesa dagli Autori che vi si approcciarono, l'inesigibilità ha ricevuto in Germania un'attenzione nemmeno lontanamente paragonabile a quella che le ha riservato la dottrina italiana¹⁹. Anche nella letteratura d'Oltralpe, nondimeno, l'idea di inesigibilità fu aspramente criticata da una parte degli interpreti, che vi intravidero un concetto suscettibile di debilitare il diritto penale, attenuando i doveri dei cittadini e attentando a valori significativi, prima tra tutti la certezza giuridica²⁰.

¹⁶ Così G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 369. Analogamente anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 158.

¹⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 369; per un'analisi approfondita delle tesi di Goldschmidt, anche ID., *Il principio di inesigibilità*, cit., 60 ss. Critico della concezione goldschmidtiana, in virtù dell'indebita sovrapposizione tra anti-giuridicità e colpevolezza che la stessa finiva per sottendere, R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 54. Sul punto si veda anche L. SCARANO, *op. cit.*, 26 ss., dove si rileva altresì come la contrapposizione "norma giuridica"-"norma di dovere", propria del pensiero di Goldschmidt, avrebbe mascherato la dicotomia diritto-etica. Di un «concetto più "laico" e "oggettivo" di colpevolezza intesa come motivabilità attraverso norme, che presuppone semplicemente l'accertamento (anche mediante standard) che il soggetto nella situazione concreta fosse raggiungibile dalla pretesa normativa», parla anche D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 12.

¹⁸ B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Tübingen, 1922, 10. Anche altre voci dottrinali, in seguito, condivisero l'idea di inesigibilità quale causa generale di esclusione della colpevolezza, da tenere distinta rispetto alle ipotesi speciali previste dal legislatore, come lo stato di necessità scusante e l'eccesso in legittima difesa: si veda E. SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 26 Aufl., Leipzig, 1927, in particolare 267 ss.

¹⁹ Di un «atteggiamento di indifferenza e di torpore piuttosto che di radicale rigetto» parla espressamente G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 3.

²⁰ Così H. LIEPMANN, nella recensione all'opera di Freudenthal (in *ZStW* 43 (1922), 710 ss.), nonché i suoi allievi H. GROßMANN, *Die Grenze Von Vorsatz und Fährlichkeit*, Leipzig, 1924 e O. SCHUMACHER, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung m. modernen Schuldgedanken*, Berlin, 1927.

La critica muoveva, inizialmente, dalla considerazione dell'impostazione assunta dagli autori del primo Novecento, tendenzialmente propensi a ricostruire il criterio di inesigibilità sulla capacità psico-fisica del singolo autore concreto, alla luce dei motivi e delle condizioni personali, oltre che alle circostanze del caso²¹; ma anche successivamente, quando le teorie a base generalizzante presero il sopravvento sulla visione individualistica²², identificando il parametro a cui riferire la valutazione di esigibilità nell'uomo medio che agisce nelle stesse condizioni dell'agente concreto²³, la dottrina continuò ad opporsi nettamente all'idea di una clausola generale, destinata ad operare al di fuori degli spazi delineati dalla legge e foriera per questo di inevitabile incertezza, stante la genericità che la connotava – e che di fatto consegnava all'intuizione del giudice la soluzione del caso concreto²⁴. Dopo anni di intenso confronto sul tema e di un certo consenso attorno all'idea di un principio generale, valido anche a prescindere dalla codificazione di specifici motivi di esclusione della colpevolezza²⁵, la riflessione subì dunque una decisa battuta d'arresto.

Il rifiuto opposto all'affermazione dell'inesigibilità quale canone generale fu condizionato fortemente, del resto, anche dall'esperienza ideologica del regime nazista²⁶. In effetti, se prima dell'avvento del nazional-socialismo l'inesigibilità aveva rappresentato lo strumento di composizione delle contraddizioni di una società connotata da un evidente «sfasamento tra le valutazioni del codice penale e quelle della coscienza popolare, e da un relativismo dei valori»²⁷, l'ordinamento nazionalsocialista, in cui l'autorità veniva a rappresentare «diretta espressione della coscienza del popolo tedesco»²⁸, non poteva più tollerare un simile espediente.

²¹ Lo rileva, nella dottrina spagnola, T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, 64.

²² Ciò avvenne, grossomodo, attorno alla metà degli anni '20 del Novecento, come segnalato da H. ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strasrechtssystematische Schuldlehre*, Berlin, 1974, 155. Nella dottrina italiana, E. VENAFA, *Scusanti*, Torino, 2002, 19 s.

²³ Si veda, tra gli altri, E. SCHMIDT, *op. cit.*, 266.

²⁴ F. SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldasschließungsgrund*, Leipzig, 1933, e R. MAURACH, *Kritik der Notstandlehre*, Berlin, 1935.

²⁵ Per tutti si veda, fondamentale, il contributo di B. FREUDENTHAL *op. cit.*; E. SCHMIDT, *op. cit.*, 267 ss. L'iniziale entusiasmo può d'altronde comprendersi se si osserva il fenomeno calandolo nel momento storico in cui la riflessione si colloca, connotato dalla forte esigenza di «colmare lo scarto tra un impianto di norme incriminatrici irrimediabilmente invecchiato e una realtà economico-sociale in forte mutamento», e dall'influsso della religione «come quella protestante, che si basa sul rapporto frontale, intimo, non mediato da "strutture", fra il singolo uomo e Dio»: così G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 46.

²⁶ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 372. Di «fuochi ideologici che covavano sotto gli argomenti giuridici contrapposti» parla anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, 84.

²⁷ A. BARATTA, *op. cit.*, 39.

²⁸ A. BARATTA, *op. cit.*, 46, ma ancora 48, dove si afferma perentoriamente che «un regime totalitario non ammette non solo la scusante, ma neanche l'esistenza stessa di una necessità morale che non coincida con la morale che in esso si è oggettivata». Rileva sul punto E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 95 s., che l'inesigibilità

Come rilevato anche dalla dottrina italiana, infatti, «una categoria giuridica nata per *limitare* il potere punitivo statale, e per di più sulla base di uno scollamento tra coscienza sociale e diritto, non poteva ormai che essere considerata del tutto disfunzionale rispetto agli scopi di un diritto penale che proclamava di essere diretto interprete della coscienza del popolo»²⁹. Alla luce della mutata concezione del rapporto Stato-individuo, invero, era sufficiente la violazione del “patto di fedeltà” per ritenere la sussistenza del reato³⁰. Il possibile effetto di flessibilizzazione del diritto penale, ammesso nella Germania nazista *in malam partem*³¹, appariva dunque inaccettabile nella prospettiva in cui la mancata obbedienza al regime e alle sue regole potesse essere scusata dal giudice in virtù dell’anomalia in cui versava il singolo al momento dell’azione³².

Nel dopoguerra, ad ogni modo, la letteratura tedesca parve ritrovare interesse nel tema³³, anche in considerazione dell’apporto che la teoria dell’inesigibilità avrebbe potuto offrire in relazione a questioni giuridiche spinose, emerse proprio all’indomani della fine del conflitto.

Emblematica la questione relativa alla responsabilità penale di chi, sotto il regime nazista, si fosse macchiato di crimini aberranti, sostenendo però di essersi trovato in una

«si presentava [...] in antitesi con il principio, proprio di quell’ideologia, dell’assoluta imperatività della norma, che [...] non poteva certo essere subordinata alla *possibilità individuale* di esecuzione del precetto: il diritto penale della fedeltà e degli obblighi incondizionati non poteva lasciare spazio a motivi particolari, anche se eccezionali, idonei a consentire il mancato rispetto di un dovere».

²⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 86. Si veda anche A. BARATTA, *op. cit.*, 33, che sottolinea «la portata etica, assai maggiore di quella tecnica, del denunciato disaccordo tra il concetto popolare e quello giuridico di colpevolezza».

³⁰ Sul rapporto Stato-cittadino, da intendersi in senso non paritario e mai “sbilanciato” a favore dell’individuo, si veda F. SCHAFFSTEIN, *op. cit.*, 62 ss. Del resto, appariva significativamente diverso anche il ruolo riconosciuto, dopo l’avvento della stagione del nazionalsocialismo, ai magistrati, «organi del tutto asserviti all’ideologia e dunque il più possibile privati di spazi interpretativi»: così G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 99.

³¹ Sul tema, ampiamente, P. NUVOLONE, *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, in ID., *Trent’anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 1 ss. Accanto al § 2 StGB, che ammetteva l’estensione analogia delle fattispecie incriminatrici, era significativa la delega al giudice nella valutazione dell’illiceità del fatto, in virtù degli indici indeterminati della «dannosità sociale» e della «offesa al sano sentimento popolare»: G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 5.

³² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 112.

³³ In questo senso G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 373: «il dopoguerra porta con sé spinte più o meno estreme verso istanze giusnaturalistiche, verso un diritto materialmente giusto, che si ammette possa non coincidere con la sua base legislativa, avendo in mente disposizioni giuridiche formalmente valide ma sostanzialmente aberranti che avevano caratterizzato gli anni del nazismo». A giustificare, in Germania, una ripresa del dibattito attorno all’inesigibilità contribuì, d’altronde, anche la cristallizzazione, nel § 330 StGB dedicato alla fattispecie di omissione di soccorso, del concetto stesso di inesigibilità, che ne sancì l’aperto riconoscimento a livello positivo: ciò accanto ad esigenze di risoluzione di specifici casi concreti e alle tendenze di stampo marcatamente giuspositivista che conobbero, negli anni successivi alla fine della guerra, un momento di grande vitalità. In questo senso, sottolinea la centralità ricoperta dal giudice quale «tutore dei valori-cardine di natura extrapositiva» G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 148, dove si riflette anche sul ruolo che le clausole generali assunsero proprio a partire dagli anni ‘50.

condizione di drammatico dilemma: così, in Germania, con riguardo ai medici accusati di aver attuato un programma di eutanasia nei confronti degli infermi di mente, parte dei quali si difesero sostenendo di aver obbedito al solo fine di limitare il numero di condannati a morte, che sarebbe invece stato molto più numeroso ove, a fronte del loro rifiuto, del compito fosse stato incaricato qualche altro sanitario, ben più zelante e fedele al regime³⁴; ma anche in Italia, dove il problema si pose anzitutto nel caso di un impiegato accusato di aiuto al nemico nei suoi disegni politici, *ex art. 58 c.p.m.g.*, per aver compiuto un atto d'ufficio favorevole agli occupanti durante il periodo della Repubblica di Salò, che si era difeso asserendo di non aver potuto fare altrimenti senza esporsi a pericolo³⁵.

Fondamentale, per la riflessione che ne sarebbe seguita, si rivelò soprattutto il contributo di Henkel, che configurò l'esigibilità come vero e proprio principio regolativo³⁶. Anche a partire dall'osservazione dell'influsso che il concetto medesimo era in grado di dispiegare nel settore del diritto privato ed amministrativo, egli negò radicalmente l'impostazione che, fino a non molto prima, aveva confinato la riflessione sul piano della sola colpevolezza³⁷, arrivando a sostenere che l'inesigibilità rappresentasse un criterio irrinunciabile di individualizzazione del diritto, con operatività estesa a tutte le categorie di cui il reato si compone³⁸: una posizione che, come si vedrà, finì per influenzare nel profondo la riflessione dottrinale successiva, anche oltre i confini tedeschi.

Ancora in anni recenti, d'altronde, il tema è tornato di grande attualità in relazione a specifici eventi che hanno imposto di interrogarsi nuovamente sulla portata e sulla possibile

³⁴ La Corte di Assise di Colonia, in particolare, concluse nel senso dell'assoluzione, valorizzando l'esistenza di un diritto naturale, destinato talora ad avere la meglio sulla legge scritta e sostenendo l'assenza di colpevolezza di chi, per salvare un numero più elevato di persone, realizzò un sacrificio numericamente più contenuto, ma non per questo giustificato: *NJW*, 1952, 358 ss. In altri casi, si argomentò a favore di una causa personale di esclusione della punibilità, suscettibile di escludere la sanzione per condotte comunque antigiusuridiche e colpevoli: *OGH für die Britische Zone 5 März 1949*, in *MDR*, 1949, 373 ss., nonché *23 Juli 1949*, in *NJW*, 1950, 151; per un commento, si rinvia a G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 142-143; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 533 ss. A queste pronunce può essere affiancato altresì il filone relativo all'incriminazione dei giudici per aver applicato leggi contrarie al principio di umanità, una tematica che evidentemente richiama il diritto naturale e le teorizzazioni di Radbruch. Un approfondimento della questione, e delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, si rinviene anche in A. BARATTA, *op. cit.*, 54 ss.

³⁵ Cass., 28 febbraio 1946, Durbiano, in *Giur. it.*, 1946, II, 122 ss., con commento di G. BETTIOL, «*Non esigibilità e collaborazionismo*», dove si critica l'iter argomentativo che aveva condotto la Corte alla soluzione assolutoria: la Corte si servì infatti dello schema dell'adempimento di un dovere, e non anche alla logica dell'inesigibilità, più adatta a spiegare il motivo della non punibilità nel caso di specie. Sulla svolta nella riflessione nazionale sul tema dell'inesigibilità, imposta proprio dalle tematiche emerse all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 165 ss.

³⁶ H. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, München, 1954, 309; tale affermazione è ripresa anche da C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 11. Auflage, Berlin, 2022, 128.

³⁷ Si veda ad esempio K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930.

³⁸ H. HENKEL, *op. cit.*, 282 dove lo si definisce un principio regolatore di delimitazione del dovere.

efficacia del concetto di inesigibilità³⁹; nel complesso, simili riflessioni restituiscono l'immagine di un universo solo in parte esplorato e noto.

A fare da sfondo alla riflessione, ad ogni modo, sono rimasti immutati i due punti controversi che, sin dall'avvio della *Unzumutbarkeitslehre*, hanno rappresentato il fulcro della discussione e delle critiche mosse ai sostenitori della inesigibilità quale canone avente efficacia generale: da una parte, la questione della possibilità di concepire l'inesigibilità come una categoria svincolata dal dato normativo, con conseguente teorizzazione di scusanti extra-legali destinate ad operare anche al di fuori del perimetro del diritto positivo⁴⁰; dall'altra, il problema dell'individuazione di saldi criteri a cui ancorare la valutazione di esigibilità/inesigibilità di un comportamento⁴¹, che si traduce, tra le altre cose, nella difficoltà ad individuare un parametro adeguato di "misurazione" che non presenti il rischio di una approssimazione – per difetto o per eccesso – della pretesa dello Stato.

Si può dire che i due problemi siano, almeno in parte, correlati; è evidente, invero, che le principali obiezioni all'esistenza di un principio generale di inesigibilità nascono dalla difficoltà di individuare, con precisione sufficiente, il confine tra ciò che appare esigibile e ciò che, invece, non può essere preteso dal singolo. Le principali obiezioni alla teoria dell'inesigibilità affondano le proprie radici nella mancata concretizzazione di indici certi del confine tra quanto può dirsi scusato e quanto deve essere sanzionato anche a dispetto della difficoltà in cui si trovava il soggetto agente. In assenza di parametri certi, è lasciata all'arbitrio – o quantomeno alla sensibilità – del singolo interprete la collocazione del limite tra sanzione e rinuncia alla stessa⁴²: di qui le obiezioni in punto compatibilità del ragionamento con i parametri costituzionali di legalità, eguaglianza, separazione dei poteri e, di conseguenza, i dubbi sulla possibilità di accogliere l'idea di inesigibilità in maniera generalizzata, anche al di fuori di specifiche norme che ne incarnino lo spirito.

³⁹ Interessante, ad esempio, la discussione dei primi anni 2000 sulla legge che autorizzava l'abbattimento di aerei dirottati, su cui la Corte costituzionale tedesca si espresse, il 15 febbraio 2006, nel senso della illegittimità della norma (BVerfGE 115, 118), o il caso *Daschner* (LG Frankfurt a.M., *NJW* 2005, 692, 695), relativamente all'uso della tortura, su ordine dell'autorità di polizia, al fine di indurre il sequestratore di un ragazzo a confessare dove la vittima si trovasse; per una riflessione si veda E. KEMPF, *Schuld – Rationale Auslösung tragischer Extremsituationen*, in T. Fischer - E. Hoven (Hrsgs.), *Schuld*, Baden Baden, 2017, 155 ss. Il caso è arrivato da ultimo all'attenzione della Corte EDU, che ha riconosciuto una violazione dell'art. 3 della Convenzione: Corte Edu, Grand Chamber, 1° giugno 2010, *Gägen c. Germania*, no. 22978/05.

⁴⁰ A. BECHTEL, *Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 2019, 69 ss.; ma si veda anche A. SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburg, 2009, 46, che la ritiene una delle questioni principali del momento che segue la teorizzazione della colpevolezza in senso normativo e l'introduzione del tema dell'inesigibilità.

⁴¹ K. BERNSMANN, *"Entschuldigung" durch Notstand*, München, 1989, 19 ss.; nella dottrina italiana, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 13-14.

⁴² E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4781; E. VENAFA, *Scusanti*, cit., 161, in cui si parla di una formula priva di contenuti, che rischia di configurare una tautologia.

1.2. (Segue) Lo studio dell'inesigibilità fuori dalla Germania: una panoramica

La riflessione penalistica attorno al concetto di inesigibilità trova dunque in Germania la sua culla, e certamente anche la sua espressione più completa e approfondita; ciò non significa, però, che essa sia estranea alla riflessione scientifica di altri Paesi. È anzi proprio l'influsso che la dottrina tedesca ha da sempre giocato in altri ordinamenti ad aver permesso all'inesigibilità di fare ingresso nelle riflessioni e nelle soluzioni – normative e giurisprudenziali – di sistemi nazionali vicini: è il caso della Spagna dove l'attenzione rivolta alla letteratura tedesca sembrerebbe aver contribuito a fomentare un significativo interesse per il tema⁴³.

Anche qui, tendenzialmente, la dottrina ha ricondotto l'avvio delle riflessioni sul concetto di inesigibilità all'accoglimento della teoria normativa della colpevolezza⁴⁴; la riflessione si è così sviluppata a partire dalle considerazioni svolte dalla dottrina tedesca, per poi assumere una dimensione calata sulla disciplina e sulle peculiarità del codice penale spagnolo, dove diversi istituti e norme sono stati ricondotti alla logica dell'inesigibilità, supportando così lo sviluppo di una interessante discussione dottrinale.

L'attenzione degli interpreti, a ben vedere, si è rivolta a numerosi istituti di parte generale e speciale che sembrerebbero conformati all'idea di inesigibilità come principio regolativo del dovere del cittadino. Al pari di quanto avvenuto in Germania, al concetto di *inexigibilidad* è stato riconosciuto un ruolo trasversale, destinato a impattare su ogni ambito del reato: accanto ai casi in cui essa opererebbe come clausola negativa del tipo, a limitare i confini dell'illecito penale, la dottrina spagnola riconosce un ruolo al concetto anche sul versante dell'antigiuridicità⁴⁵, oltre che nell'ambito delle cause di esclusione della colpevolezza e della punibilità⁴⁶.

⁴³ Si veda, in particolare, il lavoro monografico di J.A. SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Granada, 1965; più recenti, le riflessioni di M. MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Granada, 2002; P.M. DE LA CUESTA AGUADO, *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003; T. AGUADO CORREA, *op. cit.*

⁴⁴ T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 6 ss.; P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *op. cit.*, 155-156; M. MELENDO PARDOS, *op. cit.*, 3 ss., dove tuttavia si sottolinea l'eccessiva semplificazione dell'affermazione, considerata, anzitutto, l'impossibilità di parlare di un'unica teoria normativa.

⁴⁵ Quanto all'antigiuridicità, parte della dottrina sostiene che l'inesigibilità potrebbe impattare, in uno con la proporzionalità, sul versante della ponderazione degli interessi tipici della scriminante di volta in volta considerata: si veda, a tal proposito, T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 76.

⁴⁶ T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 60, dove si fa riferimento anche alla punibilità a cui sarebbe riconducibile, secondo l'A., l'esimente dell'*encubrimiento entre parientes*. Sul punto si tornerà *infra*, Cap. 2.

Pur scontando, talora, una certa dipendenza acritica dalle opinioni dottrinali sviluppate nella letteratura tedesca, un livello così significativo di approfondimento risulta apprezzabile, soprattutto nel confronto con altri Paesi nel panorama europeo. Così, ad esempio, per la Francia: se infatti la letteratura spagnola sembra testimoniare apertamente l'influsso – ed il fascino – esercitati dalla letteratura germanica in tema di inesigibilità, altrettanto non vale per l'ordinamento francese, tendenzialmente «impermeabile all'influenza della dottrina penalistica tedesca»⁴⁷. Qui, una esplicita riflessione dell'inesigibilità in diritto penale risulta sostanzialmente assente.

Ciò non significa, però, che non esistano specifici ambiti di disciplina in cui la logica dell'inesigibilità appare individuabile. Esaminando il *code pénal*, è possibile infatti rinvenire istituti in qualche misura assimilabili a quelli presenti in altri ordinamenti che hanno valorizzato maggiormente, in via interpretativa o letterale, il canone suddetto, e che risulteranno significativi in seno ad un'analisi che si interroga sulle potenzialità e gli spazi di rilevanza del canone di inesigibilità nel diritto penale moderno: così, ad esempio, per quanto attiene al concetto di *contrainte morale*, sostanzialmente sovrapponibile all'istituto della coazione morale presente anche in altri ordinamenti che maggiormente esaltano la logica dell'inesigibilità per escludere la punibilità dell'agente⁴⁸.

Analogamente, se si rivolge l'attenzione ai Paesi di *common law*, si ha l'impressione che le riflessioni in tema di inesigibilità, pur non avendo attecchito in modo autonomo in tali ordinamenti, siano almeno in parte filtrate attraverso la riflessione relativa ad istituti, primo tra tutti la *defence* di *duress*⁴⁹, che possono dunque rivelarsi utili ad una riflessione compiuta sulla questione in esame.

⁴⁷ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 99, cui si rinvia, in particolare, per un approfondimento dell'evoluzione normativa in tema di stato di necessità, dal codice napoleonico del 1810 ai giorni nostri.

⁴⁸ Minori risultano invece gli spunti offerti dalla riflessione dottrinale sulla rilevanza dei motivi. Ne denuncia una certa contraddittorietà, da un punto di vista dogmatico, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 113: l'esistenza di motivi, valutabili positivamente a favore dell'autore del reato, sarebbe infatti rapportabile più alle scusanti che alle cause di giustificazione, a cui invece si orienta la riflessione della dottrina francese. Si veda ad esempio C. CAILLE, *Le motif légitime en droit pénal*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1998, 3-4. 197 ss., dove si rileva come la lettura tradizionale, incline a riconoscere a tale istituto natura di *excuse absolutoire*, risulti ormai completamente abbandonata a favore della tesi di *fait justificatif de l'infraction*, e si traccia la distinzione tra *motif* (interno all'autore e indifferente al diritto) e *motif* (causa di giustificazione obiettiva, non dipendente dalla psiche dell'autore): per essere reputato legittimo, in particolare, «le motif invoqué doit résulter de la nécessité de préserver un intérêt au moins égal ou supérieur à la norme transgressée».

⁴⁹ J. DRESSLER, *Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits*, in 62 *Cal. L. Rev.*, 1331 (1988-9); E. SPAIN, *The Role of Emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lesser Evils*, Cambridge, 2011. Sul tema delle *excuses*, in generale, si rinvia anche a G. WILLIAMS, *The Theory of Excuses*, in *Crim. L. Rev.*, 1982, 732 ss.; S.H. KADISH, *Excusing Crime*, in 75 *Cal. L. Rev.*, 257 (1987); M. CORRADO, *Notes on the Structure of a Theory of Excuse*, in 82 *J. Crim. L. & Criminology*, 465 (1991); V. TADROS, *The Characters of Excuse*, in 21 *Oxford Journal of Legal Studies*, 495 (2001); H.L.A. HART, *Legal*

Quanto, infine, all'ordinamento italiano, si deve riscontrare in generale un atteggiamento disincantato verso la categoria dell'inesigibilità e un approccio tendenzialmente contrario ad un suo impiego generalizzato nel diritto penale. Complice anche l'adesione netta ad una concezione psicologica della colpevolezza, a lungo maggioritaria in Italia⁵⁰, l'inesigibilità non ha inizialmente esercitato lo stesso fascino che essa aveva manifestato in Germania; per questo, il tema ha faticato a trovare spazi seri di riflessione, incontrando il rifiuto della dottrina nella prima metà del Novecento, convinta in parte anche della sua sostanziale inutilità⁵¹.

D'altro canto, anche nei casi in cui la questione è stata affrontata in maniera più compiuta, l'impossibilità di determinare con certezza i criteri di individuazione dell'esigibilità della condotta ha rappresentato un aspetto fortemente controverso, causa della diffidenza degli studiosi⁵² e delle preoccupazioni per il ruolo eccessivamente creativo del giudice che l'accettazione di tale prospettiva avrebbe potuto determinare⁵³. Sembra però che la tematica meriti uno sforzo di riflessione ulteriore che, anche alla luce degli approdi della giurisprudenza più recente in materia, consenta di riaprire un dibattito per molti versi ancora problematico.

2. L'orizzonte concettuale della ricerca: una necessaria *actio finium regondorium*

Prima di addentrarsi sul significato che l'inesigibilità gioca, oggi, nell'ordinamento italiano e sulle potenzialità che tale concetto sembrerebbe in grado di esprimere, sembra doveroso anzitutto procedere a una perimetrazione di campo, al fine di individuare il corretto significato da attribuire al termine e indirizzare la ricerca entro confini maggiormente

responsibility and excuses, in H.L.A. Hart - J. Gardner (eds), *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008.

⁵⁰ Lo rileva G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 163 ss., ma anche E. VENAFA, *Scusanti*, cit., 67 ss.

⁵¹ Così, ad esempio, V. CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1937, 425. *Contra*, L. SCARANO, *op. cit.*, che, sin dall'Avvertenza con cui apre l'opera, si esprime chiaramente nel senso di voler dimostrare che «la costruzione della non esigibilità non è, come parso a qualche nostro studioso, una escogitazione inutile, una superfetazione della recente dogmatica tedesca».

⁵² B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1962, 149 ss. Fortemente critico anche M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., 147.

⁵³ In un certo senso, invero, l'estrema vaghezza dell'idea di inesigibilità, tale per cui la stessa può essere riempita di qualsiasi contenuto fino ad enfattizzarne o escluderne ogni portata sul piano applicativo, è dimostrata proprio dall'esperienza tedesca dove, a fronte di una maggiore familiarità con tale concetto, con l'avvento del periodo nazionalsocialista dello stesso si fece un uso distorto, con la misurazione dell'esigibile attraverso il riferimento all'uomo ariano, o al cittadino «come dovrebbe essere»: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 128-129. Analogamente, anche A. BARATTA, *op. cit.*, 104 s., dove si rileva come un concetto come l'inesigibilità si sia potuto trasformare rapidamente da «strumento di correzione paralegislativa del diritto vigente [...] in strumento di politica di regime».

determinati: in via preliminare, risulta cioè importante sgomberare il campo da concetti contigui, ma non perfettamente coerenti con l'indagine che si intende sviluppare.

Tale operazione di precisazione semantica, a ben vedere, appare imposta dalla constatazione della confusione concettuale che ancora circonda l'idea di inesigibilità nel diritto penale: anche per la sua estrema versatilità, che ha permesso che esso trovasse spazio in pressoché ogni settore del diritto, "inesigibilità" è un termine polisenso, spesso affiancato a concetti almeno in parte estranei al tema che si intende affrontare e talora utilizzato dalla stessa giurisprudenza ad indicare problematiche non del tutto pertinenti alla riflessione in parola⁵⁴.

Fuorviante, ma piuttosto frequente, appare anzitutto l'accostamento dell'inesigibilità con il concetto *ad impossibilia nemo tenetur*, e, più in generale, con l'idea di impossibilità materiale sottesa a istituti come il costringimento fisico o la forza maggiore⁵⁵. La confusione concettuale sembra almeno in parte imputabile all'esistenza, nella lingua italiana, di un unico concetto di "potere", inteso sia in senso materiale che in senso morale⁵⁶; sembra invece doveroso precisare che «il tema dell'inesigibilità della condotta alternativa diligente non riguarda [...] le ipotesi di carenza assoluta di qualunque possibilità di *aliud facere* e cioè di tenere la condotta alternativa doverosa, perché in tal caso ricorrerebbe un'ipotesi di impossibilità oggettiva, bensì quelle di carenza relativa, per il ricorrere di circostanze soggettive tali da non rendere concretamente possibile esigere un comportamento differente»⁵⁷.

L'inesigibilità, in altri termini, si associa necessariamente a un *quid* di potere decisionale, ad uno "spazio di manovra" che, pur condizionato dal contesto anomalo di realizzazione del fatto, risulta comunque esistente. La possibilità materiale di conformare la propria condotta al diritto costituisce dunque presupposto necessario dell'inesigibilità⁵⁸.

⁵⁴ Rileva, ad esempio, una certa confusione concettuale tra inesigibilità e casi da riportare all'interruzione del nesso causale, E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4780, citando in particolare Cass., Sez. IV, 24 novembre 1988, n. 11973. Così anche L. SABATINI, *Osservazioni su inesigibilità, fortuito e colpa nei reati ambientali*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1, 163. Nell'ordinamento tedesco, un'analoga osservazione è svolta da L. WORTMANN, *Inhalt und Bedeutung der "Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens" im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, 11.

⁵⁵ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4778. Sul punto si veda anche E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 87 s. Una diversa ricostruzione, per quanto riguarda l'art. 46 c.p., è offerta da T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 121 ss., dove l'A. ricollega l'irresistibilità della forza fisica al concetto di inesigibilità.

⁵⁶ Diverso, in questo senso, l'ordinamento tedesco dove, già a livello lessicale, *können* – essere materialmente in grado – e *dürfen* – essere autorizzato – sembrano indicare sfumature diverse e dunque già avvicinano il lettore alla tematica dell'impossibilità morale: in questi termini, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 12.

⁵⁷ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità*, cit., 4778.

⁵⁸ R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 13 afferma, in relazione al costringimento fisico, che «sarebbe un controsenso [...] parlare in tal caso di una motivazione, sia

Anche rispetto alla rilevanza dell'errore di fatto o di diritto, sembra opportuno evidenziare da subito che, a dispetto delle possibili intersezioni con la tematica dell'inesigibilità, tali istituti vanno tenuti concettualmente distinti⁵⁹. Già da un punto di vista ontologico, sembra evidente infatti che l'errore si riferisce alla componente intellettuale-rappresentativa del rimprovero, mentre l'inesigibilità richiama una valutazione che attiene alla sfera *lato sensu* volitiva⁶⁰; l'agente sarebbe qui perfettamente consapevole e correttamente informato su ciò che fa, ma agirebbe sotto la pressione di ragioni o motivi tanto significativi da indurre l'ordinamento a rinunciare al rimprovero⁶¹.

È innegabile, tuttavia, che esistano alcuni significativi punti di contatto tra le due tematiche: già da tempo, la dottrina ha individuato un'intersezione tra la questione dell'errore e il concetto di inesigibilità nell'ambito dell'errore sul precetto inevitabile *ex art. 5 c.p.* All'indomani della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, che ha segnato la relativizzazione dell'idea per cui *ignorantia legis non excusat*, sarebbe proprio l'inesigibilità a tracciare il limite in negativo della pretesa di conoscenza e comprensione del dato normativo che lo Stato può avanzare nei confronti del singolo⁶².

L'inesigibilità opererebbe qui, in sostanza, come «principio regolativo idoneo a graduare o – presenti i presupposti – ad escludere l'evitabilità dell'errore, influenzando pertanto il giudizio sullo “sforzo di coscienza” che il soggetto ha compiuto (quando realmente lo abbia fatto), per rappresentarsi i valori dell'ordinamento e formare la propria convinzione circa il rapporto tra fatto e norma o, soprattutto nelle ipotesi di reati “artificiali”, sul regolare

pure anormale, della volontà». Si veda anche D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 197.

⁵⁹ D'altronde, come rileva R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 55, mentre «l'imputabilità e la *scientia iuris* rappresentano le condizioni che fondano il giudizio di colpevolezza, le scusanti consistono invece in situazioni che alterano il procedimento motivazionale in modo tale da impedire la stessa formulazione di siffatto giudizio»: la riflessione in tema di inesigibilità si colloca, cioè, su un piano ulteriore e successivo a quello determinato dalle condizioni minime per ritenere sussistente la colpevolezza. Sul punto, si veda anche G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. Pen.*, 1994, 366, dove si rileva che «anche se la distinzione non ha oggettive conseguenze sul piano del trattamento, visto che in entrambi i casi la condotta resta antigiuridica, ma non viene punita perché non si intende elevare il rimprovero di colpevolezza, è opportuno che essa affiori sul piano concettuale

⁶⁰ Lo rileva, nella dottrina straniera, M. MELENDO PARDOS, *op. cit.*, 80.

⁶¹ Si veda ad esempio M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 494, dove, occupandosi di scusanti, afferma che queste «hanno un campo di intervento, il quale presuppone che non si debba applicare la disciplina dell'errore sul fatto, e quindi presuppongono che vi sia il dolo di fattispecie nella sua componente “fattuale” di tipicità soggettiva». Nella letteratura spagnola, C. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)*, in *Revista Penal*, 2022, 50, 176, per cui l'elemento della conoscenza/conoscibilità deve precedere necessariamente quello della esigibilità individuale.

⁶² G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 391. Nel contesto del reato colposo, si veda anche C. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 383, dove si porta l'esempio dell'automobilista che imbocchi in contromano una corsia autostradale a causa della segnaletica altamente equivoca. Sul tema, più in generale, si veda F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1988, 920 ss.

adempimento dell'obbligo di trarre informazioni riguardo alla natura giuridica di una certa condotta»⁶³: non, dunque, come istituto autonomo suscettibile di escludere la responsabilità individuale, ma come parametro di giudizio relativo ad altro e differente elemento che condiziona la punibilità del soggetto – nel caso di specie, la scusabilità dell'errore.

Anche i concetti di inesigibilità e imputabilità, da ultimo, meritano di essere tenuti distinti, dato che la pressione motivazionale che opprime l'autore del fatto non parrebbe assimilabile ad un'anomalia suscettibile di integrare una causa di esclusione della capacità di intendere e di volere. Secondo alcuni Autori, a ben vedere, non avrebbe neppure senso parlare di inesigibilità, ove l'agente che commette il reato si trovasse nelle condizioni idonee ad integrare le condizioni della non imputabilità⁶⁴: la riflessione sull'inesigibilità, in altri termini, presupporrebbe l'imputabilità del soggetto⁶⁵.

Tale posizione si spiega agevolmente nei casi in cui la logica dell'inesigibilità informa le cause che escludono la colpevolezza. In relazione ad esse, appare infatti condivisibile l'opinione secondo cui tali esimenti, insistendo «sull'ultimo elemento settoriale della colpevolezza, non possono logicamente invocarsi dal non imputabile, presupponendo esse un soggetto capace di intendere e di volere: in altri termini, concretandosi l'indagine su tali cause in un giudizio sull'esigibilità o meno del comportamento ipotizzato dalla norma, essa si muove non soltanto nella sfera del *Sollen*, ma anche nella sfera del *Können*, che è preclusa al soggetto non imputabile»⁶⁶.

Non si può peraltro trascurare il fatto che, nella letteratura più recente, un ulteriore richiamo all'inesigibilità sia stato collocato proprio nel contesto relativo al giudizio di

⁶³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 359 s. Si interroga a proposito della coscienza dell'antigiuridicità, quale componente essenziale della colpevolezza, M. MELENDO PARDOS, *op. cit.*, 36 s. Emerge, qui, oltretutto, una visione contrattualistica dei rispettivi doveri: ed in questi termini, sembra che il richiamo dell'inesigibilità si avvicini maggiormente alla concezione civilistica di limite all'obbligazione che grava sull'individuo in ragione di un canone di buona fede destinato a interessare anche la controparte – contrattuale, nel diritto delle obbligazioni, statuale, nel caso del diritto penale. Non è un caso, in questo senso, che l'approdo significativo in tema di *error iuris* scusabile si faccia risalire, concettualmente, alla teoria della buona fede nelle contravvenzioni: si sofferma sulle differenze tra buona fede e esigibilità G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 360, nota 78.

⁶⁴ Nella dottrina spagnola, si veda ad esempio C. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *op. cit.*, 174. Sulla distinzione tra casi in cui è *necessario* che l'ordinamento scusi, perché il soggetto non ha avuto possibilità di motivarsi, ad esempio per assenza di imputabilità, e casi in cui è *opportuno* che l'ordinamento scusi perché era inesigibile la motivazione del soggetto, si veda anche P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 285.

⁶⁵ E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità*, cit., 4779.

⁶⁶ F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 67. Si tratta, naturalmente, di una posizione che presuppone l'accoglimento di una concezione dell'inesigibilità attratta per intero nella sfera della colpevolezza – e delle cause che la escludono. Viceversa, ove si aderisse alle più recenti acquisizioni sul tema, tale affermazione meriterebbe oggi di essere riconsiderata: si pensi ai casi in cui alla stessa sia dato rilievo già a livello di fatto tipico, rispetto a cui sembrerebbe possibile propendere per una soluzione che faccia prevalere l'inesigibilità, con conseguente atipicità del fatto ed assoluzione dell'imputato con formula più favorevole di quella per assenza di imputabilità (v. *infra*, §§ 3 ss.).

imputabilità: secondo una parte della dottrina, invero, la valutazione che il giudice è chiamato a effettuare per verificare la capacità di intendere e di volere del soggetto si dipanerebbe in tre passaggi, fondati su criteri di «ragionevolezza, esigibilità e causalità motivazionale»⁶⁷. Dopo un preliminare vaglio di «ragionevolezza del comportamento nel rapporto tra impulsi psicologici, condizioni dell'agente e situazione concreta, da un lato, e fatto commesso, dall'altro»⁶⁸, sarebbe opportuno valutare, in particolare, se «per consistenza, intensità, rilevanza e gravità l'anomalia sia tale da determinare una situazione psichica ingestibile che, incolpevolmente, abbia reso l'agente incapace di esercitare in tutto o in parte il dovuto controllo dei propri atti e conseguentemente indirizzarli»⁶⁹.

È qui che si inserisce il parametro dell'inesigibilità, ritenuto pertinente in considerazione della sua naturale implicazione nel contesto di situazioni anormali, che impediscono di ravvisare «una perfetta sovrapposizione tra fattispecie naturalistica e normativa»⁷⁰. Inesigibilità e imputabilità sarebbero, in questo senso, tematiche che conoscono alcune intersezioni.

Sembra però possibile ribadire che, al pari di quanto affermato con riferimento all'errore di diritto, il richiamo all'inesigibilità finisce qui per assumere un ruolo servente, di parametro che riempie di contenuto la valutazione di uno dei presupposti dell'imputabilità del soggetto⁷¹, e non anche come istituto autonomo destinato a rilevare in sé nella riflessione relativa alla punibilità del singolo per impossibilità "morale" di agire altrimenti.

Si conferma, così, la sensazione dell'inesigibilità come concetto capace di penetrare a fondo nella riflessione giuridica e irradiare i propri effetti ben al di là della sola riflessione in tema di scusanti. In taluni casi, esso svolge una funzione essenziale di criterio di giudizio nell'ambito di istituti variegati, dall'errore all'imputabilità: in questa veste, si manifesta in pieno l'idea di inesigibilità come principio regolativo, perché anche in questi casi esso

⁶⁷ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 118.

⁶⁸ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 119, e ancora 122, dove l'Autore parla di «una sorta di *reasonable Test* per proporzione tra componenti impulsive, loro elaborazione mediante esercizio di poteri di controllo e reato commesso».

⁶⁹ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 123 ss., dove ci si sofferma a considerare la tematica anche alla luce dell'ordinamento tedesco e, in particolare, del § 20 StGB, dove si esclude la colpevolezza di colui che sia incapace di intendere o di volere a causa di un «disturbo o anche solo per debolezza mentale, per profondo turbamento della coscienza o per altra grave anomalia psichica» e del § 21 StGB, utilizzato in presenza di «situazioni psicodinamiche di perdita di controllo (*Impulsivität dys-Balance*) non medicalmente diagnosticabili e a sfogo tendenzialmente improvviso (*Escalation*) o repentino (*raptus*), che possono capitare a tutti in quanto connessi a comuni stati di panico, paura, provocazione, o turbamento e rispetto ai quali può esservi solo una congenita predisposizione [...] ma non certo un vero e proprio disturbo psichico» (132-133).

⁷⁰ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 123.

⁷¹ Più nel dettaglio, esigibile sarà «il controllo di impulsi evitabili al momento della loro insorgenza o della percezione dei relativi sintomi, dovendosi viceversa propendere per un impulso tale da alterare la capacità di volere in quanto [...] irresistibile»: D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 143.

impone di tenere conto delle «particolari circostanze del caso concreto per addivenire ad una individualizzazione del giudizio e ad una delimitazione degli obblighi»⁷². In simili ipotesi, si tratta però di doveri diversi da quello strettamente penale, ad esso accessori o collaterali⁷³: si pensi, in questo senso, al dovere di conoscenza della legge penale che fonda la rimproverabilità dell'errore sul precetto *ex art. 5 c.p.* o al controllo dei propri impulsi sotteso alla disciplina dell'imputabilità.

Al contempo, tuttavia, il medesimo sintagma finisce per indicare qualcosa di più specifico, individuando il *quid* che consente di ritenere non punibile anche colui che, pur senza incorrere in un errore rilevante o versare in condizioni di incapacità di intendere e volere, nondimeno non meriti di essere punito, stante l'impossibilità di muovergli un rimprovero. Qui la delimitazione si rivolge direttamente e immediatamente al precetto, all'obbligo penale nella sua dimensione di comando, la cui forza può venir meno in considerazione delle peculiari condizioni in cui l'agente si trova ad operare: è a questo profilo che ci si riferirà quando si parlerà, in particolare, di inesigibilità in senso stretto.

3. L'inesigibilità nella dogmatica del reato

Si è già avuto modo di accennare che, sebbene la riflessione sull'inesigibilità appaia storicamente connessa al concetto di colpevolezza in senso normativo, lo studio della materia ha consentito, nel corso dei decenni, di esplorarne la portata anche oltre i confini del rimprovero soggettivo, evidenziando come la stessa si inserisca nella dogmatica del reato già a livello di tipicità, nonché con riguardo alla valutazione di antigiuridicità del fatto.

L'avvio di una riflessione che trascende il perimetro concettuale della colpevolezza si deve, come accennato, alla dottrina tedesca, e in particolare all'elaborazione della teoria dell'inesigibilità quale “principio regolativo” del diritto penale⁷⁴. Contrapposto all'idea di principio normativo suscettibile di tradursi in una regola di giudizio applicabile dal giudice, il principio regolativo mancherebbe di un vero contenuto, rappresentando semmai una «direttiva di regresso», che impone di guardare al caso concreto per individuare la soluzione più adeguata⁷⁵. L'utilizzo di una clausola regolativa, da parte del legislatore, starebbe ad indicare una sorta di rinuncia alla norma, con affidamento al giudice del compito di decidere sulla base del caso concreto: ne consegue che il giudice non applica una norma ma la crea,

⁷² G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 375.

⁷³ Sul concetto di «regole di condotta strumentali rispetto allo stesso giudizio di colpevolezza e ben distinte rispetto al comando principale espresso dalle norme incriminatrici», F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 253.

⁷⁴ H. HENKEL, *op. cit.*, 250 ss.

⁷⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 150 ss.

stabilendo in autonomia «la delimitazione di doveri giuridici alla luce dell'elemento regolativo»⁷⁶.

A fondare l'idea di inesigibilità come principio regolativo e non normativo sarebbe, d'altronde, la sua stessa essenza di concetto che poggia sull'inevitabile scarto esistente tra norma, generale ed astratta, e «singoli accadimenti esistenziali»⁷⁷: poiché la prima non può cogliere tutta la complessità della realtà concreta, tale operazione viene affidata all'autorità giurisdizionale, incaricata di perseguire un'ideale di giustizia adeguata al caso specifico. Una concezione di tal fatta sottende, per certi versi, una rinuncia all'individuazione di precisi criteri di concretizzazione, quantomeno a livello normativo: l'idea di una generalizzazione, d'altronde, parrebbe contraddire irrimediabilmente l'essenza dell'inesigibilità quale concetto che rievoca l'esistenza di circostanze anomale, straordinarie e, proprio per questo, non suscettibili di essere “ingabbiate” in una costruzione pre-data ed immutabile.

Da questa prospettiva, emergono naturalmente i principali limiti di questa concezione: nell'affidare all'intuizionismo del singolo interprete l'individuazione della soluzione del caso concreto, è evidente che essa manifesta evidenti *deficit* dal punto di vista della legalità e della separazione dei poteri, non facilmente superabili neppure attraverso l'idea di criteri empirici, da elaborare in via giurisprudenziale e progressivamente destinati a stabilizzarsi, ma mai in modo definitivo⁷⁸.

Criticabile dal punto di vista dell'insuperabile alone di incertezza che essa inevitabilmente reca con sé, all'idea di inesigibilità come principio regolativo si deve però l'intuizione, tenuta ferma nelle riflessioni successive, di una categoria destinata a elevarsi dal piano della sola colpevolezza per venire a interessare ogni momento del reato, quale «criterio delimitativo di obblighi che possono avere riguardo alla colpevolezza, come alla tipicità e all'antigiuridicità»⁷⁹.

Dal riconoscimento dell'inesigibilità quale principio regolativo immanente dell'ordinamento nel suo complesso deriverebbe, cioè, l'assunto della sua funzione di «elemento della teoria generale del diritto»⁸⁰, funzionale a guidare qualsiasi analisi che

⁷⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 152.

⁷⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 153, in cui si sostiene che, in ipotesi di inutilizzabilità delle regole generali «– sotto le quali necessariamente sono sussunte solo alcune delle caratteristiche del fatto –, il giudice deve allora integrare la disposizione astratta per compensare l'assoluta particolarità di determinate circostanze».

⁷⁸ H. HENKEL, *op. cit.*, 308. Sull'idea di un «processo di dogmatizzazione», in costante divenire, si veda anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 154.

⁷⁹ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 375.

⁸⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 150, dove si parla anche di uno «strumento di delimitazione dei doveri giuridici incombenti sui consociati».

intenda approfondire la tematica in parola: senza anticipare le considerazioni che si svolgeranno, sul punto, nel prosieguo del lavoro⁸¹, l'analisi delle variegate forme e dei molteplici significati che all'inesigibilità sono stati riconosciuti, in rapporto con la struttura del reato e le sue singole componenti, non può che costituire l'ossatura dell'analisi che, proprio a partire dalle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali del passato, intenda sviscerare il tema dell'inesigibilità nel suo rapporto complesso con l'universo penalistico.

3.1. I riflessi sul piano della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza: cenni

Nel tentativo di tracciare un quadro introduttivo degli sviluppi della teoria dell'inesigibilità, dentro e fuori i confini nazionali, la constatazione dell'impatto che la nozione sembra in grado di produrre in relazione a ciascun momento della dogmatica del reato appare di particolare interesse e merita dunque di essere qui sinteticamente accennata, così da offrire le coordinate iniziali di un lavoro che si premurerà, nel prosieguo, di sviluppare ciascuno di questi profili in un orizzonte concettuale più ampio ed approfondito, anche in senso critico rispetto alle considerazioni di cui si darà brevemente conto.

Quanto al rilievo dell'inesigibilità in rapporto con la tipicità del fatto, non è mancato, tra i primissimi autori ad interessarsi alla questione in Italia, chi ha in effetti tentato di riportare il tema interamente nell'alveo dell'elemento oggettivo del reato: si deve a Nuvolone, in particolare, la teoria dell'inesigibilità come elemento che segna il passaggio dal piano della «tipicità astratta – la mera corrispondenza della condotta alla fattispecie incriminatrice – [a] quello della tipicità concreta»⁸².

Da questo punto di vista, la ricostruzione dell'inesigibilità offerta dall'Autore si connotò da subito per la sua divergenza rispetto alle conclusioni cui si era pervenuti oltralpe: pur condividendo l'idea che l'inesigibilità attenesse ad un'idea di anormalità soggettiva e alla conseguente impossibilità di adempimento del precetto⁸³, si sostenne la necessità di collocare tale riflessione interamente al di fuori del perimetro della colpevolezza, ragionando semmai di una mancanza di doverosità fondata sul «valore oggettivamente attribuito ai motivi»⁸⁴.

⁸¹ v. *infra*, Cap. 5, § 2.5.1.

⁸² Lo rileva G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 377. L'Autore muove, in particolare, dal riconoscimento, nell'ordinamento, di limiti oggettivi e soggettivi di tutela; questi ultimi «incidono sul soggetto attivo del reato, e più precisamente sul suo rapporto con la fattispecie oggettiva (capacità, colpevolezza, motivazione)» (P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 31)

⁸³ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 67 s.

⁸⁴ Lo rileva G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 168.

Evidenti i pregi della ricostruzione: anzitutto, nel ritenere che «ciò che conta non è lo stato psichico soggettivo, ma il valore attribuito oggettivamente ai motivi»⁸⁵, certamente si anticipò l'idea di inesigibilità come giudizio a carattere normativo e da impostare in chiave generalizzante. In qualche modo, inoltre, l'Autore parve preconizzare l'idea, destinata a imporsi negli anni a venire, secondo cui il tema dovesse essere trattato anche al di là dei confini relativi alla colpevolezza; al contempo, però, egli finì per prospettare una ricostruzione viziata da una visione altrettanto limitata, con una completa «attrazione nel campo dell'elemento oggettivo del reato»⁸⁶.

Abbandonata questa prospettiva “radicale”, la dottrina più recente si è invece soffermata a considerare l'esistenza, nella parte speciale del codice, di alcune fattispecie la cui descrizione oggettiva sembra includere una valutazione di esigibilità della condotta da parte dell'agente⁸⁷; si tratterebbe, cioè, di quei casi in cui il legislatore ha operato la descrizione del fatto tipico limitando la responsabilità a quanto ci si poteva ragionevolmente attendere dall'agente, in particolare attraverso specifiche clausole di esclusione del tipo⁸⁸. All'analisi di tali ipotesi sarà dedicata un'attenzione particolare, anche in relazione alle suggestioni che emergono dal confronto con ordinamenti vicini al nostro⁸⁹.

Volgendo lo sguardo, invece, al ruolo che l'inesigibilità gioca in rapporto con la categoria dogmatica dell'antigiuridicità, sembra che i maggiori spunti siano offerti dal reato omissivo improprio. La riflessione prende le mosse, in dottrina, dalla constatazione della differenza sussistente tra posizione di garanzia e obbligo giuridico di impedimento dell'evento: mentre la prima apparterebbe all'area della tipicità, il secondo troverebbe espressione nell'ambito dell'antigiuridicità⁹⁰. In questo senso, si afferma che la condotta omissiva, tipica in ragione della presenza di una situazione di garanzia, diviene anche antigiuridica laddove si manifesti una «contrarietà all'obbligo giuridico»⁹¹. Essa viene meno, tuttavia, nei casi in cui l'azione doverosa risulti inesigibile per il garante: in questo senso,

⁸⁵ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 114, dove si afferma chiaramente che «l'inesigibilità in senso normativo indipendente da un'impossibilità materiale, attiene solo apparentemente all'elemento soggettivo».

⁸⁶ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 377, ove l'Autore critica tale approccio.

⁸⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 245 ss.

⁸⁸ Alcuni Autori sostengono addirittura che, in relazione alla tipicità, «il principio di esigibilità viene [...] in rilievo esclusivamente quale *ratio* della previsione inerente al giustificato motivo»: E. DI SALVO, *Principio di inesigibilità*, cit., 4780.

⁸⁹ *infra*, Cap. 2, Par. 2.

⁹⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 311, che imposta la questione anche a partire dalla riflessione relativa all'errore sull'obbligo di intervento del soggetto garante. Nella dottrina tedesca, si veda ad esempio G. DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW, 1940, 179 ss.

⁹¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 311.

cioè, l'inesigibilità consentirebbe di delimitare «l'assunzione “in concreto” di una posizione di garanzia i cui presupposti “in astratto” sono pienamente integrati»⁹².

Accanto a questo profilo, e in termini più generali, la categoria dell'inesigibilità viene talora richiamata in rapporto a specifici requisiti ed elementi necessari all'integrazione di talune cause di giustificazione⁹³: si deve tuttavia evidenziare che, in questo caso, l'inesigibilità appare più che altro il metro di valutazione interno all'operatività di altri istituti, destinato a concretizzare, ad esempio, il giudizio di proporzionalità o necessità della legittima difesa. Ad emergere, cioè, è nuovamente l'idea di inesigibilità da intendersi in senso “ampio”, quale criterio che conforma il giudizio relativo alla sussistenza dei requisiti che segnano il confine esterno di istituti estranei all'ambito, più circoscritto, di analisi del presente lavoro.

Nonostante il rilievo riconosciuto all'inesigibilità anche sul piano della tipicità e dell'antigiuridicità, il campo in relazione al quale, più di tutti, il tema dell'inesigibilità appare discusso continua ad essere quello della colpevolezza, sede per certi versi naturale dell'interrogativo circa l'esigibilità del comportamento doveroso.

Non potrebbe essere altrimenti, del resto, alla luce della lettura moderna del canone di colpevolezza consacrato all'art. 27 Cost.: a fronte delle prime interpretazioni riduzioniste, che vedevano nella disposizione la mera affermazione di un divieto di punizione per fatto altrui⁹⁴, è la stessa evoluzione che il principio ha conosciuto negli anni a rendere evidente la stretta interconnessione con la tematica dell'inesigibilità. Nell'affermare, anzitutto, che il principio di colpevolezza non può accontentarsi di un mero nesso oggettivo di imputabilità materiale di un fatto al suo autore, ma richiede sempre la verifica di un nesso soggettivo, di appartenenza psicologica quantomeno in termini colposi, è ravvisabile un mutamento di concezione storico, che non a caso ha reso la sentenza 364 del 1988 della Corte costituzionale una delle più significative di sempre⁹⁵.

⁹² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 314.

⁹³ Nell'ordinamento spagnolo, si rinvia a M.A. IGLESIAS RIO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999, 81, dove si ricorre al concetto di inesigibilità per riempire di contenuto i vari requisiti dell'istituto di cui all'art. 20.4 CP (legittima difesa): si parla, ad esempio, di esigibilità della rinuncia alla difesa, nei casi in cui si possa evitare così la morte dell'aggressore o risultati comunque sproporzionata. Analogamente, nel caso dello stato di necessità, laddove si ritiene che il requisito della necessità possa essere integrato quando, pur residuando all'autore un'alternativa astratta, questa non fosse esigibile in concreto: T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 106-107.

⁹⁴ In questo senso, emblematica Corte cost., 23 giugno 1956, n. 3, sulla responsabilità del direttore di periodici; ma si vedano anche Corte cost., 8 luglio 1957, n. 107, Corte cost., 17 febbraio 1971, n. 20, entrambe in tema di *error aetatis*.

⁹⁵ Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364.

A tale passaggio occorre aggiungere, però, una valutazione ulteriore, declinata in termini normativi. Non basta, infatti, rimproverare al soggetto agente di aver voluto ciò che non si doveva volere, o di aver involontariamente prodotto ciò che non si doveva produrre⁹⁶: pur in presenza di un fatto doloso o colposo, rispetto a cui l'atteggiamento psicologico risulti provato in tutti i suoi elementi fondanti, può comunque residuare una ragione per escludere la rimproverabilità. È proprio in questo frangente che l'inesigibilità sembra trovare la sua naturale operatività, quale nozione che fiorisce nella valorizzazione della «relazione psico-motivazionale tra il soggetto agente e la legge»⁹⁷ escludendo eccezionalmente il rimprovero per un fatto che si sarebbe normalmente potuto rimproverare; non più e non solo, cioè, nel rapporto autore-fatto, ma anche e soprattutto in quello autore-norma⁹⁸.

4. Modelli d'illecito penale e riflessi sullo studio dell'inesigibilità

Oltre a ispirare riflessioni aperte alla possibilità di collocare l'inesigibilità su piani ulteriori rispetto alla sola colpevolezza, l'impareggiabile livello di approfondimento scientifico che ha caratterizzato sin dall'inizio il dibattito tedesco in materia ha portato presto gli studiosi ad evidenziare altresì l'ontologica differenza che l'inesigibilità presenta in rapporto al reato doloso commissivo ed omissivo, nonché nel settore del reato colposo.

Il tema dell'inesigibilità, in questo senso, non pare atteggiarsi in maniera identica in relazione ai vari modelli di illecito penale conosciuti dall'ordinamento⁹⁹: se, in relazione al reato doloso commissivo, la pregnanza dell'inesigibilità parrebbe giocare interamente attorno alle singole scusanti previste dall'ordinamento¹⁰⁰, ove ci si sposti sul terreno dell'omissione e della colpa, il suo ruolo sembra farsi più intenso, fino ad essere concepito come elemento intrinseco e irrinunciabile nella costruzione del reato.

Quanto al delitto commissivo doloso, il confinamento del ruolo dell'inesigibilità alle scusanti espressamente tipizzate deriva, in generale, dalla constatazione dell'irrinunciabilità dei valori a cui, da un accoglimento disinvolto della categoria, deriverebbe un sacrificio probabilmente eccessivo: legalità, certezza del diritto, prevedibilità, uguaglianza e rispetto

⁹⁶ Così G. DELITALIA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 83: «il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre. In entrambi i casi il carattere di fatto colpevole deriva dunque da ciò: che l'agente ha agito, consapevolmente o meno, in modo difforme dal modo in cui doveva agire, o, in altre parole, diversamente da come l'ordinamento giuridico voleva che agisse».

⁹⁷ R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 52. Riflette sull'idea del rapporto agente-norma, che si aggiunge a quello agente-fatto, anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 34.

⁹⁸ Così si esprimeva già L. SCARANO, *op. cit.*, 10. Sul concetto di "motivabilità attraverso norme", si veda E. VENAFA, *Scusanti*, cit., 149 ss.

⁹⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., *passim*.

¹⁰⁰ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 387.

del principio della separazione dei poteri. D'altronde, anche la constatazione della maggiore intensità che connota sul frangente psicologico il dolo rispetto alla colpa ha indotto a riconoscere spazi più contenuti di operatività del principio di inesigibilità, di fatto limitati alle cause di esclusione della colpevolezza tipizzate in via legislativa.

La maggiore influenza che la teoria in parola sembra aver esercitato sui settori della responsabilità colposa e di quella per l'omissione si spiega invece guardando all'essenza di tali modelli di illecito e al senso del rimprovero che si fonda sul mancato agire o sulla violazione di una cautela. Nel delitto colposo non meno che in quello omissivo¹⁰¹, in particolare, il dovere di diligenza si plasma attorno ad una richiesta di attivazione da parte dell'ordinamento, rispetto a cui è più agevole sostenere che le pretese statali non possano essere incondizionate, individuando così un ruolo per l'inesigibilità, in presenza di circostanze fattuali anomale¹⁰².

In altre parole, tanto in relazione al reato omissivo quanto per quello colposo, «il legislatore individua *modelli astratti di comportamento* che prescrivono non solo di agire, ma anche di agire con certe modalità e rispetto ai quali si pretende l'adeguamento da parte dei consociati»¹⁰³: in questo senso, si può sostenere che l'inesigibilità trova spazi significativi d'espressione proprio in relazione ad ambiti in cui il dovere giuridico del consociato si manifesta in una versione più intensa, sotto forma di obbligo di agire.

4.1. L'inesigibilità nel delitto omissivo

L'esistenza di una intima connessione tra la tematica dell'inesigibilità e l'omissione è stata da sempre messa in evidenza dalla dottrina¹⁰⁴. La constatazione di un legame particolarmente qualificato tra reato omissivo e limite dell'incriminazione segnato dall'esigibilità sembra derivare, del resto, dal diverso rilievo che connota il divieto di tenere una certa condotta proprio dei reati commissivi, da una parte, e l'imperativo di attivarsi che emerge nella fenomenologia omissiva, dall'altra.

Stante la maggiore pregnanza dell'obbligo di attivarsi, che connota l'ambito del reato omissivo, è infatti naturale che queste ipotesi delittuose abbiano sollevato interrogativi

¹⁰¹ Riflette sull'elevato grado di "normatività" del reato omissivo e di quello colposo, A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011, 15; EAD., *Omissione e colpa (voce)*, in M. Donini (a cura di), *Enc. Dir., Reato colposo*, 2021, 866 ss.

¹⁰² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 211.

¹⁰³ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., 21.

¹⁰⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 246 ss. Si veda anche E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 137, dove si esamina la posizione della dottrina tedesca che ha individuato nell'esigibilità un vero e proprio «elemento implicito di fattispecie» nei reati omissivi impropri.

differenti e condotto a riconoscere un ruolo particolarmente significativo alle condizioni che rendono impossibile adeguarsi al comando della legge: d'altronde, «la possibilità che si verifichino anomalie nella situazione di fatto diventa un ostacolo rilevante quando si è tenuti ad un determinato comportamento, mentre la difficoltà si relativizza quando è ancora possibile scegliere fra più alternative e in fin dei conti si tratta di *non* tenere solo una delle condotte possibili»¹⁰⁵.

Ciò si riflette naturalmente sull'ampiezza da riconoscere, già in linea teorica, al concetto di inesigibilità: «nell'ambito degli *Unterlassungsdelikte*, il soggetto *deve agire*: ed è facile che vi siano degli ostacoli (più o meno "naturali"), che rendono difficile (e talora impossibile) l'azione richiesta. Nell'ambito dei *Begehungsdelikte*, viceversa, egli *deve astenersi dall'agire*, ed è più difficile che una forza esterna costringa l'uomo ad agire, così impedendogli (o rendendogli più faticosa) l'astensione dall'azione vietata»¹⁰⁶. È evidente, cioè, che «chi deve attivarsi per adempiere ad un obbligo ha molte più occasioni di mettere in gioco i propri interessi, e dunque di imbattersi in situazioni-limite in cui l'ordinamento può ammettere il venir meno del carattere incondizionato del dovere»¹⁰⁷.

Questo spiega perché, tanto in Italia come all'estero, l'attenzione ai profili di esigibilità della condotta richiesta al soggetto si sia naturalmente concentrata su molte fattispecie di parte speciale connotate in senso omissivo¹⁰⁸, conducendo a sostenere che «l'inesigibilità [...] incide nei reati omissivi propri non solo delimitando, quanto escludendo l'esistenza stessa del dovere imposto dalla norma di fronte all'anomalia della situazione di fatto in cui si trova il soggetto»¹⁰⁹.

Quanto, invece, al reato omissivo improprio, si è anticipato come la dottrina italiana in tema di inesigibilità abbia espresso l'idea di una collocazione della stessa a livello di antigiusuridicità: senza anticipare le conclusioni a cui si perverrà sul punto, basti ricordare l'opinione autorevole secondo cui «l'obbligo giuridico di impedire l'evento è la conseguenza

¹⁰⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 247-248.

¹⁰⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo improprio*, Padova, 1988, 823. Sul punto, si rinvia anche alle riflessioni di N. BOBBIO, *Norma giuridica (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 331 ss.

¹⁰⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 248.

¹⁰⁸ In Italia, ad esempio, la dottrina si è concentrata su fattispecie come l'art. 328 c.p. (omissione, rifiuto, ritardo d'atto d'ufficio), gli artt. 731 e 732 c.p. (inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori e omesso avviamento dei minori al lavoro), dove è la presenza di clausole espresse a suggerire la necessità di vagliare anche l'esigibilità della condotta, oltre ai casi in cui tale necessità è emersa più direttamente a livello giurisprudenziale: si pensi in tal senso alle fattispecie di omesso versamento ex artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. 74/2000. Nel panorama estero, interessanti gli spunti provenienti dalla Germania, in relazione all'omissione di soccorso (§ 323c StGB), o all'omessa denuncia (§ 139, Abs. 3, StGB) e all'allontanamento abusivo dal luogo di un incidente (§ 142 StGB: sulla qualificabilità in senso di reato omissivo proprio, si veda A. SCHLEE, *op. cit.*, 266). Per l'analisi di tutti questi profili, si rinvia *infra*, Cap. 2 e 3.

¹⁰⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 249-250.

della situazione di garanzia ed il presupposto esterno dell'antigiuridicità dell'omissione, la quale pertanto verrà esclusa di fronte a un fattore che, delimitando gli effetti dell'obbligo, ne giustifichi il mancato rispetto»¹¹⁰.

4.2. Inesigibilità e colpa

Se, per sua natura e caratteristiche, il reato omissivo sembra conciliare in modo particolarmente riuscito la riflessione sul tema dell'inesigibilità quale limite al dovere del singolo, l'ambito dogmatico in cui tale categoria ha avuto più fortuna, anche sul versante nazionale della riflessione, appare da sempre quello del delitto colposo: in relazione ad esso, invero, taluno sostiene che l'inesigibilità opererebbe dall'interno, «quale elemento costitutivo e non già quale fattore eccezionale di esclusione della colpa»¹¹¹.

Ad ogni modo, e nonostante il reato colposo rappresenti la «sede privilegiata del discorso sull'inesigibilità»¹¹², anche in questo frangente la tematica ha dovuto confrontarsi con impellenti difficoltà di ricostruzione dogmatica¹¹³, oltre che con una certa ritrosia giurisprudenziale. L'emersione, accanto al versante oggettivo-generalizzante, di uno soggettivo-individualizzante ha infatti richiesto non pochi sforzi concettuali, scontrandosi sovente con una prassi applicativa che, anche quando dichiaratamente schierata a favore del riconoscimento di una colpevolezza colposa, finiva troppo spesso per appiattire il giudizio su parametri oggettivi e sminuire così la portata applicativa dell'inesigibilità anche con riguardo al rimprovero colposo¹¹⁴. In un contesto così problematico, l'inesigibilità è stata talora intesa come la componente suscettibile di concretizzare e soggettivizzare un giudizio

¹¹⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 312 ss., e in particolare ancora 314: «se la situazione di garanzia – appartenente alla fattispecie tipica – definisce il substrato dell'obbligo giuridico, il mancato rispetto di quest'ultimo può dipendere da una situazione di conflitto in cui il garante viene a trovarsi, conflitto che normalmente ha come secondo termine l'esigenza di tutelare un interesse proprio che verrebbe sacrificato in caso di intervento».

¹¹¹ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4790.

¹¹² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 320. Sul tema, sia consentito altresì il rinvio a S. PRANDI, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2024, 3, 1035 ss.

¹¹³ Sulla componente soggettiva del rimprovero per colpa, si vedano tra i molti i contributi di G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 275 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit.; S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. Pen.*, 2012, 21 ss.; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 231 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, op. cit., 2012. Più di recente, A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 100 ss.

¹¹⁴ Parla, criticamente, di una «funzione meramente ornamentale, [...] di premessa teorica esornativa e di valenza soltanto epidittica: quasi un memento tanto inevitabile quanto, poi, di fatto, irrilevante nel caso di volta in volta esaminato» D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. It.*, 2021, 10, 2220.

altrimenti asfittico, perché parametrato su *standard* lontani dall'agente ed insensibili all'effettiva possibilità, per costui, di porre in essere la condotta doverosa.

Se però, in modo ormai pressoché unanime, la dottrina sembra opporsi con strenua convinzione alla concezione “oggettivistica” della colpa, che tende a identificarla con la violazione della regola cautelare, nonché su un modello infallibile e destinato ad avere la meglio su qualsiasi agente concreto che vi si dovesse confrontare¹¹⁵, minore consenso si manifesta al momento di interrogarsi circa il modo in cui la soggettivizzazione del rimprovero vada operata e, per quanto più di interesse nel presente lavoro, quale sia il ruolo da riconoscere all'inesigibilità.

Anche in relazione a questo ambito circoscritto, come si avrà modo di approfondire ulteriormente¹¹⁶, il termine “inesigibilità” è stato impiegato in modo da ricomprendere quantomeno due prospettive differenti¹¹⁷. In primo luogo, esso è stato valorizzato in relazione al parametro a partire dal quale costruire la regola cautelare e misurarne la doverosità¹¹⁸. Nell'ambito dell'illecito, in questo senso, andrebbero collocate già le circostanze concomitanti di contesto che, rappresentando la cornice in cui si colloca l'azione del soggetto, «consent[ono] di passare dal *dovere*, quale espressione della norma di diligenza, alla concreta definizione della *regola di condotta*, rilevante in quanto *esigibile nel caso concreto*»¹¹⁹; con la precisazione, però, che «il grado di ‘individualizzazione’ di questa misura rispetto alla ‘persona’ dell'agente è quello *compatibile con i limiti della norma precetto*: cioè compatibile con un imperativo impersonale, diretto a ‘tutti’ coloro che si sarebbero potuti trovare ad agire nella medesima situazione concreta, e che avrebbero avuto diritto, *ex ante*, a conoscerne o poterne percepire il contenuto»¹²⁰.

¹¹⁵ M. GROTTI, *Scusanti della colpa*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, Milano, 2021, 1159: «d'altronde, l'agente modello è colui cui si può chiedere tutto, perché prevede tutto e può evitare tutto; ciò a differenza dell'agente concreto, cui non rimane altro che patire la sanzione per non aver saputo essere migliore di quel che è».

¹¹⁶ *infra*, Cap. 3, Par. 2.

¹¹⁷ Per una riflessione più compiuta sul punto, sia consentito il rinvio a S. PRANDI, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2024, 3, 1041 ss.

¹¹⁸ Come acutamente rilevato in dottrina, d'altro canto, «come ogni giudizio sulla possibilità di un comportamento che avrebbe potuto e dovuto verificarsi ma non si è in concreto verificato, quello sulla prevedibilità ed evitabilità implica insomma necessariamente la scelta del *punto di vista* da cui va operato il giudizio stesso»: G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 277.

¹¹⁹ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 347, dove l'Autore si riferisce a una nozione di esigibilità in senso oggettivo, che «implica il ricorso ad un parametro normativo che non può coincidere con l'agente».

¹²⁰ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 456. Se calata in questa dimensione, la tematica oggetto di approfondimento impone cioè di interrogarsi sul «grado di ‘esigibilità’ riferibile ad una categoria di persone, ricostruita in modo che gli eventuali tratti individuali del soggetto (es. ‘deficit’ fisico) siano generalizzati sino a ricomprendere una ‘classe’ di agenti che posseggono quelle caratteristiche (es. tutti i portatori di un *handicap*)».

A questa esigibilità, si affianca poi un secondo modo di intenderla, non tanto avendo riguardo alla individuazione di regole cautelari che siano, per quanto possibile, calate sulle caratteristiche di una categoria di agenti compatibile con l'individuo in carne ed ossa, bensì ad un vaglio della possibilità, per il soggetto stesso, di tenere il comportamento doveroso sulla base della situazione anomala in cui questi opera; pur senza rinunciare ad una certa normativizzazione del giudizio¹²¹, si valorizza così l'esigenza di individualizzazione e personalizzazione del rimprovero sulla scorta delle reali possibilità dell'agente di conformarsi ad un certo *standard* cautelare¹²².

Di qui la constatazione che esisterebbero «caratteristiche individuali del soggetto le quali incidono sulla ricostruzione della stessa regola cautelare che integra la norma precetto, ed altre, legate a situazioni scusanti, che fungono semplicemente da *limite* all'esigibilità del precetto cautelare, ma non sono a loro volta traducibili in una prescrizione valida nel caso concreto, in una regola di condotta»¹²³: in relazione a quest'ultima ipotesi, a ben vedere, troverebbe risponidenza la prospettiva dell'inesigibilità in senso stretto, in cui l'attenuazione di un dovere appare fondata su una condizione individuale e specifica che, pur senza impattare sull'obbligo *erga omnes* – e dunque sul livello di cautela normalmente richiesto – possa nondimeno spiegare un atteggiamento di comprensione e “clemenza” verso l'autore del fatto.

4.2.1. (Segue) Inesigibilità in senso stretto: tra scusanti tipizzate e scusanti *praeter-legali*

All'inesigibilità intesa in senso stretto, quale concetto che «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

¹²¹ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 383. Sulla differenza tra «regole di condotta riproducibili in un dovere legislativo, destinate a disciplinare un indistinto numero di casi [...] e regole di giudizio sulla inesigibilità personale di un comando da parte di certi soggetti», anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 40 s.

¹²² Come evidenziato da autorevole dottrina, cioè, «già in tema di *homo eiusdem* si può contestare: se il soggetto non era *l'homo eiusdem condicionis et professionis*, per lui non risultava esigibile l'osservanza; o non era esigibile posto che non abbia assunto indebitamente un compito che non gli competeva. Lì però è una situazione originaria di assenza del fatto tipico. Ma se era *l'homo eiusdem*, può accadere che il parametro normativo risulti violato per situazioni contingenti anormali, di urgenza, emergenza, difficoltà operativa» (M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 marzo 2019, 25). Si veda, sul punto, anche D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 237 ss., dove l'A. si sofferma a considerare l'impatto, a livello di esigibilità soggettiva, di eventuali impulsi astenici.

¹²³ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 596 s.

l'eccezionalità della situazione di fatto e il rilievo degli interessi giuridici in gioco»¹²⁴, sembra attagliarsi in modo particolarmente evidente la tematica della pressione motivazionale che rappresenta il *leitmotiv* del dibattito sul tema e che per questo sarà al centro di una riflessione più approfondita.

A tal proposito, pur rinviando alle considerazioni che verranno svolte in modo più approfondito *infra*¹²⁵, merita di essere sottolineato sin d'ora come, secondo alcuni, la dimensione dell'inesigibilità nel reato colposo sarebbe garantita solo nella misura in cui si traduca in una delle ipotesi scusanti, concepite come numero chiuso anche nel sistema dei reati colposi¹²⁶. Secondo altra parte della dottrina, invece, alle scusanti in senso stretto sarebbe comunque doveroso affiancarne altre, derivanti direttamente da una lettura dell'art. 43 c.p. alla luce dell'art. 27, comma 1, Cost.¹²⁷: già a livello strutturale, il reato colposo consentirebbe di escludere il rimprovero nei casi in cui, violata una regola cautelare e prodotto l'evento dannoso, «nel concreto si possa valutare tale inosservanza (o tale illecito) come incolpevole e ciò per ragioni inerenti a situazioni motivazionali anomale, che rendono inesigibile la condotta lecita»¹²⁸.

Qui si inserirebbe la riflessione relativa alla misura soggettiva della colpa quale «misura “personalistica”, nel senso che alcune caratteristiche del soggetto assurgono a rilevanza giuridica non già per la loro rispondenza a requisiti ‘normali’ di esigibilità di una condotta dovuta, o comunque al fine di individuare quest'ultima, ma per significare inadeguatezza, nella situazione data, della persona medesima dell'autore del fatto tipico: il giudizio sul rapporto tra ‘fatto’ e ‘autore’, così, conosce un affievolirsi della prevenzione generale in favore di un principio di meritevolezza che, per quanto anch'esso

¹²⁴ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 17. Lo evidenzia anche M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 16: «l'evento può essere prevedibile, ma risultare inesigibile, per circostanze concomitanti anomale, l'osservanza della cautela ricostruita».

¹²⁵ V. *infra*, Cap. 3, §§ 2 e ss.

¹²⁶ Si pensi al costringimento fisico, *ex art. 46 c.p.*, la coscienza e volontà dell'azione o omissione, *ex art. 42 c.p.*, il caso fortuito e forza maggiore, *ex art. 45 c.p.*: M. GROTO, *Scusanti della colpa*, cit., 1156. Per una valorizzazione della «categoria – troppo spesso trascurata – del caso fortuito», si veda in particolare G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. Pen.*, 3 febbraio 2021, 8. Critico circa il requisito negativo della assenza di caso fortuito, forza maggiore e costringimento fisico, «in quanto al suo filtro sfuggono – a stretto rigore – talune ipotesi comunemente ritenute non meritevoli di sanzione», F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 118.

¹²⁷ M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 27, è perentorio nel sostenere che «l'inesigibilità può dipendere non solo da una causa di esclusione della colpevolezza tipizzata, ma anche dalla applicazione diretta dell'art. 27, co. 1, Cost. ‘dentro’ all'art. 43 c.p.». Nello stesso senso anche M. GROTO, *Scusanti della colpa*, cit., 1157.

¹²⁸ M. GROTO, *Scusanti della colpa*, cit. 1157.

teleologicamente inteso, vale a giustificare davanti al singolo la risposta dell'ordinamento»¹²⁹.

Su tutti questi profili si soffermerà dunque l'attenzione quando, nell'esaminare il modo in cui dottrina e giurisprudenza si sono approcciate al tema, si tenterà di offrire una panoramica del significato profondo che l'inesigibilità esprime in relazione al reato colposo¹³⁰.

5. Prime conclusioni e coordinate della ricerca

Una ricerca che si interroghi sui confini e le potenzialità del concetto di inesigibilità nell'ordinamento penale odierno non può che muovere da una constatazione preliminare, tanto ovvia quanto necessaria: nella riflessione dottrinale e nella prassi applicativa, il termine “inesigibilità” è stato impiegato negli anni per indicare situazioni variegata e, talora, in modo del tutto fuorviante.

Al di là dei casi in cui il concetto sembra essere richiamato impropriamente, in luogo di altri più pertinenti¹³¹, la breve panoramica tracciata sin qui sembra offrire quantomeno un duplice modo di intendere – ed utilizzare – il concetto. In senso lato, esso rappresenta un criterio destinato ad operare come limite di qualsiasi obbligo giuridico, consentendo di riempire di contenuto valutazioni relative ad istituti variegati: si pensi, ad esempio, a quanto detto a proposito dell'inesigibilità come limite di scusabilità per l'errore di diritto, *ex art. 5 c.p.*, o al ruolo di tale canone nel giudizio relativo all'imputabilità del soggetto agente. In senso stretto, invece, l'inesigibilità sembrerebbe riferirsi più specificamente alla possibilità di pretendere, da un dato soggetto in una specifica situazione, il rispetto della norma penale: appare evidente che il concetto si connota, da un lato, per la presenza di condizioni anomale, che deviano dall'ordinario, e, dall'altro, per l'influsso che tali condizioni giocano sulla libertà del singolo, pur senza escludere materialmente il suo potere di agire in senso conforme al diritto, né inficiare la validità della norma su un piano generale.

In entrambi i casi, l'idea di inesigibilità affonda le proprie radici nel conflitto tra quanto astrattamente richiesto e quanto concretamente possibile per l'agente nelle condizioni in cui egli si trova ad operare¹³². Al cuore del problema, si colloca cioè sempre il tema della

¹²⁹ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 597 s.

¹³⁰ V. *infra*, Cap. 3, Par. 2 ss.

¹³¹ Primo tra tutti la forza maggiore, in casi in cui l'azione doverosa sia impossibile materialmente e assolutamente.

¹³² Riconosce alla inesigibilità la funzione essenziale di «compensare squilibri ed asimmetrie che si vengono necessariamente a creare in ragione dell'astrattezza delle norme giuridiche» G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 237. Per Bettiol, l'inesigibilità rappresenterebbe «un limite intrinseco alla stessa natura del

«relativizzazione ed individualizzazione di obblighi giuridici pendenti su determinati consociati che si trovano in situazioni di conflitto morale che l'ordinamento consente di ritenere rilevanti»¹³³. È proprio di qui che occorre partire per approfondire il ruolo ed il significato che l'inesigibilità assume nell'ordinamento penale odierno, tentando di offrire un quadro aggiornato dello stato dell'arte e delle potenzialità che tale concetto sembra esprimere, tanto in una prospettiva *in books*, quanto nell'ottica del diritto *in action*.

La riflessione prenderà le mosse, in particolare, da quegli istituti di parte generale e di parte speciale in cui la logica dell'inesigibilità appare – più o meno esplicitamente – richiamata, così da individuare i caratteri essenziali e tracciare i confini concettuali della nozione¹³⁴, per poi aprirsi a considerare la legittimità delle operazioni interpretative che, nel passato più o meno remoto, hanno valorizzato quelle stesse caratteristiche per trarre un effetto esimente anche al di fuori delle ipotesi di non punibilità espressamente tipizzate¹³⁵, e così impostare le coordinate di una riflessione che si sforzerà di arricchirsi di nuovi spunti, tratti anche dalla drammatica esperienza pandemica¹³⁶.

diritto, il quale ammetterebbe, come fatto inevitabile, di essere contraddetto in particolari circostanze»: G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1962, 388 s.

¹³³ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 366. Uno dei limiti della norma giuridica, d'altro canto, risiede necessariamente nella sua incapacità di abbracciare perfettamente ogni possibile ipotesi concreta nella sua fenomenologia e nella sua irripetibilità storica; il processo inevitabile di astrazione porta infatti a ricondurre una pluralità di ipotesi differenti al medesimo testo normativo. Come è naturale che sia, perciò, ci sono aspetti del fatto concreto che non assumono alcun rilievo ai fini della riconducibilità del fatto nell'ambito applicativo di una norma. In questo quadro, l'inesigibilità sembrerebbe denotare la situazione in cui la discrepanza tra fatto concreto e fattispecie astratta assume caratteri tali da imporre una rinuncia alla pena. Si deve cioè convenire che «in taluni casi la situazione di fatto in cui la condotta considerata si radica è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo significativo che è il denominatore minimo di appartenenza alla classe di condotte» (G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 221), aprendo al concetto di inesigibilità e ad un'indagine circa le potenzialità dello stesso.

¹³⁴ V. *infra*, Cap. 2.

¹³⁵ V. *infra*, Cap. 3.

¹³⁶ V. *infra*, Cap. 4.

CAPITOLO II

L'INESIGIBILITÀ COME ECCEZIONE: IL RUOLO DELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. L'approccio legislativo al tema: ambiguità del dato normativo. – 2. “Valvole respiratorie” del sistema e inesigibilità: i confini della tipicità. – 2.1. Il “caso” dell’omissione di soccorso: ripudio dell’inesigibilità? Suggestioni in chiave comparata. – 3. Le scusanti tipizzate: la problematica emersione della *ratio* dell’inesigibilità. – 3.1. Stato di necessità e inesigibilità: modelli a confronto. – 3.1.1. L’ordinamento tedesco. – 3.1.2. L’ordinamento spagnolo. – 3.1.3. L’ordinamento italiano: cenni ad un dibattito ancora aperto. – 3.2. (Segue) La coazione morale ex art. 54, comma 3, c.p. – 3.2.1. *Miedo insuperable, contrainte e duress*: la linea di continuità tra *civil* e *common law*. – 3.2.2. Cenni alle scusanti nel diritto penale internazionale: *duress* e *superior order*. – 3.3. Ritorno alla prospettiva nazionale: l’ordine illegittimo insindacabile ex art. 51, comma 4, c.p. – 3.4. Ipotesi dubbie: l’art. 242 cpv c.p., la reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, la provocazione ex art. 599 c.p. – 3.5. L’art 384 c.p.: tra *nemo tenetur se detegere* e *affectio parentalis* – 3.5.1. (Segue) Il confronto con gli artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p. – 3.6. Il nuovo art. 55, comma 2, c.p. – 4. I motivi come causa di attenuazione del disvalore soggettivo: il “fitto intreccio” di elementi differenziali della tipicità, circostanze del reato e indici di commisurazione della pena.

1. L'approccio legislativo al tema: ambiguità del dato normativo

Si è già detto, in apertura del presente lavoro, del rifiuto tradizionalmente opposto ad un’idea di inesigibilità a valenza generale, quale canone extra-legale che condiziona la possibilità di punire l’agente: da sempre, stanti le evidenti difficoltà di inquadramento e concretizzazione del concetto, dottrina e giurisprudenza insistono nel relegare l’inesigibilità ai soli casi in cui la stessa sia contemplata dalla legge¹.

In uno studio che intenda soffermarsi sul significato da attribuire oggi al canone di inesigibilità, sembra che l’analisi non possa che muovere da questi dati: è a partire dalla mappatura degli istituti e delle norme in cui, allo stato attuale, può dirsi esistente un richiamo al concetto di inesigibilità che deve avviarsi la riflessione, al fine di individuarne i caratteri essenziali e porre le basi per un approfondimento ulteriore del tema. Si tratta, a ben vedere, della prima e indispensabile tappa nella prospettiva di un’analisi che avrà modo di soffermarsi, in seconda battuta, sugli spazi di rilevanza dell’inesigibilità riconosciuti dalla giurisprudenza, nel corso degli anni, anche al di fuori del tracciato della legge².

¹ In giurisprudenza, ad esempio, esclude nettamente la possibilità per il giudice di ricercare «cause extralegali di esclusione della punibilità», quali l’inesigibilità, Cass. Pen., Sez. VI, 31 maggio 1993, Bove.

² V. *infra*, Cap. 3.

Ebbene, se ci si concentra sul dato normativo attuale, se ne ricava l'impressione di un quadro poco chiaro e definito, in cui l'individuazione di istituti plasmati sull'idea di inesigibilità non risulta agevole, né tale concetto pare particolarmente valorizzato dal legislatore italiano. Ciò emerge in maniera evidente nel confronto con altri ordinamenti europei: omissione di soccorso e stato di necessità, come si vedrà³, rappresentano due esempi paradigmatici dell'impatto che una diversa configurazione normativa, unita ad una certa sensibilità della dottrina, può giocare sul piano dell'approfondimento e della valorizzazione del canone di inesigibilità, già a livello positivo.

Né sembra irrilevante, in questo senso, che i richiami all'inesigibilità nella legge penale italiana siano sempre richiami impliciti: a differenza di quanto accade, ad esempio, nel sistema tedesco, dove il termine *zumutbarkeit*, nelle sue varie declinazioni, trova un'espressa menzione in alcune disposizioni di parte generale e speciale, nel codice penale il termine "esigibilità" e i suoi derivati risultano del tutto assenti. A complicare la riflessione si aggiunge, allora, la necessità di radicare la questione su presupposti non letterali, ma più propriamente funzionali.

Tale aspetto può forse spiegare perché, in Italia più che altrove, l'individuazione delle norme che incarnano l'idea di inesigibilità ha dato origine a profonde spaccature nella dottrina chiamata ad interpretare un dato normativo a tratti ancora profondamente ambiguo, ostacolando in qualche misura lo sviluppo di una riflessione compiuta sul tema.

2. "Valvole respiratorie" del sistema e inesigibilità: i confini della tipicità

Nel calare l'interrogativo circa il ruolo da riconoscere al canone di inesigibilità nel sistema normativo odierno, occorre prendere le mosse dalla tesi dottrinale secondo cui esso può talora trovare emersione già sul versante della tipicità, attraverso una delimitazione dell'obbligo giuridico operata a monte dallo stesso legislatore. La mente corre alle fattispecie che presentano, a livello di descrizione tipica, clausole volte ad escludere la rilevanza penale del fatto in presenza di una giusta causa o un giustificato motivo⁴, tradizionalmente ricondotte

³ V. *infra*, rispettivamente § 2.1. e §§ 3.1. e ss.

⁴ Come rilevato in giurisprudenza (Cass. pen., Sez. I, 12 febbraio 2008, n. 6605), «la formula senza giustificato motivo e formule ad essa equivalenti od omologhe (senza giusta causa, senza giusto motivo, senza necessità, arbitrariamente, ecc.) compaiono con particolare frequenza nel corpo di norme incriminatrici contenute sia nei codici (cfr. artt. 616, 618, 619, 620, 621, 622, 633, 652, 727, 731 c.p.; artt. 111, 113, 117, 123, 124, 125, 147, 148, 151, 243 c.p.m.p.; artt. 63, 94, 96, 100, 101, 126, 145, 146, 151, 168, 170, 184, 185, 218, 221, 222 c.p.m.g.) che in leggi speciali (cfr., *ex plurimis*, della L. 18 aprile 1975, n. 110, art. 4; della L. 22 maggio 1975, n. 152, art. 5; del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 180; del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 56; nonché dello stesso D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 6, comma 3). Esse sono descrittive di reati di natura non soltanto commissiva,

alla tematica dell'inesigibilità, tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, anche costituzionale.

L'attinenza di tali clausole al tema dell'inesigibilità della condotta doverosa è stata sancita apertamente, in effetti, in una celebre pronuncia della Corte costituzionale⁵: chiamata a giudicare della determinatezza della clausola “senza giusta causa”, cui è condizionata la punibilità per il reato di ingiustificato trattenimento sul territorio nazionale in violazione all'ordine del questore, ex art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, la Consulta affermò che «dette clausole sono destinate in linea di massima a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché – anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione – l'osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile”»⁶.

Sulla *ratio* di simili clausole, in particolare, la Corte osservava che, «se pure non può essere ritenuta evocativa delle sole cause di giustificazione in senso tecnico [...] ha tuttavia riguardo a situazioni ostative di particolare pregnanza, che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione, escludendola ovvero rendendola difficoltosa o pericolosa»⁷. Intesa in questi termini, la clausola del giustificato motivo consentirebbe dunque di valorizzare situazioni ulteriori a quelle che configurerebbero, *tout court*, l'applicazione della scriminante dello stato di necessità⁸ o altre cause di giustificazione: con essa, il legislatore si sarebbe fatto carico in particolare «della eventualità [...] che l'ottemperanza all'ordine del questore risulti concretamente “inesigibile”»⁹. Così la

ma anche omissiva [...] (cfr., ad esempio, artt. 652 e 731 c.p.; artt. 113, 117, 123, 125, 147, 148, 151, 243 c.p.m.p.; del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, art. 108; del D.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, art. 89; del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 6, comma 3)».

⁵ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, con nota di E. GROSSO, «Ad impossibilia nemo tenetur»: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, in *Giur. Cost.*, 2004, 1, 97 ss.; M. CERASE, *Rilevanza penale dell'espulsione dello straniero: la Corte costituzionale smentisce se stessa?*, in *Cass. pen.*, 2004, 5, 1551 ss.; A. NATALINI, *Clausole generali e principio di determinatezza della norma penale*, in *Dir. e giust.*, 2004, 5, 34 ss.; G. FORTE, *Osservazioni in tema di “giustificato motivo” nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2008, 1207 ss.

⁶ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, punto 2.1. del *Considerato in diritto*. Analogamente, anche Corte cost., 17 dicembre 2010, n. 359, con nota di U. GUERINI, *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del “socialismo giuridico penale”?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 3, 956 ss. che ha aggiunto la clausola del “giustificato motivo” anche all'ipotesi di inottemperanza reiterata, di cui all'art. 14, comma 5-quater.

⁷ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, punto 2.2. del *Considerato in diritto*.

⁸ E. GROSSO, *op. cit.*; L. MASERA, *Art. 14*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV, V ed., Milano, 2021, 1638 rileva, al proposito, che il giustificato motivo ruota attorno a due poli concettuali distinti, «evocati dalla Corte costituzionale con il riferimento alle condizioni ostative di natura “oggettiva e soggettiva”».

⁹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, punto 2.2. del *Considerato in diritto*.

norma in questione è stata intesa dalla giurisprudenza in passato¹⁰; e così ha continuato ad essere interpretata nel corso degli anni¹¹.

Si tratta dunque di ammettere che «a certe condizioni l'ordinamento può accettare la flessibilizzazione di un comando generale, apparendo socialmente tollerabile il suo mancato rispetto»¹². Di fronte al possibile scollamento tra legge e realtà sociale, il rischio di un invecchiamento del sistema positivo che lo renda inservibile, evidenziando uno scarto eccessivo tra società e diritto, suggerisce di dotare la legge di «cosiddette “valvole di respirazione” che siano in grado di consentire un adattamento, o un aggiornamento se si vuole, del rapporto fra coscienza sociale e legge formale»¹³.

Stante l'impossibilità, per il legislatore, di codificare ogni ipotesi di impossibilità di adeguamento al precetto suscettibile di manifestarsi nei fatti, clausole del genere consentono di sventare il rischio di lacune, destinate a risolversi a svantaggio del reo, attraverso un'ampia delega al giudicante, cui è attribuito «uno strumento dirompente [...] per sterilizzare di fatto o comunque depotenziare fortemente gli effetti della fattispecie criminosa prevista»¹⁴. In tali ipotesi, invero, è il giudice a farsi arbitro dell'assenza di un giusto motivo, e dunque della punibilità del fatto.

Relativamente a simili istituti, appare interessante rilevare come la dottrina, favorevole a riconoscervi l'impronta dell'inesigibilità, abbia messo l'accento, in particolare, sull'impatto che tali clausole giocano direttamente sul contenuto dell'obbligo in capo al soggetto: «se si ammette che l'assenza di un giusto motivo (*id est*: l'esigibilità) è elemento

¹⁰ Così Trib. Roma 20 febbraio 2003, (est. Savio), in *Dir. imm. cittadinanza*, 2003, 1, 159 ss.; Trib. Sanremo, sez. Ventimiglia, 11 novembre 2002, n. 461 (est. Rainieri), in *Dir. imm. cittadinanza*, 2002, 4, 206 ss. ove si sostiene che «il giustificato motivo non possa non essere [...] concetto molto più ampio dello “stato di necessità” anche putativo e delle ordinarie “cause di giustificazione” o non punibilità, [...] e come esso possa afferire sia a situazioni oggettive sia a condizioni personali del soggetto»

¹¹ Sul punto, si veda l'analisi di E. MATTEVI, *Inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore e sussistenza del giustificato motivo* (Cass. pen., sez. I, 20 settembre 2022, n. 38819), in *Annuario ADiM* 2022, in G. Del Turco et al. (a cura di), Napoli, 2023, 510 ss., nonché P. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo “dal basso”?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 3, 336 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., Sez. I, 10 marzo 2023, n. 10307 e Cass. pen., Sez. I, 08 marzo 2022, n. 27214, dove si legge che «ai fini dell'individuazione del giustificato motivo che esclude la configurabilità del reato di inosservanza dell'ordine rivolto dal Questore allo straniero affinché lasci il territorio dello Stato, reato di cui all'art. 14, comma 5-ter, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il giudice deve fare riferimento al caso concreto e alla condizione del cittadino extracomunitario, da apprezzare in tutti i profili idonei a rendere inesigibile, ovvero difficoltoso o pericoloso, anche soggettivamente, il comportamento collaborativo richiesto dalla norma». Per una rassegna della giurisprudenza più significativa, si veda anche L. MASERA, *Art. 14*, cit., 1654 ss.

¹² G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 2018, 381, riferendosi in particolare alla disciplina di cui al §330c StGB, su cui si dirà ancora *infra* (par. 2.1.)

¹³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 52.

¹⁴ E. GROSSO, *op. cit.*, che evidenzia come tale effetto derivi dalla decisione della Corte più di quanto sarebbe avvenuto con una sentenza di accoglimento della q.l.c.

della fattispecie, [...] allora si tratta di un fattore di delimitazione dell'obbligo [...], il cui adempimento in tal caso va considerato non già lecito per il venir meno dell'antigiuridicità, bensì non conforme al tipo, poiché il legislatore ha costruito una fattispecie che riguarda *le sole omissioni esigibili*¹⁵.

Alla base della scelta di condizionare l'incriminazione all'insussistenza di un giustificato motivo – o altra clausola assimilabile – si rinverrebbe dunque una tecnica di descrizione della fattispecie attraverso cui il legislatore anticipa la valutazione dell'inesigibilità al piano della tipicità¹⁶; con la conseguenza che «se per scelta politico-criminale del legislatore un fattore che potrebbe essere considerato in sede di valutazione della colpevolezza è già introdotto come elemento negativo nella struttura del fatto tipico significherà che non ci sarà spazio per la scusante perché non ci sarà un fatto tipico su cui esprimere il giudizio di rimprovero»¹⁷.

Così è stato sostenuto, ad esempio, in relazione all'art. 732 c.p., dove la giusta causa che condiziona la punibilità per inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori è stata riferita dalla dottrina ad eventuali motivi «che rendono inesigibile l'adempimento dell'obbligo»¹⁸, o alle fattispecie in tema di indebite rivelazioni di notizie, dove la delimitazione dell'obbligo «per giusta causa» sembrerebbe operare in considerazione, tra le altre cose, proprio «dell'anormalità del contesto motivazionale che connota l'idea dell'inesigibilità»¹⁹. Ma si pensi, ancora, all'art. 652 c.p.: prima della depenalizzazione ad opera del d.lgs. n. 8/2016, si riteneva che il giusto motivo del rifiuto a prestare il proprio aiuto in occasione di tumulti, pubblici infortuni o pericoli venisse integrato da «qualsiasi ragione

¹⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 288 (corsivo aggiunto). Analogamente anche A. ABUKAR HAYO, *Cenni sul principio d'inesigibilità nel diritto penale della migrazione*, in *La giustizia penale*, 2011, 7, 2, 421. *Contra*, G. FORTE, *op. cit.*, 1213 ss., dove si predilige la tesi dell'assenza di colpevolezza.

¹⁶ Per una ricostruzione delle opinioni circa la natura giuridica del giustificato motivo ex art. 14, comma 5ter, T.U.I., si rinvia a L. MASERA, *Art. 14*, cit., 1644 ss., che aderisce alla tesi dell'elemento negativo del fatto tipico.

¹⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 381.

¹⁸ L. MAZZA, *Il significato della locuzione «senza giusto motivo» nell'incriminazione dell'inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Giur. Cost.*, 1976, 4, 616 commentando, in particolare, la sentenza Corte cost., 28 maggio 1975, n. 125. In giurisprudenza, si veda Cass., 25 novembre 1969, *Cass. pen. mass. Ann.*, 1971, 115 ss. ove si valorizzano le condizioni di salute del minore e Cass., 10 luglio 2007, n. 37400, relativa all'assenza di scuole e insegnanti, l'eccessiva distanza tra abitazione e scuola e le condizioni economiche che impediscono l'acquisto di un mezzo di trasporto (entrambe in C. SELLA, sub *art. 731*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2018, 3010). Fa riferimento a tali clausole come a elementi che «pongono un problema di presa in considerazione del carattere “situazionale” che fa da paradigma per valutare ‘complessivamente’ la condotta dell'agente e in maniera tale che essi risultano come ‘indici normativi della rilevanza od emersione di un conflitto di doveri»», E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 121.

¹⁹ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 383, facendo riferimento ai reati di cui agli artt. 616, 618, 620, 621, 622 c.p.

da cui derivi l'inesigibilità della prestazione richiesta, secondo una accezione evidentemente ben più lata di quella accolta in materia di stato di necessità»²⁰.

Dinnanzi a locuzioni così ampie, in cui non si rinviene alcun riferimento esplicito alla misura dell'esigibile, sembra tuttavia che il significato di delimitazione dell'obbligo possa essere spiegato solo in parte, e non in via esclusiva, ricorrendo alla logica dell'inesigibilità in senso stretto. La stessa Corte costituzionale, nella pronuncia n. 5/2004, aveva del resto ricondotto l'impossibilità di ottemperanza a ipotesi eterogenee, espressive, «a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori»²¹: all'interno della giusta causa o del giustificato motivo, in definitiva, finiscono per rilevare tanto ipotesi di conflitto morale insolubile e impossibilità soggettiva, quanto situazioni più facilmente riconducibili all'esercizio di una facoltà legittima o al salvataggio di un interesse prevalente, rispetto a cui il fatto, che potrebbe essere giustificato sulla base degli artt. 51 o 54 c.p., diviene invece radicalmente atipico²².

2.1. Il caso dell'omissione di soccorso: ripudio dell'inesigibilità? Suggerimenti in ottica comparata

L'analisi degli specifici casi in cui l'esistenza di "clausole respiratorie" dà rilievo all'inesigibilità della condotta già nella formulazione testuale della norma, autorizzando una lettura che ne ancora il rilievo sul piano della tipicità, restituisce l'impressione di un ordinamento che mostra un limitato apprezzamento dell'esigibilità quale elemento intraneo alla fattispecie, funzionale a una delimitazione del contenuto del dovere: la breve panoramica offerta mostra infatti che tale tecnica normativa è circoscritta, nel codice penale, a rare ipotesi di rilievo pratico esiguo.

²⁰ S. CERVIERI, sub *art. 652*, in E. Dolcini – G.L. Gatta, *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 43; si veda altresì M. L'INSALATA, sub *art. 652*, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. XI - Le contravvenzioni*, Milano, 2012, 52, dove si afferma che la non punibilità opera laddove l'attivazione dell'agente «non fosse esigibile per ragioni connesse alle proprie condizioni personali psico-fisiche o perché, ottemperando alla richiesta di aiuto del pubblico ufficiale, il soggetto si sarebbe eccessivamente esposto ad un grave pericolo per la propria incolumità personale».

²¹ Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

²² Si pensi, nuovamente, alle ipotesi in cui la rivelazione del segreto viene incriminata a condizione che sia «senza giusta causa». Parte della dottrina ha ricondotto tale clausola di esclusione della tipicità ad ipotesi di prevalenza dell'interesse da proteggere rispetto al diritto alla *privacy* dell'interessato, o comunque all'esercizio di facoltà connesse alla qualifica professionale di chi realizza la condotta. Si veda, ad esempio, E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 17 ss.

C'è però una fattispecie, tra tutte, che appare emblematica dell'atteggiamento di chiusura del legislatore italiano verso simili forme di flessibilizzazione dell'obbligo penale: trattasi dell'omissione di soccorso, ex art. 593 c.p., dove il dovere di solidarietà che fonda l'incriminazione è formulato in modo indifferente al ricorrere di peculiari circostanze che possano influire sul contenuto – o sulla stessa esistenza – dell'obbligo di intervento²³.

La disciplina attuale mostra una distanza significativa rispetto all'impostazione originaria del codice Zanardelli, dove il soccorso era escluso ove l'agente fosse esposto a pericolo o danno personale²⁴: con l'approvazione del codice del 1930 tale riferimento sparì, sostituito da un obbligo incondizionato di intervento. Pertanto, fuori dai casi in cui la situazione possa integrare l'esimente dello stato di necessità ex art. 54 c.p.²⁵, il dato letterale porta a ritenere oggi inconferente qualsiasi richiamo all'inesigibilità quale canone in grado di escludere il dovere di intervento.

Evidente, in questo senso, che l'approvazione del codice Rocco abbia comportato un'estensione del dovere di soccorso, anche in ipotesi in cui questo si riveli difficile o rischioso: rispetto alla dizione del codice Zanardelli, che si limitava a parlare di un generico “danno o pericolo personale”, l'art. 54 c.p. appare invocabile solo in presenza di un pericolo attuale di un danno grave alla persona, sempre che esso non sia stato volontariamente causato né sia altrimenti evitabile, nonché a condizione che l'omissione sia proporzionata al pericolo cui il soggetto si è sottratto²⁶.

La ragione di questa svolta rigorosa è parsa alla dottrina da ricercare «nello spirito del periodo storico, in cui vengono esaltati i valori della solidarietà e del senso del dovere del cittadino nei confronti dello Stato fascista»²⁷. Forse coerente con una visione dei rapporti

²³ Criticamente, evidenziala necessità di «una riforma incentrata sul riconoscimento, già a livello di fattispecie e con efficacia sulla tipicità della fattispecie, di un limite – *lato sensu* di esigibilità – da porsi al dovere generale di soccorso», G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 275.

²⁴ Art. 398 c.p. Zanardelli: si veda a tal proposito A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 1111 ss.; ID, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993, 10 ss. Di un «elemento di forte rottura rispetto al codice Zanardelli» parla anche F. BASILE, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, Milano, 2015, 539.

²⁵ A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., 101.

²⁶ F. BASILE, *I delitti contro la vita*, cit., 637, che evidenzia l'inutilità dell'art. 54 c.p. in casi in cui «il ritrovatore – per sottrarsi ad un pericolo per la sua *incolumità* (ad esempio, il pericolo di fratturarsi una gamba scendendo da un sentiero accidentato fino alle rive di un fiume impetuoso nelle cui acque vede un uomo aggrappato con tutte le sue orze ad un ramo sporgente di un albero – omette di soccorrere una persona in pericolo di *morte* (quel malcapitato rischia di essere trascinato dalle correnti impetuose del fiume verso una cascata con un profondo salto nel vuoto)».

²⁷ A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., 15; 223. Ma si veda, sul punto, anche G. GUARNERI, *In tema di omissione di soccorso*, in *Riv. Ir. Dir. pen.*, 1936, 571, che riteneva la disciplina «un riflesso della nuova concezione della vita portata dal regime fascista, tutto penetrato da un alto spirito di solidarietà sociale, in virtù del quale l'individuo assume alla dignità di valore nazionale, la cui protezione e salvaguardia è interesse collettivo».

cittadino-Stato fortemente sbilanciata verso il secondo, tipica del periodo fascista, la fattispecie si espone oggi a evidenti critiche: non solo perché «comandare il soccorso anche a colui che può subirne un danno, o che soccorrendo può creare un danno ad altri, significherebbe imporre l'*altruismo*, il che è lontano dagli scopi del diritto penale»²⁸, ma anche per la svalutazione della rimproverabilità soggettiva, che risulterebbe qui potenzialmente elisa proprio in virtù della situazione di pericolo in cui può venire a trovarsi colui che omette l'assistenza necessaria.

Se si volge lo sguardo al panorama di diritto comparato in tema di omissione di soccorso, del resto, ci si avvede del ruolo ben più significativo che, in altri sistemi giuridici più che in Italia, l'inesigibilità gioca nella definizione legale del precetto²⁹. Paradigmatica, in questo senso, l'esperienza tedesca: la fattispecie di omissione di soccorso, un tempo considerata «norma-simbolo del diritto penale nazista»³⁰, è stata riformulata in anni più recenti anche per adeguarla ad una nuova concezione dei doveri di solidarietà dei consociati, nonché della relazione tra cittadini e autorità. L'attuale § 323c StGB³¹ (*Unterlassene Hilfeleistung*) sanziona infatti chiunque ometta di prestare soccorso in caso di incidente, pericolo o emergenza, laddove ciò sia *necessario ed esigibile* secondo le circostanze del caso³².

In relazione a tale ipotesi delittuosa, in particolare, è stata evidenziata in dottrina la centralità che l'inesigibilità gioca già a livello di *Tatbestand*, come «correttivo della tipicità»³³, o comunque strumento di flessibilizzazione e delimitazione del dovere di intervento richiesto al cittadino³⁴: si ritiene, cioè, che esso sia utilizzato come elemento

²⁸ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 1113; 1278. Si veda anche ID., *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, III, 1311 ss., dove si insiste sul pericolo di configurare le fattispecie di omesso soccorso in chiave smaccatamente paternalista.

²⁹ A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., 153. Per una ricostruzione si rinvia anche a F. BASILE, *I delitti contro la vita*, cit., 635.

³⁰ Lo rileva A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, cit., 15. Di una disposizione nata «in un clima totalitario, come puro vincolo solidaristico dell'individuo alla comunità-Stato» parla anche G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 381.

³¹ P. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a.M., 1980; K. GEPPERT, *Die unterlassene Hilfeleistung*, in *Jura*, 2005, 39 ss. M. HEGER, § 323c, in K. Lackner – K. Kuhl – M. Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, 2023, 2028 ss, e in particolare, 2032 ss. Nella dottrina italiana, un'analisi approfondita, fondata anche sull'evoluzione normativa della figura, è offerta da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 251 ss.

³² Analoga, per certi versi, la disposizione di cui all'art. 128 del codice penale svizzero, che sanziona chi ometta di prestare soccorso «ancorché, secondo le circostanze, lo si potesse lui *ragionevolmente esigere*».

³³ W. STREE, *Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten*, in *FS Lenckner*, 1998, 393 ss.

³⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, 259: «se è vero che la nostra clausola serve a rendere accettabile l'imposizione di un dovere altrimenti insopportabilmente esteso, allora non si può negare la sua natura compensatoria e dunque regolativa, atta a rendere flessibile già a priori l'obbligo sancito dalla norma. [...]

negativo nella descrizione del fatto, che anticipa alla riflessione sull'integrazione della condotta tipica ragionamenti altrimenti destinati a trovare spazio al momento di valutare la colpevolezza dell'agente³⁵.

La norma, peraltro, non solo ricorre ad una espressione riconducibile al gruppo semantico dell'inesigibilità, ma sembra fornire anche maggiori indicazioni, e quindi una guida per l'interprete, nell'individuazione del confine tra ciò che può essere preteso e ciò che, viceversa, travalica quanto è ragionevolmente possibile attendersi dall'agente. Si deve trattare di situazioni che non comportino un rischio personale significativo o la violazione di altri importanti obblighi³⁶: si intravede, così, il duplice rilievo dell'istinto di autoconservazione (*Selbsterhaltungstrieb*) e del conflitto di interessi (*Pflichtenkollision*), tematiche ricorrenti nella riflessione attorno al tema dell'inesigibilità e al suo fondamento.

Particolarmente interessante appare anche, da questo punto di vista, il parallelismo con l'ordinamento austriaco, che configura l'omesso soccorso prendendo in considerazione limiti espressi di esigibilità della condotta: a differenziarlo dal modello tedesco, risulta in particolare la previsione di una duplice ipotesi di omissione penalmente rilevante, distinta a seconda che il pericolo sia stato causato dal medesimo soggetto agente a cui si rimprovera l'omissione o da altra causa (rispettivamente ai §§ 94 e 95 del codice). In entrambi i casi, si dà rilevanza all'esigibilità della condotta, valutata però secondo criteri differenti: nel caso dell'omissione di soccorso ai sensi del § 94, dove il pericolo è causato dallo stesso agente, la limitazione del dovere incontra limiti stringenti, essendo condizionata all'esistenza di un pericolo per la vita o l'integrità fisica, ad un possibile danno per la salute o alla lesione di un interesse prevalente; nel § 95, viceversa, la circostanza che il pericolo non sia imputabile all'agente fa sì che l'inesigibilità operi in maniera più ampia, anche in presenza di una possibile lesione di interessi rilevanti ulteriori³⁷.

In tale distinzione sembrerebbe riflettersi la diversa valutazione che l'ordinamento riserva al fatto, in termini di rimproverabilità soggettiva, a seconda che il pericolo sia addebitabile allo stesso individuo che poi, sulla scorta di tale situazione, omette il soccorso o sia imputabile ad un'altra causa: la previsione di più rigorosi limiti di esigibilità al § 94 sottende, evidentemente, una valutazione più severa del fatto e della colpevolezza dell'autore che sia impossibilitato ad intervenire a causa di un pericolo di cui egli stesso è responsabile.

[T]ipica non è ogni omissione di soccorso in caso di incidente, ma solo quella che ha per presupposto una situazione di fatto in cui si poteva ragionevolmente chiedere al soggetto di attivarsi».

³⁵ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 381.

³⁶ «Insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist».

³⁷ D. KIENAPFEL, *Dogmatische Probleme der Unzumutbarkeit. Zur Regelung der §§94 Abs.3, 95 Abs.2 und 286 Abs.2 StGB*, in *Juristische Blätter*, 1977, 530 s.

Oltre a impattare sull'ampiezza della clausola di inesigibilità, la differenziazione in due distinte ipotesi si riflette anche sull'inquadramento dogmatico di simili figure: nel caso del § 94, invero, la formulazione letterale della norma (*“Der Täter ist entschuldigt”*) sembrerebbe indicare inequivocabilmente una causa di esclusione della colpevolezza rispetto ad un fatto omissivo comunque tipico ed antigiuridico; maggiori dubbi sembrano interessare invece il § 95, dove l'inesigibilità, inserita in seno alla stessa fattispecie incriminatrice in termini negativi (*“es sei denn, daß die Hilfeleistung dem Täter nicht zuzumuten ist”*), viene ricondotta da taluno ad una ipotesi di *Tatbestandslösung*³⁸.

Analoghe riflessioni sono state sviluppate, d'altro canto, in merito al reato di omissione di soccorso in Spagna, oggi disciplinato all'art. 195 CP³⁹, dove si richiede che l'intervento a favore del terzo si possa prestare *«sin riesgo propio ni tercero»*. La clausola, per certi versi sovrapponibile a quella utilizzata nel codice Zanardelli, incarna perfettamente il concetto di inesigibilità. Sebbene sul punto si sia registrato un certo dibattito dottrinale⁴⁰, non mancano autori che sostengono che l'inesigibilità finirebbe per circoscrivere direttamente il dovere penalmente sanzionato, secondo la logica per cui non si potrebbe pretendere il rispetto del precetto se questo impone sacrifici eccessivi⁴¹; si dovrebbe trattare, secondo la dottrina, di un rischio significativo, che mette in pericolo un bene personale quale la vita, la salute o ancora la libertà – anche sessuale – del soggetto che omette il proprio intervento⁴².

³⁸ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 266 ss. Per una riflessione su analogie e differenze tra i due ordinamenti, si veda anche R. MOOS, *Der allgemeine übergesetzliche Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich*, in *ZStW* 116 (2004), 891 ss.

³⁹ *«El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses»*. In dottrina, si veda R. GARCÍA ALBERO, sub art. 195, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, I, Pamplona, 2016, 1407 ss. Un parallelismo con l'ordinamento portoghese porta ad evidenziare l'art. 219 del codice penale, ed in particolare il comma 3, dove si prevede che *«l'omissione non sarà punibile quando si verifichi un grave rischio per la vita o l'integrità fisica del soggetto o quando per altro rilevante motivo l'aiuto non era da lui esigibile»*; interessante rilevare come, in questo caso, la concretizzazione dell'inesigibilità non fondi unicamente sul grave pericolo per il soggetto agente ma anche per qualsiasi altro rilevante motivo. Sul punto, si rinvia alle riflessioni di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 265 s.

⁴⁰ Per alcuni autori costituirebbe, infatti, una causa di esclusione della colpevolezza, mentre per altri assurgerebbe a causa di giustificazione: si veda, sul punto A. DELGADO GIL, *Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2019, 217.

⁴¹ Così, ad esempio, T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, 154 e 172, rispettivamente in relazione all'art. 195 e 450 CP. Si veda altresì R. GARCÍA ALBERO, *op. cit.*, 1414, relativamente all'art. 195 CP, e G. QUINTERO OLIVARES, sub art. 450, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Pamplona, 2016, 1483 ss., per quanto riguarda l'art. 450 CP.

⁴² Quanto all'art. 195 CP, si veda T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 160, in particolare ritenendo possa dirsi esclusa l'esimente in ipotesi in cui il soccorso sia stato omissso per evitare di essere perseguiti penalmente. *Contra*, J.M.

3. Le scusanti tipizzate: problematica emersione della *ratio* dell'inesigibilità

Accanto al ruolo – più o meno intenso a seconda della conformazione della disciplina di parte speciale – che viene oggi riconosciuto al canone di inesigibilità già sul piano della descrizione del fatto tipico di singole fattispecie incriminatrici, non vi sono dubbi che il nucleo tematico del concetto risulti intimamente collegato alla categoria delle scusanti. È qui, infatti, che si colloca la riflessione relativa alla «valutazione (in base a parametri legali) del processo motivazionale dell'agente, tenuto conto delle circostanze anomale concomitanti all'azione, che possano averlo significativamente condizionato, e ciò in funzione di una eventuale esclusione della rimproverabilità di colui il quale ha realizzato l'illecito»⁴³.

Impostare una riflessione sul concetto di inesigibilità a partire dall'analisi delle ipotesi scusanti previste dall'ordinamento non appare, però, un'operazione lineare: anzitutto perché, nell'impostazione del codice penale italiano, l'intrinseca ambiguità delle cause di non punibilità – «categoria-effetto»⁴⁴ che accomuna, sotto uno stesso cappello terminologico, cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto⁴⁵ – impone all'interprete il compito, non agevole, di distinguere tra i singoli sotto-insiemi⁴⁶. Ebbene, proprio la difficoltà riscontrata nell'individuazione di una tassonomia precisa delle scusanti risulta, oggi come in passato⁴⁷, il più grande ostacolo ad una ricostruzione compiuta del ruolo dell'inesigibilità in rapporto a simili istituti e, dunque, ad un maggior grado di approfondimento della categoria in sé.

SILVA SÁNCHEZ, *Problemas del tipo de omisión de socorro*, in *ADPCP*, 1988, 564 s.; M.L. MAQUEDA ABREU, *Exigibilidad y derecho a no declararse culpable*, *ADPCP*, 1991, 36. Sull'art. 450 CP, ancora T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 175 ss.

⁴³ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 271; D. FALCINELLI, *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 908.

⁴⁴ D. FALCINELLI, *op. cit.*, 905. Di “esimenti” in senso generale, in quanto destinate a neutralizzare la punibilità dell'agente, parla F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 183.

⁴⁵ Ad esse si affiancano oggi i nuovi paradigmi della non punibilità di stampo premiale e rispondenti ad una logica deflattiva. Per una riflessione complessiva si rinvia a F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2019; L. FERLA, *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Napoli, 2022.

⁴⁶ Sul tema, fondamentale M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 55 ss.

⁴⁷ R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 2. Lo rileva, di recente, anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 245 s. Delle scusanti come di un «territorio ancora oscuro» parla, di recente, anche R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, in *Leg. pen.*, 21 ottobre 2024, 6.

La distinzione tra cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità in senso stretto si gioca, in sostanza, sul crinale che segna la distanza tra un comportamento che possa dirsi autorizzato dall'ordinamento giuridico in forza di un diritto riconosciuto al soggetto, perdonato in quanto espressione di un'impossibilità soggettiva dell'agente e condonato per ragioni meramente opportunistiche⁴⁸. Ciò dipende dal fondamento stesso delle varie esimenti note all'ordinamento, rispettivamente individuabile nel bilanciamento di interessi, per il fatto oggettivamente giustificato, nel rilievo dei «riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere»⁴⁹, per le scusanti, e in «ragioni di pratica convenienza politico-criminale»⁵⁰, per le cause di non punibilità in senso stretto.

Non si può però fare a meno di rilevare come, sovente, ci si confronti con «norme in qualche modo eterodosse, non perfettamente coerenti con i modelli dogmatici solitamente impiegati dalla dottrina»⁵¹: lineare nella teoria, cioè, la distinzione si fa più complessa nella prassi, dove peraltro è spesso la stessa configurazione della singola esimente ad evidenziare la commistione di elementi soggettivi ed oggettivi⁵² e far emergere, almeno in apparenza, una *ratio* mista, riconducibile a più d'una delle categorie richiamate.

Non si tratta, del resto, di mere congetture teoriche: il corretto inquadramento della singola esimente quale scriminante, scusante o causa di non punibilità *tout court* si riflette su plurimi aspetti pratici, che vanno dalla comunicabilità ai concorrenti, alla possibilità di reagire opponendo una difesa legittima *ex art. 52 c.p.*, alla responsabilità per danni cagionati sul piano civile e così via⁵³.

Nelle scusanti, in particolare, le conseguenze pratiche su tutti questi piani derivano dal «permanere dell'*illiceità* del fatto, nonostante l'esclusione della pena per chi è beneficiato dalla esimente»⁵⁴: in ciò sarebbe ravvisabile la distanza concettuale rispetto alle cause di giustificazione, dove l'atteggiarsi della scriminante conduce a un giudizio di liceità generale

⁴⁸ Si veda F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 189, dove si riflette anche sulle clausole di esclusione del tipo, che rendono irrilevante il fatto per il diritto penale. Si veda anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 143 dove, commentando in senso critico la soluzione adottata in Germania per assolvere i medici accusati di aver aderito al programma di eutanasie del regime, e fondata sul riconoscimento di una "causa personale di esclusione della punibilità", evidenzia come queste vengano in rilievo «soltanto quando non si applica la sanzione prevista dalla legge per una condotta anti-giuridica e colpevole avendo riguardo ad esigenze estranee al diritto penale, come quelle affermate dal diritto pubblico interno ed internazionale che sono causa delle immunità penali dei parlamentari o dei Capi di Stato estero, o dal diritto di famiglia che rende non punibile il furto a danno del coniuge».

⁴⁹ M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 60 ss.

⁵⁰ M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 64.

⁵¹ F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 183.

⁵² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 321 ss.

⁵³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 310 ss.

⁵⁴ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 576. Sul tema si veda anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 226 ss.

del fatto. Del resto, la stessa scelta terminologica, insistendo su ciò che viene “scusato” all’agente, implica la necessità di un *quid* di contrarietà all’ordinamento che fondi l’addebito a livello oggettivo, per poi escluderne la rimproverabilità soltanto su quello soggettivo⁵⁵. Coerentemente con tali premesse, nell’ipotesi in cui venga in rilievo una scusante, al terzo minacciato dalla condotta sarà sempre data possibilità di difendersi; il fatto, mantenendo un’obiettivo illiceità, continuerà a produrre conseguenze sul piano civile; la scusante, in ogni caso, gioverà solo a chi, tra i concorrenti, si trovi nella condizione che integra l’alterazione motivazionale suscettibile di escludere il rimprovero.

Quanto, invece, alla distinzione rispetto alle cause di non punibilità *tout court*, a complicare l’indagine è la profonda eterogeneità che connota l’insieme delle cause che escludono la sola punizione di un fatto altrimenti tipico, antigiusuridico e colpevole⁵⁶. Il profilo di maggiore interesse ai fini della presente ricerca si coglie, naturalmente, nel rapporto tra scusanti e cause personali di non punibilità, fondate sulle «qualifiche possedute da determinate categorie di soggetti e/o ai rapporti che tra tali soggetti intercorrono»⁵⁷.

A dispetto delle affinità che emergono nell’analisi di queste esimenti, la differenza sarebbe da individuare nella diversa consistenza che assumono nell’economia del fatto di reato: in ipotesi di cause di non punibilità in senso stretto, infatti, «una disapprovazione è già *comunque e definitivamente* pronunciata per un fatto (tipico, antigiusuridico e colpevole), quand’anche ragioni particolari, date da condizioni personali dell’agente o dai suoi rapporti con la vittima [...] abbiano a sconsigliare la reazione dell’ordinamento penale»⁵⁸. Nell’eventualità in cui, ad operare, sia invece una causa scusante, il reato non è completo, perché l’esimente agisce – escludendola – direttamente sulla colpevolezza dell’agente.

Le difficoltà ricostruttive, ad ogni modo, non finiscono qui: ulteriori ostacoli discendono dalla constatazione delle profonde differenze che connotano i vari “cataloghi” di scusanti elaborati nel tempo dalla dottrina⁵⁹, oltre che dalla costruzione della scusante a livello di tecnica normativa: in alcuni casi, come si vedrà, la situazione di inesigibilità deriva dalla sussistenza di parametri standardizzati⁶⁰, mentre in altri l’alterazione motivazionale

⁵⁵ R. DOLCE, *op. cit.*, 56 ss.; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 207.

⁵⁶ Sul tema, tra tutti, G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2016; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998; L. FERLA, *op. cit.*

⁵⁷ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 32.

⁵⁸ M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 60.

⁵⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 246 s.: taluni vi riconducono anche l’errore (inabilità e di diritto), altri il caso fortuito e la forza maggiore, l’eccesso non colposo e così via.

⁶⁰ Come rilevato in dottrina, «vi sono alcune previsioni normative *ad hoc* che enucleano peculiari contesti di inesigibilità, da reputarsi il frutto di scelte sostanzialmente (e talvolta anche ampiamente) discrezionali da parte del legislatore»: P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 286. Si veda anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67.

deve essere provata attraverso elementi ulteriori rispetto alla mera conoscenza del dato fattuale cui la norma ancora l'operatività della scusante.

Al di là delle specifiche caratteristiche di ciascuna di esse, che saranno oggetto di approfondimento nei paragrafi che seguono, ad essere esaminate saranno solo quelle scusanti in cui sia ravvisabile – o quantomeno risulti controversa, ma non radicalmente esclusa – la *ratio* dell'inesigibilità in senso stretto, nei casi in cui un fatto, pur restando obiettivamente illecito, risulta non rimproverabile al suo agente in virtù del contesto anomalo di realizzazione dello stesso.

Non saranno invece approfondite in questa sede le cause di non colpevolezza in senso lato, in cui la non punibilità deriva dall'assenza di un requisito positivo della stessa⁶¹: si pensi, in particolare, alle cause di non imputabilità, in cui sarebbero ravvisabili i “rovesci negativi” della capacità di intendere e di volere *ex art. 85 c.p.*, nonché le ipotesi di errore di fatto o di erronea supposizione di una scriminante, da intendersi quali elementi che escludono il requisito positivo del dolo, ma anche l'errore incolpevole sulla legge penale, riflesso negativo della conoscenza/conoscibilità della legge penale medesima⁶². Si è infatti già avuto modo di specificare come, anche in rapporto a queste ultime ipotesi, un problema di inesigibilità si possa porre, ma in senso lato: il limite della conoscenza del precetto penale *ex art. 5 c.p.*, a cui può in effetti riferirsi un giudizio di esigibilità, attiene pur sempre a un obbligo che non coincide con quello del precetto penale, ma a un differente momento – in questo caso conoscitivo – rispetto alla condotta costituente reato.

3.1. Stato di necessità e inesigibilità: modelli a confronto

L'istituto che, più di ogni altro, ricopre una posizione centrale nella letteratura dedicata alla tematica dell'inesigibilità risulta, per ragioni variegata, lo stato di necessità: non è un caso che su di esso si concentrino molte delle riflessioni – anche più recenti – della

⁶¹ La distinzione rievoca la dicotomia tra *Schuldausschließungsgründe* ed *Entschuldigungsgründe*, elaborata in passato dalla dottrina tedesca; nonostante essa sia oggi criticata dalla dottrina (si veda, ad esempio, M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 63; ID., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, 53 ss.) la distinzione si rivela utile a circoscrivere l'ambito della presente ricerca: mentre le prime starebbero ad indicare le esimenti che autenticamente escludono la colpevolezza, individuabili essenzialmente nell'incapacità di intendere e di volere e nell'errore inevitabile sul divieto, le seconde rappresenterebbero invece le cause eliminano del tutto la colpevolezza ma la riducono al punto da «concedere al soggetto una esenzione della responsabilità nonostante il permanere della colpevolezza, che in questi casi sarebbe soltanto diminuita»: M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 567. Si vedano altresì E. VENAFA, *Scusanti*, Torino, 2002, 16; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 268 ss.; G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 361.

⁶² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 265 ss.

dottrina tedesca, tra tutte la più impegnata nella definizione e nello studio dell'*Unzumutbarkeit*.

La centralità dello stato di necessità nella riflessione sull'inesigibilità lascia, nondimeno, significativi dubbi sul tavolo, stante la difficile collocazione dogmatica di un istituto che da sempre «giace tra le cause di esclusione dell'illecito e della colpevolezza (o “responsabilità”))»⁶³: a seconda della formulazione letterale della norma, nonché dell'interpretazione sposata da dottrina e giurisprudenza, tende infatti a prevalere la *ratio* di contemperamento oggettivo tra beni in conflitto – e dunque il carattere scriminante dell'istituto – o quella che insiste sull'anomalia nella formazione del processo volitivo del soggetto agente, a causa del condizionamento di forze esterne che inducono a ritenere il fatto scusato, con conseguenze di rilievo per il peso da riconoscere al concetto di inesigibilità nell'uno e nell'altro caso.

Come notato dalla dottrina che si è confrontata, anche in chiave comparata, con il problema della natura dello stato di necessità⁶⁴, i modelli di disciplina che emergono con più frequenza sono due: da una parte, quelli in cui il legislatore abbia previsto espressamente la codificazione separata di entrambe le ipotesi esimenti, in chiave giustificante e scusante; dall'altra quelli in cui, in presenza di uno stato di necessità unico, magari positivizzato in forma “ambigua”, spetti poi agli interpreti ammettere o escludere l'operatività di una duplice forma di necessità. Se nel primo caso l'approfondimento della teoria dell'inesigibilità si è legato, in modo naturale, alla spiegazione dello stato di necessità scusante, nel secondo la discussione ha incontrato maggiori difficoltà, dovute proprio alla complessità concettuale dell'individuazione della natura giuridica da riconoscere alla norma.

3.1.1. L'ordinamento tedesco

Esempio paradigmatico del primo modello, in cui lo stato di necessità è regolato da due norme autonome, con presupposti applicativi ed effetti profondamente diversi tra loro⁶⁵, è certamente quello tedesco, dove lo stato di necessità scusante – *entschuldigenden Notstand*,

⁶³ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 45, secondo cui, oltretutto, la complessità che caratterizza da sempre la riflessione sullo stato di necessità risulterebbe acuita dalla constatazione della costellazione eterogenea di casi in cui esso è stato, a torto o a ragione, richiamato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, dentro e fuori i confini nazionali.

⁶⁴ Si veda, in particolare, la ricostruzione offerta da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 136 s.

⁶⁵ Analogamente, ciò avviene nell'ordinamento svizzero, dove la norma sullo stato di necessità scusante è disciplinata espressamente all'art. 18, subito dopo lo stato di necessità in chiave giustificante di cui all'art. 17.

di cui al § 35 StGB – risulta al centro di tutte le riflessioni dottrinali anche più recenti in materia di inesigibilità⁶⁶.

Tradizionalmente reputato l'«espressione normativa del principio di inesigibilità»⁶⁷, il § 35 StGB è stato introdotto, nel codice tedesco, solo all'indomani della riforma del 1975; ben prima di quel momento, tuttavia, la questione dell'inesigibilità del comportamento dovuto in ipotesi di emergenza aveva occupato gli interpreti. Uno dei primi celeberrimi casi in relazione al quale, anche tra gli studiosi tedeschi, si discusse il problema della punibilità di chi si trovasse a fronteggiare una situazione di grave emergenza ed avesse, in tale contesto, violato una norma penale senza poter contare su una causa di giustificazione, si riferisce al naufragio della *Mignonette*⁶⁸: in tale occasione ci si domandava se fosse possibile muovere un rimprovero ai due imputati che, naufraghi in mare aperto da diversi giorni, avevano sacrificato la vita di un proprio compagno per cibarsi della sua carne⁶⁹.

La vicenda ripropose, nella realtà dei fatti, una situazione per certi versi analoga all'ipotesi di scuola nota come naufragio di Carneade, filosofo greco il cui pensiero viene richiamato in seguito anche da Cicerone: «che cosa farà allora un uomo giusto se in caso di naufragio uno più debole di forze si sia afferrato ad un relitto galleggiante? Non cercherà di farglielo lasciare per salirvi sopra egli stesso e scampare appoggiandovisi, specialmente se così in mezzo al mare non vi fosse alcun testimone? Se è prudente, lo farà, che, se non lo facesse, dovrebbe perder la vita; ma se scegliesse la morte anziché far violenza all'altro, sarà sì giusto, ma stolto perché non risparmi la propria vita per risparmiare l'altrui»⁷⁰.

⁶⁶ Tra gli innumerevoli contributi sul tema, K. BERNSMANN, “*Entschuldigung*” durch Notstand, München, 1989; C. ROXIN, *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB (Teil 2)*, in JA, 1990, 137 ss.; G. TIMPE, *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzeß (§ 33 StGB)*, in JuS, 1985, 117 ss.; T. HÖRNLE, *Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)*, in JuS 2009, 873 ss.; N. BOSCH, *Grundprobleme des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB)*, in Jura, 2015, 347 ss.; B. HEINRICH, *Entstehungsgründe und dogmatische Einordnung der Entschuldigungsgründe – dargestellt am Beispiel des entschuldigenden Notstandes, § 35 StGB*, in AL 2015, 89 ss. Da ultimo, si veda anche A. LEITE, *Notstand und Strafe. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin, 2019. Per un parallelismo con l'ordinamento austriaco, dove la legge in tema di necessità (§10 StGB) condiziona la punibilità al fatto che non ci si potesse aspettare altro dall'agente, si veda R. MOOS, *op. cit.*, 904 ss.

⁶⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit. Di recente, anche F. KLAHR, *Schuld und Strafmaß. Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung im Rahmen der Sanktionsentscheidung*, Berlin, 2022, 263.

⁶⁸ *Regina v. Dudley and Stephens*, su cui si vedano J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, 1978, 823 ss.; J. DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, New York, 1996, 268 ss.

⁶⁹ Condannati alla pena di morte per omicidio, sul presupposto dell'inapplicabilità della *necessity* in ipotesi di uccisione di un individuo, i due imputati furono graziati con la conversione della stessa alla pena detentiva di sei mesi: J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 824.

⁷⁰ CICERONE, *Opere politiche e filosofiche*, Torino, 1953, I, 183 s.

In questo ed in altri casi analoghi⁷¹, a porsi è evidentemente un interrogativo che guarda all'istinto di sopravvivenza dell'agente: riconoscendo nella fragilità umana un possibile limite alla pretesa di rispetto della legge, ci si chiede se, dinnanzi alla prospettiva di un serio danno a sé o ad un proprio caro, l'ordinamento possa ancora pretendere, dal soggetto, il comportamento che sarebbe dovuto in condizioni normali.

Se, in passato, l'attenzione si era focalizzata sul § 52 RStGB, che regolava le ipotesi di coazione fisica e morale⁷², e sul § 54 RStGB⁷³, dove lo stato di necessità era codificato in versione unica, connotata da tratti scusanti⁷⁴, con l'approvazione della riforma del 1975 e l'avvenuta duplicazione della necessità in *rechtsfertigenden Notstand* (§ 34 StGB) ed *entschuldigenden Notstand* (§ 35 StGB), l'interesse si concentrò in particolare su quest'ultima disposizione.

La norma stabilisce, al primo comma, che agisce senza colpa colui che commette un atto illecito al fine di scongiurare, per sé, per un parente o altra persona vicina, un pericolo attuale ed inevitabile per la vita, l'incolumità fisica o la libertà; l'esclusione non si applica laddove fosse esigibile, date le circostanze, che l'autore del reato affrontasse il pericolo, perché da lui stesso causato o in virtù di un rapporto giuridico speciale, salva la possibilità, in simili casi, di ottenere comunque una riduzione della pena. Il comma 2 prevede, inoltre, una specifica disciplina dell'errore: ove la situazione di emergenza sia oggettivamente inesistente, la scusante non opera, salvo che il soggetto abbia incolpevolmente confidato nella sua esistenza. Viceversa, se l'errore è colpevole, ha luogo una mera diminuzione di pena.

⁷¹ Si pensi all'escursionista che, per salvare sé stesso, taglia la corda che sorregge il compagno, facendolo precipitare, o a colui che getta fuori dalla mongolfiera il passeggero per salvarsi: A. BECHTEL, *Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 2019, 49.

⁷² Da una parte rilevava la coazione assoluta, legata all'influsso di una forza irresistibile, dall'altra la coazione relativa da minaccia alla integrità fisica o alla vita, proprie o di un congiunto: F. VIGANÒ, *Lo stato di necessità*, cit., 62.

⁷³ Ricostruisce analiticamente la discussione sul tema C. MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden, 2006, 96 ss.; ma si veda anche K. BERNSMANN, *op. cit.*, 15 ss., dove si riporta e analizza la casistica giurisprudenziale. La norma in questione aveva peraltro manifestato una certa inadeguatezza, ispirando nei vari progetti di riforma del codice redatti durante la Repubblica di Weimar (1922, 1925 e 1927) diversi tentativi di positivizzazione di una clausola di inesigibilità, suscettibile di valorizzare le particolari condizioni di contesto che potessero rendere impossibile pretendere, dall'agente in concreto, il rispetto della norma.

⁷⁴ Si veda, sul punto, F. VIGANÒ, *Lo stato di necessità*, cit., 62, dove si sottolinea che, da una parte, la norma non faceva riferimento alla logica del diritto prevalente e, d'altro canto, imponendo il soccorso solo nei confronti di prossimi congiunti, evidenziava un elemento suscettibile di integrare un turbamento motivazionale. La questione, tuttavia, non risultava pacifica nella dottrina tedesca, dove si impose la c.d. *Differenzierungstheorie*, secondo cui lo stato di necessità escluderebbe in certi casi l'antigiuridicità, in altri la colpevolezza: A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, 23 s.

Sul significato da riconoscere alla disposizione, la dottrina si è lungamente interrogata, riflettendo non solo sulla relazione tra necessità giustificante e scusante, ma anche sulla *ratio* che fonda l'esclusione della pena nel § 35 StGB. Quanto alla distinzione tra § 34 e § 35 StGB, a fronte di una connotazione comune data dall'esistenza di una collisione tra interessi legali⁷⁵, si può notare, già a livello di formulazione normativa, che solo la prima insiste sull'operazione di bilanciamento tra tali interessi: quello leso deve risultare subvalente rispetto a quello che spinge l'agente a realizzare la condotta. Nel caso del § 35 StGB, viceversa, manca il requisito della proporzione e l'esimente risulta limitata ai casi di pericolo per la vita, l'integrità fisica o la libertà dell'agente o di altra persona comunque vicina a questi⁷⁶. Da una parte, dunque, la situazione emergenziale consente di escludere il carattere illecito del fatto; dall'altra, a venir meno è la sola colpevolezza dell'agente⁷⁷.

Quanto, invece, al fondamento dell'esenzione da pena nei casi disciplinati dal § 35 StGB, i primi tentativi di spiegazione insistevano essenzialmente sull'impatto psico-fisico che la situazione emergenziale produce sul singolo e sulle conseguenze che ne derivano sul piano della libertà del volere del soggetto⁷⁸. La c.d. teoria psicologica è stata però presto criticata per la sua dipendenza da un'idea di libero arbitrio dell'individuo non dimostrata – e, anzi, col tempo sempre più ripudiata⁷⁹; l'hanno sostituita diverse concezioni che, seppur fondate su presupposti differenti, non mancano di evidenziare alcuni tratti comuni, individuabili in una tendenza alla normativizzazione del giudizio che conduce alla non punibilità.

⁷⁵ W. GROPP - A. SINN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2021, 320.

⁷⁶ Rileva, oltretutto, che la scelta del legislatore del 1975 è stata nel senso di specificare, nell'uno e nell'altro caso, l'esclusione rispettivamente dell'antigiuridicità o della mera colpevolezza, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 160.

⁷⁷ F. ZIESCHANG, *Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand*, in *JA*, 2007, 679 ss. Sul punto, si rinvia anche alle riflessioni di A. SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburg, 2009, 137 ss., dove si riflette sull'impossibilità per lo Stato di "schierarsi" dalla parte dell'autore del fatto rispetto ad una vittima innocente. L'attenzione, in questo senso, va rivolta al peculiare rapporto autorità-individuo, inteso in una duplice dimensione: non solo nel segno del rapporto Stato-*Notstandstäter*, rispetto a cui si evidenzia soprattutto il limite alla inflizione di una pena che emerge dalle situazioni in cui la salvezza di beni altamente personali induca il singolo ad agire a scapito di un terzo, ma anche in relazione al versante della relazione Stato-vittima, che fonda la valutazione di perdurante illiceità del fatto; essendo diretto contro un terzo indifeso e non anche contro un aggressore, e collocandosi al di fuori di una valutazione di oggettiva comparazione tra interessi confliggenti, esso manifesta una lesività che può arrivare a scusare l'autore, non anche a giustificare il fatto. Conseguenza della qualificazione in termini scusanti sarà, naturalmente, la possibilità della vittima di difendersi in legittima difesa (A. SCHLEE, *op. cit.*, 141.).

⁷⁸ In questo senso, ad esempio, F. SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldasschließungsgrund*, Leipzig, 1933, 9.

⁷⁹ A. SCHLEE, *op. cit.*, 51. Si veda, a tal proposito, T. HÖRNLE, *Guilt and Choice in Criminal Law Theory - A Critical Assessment*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, Vol 4, Issue 1, 1 ss. In Italia, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 65 ss.

Così, ad esempio, la teoria della c.d. *doppelten Schuldinderung*⁸⁰, che ravvisa il fondamento del § 35 StGB non solo nella ritenuta mancanza di colpevolezza di chi agisca in preda ad un istinto di conservazione di sé e dei prossimi congiunti, bensì anche nella ridotta illiceità di una condotta finalizzata a salvare un bene rilevante quale la vita, l'integrità fisica o la libertà. Dalle situazioni di emergenza rilevanti ex § 35 StGB emergerebbe, cioè, una doppia riduzione del disvalore: da una parte legata alla spinta di autoconservazione dettata dall'emergenza ed avvertita in quanto tale anche a livello psichico, dall'altra ad un minor disvalore dell'azione volta a salvaguardare beni essenziali, propri o dei propri cari. Il fine perseguito dall'agente – e in particolare la meritevolezza di questo – starebbe a fondamento dell'istanza di inesigibilità, insieme all'istinto di sopravvivenza innescato dalla minaccia incombente sui beni della vita, dell'integrità fisica o della libertà⁸¹.

Altri autori⁸² hanno sviluppato ulteriormente questa impostazione, ravvisando il fondamento dell'assenza di punizione in una triplice diminuzione: non solo «del disvalore d'azione (per effetto del *fine* di salvaguardare un bene giuridico in pericolo), [ma anche] del “disvalore d'evento” (per effetto dell'*effettiva* salvaguardia del bene), sia, infine, della diminuzione della *concreta possibilità* di agire diversamente (per effetto della eccezionale pressione motivazionale delle circostanze)»⁸³.

Alla teoria della doppia – o triplice – riduzione della colpevolezza si sono contrapposte, negli anni, concezioni differenti, incentrate piuttosto sulla prevenzione quale scopo della pena⁸⁴: secondo tali ricostruzioni, sarebbe l'assenza di efficacia preventiva della pena a giustificare la sua assenza nei casi di emergenza scusante. Nelle ipotesi descritte dal § 35 StGB, cioè, non avrebbe senso punire il soggetto perché, alla luce del contesto anomalo di realizzazione del fatto, la pena non potrebbe assolvere alla funzione general-preventiva né a quella special-preventiva: non solo non avrebbe alcuna efficacia deterrente la minaccia di

⁸⁰ Arm. KAUFMAN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 162 ss.; W. KÜPER, *Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und ubergesetzliche Entschuldigung*, in *JuS*, 1971, 477; F. KLAHR, *op. cit.*, 259. Nella dottrina italiana, si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 556 s., in cui si evidenzia come, a partire da tale ricostruzione, si ipotizzò una differenza tra cause di esclusione della colpevolezza e vere cause scusanti, tra cui rientrerebbero lo stato di necessità e l'eccesso in legittima difesa: in questi casi, la colpevolezza non sarebbe del tutto assente, ma risulterebbe ridotta a tal punto da indurre il legislatore a rinunciare alla pena.

⁸¹ A. BECHTEL, *op. cit.*, 69. Anche questa teoria ha però attirato alcune critiche, in relazione al fondamento della diminuzione di antigiuridicità del comportamento, di cui dà conto A. SCHLEE, *op. cit.*, 66 ss.

⁸² Si veda ad esempio T. LENCKNER, *Der rechtfertigender Notstand: zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1962, 35 ss.

⁸³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 557.

⁸⁴ Si veda la ricostruzione di L. WORTMANN, *Inhalt und Bedeutung der “Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, 68 ss. nonché, in Italia, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1987, 843 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Sul tema, diffusamente, G. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1979.

una pena incapace di motivare il soggetto che versi nello stato di necessità⁸⁵, ma neppure sarebbe possibile fondare la punizione sulla pericolosità dell'autore del fatto quando questi è stato portato a realizzare il reato solo in virtù della situazione eccezionale in cui si trova, trattandosi per il resto di un soggetto pienamente inserito nel contesto sociale in cui vive⁸⁶.

A dispetto degli sforzi profusi nella ricerca di una spiegazione convincente, nessuna di queste teorie ha riscontrato unanime condivisione nel panorama dottrinale: tutte scontano, per motivi solo in parte sovrapponibili, un certo scollamento rispetto ai presupposti che il § 35 StGB impone per la sussistenza dello stato di necessità.

Se alla teoria psicologica si è rimproverata l'incoerenza di un approccio che, volendo ricondurre l'assenza di punizione ad una spinta incontrollabile all'autoconservazione, espressamente esclude dall'ambito di applicazione della scusante certi soggetti in virtù della loro professione o del fatto che abbiano causato loro stessi la situazione di pericolo, senza considerare che costoro possono ritrovarsi esposti al timore per la propria vita e incolumità non meno di qualsiasi altro individuo⁸⁷, critiche analoghe sono state mosse anche alle tesi fondate sulla prevenzione. Così, ad esempio, si è denunciata la difficile compatibilità tra queste spiegazioni e il catalogo ristretto di beni a tutela dei quali può agire l'autore in stato di necessità scusante⁸⁸ o di soggetti in favore delle quale può operare il soccorso⁸⁹. Simili

⁸⁵ Criticamente, a tal proposito, J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 813 ss.

⁸⁶ Così, ad esempio, C. ROXIN, *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStW* 96 (1984), 655. All'Autore si deve, peraltro, una ricostruzione funzionale a collocare le cause scusanti, e quindi anche il §35 StGB, sul piano della responsabilità: una categoria su cui si gioca la rilevanza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, rispetto a cui la pena non sembra però funzionale a svolgere alcuna funzione. La teoria troverebbe conferma anche nelle ipotesi di cui al §35 Abs 1 Satz 2, dove la funzione di prevenzione generale e speciale della pena sarebbe comunque ravvisabile alla luce della funzione sociale svolta o della causazione volontaria o colposa della situazione di pericolo. Critiche a questa concezione si rinvencono in F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 566 ss.

⁸⁷ A. SCHLEE, *op. cit.*, 54, dove nondimeno si rileva come, per un soggetto addestrato ad affrontare certe situazioni, l'ordinamento possa esigere qualcosa di più di quanto non farebbe nei confronti del cittadino comune. Ancora, si rilevava criticamente l'eccessiva selettività del catalogo di beni la cui messa in pericolo fa scattare, ai sensi del §35 StGB, l'impossibilità di motivarsi diversamente, evidenziando ad esempio come la perdita del posto del lavoro potesse talora giocare un influsso motivazionale pari a quello che scaturisce dalla minaccia lieve di un danno fisico, o di una privazione contenuta della propria libertà personale. Nella tradizione giuridica, si era comunque tentato di individuare un limite all'estensione del catalogo dei beni suscettibili di attivare la scusante, ad esempio in presenza di un pericolo per l'esistenza economico-sociale dell'individuo (B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf in geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Tübingen, 1922, 25). Tradizionalmente, ad ogni modo, si escludeva altresì che un pericolo di entità minore all'integrità fisica o alla libertà, quale quello derivante da menomazioni limitate, fosse in grado di attivare l'istinto di autoconservazione e dunque la protezione del §35 StGB. Contrario all'estensione oltre il perimetro dei beni strettamente personali, N. BOSCH, *op. cit.*, 350.

⁸⁸ Talora, la prospettiva della perdita definitiva del posto di lavoro può influire sulla efficacia preventiva della pena, escludendola, ben più di una minaccia – magari poco significativa – dell'integrità fisica: si veda K. BERNSMANN, *op. cit.*, 223, ma anche A. SCHLEE, *op. cit.*, 85, e ancora 93 dove, accanto al lavoro, si fa l'esempio dell'onore, quale bene sostanzialmente insostituibile, al pari dell'integrità fisica.

⁸⁹ A. SCHLEE, *op. cit.* 94.

perplessità, oltretutto, si sommano alle difficoltà di ricostruire con precisione gli effetti empirici della prevenzione generale e speciale, con il rischio che la distinzione tra rilevanza e irrilevanza penale si riveli almeno in parte arbitraria⁹⁰ e finisca per appiattire e sminuire due categorie meritevoli di autonomo rilievo nella riflessione penalistica⁹¹.

Se ne trae l'impressione di un panorama variegato e almeno in parte confuso, in cui residuano serie perplessità sul fondamento ultimo e sulla ragionevolezza complessiva della disciplina di cui al § 35 StGB. Ad accomunare le varie spiegazioni successive all'abbandono della teoria psicologica, ad ogni modo, sembrerebbe l'evidente componente valoriale presente nel giudizio sull'agire del soggetto, che, pur non potendo essere ritenuto lecito *tout court*, va reputato non rimproverabile e dunque non punibile. L'impatto sulla motivazione individuale e sulla libertà di agire non scompare del tutto, ma risulta affiancato e sorretto da una valutazione che guarda al *dover essere*. Nell'effettuare tale giudizio, è evidente che l'ordinamento adotta una valutazione in prospettiva generalizzante: il rimprovero e la capacità di muoverlo, nei confronti dell'agente, non sarebbero misurabili sul singolo individuo, bensì su un vaglio di bontà e meritevolezza operato secondo parametri socio-normativi condivisi, dall'ordinamento e dalla collettività, in un dato momento storico⁹².

3.1.2. L'ordinamento spagnolo

Anche in Spagna, tra gli istituti di parte generale in cui la dottrina riconosce apertamente un ruolo all'inesigibilità nell'individuazione dei limiti al potere dello Stato di punire il consociato, spicca certamente l'ipotesi di stato di necessità c.d. *disculpante*. A differenza di quanto avviene in Germania, però, il codice penale spagnolo non codifica una duplice previsione, capace di dar autonomo rilievo all'esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza a seconda dei requisiti richiesti per integrare la norma: lo stato di necessità, in Spagna, è disciplinato unicamente all'art. 20.5 CP, dove si afferma che vanno esenti da responsabilità penale coloro che cagionano un danno al bene giuridico di un'altra persona o infrangono un dovere, per evitare un pericolo a sé o ad altri, sempre che il danno cagionato

⁹⁰ Entrambe le critiche sono riportate da A. SCHLEE, *op. cit.*, 82-83, dove l'Autore si dimostra però almeno in parte in disaccordo rispetto a tali obiezioni. Critico a proposito dell'opportunità di consegnare al giudice questa valutazione, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, cit., 858.

⁹¹ Riflette, ad esempio, sul rischio di «strumentalizzare l'individuo per la soddisfazione degli scopi dell'ordinamento», G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 374. Critico a proposito di tali ricostruzioni anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 559 ss.

⁹² Si vedano sul punto le riflessioni di G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 46, relativamente alla necessità di rinunciare ad un «livello estremo di 'individualizzazione' del rimprovero», a fronte di un «necessario processo di (sia pur parziale) 'omologazione' [...] sotteso ad una responsabilità pur sempre intrisa di valutazioni normative 'socialmente' atteggiare».

non sia superiore a quello evitato, che l'agente non abbia provocato volontariamente la situazione di necessità e che questi non sia tenuto, in ragione del suo ufficio o incarico, a sacrificarsi⁹³.

Nonostante l'assenza di una specifica disposizione dedicata alla necessità scusante, è ampiamente diffusa nella dottrina spagnola la tesi secondo cui l'art. 20.5 CP fonderebbe, in taluni casi, un'ipotesi scriminante e, in altri, una causa scusante. Per i sostenitori della c.d. *teoría de la diferenciación*, invero, lo stato di necessità opererebbe come causa di esclusione dell'antigiuridicità basata sul principio dell'interesse prevalente in casi di conflitto tra valori diseguali e, viceversa, come ipotesi di esclusione della colpevolezza, fondata proprio sul concetto di inesigibilità, in ipotesi di conflitto tra interessi uguali⁹⁴. Stante l'inequivoco tenore letterale della norma, che condiziona l'operatività dell'esimente al fatto che «*el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*», alla prospettiva della necessità scusante è comunque riconosciuto uno spazio non assimilabile al § 35 StGB, dove la stessa è destinata ad operare, in presenza delle condizioni richieste dalla legge, non solo in relazione ad interessi equivalenti, ma anche nell'ipotesi di salvataggio di un interesse subvalente.

Si tratta, però, di un'interpretazione contestata da altra parte della dottrina, che insiste sul fatto che la disposizione non limiti l'operatività dell'esimente ai soli casi di pericolo per un bene personalissimo dell'agente né, in ipotesi di soccorso di necessità, ad una cerchia di soggetti vicini a costui: da ciò la constatazione dell'assenza di un conflitto emotivo nei casi in cui il pericolo riguardi un bene non personale, a maggior ragione se altrui, e, di conseguenza, la conclusione che sarebbe illogico ritenere operante una causa di *exculpación*⁹⁵. Per chi aderisce alla c.d. *teoría unitaria*, all'art. 20.5 CP andrebbe quindi riconosciuta esclusivamente natura di causa di giustificazione.

⁹³ «*Están exentos de responsabilidad criminal: [...] El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse*». Per una ricostruzione della disciplina precedente alla entrata in vigore del codice del 1995, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 95 ss.

⁹⁴ Si veda J.A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ed, 1990, 726 ss.; M.L. CUERDA ARNAU, *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997, 203. Sul punto anche F. MORALES PRATS, *Art. 20.5º*, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, I, Pamplona, 2016, 238 s. Criticamente, a tal riguardo, T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 94 ss., secondo cui la configurazione unitaria dell'istituto, ex art. 20.5 CP, renderebbe impossibile una lettura mutuata da un ordinamento in cui, viceversa, la differenziazione ha trovato una consacrazione legale espressa (riferendosi, in particolare, ai §§34 e 35 StGB).

⁹⁵ D'altronde, se in passato la norma si esprimeva nel senso di riconoscere l'esimente al soggetto che fosse «*impulsado*» dallo stato di necessità, la formulazione appare oggi più neutra anche sul versante dell'elemento soggettivo, supportando tali considerazioni. In risposta a simili obiezioni, si è sostenuto che l'inesigibilità non richiederebbe comunque l'accertamento di un'alterazione emotiva ma, semmai implicherebbe un giudizio normativo, fondato sulla intensità del contro-motivo, rispetto a cui domandarsi se esso sia sufficiente o meno a

Anche in questo caso, ad ogni modo, parte della dottrina ammette che l'inesigibilità possa spiegare la necessità scriminante, in particolare fondando la logica della ponderazione di interessi anche equivalenti: il legislatore, in altri termini, non potrebbe esigere che taluno si astenga da intervenire in una situazione di conflitto, per salvare un interesse equivalente al proprio⁹⁶.

Quanto alle eccezioni all'operatività dell'esimente, date dalla causazione volontaria della situazione di emergenza o all'esistenza di un'obbligazione specifica in capo al soggetto agente, si sostiene in generale che tali requisiti sarebbero del tutto compatibili con una spiegazione fondata sull'idea di inesigibilità: che sia per il fatto di aver provocato il pericolo o in ragione della maggiore aspettativa riposta su categorie specifiche di cittadini, l'ordinamento si attende in simili ipotesi che il soggetto sacrifichi i suoi interessi – *rectius*, ritiene di non poter scusare colui che non lo faccia⁹⁷. La dimensione normativo-generalizzante dell'inesigibilità, che guarda alla difficoltà del singolo in rapporto alle aspettative sociali, risulta così centrale anche nella spiegazione dell'art. 20.5 CP.

3.1.3. L'ordinamento italiano: cenni ad un dibattito ancora aperto

In modo non dissimile da quanto avvenuto nell'ordinamento spagnolo, anche in Italia l'esistenza di un'unica norma a disciplinare lo stato di necessità ha messo a dura prova gli interpreti, dando origine a un dibattito acceso e tuttora irrisolto; l'individuazione della natura giuridica dell'art. 54 c.p. impegna da sempre la dottrina più attenta alle significative differenze che, sia dogmaticamente che nella prassi, discendono dall'accoglimento della tesi scusante o di quella giustificante. In Italia più che in Spagna, però, la tendenziale preferenza per la tesi della causa di giustificazione ha finito per mettere almeno in parte sullo sfondo la questione della inesigibilità⁹⁸.

esimere da pena colui che abbia violato il dovere penalmente sanzionato: F. MORALES PRATS, *Art. 20.5°*, cit., 241.

⁹⁶ D.M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho pena. Parte General I*, Madrid, 1996, 650; si veda anche MUÑOS CONDE-GARCIA ARAN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1998, 438, secondo cui, in ipotesi di conflitto tra beni di uguale valore, la logica dell'interesse prevalente lascerebbe spazio all'inesigibilità, posto che si tratta qui di verificare se il sacrificio dell'uno per salvare l'altro fosse l'unica scelta adeguata, entro i limiti di esigibilità. Non si tratterebbe, allora, solo di escludere la colpevolezza, ma più radicalmente di riconoscere che l'atto realizzato non è disapprovato dall'ordinamento.

⁹⁷ T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 113 ss., dove si segnala, però, che questo non implica il dovere di certi professionisti di immolarsi per salvare beni patrimoniali.

⁹⁸ Di una «fase di «cristallizzazione» del dibattito» sull'inesigibilità perla, ad esempio, E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»?», cit., 51.

A sostegno della natura di causa di giustificazione⁹⁹ giocherebbero non solo la collocazione della norma tra le altre ipotesi scriminanti, ma anche la centralità che in essa assume l'operazione di bilanciamento e la proporzionalità del confronto tra beni salvaguardati e beni sacrificati¹⁰⁰. A dispetto della specificità del requisito della proporzione, che qui non assumerebbe i tratti della necessaria prevalenza dell'interesse salvato, accontentandosi dell'equivalenza e addirittura tollerando che la condotta necessitata produca «un disvalore d'evento leggermente superiore a quello evitato»¹⁰¹, è evidente il peso che il requisito gioca, già a livello letterale, nell'economia complessiva della fattispecie.

A ciò si aggiunge la constatazione per cui, a differenza di ciò che avviene in relazione ad altre esimenti di parte speciale¹⁰² o nel § 35 StGB, il perimetro applicativo del soccorso di necessità non viene limitato alla sola sfera dei prossimi congiunti, ma a qualsiasi terzo che si trovi in una condizione di pericolo di grave danno alla persona¹⁰³; la previsione, in forma generalizzata, dell'intervento dell'agente a vantaggio di un terzo rappresenterebbe, in un certo senso, l'emblema della natura oggettiva della causa di non punibilità, posto che «il salvataggio di estranei non dovrebbe comportare – nella normalità delle ipotesi – alcuna alterazione del processo motivazionale dell'agente»¹⁰⁴.

Altrettanto si sostiene in relazione all'inapplicabilità dell'esimente a chi abbia provocato la situazione di pericolo o abbia il dovere giuridico di esporsi ad esso, ex art. 54, comma 2, c.p.: di fronte ad un identico impatto emotivo che la situazione di emergenza produce sulla psiche del soggetto agente, l'unica spiegazione logica a fondamento dell'esclusione della punibilità poggerebbe sull'argomento oggettivo del bilanciamento degli interessi in conflitto¹⁰⁵.

⁹⁹ La lettura oggettiva si impose, in Italia, grazie al contributo fondamentale di due monografie: A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964 (in particolare 98 ss.) e C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964.

¹⁰⁰ M. ROMANO, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1991, 44. Sul tema, fondamentale G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978. Si veda anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 345, dove si sottolinea che, «mentre è vero che l'inesigibilità può essere il fondamento dello stato di necessità, è però certo che non potrà esserlo quando questo, sulla base di presupposti di particolare rigidità, assume i connotati di una scriminante».

¹⁰¹ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 160; 166, dove l'A. parla di un «giudizio di “proporzione ad efficacia limitata”».

¹⁰² Si pensi agli artt. 384, 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p., su cui ci si soffermerà *infra*, par. 4.6.1.

¹⁰³ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 148; A. MOLARI, *op. cit.*, 106 s.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 59.

¹⁰⁴ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 167; si vedano anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 598 ss. e M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., 44.

¹⁰⁵ A. MOLARI, *op. cit.*, 104; G. AZZALI, *Stato di necessità. Diritto penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, 1971, 361.

Da sempre, però, altra parte della dottrina ha argomentato con convinzione a favore della natura scusante dell'art. 54 c.p.¹⁰⁶. Già storicamente, nel silenzio dei codici preunitari, il fondamento della non punibilità in casi connotati dall'imminenza di un pericolo grave era stato individuato nell'esclusione dell'imputazione *soggettiva*, quale conseguenza della diminuzione – o elisione – della libertà di azione dell'individuo¹⁰⁷.

L'art. 49 del codice Zanardelli, in seguito, avrebbe confermato tale impostazione: tanto per collocazione normativa della disposizione, posta immediatamente dopo i criteri di imputazione soggettiva, quanto in forza del dato letterale, che limitava al pericolo per beni esistenziali la previsione dell'esimente e rinunciava ad un giudizio di proporzionalità tra danno prodotto e pericolo evitato, l'impressione fu quella che la codificazione avesse voluto proseguire l'opera tradizionale della dottrina, riconoscendo alla causa di esclusione della punibilità un fondamento eminentemente soggettivo¹⁰⁸.

Ma anche all'indomani dell'approvazione del codice Rocco – e nonostante l'espressa previsione del requisito della proporzione *ex* art. 54 c.p. – parte della dottrina ha continuato a porre l'accento sulla presenza, accanto ad elementi di chiara impronta giustificante, di alcune caratteristiche della fattispecie maggiormente compatibili con una lettura in chiave scusante: si pensi, in primo luogo, al concetto di costrizione¹⁰⁹, che parrebbe evocare «una precisa *realità psicologica*, che allude [...] non solo al *nesso causale* tra la *percezione* del pericolo e la *reazione* dell'imputato, ma anche ad un fenomeno di *restrizione* delle possibilità di 'libere scelte d'azione'»¹¹⁰.

A favore di una lettura scusante della norma militerebbe, in secondo luogo, anche il rilievo dell'ampiezza dei beni a salvaguardia dei quali può scattare la reazione necessaria. Stante la limitazione ad una situazione di qualificato pericolo per un bene strettamente personale del soggetto agente o di un terzo, si è cioè obiettato che «la spiegazione del limite potrebbe essere fornita solo nella prospettiva del perturbamento d'animo che proviene

¹⁰⁶ In passato, si vedano G. MUSOTTO, *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939, 184 ss.; L. SCARANO, *La non esigibilità in diritto penale*, Napoli, 1948, 119 ss.; R. DOLCE, *op. cit.*, 27 ss.; U. GIULIANI, *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1974, 126 ss.; Di recente anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 470 ss.; 551 ss.

¹⁰⁷ Per un'analisi della legislazione preunitaria, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 114 ss.

¹⁰⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 120.

¹⁰⁹ Sul punto, in dottrina, si registra un contrasto tra una lettura oggettiva e soggettiva: C.F. GROSSO, *Legittima difesa*, cit., 239 ss.; *Contra*, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 592 ss. Si esprime nel senso di dover valutare il requisito alla stregua degli altri elementi che compongono il modello legale dell'esimente di volta in volta richiamata (artt. 52, 54, commi 1 e 3, 384 c.p., e così via), E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 201; 235. Insiste su una lettura che, prendendo le distanze dalla costrizione degli artt. 52 e 53 c.p., evidenzia qui l'esistenza di una «scelta [...] conflittuale per l'agente *in termini personali*», R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 103.

¹¹⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 594. *Contra*, M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., 44.

dall'istinto di conservazione, dato che nella 'logica' del bilanciamento non dovrebbe farsi distinzione tra i *tipi* di interessi»¹¹¹.

Anche il requisito della non volontarietà del pericolo, del resto, sembrerebbe evidenziare una certa dissonanza rispetto ad una lettura della norma incentrata sulla sola dannosità sociale del fatto, in chiave di bilanciamento oggettivo di interessi. Nel giudizio di prevalenza o subvalenza dell'interesse salvaguardato, invero, le considerazioni relative alla causa del pericolo sventato dovrebbero essere tendenzialmente irrilevanti; a contare dovrebbe essere unicamente il saldo finale del bilanciamento, su cui non paiono incidere considerazioni legate all'origine del conflitto tra interessi¹¹².

Considerazioni analoghe, in verità, sembrerebbero valere anche per la teoria che ravvisa nell'inesigibilità il fondamento dell'art. 54 c.p.: se il comportamento è scusato in virtù della situazione psicologica in cui versa il soggetto che debba scegliere se sacrificare un proprio interesse o violare la legge penale, si può dire che questa non cambi a seconda che egli abbia o meno causato la situazione di pericolo in cui versa¹¹³. È però innegabile che l'elemento suddetto meglio si spieghi alla luce di una lettura soggettiva, che guarda alla rimproverabilità dell'agente più che al risultato obiettivo di un'operazione di bilanciamento: lungi dal rilevare sul piano oggettivo della proporzione tra interessi collidenti, tale requisito pare ricollegarsi ad un «profilo di "possibilità di rimprovero" normativo per la causazione di un fatto lesivo che – seppur compiuto in condizioni eccezionali – per le aspettative dell'ordinamento giuridico non merita un giudizio di "non punibilità"»¹¹⁴. Di qui l'attinenza con il tema dell'inesigibilità, stante il rilievo secondo cui la legge «considera rimproverabile il fatto lesivo di altrui interessi, se si è causato il pericolo, e quindi esigibile e moralmente rimproverabile l'atteggiamento antidoveroso dell'autore»¹¹⁵.

Ma si veda anche la previsione di cui all'art. 54, comma 2, c.p., che limita la scusabilità del fatto per coloro che ricoprono una posizione qualificata: essa potrebbe leggersi come «estrinsecazione [...] di quell'innalzamento del livello di dominabilità degli eventi»¹¹⁶ che è presunta in capo a tali individui. Non si tratterebbe, cioè, che di un limite di

¹¹¹ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 159. Analogamente F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 586. *Contra*, A. MOLARI, *op. cit.*, 90 ss.

¹¹² A. MOLARI, *op. cit.*, 59, dove peraltro si argomenta contro la lettura scusante, fondata sulla non esigibilità della condotta.

¹¹³ A. MOLARI, *op. cit.*, 60; G. AZZALI, *op. cit.*, 361.

¹¹⁴ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 189.

¹¹⁵ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 190.

¹¹⁶ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 179. *Contra*, MOLARI, *op. cit.*, 104, che vi intravede invece un caso evidente di bilanciamento dei beni in conflitto, in cui la prevalenza sarebbe data all'adempimento dei doveri istituzionali in capo a determinati soggetti.

«tollerabilità sociale del fatto»¹¹⁷, imposto dal legislatore in considerazione della funzione svolta, delle conseguenti aspettative della collettività nonché, forse, del minor impatto emotivo nella gestione di certi pericoli da parte di coloro che hanno assunto il compito di contrastare tali evenienze e sono verosimilmente addestrati a tale scopo¹¹⁸. Si pensi, tipicamente, al vigile del fuoco chiamato a domare un incendio ed affrontare le fiamme per porre in salvo coloro che siano ancora intrappolati nell'edificio: opererebbe, qui, una sorta di presunzione, in virtù della quale tali individui sono chiamati a sopportare ciò che, nella normalità dei casi, è sufficiente ad alterare il processo motivazionale e scusare l'agente, salva, naturalmente, la possibilità che il garante stesso si debba esporre a pericolo certo di morte quale conseguenza della situazione necessitata¹¹⁹. È peraltro evidente, in questo senso, che nella constatazione del limite al dovere di esporsi a pericolo – dato dalla certezza o dalla seria probabilità di un danno irreparabile alla propria persona – si condensa un'eccezione che poggia interamente sull'inesigibilità dell'intervento altrimenti doveroso.

Da quanto detto deriva la netta sensazione che, a condizionare l'interpretazione dell'art. 54 c.p., possano entrare anche le cadenze tipiche della discussione sull'inesigibilità. Del resto, se si guarda alla posizione del terzo offeso dalla condotta necessitata, ci si avvede della profonda differenza che connota l'ipotesi in parola rispetto alla vicina fattispecie della legittima difesa *ex art. 52 c.p.*, dove la reazione si oppone pur sempre ad un'aggressione ingiusta che, di per sé, conduce a ritenere lecito il fatto. Viceversa, la totale estraneità della vittima del fatto necessitato porta a dubitare della solidità di un'impostazione dogmatica che, a voler ritenere giustificata la condotta realizzata nelle condizioni *ex art. 54 c.p.*, finisce per deludere le aspettative di giustizia del terzo in ragione di un mero calcolo utilitaristico, e senza che costui possa neppure invocare l'art. 52 c.p.¹²⁰; sostenere la sola scusabilità del fatto, da questo punto di vista, dischiude la possibilità di una lettura meno indifferente agli interessi delle vittime.

Non manca, infine, chi ha provato ad argomentare a favore di una lettura dell'art. 54 c.p. quale «norma a più fattispecie», una oggettiva-scriminante fondata sulla proporzionalità,

¹¹⁷ L'espressione è di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, 135, dove l'A. la riferisce più specificamente alle ipotesi di limitazione del fatto scusabile a taluni reati o classi di reati di particolare gravità. Di limitazioni che sono «espressione di determinate regole sociali di solidarietà» parla, tanto con riguardo all'eccezione di cui al comma 2, tanto nel caso del pericolo volontariamente o colposamente cagionato, R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 105.

¹¹⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, 601.

¹¹⁹ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”? cit., 180.

¹²⁰ Ritenendo il fatto necessitato come giustificato – e dunque non ingiusto – si impedirebbe sempre al terzo destinatario dell'offesa di reagire in legittima difesa all'aggressione che subisce, suo malgrado. Sulla impossibilità di invocare la legittima difesa a fronte di un comportamento necessitato, criticamente L. SCARANO, *op. cit.*, 124; R. DOLCE, *op. cit.*, 34.

l'altra soggettiva-scusante, che poggia sull'inesigibilità¹²¹. Del resto, come evidenziato in dottrina, la formulazione dell'art. 54 c.p. presenta i segni di una «“ibridazione” di elementi rispondenti ad una logica *oggettiva* con altri riferibili ad un'opposta logica *soggettiva*»¹²². Analogamente a quanto avviene in Spagna con la *teoría de la diferenciación*, anche l'art. 54 c.p. sarebbe idoneo a integrare, a seconda dei casi, una causa di non punibilità per mancanza di antigiuridicità del fatto o per mancanza di rimproverabilità soggettiva dell'agente. Così, ad esempio, si potrebbe evidenziare un duplice significato da attribuire al requisito dell'inevitabilità dell'azione: di vera e propria mancanza di alternative, da intendersi in senso oggettivo, e come percezione di non poter agire diversamente, derivante dallo stato di alterazione motivazionale in cui versa il soggetto attivo, nei casi che non rientrino nello schema giustificante¹²³.

Nel quadro così delineato, ad ogni modo, la giurisprudenza ha dato mostra di preferire la tesi della scriminante, sposando soluzioni coerenti con tali premesse ma spesso reputate eccessivamente rigorose dalla dottrina¹²⁴. Paradigmatico il caso della necessità “economica” o “abitativa”¹²⁵: le numerose pronunce che hanno negato la sussistenza dell'art. 54 c.p. a fronte di reati contro il patrimonio commessi da chi si trovava in stato di indigenza, valorizzando la possibilità di ricorrere a mezzi alternativi – e in particolare all'aiuto delle istituzioni – per sopperire alle proprie necessità, appaiono, in un certo senso, in linea con una lettura rigorosa ed oggettiva dei requisiti dello stato di necessità¹²⁶.

¹²¹ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 2020, Torino, 382 ss.; si veda altresì la ricostruzione offerta da G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2023, 321 s., che riconducono alla scriminante la logica del soccorso di necessità verso terzi estranei, mentre argomentano a favore della natura soggettiva quando il pericolo riguardi il soggetto agente o un suo prossimo congiunto. *Contra*, A. MOLARI, *op. cit.*, 103. Secondo E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 152, la compresenza di elementi, oggettivi e soggettivi, nella formulazione dell'art. 54 c.p., non autorizza una lettura duplice della norma, ma, semmai, una interpretazione “a metà strada”: rinnegata la strada della causa di giustificazione e quella della scusante, lo stato di necessità potrebbe configurare una scriminante avente effetto di esclusione della illiceità, solo penale, del fatto.

¹²² E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 146. Lo colloca «a metà strada tra una giustificante ed una scusante» G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 280.

¹²³ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 183.

¹²⁴ Propone una lettura che apre alla possibilità della necessità abitativa o economica, a partire dalla considerazione per cui la proporzione andrebbe valutata in un procedimento olistico che guarda al rango dei beni e all'intensità del pericolo, sì da giustificare reati connotati da una lesione poco significativa, se necessari per salvare sé e i prossimi congiunti da situazioni di pericoli anche non imminenti alla salute, G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione*, cit., 241 s.

¹²⁵ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 24 ss., che rileva peraltro un atteggiamento più possibilista della giurisprudenza di merito. In giurisprudenza, si veda ad esempio Cass. pen., 9 aprile 1990, in *Riv. Pen.*, 1991, 167; Cass pen., 3 giugno 1987, in *Riv. Pen.*, 1988, 243.

¹²⁶ Così ad esempio, di recente, Cass. pen., sez. II, 26 gennaio 2024 (ud. 29/11/2023) n. 3125 dove la Cassazione, pur aprendosi a individuare il pericolo rilevante ex art. 54 c.p. anche «nella compromissione del diritto di abitazione ovvero di altri diritti fondamentali della persona riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost.», ritiene di dover escludere l'operatività dell'esimente dello stato di necessità tanto per assenza della attualità del pericolo,

A tali posizioni hanno però fatto eco voci favorevoli a valorizzare aspetti ulteriori, e non sempre coerenti con l'accezione scriminante riconosciuta all'art. 54 c.p.: così per l'inevitabilità o l'attualità del pericolo, che hanno talora subito un processo di flessibilizzazione imposto dalla considerazione del peso giocato, in ipotesi di pericolo per i beni personalissimi dell'individuo, da fattori legati al perturbamento d'animo dell'agente o dai motivi socialmente apprezzabili che muovevano la sua azione¹²⁷. La tentazione di aggirare i limiti normativi si è poi concretizzata in un uso almeno in parte strumentale dell'istituto della scriminante putativa, ex art. 59, comma 4, c.p., «tesa a “surrogare” con parametri più malleabili l'assenza dei requisiti “oggettivi” desumibili dall'art. 54 c.p.»¹²⁸.

Si è così assistito ad una contaminazione con le riflessioni e le cadenze proprie dell'inesigibilità della condotta doverosa: con idee congeniali, cioè, ad una ricostruzione dello stato di necessità che esclude la colpevolezza dell'agente per un fatto che resta tipico ed oggettivamente illecito.

3.2. (Segue) La coazione morale ex art. 54, comma 3, c.p.

Se l'individuazione della natura giuridica dell'art. 54 c.p. ha da sempre rappresentato – e continua a rappresentare – un punto controverso tra gli interpreti, c'è però almeno una parte della norma che la dottrina maggioritaria tende a ricondurre alla soluzione scusante: trattasi della coazione morale ex art. 54, comma 3, c.p.¹²⁹ A differenza di quanto avviene nel primo comma, dove il pericolo può indifferentemente derivare da fatti naturali, animali o umani, qui la situazione necessitata trova fonte qualificata nella sola minaccia umana. La norma sancisce, infatti, che del reato commesso risponde unicamente colui che ha costretto l'agente a tenere la condotta illecita¹³⁰.

non ravvisabile dinanzi alla necessità di «reperire un alloggio al fine di risolvere in via definitiva la propria esigenza abitativa», quanto per assenza dell'inevitabilità dello stesso, stante il possibile «ad istituti di assistenza, sussidi economici e redditi sociali».

¹²⁷ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 161 ss.

¹²⁸ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 296.

¹²⁹ Di un «istituto che ha da sempre rappresentato il “corpo estraneo” in una visione prettamente “oggettiva” dello stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p.» parla E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 226.

¹³⁰ Sul punto, in realtà, non è mancato chi ha individuato il senso del discrimine in senso qualitativo, fondandola sulla distinzione «tra impossibilità “fisica” di conformare il proprio contegno alle aspettative della collettività (che può derivare, oltre che dalla violenza fisica ‘assoluta’, anche dal una coazione morale o una minaccia che abbiano i requisiti dell'effetto paralizzante) che risponde al principio dell'*ultra posse nemo tenetur*, ipotesi nelle quali il rimprovero non può essere mosso perché la situazione non consente alcuna capacità orientativa del precetto e, quindi, l'obbligo di conformarsi viene meno in radice, dalla mera “riduzione” delle capacità di scelta individuali (“*necessitas non habet legem*”) che scriminano soltanto il comportamento qualora le opzioni si siano rivelate quasi tutte impraticabili, ma comunque non del tutto annullate»: E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 29 s., dove si nega che la distinzione si giochi unicamente in ragione della fonte – naturale in un caso, umana nell'altro – della minaccia.

La fattispecie, che presenta evidenti affinità con l'ipotesi di violenza *ex art 46 c.p.*, se ne distanzia in virtù dell'intensità della forza esercitata sull'autore materiale del fatto: nel caso dell'art. 46 c.p. si tratta di una *vis absoluta*, che incide sulla volontà dell'agente sopprimendola del tutto, mentre la violenza morale di cui all'art. 54, comma 3, c.p. darebbe luogo ad una *vis compulsiva* che, pur senza arrivare ad elidere del tutto la volontà del destinatario, ne altera in modo significativo il processo di formazione¹³¹.

La punibilità del minacciante, in questo senso, confermerebbe una lettura della norma che si allontana dalla visione giustificante¹³²: il fatto rimane obiettivamente antigiusuridico per l'ordinamento, ma dello stesso risponde solo colui che ha minacciato l'autore materiale, che ne è invece scusato per essere stato costretto all'azione.

Dalla riconosciuta natura scusante discendono, naturalmente, conseguenze significative tanto sul piano della coazione, che deve essere effettivamente percepita dal soggetto minacciato, quanto su quello della non comunicabilità al terzo concorrente¹³³. A risultare centrale è, in definitiva, la concezione della necessità da intendersi in senso psicologico, suscettibile di elidere la colpevolezza in considerazione del «perturbamento dello stato d'animo o l'insorgenza di un'emozione talmente dirompente da impedire il controllo sull'azione»¹³⁴.

Emblematica, in questo senso, la giurisprudenza più recente¹³⁵ in tema di sbarchi illegali che, nel valutare le responsabilità dei c.d. scafisti, è talora giunta ad assolvere gli imputati dai reati relativi al trasporto e al favoreggiamento dell'ingresso illegale di migranti, nonché dalle accuse relative alle morti occorse durante le traversate, valorizzando il dubbio circa l'esistenza di uno stato di necessità, derivante dalla minaccia che gli uomini di nazionalità libica avrebbero rivolto, prima della partenza, nell'intimare a costoro di assumere un ruolo attivo nella conduzione dell'imbarcazione: pur qualificando espressamente l'art. 54 c.p. come causa di giustificazione, le motivazioni dei giudici insistono sulla «situazione di assenza di capacità di autodeterminazione»¹³⁶, così mettendo al centro il dato psicologico-

¹³¹ E. ALTAVILLA, voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1066. Criticamente T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 122 ss. Di recente ancora G. DE FRANCESCO, *Libertà va cercando. Una sintesi introduttiva su libero arbitrio e colpevolezza penale*, in *Leg. Pen.*, 9 luglio 2024, 3 s.

¹³² T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 814.

¹³³ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 226.

¹³⁴ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 49.

¹³⁵ Trib. Palermo, Sez. GUP, 7 settembre 2016; Trib. Agrigento, Sez. I, 19 luglio 2017, n. 667; Trib. Palermo, 2 ottobre 2018, tutte esaminate da J. CRISCUOLO, *Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva offerta dai tribunali siciliani sulla tratta illegale di extracomunitari*, in *Arch. Pen.*, 2020, 2.

¹³⁶ Trib. Palermo, Sez. GUP, 7 settembre 2016.

motivazionale e obliterando ogni riflessione circa la necessaria proporzionalità e l'oggettivo bilanciamento sottesi alla logica scriminante.

A dispetto, cioè, della qualificazione offerta dalle pronunce in esame, che insistono ancora sull'art. 54 c.p. come ipotesi scriminante fondata sulla logica oggettiva del bilanciamento di interessi, sembra in definitiva che nella valorizzazione della pressione motivazionale e psichica indotta dalle circostanze anomale in cui gli imputati versavano al momento in cui assunsero la guida della traversata riecheggiasse la logica dell'inesigibilità¹³⁷.

La tesi che propende per una lettura scusante della coazione morale, fondata sull'inesigibilità della condotta doverosa¹³⁸, sembra del resto rinvenire conferme in numerosi ordinamenti esteri, dove tale soluzione si è imposta sul piano normativo e interpretativo. In un quadro ricco di sfaccettature differenti, appare degno di nota che ciò si sia verificato anche in contesti in cui non solo manca un'ipotesi scusante analoga a quella del § 35 StGB ma, addirittura, la riflessione sul tema dell'inesigibilità non sembra aver ispirato un qualche dibattito significativo a livello scientifico: la rilevanza trasversale di tale ipotesi nell'esclusione della colpevolezza si fa notare, quasi a fare della coazione morale il "minimo comun denominatore" dell'inesigibilità nei moderni sistemi penali.

3.2.1. Miedo insuperable, contrainte e duress: la linea di continuità tra civil e common law

Il primo ordinamento che merita di essere considerato è, per vari motivi, quello spagnolo: qui, complice anche una certa adesione alle teorie tedesche e una fascinazione innegabile verso il tema dell'inesigibilità, alcune riflessioni significative ai fini della presente indagine sono state sviluppate in relazione al *miedo insuperable*, di cui all'art. 20.6 del codice penale spagnolo¹³⁹.

In merito a tale istituto, a ben vedere, la dottrina spagnola ha riconosciuto all'inesigibilità addirittura un duplice ruolo: sia in termini di fondamento dell'esimente che

¹³⁷ J. CRISCUOLO, *op. cit.*, 21. Analoghe riflessioni potrebbero riferirsi, del resto, anche alla pronuncia con cui la Cassazione ha riconosciuto nell'art. 54 c.p. il mezzo per garantire la non punibilità della vittima di tratta che abbia commesso un reato: Cass. pen., Sez. VI, 18 gennaio 2024 (ud. 16 novembre 2016), n. 2319, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1199 ss. con nota di R. BARTOLI, *Reati commessi dalla vittima di tratta e stato di necessità* e L. MASERA, *Il problema della non punibilità delle vittime di tratta: è sufficiente il ricorso all'art. 54 c.p.?*, in *Giur. it.*, 2024, 2686 ss.

¹³⁸ Ritiene che la logica fondante l'art. 54, comma 3, c.p. non sia quella dell'inesigibilità, bensì il rilievo dell'oggettiva costrizione, G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 391; si veda altresì ID., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 266 s.

¹³⁹ «*Están exentos de responsabilidad criminal: [...] El que obre impulsado por miedo insuperable*». Sul tema, si rinvia in modo specifico a D. VARONA GÓMEZ, *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000; J. MARTÍN MUÑOZ, *De miedo insuperable, o de la magia del pronombre "mío"*, in M. Maraver - L. Pozuelo (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019, 243 ss.

quale criterio di concretizzazione della natura “insuperabile” del timore necessario per escludere la responsabilità penale¹⁴⁰. La norma stabilisce, in particolare, che vadano esenti da responsabilità penale coloro che agiscono costretti da timore insuperabile. Per l’operatività dell’esimente, occorre che sia presente un timore, ispirato da una minaccia effettiva e reale nonché suscettibile di impattare sulla volontà del soggetto, condizionandola; il *miedo* deve essere invincibile e rappresentare l’unico motivo dell’azione¹⁴¹.

Dall’entrata in vigore del nuovo codice penale, a ben vedere, la dottrina concorda sulla qualificazione come causa di esclusione della colpevolezza¹⁴²: eliminato ogni riferimento al timore di un male “uguale o maggiore” a quello realizzato¹⁴³, la fattispecie potrebbe essere individuata quale referente per le ipotesi «non coperte dalla norma sullo stato di necessità, in cui il soggetto abbia agito in presenza di un pericolo di grave danno per sé o per una persona cara, cagionando però un danno *superiore* a quello evitato»¹⁴⁴.

Permangono, ad ogni modo, alcune oscillazioni in merito alla riconducibilità della esimente ai casi di imputabilità o, al contrario, al concetto di inesigibilità¹⁴⁵. Sembrerebbe quest’ultima la soluzione preferibile, posto che anche la giurisprudenza si è progressivamente svincolata dalle letture del *miedo* che insistevano sull’effetto del timore sulla psiche del soggetto, per valorizzare semmai un giudizio di carattere normativo¹⁴⁶. A fondamento dell’esimente, del resto, andrebbe individuato il rilievo dell’anomalia motivazionale dell’agente, derivante dalla situazione di fatto in cui si compie il reato¹⁴⁷; non si tratterebbe, perciò, di una esimente destinata a operare in considerazione del solo stato psichico del

¹⁴⁰ T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 125.

¹⁴¹ M. MARTÍN LORENZO, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 16, 310; l’A., peraltro, critica apertamente la concezione del *meido* quale motivo esclusivo dell’azione (324).

¹⁴² In precedenza, viceversa, si era sostenuta anche la tesi della natura giustificante, di causa di non imputabilità o della natura mista dell’esimente: il contrasto è illustrato da T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 126 ss., e da G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general del derecho penal*, Pamplona, 2015, 273 s.

¹⁴³ In precedenza, l’art. 8.1. A.C.P. parlava infatti di «*miedo insuperable de un mal igual o mayor*»: J. BAUCELLS LLADÓS, *La delinquencia por convicción*, Valencia, 2000, 328. Sulla natura soggettiva dell’istituto, contrapposta alla precedente lettura oggettivistica, in giurisprudenza, STS 2067/2002, de 13 de diciembre; STS 340/2005, de 8 de marzo, STS 116/2013, de 21 de febrero.

¹⁴⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 97. In senso analogo, nella dottrina spagnola, F. MORALES PRATS, *Art. 20.5º*, cit., 249. In giurisprudenza si veda STS, 16 de julio de 2001.

¹⁴⁵ Si sofferma a considerare l’altalenante interpretazione giurisprudenziale sul punto, T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 126 ss., rilevando una preferenza per la tesi di causa di non imputabilità (tra le altre, STS, 26 de abril de 1999), che però appare criticabile nella misura in cui tende a sovrapporsi e confondersi con il differente istituto del c.d. *trastorno mental transitorio*. Si veda altresì F. MORALES PRATS, *Art. 20.5º*, cit., 250. Criticamente, sulla riconducibilità del *miedo* ad una ipotesi di alterazione psicologica, anche G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general*, cit., 274.

¹⁴⁶ Lo rileva, ad esempio, M. MARTÍN LORENZO, *op. cit.*, 311, citando numerose pronunce del Tribunale Supremo. Si vedano, tra le altre, STS 10-2-2005, N. 186; STS 8-3-2005, N. 340.

¹⁴⁷ J.A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., 730.

soggetto agente, come avviene nelle ipotesi di *inimputabilidad* e *trastorno mental transitorio*¹⁴⁸. Nei casi di *miedo*, la valutazione è connotata in chiave normativa, posto che, davanti alla minaccia per la propria incolumità o per i propri beni personali, l'ordinamento reputa in qualche misura comprensibile la realizzazione del fatto di reato¹⁴⁹.

In ciò si ravviserebbe altresì la differenza essenziale tra il timore ed altre emozioni, come l'ira o la gelosia che, pur potendo impattare in qualche misura sulla psiche del soggetto, non si elevano a cause di esenzione dalla pena: il legislatore, in sostanza, avrebbe "isolato" il timore, selezionandolo tra le altre emozioni non tanto per la sua capacità di condizionamento psichico, quanto in virtù del rilievo dei valori che la società liberale non può non riconoscere al cittadino¹⁵⁰.

Ciò si riflette, naturalmente, sui criteri accolti per verificare l'inesigibilità della condotta: in generale, si riscontra una preferenza per criteri di tipo oggettivo, legati al parametro dell'uomo medio, ma contestualizzato sulla base delle circostanze in cui l'agente concreto si è trovato ad agire¹⁵¹. La valutazione è incentrata, cioè, attorno alla risposta che sarebbe ragionevole attendersi da qualsiasi altro consociato nella medesima condizione. Da una parte, il ricorso al criterio dell'uomo medio evita una eccessiva soggettivizzazione; al tempo stesso, l'operazione di contestualizzazione impedisce la compromissione della funzione essenziale individualizzante, propria della colpevolezza¹⁵².

Non mancano, del resto, ulteriori ordinamenti in cui, a dispetto dell'apparente impermeabilità alla riflessione sull'inesigibilità, si rinvencono istituti analoghi al *miedo insuperable*, animati da esigenze non dissimili da quelle sin qui esaminate.

Si pensi anzitutto alla Francia: in un sistema normativo in cui lo stato di necessità è configurato in chiave solo giustificante¹⁵³ e non sembra residuare alcuno spazio per

¹⁴⁸ Si veda, in giurisprudenza, STS 9-4-2001, dove si distingue tra *miedo insuperable*, causa di esclusione della colpevolezza per inesigibilità della condotta doverosa, e altro *estado pasional*, che si riflette invece sul versante dell'imputabilità. Evidenzia la necessità di tenere separate i piani di riflessione anche M. MARTÍN LORENZO, *op. cit.*, 322.

¹⁴⁹ D. VARONA GÓMEZ, *op. cit.*, 65 s., dove l'A. rileva che la rinuncia alla pena sarebbe motivata dalla necessità di tenere separati il cittadino e l'individuo, nella consapevolezza che ciascuno tende naturalmente a preferire la propria salvezza o quella dei propri cari, senza che ciò possa essergli ragionevolmente rimproverato.

¹⁵⁰ D. VARONA GÓMEZ, *op. cit.*, 66.

¹⁵¹ Si veda T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 66-67, in particolare in merito alla valutazione di insuperabilità del timore nel caso del *miedo*.

¹⁵² T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 141. Sul punto, riferendosi in particolare alla valutazione del *miedo*, anche F. MORALES PRATS, *Art. 20.5°*, cit., 249.

¹⁵³ Esso trova collocazione all'art. 122-7: analogamente a quanto avviene in Italia e Spagna, qui lo stato di necessità sembrerebbe connotato in senso fortemente oggettivo, suggerendo a prima vista una lettura in senso giustificante: non solo esso risulta esteso a beni non strettamente personali, ma la legge contempla la possibilità di soccorso verso qualsiasi terzo, sempre che non vi sia sproporzione tra mezzi impiegati e gravità del pericolo. Nella dottrina italiana, si veda ancora F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 101 ss., nonché E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? cit., 58.

considerazioni legate all'inesigibilità della condotta doverosa, risulta particolarmente interessante indagare la riflessione che la dottrina ha sviluppato attorno al concetto di *contrainte*, a sua volta distinto tra *contrainte pshysique* e *contrainte morale*. Mentre la prima esclude la libertà di movimento dell'agente, e risulta quindi estranea alla presente riflessione, la seconda impatta sulla sua libertà di decisione aprendo a considerazioni in cui riecheggia la logica dell'inesigibilità¹⁵⁴.

In relazione a quest'ultimo istituto, disciplinato all'art. 122-2 del codice penale francese, sembra in effetti agevole sviluppare un parallelismo tra ordinamento francese ed altri sistemi in cui discipline analoghe sono state ricondotte all'idea di inesigibilità: appare anzitutto significativo che, in relazione ad esso, si siano valorizzate in modo specifico le circostanze esterne che, riflettendosi sulla psiche del soggetto, escludono la libertà del volere dell'agente in quanto – *rectius* purché – imprevedibili¹⁵⁵. È stata nettamente esclusa, invece, la rilevanza di una *contrainte* puramente interna, legata a disposizioni dell'agente che non trovino corrispondenza in una situazione esteriore: salvo che si tratti di condizioni idonee a integrare una infermità mentale, ai sensi dell'art. 122-1 del codice penale francese, simili ipotesi non consentirebbero l'esclusione della responsabilità per il fatto commesso¹⁵⁶.

Caso tipico è quello legato al timore – *crainte*: colui che agisca sotto minaccia o temendo le conseguenze di un eventuale rifiuto alla commissione dell'atto criminale si troverebbe in una condizione tale da indurre l'ordinamento a non punirlo. Come evidenziato dalla dottrina francese¹⁵⁷, non si tratterebbe qui di una vera forza maggiore, che esclude del tutto la capacità di determinarsi nel senso richiesto dalla legge. Nel caso di *contrainte morale*, invero, rimane sempre una frazione, anche minima, di libertà; il soggetto, in altri termini, ha la possibilità di scegliere se commettere il reato o fronteggiare la minaccia, accettandone le conseguenze¹⁵⁸. È proprio a partire da queste considerazioni che si sarebbe potuta sviluppare una riflessione sul limite dell'esigibile: la dottrina francese, nondimeno, non sembra addentrarsi a fondo in questo tipo di considerazioni, restando sostanzialmente indifferente agli influssi della teoria dell'inesigibilità.

¹⁵⁴ F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénal*, Parigi, 2009, 97.

¹⁵⁵ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 134 s.

¹⁵⁶ F. ROUSSEAU, *op. cit.*, 97 s.

¹⁵⁷ H. BAUDRY, *La force majeure en droit pénal*, Lyon, 1938, 89. Si veda anche F. ROUSSEAU, *op. cit.*, 102 s., il quale però finisce per argomentare una piena sovrapposibilità tra stato di necessità e *contrainte morale*.

¹⁵⁸ H. BAUDRY, *La force majeure en droit pénal*, Lyon, 1938, 89.

Altrettanto sembrerebbe valere per l'ipotesi di c.d. *duress*¹⁵⁹, propria della riflessione dei paesi di *common law*. Si pensi in particolare al diritto inglese, dove l'esimente in parola, nata nella prassi giurisprudenziale come *duress by threats*, ha in seguito conosciuto un processo di "gemmazione"¹⁶⁰, dando origine alla c.d. *duress by circumstances*: in entrambi i casi, l'esimente ruota attorno al condizionamento dell'agente derivante da una minaccia di morte o di altro grave danno all'integrità fisica, con la differenza che, nel secondo caso, a rilevare non è il condizionamento dovuto ad una condotta minacciosa da parte di un soggetto specifico, bensì quello derivante da altra causa, sia umana che naturale.

Ad accomunare le due ipotesi sarebbero, invece, i requisiti necessari ad integrarle: entrambe risultano applicabili in presenza di una minaccia di morte o di altro danno fisico grave, rivolta al *defendant* ovvero ad un soggetto a lui affettivamente legato, di intensità tale da indurre una persona ragionevole a reagire come l'imputato ed accompagnata dall'accertamento di un nesso di derivazione causale tra la percezione della minaccia e la condotta realizzata¹⁶¹. Oltre ad essere supportata dal rilievo della limitazione al pericolo per beni personalissimi, nei soli casi in cui la minaccia riguardi il *defendant* o altro soggetto a lui caro, la tesi della natura scusante delle ipotesi di *duress* sembrerebbe confermata dall'assenza del requisito di prevalenza del male evitato rispetto a quello arrecato.

Centrale, naturalmente, il condizionamento che la minaccia crea nel processo motivazionale del singolo, in conformità ad un parametro *standard* e oggettivizzato di agente ragionevole¹⁶²; motivo per cui la dottrina ha sempre guardato con sospetto la tendenza giurisprudenziale ad individuare dei limiti all'applicazione di tale *defence* nei casi di omicidio¹⁶³. Qui, invero, non si tratterebbe di legittimare l'uccisione di un terzo, quanto di

¹⁵⁹ J. DRESSLER, *Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits*, in 62 *Cal. L. Rev.*, 1331 (1988-9).

¹⁶⁰ Si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 105 ss., che ne individua l'origine nel caso *Willer* [1987], 83 Cr App R 225, segnalando che la denominazione si deve alla successiva *Conway* [1988] 3 All ER 1025; in entrambi i casi, si trattava di guida pericolosa, realizzata per sfuggire, nella prima vicenda, ad alcuni assalitori e, nel secondo, ai presunti estorsori dell'amico, trasportato in auto. Ma si veda anche *Martin* [1989] 1 All ER 652, relativa al caso di un uomo che aveva accompagnato al lavoro il figlio, guidando senza patente, in quanto minacciato dalla moglie che questa si sarebbe tolta la vita se il ragazzo, arrivando in ritardo, avesse perso il lavoro.

¹⁶¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 104 s., citando, nella giurisprudenza, *Graham* [1982] 1 All ER 801 e *Howe* [1987] 1 All ER 771. Si veda altresì *Regina v. Hudson*, [1971], 2 All E.R. 244 (Crim. Appl.), relativa ad un caso di falsa testimonianza dovuta alle minacce rivolte da un uomo alla giovane teste, in cui si afferma che la giuria è chiamata a stabilire, in simili ipotesi, «*if the will of the accused [was] overborne by threats of death or serious personal injuries so the commission of the alleged offense was no longer the voluntary act of the accused*».

¹⁶² Sul punto, si rinvia alle riflessioni di J.P. FLETCHER, *The Individualization of Excusing Conditions*, 47 *South. Cal. L. Rev.* 1269 [1974].

¹⁶³ Sul versante inglese si veda J.C. SMITH, *Justification and Excuse in the Criminal Law*, London, 1989, 13. In giurisprudenza, *Lynch v. Director of Public Prosecutions for Northern Ireland* [1975] 1 All ER 913; *Abbott*

domandarsi se «l'imputato *meritasse* una pena allorché chiunque, e forse gli stessi giudici, non avrebbero saputo comportarsi diversamente»¹⁶⁴, senza che tale ragionamento implichi in alcun modo la negazione della “santità” della vita umana che viene sacrificata in un contesto di forte pressione psicologica e motivazionale, legata alla minaccia alla propria vita, alla propria integrità fisica o a quella di un proprio caro¹⁶⁵.

La *duress* inglese configura, perciò, una forma di stato di necessità scusante che ricomprende non solo le ipotesi di minaccia umana, ma qualsiasi altra circostanza di emergenza che dia luogo ad un'anomalia motivazionale dell'agente¹⁶⁶: in ciò si evidenzia una differenza significativa con la soluzione sposata negli Stati Uniti, dove la *duress* è pacificamente contemplata quale scusante in ipotesi di minaccia di fonte umana, mentre è il diverso istituto della *necessity* o *lesser evils*¹⁶⁷, da intendersi in senso giustificante, a disciplinare il caso della minaccia di fonte diversa, sempre che il danno evitato sia maggiore rispetto a quello cagionato¹⁶⁸.

Al di là delle differenze che permangono tra i vari sistemi posti a confronto, resta tuttavia l'impressione che, nei casi di *contrainte morale* e *duress*, sia rintracciabile una logica analoga a quella che fonda le ipotesi di necessità scusante normativamente previste (§ 35 StGB), o recuperate in via interpretativa (artt. 20.4 e 20.5 codice penal español) in altri ordinamenti, in cui la dottrina ha insistito in modo particolarmente incisivo sul ruolo giocato dal canone dell'inesigibilità, quale fondamento e limite alla rinuncia della pena in contesti di fatto eccezionali. Si evidenzia cioè l'esistenza di un *fil rouge* che, unendo la tradizione di

[1976] 3 All ER 140; *Gotts* [1992] 1 All ER 832, dove la regola dell'inapplicabilità viene estesa al tentativo di omicidio. La questione è stata oggetto anche di riflessione da parte della *Law Commission*, che, dapprima nel 1993 (*Legislating the criminal code: offences against the person and the general principles*, Law Com. n. 218, 1993) e poi ancora nel 2005 (*A New Homicide Act for England and Wales?* Law Com. Consultation Paper n. 177, 2005), si sarebbe espressa a favore dell'applicazione della *defence* anche ai casi di omicidio non intenzionale (*first degree murder*): sul punto, E. AMATI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. Amati – M. Costi – E. Fronza – P. Lobba – E. Maculan – A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2020, 259.

¹⁶⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 104.

¹⁶⁵ Si veda anche J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 831.

¹⁶⁶ L'esistenza di una *necessity* di natura giustificante è invece discussa: si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 107 ss., dove l'A. sottolinea che la *necessity* in termini di giustificazione rappresenta una *defence* la cui esistenza è ritenuta non pacifica: la giurisprudenza sviluppatasi sul tema si è invero concentrata, essenzialmente, nell'ambito di una *medical necessity*, smentendo così l'esistenza dell'istituto in termini generali.

¹⁶⁷ Talora nota anche come *choice of evils*. Si veda in particolare §3.02 del *Model Penal Code*.

¹⁶⁸ Sul tema, diffusamente, E. SPAIN, *The Role of Emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lesser Evils*, Cambridge, 2011. Si veda inoltre J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 827, dove si esamina la casistica relativa alle evasioni motivate dal timore di stupri all'interno del carcere rilevando criticamente come, dinnanzi al netto rifiuto delle Corti statunitensi di riconoscere una causa di giustificazione, migliori sarebbero state le possibilità di vedersi riconoscere la *excuse* di *duress*: così, ad esempio, *People v. Cooper*, No. 38602 (Sacramento County Super. Ct. August 11, 1971), e *People v. Lovercamp*, [1974] 43 Cal. App. 3d 823, dove si parla di un vero e proprio «*individual dilemma*».

ordinamenti anche profondamente differenti tra loro, individua una porzione di terreno comune nella riflessione sul tema.

3.2.2. Cenni alle scusanti nel diritto penale internazionale: *duress* e *superior order*

A dispetto delle differenze che intercorrono tra i vari sistemi giuridici nazionali, la presenza di un *humus* comune di istituti che fonda l'esenzione della responsabilità in caso di contingente impossibilità per l'agente di adeguarsi al precetto è utile a spiegare anche la previsione di talune specifiche scusanti nell'ambito, del tutto peculiare, del diritto penale internazionale¹⁶⁹. I principali apporti, nell'ottica del presente lavoro, possono trarsi dalle figure della *duress* e del *superior order*, specie nelle interrelazioni che tra queste due ipotesi sono state ravvisate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Se si guarda alle previsioni dello Statuto di Roma dove risultano oggi disciplinate, ci si avvede immediatamente del profondo nesso che lega queste esimenti al tema delle scusanti. Per quanto la differenza tra scusa e giustificazione sia estranea allo Statuto, che infatti riunisce tutte le *defences* sotto il cappello generale di «*Grounds for excluding criminal responsibility*», vi sono buone ragioni per credere che, tanto alla *duress* (art. 31, lettera d)) quanto al *superior order* (art. 33), vada riconosciuta natura di ipotesi che escludono la sola colpevolezza dell'agente¹⁷⁰.

Tale qualificazione, del resto, si spiega agevolmente ove si rifletta sulla natura peculiare dei crimini a cui tali esimenti accedono, che rende arduo effettuare «un giudizio di comparazione quando dall'altra parte vengono in gioco i destini di un popolo o dell'intera popolazione»¹⁷¹, ma anche sull'atteggiarsi della dinamica della responsabilità, in cui la prossimità al fatto e l'appartenenza soggettiva dello stesso risultano avvinti in un rapporto di proporzionalità inversa: «più ci si avvicina alla materialità dell'atto, minore risulta la colpevolezza dell'agente, a causa della sua lontananza dall'elaborazione del disegno criminoso»¹⁷².

Muovendo dall'ipotesi di *duress*, occorre anticipare subito che l'accoglimento di una nozione di necessità valida a escludere la responsabilità per i crimini internazionali ha

¹⁶⁹ Sul tema, in generale, E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte penale internazionale*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2000, 237 ss.

¹⁷⁰ Si veda N. SELVAGGI, *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale. I. Casi e materiali*, 2° ed, Torino, 2010, 56.

¹⁷¹ E. VENAFA, *Lo stato di necessità*, in A. Cassese – M. Chiavario – G. De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 120. In termini analoghi anche E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, cit., 264

¹⁷² E. VENAFA, *Lo stato di necessità*, cit., 120.

richiesto molti anni e significativi sforzi, anzitutto nel senso della composizione delle principali differenze di approccio e di disciplina tra diritto continentale e anglosassone¹⁷³. I concetti di necessità e coazione, tuttavia, erano presenti nella prassi applicativa ben prima della loro positivizzazione espressa: in questo senso, si spiega perché la previsione di una disposizione *ad hoc* nello Statuto di Roma è stata intesa dalla dottrina come «atto finale di codificazione di una regola che si è sviluppata a livello consuetudinario e che ha avuto nella prassi frequente applicazione»¹⁷⁴.

Per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, è significativo che la *ratio* di tale esimente sia stata fatta risalire dagli interpreti all'alterazione del processo motivazionale che l'agente subisce e che conduce a considerare inesigibile una condotta diversa¹⁷⁵. Ciò risulta evidente alla luce della definizione di *duress* di cui all'art. 31, lettera d) dello Statuto di Roma, dove è prevista un'esenzione dalla responsabilità penale in ipotesi in cui «*the conduct which is alleged to constitute a crime within the jurisdiction of the Court has been caused by duress resulting from a threat of imminent death or of continuing or imminent serious bodily harm against that person or another person, and the person acts necessarily and reasonably to avoid this threat, provided that the person does not intend to cause a greater harm than the one sought to be avoided*»¹⁷⁶.

Tale norma incarnerebbe «un paradigma di carattere soggettivo, basato sulla pressione motivazionale esercitata dalla costrizione e sull'impossibilità di esigere dall'agente, in quelle peculiari circostanze, un comportamento diverso»¹⁷⁷. Milita in tal senso anche la declinazione eminentemente soggettiva del bilanciamento imposto dalla norma, che limita l'operatività dell'esimente ai casi in cui l'agente non avesse intenzione di cagionare un danno più significativo di quello che cercava di evitare: una dizione che ha indotto taluno a parlare di una vera e propria «proporzionalità soggettiva»¹⁷⁸.

¹⁷³ E. VENAFARO, *Lo stato di necessità*, cit., 104 ss.

¹⁷⁴ E. VENAFARO, *Lo stato di necessità*, cit., 108. Si veda anche E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 245.

¹⁷⁵ E. VILLANI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, in E. MEZZETTI, *Diritto penale internazionale. II. Studi*, 2^a edizione, Torino, 2010, 196 s., dove si rifiuta però il modello scusante puro, dovendosi sostenere piuttosto la tesi della fattispecie ibrida.

¹⁷⁶ La norma aggiunge, in secondo luogo, che la minaccia può avere fonte umana («*made by other person*») ma anche naturale («*constituted by other circumstances beyond that person's control*»).

¹⁷⁷ E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 253; 260, dove si individua, a fondamento della *defence*, «non tanto la circostanza che la condotta del soggetto possa essere valutata come il minore dei mali possibile, nelle circostanze del caso di specie, quanto piuttosto l'impossibilità di formulare a carico dell'agente un giudizio individualizzato di responsabilità davvero colpevole». Ricollega tale esimente al «momento dell'inesigibilità» E. VENAFARO, *Lo stato di necessità*, cit., 121.

¹⁷⁸ E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 258. Critico, a tal proposito, E. MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, cit., 260.

D'altronde, il rilievo che la scusante della *duress* ha giocato nella giustizia penale internazionale, anche prima di una codificazione vera e propria, si esprime in modo evidente nella combinazione con un altro istituto fortemente problematico, emblema della complessità nascente dall'interrelazione tra la disciplina interna e la dimensione della responsabilità del singolo sul piano internazionale¹⁷⁹: la *defence* di *superior order*¹⁸⁰, quale esimente destinata a venire in rilievo qualora il soggetto giudicato per crimini internazionali sostenga di aver commesso il fatto in ottemperanza ad ordini impartiti da un superiore gerarchico¹⁸¹.

Qui, in particolare, la valorizzazione della coartazione morale del subordinato, in uno con eventuali *mistakes of law*, ha consentito di mitigare il rigore della teoria della c.d. *absolute liability*, che non riconosce all'obbedienza al proprio superiore alcun effetto esimente: secondo l'impostazione sposata dagli Statuti dei principali Tribunali internazionali¹⁸², il subordinato avrebbe sempre il dovere di sindacare la legittimità dell'ordine, dovendo rispondere del crimine internazionale in concorso con il superiore che lo abbia emesso e potendo al massimo godere di un'attenuazione della pena¹⁸³.

A fronte di tale approccio rigoroso, è però emersa in giurisprudenza la tendenza a riconoscere la non punibilità di colui che abbia obbedito all'ordine del superiore in forza di un errore o di uno stato di coazione morale: ne deriva che, in genere, «l'ordine del superiore viene in considerazione non quanto autonoma *defence*, bensì come elemento che, di fatto, può aver contribuito, unitamente ad altre circostanze, al verificarsi del costringimento o dell'errore di diritto»¹⁸⁴.

¹⁷⁹ T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Torino, 2020, 110.

¹⁸⁰ D. PROVOLO, *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2011, 212 ss. Sul tema, si vedano anche Y. DINSTEIN, *The defence of "obedience to superior orders" in international law*, Leyden, 1965, 147; P. GAETA, *La rilevanza dell'ordine del superiore nel diritto internazionale penale*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1998 1, 69 ss.; G. MORGANTE, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in A. Cassese – M. Chiavario – G. De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 149 ss.; A.M. MAUGERI, *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007; F. CECCARONI, *Colpevole d'obbedienza. L'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale*, in *Leg. pen.*, 8 gennaio 2025.

¹⁸¹ Come rilevato da E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 228, si tratta di una delle più frequenti e problematiche eccezioni nel diritto penale internazionale, considerata in particolare «la *qualità dei soggetti agenti* (militari o soggetti comunque inquadrati in sistemi gerarchici), la *tipologia dei crimini* commessi (crimini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità), ed il *contesto* nel quale tali crimini sono commessi (conflitto armato, attacco esteso e sistematico contro le popolazioni civili, intento di distruggere uno specifico gruppo)».

¹⁸² D. PROVOLO, *op. cit.*, 230.

¹⁸³ Si vedano, ad esempio, gli Statuti del Tribunale Internazionale di Norimberga e Tokyo (rispettivamente, art. 8 e art. 6), nonché i Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda (art. 7(4), ICTY St e art. 6(4), ICTR St). Il principio opposto, del c.d. *respondeat superior*, in virtù del quale del reato è chiamato sempre a rispondere solo chi abbia impartito l'ordine, è da tempo e non trova un referente in nessuno degli Statuti dei Tribunali internazionali istituiti in epoca moderna. Si veda D. PROVOLO, *op. cit.*, 229.

¹⁸⁴ D. PROVOLO, *op. cit.*, 239.

Come evidenziato nel caso Erdemović¹⁸⁵, vero e proprio *leading case* in materia, l'ordine del superiore sarebbe da intendersi quale elemento di fatto che può essere valorizzato per provare lo stato di *compulsion* del subordinato, sempre che ricorrano tutti gli elementi costitutivi della *defence* esaminata¹⁸⁶ e si provi che l'agente abbia agito in condizioni di coercizione morale, tale per cui «*a moral choice was not possible*»¹⁸⁷. È soprattutto nella relazione con la condizione di coartazione psicologica del subordinato, nelle ipotesi non rare in cui all'ordine si accompagna una minaccia di ripercussioni in ipotesi di un rifiuto ad obbedire, che si ravvisa l'attinenza al tema dell'inesigibilità.

La sintetica panoramica offerta ha consentito di evidenziare, in definitiva, come il dibattito e la prassi applicativa attorno agli istituti esaminati si siano caratterizzati in senso soggettivo, polarizzando l'esenzione da pena attorno alla concezione di responsabilità personale e alla verifica del coefficiente di colpevolezza del singolo¹⁸⁸.

Anche il *superior order*, a ben vedere, rappresenta un'esimente nella cui interpretazione è prevalso il profilo soggettivo: quando esso si collega alla diversa fattispecie di *duress*, l'esenzione da pena deriva dall'impossibilità morale di agire altrimenti, pena il sacrificio della propria vita o di quella dei propri cari¹⁸⁹; in alternativa, quando non sussiste una condizione di minaccia suscettibile di integrare l'art. 31 lettera d) dello Statuto, la punibilità del subordinato può venir meno se costui ha obbedito ad un ordine vincolante ignorandone il carattere illegittimo, sempre che non si trattasse di un ordine manifestamente criminoso. L'art. 33 dello Statuto di Roma prevede infatti che «*the fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless: (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question; (b) The person did not know that the order was unlawful; and (c) The order was not manifestly unlawful*»¹⁹⁰.

¹⁸⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Erdemović* (It-96-22), *Sentencing Judgement*, 29 novembre 1996, in *Riv. Dir. Internazionale*, 1997, 447 ss., dove l'imputato, accusato di aver ucciso diverse decine persone nel corso di una esecuzione di massa, si difese sostenendo di aver eseguito unicamente l'ordine del superiore al fine di salvare sé e i propri familiari dal pericolo di morte che sarebbe dipeso dal rifiuto. In dottrina, tra i molti, si veda N. SELVAGGI, *op. cit.*, 54 ss. Si veda anche il caso *Tadić* (in *Riv. Dir. internazionale*, 1995, 101 s.).

¹⁸⁶ E. VENAFRO, *Lo stato di necessità*, cit., 110. Si veda anche E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 229, dove si evidenzia come la *duress* venne esclusa in considerazione della particolare offensività delle fattispecie rimesse alla competenza del Tribunale.

¹⁸⁷ Sul c.d. *moral choice test*, Y. DINSTEIN, *op. cit.*, 147 ss.

¹⁸⁸ D. PROVOLO, *op. cit.*, 217 s.; 223 s.

¹⁸⁹ E. AMATI, *Le cause di esclusione*, cit., 252.

¹⁹⁰ La norma, ad ogni modo, esclude l'applicabilità dell'esimente in ipotesi di genocidio o crimini contro l'umanità, sancendo che questi sono da ritenersi sempre «manifestamente illegali» («*For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful*»): tale limitazione, che

Proprio queste ultime considerazioni consentono di sviluppare un parallelismo con la norma che, a livello interno, traduce analoghe esigenze e ha generato, nella dottrina, un interesse non meno significativo di quanto sin qui rilevato: l'art. 51, comma 4, c.p.

3.3. Ritorno alla prospettiva nazionale: l'ordine illegittimo insindacabile ex art. 51 c.p.

A livello nazionale, la disciplina della non punibilità per l'esecuzione dell'ordine illegittimo trova collocazione all'art. 51 c.p.¹⁹¹: dopo aver sancito che, se il fatto di reato è stato commesso per ordine dell'Autorità, di esso risponde sempre colui che ha dato l'ordine (art. 51, comma 2, c.p.), la norma regola la responsabilità del subordinato che abbia dato esecuzione ad un ordine illegittimo, stabilendone la responsabilità salvo errore di fatto sulla legittimità dell'ordine (art. 51, comma 3, c.p.) e per insindacabilità dello stesso (art. 51, comma 4, c.p.).

Dinnanzi ad una disposizione foriera di significative difficoltà, teoriche ed applicative, il profilo che più interessa la presente indagine attiene naturalmente all'art. 51, comma 4, c.p.: l'ordine insindacabile, tradizionalmente limitato ai rapporti di subordinazione militare ed affini¹⁹², dà luogo alla non punibilità del sottoposto che abbia dato esecuzione all'ordine criminoso ed impone di interrogarsi sul fondamento e sulla *ratio* di tale esenzione.

La natura di tale disposizione ha da sempre suscitato vivo interesse tra gli interpreti, divisi tra una lettura giustificante ed una prospettiva meramente scusante. Ove si ritenga che, a fondamento dell'esimente, sia ravvisabile il conflitto tra due interessi pubblici, si può intendere la norma come l'espressione di una causa di giustificazione che trova spiegazione nella prevalenza accordata, nei settori in cui ciò appaia di cruciale importanza, al pronto adempimento degli obblighi del superiore rispetto all'interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata¹⁹³. Il dovere di obbedienza che sorge in contesti in cui la subordinazione ha, per caratteristiche intrinseche, «una rilevanza tale da esigere un

rievoca il dibattito anglosassone circa l'applicabilità della *duress* nei casi di omicidio, rappresenta un limite espresso alla possibilità di scusare la condotta dell'agente.

¹⁹¹ Sul tema, più in generale, S. MESSINA, *L'ordine insindacabile dell'Autorità come causa di esclusione del reato*, Roma, 1942; A. SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957; G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale (1934)*, *Scritti giuridici I*, Padova, 1966; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *op. cit.*

¹⁹² D. PROVOLO, *op. cit.*, 78, secondo cui, peraltro, nemmeno in tali settori sarebbe individuabile un dovere di obbedienza tanto esteso e vincolante.

¹⁹³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 307; 316, dove si rileva che ciò implica prevalenza dell'interesse «ad un pronto adempimento degli ordini non solo sull'interesse generico alla legalità degli atti amministrativi, ma anche sugli interessi particolari di volta in volta lesi dagli atti amministrativi illegittimi: con conseguente obbligo per le vittime di ordini illegittimi (non manifestamente criminosi) di tollerare – nell'immediato – la loro esecuzione, salva la possibilità di far valere – in seguito – l'illegittimità dell'atto mediante i consueti rimedi giuridici»; A. SANTORO, *op. cit.*, 247.

incondizionato e certo adempimento degli ordini, anche a costo di correre il rischio che possa essere commesso qualche reato»¹⁹⁴, condurrebbe in definitiva alla preferenza per la tempestiva esecuzione degli ordini rispetto all'interesse di volta in volta tutelato dalla norma penale.

In dottrina, tuttavia, non manca chi critica tale lettura, principalmente sulla base dell'assunto che, dinnanzi all'unitaria illiceità del fatto di reato realizzato in concorso tra chi impartisce l'ordine e chi lo esegue, la non punibilità di quest'ultimo non potrebbe derivare dal difetto di antigiuridicità, ma unicamente dall'assenza di colpevolezza fondata sulla «situazione personale-soggettiva»¹⁹⁵ in cui si trova ad agire il soggetto subordinato.

Ad opporsi ad una concezione scriminante dell'ordine insindacabile sarebbe inoltre l'assenza di un interesse che possa giustificare il venir meno dell'antigiuridicità, in particolare alla luce della mutata concezione del rapporto autorità-cittadino, che prende oggi le distanze dall'impostazione ideologica del codice Rocco: a configurare la norma in termini scriminanti, cioè, si «finisce per accordare la prevalenza all'interesse all'obbedienza gerarchica, un interesse indubbiamente generico e strumentale [...] alla realizzazione degli interessi 'sostanziali' sottesi all'adozione di un ordine insindacabile. La genericità dell'interesse tutelato conferisce anche un marcato profilo autoritario alla scriminante, nella misura in cui è in fondo l'autorità che emana l'ordine a farsi arbitra del bilanciamento finale degli interessi 'sostanziali'»¹⁹⁶. Di qui la preferenza per una lettura che insista sul dato soggettivo, guardando alla situazione personale dell'esecutore che obbedisce all'ordine impartito.

Ebbene, nel contesto delle ricostruzioni che fondano l'esenzione da pena sulla mancanza di colpevolezza del subordinato, non è mancato chi ha proposto una lettura che poggia proprio sul concetto di inesigibilità, ritenendo impossibile pretendere dal subordinato un «comportamento diverso dall'esecuzione del comando impostogli, dato il contesto (psicologicamente condizionante) di rigorosa sottomissione gerarchica»¹⁹⁷.

Si tratta, in realtà, di una chiave di interpretazione che non convince del tutto: nell'individuare nell'insindacabilità dell'ordine il fondamento della causa di non punibilità

¹⁹⁴ D. PROVOLO, *op. cit.*, 93.

¹⁹⁵ M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 66; T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., 183 s.; R. DOLCE, *op. cit.*, 45. *Contra*, sostenendo che fatto del superiore e del subordinato integrino due autonomi titoli di reato, E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 105.

¹⁹⁶ F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2009, 1052. Analogamente anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 66; F. BELLAGAMBA, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007, 288 ss.

¹⁹⁷ T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *op. cit.*, 30.

in questione, non sembra che il legislatore abbia attribuito rilievo primario al dato motivazionale, insistendo piuttosto sul «ristretto sindacato concretamente ammesso nel singolo caso»¹⁹⁸. Nella situazione descritta dall'art. 51, comma 4, c.p., cioè, il soggetto non sembrerebbe portato all'azione in virtù di un processo motivazionale anomalo in cui permane la consapevolezza dell'antidoverosità del fatto, ma, più radicalmente, in virtù dell'insidiabilità dell'ordine, che comporta che questi ignori «il valore e le conseguenze della propria condotta»¹⁹⁹; motivo per cui la punibilità dell'esecutore rimane ferma, laddove l'agente sia a conoscenza dell'illegittimità dell'ordine²⁰⁰. In questi termini sarebbe spiegabile anche il limite della manifesta criminalità, destinato a operare come «criterio presuntivo di prova circa l'effettiva consapevolezza da parte del subordinato»²⁰¹.

La limitatezza del sindacato individuerebbe, in altre parole, la distanza che separa questa ipotesi dallo schema dell'inesigibilità intesa in senso stretto, quale conseguenza di un processo motivazionale anormale: del resto, se la *ratio* dell'art. 51, comma 4, c.p. poggiasse sulla drammaticità di un rifiuto che, se opposto, comporterebbe conseguenze pregiudizievoli per colui che ne era destinatario, non si vedrebbe perché operare una distinzione tra ordini privati e pubblici, limitando l'effetto di non punibilità ai secondi²⁰². In tali ipotesi, resterebbe eventualmente da valutare se la condotta possa altrimenti ricondursi ad una causa di non punibilità – tipicamente lo stato di necessità o la coazione morale – di chi, posto dinanzi al possibile sacrificio di un proprio bene significativo, abbia deciso di violare la legge penale obbedendo all'ordine criminoso: al pari di quanto accade per la *compulsion* nel diritto penale internazionale, a rilevare non sarebbe l'ordine in sé, ma l'ulteriore circostanza che esso si associ alla minaccia grave di un danno alla persona che condiziona la libertà di scelta dell'agente.

La soluzione al dilemma dell'art. 51, comma 4, c.p. andrebbe quindi individuata nella scusabilità dell'obbedienza all'ordine non manifestamente criminoso; una scusabilità da

¹⁹⁸ L'espressione è di S. MESSINA, *op. cit.*, 45.

¹⁹⁹ R. DOLCE, *op. cit.*, 47 s. E. VENAFRO, *Scusanti*, cit., 167.

²⁰⁰ T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso*, cit., 184; S. MESSINA, *op. cit.*, 93. Nella giurisprudenza, si veda Cass. Pen., sez. V, 11 dicembre 2008, relativa alla perquisizione illegale realizzata, su ordine del maresciallo, da due carabinieri, poi condannati in quanto a conoscenza dell'arbitrarietà della stessa.

²⁰¹ T. PADOVANI, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1987, 487. Di una «attenuata pretesa relativamente all'evitabilità dell'errore di diritto, rappresentata secondo il criterio della manifesta criminalità» parla invece D. PROVOLO, *op. cit.*, 119.

²⁰² Tale esclusione è, invece, pacifica: si vedano A. SANTORO, *op. cit.*, 81. Per una panoramica dei Progetti di riforma del codice penale che, in vario modo, hanno invece disciplinato forme di esclusione della responsabilità per l'esecutore dell'ordine privato, D. PROVOLO, *op. cit.*, 274 ss.

riferire, tuttavia, non tanto all'alterazione motivazionale dell'agente²⁰³ quanto alla sua impossibilità di sindacare l'ordine ricevuto, dunque su un profilo che coinvolge da vicino la componente più strettamente volitiva dell'elemento soggettivo.

In questi termini, la *ratio* dell'esimente si avvicina alla logica della scusabilità dell'ignoranza inevitabile sulla legge penale, e dunque all'inesigibilità quale canone regolativo dell'ordinamento suscettibile di indicare un limite all'obbligo di conoscenza normalmente preteso²⁰⁴.

3.4. Ipotesi dubbie: l'art. 242 cpv c.p., la reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, la provocazione ex art. 599 c.p.

Evidenti profili di affinità con la tematica ora affrontata emergono laddove ci si occupi di un altro istituto, questa volta di parte speciale, che si interessa del conflitto tra doveri che gravano su colui che viola la legge penale: trattasi dell'art. 242, comma 2, c.p. ove è regolata l'ipotesi del cittadino che, trovandosi nel territorio dello Stato nemico durante le ostilità, abbia portato le armi contro lo Stato italiano o comunque prestato servizio presso le forze armate poiché costretto da un obbligo imposto dalla legge dello Stato medesimo.

La questione della natura giuridica dell'esimente risulta però, qui, molto più incerta. A fronte di opinioni favorevoli a ravvisare nell'art. 242 cpv c.p. un'ipotesi speciale di stato di necessità²⁰⁵ o di adempimento del dovere²⁰⁶, non è mancato, in dottrina, chi ha ricondotto tale esimente alla logica dell'inesigibilità²⁰⁷: a giustificare l'esito della non punibilità sarebbe qui la constatazione secondo cui «nella normalità dei casi il legislatore ha opinato che *nulla può fare il cittadino* per sottrarsi all'obbligo impostogli dalla legge dello Stato nemico»²⁰⁸,

²⁰³ Così anche G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 391 che tuttavia riconduce la *ratio* dell'art. 51, comma 4, c.p. alla logica del conflitto insolubile di doveri.

²⁰⁴ D. PROVOLO, *op. cit.*, 112 ss.

²⁰⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 359. A tale proposito, occorre tuttavia rilevare che, quand'anche fosse accettabile configurare l'art. 242 c.p. quale forma speciale dello stato di necessità, sarebbe comunque non risolutivo il richiamo ad un istituto, quale quello ex art. 54 c.p., la cui natura giuridica è così ambigua da non poter giustificare conclusioni certe in merito ad istituti differenti; tant'è che chi argomenta a favore della natura di causa di esclusione della colpevolezza dell'art. 54 c.p. può facilmente ricorrere al medesimo argomento per sostenere la tesi della natura scusante dell'art. 242 c.p.: si veda ad esempio R. DOLCE, *op. cit.*, 39.

²⁰⁶ G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942, 109 s.

²⁰⁷ F. CHIAROTTI, *Cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946, 163 s.; ID. *Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1960, 162; R. DOLCE, *op. cit.*, 37 ss.

²⁰⁸ R. DOLCE, *op. cit.*, 39 s., ove si fa riferimento anche ai lavoratori preparatori del codice, e al rilievo della «incresciosa alternativa nella quale si sarebbe trovato il cittadino italiano emigrato in uno stato estero nella eventualità di una guerra tra questo e lo Stato italiano: o di esporsi agli estremi rigori delle leggi locali, ovvero di esporsi ai rigori non meno gravi della legge penale italiana».

in particolare nelle ipotesi in cui l'agente non possa rifiutarsi di obbedire senza incorrere nel pericolo concreto di sanzioni penali o misure di coazione diretta²⁰⁹.

Non meno variegato risulta, del resto, il panorama di spiegazioni dogmatiche emerso in relazione all'esimente della reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale, *ex art. 393-bis c.p.*²¹⁰: ad una prima tesi, che riconduce la norma alla categoria delle cause di giustificazione²¹¹, quale espressione della «conquista liberale della legittimità/doverosità della resistenza individuale al sopruso»²¹², si contrappone la posizione di chi vi ravvisa una causa di non punibilità per un fatto che rimane tipico, antigiuridico e colpevole²¹³, nonché la lettura, più radicale, della reazione legittima come limite esegetico delle stesse norme incriminatrici richiamate dall'art. 393-bis c.p., rispetto a cui la legittimità dell'operato del p.u. opererebbe quale presupposto implicito o tacito²¹⁴. A simili ricostruzioni, ad ogni modo, si affianca una tesi favorevole a riconoscere natura scusante all'esimente²¹⁵, in virtù della distorsione del processo motivazionale che dà impulso alla reazione del privato e che sarebbe riconducibile, intesa in questi termini, al principio generale di inesigibilità della condotta doverosa.

Conduce a valorizzare la tesi scusante dell'art. 393-bis c.p., quantomeno nelle ipotesi in cui si tratti di valutare una reazione *verbale* del cittadino²¹⁶, anche il parallelismo con la c.d. provocazione, di cui all'art. 599 c.p., che esclude la punibilità del soggetto agente nell'ambito dei delitti contro l'onore. Le cause di non punibilità di cui agli artt. 393-bis e 599 c.p., in effetti, sono state messe in correlazione dalla stessa Corte costituzionale, che ha evidenziato «una sostanziale coincidenza tra l'illegittimità-arbitrarietà del comportamento

²⁰⁹ F. CHIAROTTI, *Cittadino che porta le armi*, cit., 162.

²¹⁰ Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e delle scelte ideologiche implicate nell'esimente in parola, si rinvia a F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 221 ss.

²¹¹ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 247 ss. In precedenza già A. CRESPI, *L'atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità della reazione del privato*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1948, 487 ss.; P. SIRACUSANO, *Reazione ad atto di pubblico ufficiale ed arbitrarietà putativa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973, 937 s.

²¹² G. CIRILLO, *La reazione legittima del privato agli atti arbitrari dei pubblici funzionari (art. 393-bis c.p.)*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2022, 270.

²¹³ In giurisprudenza, si vedano Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1993, Belanzoni, in *Riv. Pen. ec.*, 1994, 67 ss.; in precedenza anche Cass. sez. VI, 7 maggio 1973, Mariani, in *Giust. Pen.*, 1974, II, c. 230; Cass., sez. VI, 9 febbraio 1972, Taucer, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1973, 770.

²¹⁴ G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 633 s.; E. MORSELLI, *La reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Padova, 1966, 87.

²¹⁵ La tesi è esposta in F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, cit., 245.

²¹⁶ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 235, dove si sottolinea anche l'affinità della reazione materiale con la legittima difesa. Lo stesso A. contesta la ricostruzione che, a partire da tale affinità, voglia riconoscere nella reazione verbale una mera scusante e il quella materiale una scriminante, posto che, se pure un parallelismo con l'art. 599 c.p. sia praticabile, questo deve tenere conto della «comune finalità delle diverse forme di reazione di fornire una più intensa tutela della libertà del cittadino nei confronti dell'invasione del pubblico ufficiale, attribuendo al primo un più largo margine di esercizio della censura dell'attività del secondo» (246).

del pubblico ufficiale che ha dato causa alla reazione oltraggiosa del privato e il fatto ingiusto altrui di cui all'art. 599, comma secondo, cod. pen.»²¹⁷; con la conseguenza che, in entrambi i casi, a giustificare la non punibilità sarebbe il rapporto di causalità psichica che lega la reazione del soggetto al fatto ingiusto o all'atto arbitrario.

Così intesa, la *ratio* di simili ipotesi sembrerebbe poggiare sul peso dell'emotività che condiziona l'agire del soggetto, portandolo alla commissione del fatto: del resto, già Carrara, occupandosi di emozioni come l'ira, la provocazione o il "giusto dolore", aveva evidenziato come «il criminalista trova nel delitto commesso a seguito di quell'impulso violento, una minore gravità morale ed una minore gravità politica. Deve quindi attribuirgli per giustizia un peso minore»²¹⁸.

La soluzione di questi casi, ad ogni modo, appare ancora lontana dall'essere pacifica in dottrina e giurisprudenza. È, del resto, la mutata concezione dei rapporti tra autorità e cittadini a indurre, almeno nei casi di cui agli artt. 242 cpv e 393-*bis* c.p., a sposare una soluzione più radicale di quella che voglia escludere la sola colpevolezza in virtù dell'anomalia motivazionale che affligge il singolo nella situazione descritta dalla norma; e ciò anche in virtù delle conseguenze che, da tale qualificazione, deriverebbero sul piano della disciplina pratica. Si pensi alla reazione arbitraria e alla possibilità, per il p.u., di opporre una difesa legittima²¹⁹: sarebbe quantomeno discutibile, in un ordinamento che poggia sui valori democratici, ipotizzare che, a fronte di un atto illegittimo del pubblico ufficiale, il privato possa essere scusato per la propria reazione, mentre la condotta del funzionario, che a sua volta si opponga alla resistenza del cittadino, sia invece da considerarsi giustificata in forza dell'art. 52 c.p.

3.5. L'art 384 c.p.: tra *nemo tenetur se detegere* e *affectio parentalis*

Se, relativamente alle ipotesi finora esaminate, residuano ancora seri dubbi circa la riconducibilità della non punibilità alla logica scusante, legata al rilievo dell'anomalia motivazionale dell'agente, c'è una disposizione che è stata ormai consacrata, anche dalle Sezioni unite della Cassazione²²⁰, come espressione normativa dell'inesigibilità: trattasi

²¹⁷ Corte cost., 23 aprile 1998, n. 140 con nota di R. BARTOLI, *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: del pubblico ufficiale e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e dei privati*, in *Cass. pen.*, 1998, 2825 ss., dove si sottolineano altresì le differenze che connotano le due esimenti.

²¹⁸ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* (1859-1870). *Parte generale*, VII ed., Vol. I, Lucca, 1889, 291. Lo stato d'ira e la provocazione potevano, in alcuni casi, persino scusare l'autore del fatto, come rileva anche P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 48.

²¹⁹ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 252 s.

²²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, Fialova, con nota di F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in

dell'art. 384, comma 1, c.p., dove è disciplinata una causa di non punibilità per i reati di omessa denuncia, omissione di referto, rifiuto di uffici legalmente dovuti, autocalunnia, false informazioni al p.m. o al difensore, falsa testimonianza, falsa perizia o interpretazione, frode processuale e favoreggiamento personale, in tutti i casi in cui l'agente sia stato costretto a commettere il reato «dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Oggi riconosciuta quale scusante “per eccellenza”, l'approfondimento dottrinale di questo istituto ha fatto leva, fino ad un passato non troppo remoto, sulla sua contiguità con lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, di cui l'art. 384 c.p. avrebbe costituito un'ipotesi speciale, derogando ai requisiti della non volontarietà del pericolo, della evitabilità altrimenti dello stesso²²¹, nonché della proporzione. Dalla qualificazione come ipotesi speciale di necessità discendeva la classificazione in termini di causa di giustificazione e le conseguenze sul piano applicativo che questa opzione porta con sé²²².

La soluzione opposta²²³, fondata sulla natura scusante della causa di non punibilità, ha però preso il sopravvento e merita di essere preferita: essa trova conforto, da una parte, nell'evidente eterogeneità dei beni in gioco, che rende inconferente la logica del bilanciamento di interessi²²⁴ e, dall'altra, nelle conseguenze pratiche derivanti dalla qualificazione in termini di causa personale di non punibilità, non suscettibile di essere

Sist. Pen., 22 marzo 2021; F.P. BISCEGLIA, *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sist. Pen.*, 20 maggio 2021; A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sist. Pen.*, 22 giugno 2021; S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 1 ss. La pronuncia verrà approfondita *infra*, Cap. 3.

²²¹ Cass. Pen., Sez. VI, 15 dicembre 1982, n. 2537; Cass. Pen., 26 aprile 1985, in *Riv. pen.*, 1986, 107.

²²² M. PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, 244. In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 1991. *Contra*, M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, 66 ss.; R. DOLCE, *op. cit.*, 64, dove peraltro si afferma la comunione di *ratio* degli artt. 54 e 384 c.p., entrambi fondati proprio sull'inesigibilità della condotta.

²²³ R. DOLCE, *op. cit.*, 35 ss.; G. FLICK, *L'esimente speciale dell'art. 384 comma 1 c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, 218 ss.; P. SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Giust. Pen.*, 1976, II, 68 ss.; F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 307 ss. In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. III, 26 marzo 2003, n. 23916, in *Dir. e giust.*, 2003, 25, 47. Una tesi differente, volta a ricondurre la scusante a «elemento di atipicità del soggetto del fatto individuato», è sostenuta da D. FALCINELLI, *op. cit.*, 937.

²²⁴ Come rileva E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, *cit.*, 101, si tratterebbe di un caso eccezionale di risoluzione in via legislativa del conflitto tra interessi pubblici e privati: con la conseguenza che «la “proporzione” non compare come requisito perché il conflitto è già risolto dal legislatore in termini di prevalenza di uno dei due interessi in conflitto ed è anche improprio, perché i termini del raffronto sono già in astratto incomparabili». Ciò, in particolare, alla luce dell'evoluzione che ha connotato l'istituto della famiglia, che avrebbe perso la connotazione di istituzione di diritto pubblico bilanciabile con l'interesse all'ordinata amministrazione della giustizia: si veda E. BENATO, *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *DisCrimen*, 27 aprile 2021, 9 ss.

comunicata ai concorrenti²²⁵. Come rilevato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, «l'attenzione del legislatore si rivolge qui alla particolarità della situazione soggettiva vissuta dall'agente, che gli impedisce un normale procedimento di motivazione, ma non elimina il contenuto di disvalore oggettivo del fatto»²²⁶.

Tale lettura poggia sulla constatazione degli interessi, particolarmente pregnanti e significativi, che potrebbero essere compromessi ove l'agente non si determinasse a realizzare il reato contro l'amministrazione della giustizia²²⁷: al cospetto di beni quali l'onore e la libertà, afferenti alla sfera più intima e personale del singolo, risulta in effetti ipotizzabile la produzione di una peculiare pressione motivazionale, suscettibile di spiegare – e scusare – il gesto criminoso, pur in assenza di proporzione rispetto all'interesse, a rilevanza pubblicistica, della corretta amministrazione della giustizia²²⁸.

Anche la limitazione della sfera di soggetti a favore dei quali l'agente può commettere la condotta scusata evidenzia considerazioni analoghe: la limitazione alla cerchia più ristretta di familiari induce infatti a valutare l'impatto della drammaticità della situazione in cui si trova chi debba scegliere se rispettare la legge penale anche a costo di sacrificare la libertà e l'onore di un proprio caro. La *ratio* della esimente sarebbe dunque identificabile nel duplice rilievo dell'istinto di autoconservazione e nella solidarietà familiare²²⁹.

Anche altri ordinamenti, del resto, contemplano forme di esenzione analoghe: basti pensare alla fattispecie di cui al § 258 del StGB²³⁰ o all'art. 454 del codice penale spagnolo²³¹. Quanto al primo, la norma prevede che non sia punibile chi pure abbia realizzato la condotta vietata, laddove agisca per la propria impunità, impedendo l'esecuzione di una pena o altra misura diretta a sé. Il successivo Abs. 6 estende l'area della non punibilità al fatto commesso a beneficio di un parente: analogamente a quanto avviene in Italia, si evidenzia qui il duplice

²²⁵ In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. III, 1° dicembre 2009, n. 49826. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 355. Per una disamina del contrasto, si vedano anche N. PISANI, *Casi di non punibilità*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 603; E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? cit., 28 s., che propende per una soluzione "mista".

²²⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 355.

²²⁷ Ravvisa il fondamento dell'esimente nel «portato della situazione esistenziale del singolo, al quale l'ordinamento riconosce efficacia, giudicandolo non punibile, in quanto scusato» M. MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur se detegere in senso sostanziale*, in *DisCrimen*, 14 ottobre 2021, 4.

²²⁸ Come rilevato da A. MOLARI, *op. cit.*, 107 si tratterebbe qui, per giunta, di un interesse privato illegittimo.

²²⁹ N. PISANI, *Casi di non punibilità*, cit., 602. Sul tema, rileva la eterogeneità di *rationes* sottese alla non punibilità ex art. 384 c.p., A. SPENA, *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, c.p.)*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, 145 ss.

²³⁰ Lo evidenzia apertamente T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 147-148.

²³¹ «*Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del artículo 451*».

rilievo dell'istinto di autoconservazione e dell'intensità dei legami familiari sul piano dei contro-motivi sufficienti ad escludere la punizione per il fatto²³².

Anche l'art. 454 del codice penale spagnolo, ove è disciplinato il c.d. *encubrimiento entre determinados parientes*, è ricondotto apertamente dalla dottrina ad una ipotesi di *no exigibilidad de otra conducta*²³³. A tal proposito, appare particolarmente interessante rilevare come la disposizione escluda espressamente dall'ambito di rilevanza dell'esimente le ipotesi di favoreggiamento descritte al numero 1 dell'art. 451 CP: la norma, che elenca le varie forme di favoreggiamento punibili, descrive al numero 1 l'ipotesi in cui taluno aiuti gli autori del reato a conseguire il profitto, il prodotto o il prezzo, senza fine di lucro personale. Anche questa esclusione risponde alla logica dell'inesigibilità, essendosi rilevato che, se certamente non si può esigere che il parente denunci o non aiuti il responsabile di un reato – magari occultando il corpo del delitto, aiutando l'autore del reato ad eludere le indagini o a sottrarsi alla cattura²³⁴ – certamente si può pretendere che costui non collabori alla consumazione effettiva del fatto o al conseguimento del provento da parte del soggetto attivo²³⁵: in ciò sarebbe ravvisabile un parallelismo con l'ordinamento italiano, nella misura in cui concepisce l'esimente rispetto al favoreggiamento personale, non anche a quello reale.

In relazione a questo ed altri profili della disciplina nazionale, resta in effetti l'impressione che, con l'art. 384 c.p., «il legislatore [abbia] compiuto scelte ben precise e ponderate in ordine alle condotte penalmente rilevanti suscettibili di essere scusate in

²³² D. DONNER, *Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte*, Frankfurt a.M., 2007, 27. Non dissimile, in questo senso, la *ratio* del §139, Abs. 3, StGB laddove è prevista la non punibilità per colui che ometta la denuncia a carico di un parente, a cui si affianca, sempre ai sensi del comma 3, l'esenzione per le figure professionali dell'avvocato, del medico, dello psicologo e i rispettivi collaboratori, e quella per il religioso, ai sensi del §139, Abs. 2, StGB, i quali siano venuti a conoscenza del fatto nell'esercizio della propria funzione. Sulla qualificazione giuridica di simili cause di non punibilità, a ben vedere, la dottrina appare divisa: come rileva A. SCHLEE, *op. cit.*, 268 s., taluni vi ravvisano una causa che esclude della tipicità, mentre altri argomentano a favore di un'esclusione di antigiuridicità o di colpevolezza. Se ci si sofferma sul tenore letterale delle singole ipotesi, si può quantomeno evidenziare una differenza di fondo tra queste. Per i parenti, invero, la norma sembrerebbe configurare una mera esenzione da pena di carattere personale, e non anche una delimitazione della tipicità dell'obbligo, che rimarrebbe tale anche in capo al soggetto in rapporto di parentela con colui che dovrebbe essere denunciato: la disposizione stabilisce infatti che il soggetto che versa in tale situazione “*ist straffrei*”. Viceversa, nei casi relativi alle figure professionali venute a conoscenza del fatto in virtù delle proprie funzioni, la norma si esprime nel senso di una limitazione dell'obbligo (“*ist nicht verpflichtet*”), circostanza che induce a ricondurre tali ipotesi ad uno schema in cui «il conflitto di doveri è già stato risolto a priori dal legislatore, che delimita l'obbligo di denuncia già al momento di definire i contorni della fattispecie»: insiste proprio sull'argomento letterale G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 277 s.

²³³ G. QUINTERO OLIVARES, *Art. 454*, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, II, Pamplona, 2016, 1494.

²³⁴ Queste, in particolare, le ipotesi descritte ai numeri 2 e 3 dell'art. 451 CP.

²³⁵ G. QUINTERO OLIVARES, *sub art. 454*, cit., 1495. L'importanza dei rapporti di parentela è inoltre presa in considerazione, nell'art. 425 CP, per ridurre la pena in caso di corruzione realizzata per aiutare un proprio congiunto, imputato in un procedimento penale: si veda G. QUINTERO OLIVARES, *Parte general*, cit., 331 s.

presenza della necessità di sottrarsi ad un grave danno alla libertà o all'onore, espressamente escludendo condotte di particolare gravità – come, ad esempio, la calunnia – le quali pure potrebbero essere commesse, in concreto, allo scopo di evitare la *propria* incriminazione»²³⁶. Senza anticipare le riflessioni che verranno svolte relativamente all'ammissibilità di estensioni analogiche della norma²³⁷, sembra significativo segnalare sin d'ora come si tratti, anche in questo caso, di un giudizio almeno in parte condizionato da valutazioni di opportunità politica e di accettabilità sociale, tanto sul profilo dell'estensione soggettiva quanto sul fronte dell'ambito di applicazione oggettivo della fattispecie.

Quanto al primo, la norma appare vincolata alla nozione di prossimo congiunto, ex art. 307, comma 4, c.p., che, a seguito dell'interpolazione ad opera del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, ricomprende oggi ascendenti, discendenti, coniugi e parti di unione civile, fratelli e sorelle, affini nello stesso grado, zii e nipoti. Doppia limitazione, invece, l'ambito oggettivo di rilevanza dell'esimente: tanto sul versante dei beni presi in considerazione dalla norma – onore e libertà – quanto sull'ampiezza del catalogo dei reati scusabili – artt. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-*bis*, 371-*ter*, 372, 373, 374 e 378 c.p.

Sul punto, a ben vedere, si registra in giurisprudenza una tendenza ad estendere l'art. 384 c.p. anche a casi di pericolo di lesione dell'integrità fisica²³⁸, mentre netta è la chiusura nei confronti dei beni di rilievo economico²³⁹; parimenti, giurisprudenza e dottrina appaiono compatte nel negare spazio all'esimente in relazione a reati ulteriori rispetto a quelli tassativamente elencati dalla norma²⁴⁰.

Si torna così a sdrammatizzare la centralità dell'impulso motivazionale anomalo, per affiancarlo e completarlo con la valutazione normativa di rilevanza etico-sociale riconosciuta ai motivi che sorreggono l'azione e alla tollerabilità delle conseguenze che ne discendono: se non vi è dubbio che anche chi commetta il reato di calunnia per salvarsi da una condanna potrà dire di essersi sentito costretto a far ciò dalla pressione motivazionale su di lui esercitata

²³⁶ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 303.

²³⁷ V. *infra*, Cap. 3.

²³⁸ Cass. Pen., Sez. V, 9 aprile 2009, n. 26606; Cass. Pen., Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 4239. *Contra*, ritenendo applicabile al più l'art. 54 c.p., Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2006, n. 12799, in *Cass. Pen.*, 2007, 9, 3299; Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2008, n. 26560, in *Cass. pen.*, 2009, 9, 3459.

²³⁹ N. PISANI, *Casi di non punibilità*, cit., 605. In giurisprudenza, si veda Cass. Pen., Sez. VI, 10 ottobre 2008, n. 40975, in *Cass. pen.*, 2010, 1, 226.

²⁴⁰ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 4 maggio 2022, n. 17705, dove si legge che «il legislatore ha espressamente escluso l'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 384, comma primo, cod. pen., in considerazione degli interessi che la commissione di tale reato lede, potendosi attraverso la sua commissione, ad un tempo, intralciare la corretta amministrazione della giustizia e porre in pericolo la libertà e l'onore di persone che il soggetto sa essere innocenti rispetto all'accusa nei loro confronti formulata». In precedenza anche Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 21789.

da tale eventualità, qui è l'ordinamento ad aver indicato chiaramente il limite alla comprensibilità umana del gesto²⁴¹.

Altrettanto sembrerebbe valere per il reato di false comunicazioni sociali ex artt. 2621 e 2622 c.c.: l'indirizzo favorevole a riconoscere nel *nemo tenetur* un motivo sufficiente ad estendere l'ipotesi di non punibilità anche al reato di falso in bilancio²⁴² è stato ormai ampiamente smentito²⁴³, in virtù della natura eccezionale delle ipotesi previste dall'art. 384 c.p.²⁴⁴ e della valenza solo processuale del divieto di auto-accusarsi²⁴⁵.

3.5.1. (Segue) Il confronto con gli artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p.

I ragionamenti svolti dalla giurisprudenza in relazione alla natura del soccorso giudiziario ex art. 384 c.p. sarebbero replicabili, secondo una parte della dottrina, anche con riguardo alle norme che escludono la rilevanza penale dell'assistenza prestata ai partecipi di cospirazione o banda armata, o un'altra associazione per delinquere, laddove la condotta sia posta in essere da un congiunto dell'associato, ex artt. 307, comma 3, e 418, comma 3, c.p.²⁴⁶: in simili casi, il legame familiare tra l'autore del fatto e il destinatario dell'assistenza fonderebbe la scusabilità delle condotte di chi abbia dato rifugio o fornito vitto, ospitalità,

²⁴¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 331 s., dove si parla di «limiti di tollerabilità sociale» a cui le scusanti sarebbero sottoposte.

²⁴² Si veda ad esempio Cass., pen., Sez. III, 21 gennaio 1987, 2906 in *Cass. pen.*, 1988, 379 ss., dove la Cassazione aveva sostenuto che «le false attestazioni [...] pur rientrando formalmente nella previsione normativa non sono punibili perché nessuno può essere obbligato a fornire – attraverso la scritturazione nei libri sociali – prove a suo carico di reati commessi»; ma anche Cass., Sez. I., 14 marzo 1989, n. 8767. In dottrina, D. PULITANO, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1281 ss.; A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss.; M. ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 184 ss.; G. FORNASARI, «Nemo tenetur se detegere» sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.

²⁴³ Cass. pen., Sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245; Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 1995, in *Cass. pen.*, 1996, 2780 ss.

²⁴⁴ M. MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur*, cit., 6. Riflette sulla particolare «prossimità delle fattispecie delittuose citate dall'art. 384 c.p. al bene giuridico del corretto governo dell'attività giudiziaria», e dunque sul «rapporto sinallagmatico tra il fatto commesso e la parabola giudiziale di accertamento della responsabilità penale» S.M. SCORCIA, *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Leg. Pen.*, 7 settembre 2022, 24 s.

²⁴⁵ F. BELLAGAMBA, *op. cit.*, 324 ss. Ma si veda anche A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità*, cit., 542 ss. dove si afferma che la non punibilità non potrebbe scaturire dal diritto di difesa ex art. 24 Cost., né dall'applicazione della disciplina di cui agli artt. 54 e 384 c.p., né tantomeno in virtù di un ragionamento analogico che riconosca l'esistenza di una scusante implicita, tratta direttamente dall'idea di inesigibilità. Sul tema, in generale, si vedano D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, nonché, più di recente, E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio: riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022.

²⁴⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 357-358; analogamente M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67; ID., *Giustificazione e scusa*, cit., 51.

mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluno dei membri di un'associazione vietata tra quelle richiamate dalle due norme.

L'argomento contrario fonda essenzialmente sulla formulazione letterale di tali disposizioni, che induce a ritenere non necessaria la prova – né, a monte, l'effettiva sussistenza – di un'alterazione motivazionale fondata sul rapporto di parentela²⁴⁷, portando a qualificare queste ipotesi alla stregua di cause di non punibilità *tout court*, o cause di esclusione personale della pena²⁴⁸. Manca qui, in effetti, ogni riferimento alla necessità di salvataggio di un bene significativo dei propri cari; secondo taluno, perciò, in assenza di una norma che precisi in modo chiaro, come fa l'art. 384 c.p., quali sono i motivi che inducono il soggetto a infrangere la legge penale, si ricadrebbe in un'ipotesi estranea alla categoria delle scusanti²⁴⁹.

Sembra tuttavia preferibile sostenere che anche queste norme, al pari dell'art. 384 c.p., si fondino sul rilievo dell'*affectio parentalis*, e dunque di un impulso c.d. da relazione²⁵⁰, a tutela di un rapporto qualificato tra l'agente e un soggetto terzo. Nella previsione della causa di non punibilità non sarebbe infatti ravvisabile una mera scelta di opportunità politica del legislatore, come quella condensata all'art. 649 c.p., dove l'assenza di punizione del soggetto che abbia commesso un reato contro il patrimonio all'interno della propria sfera familiare deriva dalla preferenza accordata all'unità del nucleo, in cui la sanzione potrebbe provocare una frattura irreparabile²⁵¹. Mentre nell'art. 649 c.p. il rapporto di parentela non impatta sul reato «come una circostanza motivante [...] suscettibile di un apprezzamento in senso favorevole della condotta esplicita, quanto semmai – e tutt'al contrario – come sintomo di un atteggiamento meramente “opportunistico”, fondato sullo “sfruttamento” di una relazione affettiva [...] insuscettibile di una valutazione in termini di “scusa”»²⁵², nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 307 e 418 c.p. «i rapporti ivi contemplati ben *possono* venire concepiti come un fattore comunque apprezzabile nell'ottica del processo di motivazione»²⁵³.

A spiegare tale posizione contribuirebbe anche una riflessione improntata sulla contrapposizione di fondo tra ordinamento e singolo, che si atteggia diversamente a seconda

²⁴⁷ Al proposito, G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, cit., 631, parlava di una «presunzione assoluta, fondata sull'esistenza di un rapporto di parentela tra l'autore del fatto e il partecipe». Sul punto, si vedano anche M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67; D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 208; E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 102; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 292.

²⁴⁸ G. PISAPIA, *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, 48; E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 100;

²⁴⁹ E. VENAFA, *Scusanti*, cit., 174.

²⁵⁰ D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 43.

²⁵¹ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 33.

²⁵² G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 44.

²⁵³ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 44.

delle ipotesi in parola. In tutte i casi di assistenza o salvataggio di un proprio caro, a ben vedere, emerge il rilievo di una logica “lealista”, che connota le comunità di vita in cui il soggetto normalmente risiede e induce costui a violare l’interesse pubblico di volta in volta tutelato dalla norma penale in nome dell’*affectio parentalis* che lo lega alle persone a sé più care, contrapponendosi alla logica “universalista” dello Stato²⁵⁴. È la morale lealista ad imporre al singolo, in particolari situazioni di emergenza, di attivarsi a protezione della propria persona o della cerchia dei propri cari: e ciò sembrerebbe vero tanto per l’art. 384 c.p. quanto per gli artt. 307 e 418 c.p. Viceversa, nell’art. 649 c.p. la contrapposizione risulterebbe ribaltata: la preferenza espressa dall’ordinamento, anche a costo del sacrificio di un interesse della persona offesa – patrimoniale, certo, ma pur sempre individuale – si spiega a vantaggio di una comunità, quella familiare, tutelata in quanto espressione di interessi pubblicistici, in una concezione sicuramente anacronistica ma che non smette di fondare la norma di cui si tratta²⁵⁵.

Così intese tali disposizioni, la distanza tra questi istituti e l’art. 384 c.p. sembrerebbe attestarsi solo sul piano della tecnica legislativa prescelta a livello normativo: gli artt. 307 e 418 c.p. rappresenterebbero casi di esclusione della colpevolezza in cui l’esimente «si applica pur sempre in ragione di elementi oggettivi, ed in particolare della considerazione normativa di taluni rapporti intersoggettivi, senza che tuttavia ciò comporti la totale irrilevanza di un pur minimo coefficiente psicologico reale, consistente nella *rappresentazione del “presupposto” fattuale della scusa*»²⁵⁶.

²⁵⁴ La distinzione è elaborata da L. WORTMANN, *op. cit.*, 88 ss., in relazione al §35 StGB: da una parte, ci sarebbe lo Stato che, per ragioni di ordine sociale, di uguaglianza e giustizia, poggia su valori universalistici e non può sbilanciarsi a favore dell’aggressore rispetto al terzo, destinatario dell’offesa nella situazione di emergenza, salvo abdicare in modo inaccettabile la propria funzione; dall’altra, si troverebbe invece l’individuo, che risponde ad una morale “lealista” che guarda più a sé e alle conformazioni sociali a lui prossime che alla comunità giuridica. A partire da queste premesse, l’A. spiega la connotazione solo scusante dell’emergenza nel § 35 StGB: lo Stato non potrebbe mai ritenere legittima quella che, per la vittima che la subisce, rappresenta una ingiustizia, ma, al tempo stesso, la dovrebbe ritenere scusata sul presupposto della lealtà del singolo verso la propria comunità.

²⁵⁵ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni svolte in Corte cost., 5 novembre 2015, n. 223 nonché, in dottrina, a R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, 1623 s., dove nondimeno si offre una lettura “moderna” fondata sulla necessità «di far prevalere l’interesse alla riconciliazione (e quindi ad un’unità reale ed effettiva basata sugli affetti) su quello individuale della punizione». Sulla contrapposizione tra l’art. 649 c.p. cui sarebbe attribuibile «una natura per così dire sociale e comunitaria», e l’art. 384 c.p., connotato invece da una logica «individualistica e psicologica» si esprime anche F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit. Ma si veda anche Corte cost., 25 luglio 2000, n. 352 ove si legge che l’art. 649 c.p. «protegge l’istituzione familiare [...] anche ad eventuale discapito del singolo componente, il quale viene privato della tutela penale offerta dalle norme incriminatrici poste a presidio del patrimonio pure se abbia, nel caso concreto, un personale interesse alla punizione del colpevole», nonché, più di recente, Corte cost., 7 ottobre 2015, n. 223. Espressamente motivata sull’anacronismo della norma appare anche la recente proposta legislativa (A.C. 1991) volta alla eliminazione della causa di non punibilità, con previsione del regime di procedibilità a querela per i fatti realizzati a danno di un familiare.

²⁵⁶ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 291.

A differenza di quanto avviene nell'art. 384 c.p., dove «la scusa richiede la positiva verifica sia degli aspetti oggettivi, che di quelli attinenti ai motivi quali dati psichico-fattuali»²⁵⁷, qui si potrebbe del tutto prescindere dall'indagine sul processo motivazionale che ha indotto alla commissione del reato, potendo tale processo essere dato per presunto, sulla base di specifici indici normativi²⁵⁸: in altri termini, nelle ipotesi di assistenza al proprio caro «la “mozione degli affetti” è presa in considerazione dalla legge in termini presuntivi di alterazione del quadro motivazionale»²⁵⁹. Di qui il nesso evidente con la tematica dell'inesigibilità, supportato dalla constatazione della profonda normatività di cui il concetto è evidentemente intriso²⁶⁰.

Ancor più chiara, in questo senso, la *ratio* dell'art. 4-*bis* della L. n. 82/1991, nella parte in cui sancisce la non punibilità, per favoreggiamento reale, di chi si sia adoperato per far avere ai responsabili di sequestro di persona a scopo di estorsione il prezzo per la liberazione di un proprio congiunto²⁶¹: anche qui la norma non condiziona l'esito di non punibilità alla presenza di uno stato di alterazione motivazionale, ma si può agevolmente ritenere che la *ratio* dell'esimente sia da individuarsi nella drammatica condizione di chi, dinnanzi alla prospettiva della liberazione di un proprio caro, infranga la norma penale che impedisce di corrispondere ai sequestratori quanto da questi richiesto. Pur a fronte di un comportamento volontario e consapevole, è qui evidente che l'ordinamento non può muovere un rimprovero al soggetto agente e, dunque, che ci si trovi dinnanzi ad un'esimente fondata sulla non esigibilità della condotta doverosa.

Ad accomunare tutte queste ipotesi e l'art. 384 c.p., in definitiva, è pur sempre la direzione della condotta criminosa *a favore* di un prossimo congiunto: il rapporto di prossimità viene inteso come indice dell'alterazione motivazionale – talora presunta, talora da provare attraverso il requisito della costrizione – che spinge taluno ad adoperarsi per i

²⁵⁷ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 299.

²⁵⁸ G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 45; P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 292 s.; M. ROMANO, *Cause di giustificazione*, cit., 67; ID., *Giustificazione e scusa*, cit., 51 s., dove si porta l'ulteriore esempio dell'art. 19, comma 5, l. n. 194/1078, che, nell'escludere la punibilità per la donna, minore di anni diciotto, che abbia richiesto un aborto senza l'osservanza delle modalità prescritte dalla legge, darebbe rilievo alle peculiari condizioni in cui si trova l'agente anche a prescindere dall'accertamento di un turbamento emotivo della donna.

²⁵⁹ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 302, in cui si parla anche di un «automatismo», tale per cui «l'effetto della “non punibilità” scatta al *solo* ricorrere del rapporto di parentela». Si veda anche D. FALCINELLI, *op. cit.*, 911, ove l'A. ritiene peraltro tale presunzione apparentemente incompatibile con la logica e la natura dell'inesigibilità.

²⁶⁰ Così G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 45 sulla categoria delle scusanti e, nello specifico, sull'art. 384 c.p.

²⁶¹ È l'art. 1, comma 4, della medesima legge, a sancire espressamente la punibilità ai sensi del reato ex art. 379 c.p. di colui che si adopera, con qualsiasi mezzo, al fine di far conseguire agli autori del delitto medesimo il prezzo della liberazione della vittima. Sulla natura dell'esimente relativa al prossimo congiunto, si veda F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 305.

propri familiari anche laddove questo significhi agire in violazione delle norme dell'ordinamento penale. Di qui la differenza rispetto all'art. 649 c.p., dove la relazione di parentela lega autore e vittima del reato e appare, per questo, più direttamente riferibile ad una scelta avulsa dalla considerazione dell'anomalia motivazionale in capo all'agente; in simili casi, cioè, la non punibilità si può spiegare solo quale opzione politico-criminale, eccezionale e di mera opportunità.

3.6. Il nuovo art. 55, comma 2, c.p.

Merita un approfondimento in questa sede, da ultimo, anche l'esimente di cui all'art. 55, comma 2, c.p., di recente introduzione: alla L. 26 aprile 2019, n. 36²⁶², intervenuta in modo incisivo sulla disciplina della legittima difesa, si deve infatti la previsione di una nuova causa di non punibilità per l'eccesso colposo che derivi da un'aggressione domestica e in cui la reazione dell'agente, a protezione della propria o altrui incolumità, sia connotata da grave turbamento o dalla condizione di minorata difesa in cui si trova colui che si difende.

La modifica, auspicata da tempo in dottrina per la necessità di “umanizzare” il bilanciamento tra offesa e reazione nel contesto di per sé problematico della legittima difesa²⁶³, risulta almeno in parte ispirata a ordinamenti vicini all'Italia, che da tempo prevedono la non punibilità della reazione difensiva eccessiva in ipotesi di turbamento emotivo dell'agente. Si prenda, in particolare, il sistema tedesco, dove l'eccesso in legittima difesa è codificato espressamente al § 33 StGB²⁶⁴: la norma prevede che non sia punito l'agente che eccede i limiti della difesa legittima a causa dello stato di sconvolgimento emotivo, di timore o di spavento causato dall'aggressione.

La formulazione dell'art. 55 c.p. appare però almeno in parte distaccarsi dal referente tedesco, nella misura in cui evidenzia commistioni tra dati oggettivi e soggettivi²⁶⁵: quali

²⁶² Per tutti, sul tema, D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020, 292 ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019, 1 ss.; si veda altresì L. ROSSI, *La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. Cont.*, 2021, 1, 315 ss.

²⁶³ F. CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. Pen.*, 2018, 3, 13 ss. Si vedano anche le riflessioni di G. CARUSO, *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di ‘liceità’ e cause di ‘scusa’*, in *Arch. pen.*, 3/2018, nonché D. PULITANÒ, *Legittima difesa. Fra retorica e problemi reali*, *Dir. pen. contemporaneo – Riv. trim.*, 2017, 4, 265 s.

²⁶⁴ Sul tema, in ottica comparata rispetto al §33 StGB, D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 312 ss. Analogie sono ravvisabili, inoltre, con il §3, comma 2 del codice penale austriaco e l'art. 16 del codice penale svizzero: M. DOVA, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019, 54 s.

²⁶⁵ F. BACCO, *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 57; R. BARTOLI, *Verso la “legittima offesa”? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 22; D. PIVA, *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per “grave turbamento”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 5, 656 ss.

condizioni alternative per l'operatività dell'esimente, infatti, la norma contempla sia il grave turbamento emotivo, sia la minorata difesa. A tal proposito, la dottrina ha immediatamente evidenziato l'incongruenza sottesa ad una formulazione che, nella minorata difesa, individua non tanto il requisito oggettivo da correlare all'insorgenza del turbamento emotivo, quanto una condizione alternativa e sufficiente di per sé ad integrare l'esimente²⁶⁶.

Nel tentativo di offrire una lettura adeguata alla norma, si è allora evidenziato che «sul presupposto che l'agredito accusi una posizione di debolezza, sarebbe possibile assumere – per massima di esperienza – che il medesimo soggetto non sia ordinariamente in grado di contenere la misura della propria reazione»²⁶⁷. La condizione di inferiorità in cui versa l'agredito potrebbe perciò dirsi sintomatica di una minore rimproverabilità, stante la condizione di inferiorità anche psico-emotiva che determinate condizioni di contesto – si pensi all'ora notturna dell'aggressione o al luogo isolato in cui essa si consumi, nonché ai fattori personali legati all'età dell'agredito o allo squilibrio di forze rispetto all'aggressore²⁶⁸ – sono normalmente capaci di innescare: e ciò sarebbe comunque da accertare in virtù del nesso eziologico che deve sussistere tra minorata difesa e eccesso difensivo²⁶⁹. Sarebbe così possibile tornare ad ancorare la norma ad una spiegazione in termini scusanti, fondata sulla difficoltà dell'agente di difendersi e «misurabile in base a un parametro normativo di capacità reattive, dato dalle conoscenze ed esperienze correnti nella comunità di riferimento»²⁷⁰.

Meno problematico risulta, da questo punto di vista, il richiamo allo stato di grave turbamento emotivo, derivante dalla situazione di pericolo in cui si trova l'agente e suscettibile di incidere sulla rimproverabilità di chi abbia ecceduto nella reazione. A preoccupare la dottrina sarebbe qui, piuttosto, una certa vaghezza del dato normativo che, oltre a non distinguere tra reazioni emotive di tipo astenico e stenico²⁷¹, insiste su profili psichici di difficile accertamento, tanto sul versante della serietà dello sconvolgimento

²⁶⁶ D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 305, dove si sottolinea la differenza rispetto al progetto Pisapia del 2007, che «legava la rilevanza esimente del turbamento emotivo alla *concomitante* ricorrenza di una situazione *oggettiva* di pericolosità per interessi rilevanti della persona, maturata in contesti di evidente maggiore difficoltà difensiva».

²⁶⁷ D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 307.

²⁶⁸ Criticamente L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. Pen.*, 28 giugno 2019, 11, e ancora, di recente, EAD., “*In me la passione è più forte della ragione*”. *Un'analisi dei rapporti tra emozioni e colpevolezza*, in *Leg. Pen.*, 9 luglio 2024, 12 dove si avanza il dubbio che i fattori personali diversi dall'età siano meglio inquadrabili nel concetto di grave turbamento.

²⁶⁹ L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 11.

²⁷⁰ D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 308.

²⁷¹ Le prime sarebbero tipicamente quelle legate a stati di paura o timore, mentre le seconde si assocerebbero ad emozioni aventi un effetto di rafforzamento, come ira o rabbia: M. DOVA, *op. cit.*, 55 ss., dove l'A. esamina, anche in chiave critica, la distinzione suddetta.

emotivo quanto su quello della derivazione causale dalla condotta dell'intruso²⁷². Del tutto condivisibilmente, perciò, si è sottolineata la necessità di una lettura stringente, che valorizzi i riscontri oggettivi suscettibili di innescare lo stato di turbamento emotivo necessario a scusare l'agente²⁷³, così da attenuare il rischio di applicazioni disomogenee e apodittiche²⁷⁴: del resto, si è fatto notare che «l'istituto del 'grave turbamento' nasce con l'intento di dare rilevanza non a un'anomalia del soggetto, bensì all'anomalia della situazione. Il presupposto della scusa è che in determinati contesti sia normale che un soggetto subisca uno *stress* emotivo tale da non consentirgli un'adeguata valutazione della situazione e, conseguentemente, delle azioni da svolgere per difendersi»²⁷⁵.

Concepita in questi termini, la nuova esimente codificata all'art. 55, comma 2, c.p. è stata immediatamente posta in relazione alla tematica dell'inesigibilità²⁷⁶, «da intendersi come situazione di conflitto motivazionale indotto da fattori esterni che, pur non inficiando la 'comprensione normativa della situazione' da parte del soggetto, ne condizionano in modo determinante la libertà di scelta. [...] Il fatto rimane tipico e antigiuridico, dando luogo a una forma di 'colpa non punibile': l'esito pratico, ispirato da una sorta di empatia dell'ordinamento verso il soggetto aggredito, mantiene ben fermo un riconoscimento di illiceità della reazione 'oltre le regole'»²⁷⁷.

Viene naturalmente da chiedersi se allo stesso risultato si potesse pervenire, in via interpretativa, valorizzando l'inesigibilità come componente essenziale del rimprovero colposo, suscettibile di escludere la rimproverabilità del singolo²⁷⁸: alla soluzione dell'assenza di rimprovero, in particolare, si sarebbe potuti giungere attraverso un'adeguata valutazione della colpa dell'agente, qui da rapportarsi ad una peculiare figura di "agente ragionevolmente turbato"²⁷⁹. Del resto, la giurisprudenza aveva già dato prova di valorizzare le esigenze di soggettivizzazione del rimprovero nell'ambito delle reazioni ad aggressioni

²⁷² D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 303; L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 12. F. CONSULICH, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. Pen.*, 2019, 5, 10.

²⁷³ F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 67 ss. Di un duplice nesso, volto ad accertare il collegamento tra situazione di pericolo e grave turbamento, nonché tra grave turbamento ed eccesso difensivo, parla A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. Pen.*, 2020, 15. In termini analoghi, L. RISICATO, *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità*, cit., 12.

²⁷⁴ D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 304.

²⁷⁵ F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 66.

²⁷⁶ Si veda, ad esempio, A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo*, cit., 19 ss.

²⁷⁷ F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 60.

²⁷⁸ Sul punto si veda *infra*, Cap. 3, par. 2. Rileva la possibilità di intendere la norma come scusante non solo rispetto all'eccesso colposo, ma anche doloso, D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare*, cit., 312 s., con conseguente possibilità di scusare anche il dubbio sull'ammissibilità della reazione.

²⁷⁹ F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 60.

ingiuste attraverso l'impiego della disciplina di cui all'art. 59, comma 4, c.p.²⁸⁰: conclusioni, queste, che hanno indotto taluno a dubitare della reale utilità del nuovo art. 55, comma 2, c.p.²⁸¹.

A tal proposito, appare particolarmente fruttuoso il confronto con l'esperienza spagnola, dove la valorizzazione dell'eccesso colposo scusabile si è imposta proprio in via interpretativa. Nei casi di eccesso dovuti al timore suscitato dall'aggressione, dottrina e giurisprudenza ritengono infatti che l'esimente incompleta della legittima difesa possa combinarsi con quella, completa o incompleta, del *miedo insuperable*²⁸², la cui *ratio* è stata individuata proprio nella considerazione della pressione psichica a cui è soggetto l'agente in ipotesi di timore particolarmente intenso²⁸³, e che qui impedirebbe una difesa nei limiti di quanto consentito.

Non sembra indifferente, in questo senso, la maggiore attenzione e il maggior credito che la teoria dell'inesigibilità ha riscontrato, nella dottrina spagnola: tale constatazione può forse contribuire a spiegare le aperture a soluzioni interpretative capaci di valorizzare la situazione di minore o assente esigibilità, rendendo viceversa imprescindibile un intervento legislativo in un ordinamento, come quello italiano, dove un apprezzamento convinto della teoria dell'inesigibilità stenta ancora a manifestarsi.

La scelta normativa di intervenire con l'inserimento del nuovo capoverso all'art. 55 c.p. resta, comunque, significativa: al di là delle criticità emerse – e qui brevemente approfondite – la previsione di un limite di punibilità dell'eccesso colposo appare il sintomo di una maggiore attenzione, da parte dello stesso legislatore, alle componenti emotive della condotta e alla necessità di ancorare il rimprovero ad una figura di agente non avulsa dalla condizione anomala in cui versa e che può aver influenzato la reazione difensiva²⁸⁴. Si tratta, cioè, di una timida – ma interessante – apertura alla tematica dell'inesigibilità quale limite del rimprovero penale.

²⁸⁰ G.L. GATTA, *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento. A proposito di Cass. Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, Pres. Fumu, Rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (d.d.l. nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652 - testo unificato)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

²⁸¹ F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 59. Contrario all'introduzione di una norma analoga al §33 StGB, in passato, già M. ROMANO, *Giustificazione e scusa*, cit., 48 ss.

²⁸² T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 81 s.

²⁸³ J. BAUCCELLS LLADÓS, *op. cit.*, 300.

²⁸⁴ Di «un'innovazione apprezzabile nei fini, [ch]e segna un passo importante dal punto di vista sistematico e di politica del diritto» parla F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa*, cit., 70; ma si veda anche A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo*, cit., 2.

4. I motivi come causa di attenuazione del disvalore soggettivo: il “fitto intreccio” di elementi differenziali della tipicità, circostanze del reato e indici di commisurazione della pena

Accanto alle norme in cui la prospettiva dell'inesigibilità fonda l'esenzione da pena del soggetto responsabile del fatto, non si può infine trascurare come il concetto appaia connaturato a diverse disposizioni rilevanti sul piano della commisurazione, in senso ampio e in senso stretto, della pena²⁸⁵. A fronte di un numero limitato di scusanti tipizzate, che danno rilievo a specifiche «situazioni motivanti eccezionali o anomale», le altre ipotesi, «escluse da una tipicizzazione astratta, rientrano necessariamente nel giudizio di commisurazione della pena»²⁸⁶: in questi termini, il concetto di inesigibilità si rivela funzionale a una graduazione, nel *quantum*, della responsabilità e della colpevolezza dell'agente²⁸⁷.

Si tratta, del resto, di una considerazione figlia dell'accoglimento di una nozione normativa di colpevolezza: se la concezione psicologica non sembra ammettere soluzioni diverse dalla sussistenza o insussistenza dell'elemento soggettivo, con possibilità dunque di incidere unicamente sull'*an* della responsabilità, la teoria normativa si sposa maggiormente con l'idea di un concetto graduabile, a seconda della minore o maggiore riprovevolezza del fatto²⁸⁸.

La prospettiva dell'inesigibilità fa così ingresso nelle riflessioni del giudice non solo in termini di *aut-aut*, ma anche in via graduabile, come minore-maggiore esigibilità della condotta che si riflette, ove non sia sufficiente ad escluderla del tutto, sulla misura della pena

²⁸⁵ Per la distinzione, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 167. L'impatto che il tema dell'inesigibilità gioca sulla determinazione del *quantum* di pena emerge chiaramente dall'analisi degli ordinamenti che si sono impegnati nell'elaborazione teorica del concetto: da una parte, si pensi al rilievo attenuante dei motivi e delle finalità ai sensi del §46 StGB, che sembrerebbe consentire una valutazione più approfondita delle circostanze concrete dell'azione (A. SCHLEE, *op. cit.*, 335; in senso analogo, L. WORTMANN, *op. cit.*, 130). Anche in Spagna, nei casi in cui le circostanze dell'azione e la condizione dell'agente non consentano di escluderne la punibilità, resterebbe comunque ferma la possibilità di una attenuazione della pena in virtù dell'applicazione di un'esimente incompleta, ex artt. 21 e 68 CP: la maggiore o minore esigibilità della condotta doverosa implica, qui, una corrispondente graduazione della sanzione comminata dal giudice. Interessante, sul punto, la casistica degli inizi degli anni 2000 della Audiencia Provincial de Madrid che, in alcuni casi di trasporto di sostanza stupefacente, riconosceva l'esimente incompleta del *miedo* a favore degli imputati, che sostenevano di aver realizzato il fatto sotto minaccia seria a sé e ai propri cari; le pronunce sono analizzate da M. MARTÍN LORENZO, *op. cit.*, 303 ss.

²⁸⁶ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 585.

²⁸⁷ Di colpevolezza quale «elemento di struttura del reato», ma anche come fondamento «della commisurazione giudiziale della pena», parlava già M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 554. Per una prospettiva storica, si veda anche P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 63 ss. Sulla distinzione tra colpevolezza fondante e colpevolezza graduante, si rinvia invece a R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 8 ss.

²⁸⁸ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 168 ss. Di un «concetto unitario e graduabile» parla anche A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 23. Sul tema si veda anche T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1973, 568 ss. e ID., *Il grado della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1969, 83.

comminata²⁸⁹. È, del resto, affermazione frequente nella giurisprudenza costituzionale più recente quella secondo cui la pena debba essere «adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo», e che questo dipenda «in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche della eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile»²⁹⁰.

La prospettiva dell'inesigibilità si lega cioè al principio di proporzionalità della pena che ha assunto, specie in anni più recenti, una risonanza e una rilevanza anche pratica sempre maggiori, conducendo a importanti prese di posizione a livello giurisprudenziale²⁹¹; si può notare, in particolare, una linea interpretativa evolutiva che ha condotto a valorizzare, nelle pronunce di illegittimità costituzionale relative ad un trattamento sproporzionato, non solo la relazione tra sanzione e disvalore oggettivo del fatto, ma anche quella tra pena e disvalore soggettivo, in una dimensione che si proietta, inevitabilmente, sui profili più intimamente soggettivi dell'autore e dei loro riflessi sulla condotta contestata²⁹².

Del resto, la colpevolezza fondante l'*an* della responsabilità e quella relativa al *quantum* della sua gradazione, pur connotate da autonomi spazi di rilevanza e riflessione dottrinale²⁹³, non possono che condividere gli elementi essenziali: «se la responsabilità penale personale implica [...] che l'*an* della responsabilità ruoti intorno all'asse dei criteri di imputazione fondati sulla persona del reo, sarebbe un controsenso se il *quantum* di tale responsabilità potesse poi svilupparsi oltre i limiti fissati in base a criteri di natura omologa rispetto a quelli necessari per fondarla»²⁹⁴. Anche la prospettiva della colpevolezza in rapporto con la commisurazione della pena, cioè, risente della riflessione attorno

²⁸⁹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 275 s.

²⁹⁰ Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197, punto 5.2.1. del *Considerato in diritto*. Per un commento alla pronuncia, si vedano M. PELISSERO, *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2024, 161 ss.; G.B. CHERCHI, *Discrezionalità, umanizzazione della pena e politica criminale*, in *Cass. pen.*, 526 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Another brick in the wall: individualizzazione della pena e illegittimità dei limiti al giudizio di bilanciamento. la consulta sull'art. 577, comma terzo, c.p.*, in *Sist. Pen.*, 30 settembre 2024. Sia consentito, infine, il rinvio a S. PRANDI, *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 5, 625 ss. In precedenza, si veda anche Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73, punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

²⁹¹ Per una ricostruzione, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 52 ss., nonché, di recente, L. RODES, *Il principio di proporzionalità della sanzione penale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Stud. Iuris*, 2023, 1, 26 ss.

²⁹² Si veda però G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 379 dove si evidenzia come «la misura di esigibilità ha a che vedere con il concetto di proporzione, ma bisogna tenere presente che i motivi peculiari su cui si controverte non sono oggettivamente prevalenti sulle ragioni di tutela del bene giuridico violato».

²⁹³ R. BARTOLI, *Colpevolezza*, 8 ss.

²⁹⁴ T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., 834.

all'inesigibilità, inducendo a domandarsi se essa possa essere graduata in una scala quantitativa di esigibilità via via maggiore.

Di qui il «fitto intreccio di meccanismi»²⁹⁵ con cui la legge penale dà rilievo espresso alla condizione di minor riprovevolezza del fatto in virtù della qualità dei motivi che lo determinano.

Anzitutto per quanto riguarda le fattispecie autonome che costituiscono ipotesi più lievi in quanto connotate da un elemento specializzante che dà rilievo alla minor esigibilità della condotta del soggetto agente: si pensi, tipicamente, ad ipotesi quali l'infanticidio in condizioni di abbandono morale e materiale, *ex art. 578 c.p.*²⁹⁶, o al furto lieve per bisogno, *ex art. 626, co 1, numero 2, c.p.*, in cui è la necessità, che spinge il soggetto ad agire, a giustificare conseguenze di minore entità per l'autore del reato²⁹⁷.

Assoluta centralità assumono poi le circostanze attenuanti in cui la *ratio* della diminuzione appare individuabile nella considerazione della particolare motivazione che spinge l'autore del reato o degli stati emotivi che sorreggono l'azione: si pensi, naturalmente, all'art. 62, n. 1, c.p. nella parte in cui tipizza l'attenuante del fatto commesso per motivi di particolare valore morale o sociale²⁹⁸, ma anche all'art. 62, n. 2, c.p., dove è regolata una diminuzione per il fatto commesso in preda a stato d'ira dovuto al fatto ingiusto altrui, nonché all'art. 62, n. 3, c.p. relativo alla suggestione della folla in tumulto²⁹⁹.

Le stesse attenuanti generiche, del resto, sono state valorizzate dalla giurisprudenza costituzionale proprio nella misura in cui consentono di valutare la minore colpevolezza per il fatto di reato «in ragione della particolare intensità e comprensibilità umana dei motivi che

²⁹⁵ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 308.

²⁹⁶ Si veda al proposito T. PADOVANI, *Gli elementi obiettivi della colpevolezza*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1, 3, dove si afferma che «la presenza di elementi minoranti di struttura obiettiva, inseriti bensì nel fatto tipico, ma funzionali all'espressione di un diverso grado di colpevolezza, corrisponde storicamente alla categoria degli elementi obiettivi di colpevolezza».

²⁹⁷ Si veda E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem»? , cit., 77 s.

²⁹⁸ Essa fungerebbe, secondo P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 166, da «valvola di sfogo, attraverso un compromesso, consentendo non già di evitare la sanzione penale, ma di diminuirla, e riducendo altresì le probabilità che il contrasto si risolva in una sostanziale disapplicazione della norma giuridica in sede giudiziale». Qui, naturalmente, il problema diventa principalmente quello dell'individuazione dei motivi che possano essere considerati moralmente o socialmente meritevoli: è dunque un problema di interpretazione della norma, che deve risultare condivisa e coerente con lo spirito del contesto socio-culturale dell'epoca in cui il fatto si colloca. se si può convenire che il giudizio debba essere, anche qui, un giudizio normativizzato, ancorato a parametri obiettivi, ulteriori difficoltà si riscontrano laddove si tratti di decidere se si debba trattare di motivi di comune approvazione da parte della generalità dei consociati o, quantomeno, di compatibilità rispetto alla Costituzione anche a prescindere dall'accoglimento generalizzato di tali valori. Per un'analisi della tesi «monista», che vorrebbe riconoscere rilievo solo a motivi condivisi universalmente, di quella «pluralistica», preferibile in quanto maggiormente coerente con l'attuale conformazione, multiculturale, della società, e con il principio di laicità ed equidistanza della Costituzione, si veda ancora P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 235.

²⁹⁹ A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo*, cit., 8.

hanno spinto l'autore a commetterlo, ovvero della presenza di anomale circostanze concomitanti alla sua condotta, in grado di limitare significativamente la sua libertà»³⁰⁰. Alla genericità dell'art. 62-*bis* c.p. si adatta peraltro perfettamente il giudizio di minore esigibilità, nella misura in cui il legislatore risulta materialmente «incapace di tipizzare tutte le possibili sfaccettature della realtà, affidando al giudice il compito di cogliere i segni di una comune umanità»³⁰¹ anche in chi si sia reso responsabile di un reato particolarmente grave.

Si è sostenuto, infine, che l'esigibilità entri a condizionare il giudizio di commisurazione della pena in sede giudiziale, ai sensi dell'art. 133 c.p.: in dottrina si evidenzia, infatti che «la valenza etico-sociale dei motivi possa rilevare anche in rapporto a fattispecie non circostanziate, attraverso il disposto dell'art. 133, secondo comma, n. 1, c.p., laddove si prevede, tra i fattori da cui desumere la capacità a delinquere del soggetto, quello dei *motivi a delinquere*»³⁰², nonché ai sensi dell'art. 133, secondo comma, n. 3, c.p., in relazione alla valutazione del grado della colpa³⁰³.

Rispetto alle ipotesi da ultimo citate – il riconoscimento delle generiche *ex art. 62-bis* e l'art. 133 c.p. – sembra peraltro che il discorso sull'inesigibilità “tipizzata” si inserisca all'interno di previsioni di per sé late, quasi indefinite, collocandosi dunque al confine con la riflessione relativa allo spazio di espressione dell'inesigibilità intesa quale principio e istituto a valenza *extra-legale*. La tematica, che di per sé si iscrive nel dibattito relativo allo spazio e ai limiti della discrezionalità giudiziale³⁰⁴, risulta però tanto più problematica quando si tratti di ricollegare, alla pretesa inesigibilità della condotta, non mere conseguenze sul piano del *quantum* sanzionatorio ma, ben più radicalmente, l'assenza di punizione: a tali aspetti sarà dedicato, nello specifico, il Capitolo che segue.

³⁰⁰ Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197.

³⁰¹ Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197. In dottrina, si veda anche A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, 1971, 84 s. Riconosce un ruolo centrale nella graduazione della pena legata alle circostanze concomitanti anche E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 276.

³⁰² P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 167; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 310.

³⁰³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 337.

³⁰⁴ Tra i tanti, sul tema, S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinamentale”*, Padova, 2009; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1976, 369 ss.; E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261 ss.

CAPITOLO III

L'INESIGIBILITÀ FUORI DALLA LEGGE: IL RUOLO DEL GIUDICE

Sommario: 1. Spunti per una valorizzazione: l'inesigibilità della condotta doverosa nel quadro dei principi costituzionali. – 2. I reati colposi in genere: l'inesigibilità come metro del dovere cautelare e come causa di esclusione della colpevolezza. – 2.1. L'inesigibilità nella giurisprudenza: tra ritrosie e spunti di riflessione. 2.2. Breve *excursus* su inesigibilità e colpa incosciente: un rapporto problematico. – 2.3. Inesigibilità e colpa grave. – 3. Inesigibilità e reati omissivi impropri. – 4. Il ruolo dell'inesigibilità nel contesto dei reati dolosi: l'analisi di alcuni settori specifici. – 4.1. I doveri di assistenza familiare: inesigibilità come correttivo del requisito dell'abbandono e come limite alle obbligazioni di mantenimento. – 4.2. I reati tributari di omesso versamento: nuovi spazi di rilevanza del canone di inesigibilità ed il contrasto (mai sanato) tra merito e legittimità. – 4.3. Il ruolo dell'inesigibilità nei reati in materia di immigrazione. – 4.4. Uno sguardo d'insieme. Incidenza (e limiti) dell'inesigibilità nell'ambito dei reati omissivi di “inadempimento”: il caso dei reati ambientali. – 5. I nuovi orizzonti aperti dalle Sezioni unite sull'art. 384 c.p. – 5.1. Inesigibilità e analogia *in bonam partem*. – 5.2. Inesigibilità e colpevolezza: primi passi verso la “costituzionalizzazione” dell'inesigibilità?

1. Spunti per una valorizzazione: l'inesigibilità della condotta doverosa nel quadro dei principi costituzionali

A dispetto della marginalità riconosciuta all'idea di inesigibilità nel codice e nonostante le tradizionali chiusure opposte dalla dottrina all'accoglimento del concetto in questione, un certo mutamento di impostazione sembrerebbe essere emerso, in anni più recenti, proprio nella dimensione *in action* della giurisprudenza nazionale: sempre più spesso, infatti, la tematica dell'inesigibilità ha fatto ingresso nella prassi applicativa che – sebbene ancora limitatamente a specifici settori di intervento – appare meno restia a considerare l'idea dell'inesigibilità come principio immanente del sistema penale, interpretato alla luce e nel pieno rispetto delle coordinate costituzionali.

L'idea di inesigibilità intesa quale canone *extra-legale*, capace di escludere la colpevolezza ogniquale volta il contesto anomalo di realizzazione del fatto abbia influenzato l'agente, condizionandone il processo motivazionale e limitandone le possibilità di scelta, sembrerebbe essersi ritagliata, in effetti, alcuni spazi di emersione meritevoli di un approfondimento, da condurre nella piena consapevolezza delle criticità che una simile impostazione sembrerebbe sollevare: alle plurime ricostruzioni dell'inesigibilità proposte in dottrina e ai tentativi giurisprudenziali di valorizzare tale concetto al di fuori dei confini della legge, del resto, si accompagnano da sempre le preoccupazioni relative al rischio che simili applicazioni tradiscano l'ideale di legalità che, nel diritto penale più che in altre branche,

vede nella norma positiva la garanzia di un utilizzo imparziale e prevedibile dello *ius puniendi*¹.

Di fronte ad una nozione che ancora sconta una intrinseca vaghezza, si teme in particolare che il riconoscimento di spazi di operatività all'inesigibilità fuori dalle ipotesi tassativamente previste finisca per tradursi nell'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità eccessivo, foriero di applicazioni disomogenee e scarsamente controllabili: una prospettiva che si oppone ad un accoglimento generalizzato del concetto di inesigibilità nell'universo penalistico².

A queste considerazioni si lega, infine, il timore di un diritto penale destinato a "rammollirsi"³, perdendo così la propria efficacia general-preventiva⁴ e consegnando l'ordinamento ad un destino caotico, alimentato dalla difficoltà di dotare di sufficiente contenuto un concetto in buona parte destinato a rimanere etero⁵. L'accoglimento di tale prospettiva, in definitiva, finirebbe per valorizzare un criterio puramente casistico di decisione: un'evenienza che autorevole dottrina ha ritenuto di descrivere come «la negazione non della certezza del diritto ma del diritto stesso»⁶.

Allo stesso tempo, però, sono considerazioni legate proprio all'universo criminale a rendere essenziale una certa sensibilità ai limiti che l'incriminazione può – o talora deve – incontrare. Come è stato notato, invero, «il diritto penale è dotato di senso solo se è in grado di avere la funzione preventiva di orientare i comportamenti dei consociati secondo i doveri da loro attesi, ma questo è possibile soltanto se si ha riguardo alla realtà empirica delle condotte umane, sicché esso deve evitare che ciò che si esige dai suoi destinatari vada al di là di quanto è praticamente ragionevole»⁷.

¹ Si veda, ad esempio, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 302 s., dove si sottolinea che la considerazione dell'operatività *in bonam partem* di una eventuale scusante extra-legale non scalfisce l'imperativo della legalità, stanti le esigenze di certezza, uguaglianza e determinatezza che la legge penale comune sottende.

² F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 292 s.

³ Di una possibile dissoluzione della legge penale parlava, ad esempio, O. SCHUMACHER, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung m. modernen Schuldgedanken*, Berlin, 1927, 29. Nella dottrina italiana, si vedano le riflessioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 285 ss.

⁴ Sul punto, evidenzia M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Bologna, 1991, 110 che «la prevenzione, per essere "generale", non può tenere in conto tutti i limiti soggettivi dei destinatari degli obblighi». Sostiene che «l'ampiezza delle condizioni scusanti riconosciute dall'ordinamento sta in rapporto di *proporzionalità inversa* con l'efficacia generalpreventiva della norma» anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 289 s.

⁵ Si veda anche E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4781, che evidenzia «il rischio concreto di subordinare l'obbligatorietà della legge agli interessi e alle passioni dei singoli».

⁶ B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1962, 140. Sul tema anche A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 563 s.

⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. 2018, 362 ss.

Ciò è vero, anzitutto, in forza del principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.*: il riconoscimento di spazi adeguati di operatività all'inesigibilità in presenza di circostanze che, incidendo in modo anomalo sul contesto di realizzazione dell'azione, abbiano reso non rimproverabile il fatto di chi si sia trovato, in una certa misura, forzato ad agire come ha agito poggia anzitutto sull'imperativo della responsabilità penale personale, da intendersi non solo come responsabilità per fatto proprio, ma anche e soprattutto come responsabilità per fatto colpevole⁸. Di qui la constatazione secondo cui l'inesigibilità rappresenterebbe lo «sviluppo più evoluto e raffinato della colpevolezza»⁹.

A giustificare l'assenza di pena sarebbe, naturalmente, anche il richiamo alla funzione rieducativa di cui al terzo comma, suscettibile di essere vanificata in presenza di un fatto non rimproverabile, che renda la punizione del soggetto una mera strumentalizzazione del condannato¹⁰.

In quest'ottica, agganci costituzionali alla prospettiva dell'inesigibilità si rinvencono anche, e più in generale, nel principio personalistico che permea l'intero ordinamento e che induce a ravvisare nella materia un problema che attiene nel profondo al rapporto cittadino-Stato; nel segno della centralità della persona nel disegno costituzionale, invero, non si

⁸ Sul tema, tra gli altri, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 568 ss.; G. VASSALLI, *Colpevolezza (voce)*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; G. FORNASARI, *Colpevolezza (voce)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 966 ss.; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005. Ma si veda anche A. FIORELLA, *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1327, dove si sottolinea la necessità di «valutare attentamente l'eventuale presenza di situazioni in cui il comportamento conforme alla norma, pur non sottraendosi, in misura maggiore o minore, ai poteri naturalistici dell'agente, sia umanamente inesigibile», fondando tale necessità sull'art. 27, comma 3, Cost., e, in particolare, sul divieto di trattamenti disumani.

⁹ F. PALAZZO – R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, 435, dove non si negano però le difficoltà ad ammetterne il riconoscimento, stanti «le sue intrinseche incertezze concettuali ed applicative». Anche nella dottrina spagnola non manca chi ha sostenuto che l'inesigibilità rappresenta, in fin dei conti, un'ipotesi costituzionalmente fondata – per quanto non esplicitata nel codice penale – di mancanza di colpevolezza: T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, 32. Più nello specifico, il concetto di inesigibilità andrebbe ricondotto al valore della dignità umana, ai diritti fondamentali per l'esplicazione della personalità, nonché alla prospettiva dell'eguaglianza: J. BAUCCELLS LLADÓS, *La delinquencia por convicción*, Valencia, 2000, 311; P. M. DE LA CUESTA AGUADO, *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003, in particolare 234 ss., per quanto riguarda la dignità umana e 239 ss. per le riflessioni in punto eguaglianza. Ma si veda, nuovamente, T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 39, che lo intende come una «*plasmación del valor justicia propio del Estado de Derecho, de la dignidad de la persona y en último término, de los derechos fundamentales*».

¹⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 291. Si è affermato, ad esempio, che «ammettere che vi siano spazi o margini per un'applicazione diretta del principio di colpevolezza in funzione di limite alle regole generalpreventive [...] è un sacrificio necessario che il precetto costituzionale di responsabile penale personale richiede alla determinatezza della legge»: M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 153. Ma si veda anche A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011, 71, dove si legge che «la colpevolezza [...] si pone come un limite insuperabile, un'esigenza tanto strettamente connessa all'individuo nel suo valore insostituibile di persona da non poter essere in alcun modo sacrificata [...] nemmeno di fronte a pressanti esigenze preventive».

potrebbe tollerare un diritto che, in nome di esigenze general-preventive, finisse per sacrificare la prospettiva del singolo agente¹¹.

L'idea dell'inesigibilità, in fin dei conti, asseconda una prospettiva diametralmente opposta a quella di una risposta preventiva soverchiante e insensibile ai limiti della colpevolezza: lungi dal perseguire ideali di sistema a costo del sacrificio del singolo, essa accetta un'attenuazione della pretesa statale in ragione delle peculiarità – e, in particolare, delle difficoltà – della situazione che questi si trova ad affrontare. L'individuo, dunque, viene inteso come fine, e non come mezzo del sistema¹²; e ciò anche al costo della rinuncia della punizione per un fatto comunque lesivo di interessi tutelati dall'ordinamento.

Del resto, la stessa argomentazione che fa leva sull'efficacia general-preventiva del diritto penale, paventando che questa verrebbe inevitabilmente compromessa da un sistema che preveda un eccessivo margine di scusa per l'autore di un fatto di reato, si presta in realtà a fornire un valido argomento a favore della previsione di adeguati punti di emersione dell'inesigibilità: perderebbe infatti di legittimazione presso i consociati tanto l'ordinamento che ammetta spazi di scusa eccessivi, voltando le spalle alle vittime, tanto quello che pretenda un rispetto incondizionato delle regole anche a chi non possa concretamente adeguarvisi¹³. Un simile ordinamento, cieco e sordo dinnanzi alle difficoltà dell'individuo, finirebbe in definitiva per perdere di credibilità, patendo, nei fatti, un effetto di delegittimazione persino più intenso di quello prospettato dagli oppositori della teoria dell'inesigibilità. Del resto, come illustre dottrina ha osservato in passato, «diritto penale rammollito è solo quello che non punisce quando sussistano tutti i presupposti per una punizione, tra i quali quello della colpevolezza; quando però la colpevolezza non sussiste, perché non si poteva attendere dal

¹¹ Mette in guardia da un simile rischio E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4788 s. Essenziale, in questo senso, anche il passaggio della celebre sentenza della Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in cui si sottolinea l'«indispensabilità della colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale, [...] che [...] pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)». Sui rischi di strumentalizzazione insiti, in particolare, nella concezione della prevenzione generale integratrice, anche R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 78 ss.

¹² Non sembra un caso, in questo senso, che in Germania il rigetto dell'inesigibilità si ebbe in modo particolarmente netto durante gli anni del nazionalsocialismo, in cui la dottrina si oppose radicalmente all'idea di un rapporto paritario tra autorità e cittadino, e ancor più negò la possibilità di una riflessione “sbilanciata” a favore del singolo: si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 124. Nella dottrina tedesca, in particolare, F. SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner Schuldausschließungsgrund*, Leipzig, 1933.

¹³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 291, dove si porta l'esempio di un ordinamento che condanni una madre per aver rubato del pane per sfamare i propri figli.

soggetto una motivazione normale, parlare ancora di colpa e applicare una pena sarebbe un'eresia»¹⁴.

È infine lo stesso art. 3 Cost. a militare a favore dell'accoglimento della prospettiva dell'inesigibilità. Un ordinamento che voglia trattare in modo uguale situazioni uguali dovrebbe necessariamente anche differenziare le situazioni che presentino difformità significative; in questo senso, l'inesigibilità parrebbe incarnare una valvola respiratoria indispensabile, capace di rimediare all'astrattezza della norma qualora questa fallisca dinanzi alle specificità del caso concreto¹⁵, consentendo così che il «dialogo reciproco tra imperativo della legge e situazione concreta dell'agire»¹⁶ si svolga in maniera conforme ai precetti costituzionali che regolano la materia del punire.

Queste considerazioni non consentono di obliterare, naturalmente, il fatto che l'alone di incertezza che da sempre circonda il concetto di inesigibilità possa costituire un ostacolo al pieno accoglimento della teoria in questione: se la necessità di operare una distinzione tra casi non assimilabili, connessa all'imperativo ex art. 3 Cost., impone di riconoscere un ruolo all'inesigibilità nell'universo dello *ius puniendi*, a fare da contrappeso a una tale possibilità è ancora l'interrogativo – ad oggi insoluto – circa i criteri su cui tale cernita dovrebbe poggiare. In assenza di coordinate sufficientemente chiare e condivise, la prospettiva dell'incertezza domina l'orizzonte penalistico.

Non sembra, però, che le difficoltà definitorie connaturate al concetto di inesigibilità possano bastare a giustificare una resa incondizionata sul punto: nonostante le incertezze che il tema in esame ancora sconta, vi sono buone ragioni per credere che la prospettiva dell'inesigibilità sia chiamata in causa e sorretta, più o meno direttamente, da numerosi dei principi fondanti la materia penale e che uno *ius puniendi* liberale e costituzionalmente orientato non possa che confrontarsi con tale prospettiva. È sotto questa lente che vanno allora approfondite le aperture, tanto dottrinali quanto giurisprudenziali, all'idea di inesigibilità quale precipitato immanente dei principi costituzionali del sistema penale.

¹⁴ G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, 493 s. Sui rapporti tra prevenzione e colpevolezza, nel senso che quest'ultima si presenta come «il necessario correlato della stessa funzione preventiva attribuita alla pena», si veda anche G. DE FRANCESCO, *Libertà va cercando. Una sintesi introduttiva su libero arbitrio e colpevolezza penale*, in *Leg. Pen.*, 9 luglio 2024, 14 s.

¹⁵ Si veda a tal proposito G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 221 il quale, dopo aver espresso l'idea che l'inesigibilità si fonda in un principio di ordine costituzionale, consistente nella «eliminazione di un rapporto di gerarchia tra comunità ed individuo», afferma anche che nell'art. 3 Cost. può ravvisarsi il criterio direttivo «quanto meno del primo passaggio del processo di concretizzazione riguardante l'inesigibilità». Di una «valvola che permette a un sistema di norme di respirare in termini umani» parlava anche G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 493 (nota 410).

¹⁶ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4789.

Cruciale, nell'indagine che seguirà, è soprattutto il rilievo della prassi applicativa: nella prospettiva di un'analisi che, presa coscienza delle difficoltà definitorie dell'inesigibilità, non voglia arrendersi alla rinuncia ad un concetto viceversa utile ed opportuno, il superamento di tale incertezza contenutistica appare di primaria importanza e sembra possa giovare dell'esperienza del diritto vivente. Né sembra revocabile in dubbio che, dinnanzi alla valorizzazione di un concetto chiamato a dar voce alla giustizia del caso concreto, la prospettiva privilegiata di osservazione del fenomeno sia necessariamente quella del giudicante.

Particolarmente interessante sarà allora, da questo punto di vista, soffermarsi a considerare come l'inesigibilità è stata “maneggiata” in ciascuno degli ambiti in cui, ancora timidamente, essa ha iniziato ad essere impiegata dai giudici per pervenire a soluzioni assolutorie, anche fuori dai casi disciplinati da apposite scusanti. Questi approdi meritano di essere esaminati con attenzione: da una parte, essi consentono di approfondire i rapporti tra architettura costituzionale e inesigibilità *in action*; dall'altra, conducono a confrontarsi con le difficoltà riscontrate nella ricostruzione di una categoria che ancora sconta imprecisione e assenza di adeguati parametri normativi, ma anche con le “costanti” che emergono dalla analisi della giurisprudenza che, in vari ambiti, ha iniziato a valorizzare la logica dell'inesigibilità.

2. I reati colposi in genere: l'inesigibilità come metro del dovere cautelare e come causa di esclusione della colpevolezza

Il primo e principale ambito in cui l'inesigibilità sembrerebbe manifestare una funzione costitutiva, anche a prescindere da una espressa presa di posizione legislativa sul punto, appare certamente il versante del reato colposo, definito addirittura da autorevole dottrina la «sede privilegiata del discorso sull'inesigibilità»¹⁷: il successo di tale concetto nella riflessione dogmatica attorno al rimprovero colposo rappresenta in effetti un caso emblematico, in un certo senso unico nel suo genere, degli spazi che sono stati attribuiti all'idea di inesigibilità anche oltre i confini di una rigorosa tipizzazione legale.

Nella definizione di colpa accolta nell'ordinamento italiano, a ben vedere, manca qualsivoglia riferimento all'inesigibilità o alle condizioni di realizzazione del fatto che possano condurre all'esclusione della rimproverabilità soggettiva dell'agente. Pur

¹⁷ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 320. Sia consentito altresì il rinvio a S. PRANDI, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2024, 3, 1038 ss.

discostandosi dal modello della mancata definizione dello StGB tedesco¹⁸ o del codice penale spagnolo¹⁹, la soluzione italiana prende le distanze in modo evidente anche dagli ordinamenti vicini in cui il rilievo delle circostanze concrete è presente esplicitamente nella definizione codicistica: la mente corre al § 6 del codice penale austriaco, dove la colpa è definita come la mancata adozione di un livello di cautela, determinato in forza delle circostanze in cui opera l'agente e delle sue capacità psico-fisiche, e che è da lui esigibile, ma anche all'art. 12, comma 3, del codice penale svizzero, in cui si fa espressamente riferimento alle circostanze di fatto e alle condizioni personali dell'agente²⁰.

L'art. 43, comma 3, c.p., invece, individua chiaramente il requisito negativo della colpa – l'assenza di intenzione²¹ – ed alcuni requisiti positivi suscettibili di incidere sul profilo oggettivo dell'accertamento – l'eventuale previsione dell'evento, la violazione di regole cautelari scritte o non scritte, la causalità rispetto all'evento cagionato²² –, ma dal tenore letterale della stessa non si ricava alcun riferimento né al versante soggettivo del rimprovero, né tantomeno all'inesigibilità quale limite della diligenza richiesta o della punibilità per un fatto obiettivamente illecito²³.

Per natura e caratteristiche, tuttavia, il reato colposo presenta un forte intreccio con la questione delle condizioni che possono eventualmente escludere la rimproverabilità dell'agente e mandar esente da pena il soggetto. Ciò si spiega, anzitutto, in ragione del maggior spazio tributabile a considerazioni suscettibili di escludere il rimprovero all'agente nel contesto di un elemento intriso di normatività²⁴: in ipotesi di reato colposo, il bisogno di ancorare la punizione ad una valutazione di rimproverabilità soggettiva dell'agente è massimo ed impone di verificare non solo l'esistenza di una violazione obiettiva della diligenza dovuta, ma anche che il comportamento alternativo fosse esigibile dal singolo agente concreto.

¹⁸ Di una «intenzionale reticenza normativa» parla G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 72. Sul punto, si rinvia anche all'analisi di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 236 ss.

¹⁹ Lo rileva M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 3.

²⁰ Per un'analisi, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 94 ss. ma anche A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 74.

²¹ Di una «definizione negativa “per esclusione”» rispetto a dolo e preterintenzione parla G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 118.

²² G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 93 ss.

²³ Essa offrirebbe «una definizione “in positivo” quanto a tipicità e solo “in negativo” quanto a colpevolezza»: M. GROTTTO, *Principio di colpevolezza*, cit., 10.

²⁴ K.H. EGGERT, *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969, 78 s. Si veda anche, nella dottrina italiana, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 19.

In secondo luogo, poi, da sempre si evidenzia come, per natura e conformazione, il reato colposo risulti intrinsecamente legato alla situazione concreta in cui prende luogo l'azione o l'omissione, con conseguente «impossibilità, caratteristica della colpa, di fissare in una formula generale le irripetibili particolarità del caso concreto»²⁵.

Non stupisce, perciò, che uno dei primissimi esempi di applicazione giurisprudenziale dell'inesigibilità della condotta doverosa, in terra tedesca, si riferisse proprio ad un delitto colposo: si tratta del celebre “*Leinenfänger-Fall*”, il caso del cocchiere che, consapevole della pericolosità del proprio cavallo, accettò di effettuare una corsa, su ordine del proprio datore di lavoro e per il timore di essere licenziato, finendo per ferire un passante proprio in ragione del comportamento dell'animale, imbizzarritosi durante il tragitto²⁶. A distanza di più di un secolo, tale episodio dimostra ancora l'inadeguatezza delle esimenti codificate a fronteggiare le peculiarità del delitto colposo, dando linfa al dibattito sull'*Unzumutbarkeit*²⁷: nel caso di specie, dal momento che il cocchiere si era assunto un rischio al fine di salvaguardare il proprio posto di lavoro, non sarebbe possibile invocare né il § 34 StGB, stante il maggior peso riconosciuto all'integrità fisica della vittima della condotta negligente, né il § 35 StGB, per l'impossibilità di ricomprendere la conservazione del proprio posto di lavoro nel novero di interessi che possono attivare la situazione scusante.

Ricondotta da taluni a vera e propria causa sovra-legale di esclusione della colpevolezza, da altri a criterio limitativo nell'ambito della violazione del dovere cautelare²⁸, l'idea di inesigibilità quale componente essenziale per la punibilità del fatto colposo ha raccolto molti consensi nella dottrina tedesca²⁹ e non solo. Anche sul versante italiano,

²⁵ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 325, riferendosi in particolare ad uno dei motivi che aveva indotto a evitare una definizione codicistica in seno alla *Große Strafrechtskommission*.

²⁶ RGSt 30, 25 (1897): per un commento, si veda H. ACHENBACH, *Fahrlässigkeit, Schuld und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens – Das Leinenfänger-Urteil* (RGSt 30, 25), in *Jura*, 1997, 631 ss. Negli anni successivi, fu spesso in relazione a reati colposi che la giurisprudenza applicò il concetto di inesigibilità: si vedano ad esempio RGSt, 36, 334 ss. (1903), relativo all'aborto subito da una donna, che, pur consapevole della rischiosità di un'eventuale gravidanza per la sua salute, non si era astenuta dai rapporti sessuali con il marito; RGSt. 57, 172 ss. (1923), relativo all'attraversamento di un fiume in condizioni avverse, cui il conducente della chiatta aveva acconsentito solo su insistenza dei passeggeri, poi morti a causa dell'affondamento.

²⁷ A. BECHTEL, *Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 2019, 64.

²⁸ Le varie tesi sono illustrate da A. SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburg, 2009, 320 ss., dove l'Autore si sofferma a considerare anche le critiche mosse a ciascuna di esse; nella dottrina italiana, si veda A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 40 ss.

²⁹ S. BECK, *Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit*, in *JA*, 2009, 111 ss.; 268 ss.; EAD., *Fahrlässigkeit*, in E. Hilgendorf - H. Kudlich - B. Valerius (hrsg), *Handbuch des Strafrechts. Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2020, 390; J. KASPAR, *Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *JuS*, 2012, 116. Si veda, di recente, anche A. BECHTEL, *op. cit.*, 63 ss. Sembrano opporsi, invece, all'idea di una speciale rilevanza dell'inesigibilità nella colpa, sia C. MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden, 2006, 461 ss., che L. WORTMANN, *Inhalt und Bedeutung der “Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, 111 ss.; come rilevato da A. SCHLEE, *op. cit.*, 329, sia la dottrina che la

nonostante il panorama dottrinale non particolarmente favorevole al trapianto di una riflessione attorno all'inesigibilità, lo studio del reato colposo è quello in cui maggiore successo hanno avuto le riflessioni legate al limite della pretesa statuale di conformità a certi *standard* di condotta: in relazione al rimprovero per colpa, cioè, appare in qualche misura sdoganata, anche in Italia, una certa apertura al tema dell'inesigibilità e alle sue implicazioni pratiche³⁰.

Nucleo delle riflessioni attorno alla necessaria individualizzazione del rimprovero colposo, il termine "inesigibilità" è stato però impiegato in relazione a vari momenti della teoria della colpa, assecondando ricostruzioni non sempre univoche in dottrina.

Anzitutto, la tematica dell'inesigibilità sembra condizionare la struttura del reato colposo già interferendo con il parametro di giudizio su cui si conforma la ricostruzione del dovere di diligenza imposto al singolo. Lo stesso *homo eiusdem condicionis et professionis*, a ben vedere, è parametro costruito attorno alla nozione di ciò che l'ordinamento può pretendere da una certa categoria di individui, nel compimento di specifiche attività: a correttivo della visione oggettivizzante del giudizio plasmato su un ideale irraggiungibile di soggetto attivo, si è infatti progressivamente imposta l'idea di riferire il giudizio ad un agente appartenente alla medesima cerchia sociale³¹, «irrobustito dalle eventuali conoscenze superiori dell'agente concreto»³², il quale operi secondo le conoscenze che costituiscono un patrimonio diffuso di saperi. Si è fatta largo, cioè, una soluzione compromissoria tra l'utopico agente-modello³³, dotato delle migliori conoscenze ed abilità e orientato al perseguimento della massima sicurezza tecnologica³⁴, l'uomo medio, fatalmente destinato ad abbassare il

giurisprudenza hanno mostrato più aperture, rispetto al campo del dolo o dell'omissione, per riconoscere una valenza sovra-legale al principio di inesigibilità.

³⁰ E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4776 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 2011, in particolare 201 ss. In relazione allo specifico settore agro-alimentare o dei reati ambientali, anche V. PAONE, *La vendita di alimenti contaminati tra colpa ed inesigibilità della condotta*, in *Foro it.*, 2010, 4, 195 ss. e L. SABATINI, *Osservazioni su inesigibilità, fortuito e colpa nei reati ambientali*, in *Cass. Pen.*, 2005, 1, 161 ss.

³¹ Si veda sul punto M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 marzo 2019, 8 che segnala come, nell'*homo eiusdem*, «si coglie l'attenzione alla differenziazione delle pretese che l'ordinamento, già da un punto di vista del precetto, cioè del comportamento che si deve tenere, che si può richiedere, introduce con riferimento alla colpa. Quindi non si tratta del massimo, del migliore, del più bravo di tutti naturalmente, ma è già un agente *ab origine* adeguato a pretese soggettivizzabili e differenziabili per categorie di soggetti».

³² D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *DisCrimen*, 8 maggio 2019, 34; sul punto, anche G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 237 ss.; 272.

³³ Di un modello che «sistematicamente si risolve nell'estromissione dal caso concreto proprio dell'agente reale della cui responsabilità si discute» parla, ad esempio, F. CONSULICH, *L'analoga dai mille volti: tramonto dell'agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *Cass. pen.*, 2023, 9, 2773.

³⁴ Parla, al proposito, di un «uomo con troppe qualità» F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 166. Criticamente, circa la «disagevole determinabilità della migliore scienza ed esperienza in molti settori dell'agire umano», D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*,

livello dello *standard* di diligenza su prassi erronee e su parametri mediocri³⁵ e l'agente perfettamente coincidente con l'agente concreto, capace solo di dimostrare, ogni volta, l'assenza di colpa in capo al soggetto³⁶.

Ebbene, già l'individuazione di un tale parametro per l'effettuazione del giudizio di colpa impone di confrontarsi con la tematica qui in esame, dal momento che l'esistenza della colpa sarà accertata, in primo luogo, avendo riguardo al «bagaglio di conoscenze e di capacità *oggettivamente esigibili* ai membri ideali [...] di determinati gruppi sociali o professionali»³⁷. Punto di equilibrio tra visioni iper-preventive e soluzioni che eccessivamente sacrificano l'esigenza di protezione avanzata di certi beni, l'*homo eiusdem* indica, in definitiva, la predilezione dell'ordinamento per un modello di «moderata generalizzazione»³⁸, che basa l'accertamento della colpa sul bagaglio di capacità e conoscenze che «è ragionevole presumere in ogni individuo a seconda della sua posizione ed estrazione sociale»³⁹.

Da questo punto di vista, «il grado di 'individualizzazione' di questa misura rispetto alla 'persona' dell'agente è quello *compatibile con i limiti della norma precetto*: cioè compatibile con un imperativo impersonale, diretto a 'tutti' coloro che si sarebbero potuti trovare ad agire nella medesima situazione concreta, e che avrebbero avuto diritto, *ex ante*, a conoscerne o poterne percepire il contenuto»⁴⁰. Si tratta, in altri termini, del «grado di

in S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 267. Altra dottrina preferisce invece ricostruire la tipicità colposa sullo standard elevato della miglior scienza ed esperienza per poi traslare la valutazione alla stregua dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* sul fronte della misura soggettiva della colpa: così M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 291 ss.; 389 ss.

³⁵ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

³⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 147; M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente) (voce)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 639; G. FORTI, *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 119; F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in G. De Francesco - C. Piemontese - E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 82 s.

³⁷ A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 70.

³⁸ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 154. Di un criterio «sì "oggettivo", ma di tipo "relativo"» parla invece A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011, 156. La soluzione, come noto, non è pacifica: parte della dottrina ritiene infatti che la regola cautelare dovrebbe presentare sempre l'attributo fondamentale della generalità ed unicità per tutti i consociati, pena un *vulnus* al principio di legalità ed eguaglianza: si veda al proposito M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 36. In senso diametralmente opposto, non mancano opinioni favorevoli ad una radicale rinuncia all'*homo eiusdem*, operata anticipando sul piano della tipicità soggettiva del giudizio relativo all'agente concreto: si vedano, di recente, K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino, 2024, 141 ss.; C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023, 234 s.

³⁹ G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-8, 307.

⁴⁰ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 456. Si veda anche G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 246, dove si dà rilievo alla necessità di riferire il parametro a «tipologie radicate nella società», nonché 281, dove si parla della necessità di una «obiettiva tipologia sociale, che consenta agli altri consociati di prevedere la condotta diversa».

‘esigibilità’ riferibile ad una categoria di persone, ricostruita in modo che gli eventuali tratti individuali del soggetto (es. ‘deficit’ fisico) siano generalizzati sino a ricomprendere una ‘classe’ di agenti che posseggono quelle caratteristiche (es. tutti i portatori di un *handicap*)»⁴¹.

A dispetto dei tentativi di arricchire la tipicità colposa di fattori contestuali ed individuali quanto più vicini possibile ad un modello astratto compatibile con l’agente concreto, è però evidente che il giudizio sull’inesigibilità non può esaurirsi né appiattirsi sulla selezione del modello a cui parametrare il rispetto dello *standard* cautelare, e dunque al piano della inesigibilità “oggettiva” – *rectius* impersonale. Nonostante gli apprezzabili sforzi di teorizzazione di un *homo eiusdem condicionis et professionis* quanto più aderente alla manifestazione storica di un certo individuo⁴², è evidente che un differente giudizio di inesigibilità, funzionale ad escludere il rimprovero per assenza di colpevolezza, si colloca necessariamente a valle di questa prima valutazione⁴³.

Rilevanti sul piano della modulazione della pretesa cautelare, già a livello di tipicità, potranno invero dirsi solo quelle condizioni di anomalia suscettibili di essere generalizzate e standardizzate: non altrettanto potrebbe sostenersi per le evenienze contingenti non suscettibili di essere astratte e valorizzate già in seno alla regola cautelare o alla «figura differenziata di agente modello»⁴⁴. Come lucidamente osservato dalla dottrina, cioè, «laddove [...] non sia possibile individuare una norma di condotta ‘generalizzabile’ e purtuttavia adatta al soggetto agente – cioè: da lui ‘esigibile’ – questi potrà solo appellarsi ad

⁴¹ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 45. Analogamente, con riferimento ai *deficit* intellettuali, culturali, di esperienza, F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello*, cit., 94 s. ammette la rilevanza di eventuali *deficit* «che affliggono l’agente concreto in quanto membro di un gruppo o di una categoria più ampi». Sul punto anche S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. Pen.*, 2012, 27 e C. PIERGALLINI, *Colpa (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2017, 244.

⁴² Tra le caratteristiche suscettibili di ritagliare il modello di *homo eiusdem* si elencano, ad esempio, la professione e il tipo di attività esercitata, l’età e le caratteristiche fisiche immutabili: F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello*, cit., 90 ss.

⁴³ Si veda anche D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. It.*, 2021, 2224, dove si legge della necessità di dar «“peso” a eventuali fattori “anomali”, in grado di dissolvere o modificare la pre-valutazione effettuata alla stregua dell’agente-modello di riferimento o della violazione di regole scritte o comunque formalizzate».

⁴⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 565; ID., *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave* in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 218 s. Ma si veda anche M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 413: «a livello dell’*illecito*, della misura impersonale e *generale* del dover essere [...] non vi può essere spazio [...] per considerazioni relative alla ‘esigibilità’, e alla normalità delle condizioni del singolo, perché questi adeguasse il proprio comportamento concreto alle pretese generali dell’ordinamento che valgono in linea di principio per tutti»; e ancora 427: «è possibile ‘scusare’ ciò che oggettivamente non doveva essere compiuto, ma se non sappiamo neppure cosa era dovuto, perché questo dipende di volta in volta dal singolo agente, non abbiamo più parametri di orientamento sociale del comportamento».

una *scusante*, la quale infatti non è una ‘norma di condotta’, ma una ‘regola di giudizio’, che pre-suppone l’illecito ed esclude la colpevolezza»⁴⁵.

Da sempre, del resto, il tema dell’inesigibilità è messo in relazione, dagli interpreti, alla colpevolezza colposa o alla c.d. misura soggettiva della colpa⁴⁶, che segue e completa l’accertamento iniziato con la verifica «dell’inosservanza dell’aspettativa di diligenza obiettivamente esigibile *erga omnes*»⁴⁷, imponendo all’interprete di chiedersi se, a valle della violazione obiettiva della cautela, sia possibile muovere un rimprovero individuale all’agente concreto che non si è adeguato allo *standard* richiesto dall’ordinamento. Si passa dunque a valutare «la violazione del *dovere* cautelare alla luce del *potere* del soggetto di adeguarvisi»⁴⁸: mentre «la c.d. *misura oggettiva* pone in filigrana la condotta concreta dell’agente e la regola propria valida per il gruppo di appartenenza a fronte del tipo di rischio rilevante, [...] la c.d. *misura soggettiva* torna al contegno tenuto dall’agente e lo ambienta nel contesto, per verificare se questo lo abbia condizionato in modo così determinante da non lasciargli scelta alternativa. In pratica, al primo livello si ricerca l’*an* della violazione cautelare, al secondo il *quia* della stessa, valutando qui se le ragioni dell’inadempimento cautelare siano meritevoli di considerazione in chiave esimente oppure no»⁴⁹.

È qui che si collocano, naturalmente, quei «fattori di distorsione che esulano dalla standardizzazione propria del parametro di riferimento, anche nelle sue versioni più precise in quanto più attente a cogliere, nel ricostruire la figura modello, gli elementi di differenziazione tra diversi settori e livelli di attività»⁵⁰. Sul punto, però, occorre precisare che, quando si parla di inesigibilità *in senso stretto*, ci si colloca in una prospettiva solo in parte sovrapponibile a quella che insiste, più in generale, sulla necessità di una personalizzazione del rimprovero, suscettibile di elevare la colpa penale dalla dimensione normativa della violazione cautelare a quella individualizzata della colpevolezza.

⁴⁵ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 457; e ancora 595 s.: «già sul piano del fatto tipico, e più esattamente della ricostruzione della condotta doverosa nella situazione data, si deve tener conto di *alcune caratteristiche* del soggetto agente, nella misura in cui sono *generalizzabili in funzione prescrittiva*, a indicare il dover essere (prudente, diligente, ecc.)».

⁴⁶ Sul tema, in generale, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa*, cit., 21 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 275 ss. Sul tema della soggettivizzazione della colpa, più in generale, si vedano altresì R. BORSATTI, *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. Pen.*, 2005, 75 ss. e A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 657 ss.; F. CENTONZE, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1626 ss.

⁴⁷ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 100 s.

⁴⁸ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 193.

⁴⁹ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, 121.

⁵⁰ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 217.

Tralasciando in questa sede la divisione degli interpreti sulla collocazione dei fattori personali sul versante della colpevolezza colposa o su quello dell'illecito vero e proprio⁵¹ e sulla selezione di caratteristiche individuali che possono entrare a conformare il giudizio⁵², occorre infatti chiarire sin da subito che interrogarsi di inesigibilità in senso stretto significa indagare la relazione dialettica che lega l'*agente*, colto nelle sue caratteristiche individuali, al *contesto*, irripetibile e specifico, di realizzazione del fatto⁵³.

L'eventuale rilievo dell'anomalia, che rende inesigibile la condotta doverosa, si colloca cioè a valle non solo del ricorso all'*homo eiusdem* – dunque ad un parametro che, per la sua aderenza all'attività e alle condizioni dell'agente concreto, risulta ispirato non più «ad un modello generale di persona bensì ad un modello di persona appartenente ad una determinata categoria professionale e quindi già in un certo senso dimensionato su una caratteristica dell'agente concreto»⁵⁴ – ma anche ad un vaglio della prevedibilità ed evitabilità per l'agente in carne ed ossa: il fatto che il soggetto «posseda normalmente le qualità necessarie per poter evitare la realizzazione di quel comportamento»⁵⁵ lascia ancora impregiudicata la questione circa l'impatto che eventuali circostanze anomale abbiano giocato, escludendo *eccezionalmente* quel che *ordinariamente* sarebbe possibile e doveroso pretendere dall'agente, tanto sulla scorta del parametro dell'*homo eiusdem*, quanto a valle di un giudizio in concreto sulle capacità del soggetto in questione.

La corretta collocazione del rilievo dell'inesigibilità necessita tuttavia di essere maggiormente chiarita. A tal proposito, in particolare, una parte della dottrina ha avuto modo di rilevare la confusione concettuale che porta a sovrapporre indebitamente «l'esigenza di concretizzare (rispetto al contesto) e quella di individualizzare (agendo sul parametro) il

⁵¹ Per una ricostruzione del dibattito, in terra tedesca, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 19 ss.; si veda anche D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 196 ss.

⁵² Sul punto, se è certo che un certo grado di astrazione è necessariamente richiesto, difficilmente si concorda sulle caratteristiche umane che devono entrare a condizionare il giudizio sulla colpa nella sua accezione più propriamente legata al momento soggettivo. Vi è, ad esempio, chi afferma si debbano ignorare le qualità c.d. morali del singolo individuo: caratteristiche quali sconsideratezza, leggerezza o superficialità non varrebbero comunque a escludere la colpevolezza di colui che violi una regola cautelare sulla base di simili attributi personali, così cagionando un evento prevedibile e prevenibile nel contesto della propria cerchia socio-culturale di riferimento: G.V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., 314 s.; si vedano anche A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 36 s., dove si parla di «tollerabilità o meno da parte dell'ordinamento di determinate qualità del soggetto come possibili fattori da cui potrebbe scaturire la realizzazione di un fatto colposo» e F. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello*, cit., 92 s.

⁵³ Sul punto, si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334 s., dove si legge che l'esigibilità «si affianca [...] all'elemento costituito dalle particolari caratteristiche individuali del soggetto ad integrare la c.d. "misura soggettiva" della colpa, conservando rispetto ad esso la peculiarità di non riguardare aspetti della personalità dell'agente, bensì l'eccezionalità di una situazione di fatto che condiziona l'effettiva capacità al rispetto della regola cautelare, che pur non viene meno, non perdendo la sua oggettiva efficacia *erga omnes*».

⁵⁴ A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 62.

⁵⁵ A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 68.

giudizio di imputazione»⁵⁶, evidenziando come la prima potrebbe più propriamente operare a livello di tipicità, disegnando una regola cautelare specificamente calata in certi contesti fattuali anomali. Così, ad esempio, si è sostenuto che l'esistenza di una particolare urgenza, «una volta collocat[a] sul piano oggettivo, non rende vano il *test* sulle capacità personali, ma queste saranno saggiate al metro di una regola cautelare già contestualizzata, che a questo punto chiede solo di essere individualizzata alla stregua del potere dell'agente di conformarsi in forza delle sue caratteristiche personali»⁵⁷. Si pensi, a tal proposito, alle manovre di emergenza o alla medicina d'urgenza, dove il contesto impone, a livello obiettivo, un comportamento diverso da quello che sarebbe richiesto all'agente modello in condizioni normali.

Anche in questo caso, però, non si può non rilevare come i fattori di contesto che aiutano a plasmare la norma cautelare non siano comunque sufficienti per cogliere, a pieno, la complessità di un giudizio di inesigibilità soggettiva: non tutte le deviazioni dal comportamento normalmente richiesto possono essere valorizzate già a livello tipico, dovendosi per le altre convenire che un eventuale giudizio di irresponsabilità derivi, al più, da una valutazione sul piano della colpevolezza colposa.

Nell'operare tale distinzione, diviene significativo il carattere cautelare della regola: anche in condizioni di emergenza, invero, il diverso atteggiarsi della regola cautelare appare sempre imposto dall'esigenza di minimizzare il rischio di un certo evento avverso. Così, nel caso delle manovre di emergenza, la logica sarà necessariamente quella di una «massimizzazione dell'obiettivo preventivo *attraverso* la trasgressione della regola»⁵⁸; analogo obiettivo si pone la medicina d'emergenza-urgenza, quando codifica regole di condotta in parte contrastanti da quello che sarebbe normalmente lo *standard* di cautela richiesto proprio in ragione del contesto di realizzazione del fatto e al fine di perseguire il massimo risultato possibile in tale frangente critico⁵⁹. Viceversa, laddove la violazione della

⁵⁶ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 347.

⁵⁷ M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021, 6, che rileva ancora come «quante più informazioni verranno inserite nella matrice della regola cautelare, quanto più accurata sarà la descrizione dei dettagli organizzativi, logistici, temporali, etc. che modellano la forma della cautela, tanto più soddisfatta risulterà l'esigenza di concretizzazione di quest'ultima».

⁵⁸ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 374.

⁵⁹ Si veda già G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 197: con riguardo alle regole rigide, in cui si esprime al massimo grado la funzione di prevenzione che schemi elastici bilanciano invece con la considerazione del caso concreto, «il limite logico della loro applicabilità è segnato [...] dalla possibilità che, in concreto, quell'intensa funzione preventiva venga neutralizzata e stravolta. Il limite cioè che esse sottintendono è dato dall'eventualità che quella funzione si trasformi e si capovolga nel senso che dal rispetto dei comandi e dei divieti espressi da quelle norme, promani – addirittura – una diretta minaccia all'integrità dei beni giuridici».

regola cautelare non vada intesa quale rimodulazione emergenziale della tipicità del fatto, funzionale all'obiettivo di una riduzione del rischio – del tutto peculiare – attivato dalla situazione di crisi, bensì, all'opposto, come autentica violazione *determinata* dal contesto emergenziale o come errore cagionato dall'anomalia in atto, la riflessione si sposterà necessariamente sul piano della colpevolezza: in questo frangente, in particolare, sarà opportuno interrogarsi circa la possibilità di ipotizzare l'inesigibilità della condotta doverosa.

Nel primo caso, a conformare direttamente la fattispecie tipica, modellando la regola cautelare, sarà un discorso di adattamento della diligenza a ciò che il contesto richiede, specie in presenza di regole elastiche, dove la direttiva di comportamento può essere condizionata dalle circostanze del caso concreto che indicano all'agente come si debba comportare in quell'occasione. Non è un caso, in questo senso, che molte regole cautelari scritte facciano espresso riferimento alle specifiche condizioni in cui si svolge l'azione: emblematico il Codice della Strada che, pur rappresentando l'esempio "da manuale" della colpa specifica, in più disposizioni ricorre a formulazioni che implicano la necessità di ricavare la stessa regola cautelare dal contesto di realizzazione del fatto⁶⁰. Anche in relazione alle regole rigide, d'altronde, sarà sempre possibile che determinate caratteristiche situazionali impongano all'agente di discostarsi dalla regola al fine di evitare – o minimizzare – il danno⁶¹.

Al di fuori di simili ipotesi, sarà l'inesigibilità in senso stretto a rilevare quando alla violazione di uno *standard* già sufficientemente contestualizzato si associ, sul piano soggettivo, una valutazione di assenza di colpevolezza: «il soggetto, che ha violato un dovere di diligenza obiettivo, è [...] autore di una violazione cautelare in maniera non (o meno) colpevole, per un fattore situazionale e contingente che modifica l'esito del giudizio oggettivo di inosservanza, nel momento in cui si esamini il rapporto tra il fatto inosservante e l'autore»⁶². In questi casi, che incarnano la prospettiva di maggiore interesse nella presente

⁶⁰ Art. 141: «È obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, *avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura*, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione»; Art. 143: « I veicoli sprovvisti di motore e gli animali devono essere tenuti *il più vicino possibile* al margine destro della carreggiata»; Art. 149: «Durante la marcia i veicoli devono tenere, rispetto al veicolo che precede, una distanza di sicurezza tale che sia garantito in ogni caso l'arresto tempestivo e siano evitate collisioni con i veicoli che precedono». Analoghe considerazioni erano svolte, relativamente al codice previgente, da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 191 s. Per un parallelismo con l'ordinamento tedesco, si veda G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura della diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.* 1986, 646 s.

⁶¹ Per quanto positivizzate, d'altronde, le regole cautelari soffrono un'intrinseca ed ineliminabile limitatezza, «per l'enorme ricchezza e varietà di situazioni che la realtà presenta in ogni fatto di vita, e che sfugge alla "comprensione" di ogni regola prudenziale precostituita»: così ancora G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 199.

⁶² D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 565.

analisi, ci si interroga sull'esistenza di un canone suscettibile di escludere il rimprovero quando la condotta doverosa, ricostruita sulla scorta di quanto è esigibile dall'*homo eiusdem* e di quanto normalmente prevedibile ed evitabile dall'agente concreto, manchi di rimproverabilità in ragione dell'anomalia in cui la stessa si colloca, che rende eccezionalmente gravoso ciò che normalmente sarebbe dovuto, non solo dall'agente-modello ma dallo stesso individuo in carne ed ossa, in condizioni ordinarie.

2.1. L'inesigibilità nella giurisprudenza: tra ritrosie e spunti di riflessione

Pur individuato come l'ambito privilegiato di operatività dell'inesigibilità, il settore della colpa è anche quello in cui si manifesta, forse in maniera più evidente, lo scollamento tra la dottrina, tendenzialmente favorevole alla prospettiva di una valorizzazione del rimprovero personale mediante il ricorso alle cadenze argomentative dell'inesigibilità, e la giurisprudenza, viceversa restia ad accogliere tali teorizzazioni, se non con mere declamazioni di adesione formale non seguite da una vera applicazione di simili postulati⁶³: quello che emerge dalla prassi applicativa è, in altri termini, un modello iper-normativo e iper-oggettivizzante di giudizio, a ragione reputato dagli interpreti eccessivamente rigoroso⁶⁴.

Ad una certa diffidenza verso i profili più intimamente soggettivi e individualizzanti della colpa, del resto, la dottrina ha attribuito anche la riluttanza, da parte dei giudici, a

⁶³ Lo rilevava, tra gli altri, già D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 568. Di recente si veda anche C. VALBONESI, *Prima tipicità*, cit., 242 s., dove si segnala anche come, «nonostante gli sforzi dogmatici e i tentativi applicativi, la valutazione in termini di esigibilità non assurge ancora a quel rango di dirimente regole di giudizio al quale legittimamente aspirerebbe». Lo scarso impatto dell'inesigibilità nelle decisioni dei giudici, tanto di merito quanto di legittimità, sembra in effetti iscriversi in un panorama giurisprudenziale in cui, più in generale, è poca l'attenzione per i profili di individualizzazione del rimprovero: lo evidenzia A. CANEPA, *La misura soggettiva della colpa*, cit., 109, dove l'A. rileva anche la differenza, sul punto, rispetto alla giurisprudenza tedesca; ma si veda anche E. DI SALVO, *Principio di esigibilità*, cit., 4784. di una concezione della colpa «"schiava" della tipicità e perciò disattenta alle valutazioni di rimproverabilità soggettiva» parla anche M. GROTTI, *Principio di colpevolezza*, cit., 11. In relazione alla colpa medica, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 40 rileva che «la giurisprudenza esige un'oggettivizzazione archetipale delle condizioni di precarietà soggettiva che possono escludere la colpevolezza colposa, che si riducono quindi, nel campo medico, alle situazioni di urgenza, alla estraneità del comportamento doveroso rispetto a quelli per cui il soggetto concreto era stato formato, ovvero a carenze strutturali-organizzative non ascrivibili al singolo», citando ad esempio Cass. IV, 16 maggio 2014, n. 24528, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1275 ss.; Cass. IV, 5 aprile 2011, n. 16328; Cass. IV, 20 maggio 2009, n. 31975 in relazione all'urgenza; Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942; Cass. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, per quanto riguarda la mancata formazione; Cass. IV, 7 ottobre 2014, n. 46336, in *Guida al diritto*, 2015, fasc. 4, 93 per le carenze organizzative.

⁶⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 227 parla al riguardo di un vero e proprio «impoverimento soggettivo della colpa». Criticamente, sull'atteggiamento della giurisprudenza, anche M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, cit., 124 ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 195 ss.

fondare l'assoluzione sul piano della colpevolezza anche nelle ipotesi in cui questo sembrerebbe più logico, proprio alla luce del caso concreto⁶⁵. Così, ad esempio, nel settore della responsabilità per lesioni in ambito sportivo, dove fattori quali la stanchezza, la *trance* agonistica e la concitazione della competizione, che andrebbero apprezzati sul piano della colpevolezza, raramente vengono ricondotti a tale profilo, finendo per essere perlopiù collocati in seno alla riflessione sul rischio consentito⁶⁶. Una simile ritrosia si potrebbe spiegare, del resto, anche guardando alla confusione dogmatica e concettuale che domina il settore della colpa e, in particolare, della colpevolezza colposa: dinnanzi ad un concetto di per sé non ancora sufficientemente noto ed esplorato, il ricorso all'idea nebulosa di inesigibilità finirebbe per esasperare l'incertezza applicativa e l'omogeneità delle interpretazioni sul punto⁶⁷.

Alla tradizionale chiusura giurisprudenziale alla valorizzazione dei profili di rimprovero soggettivo della colpa si è tuttavia sostituita, in anni più recenti, una maggiore attenzione ai profili individualizzanti del giudizio, e quindi alla c.d. misura soggettiva della colpa, che affianca e completa il piano della violazione oggettiva della cautela doverosa: sono decisamente più frequenti, nelle pronunce dell'ultimo decennio, le affermazioni circa la necessità di accertare «il profilo soggettivo e personale della colpa [, che] viene generalmente individuato nella capacità soggettiva dell'agente di osservare la regola cautelare, ossia nella concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola stessa: in poche parole,

⁶⁵ Di una preferenza per le «più tranquillizzanti opzioni di stampo oggettivo» parla D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 211.

⁶⁶ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 213. Un'analoga tendenza «riduzionista», che sminuisce il profilo soggettivo a beneficio di quello oggettivo, è stata rilevata dall'A. anche in relazione al celebre caso della Polstrada (Cass. pen., Sez. IV, 3 febbraio 209, n. 274, Marino): per assistere i feriti di un incidente ed in aperta violazione delle indicazioni ricevute dalla centrale, due agenti omettevano di segnalare, all'ingresso di una galleria autostradale, il pericolo di origine atmosferica presente allo sbocco della stessa. Chiamati a rispondere della morte occorsa ad un guidatore proprio in ragione del pericolo non segnalato, costoro venivano assolti svolgendo considerazioni relative al conflitto di doveri e alla prevalenza dell'assistenza ai feriti, trascurando però del tutto di considerare i profili più direttamente collegati al piano della colpevolezza, dovuti al «conflitto motivazionale» in cui si trovarono ad agire i soggetti e la necessità, per costoro, di effettuare «una scelta operativa comunque gravida di conseguenze altamente pericolose» (così D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 214). Tale scenario rievoca chiaramente le tinte dell'inesigibilità quale conseguenza dell'alterazione motivazionale in cui si consuma una scelta difficile, realizzata nel contesto di un drammatico conflitto di doveri che sposta la riflessione sul piano della colpevolezza, ma di cui non v'è traccia significativa nelle motivazioni dell'assoluzione. Per certi versi analogo anche il caso giudicato da Cass. pen., Sez. IV, 29 marzo 2001, n. 12597, D'Amelio e altri, in *Riv. Pen.*, 2001, 545 ss., in cui gli agenti lasciavano la propria postazione ad inizio galleria per raggiungere il luogo di un incidente e sollecitare la rimozione dei veicoli, omettendo così di segnalare il pericolo e cagionando un incidente mortale.

⁶⁷ CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 331 sottolineava la mancanza, in giurisprudenza, di un «organico approfondimento del tema della esigibilità».

nell'esigibilità del comportamento dovuto»⁶⁸. Certo, il richiamo all'inesigibilità della condotta risulta spesso un'argomentazione più apparente che reale, restituendo al lettore l'impressione di una formula di stile, doverosa ma priva, il più delle volte, di ricadute pratiche di sorta⁶⁹; nonostante ciò, non mancano esempi di casi in cui proprio il ricorso alla logica dell'inesigibilità soggettiva ha consentito di pervenire al risultato di escludere il rimprovero e la punibilità dell'agente⁷⁰.

Seppur non centrale nell'impianto motivazionale della sentenza, questa tematica si avverte, ad esempio, già nella sentenza Azzini⁷¹, una pronuncia ormai risalente con cui la Cassazione mandò assolti dall'imputazione per omicidio colposo due ginecologi che, trovandosi di fronte a una complicità inaspettata, non avevano operato la scelta corretta nei rapidissimi tempi imposti dall'urgenza del momento, anche in ragione della situazione conflittuale in cui si erano trovati ad intervenire: agendo come richiesto per salvare la vita del feto, si sarebbero infatti determinate delle conseguenze – non letali ma significative – per la salute della gestante. Più di tutto appare interessante, ai fini della presente indagine, che la pronuncia valorizzi «l'estrema agitazione dovuta alla pressione psicologica in cui versava il soggetto [...] attanagliato da scelte operative antagoniste tutte comunque gravide di conseguenze sfavorevoli»⁷²: riferimenti in cui riecheggiano chiaramente le implicazioni, anzitutto psicologico-motivazionali, di una situazione di conflitto di doveri e di urgenza tali da incidere sulla stessa lucidità dell'intervento e della sua attuazione, escludendo la colpevolezza dell'agente⁷³.

Ma si pensi, ancora, al caso del bagnino assolto per la morte di uno dei bagnanti di una piscina, con decisione fondata sull'inesigibilità del controllo a questi richiesto, essendo il soggetto preposto alla vigilanza di tre diverse vasche che, per ampiezza e distanza,

⁶⁸ Cass. pen., Sez. IV, 24 marzo 2016 (ud. 20 novembre 2015), n. 12478; Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017 (ud. 3 novembre 2016), n. 12175; Cass. Pen., Sez. IV, 13 gennaio 2021 (ud. 8 ottobre 2020), n. 1096, con nota di D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa*, cit., 2218 ss.

⁶⁹ Di affermazioni «generiche e apodittiche riguardo alla esigibilità e rimproverabilità» parla K. SUMMERER, *op. cit.*, 108. Ancora, D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa*, cit., 2220 critica la «consueta funzione meramente ornamentale, [...] di premessa teorica esornativa e di valenza soltanto epidittica: quasi un *memento* tanto inevitabile quanto, poi, di fatto, irrilevante nel caso di volta in volta esaminato» che solitamente la giurisprudenza fa dei richiami alla misura soggettiva della colpa.

⁷⁰ Per una ricostruzione della giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro, D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg. pen.*, 7 febbraio 2025, 28 ss.

⁷¹ Trattasi di Cass. Pen., Sez. IV, 11 febbraio 1998 (ud. 29 settembre 1997), n. 1693, in *Riv. Pen.*, 1998, 358. Per un commento critico alla soluzione accolta, D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 100 ss. Secondo l'Autore, invero, relegare sul piano della colpevolezza colposa la soluzione di questo e casi analoghi si rivela inutile «finendo il suo impiego per ottenere quanto già si raggiungerebbe tramite un diverso e ben più garantista criterio di riconoscimento della regola cautelare».

⁷² D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 590.

⁷³ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 206.

rendevano irrealizzabile un controllo simultaneo ed efficace⁷⁴. Evidente, anche in questo caso, il rilievo di un conflitto di doveri parimenti significativi, che rende impossibile rimproverare al soggetto ciò che costui avrebbe potuto fare solo trascurando altri obblighi di vigilanza e protezione.

L'impatto dell'istinto di sopravvivenza emerge invece in relazione al caso di due infermieri, imputati per aver omesso di soccorrere i pazienti di una struttura sanitaria in occasione di un incendio, da cui era derivata la morte di alcuni degenti: pur annullando senza rinvio in ragione dell'avvenuta prescrizione, nelle motivazioni della pronuncia la Cassazione si sofferma criticamente sull'assenza, nella sentenza di merito, di un accertamento circa «la effettiva esigibilità di una condotta di soccorso che gli infermieri avrebbero dovuto realizzare rimanendo all'interno di una struttura già pervasa da fumi tossici e rispetto allo stato di avanzamento raggiunto dal fronte delle fiamme»⁷⁵, oltre alla «possibile incidenza delle evidenziate carenze strutturali e della mancanza di formazione antinfortunistica erogata agli infermieri»⁷⁶.

Nel quadro di questa giurisprudenza “a singhiozzi”, composta di casi sporadici che non smentiscono la sensazione di una misura soggettiva della colpa ancora «negletta»⁷⁷, è interessante rilevare come, in tali pronunce, possano rintracciarsi alcuni degli argomenti più frequentemente associati al problema dell'inesigibilità in senso stretto, e dunque alle condizioni che consentano di escludere il rimprovero laddove, pur a fronte di una pretesa normalmente adeguata, il caso concreto presenti delle anomalie suscettibili di rendere “umanamente” impossibile l'adeguamento del singolo allo *standard* richiesto: da una parte, il conflitto di doveri che determini una scelta in qualche misura tragica e sofferta; dall'altra, lo spirito di autoconservazione che spinge il soggetto a preferire la propria salvezza alla salvaguardia degli interessi tutelati dall'ordinamento.

A tali “costanti” argomentative andrebbe affiancata, da ultimo, anche la constatazione del ruolo dei rapporti familiari che, non dissimilmente da quanto accade in ipotesi di vero e proprio spirito di autoconservazione, spingono l'autore ad un'azione necessaria al fine di preservare un interesse qualificato di taluno di caro per l'agente: si pensi al padre che, nel tentativo concitato di portare il figlio ferito al pronto soccorso, realizzi una condotta imprudente alla guida del proprio autoveicolo cagionando un sinistro, o ancora al caso di

⁷⁴ Cass. pen., sez. IV, 15 giugno 2012, n. 38024.

⁷⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23944.

⁷⁶ Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23944.

⁷⁷ Così M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, cit., 3, nonché D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 188.

scuola relativo alla donna che, informata di un incidente occorso al figlio, abbandoni la propria abitazione dimenticando il ferro da stiro acceso e causi così un incendio⁷⁸.

Qui, però, la tematica dell'inesigibilità sembra intrecciarsi con il problema del differente atteggiarsi della responsabilità colposa in ipotesi di colpa cosciente e incosciente, imponendo dunque maggiori sforzi di approfondimento.

2.2. Breve excursus su inesigibilità e colpa incosciente: un rapporto problematico

Nell'ambito delle riflessioni sviluppate dalla dottrina attorno ai rapporti tra inesigibilità e colpa, non è mancato chi ha avanzato il dubbio che il discorso sull'*Unzumutbarkeit* possa non essere compatibile con le forme di colpa maggiormente distanti da un reale sostrato psicologico, in particolare sotto forma di consapevole processo motivazionale: parte della dottrina⁷⁹, a ben vedere, nega l'applicabilità della categoria dell'inesigibilità – quale istituto che impatta, alterandolo, sul normale procedimento motivazionale dell'agente – con le forme di colpa in cui tale *iter* rimane ignoto o addirittura manca del tutto.

Nulla quaestio, in effetti, laddove il processo motivazionale sia noto e verificabile: «ben diverso è violare i limiti di velocità per soccorrere una persona in pericolo ovvero per svolgere una gara con gli amici oppure porre in essere una situazione di pericolo per timore di essere licenziati dal lavoro [...] piuttosto che per ottenere, ad esempio, una progressione in carriera»⁸⁰. *A fortiori* poi, laddove si versi in una situazione di colpa cosciente, sarà certamente possibile spendersi in un'indagine circa l'alterazione motivazionale, anche in termini di meritevolezza alla luce dei valori dell'ordinamento.

Ben più complesso si rivela il tema, invece, laddove si versi nell'impossibilità di sondare i profili motivazionali di una condotta, magari perché radicalmente assenti. Secondo taluni, in queste ipotesi, non sarebbe possibile parlare di inesigibilità in senso stretto, stante

⁷⁸ Originariamente proposto da F. NOWAKOWSKI, *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*, in *Juristische Blätter*, 1953, 509, l'esempio viene citato anche da G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin-New York, 1972, 144 ss. In Italia, si veda G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 386; il caso è richiamato anche in A. PERIN, *Prudenza*, cit., 343 s. Una variante del caso è offerta da F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 118, dove la madre, «sconvolta dalla notizia del figlio morente, accorre al suo capezzale scordando di legare alla catena il cane mordace, che più tardi assalirà nel cortile condominiale la vicina di casa».

⁷⁹ Ritiene che un discorso di inesigibilità si ponga solo nei casi in cui «un rilevante segmento del fatto stesso [...] risulti sostenuto da uno stato psicologico effettivo» A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 207. Nella dottrina tedesca, sostiene abbia senso parlare di inesigibilità della condotta solo laddove la stessa si fonda su una condotta controllabile dall'autore della stessa, A. SCHLEE, *op. cit.*, 316.

⁸⁰ A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva dell'evento*, cit., 213.

l'assenza di una consapevole pressione motivazionale⁸¹. Lo stesso potrebbe dirsi, generalizzando tale argomentazione, in relazione a tutti i casi in cui il fatto colposo sia dipeso dal sopraggiungere di una reazione emotiva incontrollata, più che da una scelta – sofferta ma calcolata – dell'agente: si pensi, tipicamente, al significato che il turbamento emotivo *ex art.* 55, comma 2, c.p., gioca in ipotesi di eccesso colposo⁸².

Limitare l'operatività dell'inesigibilità ai soli casi di colpa cosciente sembra evidenziare però un certo grado di incoerenza: si finirebbe invero per escludere dal rilievo scusante delle condizioni eccezionali in cui versa l'autore fatti connotati da coefficiente psicologico assente, in cui la mancata previsione dell'evento può talora giustificare un giudizio più mite dell'ordinamento⁸³. Sembra inoltre che si possa avanzare il dubbio che la netta chiusura al riconoscimento dell'inesigibilità nell'ambito della colpa incosciente, più che ad una incompatibilità ontologica del concetto con tale istituto, sia da attribuire ad una ricostruzione della nozione di inesigibilità che sconta i limiti di una precomprensione del concetto sul versante del reato doloso, dove necessariamente esso si correla ad una volontà effettiva.

Del resto, sia per colui che commetta una manovra di guida consapevolmente avventata al fine di condurre il proprio figlio ferito in ospedale, sia per la dimenticanza fatale

⁸¹ A. SCHLEE, *op. cit.*, 329 ss.; in passato, H. JOBST, *Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht*, Würzburg, 1934, 151 dove si parla di una «lotta tra il motivo dell'obbedienza legale e il motivo soggettivamente predominante e giustificato», assente nei casi in cui manchi la consapevolezza dell'agente circa il conflitto, nonché M. MAIWALD, *Die Unzumutbarkeit – Strafbarkeitsbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?*, in *Festschrift für Schüler-Springorum*, 1993, 486 ss. Analogamente, nella riflessione italiana, A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, cit., 205 ss.

⁸² In relazione all'analogo istituto di cui allo StGB (§ 33 StGB), L. WORTMANN, *op. cit.*, 95 ss. evidenzia in effetti che «se qui non c'è possibilità di motivazione (*Möglichkeit normgemäßer Motivierung*), allora la questione della esigibilità della motivazione (*Zumutbarkeit normgemäßer Motivierung*) non si pone» (97).

⁸³ A dire il vero, la stessa constatazione secondo cui la colpa cosciente assume sempre un significato di maggior gravità, rispetto a quella incosciente, non è pacifica: neppure l'esistenza di una specifica circostanza aggravante, laddove l'agente abbia agito con colpa «nonostante la previsione dell'evento» (art. 61, n. 3 c.p.), è bastata a persuadere la dottrina della possibilità di riconoscere sempre un grado di rimproverabilità superiore nell'atteggiamento di chi abbia preveduto le possibili conseguenze dannose del proprio agire od omettere. Ciò significherebbe, invero, penalizzare i soggetti più accorti ed avveduti, portati a riflettere più intensamente sulle conseguenze delle proprie azioni, rispetto a coloro che, con le loro determinazioni «cieche», manifestano trascuratezza o indifferenza. Viceversa, in un giudizio di meritevolezza, atteggiamenti di cautela e riflessione sarebbero da preferire alla sconsideratezza e alla incoscienza: P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 137; D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1307, dove si afferma che «non si vede perché l'ordinamento dovrebbe valutare come *più grave* la condotta di chi, avendo compreso i rischi presenti nella situazione concreta, non sia stato in grado di contenerli, rispetto alla condotta di chi, invece, quei rischi neppure li abbia avvistati, esibendo noncuranza, disattenzione, disinformazione». Si veda anche T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1969, 850, dove si rileva che «siccome la possibilità dell'evento, oggetto di rappresentazione, potrebbe essere anche estremamente ridotta, si finirebbe col dover ritenere anche in questo caso la colpa «cosciente» più grave, per esempio, di una colpa con omissione totale di ogni elementare cautela, e ciò solo perché il soggetto non si è rappresentato affatto un evento dannoso o pericolo, benché esso fosse dotato di un grado massimo di probabilità».

dovuta alla concitazione legata alla notizia di un incidente al figlio medesimo, si rinvergono chiari argomenti favorevoli ad una assoluzione per mancanza di rimprovero in capo all'agente. Nel confrontarsi con il tema in esame, sembra allora più corretto affermare che l'inesigibilità gioca un ruolo diverso a seconda che si inserisca in un'ipotesi di colpa con previsione o senza previsione, senza tuttavia consentire di escluderne aprioristicamente il rilievo in relazione alla seconda ipotesi.

Nel primo caso, essa si esprime nel senso tradizionale, come fattore che si inserisce nel processo motivazionale normale del soggetto, deviandolo e giustificando una valutazione di assenza di rimproverabilità per l'ordinamento. Viceversa, nel caso di colpa incosciente, mancando qui un processo motivazionale effettivo, manca pure l'alterazione dello stesso legata alla presenza di un'anomalia esterna; anche in questi casi, però, quella stessa condizione anomala può impattare sulle capacità del soggetto, impedendo la rappresentazione che invece, in assenza di tale fattore, questi avrebbe verosimilmente avuto⁸⁴. È qui il differente atteggiarsi della responsabilità colposa, che poggia su un elemento di normatività senza richiedere un sostrato psicologico, ad incidere sul modo in cui il fattore anomalo condiziona la capacità dell'agente di adeguarsi allo *standard* cautelare: pur in assenza di un processo motivazionale effettivo, sembra che l'inesigibilità – un'idea di inesigibilità intesa in senso ampio – possa comunque venire a giocare il ruolo di fattore idoneo ad escludere il rimprovero, al pari di quanto avverrebbe in presenza di una decisione razionale.

2.3. Inesigibilità e colpa grave

A dispetto del ruolo marginale e talora eccessivamente sacrificato che la giurisprudenza in materia di reato colposo ha riservato, nel tempo, all'inesigibilità quale elemento capace di elidere la rimproverabilità soggettiva per il fatto, occorre rilevare che in anni più recenti la tematica parrebbe essere entrata in misura maggiore a condizionare talune decisioni giudiziali, complici anche gli interventi normativi che, specie nel settore della colpa

⁸⁴ Si veda G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 332 s., dove si sostiene che «in molte ipotesi di colpa anche incosciente, l'elemento dell'inesigibilità non incide tanto sulla conoscibilità delle conseguenze della condotta sulla quale non vi sono dubbi di sorta, bensì immediatamente sulla concreta evitabilità in una determinata situazione di quelle conseguenze».

medica⁸⁵, si sono mossi nel senso di una limitazione del rimprovero punibile alla sola colpa grave⁸⁶.

La limitazione della rilevanza della rimproverabilità soggettiva ai soli casi di colpa grave, che esprime una tendenza evidente delle riforme degli ultimi anni⁸⁷, finisce per incidere profondamente anche sul tema più generale dell'inesigibilità, potendo tale concetto entrare a condizionare il giudizio circa la gravità della colpa ed escludere la sussistenza della colpa grave in ipotesi di minore esigibilità. Il tema diviene cruciale proprio in considerazione della tendenza normativa a dar rilievo, per ora limitatamente a settori circoscritti di disciplina⁸⁸, al grado della colpa per escludere la rilevanza penale del fatto: quello che tradizionalmente rappresenta «uno dei criteri base [...] per la determinazione, richiesta nel nostro codice dall'art. 133 c.p. ai fini della commisurazione della pena in sede giudiziale, del grado della colpa, congiuntamente all'obiettivo accertamento della gravità della violazione del dovere di diligenza»⁸⁹, viene infatti ad assumere un ruolo più radicale, di totale esclusione del reato⁹⁰.

⁸⁵ Sul tema della responsabilità del sanitario, in dottrina, si vedano tra i molti, i lavori monografici di M. CAPUTO, *“Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012; ID., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017; A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021; L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Milano, 2022. Si veda altresì M. CAPUTO, *Colpa medica (voce)*, in M. Donini (diretto da), *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021, 153 ss.

⁸⁶ Sul tema, tra i tanti, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.; P.F. POLI, *La colpa grave*, Milano, 2021; M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave*, cit.; C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra l'ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. Pen.*, 2021, 1, 201 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 183 ss.; M. CAPUTO, *Misura e grado della colpa*, cit.

⁸⁷ La mente corre, come evidente, al decreto Balduzzi (D.l. 13 settembre 2012, n. 158) e alla legge Gelli-Bianco (L. 8 marzo 2017, n. 24). Più di recente, poi, la limitazione alla colpa grave è stata riproposta nei c.d. scudi penali (rispettivamente art. 3-bis del D.l. 1° aprile 2021, n. 44 e art. 4, commi 8-septies e 8-octies del D.l. 30 dicembre 2023, n. 215), su cui tuttavia ci si soffermerà *infra*, Cap. 4.

⁸⁸ Rileva il ruolo residuale dell'art. 2236 c.c., che dovrebbe valere come regola di esperienza in ogni campo a alta complessità tecnica o in cui la prestazione sia “inficiata” dalla urgenza dell'intervento, C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità*, cit., 205. In giurisprudenza, si veda la sentenza sulla Commissione Grandi Rischi, (Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 2016 (ud. 19 novembre 2015), n. 12748), dove si legge che l'art. 2236 c.p. è «valevole per gli altri operatori del rischio [...] che si trovino a dover compiere attività in condizioni di speciale difficoltà; per essi la responsabilità penale per colpa risulta esclusa solo in caso di imperizia e da una regola di giudizio che ravvisa l'esigibilità del comportamento doveroso alla luce delle circostanze operative concrete, affermandola solo nel caso di colpa grave».

⁸⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 337 s., dove si aggiunge che essa assolve, nell'ambito del delitto colposo, una duplice funzione: «qualitativa, nel momento in cui contribuisce a distinguere le condotte che si possono definire colpose da quelle che non comportano responsabilità penale; quantitativa, laddove incide, presupposta una condotta esigibile, sulla misura delle conseguenze sanzionatorie». Si veda altresì T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 819 s.

⁹⁰ Secondo C. VALBONESI, *La colpa grave come limite di tipicità*, cit., 214 le riforme in materia di responsabilità medica hanno fatto emergere una «colpa grave che ha ormai abbandonato l'angusto volto riservatole dall'art. 133 c.p. per diventare vera protagonista della struttura dell'incriminazione».

Non si tratta, del resto, di approdi che non siano stati anticipati in qualche misura dalla prassi applicativa, da sempre attenta al delicato bilanciamento che l'esercizio di attività sanitaria pone nel confronto con l'universo penalistico: è ben noto come, in passato, la giurisprudenza in materia di colpa medica abbia posto significativamente l'accento sul ruolo che «la situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare»⁹¹ gioca sul piano della valutazione della gravità della colpa, o sull'esistenza di una intima «connessione tra colpa grave ed urgenza terapeutica»⁹². Lo stesso richiamo all'art. 2236 c.c., operato dalla giurisprudenza più risalente al fine di circoscrivere la colpa del sanitario all'imperizia grave, era sintomatico dell'attenzione riposta sulle particolari difficoltà nascenti dal tipo di attività svolta, ma anche dal contesto, spesso emergenziale e concitato, di realizzazione della stessa⁹³.

In seguito, rigettata formalmente la tesi dell'applicabilità diretta della norma nell'ambito dell'imputazione penale dei fatti di omicidio e lesioni colpose, è spettato all'evoluzione normativa mettere l'accento sul grado della colpa quale criterio di esclusione della responsabilità penale del sanitario: pur con le significative differenze che li

⁹¹ Cass. pen., Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22281; in precedenza anche Cass., sez. IV, 1° febbraio 2012 (ud. 22 novembre 2011), n. 4391, valorizzata in R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 325.

⁹² R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica*, cit., 324 riferendosi in particolare a Cass. sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, Montalto.

⁹³ Celebri le parole di Cass., sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4391, sul punto: «il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Vanno quindi apprezzate e 'misurate' le contingenze in cui si sia in presenza di difficoltà o novità tecnico-scientifiche; e [...] le contingenze nelle quali il medico si trova a operare in emergenza e quindi in quella situazione intossicata dall'impellenza che, solitamente, rende quasi sempre difficili anche le cose facili». Sul tema, imprescindibile anche il richiamo a Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *Giur. Cost.*, 1973, 1795 ss.

caratterizzano, tanto il decreto Balduzzi⁹⁴ quanto la legge Gelli Bianco⁹⁵, nell'interpretazione offerta da ultimo dalle Sezioni unite⁹⁶, ruotano attorno alla definizione del grado della colpa al fine di limitare la responsabilità del personale sanitario in ragione della «difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto e [del] contesto in cui esso si è svolto»⁹⁷.

Ebbene, per quanto di specifico interesse ai fini della presente indagine, sembra che la limitazione della colpa penale alle ipotesi di colpa grave possa correlarsi anche ad un giudizio di minore esigibilità della condotta doverosa. Superate le obiezioni di chi ravvisava nel grado della colpa un dato legato a mere «intuizioni emotive»⁹⁸, la dottrina ha tentato di

⁹⁴ D.l. 13 settembre 2012, n. 158; sulle novità introdotte sul versante della responsabilità penale si vedano C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 4, 51 ss.; D. PULITANO, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 4, 73 ss.; P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 4, 86 ss.; A. VALLINI, *L'art. 3 del 'Decreto Balduzzi' tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 735 ss.; P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 l. co. l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012; F. VIGANÒ, *Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012; A. MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. Trim. dir. pen. ec.*, 2013, 91 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss.; A.R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi"). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2013, 833 ss.

⁹⁵ L. 8 marzo 2017, n. 24. Tra i molti commenti, si vedano in particolare F. CENTONZE – M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1361 ss.; M. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 523 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 293 ss.; ID., *I nuovi limiti della sanzione penale*, in M. LOVO – L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 26 ss.; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile: la colpa medica dopo la l. 8 marzo, 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Leg. Pen.*, 2 maggio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. Pen.*, 5 giugno 2017; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 6, 53 ss.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, Mariotti, con commenti, *ex multis*, di R. BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 5, 233 ss.; M. CAPUTO, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.; C. CUPELLI, *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 3, 246 ss.; ID., *L'anamorfosi dell'art. 590-sexies c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1969 ss.; G.M. CALETTI - M.L. MATTHEUDAKIS, *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell'imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2018, 4, 25 ss.; A.R. DI LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, 1 ss.

⁹⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8770, cit.

⁹⁸ M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 643. Criticamente sul punto, T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 829.

enucleare dei parametri quanto più certi possibile per determinare la gravità della colpa, individuando nel «grado di esigibilità dal singolo soggetto del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento e il comportamento tenuto»⁹⁹ uno degli indici suscettibili di dotare di sostanza e contenuto tale nozione¹⁰⁰. Accanto all'elemento oggettivo della divergenza tra condotta dell'agente concreto e cautela doverosa, cioè, sarebbe anche il grado di esigibilità della condotta ad impattare sulla valutazione suddetta: gravità della colpa ed esigibilità starebbero, dunque, in un rapporto di proporzionalità, declinato a partire dalla diligenza richiesta all'agente «obiettivamente e subiettivamente»¹⁰¹.

Del tutto in linea con tali opinioni è persa, all'indomani della riforma del 2012, anche la sentenza Cantore¹⁰², vera stella polare della giurisprudenza in materia di colpa medica: occupandosi, tra le altre cose, di definire il confine tra colpa grave e colpa lieve, la Cassazione valorizzò in tale sede una serie di indici, di natura tanto oggettiva quanto soggettiva. Alla «divergenza oggettiva tra la condotta tenuta e quella prevista dalla regola cautelare violata», la Corte affiancò infatti «il grado di prevedibilità in concreto della realizzazione dell'evento; [...] l'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte dell'agente concreto; [...] la motivazione della condotta; [...] la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa e, quindi, la conseguente previsione dell'evento»¹⁰³.

⁹⁹ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 881. Analogamente anche E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, 178. Per G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 337, il *quantum* di esigibilità costituirebbe «il denominatore comune» di molti altri criteri, quali «il tipo di motivazione, specie quando si sia in presenza di un conflitto di doveri; le situazioni che, pur non escludendo la *suas* della condotta, causano particolari difficoltà ad osservare la regola di diligenza [...]; il *quantum* di evitabilità dell'evento».

¹⁰⁰ Secondo G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 337, l'idea di inesigibilità sarebbe il «comune denominatore» alla base di quasi tutti gli altri indici di gravità della colpa.

¹⁰¹ T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 881.

¹⁰² Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*. Ma si vedano anche L. RISICATO, *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189 del 2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 696 ss.; C. CUPELLI, *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2999 ss.; G. SIRA, *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *Cass. pen.*, 2014, 1670 ss.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, cit., corsivo aggiunto. Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2018 (ud. 21 dicembre 2017), n. 8870, Mariotti, ha poi precisato tali fattori affermando che «nella demarcazione gravità/lievità rientra [...] la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa». Di recente, si veda anche Cass. Sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258, Agnello, con nota di F.C. LA VATTIATA, *La misura di esigibilità del comportamento diligente del sanitario in relazione al grado di riconoscibilità della situazione di rischio: due concetti "antichi" trovano riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria*, in *Foro it.*, 2021, II, 61 ss.

Oltre all'evidente complessità della valutazione demandata al giudice, qui chiamato a una «ponderazione comparativa»¹⁰⁴ dei fattori di segno eventualmente diverso che possono convivere nella medesima situazione¹⁰⁵, a farsi notare è soprattutto la forte commistione di profili oggettivi e soggettivi. Tale mescolanza si manifesta con particolare evidenza proprio nell'interpretazione offerta dalla Cassazione in merito al requisito della «esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte dell'agente concreto»¹⁰⁶.

Nelle motivazioni della pronuncia, in effetti, l'esigibilità pare essere ricollegata tanto alla valutazione della condotta doverosa per l'*homo eiusdem*, e quindi ad un profilo ancora attratto all'orbita impersonale dell'illiceità, tanto all'esistenza di specifiche contingenze, quali l'urgenza o la particolare difficoltà, suscettibili di impattare sul fronte individuale del rimprovero soggettivo. La Corte sottolinea, infatti, che «tanto più il soggetto è adeguato all'osservanza della regola e maggiore e fondato è l'affidamento dei terzi, tanto più elevato appare il grado della colpa; ad esempio, l'inosservanza di una norma terapeutica ha un maggiore disvalore per un insigne specialista che per un comune medico generico»¹⁰⁷. La pronuncia prosegue però a precisare che «il rimprovero sarà meno rilevante quando l'agente si sia trovato in una condizione di particolare difficoltà per ragioni quali, ad esempio, un leggero malessere, uno *shock* emotivo o un'improvvisa stanchezza»¹⁰⁸. È evidente, in questo passaggio, che considerazioni di carattere oggettivo, relative a quanto si possa pretendere astrattamente da una certa categoria di agenti, si mescolano alle riflessioni circa la colpevolezza individuale del singolo, calato nel contesto specifico di realizzazione del fatto.

Da questo punto di vista, risulta apprezzabile soprattutto la centralità che il frangente soggettivo del rimprovero assume nella prospettiva gradualista. Mentre le considerazioni di carattere oggettivo ripropongono questioni per certi versi già affrontate nella costruzione dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*¹⁰⁹, di particolare interesse risulta il *focus* della Corte sulle componenti subiettive del rimprovero: nel correlare la minore gravità della

¹⁰⁴ In questi termini si esprimeva già Cass. pen., Sez. IV, 29 aprile 1980, n. 9126, Riggi.

¹⁰⁵ Si pensi ad un'ipotesi di assunzione consapevole della condotta pericolosa che sia però motivata in ragione dell'urgenza, o dal conflitto di doveri in cui versi l'agente. Sul tema si vedano T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., 887 s.; F. MANTOVANI, *Colpa (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Torino, 1988, 313.

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, cit.

¹⁰⁷ Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, cit.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237, cit.

¹⁰⁹ Da questo punto di vista, peraltro, occorrerà tener ferma la distinzione concettuale che intercorre tra la valutazione circa il grado della colpa e l'individuazione, a monte, del corretto *homo eiusdem* cui parametrare il giudizio: che, per un medico generico, la diagnosi di una malattia rara sia meno esigibile che ad uno specialista non deriva che dalla constatazione che la condotta del primo vada parametrata ad un *homo eiusdem* che adeguatamente rispecchi il livello, meno elevato, di specializzazione medica: lo rileva, ad esempio, P.F. POLI, *La colpa grave*, cit., 399.

condotta ad un concetto di inesigibilità inteso in senso soggettivo, quale difficoltà per l'agente concreto di agire secondo le direttrici di condotta attese dall'ordinamento in considerazione della peculiare condizione personale e contestuale di realizzazione del fatto, la valorizzazione del grado della colpa si rivela uno strumento concettuale utile «per far entrare il profilo più squisitamente soggettivo della colpa nel giudizio di responsabilità»¹¹⁰. Emblematico il riferimento alle specifiche motivazioni, legate ad esempio all'urgenza della prestazione o all'esistenza di un eventuale conflitto di doveri, che possono spingere l'agente, condizionandone la possibilità di adeguarsi allo *standard* cautelare.

Nel contesto delle riforme in materia di *malpractice* medica, infine, risulta particolarmente interessante rilevare come un più esteso ruolo all'inesigibilità sia stato riconosciuto anche in ragione della qualità delle indicazioni fornite da *guidelines* e buone pratiche: la giurisprudenza è infatti giunta ad affermare che «nella valutazione della gravità della colpa dovrà tenersi conto – oltre che delle specifiche condizioni del soggetto agente, del suo grado di specializzazione e della situazione specifica in cui si è trovato ad operare – della natura della regola cautelare violata, in quanto l'eventuale natura elastica della stessa, indicando un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, incide sulla esigibilità della condotta doverosa omessa, richiedendo il previo riconoscimento delle predette circostanze da parte dell'agente»¹¹¹. Ciò deriva dal fatto che, «nell'apprezzamento del grado della colpa del sanitario, deve tenersi conto della natura della regola cautelare la cui inosservanza gli si rimprovera, avendo incidenza sulla maggior o minore esigibilità della condotta doverosa che egli possa limitarsi a conoscere la regola ed applicarla o, al contrario, sia chiamato a riconoscere previamente le condizioni che permettono di individuare le direttive comportamentali, che rendono doverosa l'adozione della misura, che consentono di individuare quale misura adottare»¹¹².

Aderendo a tale impostazione, si potrebbe ritenere che la regola cautelare, ove non predeterminata in maniera tassativa, imponga di per sé un vaglio attento circa l'esigibilità della stessa riconoscibilità, da parte dell'agente, della direttiva di condotta: un'esigibilità che appare correlarsi, in questa peculiare accezione, alla tematica della rilevanza dell'errore e dell'ignoranza, trattandosi qui di verificare se e quando si poteva pretendere dall'agente la conoscenza di una regola cautelare priva di riscontro formalizzato o di un livello di

¹¹⁰ R. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, cit., 327; ma si veda anche D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 200 s., dove si sostiene che la colpa grava possa fungere da «"grimaldello" per accedere dal livello del fatto tipico [...] al piano superiore della colpevolezza, concretizzando e individualizzando il giudizio di responsabilità»

¹¹¹ Cass. pen., Sez. IV, 8 marzo 2024, n. 9894.

¹¹² Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258.

consolidamento sociale tale da renderla inequivocabilmente dovuta¹¹³. Sarebbe, dunque, anche «l'esistenza di uno spazio valutativo affidato per intero al sanitario, che in solitudine è chiamato a individuare l'agire doveroso»¹¹⁴ a incidere sull'ampiezza del margine di esigibilità da riconoscere al comportamento richiesto.

3. Inesigibilità e reati omissivi impropri

Un secondo ambito di riflessione in cui il rilievo dell'inesigibilità, quale componente essenziale del reato, si è imposto con una certa facilità, almeno a livello teorico, è rappresentato dal campo dell'omissione¹¹⁵: accomunata alla riflessione in tema di colpa in virtù dell'analoga pregnanza normativa e della minor gravità tendenzialmente riconosciuta a queste ipotesi rispetto all'equivalente commissivo¹¹⁶, a giustificare l'impatto significativo dell'inesigibilità nell'ambito del reato omissivo è anche una certa visione del rapporto Stato-cittadino.

Il reato omissivo costituisce infatti, per sua natura, un vincolo di condotta più pregnante per il suo destinatario; mentre nel caso del reato commissivo il precetto è costruito in forma di divieto, con la conseguenza che il soggetto può tenere qualsiasi comportamento fatta eccezione per quello descritto dalla norma, nel prevedere un reato omissivo l'ordinamento pretende dall'agente una specifica condotta: qualsiasi altro contegno, compreso quello completamente inerme del *non facere*, fa scattare la sanzione¹¹⁷. Nel configurare il reato in chiave omissiva, è evidente allora che si limita più intensamente la libertà del cittadino, imponendo al singolo uno sforzo significativo che implica, a valle, la necessità di valorizzare i casi in cui il sacrificio richiesto al singolo si riveli eccessivo¹¹⁸.

A ciò si aggiunga che l'omissione, quale «concetto tipicamente normativo, [...] non può essere intesa, sia dal punto di vista materiale che da quello psichico, se non con

¹¹³ Del resto, da tempo in dottrina anche l'ambiguità o l'equivocità della regola cautelare da seguire sono contemplate tra i possibili fattori situazionali disculpanti: si veda D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 601, dove si porta l'esempio dell'automobilista che imbocchi una strada in contromano a causa dell'ambiguità della segnaletica, riconducendolo ad un'ipotesi di «difetto cognitivo (errore/ignoranza) riguardante la regola cautelare». Così anche S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa*, cit., 30.

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258.

¹¹⁵ Rileva una maggiore apertura, della dottrina ma anche della giurisprudenza, ad accettare un ruolo dell'inesigibilità proprio con riguardo al reato omissivo improprio, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 312.

¹¹⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 824.

¹¹⁷ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 823, ma anche N. BOBBIO, *Norma giuridica (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 331 ss.

¹¹⁸ Sul tema, nella dottrina tedesca, si veda A. BECHTEL, *op. cit.*, 68. Il maggior sforzo richiesto al cittadino nel caso del reato omissivo improprio, oltre a riflettere un diverso equilibrio nella concezione dei rapporti Stato-individuo, spiegherebbe anche la previsione di una circostanza attenuante, ai sensi del § 13 Abs.2 StGB: si veda, sul punto, A. SCHLEE, *op. cit.*, 281.

riferimento al dovere che ne costituisce il presupposto»¹¹⁹: di qui la stretta interrelazione con il tema dell'inesigibilità, inteso quale limite al dovere che grava sul cittadino in considerazione del peso eccessivo che l'intervento richiesto può, in determinate circostanze di fatto, assumere.

A tal proposito, sembra opportuno soffermarsi a considerare, anzitutto, il modo in cui il tema si atteggia nel confronto con l'ambito del reato omissivo improprio e con le peculiarità che lo connotano, già a livello strutturale. Anche qui, come nel caso della colpa, l'emersione della logica dell'inesigibilità quale canone che condiziona, dall'interno, la struttura del reato omissivo improprio è avvenuta a prescindere da una espressa tipizzazione legale: l'art. 40 cpv c.p. si limita infatti a operare una equiparazione tra mancato impedimento dell'evento e causazione attiva dello stesso, in presenza di uno specifico obbligo giuridico in capo al garante. A dispetto dell'assenza di un riferimento espresso al limite di quanto esigibile al singolo, però, in letteratura si è insistito molto sul ruolo svolto dall'inesigibilità nell'esclusione del dovere del singolo – o della contrarietà a diritto della sua omissione.

In Germania, patria della teoria dell'inesigibilità, la dottrina maggioritaria propende infatti per il riconoscimento di una funzione più pregnante dell'*Unzumutbarkeit* nel reato commissivo mediante omissione¹²⁰: pur evidenziando alcune rilevanti divergenze di pensiero quanto a collocazione dogmatica della stessa¹²¹, sembrerebbe ammesso con più facilità il ruolo dell'inesigibilità quale limite al dovere giuridico di impedire l'evento, che grava in capo al garante. Quanto invece al versante nazionale, complice il minor interesse della dottrina, la questione ha stentato a trovare una compiuta tematizzazione; non mancano però contributi in cui sembra rintracciabile, più o meno esplicitamente, un'attenzione ai risvolti che la tematica dell'inesigibilità porta con sé, quale «regolatore della punibilità»¹²².

¹¹⁹ M. GALLO, *Colpa penale*, cit., 635.

¹²⁰ Lo rileva, nella dottrina italiana, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 311. In giurisprudenza si veda ad esempio il caso della Kuppelei, in cui non si era condannato un uomo per avere tollerato che la moglie esercitasse la prostituzione al fine di evitare uno scontro e un possibile allontanamento dalla casa familiare: RG Strafrecht, 58, 97 ss. (1924), RG Strafrecht, 58, 226 ss. (1924). Come rileva G. FORNASARI, *Inesigibilità* (voce), cit., si tratterebbe qui di pronunce che fanno leva «sull'assunzione in concreto della posizione di garanzia nei reati omissivi». Non mancano, però, voci dottrinali secondo cui sarebbe preferibile, anche in simili ipotesi, limitare il rilievo della inesigibilità al dettato normativo di cui al § 35 StGB: si veda A. SCHLEE, *op. cit.*, 282, dove si rileva, in particolare, l'impossibilità anche in queste ipotesi di andare oltre al dettato normativo che richiede un pericolo per i beni della vita, della libertà e della incolumità fisica. Per il resto, le circostanze specifiche del fatto potrebbero essere valorizzate, al più, attraverso una diminuzione della pena ai sensi del § 13 Abs.2 StGB, ad esempio laddove i presupposti per l'inesigibilità manchino di poco (305).

¹²¹ Una dettagliata ricostruzione è offerta da T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 180 ss., nonché G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 312 ss.

¹²² E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 225.

Sulle strette interconnessioni tra *dovere* di impedimento e *potere* di impedimento, in effetti, la dottrina nazionale si è pronunciata evidenziando che, alla titolarità formale di una posizione di garanzia, corredata di una serie di poteri-doveri astrattamente riconducibili all'agente, si deve sempre accompagnare l'accertamento della stessa dal punto di vista fattuale: non solo quindi potere giuridico, ma anche potere materiale¹²³. Del resto, «un dovere astratto o sulla carta, ma privo di una concretizzazione che lo renda esigibile è una scatola vuota, un dato giuridicamente inesistente»¹²⁴. Proprio la centralità che la «dialettica tra “dovere” e “potere”»¹²⁵ assume nello studio del reato omissivo improprio sembrerebbe ricondurre la discussione al binario dell'inesigibilità: il tema della dominabilità oggettiva e soggettiva, che rappresenta uno dei perni del reato omissivo, mostra evidenti affinità con il discorso sull'inesigibilità, quale «principio ispiratore»¹²⁶ a cui ricondurre il potere soggettivo di agire che condiziona la punibilità del singolo.

In altri termini, come è stato affermato in dottrina, «la possibilità di adempiere all'obbligo di agire configura un requisito indispensabile per una concezione personalistica dell'omissione penalmente rilevante»¹²⁷. Ecco allora che, al di fuori dai casi di vera e propria impossibilità assoluta di agire altrimenti¹²⁸, l'inesigibilità sembra farsi spazio nella riflessione attorno al reato in forma omissiva proprio in relazione alle ipotesi in cui, a dispetto della sua possibilità materiale di comportarsi nel modo richiesto dall'ordinamento, il soggetto versi in condizioni che rendono particolarmente gravoso l'agire¹²⁹.

Quanto a collocazione dogmatica, non si riscontra unanimità di vedute tra gli interpreti. L'accento è stato posto, da una parte della dottrina, sulla peculiarità del reato omissivo improprio, che consentirebbe di collocare l'emersione della logica dell'inesigibilità sul piano dell'antigiuridicità. Si è così sostenuto che «l'obbligo giuridico di impedire l'evento è la conseguenza della situazione di garanzia ed il presupposto esterno dell'antigiuridicità dell'omissione, la quale pertanto verrà esclusa di fronte a un fattore che, delimitando gli effetti dell'obbligo, ne giustifichi il mancato rispetto»¹³⁰. Ciò avviene, sostanzialmente, nei casi in cui l'attivazione del garante, imposta dall'obbligo giuridico di impedire l'evento,

¹²³ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., 106.

¹²⁴ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 137.

¹²⁵ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., 27. In relazione al reato colposo, si veda anche F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 115 ss.

¹²⁶ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., 35 s.

¹²⁷ V. MILITELLO, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 983.

¹²⁸ Sul tema si vedano anche le considerazioni di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 102 ss.

¹²⁹ Favorevole ad una concezione di impossibilità non solo assoluta, ma anche relativa, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 819 ss.

¹³⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 312.

comporti per costui un serio pericolo per l'integrità personale o la vita, «beni che egli ha il diritto di tutelare e che non gli si può chiedere di sacrificare, quand'anche entrino in conflitto con un bene di eguale o maggiore rilevanza (ad esempio: integrità fisica contro vita) del soggetto da proteggere»¹³¹.

Secondo la ricostruzione offerta, pertanto, al garante non è richiesto di agire laddove, anche a fronte di un obbligo di intervento a tutela di beni rilevanti, il prezzo da pagare sia per costui la vita o la propria integrità personale, salvo poi distinguere a seconda dell'esito del bilanciamento: ove l'interesse che si intende tutelare con la propria omissione sia prevalente, si tratterà di invocare lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*¹³²; viceversa, ove tale prevalenza manchi, sarebbe l'inesigibilità a escludere la contrarietà a diritto dell'omissione. Per caratteristiche del delitto omissivo improprio, ad ogni modo, tale dottrina ritiene che il limite dell'inesigibilità sia da considerare «implicito nella stessa struttura dell'obbligo, [...] e dunque una sua menzione legislativa non appare indispensabile, come invece avviene nelle ipotesi [...] in cui il fattore dell'inesigibilità influenza la definizione della fattispecie tipica, con le annesse irrinunciabili esigenze di tassatività»¹³³.

Altri Autori contestano la correttezza della soluzione dogmatica, segnalando che, «posto che nel campo dei reati a forma libera la condotta tipica è quella che in concreto causa l'evento e posto che nel più ristretto campo dei reati omissivi impropri quella condotta (non azione) è necessario che sia anche *dovuta* da parte di un determinato soggetto nelle sue concrete modalità, tutti i fattori che compongono tale dimensione deontica – compresi quelli che concretizzano sul soggetto il suo effettivo potere di agire – *possono ordinatamente disporsi all'interno del capitolo della tipicità (dolosa o colposa)*»¹³⁴. Già da tempo, del resto, la dottrina insiste sul fatto che, in relazione al reato omissivo improprio non meno che nell'ambito del rimprovero colposo, «la concretizzazione delle fattispecie debba necessariamente passare attraverso l'individuazione di una serie di “doveri”»¹³⁵ individuabili sulla scorta del caso concreto. Vi è quindi, in generale, una intima connessione con il caso di specie, che contribuisce a disegnare i confini della pretesa comportamentale che

¹³¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 317.

¹³² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 316 s.: quanto alla parificabilità del garante agli altri soggetti qualificati a cui l'art. 54 c.p. fa riferimento per escludere l'operatività dello stato di necessità (pompieri, agenti di polizia, etc), è stato evidenziato come, nel caso di tali soggetti, è il tipo di attività svolta ad implicare, quasi necessariamente, rischi per la propria incolumità. Qui, in altri termini, il pericolo per la vita è la regola e non l'eccezione, come invece accade per il garante rispetto a cui, dunque, il ricorrere di tali circostanze anomale potrà fondare un giudizio di inesigibilità.

¹³³ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 318, dove peraltro l'A. asupica una espressa menzione all'art. 40 cpv c.p., che dovrebbe far riferimento ad obblighi giuridici esigibili di impedire l'evento.

¹³⁴ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta*, cit., 138.

¹³⁵ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 324.

l'ordinamento, già a livello tipico, richiede al singolo al fine di impedire l'evento giuridicamente riprovato o minimizzare i rischi di un pericolo in potenza.

Non manca infine chi, riconducendo pacificamente l'impossibilità materiale di adempiere l'obbligo ad un'ipotesi di atipicità del fatto, preferisce collocare l'impossibilità intellettuale o morale sul versante della colpevolezza¹³⁶: a differenza di quanto avviene in relazione all'impossibilità assoluta, tale concetto non sembra escludere in radice la sussistenza dell'obbligo di impedimento né la contrarietà a diritto dell'omissione, ma solo la colpevolezza del singolo, posto in condizioni che rendono particolarmente gravoso il suo intervento, senza tuttavia eliminare in radice il potere materiale di agire nel senso richiesto.

Al di là delle possibili ricostruzioni dogmatiche, su cui si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo del lavoro¹³⁷, sembra però che il ruolo dell'inesigibilità assuma, in questo frangente, un'importanza cruciale, imponendo al giudice di domandarsi se l'agire doveroso fosse anche, per il garante collocato nella situazione di fatto, esigibile. Del resto, non si può trascurare che la riflessione circa il ruolo dell'inesigibilità nel frangente del reato omissivo improprio si intreccia, non di rado, con le considerazioni svolte in relazione al reato colposo¹³⁸: sovente, infatti, la questione dell'inesigibilità dell'omissione non impeditiva si correla ad un comportamento non volontario del singolo, bensì connotato da profili di colpa, specifica o generica.

Emblematico il caso, già richiamato, relativo alla morte di alcuni pazienti durante l'incendio di una struttura sanitaria, di cui venivano chiamati a rispondere, in qualità di garanti, anche due infermieri, responsabili di aver omesso il soccorso dei degenti; e si è già visto anche come, nel caso di specie, la Cassazione avesse insistito sull'insufficiente verifica, da parte del giudice di merito, circa «la effettiva esigibilità di una condotta di soccorso che gli infermieri avrebbero dovuto realizzare rimanendo all'interno di una struttura già pervasa da fumi tossici e rispetto allo stato di avanzamento raggiunto dal fronte delle fiamme»¹³⁹.

Omissione e colpa si confermano, in definitiva, due «luoghi giuridici in cui le “scelte attuali” dell'agente acquistano rilievo giuridico solo se misurate alla stregua delle “scelte possibili”»: i predicati caratteristici tanto del reato omissivo quanto di quello colposo, quali,

¹³⁶ G. FIANDACA, *Omissione (diritto penale) (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1984, 552.

¹³⁷ Cfr. *infra*, Cap. 5.

¹³⁸ Sul tema, più in generale, A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., nonché EAD., *Omissione e colpa (voce)*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, *Enc. Dir.*, 2021, 866 ss. Ma si veda anche G. STRATENWERTH, *op. cit.*, 640 s., dove si rileva che «il delitto commissivo (colposo), a differenza dell'omissivo, prevede soltanto la capacità di omissione, da riconoscersi anche a “colui che non sarebbe in grado di eseguire l'azione conforme alla regola di diligenza”; in quanto tale, il non compimento di azioni colpose sarebbe “possibile anche al più sprovveduto e incapace”».

¹³⁹ Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23944.

in particolare, “prevedibile”, “evitabile” e, più in generale “esigibile” e “dominabile” evidenziano chiaramente la natura deontico-relazionale di entrambi gli istituti»¹⁴⁰: di qui il forte intreccio con l’inesigibilità della condotta doverosa che, pur in assenza di specifici agganci nel testo degli artt. 40 e 43 c.p., sarebbe specifico compito del giudice rilevare e valorizzare, al fine di escludere la punibilità dell’agente.

4. Il ruolo dell’inesigibilità nel contesto dei reati dolosi: l’analisi di alcuni settori specifici

Il campo delle fattispecie colpose e quello del reato omissivo improprio non sono, però, gli unici ambiti in cui il ruolo dell’inesigibilità è stato valorizzato da una giurisprudenza che, seppur lontana dal potersi definire condivisa ed unanime, ha mostrato interessanti aperture alla valorizzazione del concetto di inesigibilità, quale fattore di esclusione della colpevolezza, anche al di fuori di scusanti codificate o specifiche valvole respiratorie.

Si tratta, come si avrà modo di osservare, di settori eterogenei, in cui l’interrogativo circa la possibilità di limitare il rimprovero e la punibilità in ragione dell’inesigibilità della condotta doverosa non ha trovato risposte univoche e un atteggiamento unanime da parte degli interpreti; nonostante gli approdi differenziati che connotano ciascuno di tali ambiti di riflessione e della perdurante incertezza che, in certi casi, continua a caratterizzare l’applicazione giurisprudenziale in materia, sembra significativo passare in rassegna, seppur sinteticamente, tali posizioni, tentando di trarne alcune conclusioni di carattere generale, utili alla prosecuzione dell’indagine sul ruolo che il canone di inesigibilità gioca, oggi, anche al di fuori dei casi espressamente codificati.

4.1. I doveri di assistenza familiare: l’inesigibilità come limite al concetto di “abbandono” e in rapporto alle obbligazioni di mantenimento

Un primo settore di interesse per l’analisi dell’impatto dell’inesigibilità sulla responsabilità individuale attiene alla materia dei reati contro la famiglia: le fattispecie di cui agli artt. 570 e s. c.p. sono state infatti oggetto, in anni recenti, di una qualche riflessione in tema di inesigibilità, tanto in relazione all’abbandono di cui all’art. 570, comma 1, c.p., quanto con riferimento agli obblighi di mantenimento *ex* artt. 570 e 570-*bis* c.p.

Il concetto di inesigibilità parrebbe giocare un ruolo, anzitutto, nell’interpretazione del concetto di “abbandono del domicilio” *ex* art. 570, comma 1, c.p.: pur in assenza di un’esplicita clausola di giusta causa, la giurisprudenza ha infatti tentato, negli anni, di operare

¹⁴⁰ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, cit., 48.

une lettura restrittiva del requisito di fattispecie. Anzitutto, come affermato dalla Consulta sin dagli anni '60, ad integrare la fattispecie in esame non è mai il solo abbandono del domicilio, ma «l'abbandono in quanto modo di sottrarsi agli obblighi di assistenza ai quali i coniugi sono vicendevolmente tenuti»¹⁴¹; secondo autorevole dottrina, inoltre, la rilevanza penale del fatto sarebbe comunque da escludere in tutti i casi in cui l'allontanamento sia da ricondursi alla «necessità di sottrarsi a un regime domestico divenuto irriducibilmente contrario alla tranquilla convivenza»¹⁴².

A giustificare la risposta penale, in altri termini, sarebbe sempre e solo l'abbandono *ingiustificato*¹⁴³; e la giustificazione dell'allontanamento sarebbe individuabile – seppur non in via esclusiva¹⁴⁴ – anche «nella inesigibilità della permanenza nel domicilio»¹⁴⁵. Ancora di recente, del resto, la Cassazione si è espressa nel senso di ritenere che «il giudice non può limitarsi ad accertare il fatto storico dell'abbandono, ma deve ricostruire la situazione in cui esso si iscrive per verificare l'esistenza di eventuali cause di *impossibilità, intollerabilità o estrema pericolosità della convivenza*»¹⁴⁶. In questo modo, sembra che la giurisprudenza abbia calato la categoria dell'inesigibilità nell'ambito dell'applicazione concreta della norma penale, finendo per introdurre un «elemento tacito [...] di fattispecie che [...] limita a priori il dovere»¹⁴⁷.

La questione dell'inesigibilità in rapporto con i reati in parola si è posta, del resto, anche in relazione all'annosa questione dell'incidenza della condizione di indigenza o difficoltà economica dell'obbligato rispetto a reati che prevedano l'adempimento di un'obbligazione patrimoniale. Si tratta, a ben vedere, di un tema ricorrente nell'ambito di

¹⁴¹ Corte cost., 11 dicembre 1964, n. 107; in dottrina si veda A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, in C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XIII, Milano, 2012, 246.

¹⁴² Espressione di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 291. In giurisprudenza, si vedano ad esempio Cass., Pen. 21 settembre 1964, Agnello, in *Riv. Dir. Matr.*, 1965, 223 ss.; Cass. pen., 16 febbraio 1966, Gioia, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1967, 1288 ss. Sottolinea il rilievo del criterio della “giusta causa” anche E. ANTONINI, *La violazione di obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 904 s.

¹⁴³ P. DI STEFANO, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in G. Fidelbo (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Torino, 2021, 226, dove si parla di una «condotta di allontanamento priva di una giusta causa che oggi è individuata nelle stesse condizioni che giustificano la separazione, ovvero sostanzialmente la intollerabilità della prosecuzione della convivenza»; ma si veda anche M.T. CUSUMANO, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, IV, Milano, 2011, 583.

¹⁴⁴ Potranno rilevare, qui, altre ipotesi non riconducibili all'idea di impossibilità morale, come già rilevato in relazione alle clausole espresse di “senza giusta causa” e “indebitamente”. Lo rileva anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 294, nota 114, facendo l'esempio del soggetto che si allontani per adempiere l'obbligo di servizio militare, nei cui riguardi sarebbe più adeguato parlare di una impossibilità materiale di permanenza, quindi di un caso riferibile alla logica dell'inesigibilità in senso stretto.

¹⁴⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 294.

¹⁴⁶ Cass. pen., 19 febbraio 2013, n. 22912 (corsivo aggiunto).

¹⁴⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 25, nota 147.

riflessione che indaga l'inesigibilità quale limite allo *ius puniendi*, con considerazioni che saranno dunque riprese avendo riguardo ad altri settori in cui il problematico rapporto tra inesigibilità della prestazione e punibilità dell'agente è emerso nel corso degli anni¹⁴⁸.

In relazione alla violazione degli obblighi familiari, la questione intercetta, in particolare, le fattispecie di cui agli artt. 570 e 570-*bis* c.p. All'art. 570-*bis* c.p. – norma che riproduce, in virtù del principio di riserva di codice, i previgenti artt. 12-*sexies* della L. 898/1970 e 3 della L. 54/2006 – è previsto un reato omissivo proprio, consistente nel mancato assolvimento dell'obbligazione pecuniaria sancita dal giudice civile con provvedimento di divorzio o separazione. Il richiamo all'art. 570, comma 1, c.p., *quoad penam*, lascia impregiudicata la differente struttura rispetto alla fattispecie in parola, dove la violazione di obblighi di assistenza familiare è filtrata attraverso le specifiche modalità dell'abbandono del domicilio domestico o con condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie¹⁴⁹: il reato di cui all'art. 570, comma 1, c.p., pertanto, non è integrato dal solo inadempimento degli obblighi, occorrendo anche un forte nesso con la «volontà di disconoscere i vincoli di assistenza materiale e morale sussistenti»¹⁵⁰. La struttura di reato di mero inadempimento è invece ripresa dall'art. 570, comma 2, n. 2, c.p., dove è sanzionato il venire meno agli obblighi di assistenza economica necessari a garantire i mezzi di sussistenza ai familiari elencati dalla norma.

Quanto all'ampiezza delle condizioni suscettibili di escludere rilevanza delle condotte di inadempimento in ipotesi di indigenza, dottrina e giurisprudenza risultano inclini a riconoscere nell'impossibilità di adempiere una causa che, a seconda che sia preesistente o sopravvenuta, è in grado di escludere, rispettivamente, l'insorgenza del dovere di agire o la *suitas* dell'agente¹⁵¹; tale esito è però pacifico solo in presenza di una indisponibilità economica che sia assoluta, oggettiva ed incolpevole¹⁵². Più complessa è invece la soluzione in ipotesi di indigenza che si traduca in una particolare difficoltà o onerosità dell'azione, possibile a costo di un sacrificio personale dell'imputato. In questo frangente si colloca la questione dell'inesigibilità: proprio in relazione a casi di impossibilità relativa

¹⁴⁸ Cfr. *infra*, § 4.1.2.

¹⁴⁹ V. MAGNINI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare e disagio economico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 5, 583.

¹⁵⁰ Cass. pen., 26 novembre 2014, n. 52393.

¹⁵¹ V. MAGNINI, *op. cit.*, 583.

¹⁵² E. ANTONINI, *op. cit.*, 908. Si veda anche P. DI STEFANO, *op. cit.*, 247, dove si riflette in particolare sul rapporto con la fattispecie di cui all'art. 570, comma 2, n. 2, c.p., dove «nell'ottica di garantire quello che, almeno teoricamente, si ribadisce essere il “minimo vitale”, la incapacità economica dell'obbligato deve essere particolarmente marcata, incolpevole ed ineludibile» In giurisprudenza, si vedano Cass., VI, 14 novembre 2014, n. 47139; Cas. VI, 29 maggio 2014, n. 28212; Cass. VI, 21 ottobre 2010, n. 41362; Cass., 3 febbraio 2010, n. 14906. In relazione all'art. 570-*bis* c.p., si veda invece Cass., 22 maggio 2018, n. 53173.

dell'adempimento, in effetti, il giudice potrebbe ricorrere alla logica argomentativa dell'inesigibilità per escludere la rilevanza penale del fatto, sotto il profilo della mancata colpevolezza dell'agente¹⁵³.

A tale soluzione si oppone nettamente parte della dottrina, che segnala come, così facendo, si affiderebbe «al giudice penale il compito di effettuare delicati bilanciamenti di interessi che potrebbero venire in gioco, facendo leva su criteri di giudizio extragiuridici, in pregiudizio della certezza e in violazione al principio di legalità»¹⁵⁴.

È interessante però rilevare come la stessa dottrina, nel confrontarsi con l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 570, comma 1, c.p., pervenga poi a riconoscere uno spazio significativo di discrezionalità giudiziale insistendo sulla differente formulazione della norma. Richiedendo una condotta “contraria all'ordine o alla morale delle famiglie”, invero, la legge imporrebbe comunque al magistrato di sindacare le scelte dell'imputato, verificando la causa dell'inadempimento: questa non sarà contraria alla morale laddove, anche a fronte di una impossibilità solo relativa, il mancato adempimento degli obblighi familiari si correli ad interessi non egoistici del singolo¹⁵⁵. In simili ipotesi, cioè, «il disagio economico, che non si traduca in un'impossibilità materiale o in uno stato di necessità, non andrà ad escludere automaticamente la configurazione del reato, ma consentirà al giudice di verificare, sulla base di una comparazione degli interessi che entrano in gioco, se le determinazioni dell'obbligato, assunte in considerazione di tale disagio, siano o meno contrarie alla morale della famiglia»¹⁵⁶.

Sposando una simile lettura, si finisce in fondo per legittimare la prospettiva che ravvisa un preciso limite alla punibilità, condizionandola al suo rapporto con la “morale familiare”. Almeno in relazione a tale fattispecie, perciò, si può sostenere che sarà sempre esigibile ciò che, pur comportando un sacrificio del soggetto, si correli ad interessi egoistici dell'agente; tale non potrebbe essere, viceversa, il soddisfacimento di bisogni differenti del medesimo nucleo o di altri membri della famiglia, al ricorrere dei quali l'impossibilità, anche solo relativa, di adempiere ai propri obblighi sarà sufficiente a rendere non punibile il soggetto.

¹⁵³ Sul punto A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, cit., 298 s. evidenzia come «il diritto – a differenza, forse, della morale, che può talora imporre sacrifici estremi a scopo altruistico – non può pretendere che si sacrifichi la propria sussistenza per garantire quella di un altro, foss'anche il coniuge o il figlio»: l'A. ritiene allora che, al di là dei casi di indigenza attuale inquadrabili nell'istituto della forza maggiore, l'esclusione del reato dovrebbe valere anche in caso di indigenza potenziale, dove è l'esistenza di uno stato di necessità ex art. 54 c.p. a rendere la prestazione inesigibile.

¹⁵⁴ V. MAGNINI, *op. cit.*, 584.

¹⁵⁵ V. MAGNINI, *op. cit.*, 586 s.

¹⁵⁶ V. MAGNINI, *op. cit.*, 587.

4.2. I reati tributari di omesso versamento: nuovi spazi di rilevanza del canone di inesigibilità ed il contrasto (mai sanato) tra merito e legittimità

Evidenti affinità con il tema trattato si rinvencono in relazione ad un altro settore del diritto penale, questa volta dedicato alla tutela degli interessi fiscali dello Stato: nel contesto dei reati di omesso versamento di imposte, invero, la questione dell'incidenza dell'indigenza e della crisi economica ha spesso imposto ai giudici di prendere posizione espressa non solo sui requisiti di natura oggettiva e soggettiva del reato ma, più nel profondo, in merito all'esistenza e all'applicabilità del principio di inesigibilità quale limite alle pretese sanzionatorie a fronte di un inadempimento "obbligato"¹⁵⁷.

Le fattispecie che vengono in esame sono qui gli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. 74/2000: introdotte nel testo della normativa dalla L. 311/2004¹⁵⁸, con un intervento in aperta controtendenza alle linee di politica criminale che avevano guidato la riforma dei reati

¹⁵⁷ Sul tema, in generale, R. ALAGNA, *Crisi di liquidità ed evasione da riscossione: itinerari di non punibilità per i reati di omesso versamento*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, 215 ss.; G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, 2015, 1156 ss.; A. INGRASSIA – L. TROYER, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: 'tout comprende c'est tout pardonner'?*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, 4, 962 ss.; G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di Iva*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013; F. ROMOLI, *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *Arch. Pen.*, 2013, 1; G. FLORA, *Crisi di 'liquidità' e omesso versamento di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. Trib.*, 2014, 906 ss.; ID., *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!"*. *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *disCrimen*, 9 novembre 2020; L. CUOMO – P. MOLINO, *Omesso versamento di imposte e crisi di impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 412 ss.; N. BILIGOTTI, *Crisi di liquidità e omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto ex art. 10 ter D. Lgs. 74/2000: le molteplici declinazioni di un'esimente*, in *Giur. pen.*, 2018, 3; L. RUSSO, *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, in *Arch. Pen.*, 2018, 2; M. CAPOGROSSI, *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità: il pericolo della criminalizzazione del rischio di impresa*, in *Cass. Pen.*, 2022, 10, 3611 ss.; S. LOCONTE, *Crisi di liquidità e reati di omesso versamento di ritenute certificate e di IVA*, in *Il Fisco*, 2022, 16, 1551 ss.; G. TOSCANO, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento: tra tormenti giurisprudenziali e prospettive (urgenti) di riforma*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2023, 2, 549 ss.; M.A. BARTOLUCCI, *Riflessioni sui reati tributari omissivi propri. Dalle scelte di politica criminale al nodo giurisprudenziale della "doppia anima" (dolo vs. inesigibilità)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2023, 2, 45 ss.; F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sist. Pen.*, 19 aprile 2024; M. TELESICA, *Criticità economiche, omesso versamento di ritenute previdenziali e principio di inesigibilità*, in *Arch. Pen.* 2018, 2; P. ALDROVANDI, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario; la trasfigurazione nel diritto vivente del "rischio d'impresa" in "rischio penale"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 409 ss.

¹⁵⁸ L. 30 dicembre 2004, n. 311 (in particolare art. 1, comma 414).

tributari¹⁵⁹, tali fattispecie sanzionano la condotta omissiva consistente nell'omesso versamento, rispettivamente, delle ritenute certificate e dell'IVA¹⁶⁰.

Analogamente a quanto affermato in merito alle obbligazioni nel contesto familiare, il problema dell'inesigibilità non riguarda le ipotesi di crisi talmente grave da rendere materialmente impossibile operare qualsiasi tipo di versamento, rispetto a cui risulterebbero conferenti i richiami all'istituto della forza maggiore spesso invocati dalla giurisprudenza¹⁶¹; il dilemma dell'inesigibilità, qui come altrove, nasce piuttosto dalla constatazione dell'esistenza di un margine di scelta. È proprio nella decisione sofferta di dar precedenza a certi fattori – i propri dipendenti o fornitori – rispetto all'Erario che si colloca la questione di una impossibilità non materiale, bensì morale, di agire altrimenti.

Sul punto, a ben vedere, si registra da anni un divario incolmabile tra la prospettiva dei giudici di legittimità e quella accolta dai giudici di merito: pur a fronte dell'eterogeneità degli argomenti sposati per pervenire alla soluzione assolutoria, nella giurisprudenza di merito si nota invero un atteggiamento di maggior apertura a considerare le difficoltà del singolo alle prese con una crisi di liquidità che impone scelte drammatiche, mentre la Cassazione si rivela perlopiù restia a considerare le difficoltà momentanee, legate ad un momento di crisi esogena, ai fini dell'esclusione della responsabilità dell'imputato.

Tra gli argomenti spesi dalle difese degli imprenditori in crisi, specie in ipotesi in cui le difficoltà contingenti avessero imposto una scelta sofferta nel senso della precedenza riconosciuta al pagamento di dipendenti e fornitori, non ha riscontrato particolare successo il richiamo all'art. 54 c.p.¹⁶²: qui, complice anche la chiusura giurisprudenziale verso letture di

¹⁵⁹ La scelta della novella del 2000 era stata, invero, nel senso di un'esclusione radicale della rilevanza penale di meri inadempimenti, concentrando l'intervento penale sulle condotte maggiormente lesive: si veda al proposito la Relazione governativa al D.lgs. 74/2000 (§ 3.2.3). Di «fattispecie disarmonicamente inserite nella legge 74 del 2000 e [...] incriminazioni del tutto estranee alla sua originaria filosofia ispiratrice» parla, ad esempio, S. BOLIS, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2021, 1, 46.

¹⁶⁰ Per l'analisi dettagliata della fattispecie si rinvia a L. MONTICELLI, *Art. 10-bis e art. 10-ter*, in C. Nocerino – S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, Torino, 2015, rispettivamente 198 e 207 ss.; S. FINOCCHIARO, *Art. 10-bis e art. 10-ter*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, rispettivamente 1870 e 1897 ss.

¹⁶¹ In numerose occasioni, tanto nel passato quanto di recente, la giurisprudenza si è espressa nel senso che «l'inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico»: Cass. pen., Sez. III, 28 giugno 2023, n. 28031; in precedenza anche Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 2015, n. 8352, nonché Cass. pen., Sez. III, 14 luglio 2021, n. 40042 e Cass. pen., Sez. III, 7 settembre 2021, n. 38177, con nota di D. COLOMBO, *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *www.discrimen.it*, 11 novembre 2021. Sul tema, si rinvia inoltre a F. LOMBARDI, *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come "forza maggiore"*, in *Giur. Pen.*, 2018, 4.

¹⁶² Lo rilevano, tra gli altri, G. FLORA, *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!"*, cit., 8 s. e G. TOSCANO, *op. cit.*, 563 ss., che segnala un atteggiamento di eccessiva e aprioristica chiusura della giurisprudenza sul punto.

carattere scusante, fondate sulla complessità motivazionale di una scelta obbligata e sofferta, ha avuto la meglio una certa rigidità nell'interpretazione dei requisiti del "danno grave alla persona", della "involontarietà" e della "inevitabilità" del pericolo, in ragione del rilievo solo indiretto del pericolo in ipotesi di evenienze che minacciano l'interesse al mantenimento del posto di lavoro, nonché della difficoltà concettuale a provare, da una parte, l'assenza di qualsiasi colpa nella gestione aziendale rispetto all'insorgenza della crisi di liquidità e, dall'altra, l'impraticabilità di ogni possibile strada alternativa.

Altrettanto netta è stata la chiusura rispetto alla possibilità di scriminare, *ex art. 51 c.p.*, la scelta di chi destini le poche somme disponibili al pagamento delle retribuzioni, dal momento che la Cassazione ha chiaramente affermato che «nel conflitto tra il diritto del lavoratore a ricevere i versamenti previdenziali e quello alla retribuzione, va privilegiato il primo in quanto è il solo a ricevere, secondo una scelta del legislatore non irragionevole, tutela penalistica per mezzo della previsione di una fattispecie incriminatrice»¹⁶³.

La prospettiva di un bilanciamento oggettivo, che operi in forza della prevalenza dell'interesse alla continuità aziendale su quello della regolare riscossione di imposte e tributi, pare dunque un vicolo cieco. Maggiore attenzione sembra destinato a suscitare, invece, il filone giurisprudenziale che punta sui profili soggettivi, ragionando di assenza di colpevolezza ed insistendo, tra le altre cose¹⁶⁴, proprio sul concetto di inesigibilità della prestazione doverosa¹⁶⁵. Ancora una volta, nell'esame della casistica rilevante, assume centralità il rilievo del conflitto di doveri che grava sull'imprenditore, chiamato al versamento dell'importo dovuto ma anche a salvaguardare l'integrità e la continuità dell'azienda¹⁶⁶; a fronte di una disponibilità limitata di risorse, costui è chiamato ad una scelta drammatica, stretto com'è nell'alternativa tra la commissione del reato di omesso versamento

¹⁶³ Cass., sez. fer., 13 agosto 2020, n. Il principio è stato ribadito, di recente, anche da Cass. pen., Sez. III, 30 novembre 2022, n. 2858; Cass. Pen., Sez. III, 19 giugno 2024, n. 24262.

¹⁶⁴ Non mancano filoni che insistono piuttosto sull'assenza di dolo: si veda G. TOSCANO, *op. cit.*, 572 ss.

¹⁶⁵ G. TOSCANO, *op. cit.*, 566; G. FLORA, *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!"*, cit., 9.

¹⁶⁶ G. FLORA, *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!"*, cit., 11 ss. In giurisprudenza, si veda Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2018 (ud. 23 novembre 2017), n. 6737, che però motiva l'assoluzione dell'imprenditrice non tanto sull'inesigibilità, bensì sull'assenza di dolo per mancanza della consapevolezza dell'illiceità della propria condotta: la Corte rileva in particolare che il giudice di merito avrebbe dovuto accertare se «la convinzione che i dipendenti necessitassero l'immediata corresponsione (non di somme di denaro di per sé, bensì di "mezzi di sostentamento necessari" per loro e per le loro famiglie), se realmente fosse stata propria della imputata e se realmente l'avesse indotta a pagarli a costo di omettere il versamento delle ritenute, fosse stata nel caso concreto compatibile con il dolo del reato in questione, ovvero con una contestuale consapevolezza di illiceità». Per un commento, si veda E. TOMASINELLI, *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell'imprenditore. La Cassazione alle prese con un'omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore*, in *Giur. Pen. Web*, 2018, 4.

ed il sacrificio delle ragioni di continuità dell'azienda – nonché, a valle e in stretta connessione con essa, delle posizioni di lavoro dei propri dipendenti e dei crediti dei fornitori.

Emblematica di tale conflitto e della consacrazione del ruolo che l'inesigibilità può venire a giocare in simili frangenti risulta, tra le altre¹⁶⁷, una pronuncia del Tribunale di Milano del 2015: nell'assolvere l'imprenditore che, colto da una crisi del settore di attività, aveva investito le poche risorse disponibili nel pagamento delle retribuzioni e nella regolarizzazione di precedenti illeciti tributari, il Tribunale affermò che «l'inflizione della sanzione penale ad una persona deve ritenersi preclusa ogniquale volta le risultanze istruttorie nel processo facciano emergere elementi di fatto da cui il giudice desuma che l'agente si trovò ad operare in circostanze concrete tali da impedire di pretendere un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto»¹⁶⁸. Si è così data voce all'opinione dottrinale favorevole a valorizzare il ruolo dell'inesigibilità nell'ambito dei reati tributari di omesso versamento al fine di escludere la punibilità del fatto¹⁶⁹.

Nondimeno, fatto salvo per qualche isolata pronuncia favorevole alla prospettiva interpretativa descritta¹⁷⁰, la logica dell'inesigibilità non ha fatto breccia nei ragionamenti del giudice di legittimità: in linea con la dottrina maggioritaria¹⁷¹, preoccupata dell'eccessiva indeterminazione della soluzione e dell'assenza di qualsivoglia aggancio positivo della

¹⁶⁷ Trib. Milano, Ufficio GIP, 7 gennaio 2013, giud. Castelli, e Trib. Milano, Ufficio GIP, 19 settembre 2012, giud. Domanico, entrambe in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2013, nonché Trib. Milano, 22 maggio 2013, in *Cass. pen.*, 2014, 666 ss., con nota di I. SALVEMME, *Un insolito effetto della crisi. Il recupero dell'inesigibilità nei reati di omesso versamento*.

¹⁶⁸ Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2016, con nota di S. FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e "soggettiva inesigibilità"*.

¹⁶⁹ Parla del «vero e proprio ago della bilancia tra rilevanza e irrilevanza penale del fatto» M.A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, 65. Ma si veda anche L. MONTICELLI, *Art. 10-bis*, cit., 198.

¹⁷⁰ Cass., Sez. III, 26 febbraio 2014, n. 9264 e Cass., Sez. III, 3 aprile 2014, n. 15176, dove il reato viene escluso sulla base dell'assunto che «la volontà di non effettuare nei termini il versamento dovuto (che costituisce un segmento indefettibile del dolo richiesto dalla fattispecie) presuppone - secondo la struttura tipica dei reati omissivi - la possibilità di assolvere il dovere di pagamento e, nel caso di specie, la crisi acuta di liquidità ha comportato, secondo il Giudice del merito, una effettiva mancanza di volontà dell'omissione in presenza di una sorta di causa di impossibilità relativa, da valutarsi in relazione a quanto umanamente esigibile dal soggetto su cui incombe il dovere di adempiere». Si veda anche Cass., sez. III, 6 ottobre 2019, n. 42522 che dichiara inammissibile il ricorso confermando la pronuncia di assoluzione motivata, tra le altre cose, a partire dal rilievo della non esigibilità della condotta doverosa, anche in ragione del fatto che la scelta di provvedere al pagamento di fornitori e dipendenti «era avvenuta in una prospettiva di continuità aziendale».

¹⁷¹ Rilevano criticamente che l'esito del Tribunale di Milano, ammirevole in punto equità, sia però raggiunto al costo di un evidente *vulnus* di legalità, A. LANZI - P. ALDOVRANDI, *Diritto penale tributario*, Milano, 2020, 523 s. Perplexità analoghe sono espresse da G. TOSCANO, *op. cit.*, 568.

scusante in parola, la Cassazione ha strenuamente rigettato l'idea di una causa di non punibilità legata all'operare di un principio extra-legale di inesigibilità¹⁷².

Nelle pronunce più recenti, nondimeno, il rigore della giurisprudenza di legittimità parrebbe almeno in parte attenuato; rispetto alla chiusura tradizionalmente opposta alle cadenze argomentative che insistevano sull'istituto dell'inesigibilità, la stessa Cassazione ha infatti ammesso che «in tempi più recenti questa posizione è stata integrata, attraverso il riconoscimento di un più ampio contenuto alla categoria del dolo, anche nell'ottica della inesigibilità»¹⁷³. Ancora, in un'altra sentenza recentissima, pur non accogliendo il ricorso della difesa, la Cassazione ha evidenziato come questa non avesse prospettato «la sussistenza dei presupposti per ritenere inesigibile o, comunque, non punibile per mancanza dell'elemento soggettivo la condotta tenuta dall'imputato, perché non spiega se ed in che misura egli si trovasse in difficoltà economiche, né quali fossero le cause di tale eventuali difficoltà e le ragioni per cui, asseritamente, la società abbia potuto preferire il pagamento dei debiti verso i dipendenti piuttosto che dei debiti verso l'erario»¹⁷⁴, così implicitamente ammettendo la possibilità di riconoscere spazi all'inesigibilità, pur nel rispetto dei requisiti necessari ad integrare l'istituto e con adempimento dei relativi oneri probatori.

Sull'atteggiamento della Cassazione potrebbe aver inciso, del resto, la profonda crisi economica innescata dall'emergenza pandemica: una crisi che ha esaltato l'attualità delle tematiche qui in discussione, mettendo nuovamente al centro il concetto di inesigibilità sopravvenuta della prestazione. Questo profilo, che inaugura una riflessione circa le potenzialità dello strumento dell'inesigibilità nella gestione dei momenti di crisi generalizzata, sarà tuttavia oggetto di approfondimento nel Capitolo che segue, cui ora ci si limita a rinviare¹⁷⁵.

4.3. Il ruolo dell'inesigibilità nei reati in materia di immigrazione

Un ultimo settore rilevante nella panoramica giurisprudenziale che mostra alcune interessanti aperture al concetto di inesigibilità quale principio suscettibile di applicazione anche oltre gli angusti confini di tipizzazione in via legislativa, è infine quello del diritto

¹⁷² Tra le altre, si vedano Cass. pen., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 8352; Cass. pen., Sez. III, 22 dicembre 2015, n. 50209; Cass. Pen., Sez. III, 6 luglio 2018, n. 52971; Cass. Pen., Sez. III, 5 dicembre 2018, n. 54345; Cass. Pen., Sez. Fer., 11 agosto 2020, n. 23939.

¹⁷³ Cass. pen., Sez. III, 2 agosto 2023, n. 33977.

¹⁷⁴ Cass. pen., Sez. III, 2 agosto 2023, n. 33970.

¹⁷⁵ V. *infra*, Cap. 4.

penale dell'immigrazione¹⁷⁶. Ci si è già soffermati sul rilievo che la “valvola respiratoria” del giustificato motivo ha giocato in passato – e continua a giocare – nell'esclusione della responsabilità per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286¹⁷⁷: pur ascrivibile ai casi in cui l'aggancio alla prospettiva dell'inesigibilità appare tipizzata in maniera espressa mediante la clausola del giustificato motivo, l'esperienza giurisprudenziale relativa all'art. 14, comma 5-ter T.U.I. merita di essere brevemente richiamata, in questa sede, perché illuminante nella individuazione di alcuni criteri generali di concretizzazione dell'inesigibilità penalmente rilevante.

Nella prassi applicativa, appaiono invero frequenti le ipotesi di inesigibilità della condotta ricondotte ad una specifica situazione familiare dell'agente, quali la nascita di un figlio o lo stato di gestazione avanzato della propria moglie o compagna¹⁷⁸: è qui il rimando ai legami familiari ed affettivi che, confortato dal rilievo espresso riconosciuto all'*affectio parentalis* dall'ordinamento in specifiche ipotesi esimenti fondate sulla medesima *ratio*¹⁷⁹, giustifica il rimando alla logica dell'inesigibilità. A tale rilievo si accompagnano, inoltre, casi in cui l'esenzione da pena opera per «lo straniero espulso che non si sia allontanato in quanto affetto da una precaria condizione di salute, o che comunque si trovi nella necessità di ricevere soccorso sanitario (cfr. art. 32 Cost); ovvero lo straniero che, nonostante l'ordine di espulsione, abbia inteso continuare la convivenza con il coniuge non di nazionalità italiana regolarmente residente, o con il figlio minore che non possa concretamente seguirlo (cfr. artt. 29-31, che riconoscono i diritti della famiglia, il diritto dei genitori di istruire ed educare i figli, e che proteggono la maternità e l'infanzia); ovvero lo straniero espulso che potrebbe essere esposto, nel paese che dovrebbe riceverlo, al rischio di essere colpito dalla pena di morte o di essere perseguitato per ragioni politiche, anche se non gli è stato riconosciuto lo *status* di rifugiato (cfr. artt. 10 e 27 ult. comma); e così via»¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Per una riflessione, sul punto, A. ABUKAR HAYO, *Cenni sul principio d'inesigibilità nel diritto penale della migrazione*, in *La giustizia penale*, 2011, 7, 2, 416 ss. Si veda, inoltre, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010, 226 ss. dove si ipotizza una valorizzazione del concetto di inesigibilità in rapporto ai conflitti di coscienza, nonché A. PROVERA, *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018, 265 ss., dove invece se ne esclude la praticabilità per l'eccessiva discrezionalità del giudizio.

¹⁷⁷ V. *supra*, Cap. 2, § 2.

¹⁷⁸ Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 2022, n. 38819.

¹⁷⁹ Lo rileva P. CAROLI, *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo “dal basso”?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 3, 340, riferendosi in particolare all'art. 384 c.p.

¹⁸⁰ Si veda anche E. GROSSO, «Ad impossibilia nemo tenetur»: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, in *Giur. Cost.*, 2004, 1, 97 ss.

Tale apprezzabile sforzo di riempimento concettuale dell'impossibilità soggettiva di adempiere – *rectius* delle motivazioni suscettibili di escludere l'esigibilità della condotta – si riflette anche su altre fattispecie in cui, assente ogni riferimento al giustificato motivo che limita la punibilità dell'agente, il problema della riconoscibilità di specifici limiti al rimprovero penale è stata portata all'attenzione della stessa Corte costituzionale.

Pronunciandosi sulla fattispecie di ingresso e trattenimento irregolare cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998, rispetto a cui risulta assente ogni riferimento al giustificato motivo, la Consulta ha avuto modo di precisare, anzitutto, che anche in simili ipotesi «rimane [...] operante il basilare principio *ad impossibilia nemo tenetur*, valevole per la generalità delle fattispecie omissive proprie. In rapporto a tali fattispecie, difatti, l'impossibilità (materiale o giuridica) di compimento dell'azione richiesta esclude – secondo una diffusa opinione – la configurabilità del reato, prima ancora che sul piano della colpevolezza, già su quello della tipicità, trattandosi di un limite logico alla stessa configurabilità dell'omissione. Ne consegue che, per questo verso, un insieme di situazioni, rilevanti come “giustificato motivo” in rapporto al reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, ben possono venire in considerazione anche ai fini di escludere la configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 286 del 1998»¹⁸¹. Certamente valido ad escludere il reato in ipotesi di impossibilità assoluta, è però dubbio che tale principio possa giocare un ruolo anche in ipotesi di impossibilità relativa e, dunque, di inesigibilità soggettiva.

L'esperienza della prassi applicativa, supportata dalla dottrina¹⁸², sembrerebbe in realtà suggerire una ampia valorizzazione dell'inesigibilità soggettiva anche in simili ipotesi, seppur spesso mascherata sotto mentite spoglie. Da una parte, rilevano le pronunce che valorizzano l'istituto *ex* art. 51, comma 1, c.p., capace di scriminare l'ingresso e il trattenimento illegale sul territorio dello Stato, ad esempio in ragione del diritto a contrarre matrimonio¹⁸³. Dall'altra, sarebbe anche il «diverso strumento di ‘moderazione’ dell'intervento sanzionatorio»¹⁸⁴ della particolare tenuità del fatto, previsto in relazione al procedimento dinanzi al giudice di pace *ex* art. 34 D.lgs. 274/2000, ad assumere centralità in relazione al reato di cui all'art. 10-*bis* T.U.I. Pur perseguendo un obiettivo ragionevole di mitigazione delle conseguenze sanzionatorie del settore di cui si tratta, però, entrambi i

¹⁸¹ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250.

¹⁸² Si rinvia, nuovamente, al contributo di P. CAROLI, *op. cit.*, 340.

¹⁸³ Si vedano Cass. pen., Sez. I, 29 luglio 2013, n. 32859; Cass. pen., Sez. I, 22 marzo 2018, n. 13372.

¹⁸⁴ In questi termini si esprimeva, salvando l'art 10-*bis* dalle censure di illegittimità costituzionale, Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250. Si veda, sul punto, anche L. MASERA, *Art. 10-bis*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1487, che rileva come la Corte avesse ritenuto che tale istituto potesse «assolve[re] alle medesime esigenze di contenimento della risposta punitiva».

percorsi motivazionali sembrano disconoscere all'inesigibilità un ruolo che le sarebbe, invece, ben più congeniale¹⁸⁵.

Si prenda in particolare l'art. 34 del D.lgs. 274/2000: se è vero che «nella disciplina del Giudice di pace l'istituto della particolare tenuità non si fonda esclusivamente sull'offensività, ma è più in generale espressione del principio di sussidiarietà dell'intervento della sanzione penale, escludendone l'applicazione in ragione della marginalità del disvalore eventualmente anche da un punto di vista soggettivo»¹⁸⁶, il ricorso a tale istituto finisce per dirottare sotto il cappello della ridotta offensività profili più adatti ad essere inquadrati sul versante della inesigibilità soggettiva, rilevanti sotto il profilo dell'esclusione del reato e non delle sue sole conseguenze sanzionatorie. Tale conclusione appare in qualche misura supportata dal rilievo della prassi applicativa, che si è avvalsa dell'istituto, ad esempio, in casi di ingresso irregolare per raggiungere il figlio minore¹⁸⁷: un'ipotesi che, oltre a richiamare idealmente le decisioni sul giustificato motivo ex art. 14 T.U.I., sembrerebbe poco confacente alla logica della ridotta offensività per attestarsi su ragionamenti che implicano la valutazione dei motivi – e quindi del disvalore soggettivo – del fatto in rapporto con la colpevolezza.

4.4. Uno sguardo d'insieme. L'incidenza (e i limiti) dell'inesigibilità nell'ambito dei reati omissivi di “inadempimento”: i reati ambientali

Anche a dispetto dell'andamento oscillante dell'esperienza giurisprudenziale qui sinteticamente richiamata, la panoramica dei settori in cui il ruolo dell'inesigibilità ha provato ad essere valorizzato può essere utile a tracciare alcune linee di riflessione generali. Anzitutto, sembra possibile rilevare da subito una maggiore tendenza della giurisprudenza di merito a riconoscere l'inesigibilità della condotta, a fronte di chiusure, talvolta ermetiche, della Corte di Cassazione¹⁸⁸. Si tratta di un dato che non deve sorprendere: è fisiologico che un concetto come l'inesigibilità, che si alimenta del conflitto tra legge astratta e caso concreto, finisca per permeare maggiormente le considerazioni del giudice che si occupa del fatto, e non anche di quello incaricato delle valutazioni circa la corretta applicazione della

¹⁸⁵ Si veda P. CAROLI, *op. cit.*, 341 s., dove si legge tra le altre cose che «se è vero che per cantanti e poeti l'amore smuove le montagne e non conosce confini, forse più che di diritto scriminante a contrarre matrimonio, sarebbe stato più corretto parlare di inesigibilità».

¹⁸⁶ P. CAROLI, *op. cit.*, 341 s.

¹⁸⁷ Giud. pace Mezzolombardo 8-13 aprile 2022, n. 5.

¹⁸⁸ Sui contrasti tra giurisprudenza di legittimità e di merito, nell'interpretazione della clausola del “giustificato motivo” ex art. 14 T.U.I., soprattutto ove ad integrare lo stesso non sia una difficoltà oggettiva, riportabile alla logica dell'*ad impossibilia nemo tenetur*, bensì proprio nei casi di inesigibilità soggettiva, si veda L. MASERA, *Art. 14*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1635; 1638.

legge¹⁸⁹. Non stupisce, perciò, la più spiccata sensibilità dimostrata sul punto dai giudici di merito, maggiormente “a contatto” con la persona dell’imputato e con le condizioni di fatto suscettibili di essere valorizzate per escludere la punibilità dell’agente.

Né pare un caso che la condotta si qualifichi sovente come omissione in senso proprio, come avviene nell’ipotesi dei reati fiscali, in materia di obblighi familiari, ma anche con riferimento alla figura di trattenimento illegale dello straniero¹⁹⁰: da decenni, invero, la dottrina ha posto l’accento sulla peculiarità dell’*echtes Unterlassungsdelikt*, che «non sfocia in alcun risultato naturalisticamente rilevabile, e [in cui] tutto il disvalore si concentra nella condotta disobbediente, o, che dir si voglia, inadempiente»¹⁹¹. Col che non si intende, naturalmente, smentire il ruolo centrale del bene giuridico tutelato anche nell’ambito del reato omissivo, scadendo verso concezioni ormai ripudiate del reato omissivo improprio come reato «“di mera disobbedienza” o “di infedeltà”»¹⁹². Nondimeno, la lesione al bene tutelato – rispettivamente la famiglia, l’interesse dello Stato alla percezione dei tributi e ad un’ordinata gestione dei flussi migratori – si incardina qui su figure delittuose costruite a partire dalla violazione di un obbligo giuridico, spesso definito *aliunde*: ciò rende la struttura del reato omissivo proprio per certi versi analoga a quella di una vera e propria obbligazione¹⁹³.

Non sembra allora insignificante, in questo senso, riflettere su come la dottrina civilistica dell’inesigibilità come limite al dovere del debitore possa aver impattato su talune figure di reato, costruite essenzialmente sulla inosservanza di un obbligo o sull’omissione di una condotta oggetto di obbligazione in capo al soggetto agente¹⁹⁴. Va precisato,

¹⁸⁹ Lo rilevava, riferendosi al differente problema dell’applicabilità dell’art. 54 c.p. alla emergenza abitativa o economica, anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 27; ma si veda anche G. TOSCANO, *op. cit.*, 562, che ritiene che «la naturale vicinanza dell’organo giudicante al caso concreto [...] li rende maggiormente “attenti”, rispetto ai giudici di legittimità, al contesto economico in cui operano gli imprenditori».

¹⁹⁰ Sulla natura di reato omissivo permanente, L. MASERA, *Art. 10-bis*, cit., 1477.

¹⁹¹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 161. Per una riflessione sulla natura di «illeciti solo formali, di pura disobbedienza» delle mere omissioni, con la conseguenza che «ciò che esse possono “promuovere” è, in effetti, solo la mera obbedienza a comandi di agire», si veda anche G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 359.

¹⁹² A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 223, riferendosi in particolare alla cultura giuridica della Germania nazista. Si veda anche oltre (235), dove l’A. mette in guardia sui rischi di una proliferazione del diritto penale, sotto forma di reato omissivo proprio, «ridotto ad una funzione meramente sanzionatoria di altre branche del diritto», capace di far tornare in auge «le “sinistre” ombre di totalitaria memoria del “*Verbrechen als Pflichtsverletzung*”».

¹⁹³ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 836.

¹⁹⁴ L’idea di appoggiarsi al diritto civile per ricostruire una nozione di inesigibilità “esportabile” nel frangente penale della riflessione non è, peraltro, una novità: già nella dottrina tedesca, a ben vedere, non era mancato un tentativo di precisare il concetto di inesigibilità affidandosi alla applicazione analogica del § 242 del codice civile, dove è disciplinato il principio di buona fede nell’obbligazione del debitore: J. LÜCKE, *Der allgemeine Schuldaußschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem*, in JR,

naturalmente, che il versante civilistico della riflessione e quello penalistico presentano peculiarità che rendono impossibile un'assimilazione completa: seppure in entrambi i casi esso svolga la funzione di limite ad un obbligo giuridico, nel diritto civile il principio di inesigibilità, quale precipitato della buona fede, «interviene in presenza di una situazione oggettiva in cui si prospetta al debitore una notevole difficoltà ad adempiere la prestazione cui è tenuto»¹⁹⁵, mentre sul versante penalistico esso «agisce come limite di imputazione – nella concezione tradizionale – in casi in cui il rimprovero di colpevolezza è escluso per ragioni etico-sociali, ovvero perché all'agente non si poteva chiedere di motivarsi secondo le norme, configurandosi pertanto una situazione tutta soggettiva»¹⁹⁶. A dispetto della distanza che separa il settore civile da quello penale, però, l'esistenza di alcune affinità di struttura può forse contribuire a spiegare perché l'inesigibilità sia riuscita a ritagliarsi qualche spazio di rilevanza, ad esempio in relazione alle omissioni fiscali penalmente rilevanti, anche al di fuori di un'indicazione legislativa puntuale.

D'altro canto, come rileva da tempo la dottrina più attenta alle implicazioni dogmatiche e politico-criminali del reato omissivo proprio, è frequente nelle ipotesi di pura omissione il riferimento alla «non-esigibilità quale esimente o [...] quale limite esegetico»¹⁹⁷ della fattispecie: la mente corre alle ipotesi di reato dotate di una specifica valvola respiratoria, già esaminate nel Capitolo che precede¹⁹⁸. La giurisprudenza presa in esame in queste pagine sembra allora confermare come, di fronte a reati rispetto a cui «lo stesso legislatore ha avvertito non di rado l'esigenza di “scusare” l'omittente se ricorrano situazioni nelle quali il compimento dell'azione dovuta sarebbe “di troppo sacrificio” per il destinatario del precetto»¹⁹⁹, l'inesigibilità finisca per farsi strada anche al di fuori di un'espressa ed inequivoca menzione legislativa²⁰⁰.

1975, 55 ss. Per un commento, nella dottrina italiana, si veda anche G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 159 ss.

¹⁹⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 161. Nella dottrina civilistica, si rinvia alle considerazioni di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità delle obbligazioni*, Napoli, 2012; G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2022, 1, 185 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Affidamento, responsabilità pre-contrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *Accademia*, 2023, 1, 297 ss. In precedenza, si vedano anche M. BESSONE, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, 7-8, 209 ss. e D. CASTROVINCI, *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giustizia civile*, 1988, 10, 346 ss.

¹⁹⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 161. A tale critica si associa, poi, il rilievo problematico dei criteri di concretizzazione, poiché quelli elaborati in ambito civilistico sarebbero inapplicabili alla inesigibilità quale scusante.

¹⁹⁷ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 825.

¹⁹⁸ V. *supra*, Cap. 2, § 2.

¹⁹⁹ A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 825.

²⁰⁰ Favorevole ad una clausola generale di non esigenza dell'azione dovuta, nell'ambito dei reati omissivi propri, A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 1250.

Al contempo, però, vi sono interi settori di disciplina in cui, pur a fronte di reati costruiti sullo schema dell'omissione propria e sull'inadempimento di un obbligo di attivarsi, la giurisprudenza si è mostrata più netta nel rifiuto del canone di inesigibilità come parametro in grado di condizionare, escludendola, la punibilità del singolo. Lo dimostra, ad esempio, l'esperienza giurisprudenziale in tema di reati ambientali: a fronte dei tentativi delle difese di valorizzare l'inesigibilità della condotta e di alcune timide aperture di una parte della dottrina²⁰¹, la giurisprudenza si è opposta nettamente all'utilizzo del principio in parola nell'ambito applicativo di tali fattispecie, sostenendo che «per escludere la responsabilità dell'agente [...] è necessario rinvenire una determinata causa di giustificazione fra quelle positivamente disciplinate dall'ordinamento, non essendo invocabile un inesistente principio generale di inesigibilità della condotta, se non quando si traduca in una positiva causa di esclusione della punibilità (oggettiva o soggettiva)»²⁰².

Di recente l'affermazione è stata ribadita, ad esempio in relazione al reato di inottemperanza all'ordinanza di rimozione rifiuti²⁰³ o alla figura di omessa bonifica²⁰⁴: tra le ragioni che sembrano opporsi, in questo particolare settore, alla prospettiva dell'inesigibilità quale canone che consente di escludere la colpevolezza individuale, un ruolo primario sembrerebbe giocato dalla constatazione che «le attività svolte in materia di corretta gestione dei rifiuti incidono in modo rilevante sugli interessi di rango costituzionale, quali la salute dei cittadini e la protezione delle risorse naturali»²⁰⁵, con la conseguenza che eventuali difficoltà del singolo, legate essenzialmente all'insufficienza di risorse economiche e finanziarie, non paiono superare la soglia normativa sottesa, di fatto, ad ogni valutazione di inesigibilità²⁰⁶.

²⁰¹ A.R. DI LANDRO, *Gli obblighi di bonifica e di ripristino ambientale. I soggetti e le responsabilità omissive*, in *Lexambiente*, 2022, 4, 34, dove si afferma che anche in relazione a tali ipotesi, «laddove in capo al soggetto obbligato al ripristino manchino le risorse per provvedere, la condotta doverosa potrebbe essere ritenuta “inesigibile”, qualora la crisi di liquidità non sia imputabile al soggetto agente e sia impossibile da fronteggiare con misure alternative», ferma eventualmente la responsabilità a titolo colposo, ex art. ex art. 452-terdecies c.p.

²⁰² Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 1993, n. 973; Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 1996, n. 4441. In relazione ad ipotesi di inquinamento delle acque, Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 1992, in *Foro it.*, 1993, II, 315; Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 1991, in *Riv. Pen.*, 1992, 180; Cass. Pen., Sez. III, 27 settembre 1985, n. 8271, in *Riv. Pn.*, 1986, 652; Cass. pen., Sez. III, 21 dicembre 1994, n. 771. Si veda anche Cass. pen., Sez. III, 18 giugno 2003, n. 26191 con nota di L. SABATINI, *op. cit.*, 161 ss., dove si rileva, da una parte, una certa equivocità nel riferirsi all'inesigibilità in presenza di fattori incidenti, semmai, sul profilo causale e, dall'altra, la necessità di rapportare il discorso sull'inesigibilità alle ipotesi di colpa.

²⁰³ Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2008, n. 14747.

²⁰⁴ Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2019 (ud. 15 novembre 2018), n. 17813, con nota di F. POMES, *Omessa bonifica dei siti inquinati ex art. 257 TU ambiente e predisposizione del progetto di bonifica: la Cassazione torna sul tema*, in *Lexambiente*, 2019, 3, 113 ss.

²⁰⁵ F. POMES, *op. cit.*, 127.

²⁰⁶ Per alcune riflessioni sulla tendenziale irrilevanza della crisi di liquidità nei reati ambientali, P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2022, 16 ss. Sul diverso tema dell'inesigibilità in rapporto con l'errore sul

La “posta in gioco” in ipotesi di figure che tutelano beni aventi un impatto, diretto o indiretto, sull’incolumità pubblica e individuale si dimostra, cioè, un argine ancora solido alla estensione *extra-legem* della teoria dell’inesigibilità; una constatazione che conferma, una volta di più, la centralità della lesione del bene giuridico che l’omissione dell’intervento doveroso veicola, e da cui evidentemente non può prescindere un diritto penale liberale e moderno.

5. I nuovi orizzonti aperti dalle Sezioni unite sull’art. 384 c.p.

Il segnale più evidente di un cambio di rotta, nell’ambito della riflessione circa il valore dell’inesigibilità nell’universo penalistico, non si è però avvertito nei settori tradizionalmente reputati più affini alla tematica – e cioè nel contesto del rimprovero colposo o dell’omissione – bensì in occasione di una pronuncia relativa all’estensione soggettiva della disciplina della scusante *par excellence*, l’art. 384 c.p.: trattasi della sentenza Fialova delle Sezioni Unite²⁰⁷, con cui la Corte ha esteso alle coppie di fatto la non punibilità sancita, a livello normativo, per una cerchia di soggetti che non ricomprendeva le convivenze *more uxorio*.

Quella portata all’attenzione della Cassazione era una questione indubbiamente delicata, relativa certo alla «tensione tra il valore dell’affettività e quello della formalizzazione del vincolo, tra un’aspirazione personalistica e libertaria molto sentita ed un’esigenza istituzionale di certezza non meno importante»²⁰⁸, ma altresì correlata al

precetto, alcune possibili aperture sono evidenziate da A. GAMBERINI, *Il problema dell’ignoranza sulla legge e della c.d. inesigibilità nei reati a tutela degli interessi collettivi (rassegna di giurisprudenza)*, in *Crit. Dir.*, 1994, 3, 34 ss.

²⁰⁷ Cass. pen., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, Fialova, con note di G. FORNASARI, *Applicazione dell’art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, 2021, 1725 ss.; F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sist. Pen.*, 22 marzo 2021; F.P. BISCEGLIA, *Dove il legislatore porta le parole e l’interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull’applicabilità dell’art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sist. Pen.*, 20 maggio 2021; A. MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sist. Pen.*, 22 giugno 2021; S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell’applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 1 ss. E. BENATO, *L’applicabilità dell’art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *DisCrimen*, 27 aprile 2021, 10; per un commento all’ordinanza di remissione, si veda invece E. MEZZA, *Soccorso di necessità giudiziaria e convivente more uxorio. Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell’ambito applicativo dell’art. 384, co. 1, c.p.*, in *Sist. Pen.*, 22 aprile 2020.

²⁰⁸ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit. Sul tema, più in generale, si rinvia a C. BERNASCONI, *La tutela penale delle relazioni familiari: brevi note tra passato e presente*, in *disCrimen*, 11 giugno 2019; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2010, 1599 ss.; S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 1029 ss.; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008,

complesso tema degli equilibri istituzionali tra Corte di Cassazione, Consulta e Parlamento²⁰⁹. Nelle pieghe della motivazione, a ben vedere, si sovrappongono plurimi nodi argomentativi, tutti in qualche misura problematici, nonché densi di conseguenze giuridiche: alla presa di posizione della Corte circa la natura giuridica dell'esimente *ex art. 384 c.p.*, si intreccia infatti il rilievo dell'evoluzione conosciuta dal significato sociale della famiglia, estesa anche a livello sovranazionale a ricomprendere forme di unione di fatto²¹⁰, ma anche, e soprattutto, il peso attribuito all'inesigibilità quale precipitato della colpevolezza *ex art. 27 Cost.*

Accolta dagli interpreti come una pronuncia rivoluzionaria²¹¹, a meritare attenzione in questa sede non è tanto – o solo – la circostanza che la Corte sia pervenuta a una soluzione estensiva del perimetro della non punibilità da tempo invocata in dottrina, ma tenacemente respinta dalla giurisprudenza²¹², anche costituzionale²¹³; è, piuttosto, il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni unite a invitare ad una riflessione, specie nel contesto di un'analisi relativa proprio al paradigma dell'inesigibilità.

572 ss.; M. RIVERDITI, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 555 ss.

²⁰⁹ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

²¹⁰ In precedenza, una soluzione parzialmente differente, sebbene accomunata sotto molti luoghi argomentativi, aveva percorso la strada dell'interpretazione estensiva, sostenendo che «l'equiparazione ai coniugi dei soli componenti di un'unione civile, prevista dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, non esclude l'estensione della causa di non punibilità ai conviventi "more uxorio", trattandosi di soluzione già consentita dal preesistente quadro normativo, oltre che dalla nozione di famiglia desumibile dall'art. 8 CEDU, ricomprendente anche i rapporti di fatto»: Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 11476, Cavassa.

²¹¹ Parla di una sentenza che ha creato le condizioni «per una mezza rivoluzione nel modo di intendere il principio di inesigibilità nel diritto penale», A. SERENI, *Le prospettive di inesigibilità nel diritto penale*, in C. Piergallini - G. Mannozi - C. Sotis - C. Perini - M. Scoletta - F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022, 825.

²¹² Si vedano, tra le più risalenti, Cass. pen., Sez. II, 4 agosto 1982, n. 7684; Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 1988, n. 6365; Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 1989, n. 9475; Cass. pen., Sez. VI, 20 marzo 1991, n. 132, ma anche, più recentemente, Cass. pen., Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967; Cass. pen., Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827; Cass. pen., Sez. II, 13 ottobre 2009, n. 44047; Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139; Cass. pen., Sez. VI, 25 febbraio 2014, n. 1612. *Contra*, Cass. pen., Sez. IV, 22 gennaio 2004, n. 22398, nonché Cass. Pen., Sez. II, 20 aprile 2015, n. 34147, con nota di L. PRUDENZANO, *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., ai conviventi more uxorio*, in *Dir. pen. cont.*, 30 novembre 2015.

²¹³ Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237; Corte cost., 26 giugno 1989, n. 352; Corte cost. 11 gennaio 1996, n. 8, con commento di A. MANNA, *L'art. 384 c.p. e la "famiglia di fatto": ancora un ingiustificato "diniego di giustizia" da parte della Corte costituzionale*, e M. ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *Giur. cost.*, 1996, rispettivamente 90 e 99 ss.; poi ancora Corte cost. 20 aprile 2004, n. 121, in *Giur. Cost.*, 2004, 1242; Corte cost. 4 maggio 2009, n. 140, in *Giur. Cost.*, 2009, 3, 1513. In dottrina, G. PESTELLI, *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 486 ss.; G. PETRAGNANI GELOSI, *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, 599 ss.

Il ragionamento delle Sezioni unite muove, necessariamente, da una precisazione circa la natura giuridica da riconoscere alla norma: la Corte riconduce l'art. 384 c.p. ad un'ipotesi scusante²¹⁴, rinnegando tanto la tesi della causa di non punibilità *tout court*, quanto quella della causa di giustificazione, quale forma speciale di necessità *ex art. 54 c.p.* o quale esercizio *ex art. 51 c.p.* del diritto di difesa costituzionalmente garantito all'art. 24 Cost.²¹⁵ Si tratta, probabilmente, del profilo meno problematico della pronuncia²¹⁶, nonché della presa di posizione meno contestata e dibattuta, specie se posta a confronto con quelle che seguono.

Alle considerazioni di natura dogmatica si affianca, poi, l'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di famiglia: una panoramica che porta la Corte ad evidenziare come, pur senza giungere alla parificazione totale di forme di famiglia tradizionali fondate sul matrimonio e nuclei informali, alle convivenze di fatto siano state riconosciute, anche a livello sovranazionale, dignità e tutele crescenti²¹⁷. Nonostante l'autonomia concettuale che continua a distinguere, anche sul piano costituzionale, il matrimonio, tutelato *ex art. 29 Cost.*, e le convivenze di fatto, riconducibili al più all'art. 2 Cost.²¹⁸, la Corte ritiene che le ragioni che tradizionalmente hanno portato a salvare l'esistenza di trattamenti differenziati non possano essere fatte salve in relazione alla norma di cui all'art. 384 c.p., che sarebbe espressione di un dilemma morale riconducibile alla *ratio* dell'inesigibilità, quale precipitato della colpevolezza *ex art. 27 Cost.*²¹⁹ In questi casi, infatti,

²¹⁴ In passato, si erano già espresse nel senso che l'art. 384 c.p. esclude la colpevolezza dell'agente, Cass. pen., Sez. VI, 25 ottobre 1989, n. 7203; Cass. pen., Sez. I, 3 luglio 1980, n. 11855. Sul tema si rinvia *supra*, Cap. 2, § 3.5.

²¹⁵ Sul tema si veda G. FORNASARI, "Nemo tenetur se detegere" *sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.

²¹⁶ G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1728. Sul punto v. anche *supra*, Cap. 2, § 3.5.

²¹⁷ Il richiamo è alla giurisprudenza della CEDU che ha progressivamente ricondotto le convivenze di fatto alla protezione di cui all'art. 8 della Convenzione: Corte Edu, 18 dicembre 1986, *Johnston e al. c. Irlanda*; Corte Edu, 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*; Corte Edu, 27 ottobre 1994, *Kroon e al. c. Paesi Bassi*. Sul tema si veda L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Quest. Giust.*, 2019, 2, 39 ss. La giurisprudenza convenzionale, ad ogni modo, insiste sulla autonomia che convivenza e matrimonio conservano: si veda CEDU, 3 aprile 2012, *Van der Heijden c. Paesi Bassi*, relativa proprio alla mancata equiparazione, nella legge penale nazionale in tema testimonianza, di coniugi e conviventi: per un commento, M. PELAZZA, *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in *Dir. proc. pen.*, 15 giugno 2012. Del resto, come rilevato da A. MACCHIA, *op. cit.*, 10, la stessa CEDU distingue tra tutela della vita familiare e privata, *ex art. 8*, e diritto di sposarsi e fondare una famiglia, *ex art. 12*. Analogie e differenze sono messe in rilievo anche da E. BENATO, *op. cit.*, 5 ss.

²¹⁸ Si vedano, al proposito, le considerazioni svolte da Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237.

²¹⁹ Rileva che «non c'è dubbio [...] che la Corte costituzionale ha ragione quando ritiene che famiglia matrimoniale e famiglia di fatto siano due realtà differenti, riconducibili a due norme costituzionali diverse come sono rispettivamente l'art. 29 e l'art. 2 Cost., ma la distinzione è rilevante ai fini appunto della disciplina della famiglia e della sua tutela giuridica», F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

la non punibilità fonda sulla «particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto, tale da rendere inesigibile l'osservanza del comando penale»²²⁰.

Sarebbe quindi l'esistenza di un conflitto così drammatico nella scelta tra la commissione di un reato e la prospettiva di un danno all'onore o alla libertà di un proprio congiunto a fondare la rinuncia alla pena; ed è proprio a partire dalla riconosciuta natura scusante della disposizione e dalla stretta interrelazione con il principio di inesigibilità, “figlio” della colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., che la Corte sviluppa il proprio ragionamento fino ad enunciare il principio di diritto secondo cui «l'art. 384, co. 1, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore»²²¹.

Di fronte ad una pronuncia gravida di implicazioni, in questa sede non ci si può non soffermare sui due nuclei argomentativi più significativi in rapporto con il tema in esame: da una parte, l'ammissibilità del ricorso all'analogia nell'applicazione delle scusanti e, dall'altra, le conseguenze del riconosciuto nesso tra l'idea di inesigibilità ed il canone costituzionale di colpevolezza.

5.1. Inesigibilità e analogia *in bonam partem*

Il primo nodo meritevole di essere affrontato, in prospettiva critica, attiene alle modalità utilizzate dalle Sezioni unite per pervenire al risultato della estensione dell'ambito soggettivo dell'art. 384 c.p.: l'analogia *in bonam partem*. Si tratta, come noto, di un nodo che rievoca antiche dispute e un dibattito dottrinale mai del tutto sopito²²². Di fronte al divieto inderogabile di analogia *in malam partem*, scolpito nel principio di legalità ex art. 25, comma 2, Cost., la questione dell'analogia *in bonam* ha da sempre diviso gli interpreti, schierati su posizioni anche diametralmente opposte tra loro.

A sostegno dell'applicabilità analogica di qualsiasi esimente, si esprime da tempo parte della dottrina, che insiste sul fatto che «le fattispecie permissive [...] orientando il

²²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, Fialova.

²²¹ Cass. pen., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, Fialova.

²²² P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, 1947, 35 ss.; G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1945; C. SALTELLI, *L'analogia e i principi generali di diritto in materia penale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 1 ss. Sull'analogia *in bonam*, si veda in particolare G. DELITALA, *Analogia “in bonam partem”*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, 511 ss.; più di recente anche A. LEGGIERO, *Analogia iuris e cause di esclusione della colpevolezza: profili di criticità dogmatica ed ipotetica presenza nel nostro ordinamento dell'inesigibilità ultralegale (“Nichtzumutbarkeit”)*, in *Riv. pen.*, 2012, 10, 948 s.; R. D'ANDREA, *L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura “eccezionale” delle norme penali di favore*, in *Sist. Pen.*, 12 febbraio 2024.

giudizio su una certa condotta nell'area del penalmente conforme a diritto, impediscono l'insorgere dei presupposti per l'irrogazione della sanzione e, negandola, confermano il principio di libertà»²²³. Ne deriva che tali istituti, in quanto «entità 'negative' dell'eccezione (l'incriminazione) di cui fanno venir meno l'esistenza rendendo lecito un atto altrimenti penalmente illecito, riaffermano la regola imposta dal principio di libertà»²²⁴.

Il diverso trattamento dell'analogia *in malam* e *in bonam* dependerebbe, in questo senso, dalla differenza profonda che connota le due ipotesi²²⁵. Solo la violazione del divieto di analogia sfavorevole comporta una violazione del diritto fondamentale dell'imputato a non essere limitato nella sua libertà personale al di fuori degli spazi tassativamente ritagliati dalla legge penale: essa si rapporta, cioè, con la prospettiva assoluta del principio di legalità e con ciò che ne consegue sul piano dello statuto garantistico della materia penale. Altrettanto non può dirsi, invece, delle norme che comportano una limitazione della responsabilità penale: qui le esigenze di legalità formale verrebbero a collocarsi sullo sfondo, lasciando spazio a considerazioni legate al *favor libertatis* e al *favor rei*.

Altra dottrina sostiene invece l'opinione opposta, negando cittadinanza all'applicabilità *in bonam* di tutte o alcune delle esimenti previste dall'ordinamento. Vi è, anzitutto, chi nega in radice l'ammissibilità di un'operazione analogica *in bonam* inquadrando ogni esimente quale norma eccezionale, posto che il diritto penale, quale «complesso di norme giuridiche che regolano in via normale una tipica manifestazione di attività antisociale, qual è l'attività delittuosa»²²⁶, sarebbe da intendersi come regola a cui si contrappone l'eccezionalità delle cause di esclusione della punibilità.

Altri autori ammettono invece la possibilità di analogia *in bonam* in relazione alle cause scriminanti, escludendola radicalmente solo per le scusanti e le cause di non punibilità *tout court*: queste ultime risulterebbero escluse dal procedimento analogico in virtù del secondo sbarramento di cui all'art. 14 delle preleggi, nella parte in cui il ricorso all'analogia è precluso in presenza di norme eccezionali²²⁷. Qui sarebbe lo stesso principio di separazione

²²³ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 13. In questo senso, si leggano anche le parole di G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 148.: «il divieto di una interpretazione analogica in materia penale non [va] inteso in senso assoluto, quasi che alle norme penali dovesse venir negata la capacità di adattarsi ai multiformi casi della vita. L'ordinamento penale non è una rete inflessibile di norme che fermano il flusso della vita, ma, a parte le norme penali incriminatrici, tutte le altre possiedono pur sempre una dose di "elasticità", senza della quale una fattiva giurisprudenza non sarebbe possibile»

²²⁴ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem"?, cit., 13.

²²⁵ Si veda sul punto la riflessione di R. D'ANDREA, *op. cit.*, 4 ss.

²²⁶ G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 146.

²²⁷ Lo rilevano, ad esempio, S. FIORE, *Non aspettare più Godot*, cit., 7; G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1726. Nella dottrina spagnola, si veda J.A. SÁINZ CANTERO, *Las causas de inculpabilidad en el Código penal español*, in *RGLJ*, 1963, 52 ss. *Contra*, T. AGUADO CORREA, *op. cit.*, 57 ss.

dei poteri a imporre il limite all'interpretazione del giudice che, dinanzi alla chiara *intentio legis*, violerebbe i confini del proprio ruolo di interprete, e non creatore, della legge penale.

Sul carattere di eccezionalità di una norma occorre tuttavia intendersi. Autorevole dottrina, in passato, ha infatti sostenuto con convinzione che non siano da considerare eccezionali né le cause di esclusione dell'antigiuridicità, né quelle della colpevolezza, «poiché, sussistendo queste circostanze, il reato più non sussiste»²²⁸; il limite all'applicazione analogica *in bonam*, disegnato dall'art. 14 delle preleggi, rimarrebbe di fatto valido solo per le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, dove il reato è pienamente integrato e a venir meno, per ragioni di opportunità politica, è solo la possibilità di punire il soggetto. Ad analoghe conclusioni sembra pervenire quella dottrina che, contestando il richiamo al carattere eccezionale della norma esimente per giustificarne o meno l'interpretazione analogica²²⁹, ha preferito impostare la questione sul presupposto che, mentre alcune esimenti derivano da principi generali che «nascono insieme al precetto penale», in altri casi queste «richiedono un atto espresso del legislatore e [...], pertanto, partecipano della natura tassativa del comando»²³⁰. Per le prime l'analogia sarebbe giustificata, mentre sarebbe sempre preclusa per le seconde.

Accogliendo questa impostazione, l'applicazione analogica di una norma come l'art. 384 c.p. non dovrebbe meravigliare, a condizione naturalmente di ravvisare nell'inesigibilità un principio di portata generale, che permea il sistema nel suo complesso e autorizza l'estensione delle norme che ne incarnano lo spirito in virtù della base assiologica su cui queste disposizioni fondano. Si tratta, del resto, del nucleo concettuale della decisione delle Sezioni unite: proprio a partire dal riconoscimento della natura scusante dell'art. 384 c.p. e dalla individuazione dell'impronta dell'inesigibilità a fondamento dell'esclusione della pena, si è sposata una ricostruzione concettuale che riconnette l'esimente direttamente al principio costituzionale di cui all'art. 27 Cost. e così facendo supera il «“tabù” della eccezionalità»²³¹.

Ad essere valorizzata, in questo modo, è l'identità che, sul piano dell'alterazione motivazionale, emerge dall'ipotesi in cui a venire in gioco sia il *partner* di un'unione non

²²⁸ G. DELITALA, *Analogia “in bonam partem”*, cit., 517.

²²⁹ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 39, ad esempio, contesta che tale assunto possa desumersi da caratteristiche intrinseche delle esimenti, da intendersi quali limiti di applicazione del precetto, ma al massimo da considerazioni di tipo quantitativo, e cioè dalla «riferibilità della scriminante a un numero maggiore o minore di reati; o anche [da] un carattere topografico: di essere situata nella parte generale o speciale del Codice». Si tratterebbe però di criteri che rendono impossibile offrire una risposta definitiva e condivisa; il concetto di eccezionalità sarebbe, in sostanza, un concetto relativo. *Contra*, G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia*, cit., 8 s., secondo cui si tratterebbe di un criterio *qualitativo* di distinzione.

²³⁰ P. NUVOLONE, *op. cit.*, 125.

²³¹ S.M. SCORCIA, *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Leg. Pen.*, 7 luglio 2022, 5.

formalizzata e non anche il coniuge: una sorta di «equivalenza emotiva che giustifica l'interpretazione analogica»²³² e che autorizza a vedere, nel binomio colpevolezza-inesigibilità, il fondamento di una logica scusante a vocazione universale²³³. «L'esimente [...] non introduce dunque una deroga a regole generalmente valide, ma, al contrario, attraverso di essa viene assicurata la coerente attuazione del principio della responsabilità colpevole, che nel nostro sistema ha un valore “fondante” la punibilità»²³⁴.

Non si può tuttavia omettere di considerare come, nell'ambito della specifica questione portata all'attenzione delle Sezioni unite, uno degli argomenti più solidi a sostegno della tesi dell'impossibilità di estensione analogica sembrerebbe rappresentato dall'esistenza di una norma quale l'art. 307, comma 4, c.p., configurata mediante una «tecnica definitoria di tipo elencativo, [che] manifesta con ciò l'intenzione di limitare il significato di una certa formula alle sole ipotesi tassativamente indicate»²³⁵. Sarebbe qui la presa di posizione legislativa, che si esprime attraverso le modalità di redazione della norma, a sbarrare la strada all'utilizzo dell'analogia per estendere l'operatività della causa di non punibilità: questa integrerebbe una lacuna volontaria del legislatore, pacificamente reputata in dottrina una delle cause di inammissibilità dell'interpretazione analogica, anche se *in bonam partem*²³⁶.

A rafforzare l'idea di una precisa e deliberata presa di posizione legislativa sarebbero, in particolare, le modifiche normative che la disposizione ha conosciuto, da ultimo per adeguarla alla riforma c.d. Cirinnà ed estendere la nozione di prossimo congiunto ai membri di un'unione civile. Nell'adattare la disposizione al mutato contesto, anche normativo, all'indomani dell'approvazione della legge che ha introdotto le unioni civili, il legislatore penale, intervenuto con il D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6²³⁷, avrebbe ben potuto dare rilievo, *ex*

²³² S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 5.

²³³ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 5. Criticamente, sul punto, G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1729, secondo cui la Cassazione errerebbe nel ritenere che le scusanti possano definirsi, in virtù della loro stretta connessione con il principio di colpevolezza, norme non eccezionali: a differenza delle scriminanti, dove la prevalenza dell'interesse dell'agente milita a favore della tesi, tali istituti «pur se esprim[ono] un principio compatibile con l'ordinamento, lo declina[no] ammettendo la violazione di interessi ordinamentali di rango primario (al punto di meritare la tutela penale) per mezzo di condotte che possono essere anche molto lontane dal soddisfare criteri di proporzione».

²³⁴ S. FIORE, *Non aspettare più Godot*, cit., 8.

²³⁵ S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 13. In giurisprudenza, insistono sulla interpretazione letterale degli artt. 384 e 307 c.p. Cass., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139, Cass., Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827.

²³⁶ G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1731, dove peraltro l'A. esprime la convinzione secondo cui «non sarebbe affatto irragionevole pensare, almeno in relazione alla specifica questione dell'estensione applicativa dell'art. 384, ad una equiparazione anche in riferimento ai conviventi *more uxorio*».

²³⁷ Sul tema si rinvia, *funditus*, a G.L. GATTA, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2016; ID., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici. Note a margine del D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, in *Dir. pen. cont.*, 31 gennaio 2017; A. MERLI, *Note introduttive al tema: “La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio” (dopo la*

art. 307, comma 4, c.p., anche alla differente situazione delle convivenze di fatto, cui la L. 20 maggio 2016, n. 76 dedicava uno spazio «tutt'altro che secondario»²³⁸. Più che la ricostruzione delle scusanti quali esimenti di natura eccezionale che si sottraggono alla regola dell'applicabilità *in bonam* della norma diversa da quella incriminatrice, sarebbe dunque l'esigenza di mantenere fermo l'equilibrio istituzionale a porre un freno all'estensione analogica di norme penali. In presenza di una lacuna effettiva e volontaria, infatti, la circostanza che l'estensione analogica operi *in bonam partem* non attenua lo stravolgimento dei rapporti tra potere legislativo e giudiziario che tale operazione implica.

Anche questo argomento è però superato dalle Sezioni unite, che affermano – per la verità fin troppo sbrigativamente – che «il fatto che con la legge del 2016 il legislatore nulla abbia previsto per le convivenze, ad eccezione di un tentativo di definizione e della equiparazione alle coppie coniugate per una serie di profili analiticamente elencati [...] non può certo significare una implicita contrarietà alla possibilità di riconoscere una serie di diritti in favore delle convivenze *more uxorio*, né tantomeno alla estensibilità della scusante di cui all'art. 384 cod. pen. al convivente»²³⁹.

Maggiori sforzi argomentativi emergono, invece, dalle riflessioni della dottrina, che ha ad esempio evidenziato che «l'impossibilità di applicazione analogica di norme tassative [...] sussiste nel presupposto che la *ratio* della norma sia "esaurita" nel perimetro, tassativo appunto, delineato dal legislatore»²⁴⁰; viceversa «sarebbe un assurdo impedire l'analogia della norma ancorché tassativa allorquando non solo quella stessa *ratio* sia suscettibile di espansione ma l'evoluzione dell'ordinamento escluda che sussistono contro-ragioni alla sua estensione e, anzi, siano presenti chiari indizi normativi per autorizzare l'estensione»²⁴¹. Sarebbe qui il richiamo forte della colpevolezza-inesigibilità, suscettibile di estendere ai conviventi *more uxorio* l'assenza di rimprovero espressamente prevista per gli altri prossimi congiunti, a collocare la questione nel secondo – e non nel primo – dei casi citati.

D'altro canto, si è sostenuto anche che «le disposizioni a struttura elencativa (purché di natura non eccezionale) sono in realtà le candidate naturali all'applicazione analogica, là

legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 5, 77 s.; S. RIONDATO, *L'unione familiare di matrimoni, unioni civili e convivenze, dopo la riforma penale 2016-2017*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1002 ss.; M. PELISSERO, *Dalla famiglia alle famiglie: evoluzione della tutela penale*, in *Stud. Iur.*, 2017, 958 ss.; S. CLINCA, *La fisionomia della "famiglia" penalisticamente rilevante all'indomani della legge Cirinnà*, in *Leg. Pen.*, 15 gennaio 2018.

²³⁸ A. MACCHIA, *op. cit.*, 13.

²³⁹ Cass. pen., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381, Fialova.

²⁴⁰ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

²⁴¹ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

dove questa sia consentita»²⁴², considerato che il rischio tipico di questo tipo di normazione è precisamente quello di lacune e che, di regola, simili ipotesi offrono solidi agganci al ragionamento analogico, consentendo di individuare senza margini di incertezza l'*eadem ratio* su cui poggia il ricorso alla analogia.

Da ultimo, si è anche argomentato che sarebbe «inconferente [...] obiettare che il “silenzio” della recente legge Cirinnà sulla tutela della famiglia di fatto sarebbe indizio sicuro della volontà legislativa di non parificarla alla famiglia matrimoniale: [...] la legge Cirinnà si muove appunto nella prospettiva della tutela della famiglia e delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, mentre l'art. 384 c.p. si muove sul piano della colpevolezza del reato»²⁴³: si tratterebbe, cioè, di due frangenti di riflessione distinti, che non possono essere indebitamente sovrapposti.

Al di là della correttezza di simili assunti, non vi è dubbio che sia proprio attorno agli assetti del rapporto giudice-legislatore che si condensano le maggiori perplessità, posto che «l'ampliamento (per via analogica) delle ipotesi scusanti si riflette sugli assetti di tutela legislativamente definiti (giusti o sbagliati che siano)»²⁴⁴. Dalla ritenuta applicabilità di un'esimente, invero, deriveranno conseguenze significative non solo per l'autore del reato, ma anche e soprattutto per le persone offese dallo stesso, che potrebbero vedere le proprie istanze di giustizia negate, in tutto o in parte²⁴⁵: in questo quadro, «ogni esercizio “creativo” sulle scusanti si traduce necessariamente in un'alterazione della misura di tutela assicurata ai beni giuridici e dovrebbe dunque rimanere di esclusiva competenza del legislatore»²⁴⁶. A fondamento di ogni ipotesi di non punibilità, in altri termini, sarebbe ravvisabile un bilanciamento riservato al legislatore, che il ricorso all'analogia violerebbe in nome di

²⁴² S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 13.

²⁴³ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

²⁴⁴ S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 8.

²⁴⁵ Considerazioni analoghe, sul fronte dell'applicazione analogica delle norme scriminanti, sono espresse da F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018, 458, dove si sottolinea che «ogni apparente favore per la libertà personale dell'agente è un concreto sfavore per i diritti di un altro cittadino o della collettività e si traduce in un costo sociale netto che solo la legge può espressamente consentire». Ma si veda anche E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 136, secondo cui l'ammissione dell'analogia *in bonam partem* tradisce un approccio parziale, sbilanciato verso l'autore del fatto e disinteressato invece agli interessi delle vittime. Si veda anche F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 351 dove, occupandosi della estensibilità in via analogica delle scriminanti, afferma che «il prezzo del *favor libertatis* è il sacrificio del bene giuridico di un terzo».

²⁴⁶ S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 8. Si veda anche A. MACCHIA, *op. cit.*, 7 ss. Riecheggiano, qui, le parole della Corte costituzionale, nella pronuncia 4 maggio 2009, n. 140: «l'estensione di cause di non punibilità, le quali costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono al norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi ed è stato riconosciuto da questa Corte appartenere primariamente al legislatore».

esigenze di giustizia sostanziale magari pure condivisibili, ma certamente contrarie all'ideale della legalità formale e della separazione dei poteri.

A tal proposito, non può non ricordarsi che la stessa Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi in passato sulla legittimità dell'esclusione, dall'ambito di rilevanza *ex art. 384*, comma 1, c.p., del reato di cui all'*art. 374-bis c.p.* (False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria), aveva rigettato la questione motivando a partire dalla constatazione della contemporanea introduzione, nell'ordinamento, del reato di cui all'*art. 371-bis c.p.* (False informazioni al pubblico ministero), inserito, a differenza del primo, nel catalogo per cui può scattare la causa di non punibilità in presenza delle condizioni di legge: a supportare la decisione della Corte era stata, precisamente, la constatazione che «l'esclusione sia stata frutto di una consapevole scelta del legislatore»²⁴⁷. Quale, allora, la differenza rispetto al caso del convivente *more uxorio*, rispetto a cui la legge avrebbe apparentemente operato una scelta netta, inserendo il caso dell'unione civile ma non quello, parimenti disciplinato dalla legge Cirinnà, del *partner* di fatto?²⁴⁸

È certamente possibile insistere sulla differente concezione della disciplina su cui oggi può far leva il giudice: se in passato, quando la Corte costituzionale si pronunciava in merito all'estensione dell'*art. 384 c.p.* al reato *ex art. 374-bis c.p.*, era ancora prevalente l'ipotesi della natura di causa di non punibilità *tout court* della norma, riferibile a scelte di opportunità politica sindacabili dalla Corte costituzionale solo nei limiti della manifesta irragionevolezza²⁴⁹, la qualificazione moderna in chiave scusante potrebbe spostare almeno in parte il *focus* della riflessione. Il collegamento con la logica dell'inesigibilità appare inoltre evidente nella relazione con l'ampiezza soggettiva della scusante, e non anche – *rectius*, in misura nettamente minore – rispetto ai reati ricompresi nella limitazione di responsabilità: qui prevarrebbe una constatazione di politica criminale su eventuali ragioni di inesigibilità ricavabili dallo stesso *art. 27 Cost.*

Sembra però condivisibile l'inquietudine di fondo, espressa da una parte della dottrina, relativamente al rischio che la soluzione accolta dalle Sezioni unite possa aprire la strada «ad una confusione di ruoli fra potere legislativo e potere giudiziario che alla lunga [...] è fonte di pericoli per l'equilibrio del sistema che possono ampiamente controbilanciare i vantaggi della soluzione di qualche caso concreto»²⁵⁰. Pur ragionevole negli esiti, cioè, la

²⁴⁷ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 200, in *Giur. Cost.*, 2004, 3.

²⁴⁸ Riflette sulla formula univoca e “blindata” dalle recenti scelte del legislatore anche S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 10 ss.

²⁴⁹ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 200, in *Giur. Cost.*, 2004, 3. Considerazioni analoghe sono espresse da S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 7.

²⁵⁰ G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1732.

Corte si è probabilmente servita del mezzo sbagliato – il ricorso all’interpretazione analogica – per pervenire ad un risultato di giustizia sostanziale: migliore sarebbe stata, probabilmente, la prospettiva di un intervento normativo²⁵¹ o quella, forse meno utopistica, di una pronuncia di parziale illegittimità da parte della Corte costituzionale²⁵², confidando che il maturato contesto socio-politico e le nuove consapevolezze circa la natura giuridica dell’art. 384 c.p. potessero superare gli ostacoli frapposti in passato all’accoglimento di una questione di legittimità costituzionale²⁵³.

5.2. Inesigibilità e colpevolezza: primi passi verso la “costituzionalizzazione” dell’inesigibilità?

Persino più problematico del ricorso all’analogia ai fini dell’estensione dell’art. 384 c.p. alle coppie di fatto, è però il secondo profilo cruciale della pronuncia in esame, per certi versi già richiamato a fondamento delle riflessioni svolte: trattasi dell’affermazione solenne della derivazione costituzionale dell’inesigibilità, quale precipitato del principio di colpevolezza che permea la rimproverabilità anche a prescindere dalla tipizzazione di una causa di esclusione della punibilità *ad hoc*.

La soluzione della Corte, a ben vedere, si regge per intero sulla natura di «principio immanente» dell’inesigibilità che informa la scusante *ex art.* 384 c.p. e trae linfa, a sua volta, dall’art. 27 Cost.: sarebbe proprio tale qualificazione a impedire che l’art. 384 c.p. «possa essere considerata [...] una norma eccezionale, come sarebbe invece se avesse natura di causa di non punibilità in senso stretto. Anzi, non è superfluo sottolineare con forza che il principio di colpevolezza, di cui l’art. 384 c.p. è espressione, va oggi considerato non solo “regolare”, ma anche in via di progressiva espansione, sempre più circolante nell’ordinamento ad opera di quella giurisprudenza, comune e costituzionale, che mostra di intendere bene il senso e la direzione della storia in cui si muove la civiltà giuridico-penale»²⁵⁴.

²⁵¹ Così si esprime A. MACCHIA, *op. cit.*, 21. Ma si veda anche, in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38593: «solo in via di eccezione espressa gli ordinamenti danno rilievo all’umana fragilità per scusare il compimento di ingiustificati fatti offensivi di beni giuridici commessi con dolo o per colpa. Il giudice non può pertanto appellarsi ad un generale principio di inesigibilità per scusare la commissione di fatti di reato né può andare al di là del catalogo tassativo delle scusanti espressamente previste dalla legge».

²⁵² S. FIORE, *Non aspettare più Godot*, cit., 21 ss. Sul punto si veda anche F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit., che però rileva come, a fronte di una pronuncia apprezzabile in quanto avente efficacia *erga omnes*, minori indicazioni sarebbero state fornite all’interprete circa gli indici e i criteri per l’accertamento della convivenza, su cui invece le Sezioni Unite si soffermano a lungo.

²⁵³ In passato, già R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, cit., 1627 aveva espresso il timore che il giudice comune fosse obbligato a “scavalcare” la Consulta.

²⁵⁴ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

Dinnanzi a considerazioni che, lentamente ma inesorabilmente, si stanno facendo largo ovunque nelle pronunce delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali²⁵⁵, evidenziando la centralità del canone di colpevolezza nell'ambito dello statuto garantistico della materia penale, è l'espresso richiamo alla logica dell'inesigibilità a rappresentare una novità degna di nota, a conferma dell'idea secondo cui tale categoria potrebbe incarnare davvero lo «sviluppo più evoluto e raffinato della colpevolezza»²⁵⁶.

Non si tratta, a dire il vero, di un'affermazione realmente inedita: già dieci anni prima della presa di posizione delle Sezioni unite, la Cassazione aveva chiarito che «l'inesigibilità è categoria generale del diritto penale, che direttamente discende dai precetti dell'art. 27. Non può infatti predicarsi colpevolezza senza rimproverabilità, e la impossibilità di adempiere al precetto [...] renderebbe la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena. L'impossibilità va quindi parametrata all'obbligo imposto e alla situazione concreta rispetto alla quale occorre valutare la rimproverabilità dell'omissione»²⁵⁷.

Il fatto che si trattasse, nel caso di specie, di una pronuncia relativa al reato di omissione del versamento della cauzione, *ex art. 3-bis* della L. 575/1965 in materia di misure di prevenzione, aveva però forse attutito la risonanza dell'affermazione di principio, poi ribadita dalla sentenza Fialova nel 2021: non solo per la diversa forza della decisione a Sezioni unite rispetto ad una pronuncia di sezione semplice, ma anche per il peculiare atteggiarsi del reato in discussione nel caso giudicato per primo, che si risolve nell'inadempimento di un obbligo di versamento e ripropone, in buona sostanza, ragionamenti svolti dalla giurisprudenza in molti campi del diritto penale – e in particolare sul versante dei reati omissivi – laddove una situazione di indigenza o di impossibilità soggettiva si misuri con l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria.

²⁵⁵ Sul tema, si vedano le approfondite riflessioni di A.M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, in *Arch. Pen.*, 2022, 3.

²⁵⁶ F. PALAZZO – R. BARTOLI, *op. cit.*, 435, pur senza negare le difficoltà concettuali che tale concetto ancora evoca.

²⁵⁷ Cass., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 16513. Analogamente, di recente, anche Cass. pen., Sez. I, 15 giugno 2023, n. 25968, secondo cui «deve trovare [...] applicazione il principio di diritto secondo cui la norma incriminatrice di cui in imputazione, la quale svolge una funzione rafforzativa degli obblighi imposti alla persona sottoposta a misura di prevenzione personale, è soggetta alle regole ordinarie in tema di colpevolezza in materia penale. Quest'ultima, in caso di reato omissivo, si declina anche in rapporto all'esigibilità della condotta che si sarebbe dovuta legalmente tenere». Si noti però che la pronuncia sembra confondere il piano dell'inesigibilità con quello dell'impossibilità materiale ed assoluta di adempiere: si legge infatti subito dopo che «l'esistenza del reato di cui all'art. 76, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2011 presuppone - dunque - che l'imputato sia in condizione di adempiere, con la conseguenza che la materiale impossibilità di provvedere al versamento della cauzione, causata da mancanza di disponibilità economica in capo a lui, comporta l'esenzione da responsabilità».

Ben più significativo appare, invece, l'impatto della sentenza Fialova delle Sezioni unite, in cui taluno ha addirittura ravvisato una soluzione che inaugura un percorso di «costituzionalizzazione dell'inesigibilità, in modo da poter ricavare la *valenza generale* delle scusanti»²⁵⁸. Di qui l'idea, avanzata da una parte della dottrina, che non si possa più parlare oggi di inesigibilità quale limite negativo della colpevolezza, dovendosi aderire all'idea di «esigibilità del comportamento conforme [...] come *elemento costitutivo* della colpevolezza, come parte integrante della sua struttura»²⁵⁹: «in conseguenza del nuovo approccio, non l'assenza di scusanti ma, in positivo, l'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»²⁶⁰.

Si tratta, però, di un'affermazione solo in parte corretta, posto che la prospettiva di un ricorso generalizzato all'inesigibilità non trova spazio nella pronuncia delle Sezioni unite, che si serve semmai di una *analogia legis* «“a rime obbligate”»²⁶¹, «resa possibile dalla presenza nella norma di una classe di casi da ritenere pienamente omogenea, alla stregua dell'ordinamento giuridico vigente, a quella che invece risulta esclusa»²⁶². Si tratterebbe, cioè, di un'operazione analogica condotta a partire e senza poter rinunciare al dato positivo e ai «binari tracciati inequivocabilmente dall'ordinamento giuridico»²⁶³, che in più punti dimostra di riconoscere alla convivenza *more uxorio* la dignità che le spetta, in ragione del vincolo affettivo che lega i *partner* di fatto e della meritevolezza di tutela che tale legame ormai chiaramente manifesta a tutti i livelli della costruzione *multi-level* dei diritti dell'individuo.

Neppure dopo l'intervento dirompente delle Sezioni unite, sembra dunque che il principio di inesigibilità possa dirsi «direttamente operativo in tutta la sua potenzialità scusante rispetto a qualsiasi situazione di fatto in cui il giudice ravvisi in concreto l'inesigibilità del comportamento diverso. Insomma, non è direttamente rimesso nelle mani del giudice, ma passa sempre per un tramite legislativo mediante il quale il legislatore

²⁵⁸ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 11.

²⁵⁹ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 11. Sulla distinzione tra elementi negativi e meri risvolti negativi dei relativi elementi positivi della colpevolezza, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 258 ss.

²⁶⁰ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 12. Poco dopo, tuttavia, lo stesso A. si esprime nel senso di ritenere 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».

²⁶¹ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

²⁶² S. FIORE, *Non aspettare Godot*, cit., 14.

²⁶³ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit.

appunto individua situazioni determinate in cui è ritenuta la inesigibilità»²⁶⁴. In questo frangente, sembra che le Sezioni unite si siano arrestate ad uno stadio precedente, riconoscendo nell'inesigibilità della condotta doverosa l'*eadem ratio* di una equiparazione normativa che, insistendo su una norma di favore e rinvenendo numerosi indici positivi e giurisprudenziali di conferma, non pare ancora stravolgere del tutto gli equilibri istituzionali.

Resta, tuttavia, una breccia aperta, che lascia presagire l'utilizzo dei medesimi passaggi argomentativi per pervenire a interpretazioni analogiche di altre scusanti²⁶⁵ o, in relazione allo stesso art. 384 c.p., per giustificare l'estensione dell'esimente a condotte ulteriori rispetto a quelle positivizzate, in aperta contraddizione con gli indirizzi sinora consolidati nella giurisprudenza, anche costituzionale.

Non solo: se non correttamente intesa, l'enunciazione di un principio immanente di inesigibilità che discende, in via diretta e automatica, dall'art. 27 Cost. apre la strada ad un potenziale ricorso all'inesigibilità quale scusante generale ed extra-positiva, che ripropone tutti i dubbi sin da principio messi in evidenza.

In questo senso, non si può non rilevare come, dopo la sentenza Fialova, sia in effetti più ricorrente, nella giurisprudenza della Cassazione, il richiamo ad un principio immanente di inesigibilità, presente e operativo all'interno del sistema penale²⁶⁶. Si è sempre trattato, almeno finora, di semplici *obiter dicta*, che non hanno determinato alcuna ripercussione sulla soluzione del caso concreto. Nondimeno, si tratta di un'affermazione piena di significato, anzitutto sul piano ideologico e per le possibili aperture cui essa potrebbe condurre: l'inesigibilità potrebbe di qui spingersi ben oltre i confini tracciati dalla giurisprudenza, per ora piuttosto isolata, richiamata in queste pagine.

²⁶⁴ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia*, cit. Del resto, come rileva G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1729, «anche se si può parlare della inesigibilità come di un principio dell'ordinamento, resta il fatto che le situazioni che essa considera non solo devono essere limitate, ma non possono non essere considerate eccezionali, dato che in effetti derogano a norme che sono poste a tutela di interessi essenziali che in un bilanciamento sarebbero da considerare certamente prevalenti».

²⁶⁵ G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, cit., 1732, nt. 30, dove si fa l'esempio, meno «rassicurante», dell'art. 55, comma 2, c.p.

²⁶⁶ Si veda ad esempio Cass. pen., Sez. I, 24 maggio 2023, n. 22534; Cass. pen., Sez. VI, 12 settembre 2023, 37154, dove si sostiene in particolare che «nel nostro ordinamento è ben presente il principio generale volto ad escludere che possa esservi una condotta colpevole in presenza di un precetto penale che non risulti esigibile. La causa di esclusione della colpevolezza di cui al citato art. 384 è espressione del principio generale contenuto nell'art. 27 Cost.». *Contra*, nel senso dell'inesistenza di un principio di esigibilità in quanto tale, potendosi semmai parlare di una «“generazione” del principio di Colpevolezza», D. FALCINELLI, *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 907.

CAPITOLO IV

L'AVVENTO DELLE CRISI: INESIGIBILITÀ ED EMERGENZA

SOMMARIO: 1. L'avvento delle crisi e le nuove condizioni di contesto: potenzialità del paradigma dell'inesigibilità. – 2. La crisi sanitaria ed il ricorso alle “norme scudo”. – 2.1. Lo scudo per il datore di lavoro. – 2.2. Lo scudo per i vaccinatori. – 2.3. Lo scudo per il personale sanitario: colpa grave e indici *ex art. 3-bis*, comma 2, D.l. 44/2021. – 2.3.1. I profili lasciati scoperti dallo scudo. – 2.4. Il raffronto con la disciplina francese del *Code de la Santé Publique*. – 2.5. Sintesi: inutilità (o dannosità) della normativa eccezionale? – 2.6. Il nuovo scudo “milleproroghe”: gravi carenze di personale ed esclusione della responsabilità del sanitario per colpa lieve. – 2.7. I lavori della Commissione d'Ippolito: dalla dimensione eccezionale dell'emergenza alla gestione ordinaria dell'anomalia in ambito sanitario? – 3. Crisi economica ed inesigibilità: la nuova sensibilità al tema imposta dalla pandemia. – 3.1. Inesigibilità sopravvenuta e forza maggiore “vincibile” tra giurisprudenza e dottrina. – 3.2. Le iniziative legislative: dolo di evasione e non punibilità. – 4. Il ruolo dell'inesigibilità nei contesti di crisi.

1. L'avvento delle crisi e le nuove condizioni di contesto: potenzialità del paradigma dell'inesigibilità

Il tema dell'inesigibilità nel diritto penale sembra oggi tornato al centro di una riflessione significativa, indotta dal rilievo che la crisi è venuta ad assumere nel recente passato¹. Il riferimento corre, evidentemente, alla crisi sanitaria innescata dallo scoppio della pandemia da Sars-Co-2; un evento che ha segnato nel profondo la società, con riflessi in ogni ambito della vita quotidiana e conseguenze di rilievo in ogni settore del diritto².

Sul versante della riflessione penalistica³, l'approccio all'emergenza ha assunto rilevanza in due prospettive differenti: dal punto di vista della criminalizzazione di condotte inosservanti delle regole necessarie a contenere l'emergenza e da quello, diametralmente opposto, della deresponsabilizzazione di taluni dei principali protagonisti della crisi⁴. Da una

¹ R. SACCHI (a cura di), *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2022, 137 ss.; M. BIASI – F. FERRARO – D. GRIECO – S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale*, Milano, 2021, 305 ss., nonché N. ABRIANI – G.C. CASELLI – A. CELOTTO – F. DI MARZIO – S. MASINI – G. TREMONTI, *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, 2020.

² A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 4, 441 s.

³ M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, e i G.L. GATTA, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in R. Sacchi (a cura di), *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2022, rispettivamente 137 ss. e 147 ss.; G. DE FRANCESCO, *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *Leg. Pen.*, 23 aprile 2020; F. Cassibba – G. Dodaro – L. Parlato (a cura di), *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, DIPLAP, 2021; A. MANNA – L. RISICATO (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, Milano, 2022.

⁴ Come è stato osservato da attenta dottrina, infatti, «condizioni emergenziali, che esigono prestazioni estremamente impegnative, pongono problemi di responsabilità, a tutti i livelli, e di limiti di responsabilità. Vengono in forte rilievo entrambi i poli del problema penale, quello ‘autoritario’ e quello liberale delle

parte, cioè, la pandemia ha condotto ad un irrigidimento delle politiche criminali, in un'ottica di rafforzamento delle misure di contrasto all'emergenza: lo testimonia chiaramente la predisposizione, nelle prime ore del contagio, di nuove sanzioni penali, presto abbandonate in favore di strumenti sanzionatori più miti⁵.

Dall'altra, la crisi ha indotto a interrogarsi circa un possibile abbassamento della pretesa statale nei confronti dei principali attori che si sono trovati ad operare sulla scena dell'emergenza: sin dall'avvio della pandemia, infatti, molti dei protagonisti della gestione del rischio sanitario hanno domandato a gran voce l'implementazione di strumenti che potessero garantire uno schermo efficace da eventuali responsabilità di tipo penale, proprio in considerazione della situazione senza precedenti che si chiedeva loro di governare.

È questo secondo profilo ad assumere centralità nell'orizzonte di un lavoro incentrato sulla nozione di inesigibilità. L'impatto dell'emergenza, in effetti, sembra aver riaperto la discussione sui limiti al ricorso allo *ius puniendi*, in particolare nei casi in cui esso sia diretto a sanzionare comportamenti realizzati in un contesto fattuale anomalo, suscettibile di influire sulle capacità e sul processo motivazionale del singolo. Non stupisce, constatata l'evidente assonanza con la tematica in discussione, che l'inesigibilità sia stata rievocata spesso come una sorta di "anticorpo" naturale, idoneo a sopire i dubbi circa la tenuta del sistema penale nel periodo della crisi pandemica⁶: quale antidoto, cioè, alle conseguenze di quella che potrebbe definirsi una vera «emergenza nell'emergenza»⁷.

La tematica merita di essere analizzata in relazione a due settori, particolarmente emblematici della complessità della crisi e del suo rapporto con il diritto penale sostanziale:

garanzie»: così D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. Pen.*, 28 aprile 2020, 8.

⁵ Sul tema, ampiamente, A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023; tra gli altri, si vedano anche le riflessioni di A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, 442 ss.; G. PIGHI, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *Leg. Pen.*, 20 marzo 2020 e C. RUGA RIVA, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *Leg. Pen.*, 6 aprile 2020; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo dell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. Pen.*, 10 maggio 2020.

⁶ Si veda, ad esempio, O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2021, 9 dove si legge che, «in relazione all'infezione da SARS-CoV-2, potrebbero [...] aver trovato frequente concretizzazione quelle situazioni di eccezionalità che consentirebbero al concetto di "inesigibilità", spesso definito la "Cenerentola" del diritto penale, di ricevere finalmente il suo invito al ballo (invero alquanto lugubre) del diritto penale».

⁷ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. Pen.*, 1° giugno 2021, dove si evidenzia la necessità di «evitare che medici e operatori sanitari, che per mesi hanno combattuto in prima linea e in condizioni talvolta estreme, siano travolti da un'ondata di denunce e di inchieste giudiziarie miranti a trovare colpevoli, diversi dal virus, per i decessi avvenuti durante gli ultimi mesi».

anzitutto, dal punto di vista del rischio sanitario innescato dalla malattia e testimoniato dai decessi che, soprattutto nelle prime concitate fasi della pandemia, hanno posto un problema di allocazione di responsabilità individuali e collettive per condotte colpose⁸. Il tema si condensa – ma certo non si esaurisce – attorno alle morti o alle lesioni di pazienti e degenti, imputabili ad errori e mancanze del personale medico, infermieristico e dei gestori delle strutture sanitarie; a questi profili si affiancano le riflessioni relative alla salute di quegli stessi operatori sanitari schierati “in prima linea” nella lotta al virus, ed esposti alla malattia più della generalità della popolazione. Rispetto a queste ultime ipotesi, a ben vedere, ad assumere centralità è la delicata posizione ricoperta dai vertici organizzativi nella predisposizione di un ambiente di lavoro sufficientemente sicuro; espressione peculiare, quest’ultima, di un più generale bisogno di protezione della figura del datore di lavoro, dentro e fuori le mura delle strutture sanitarie⁹.

D’altro canto, anche la profonda crisi economica innescata dalla pandemia mostra la sua attualità, contribuendo a riportare in auge la tematica dell’impatto che l’impotenza finanziaria può giocare in rapporto a reati che presuppongono una capacità di spesa in capo all’agente e rispetto a cui il tema dell’impossibilità, anche solo relativa, sembra imporsi con nuovo vigore: ad essere richiamate sono le discussioni del passato in tema di reati tributari consistenti nell’omesso versamento dell’imposta dovuta, in tutti i casi in cui la presenza di un margine decisionale in capo al debitore si sia risolta nella scelta di dare la precedenza al pagamento di altri debiti, *in primis* verso dipendenti e fornitori.

Per quanto concettualmente distanti, il tema della responsabilità penale colposa dei principali gestori del rischio e quello della rilevanza della crisi economica ai fini della contestazione di illeciti fiscali appaiono accomunati sotto un duplice punto di vista. Da una parte, per le implicazioni che la pandemia ha avuto e avrà, sono questi gli ambiti che hanno sollevato maggiori preoccupazioni circa gli effetti drammatici che un ricorso “miope” all’incriminazione avrebbe potuto comportare sul piano degli interessi sottesi all’esercizio di attività di sicuro interesse pubblico, quale quella medica e di impresa. Dall’altra perché, a ben vedere, il problema dell’inesigibilità si era già posto in passato tanto in rapporto alla responsabilità colposa del sanitario, quanto in relazione alle omissioni penalmente rilevanti

⁸ Di «un rischio strutturalmente colposo che pone problemi di gestione e “contenimento”» parla L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica nell’era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020, 3; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell’emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sist. Pen.*, 24 aprile 2020, 3.

⁹ A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Torino, 2022; M. DAVI - M. MANGIA - A. MERENDA, *Le responsabilità penali del datore di lavoro e Covid-19. Profili applicativi e d.lgs. 231/01*, Torino, 2020.

in ambito tributario: la crisi sanitaria e quella economica rappresentano dunque una preziosa occasione per tentare un nuovo approccio al tema, al fine di arricchire gli sforzi giurisprudenziali e dottrinali del passato con alcune riflessioni ispirate dall'attualità.

Sotto entrambi i profili considerati, in definitiva, l'enigma dell'inesigibilità pare acuirsi, sollevando interrogativi che l'emergenza rende ancor più urgenti e necessari: a queste domande si tenterà di offrire qualche risposta, ancorché non definitiva, nelle pagine che seguono.

2. La crisi sanitaria e i riflessi in tema di colpa: le c.d. norme scudo

L'analisi circa il ruolo che l'inesigibilità può venire a svolgere in relazione ai periodi di emergenza – e in particolare di emergenza sanitaria – merita di partire dalla questione della limitazione del rischio-penale che incombe sui soggetti deputati alla gestione in prima linea del rischio-pandemico¹⁰: medici e vaccinatori, ma anche datori di lavoro sono stati gli indiscussi protagonisti di alcuni interventi normativi destinati a suscitare vivo dibattito tra gli interpreti, non solo in ragione delle difficoltà classificatorie che queste disposizioni hanno da

¹⁰ Si vedano, tra i molti, le riflessioni di F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. Pen.*, 26 aprile 2020; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., 12 ss.; ID., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, 2020, 7, 85 ss.; G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Dir. pen. uomo*, 16 giugno 2020; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sistema penale*, 28 aprile 2022; C. CUPELLI, *Covid-19 e responsabilità colposa*, in M. Donini (diretto da), *Enc. Dir., I Tematici*, vol. II, Milano, 2021, 340 ss.; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. Proc.*, 2020, 887 ss.; A. DELLA BELLA, *Le esigenze di contenimento della responsabilità penale nel contesto dell'emergenza sanitaria*, in M. Biasi – F. Ferraro – D. Grieco – S. Zirulia (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociali*, Milano, 2021, 305 ss.; M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1171 ss.; L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit.; L. SCARAMELLINI, *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giur. Pen.*, 16 aprile 2020; E. DI SALVO, *Pandemia da Covid-19 e responsabilità del medico*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 101 ss.; A. ROIATI, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. Pen.*, 19 maggio 2020; O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2*, cit.; G.M. CALETTI, *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Penale – Diritto e Procedura*, 2020, 159 ss.; ID., *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quad. Cost.*, 2020, 616 ss.; G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.d. "Cura italia")*, in *Giur. Pen.*, 2020, 1 ss.; S. CANESTRARI, *Riflessioni sulla necessità di limitare il "rischio penale" dei sanitari al tempo del Covid-19*, in R. Acquaroli - E. Fronza - A. Gamberini, *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma 2022, 73 ss.; G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del principio di realtà*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2020, 983 ss.; A. MASSARO, *La colpa penale sul banco di prova della pandemia da Covid-19*, in *Responsabilità sanitaria rischio clinico e valore della persona*, Fasc. 1, 2022, 125 ss.; C. RIZZO, *La crisi pandemica e i nuovi scenari della "colpa medica"*, in *Arch. pen.*, 6 gennaio 2021.

subito sollevato¹¹, ma anche nell'approfondimento della reale funzione di tali strumenti, nel contesto di un ordinamento in cui la presenza di numerosi altri istituti ha fatto dubitare della stessa utilità di simili previsioni.

Si è parlato, a tal proposito, di c.d. “norme-scudo”¹², un termine utilizzato per la sua potenza simbolica a denotare l'ambito di protezione ritagliato attorno a determinate categorie soggettive, così da schermarle da contestazioni e condanne suscettibili di impattare, prima ancora che sulla libertà personale dei singoli imputati, sulla serenità della categoria, incentivando forme di medicina e imprenditoria c.d. difensive. L'utilizzo della metafora dello scudo, a ben vedere, ha suscitato reazioni contrastanti: da una parte si è criticato l'utilizzo di un «termine che lascia in qualche modo trasparire l'idea di un privilegio a tutela di colpevoli altrimenti indifendibili e comunque sembra sottendere un latente pregiudizio nei confronti della magistratura, ritenuta non in grado di fare buon governo delle ordinarie categorie penalistiche e di vagliare l'effettiva commissione di fatti penalmente rilevanti»¹³; dall'altra, si è invece riconosciuta all'espressione una certa capacità connotativa, poiché l'immagine dello scudo «evoca [...] in modo efficace l'idea per la quale la strumentazione ordinaria di cui dispone il diritto penale non sia adeguata nella situazione che viene di volta in volta in rilievo»¹⁴.

Al di là delle dispute terminologiche, l'approvazione dei singoli scudi impone di soffermarsi ad indagare l'impatto pratico di simili esenzioni, nonché il significato che esse assumono in una prospettiva di sistema e in rapporto con il tema dell'inesigibilità. Le riflessioni che seguono trascureranno invece, volutamente, il tema dell'accertamento causale e delle difficoltà che caratterizzano, a monte, la ricostruzione del nesso eziologico in presenza di un virus dalla natura ubiquitaria e scientificamente incerta¹⁵. Pur rievocando un tema da sempre all'attenzione di dottrina e giurisprudenza, la questione dell'accertamento causale

¹¹ Sul tema, si veda in particolare J. DELLA VALENTINA, *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. Pen.*, 2021, 12, 5 ss.

¹² D. BRUNELLI, *Scudo*, in C. Piergallini – G. Mannozi – C. Sotis – C. Perini – M. Scoletta – F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 268 ss. Si veda, sul tema, anche P. PIRAS, *Le fattispecie di non punibilità della legge n. 76 del 2021*, in in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 657 ss.

¹³ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit. Si veda anche J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 28; 33.

¹⁴ E. PENCO, *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie, dalla pandemia alla «grave carenza di personale»: limitazione della responsabilità e grado della colpa nel c.d. decreto “Milleproroghe”*, in *Arch. Pen.*, 2024, 2, 3.

¹⁵ Riflette sull'assenza, almeno nelle prime fasi della pandemia, di leggi scientifiche pertinenti e affidabili, S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI)*, 2020, 6(1), I.13; ma si veda anche A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 125 ss.

esula dall'analisi dell'inesigibilità, cui il presente lavoro è dedicato; ad essere approfondito sarà, quindi, solo il versante della colpa, al fine di trarne alcune conclusioni che possano valere in generale, al di là della specifica contingenza causata dalla pandemia, ed imporsi anche in ipotesi in cui l'accertamento del nesso causale non ponga i medesimi problemi che il contagio da Covid-19 ha invece evidenziato.

2.1. Lo scudo per il datore di lavoro

Il primo intervento che, in ordine temporale, ha avviato la stagione degli scudi penali in epoca pandemica è stato previsto a favore dei datori di lavoro, allo scopo di incentivare la ripresa delle attività produttive senza che l'eventualità di contagi infra-aziendali potesse tradursi nell'attribuzione di responsabilità penali in capo ai responsabili della sicurezza e della salubrità dell'ambiente lavorativo¹⁶. L'avvento del Covid-19, in effetti, ha segnato un cambiamento netto dal punto di vista della sicurezza aziendale, imponendo significativi oneri di mappatura e gestione del rischio biologico anche ad imprese e datori di lavoro in precedenza del tutto estranei a tale prospettiva¹⁷.

Tra gli addetti ai lavori, serie preoccupazioni hanno iniziato a circolare all'indomani dell'approvazione dell'art. 42, comma 2, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia), conv. L. 24 aprile 2020, n. 27, norma che ha sancito, a fini assicurativi, l'equiparazione dell'infezione da Coronavirus in occasione di attività lavorativa ad un vero e proprio

¹⁶ Come rilevato nel rapporto *"Iniziative per il rilancio Italia 2020-22"* del Comitato di esperti in materia economica e sociale, si leggeva in particolare che «il possibile riconoscimento quale infortunio sul lavoro del contagio da Covid-19, anche nei settori non sanitari, pone un problema di eventuale responsabilità penale del datore di lavoro che, in molti casi, si può trasformare in un freno per la ripresa delle attività» (punto 1.i). Sul tema, in generale, si vedano D. CASTRONUOVO - F. CURI - S. TORDINI CAGLI - V. TORRE - V. VALENTINI, *La gestione del rischio Covid-19*, in D. Castronuovo - F. Curi - S. Tordini Cagli - V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, 387 ss.; A. DELLA BELLA, *Le esigenze di contenimento della responsabilità penale nel contesto dell'emergenza sanitaria*, cit., 310 ss.; A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit.; M. DAVI - M. MANGIA - A. MERENDA, *op. cit.*; S. DOVERE, *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020; ID., *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit.; D. BRUNELLI, *Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio Covid-19*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2; O. DI GIOVINE, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. Pen.*, 22 giugno 2020; V. MONGILLO, *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2020, 2, 16 ss.; G. RIZZO MINELLI, *Il rischio epidemico nei luoghi di lavoro tra responsabilità penale delle persone fisiche e profili di corporate liability*, in *Ambienteditto.it*, 2020, 3, 6 ss.; P. ACCINNI, *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19"* *Ritorno al futuro del diritto penale*, in *Sist. Pen.*, 26 giugno 2020; M.F. CARRIERO, *La morfologia della responsabilità penale datoriale per l'infezione da Covid-19*, in *Leg. pen.*, 15 giugno 2022.

¹⁷ A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 2 s.

infortunio sul lavoro¹⁸. Pur trattandosi di una previsione di poco innovativa del sistema – e a dispetto delle assicurazioni offerte sul punto dall’Inail¹⁹ – la tensione crescente delle prime fasi della pandemia ha portato presto a maturazione un clima di insicurezza, inducendo i datori di lavoro e le relative rappresentanze a domandare a gran voce una protezione efficace da eventuali responsabilità penali.

Con l’art. 29-*bis* del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), conv. l. 5 giugno 2020, n. 403²⁰, il legislatore ha scelto di dare ascolto a tali preoccupazioni, stabilendo in particolare che, «ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all’obbligo di cui all’articolo 2087 del codice civile mediante l’applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all’articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l’adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

All’indomani della sua approvazione, parte della dottrina ha riconosciuto alla previsione una valenza «essenzialmente simbolica, di assicurazione della categoria»²¹. Ove le regole cautelari siano rispettate, in effetti, la colpa dovrebbe essere esclusa a monte per assenza *tout court* di una violazione, sulla scorta delle normali regole di imputazione del fatto colposo²²; lo scudo si limiterebbe, in questo senso, a ribadire l’ovvio, escludendo che il rimprovero per colpa possa essere elevato a chi si sia attenuto alle indicazioni e alle cautele rilevanti in rapporto all’attività svolta.

¹⁸ Criticamente, sul caos provocato dall’approvazione della norma, D. AMATO, *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giur. Pen. Web*, 2020, 6, 2 s.

¹⁹ Si veda in particolare la circolare esplicativa n. 22 del 20 maggio 2020, dove si specifica che l’art. 42 non ha alcuna portata innovativa e, in ogni caso, «presuppone comunque l’accertamento rigoroso dei fatti e delle circostanze che facciano fondatamente desumere che il contagio sia avvenuto in occasione di lavoro». Si veda al proposito F. COMPAGNA, *La responsabilità penale da “contagio” sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020*, in *Il Penalista*, 25 maggio 2020.

²⁰ C. CUPELLI, *La colpa datoriale per l’infezione da Covid-19: l’art. 29-bis quale “guida ragionevole” dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2023, 10, 3490 ss.; ID., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020;

²¹ A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all’emergenza*, cit., 37.

²² D. AMATO, *Contagio da Covid-19*, cit., 8.

Nell'art. 29-*bis*, altri autori hanno ravvisato invece la volontà di marginalizzare l'impatto fagocitante dell'art. 2087 c.c. quale fonte sostanzialmente indeterminata di cautele doverose²³: «l'effetto pratico perseguito è che – considerata la peculiarità della situazione – ciò che si può esigere dai datori di lavoro è soltanto l'adozione, applicazione e il mantenimento delle prescrizioni contenute nei protocolli espressamente richiamati»²⁴. L'art. 29-*bis*, in altri termini, finirebbe per circoscrivere «la tipicità soggettiva della colpa datoriale tramite il riferimento alle prescrizioni anti-contagio contemplate nei protocolli condivisi»²⁵, con esclusione del richiamo all'art. 2087 c.c. in chiave derogatoria o integrativa. Sembrerebbe così perseguito l'intento legislativo di «fissare la misura della diligenza richiesta [...] al fine di impedire in futuro che, in fase di accertamento giudiziale, si attui un recupero di responsabilità per colpa fondato sulla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c.»²⁶.

Resta ferma, ad ogni modo, una certa perplessità degli interpreti, che hanno rilevato tanto l'incapacità della previsione di riassumere ed esaurire «tutto il ventaglio delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili»²⁷, quanto una certa inutilità della stessa su un piano applicativo, stante il presidio fornito, a monte, dalla necessità di provare la sussistenza del nesso causale, nonché, a valle, dall'accertamento della colpa e, in particolare, della misura soggettiva della stessa²⁸.

Al netto di tali criticità, nondimeno, la bontà del proposito criminoso sarebbe individuabile nel tentativo di limitare le fughe in avanti della giurisprudenza chiamata a ricostruire, *ex post*, la cautela doverosa, nonché in quello di sensibilizzare i datori di lavoro al rispetto di misure di sicurezza standardizzate, opportune per meglio tutelare la salute dei lavoratori²⁹: un obiettivo, in definitiva, in larga misura simbolico e “monitorio”.

²³ M. PELISSERO, *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, cit., 143, ma anche A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 51 ss., dove si rileva che, mediante l'art. 29-*bis*, «si è cercato di ridimensionare tale rischio di eccessi punitivi».

²⁴ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela*, cit., nonché A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 135, dove i protocolli condivisi vengono individuati quale «spartiacque utile per storicizzare l'agente-modello di riferimento», costituendo «la cristallizzazione, ad opera di tutti gli *stakeholders*, della migliore scienza ed esperienza fino a quel momento disponibile in tema di prevenzione del contagio».

²⁵ A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 54.

²⁶ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela*, cit.

²⁷ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela*, cit. che ravvisa una «quota di residua colpa generica, legata a doppio filo alla fisiologica genericità di alcune prescrizioni [...] e alla necessità [...] di adeguarle alle *specificità del caso concreto*». Analogamente anche S. DOVERE, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro*, cit., I.14, nonché A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 56 ss.

²⁸ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela*, cit.; P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 11.

²⁹ C. CUPELLI, *Obblighi datoriali di tutela*, cit., nonché A. ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza*, cit., 58.

2.2. Lo scudo per i vaccinatori

Il secondo scudo implementato a livello nazionale si è rivolto, invece, al personale sanitario impegnato nella campagna vaccinale³⁰. Sin dall'inizio della pandemia, medici e infermieri avevano espresso a gran voce le proprie rimostanze ed il disagio avvertito nello svolgimento di un'attività «sovraesposta al rischio penale»³¹ oltre che, naturalmente, a quello sanitario; nondimeno, a fronte di richieste di copertura generalizzata dalle conseguenze sanzionatorie per le carenze e gli errori determinati dal contesto pandemico, la risposta del legislatore ha inizialmente ritagliato uno spazio ben più limitato di rilevanza dell'esenzione dalla responsabilità colposa.

L'occasione è stata offerta, in particolare, dall'inizio della campagna vaccinale e dalla notizia delle indagini avviate, dalle Procure competenti, all'indomani dei primi casi di morti correlate – almeno *prima facie* – all'inoculazione del vaccino; dinnanzi alla pressione mediatica e al rischio significativo che la diffusione di un clima di sfiducia tra i sanitari potesse compromettere la buona riuscita della campagna stessa³², il legislatore ha stabilito, con l'art. 3 del d.l. 44/2021, che «per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l'uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all'immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione».

La norma ritaglia uno spazio di esenzione speciale rispetto all'art. 590-*sexies* c.p., stante il mancato riferimento all'imperizia, al grado della colpa o all'adeguatezza alla specificità del caso concreto³³. Analogamente a quanto affermato in relazione allo scudo per i datori di lavoro, tuttavia, anche in questo caso parte della dottrina ha rilevato una certa

³⁰ A. DELLA BELLA, *Le esigenze di contenimento della responsabilità penale*, cit., 312 ss.; PENCO, "Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti-Sars-Cov-2, in *Sist. Pen.*, 13 aprile 2021; P. PIRAS, *La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sist. Pen.*, 23 aprile 2021; F. FURIA, *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. Pen.*, 2021, 1; G. AMATO, *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida dir.*, 2021, 16, 49 ss.; M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1172 ss.; S. CRIMI, *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in www.quotidianogiuridico.it.

³¹ C. CUPELLI, *Emergenza COVID-19*, cit.

³² Di una possibile «variante» della medicina difensiva classica, riferita alla campagna vaccinale, ha parlato C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

³³ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit. Analogamente S. CRIMI, *op. cit.*

inutilità della previsione normativa, che si limiterebbe a ribadire i principi in materia di colpa: ove il medico abbia rispettato le indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione e nelle circolari del Ministero nell'inoculazione del vaccino, mancherebbe in radice la violazione cautelare, e dunque il presupposto oggettivo per una contestazione a titolo di colpa³⁴. In questo senso, si è obiettato che la disposizione avrebbe il solo effetto – ancora una volta simbolico – di assicurare gli operatori impegnati nell'attività vaccinale, evitando che il timore di ripercussioni legali possa disincentivare l'espletamento di un'attività necessaria per rallentare la corsa al virus e ridurre l'impatto sulla salute, individuale e collettiva³⁵.

Una differente lettura insiste invece sugli effetti “benefici” della nuova disposizione, grazie alla quale sarebbe possibile prescindere, «in sede di accertamento, dall'indagine su regole cautelari *diverse* da quelle indicate espressamente, dal momento che non sarà esigibile altra condotta rispetto a quella pedissequamente conforme alle stesse, pur se l'osservanza di una norma prudenziale diversa avrebbe potuto impedire, nel caso di specie, il verificarsi dell'evento»³⁶: anche in questo caso, perciò, l'intento legislativo e il principale effetto sul piano applicativo si risolverebbe in una selezione della base cautelare a disposizione del giudice nel valutare la condotta del soggetto agente, limitata a priori alle sole fonti indicate dalla legge³⁷.

2.3. Lo scudo per il personale sanitario: colpa grave e indici *ex art. 3-bis*, comma 2, D.l. 44/2021

La politica degli scudi non si è arrestata alla protezione del datore di lavoro e del personale vaccinatore: le riflessioni attorno ad una possibile limitazione dell'ambito di responsabilità penale degli operatori sanitari, anche al fine di contenere le tentazioni di una «medicina difensiva dell'emergenza»³⁸, hanno condotto, da ultimo, all'elaborazione di uno scudo generalizzato per tutto il personale sanitario, previsto all'art. 3-*bis* del D.l. 44/2021³⁹.

³⁴ M.L. MATTHEUDAKIS, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021, 175 s.

³⁵ A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 36; M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, 177.

³⁶ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit. Analogamente S. CRIMI, *op. cit.*

³⁷ Di una «causa di esclusione del tipo colposo, in forza dell'osservanza di determinate regole cautelari» parla P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 12.

³⁸ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit., ma anche ID., *Covid-19 e responsabilità colposa: bilanci e prospettive*, in *Leg. pen.*, 18 luglio 2023, 6. Si rinvia, per una riflessione più generale sul tema, a E. PENCO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari: dalla medicina difensiva alla politica delle “norme scudo”*, in M. Galli – N. Recchia (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Napoli, 2023, 209 ss.

³⁹ Sul tema, in generale, R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario a partire dall'esperienza del diritto penale pandemico*, in *Sist. Pen.*, 18 marzo 2024; C. CUPELLI, *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. Pen.*, 30 marzo 2020; M.

La norma stabilisce, al primo comma, che «durante lo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19, dichiarato con delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, e successive proroghe, i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza, sono punibili solo nei casi di colpa grave» e aggiunge, al capoverso, che «ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, 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».

È con riferimento a tale disposizione, che configura una limitazione alla sola colpa grave per le morti e le lesioni occorse durante il periodo emergenziale e a causa dell'eccezionalità del momento⁴⁰, che il dialogo con la prospettiva dell'inesigibilità appare decisivo, ben più di quanto non si possa dire per le altre norme-scudo sin qui esaminate. La «soverchiante influenza esercitata dalla dimensione *sistemica* dell'emergenza sulle condotte individuali, sotto il profilo del *deficit* conoscitivo-esperienziale e dei limiti sul piano organizzativo e preventivo»⁴¹, destinata a configurare «una situazione *extra-ordinem*, un "rischio altamente sconosciuto", in un *contesto* caratterizzato dall'evidente *sproporzione* tra necessità e risorse disponibili»⁴², viene infatti assunta come circostanza che giustifica una maggiore indulgenza verso gli operatori che hanno dovuto fronteggiare il *virus* a dispetto di tutte le difficoltà suddette.

Lungi dal limitarsi a indicare, vincolando l'interprete, il *set* di cautele alla scorta delle quali giudicare la correttezza dell'agire del soggetto, la norma assume qui il contesto anomalo di realizzazione del fatto quale indice della minore gravità della colpa, configurando un'esenzione che ritaglia l'area del penalmente rilevante rispetto a quanto ordinariamente

CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020; ID., *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, 109 ss.; L. CARRARO, *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico?*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.; G.L. PERDONÒ, *Le norme contenenti lo "scudo penale" dei sanitari impegnati nel contrasto al Coronavirus*, in A. Manna - L. Riscato (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, Milano, 2022, 77 ss.

⁴⁰ Rileva che «proprio l'eccezionalità del contesto in cui gli operatori sanitari hanno operato ha moltiplicato la possibilità di commettere errori» A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 230.

⁴¹ A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 888.

⁴² A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19*, cit., 888.

previsto dalle norme vigenti. Nulla da obiettare, a tal proposito, circa la plausibilità o l'utilità dell'intervento in un sistema in cui la norma deputata a disciplinare tali ipotesi – l'art. 590-*septies* c.p. – risultava fuori uso⁴³: e ciò non solo per l'assoluta novità della situazione, che non poteva dirsi regolata da buone pratiche consolidate né, tantomeno, da linee guida formalizzate, ma anche perché la limitazione alla sola imperizia sembrava contrastare con le esigenze di una situazione in cui il contesto concitato e drammatico di attività poteva riflettersi, più che in errori di perizia in senso stretto, in imprudenze e negligenze, legate alla stanchezza, all'urgenza del provvedere e alla necessità di far fronte a richieste di intervento ben superiori alle capacità delle singole strutture sanitarie⁴⁴.

Oltre ad evidenziare alcuni dei principali limiti della disciplina in tema di *malpractice* medica risultante dalla legge Gelli-Bianco, la nuova disposizione sembrerebbe offrire interessanti spunti di riflessione in relazione alla tematica dell'inesigibilità, ispirati ai vari fattori che la norma enuclea al fine di indirizzare l'attività interpretativa del giudice. Tra gli indici citati per valutare il grado della colpa, nel tentativo di offrire all'interprete una «definizione orientativa della colpa grave»⁴⁵, si annoverano infatti alcune specifiche situazioni di anomalia declinate in relazione al contesto pandemico: fattori oggettivi, legati alla generale e limitata conoscenza dei processi patogeni in discussione, si alternano a fattori di contesto o situazionali, correlati alla scarsità di risorse materiali ed umane, e a fattori relativi alle caratteristiche soggettive dell'agente e alla sua concreta preparazione⁴⁶.

A dispetto della varietà delle situazioni ricomprese nell'elenco, non si può che convenire con la dottrina che ha rilevato che «l'intero secondo comma può dirsi mosso da una decisa valorizzazione della c.d. colpevolezza colposa»⁴⁷. Non solo gli aspetti più spiccatamente personologici, legati al minor livello di specializzazione e preparazione del singolo operatore sanitario, ma anche tutti gli altri indici di gravità della colpa sembrerebbero

⁴³ R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave*, cit., 3 s.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 231 s.; C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit. Rileva, oltretutto, come «l'esimente dell'art. 590 *sexies*, nel modo in cui è stata concepita e poi interpretata, non riesca ad operare proprio là dove ce ne sarebbe maggiormente bisogno, determinando grottesche disparità di trattamento», A. VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, in F. Cassibba – G. Dodaro – L. Parlato (a cura di), *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, DIPLAP, 2021, 53.

⁴⁴ A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 232 s., dove si rileva, per il medesimo motivo, anche l'insufficienza di un eventuale richiamo all'art. 2236 c.c. Si veda anche J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 20.

⁴⁵ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

⁴⁶ E. GRECO, *Spazio sociale, non-luoghi, eterotopie nella «modernità radicale»*. *Il settore della navigazione aerea come punto di osservazione privilegiato per ripensare la colpa grave*, in *Leg. Pen.*, 6 giugno 2024, 26. Si veda anche M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184, che parla di un «*mictus compositum* nel quale alloggiano profili oggettivi [...], situazionali [...], e personologici».

⁴⁷ M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187. In senso analogo, P. VENEZIANI, *La colpa penale nel contesto dell'emergenza*, cit., 14; M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, 168 s.

porsi in aperto dialogo con «la categoria dell'inesigibilità in rapporto al contesto operativo»⁴⁸: l'attenzione alla novità della malattia e alle scarse conoscenze sul punto rimanda alla nozione di inesigibilità delle cautele doverose, la cui conoscenza e attuabilità si fa necessariamente più complicata in un quadro di incertezza scientifica; quanto, poi, alla scarsità di risorse materiali ed umane, tale rimando non fa che confermare l'impatto che i fattori di contesto possono giocare sulle possibilità individuali di far fronte al rischio, adottando le cautele più adeguate a contrastarlo.

Anche in questo caso, nondimeno, qualcuno ha dubitato della reale utilità dello scudo. Alcuni autori si sono infatti domandati se, nel contesto «strutturalmente emergenziale»⁴⁹ in cui si sono collocate le azioni ed omissioni del personale sanitario, non sarebbe stato più corretto affermare che sia venuta «a mancare *del tutto* la colpevolezza colposa, senza bisogno di ricorrere al più favorevole criterio di imputazione soggettiva della colpa grave per escludere la rilevanza penale del fatto»⁵⁰. Se rigorosamente applicato nei suoi presupposti oggettivi e soggettivi, cioè, sarebbe bastato lo statuto ordinario della colpa a mettere al riparo i sanitari dal rischio di processi e condanne durante il periodo dell'emergenza pandemica.

Tra gli indici di valutazione della gravità della colpa rilevanti *ex art. 3-bis*, comma 2, del resto, si rinvencono circostanze che la dottrina da tempo annovera come esempi emblematici di inesigibilità della cautela doverosa. Ben prima che il contagio da Covid fosse anche solo lontanamente prevedibile, ci si riferiva infatti a fattori disculpanti quali «l'abnorme accumulo di *stress* e di fatica; la necessità di far fronte contemporaneamente a più emergenze senza disporre di risorse adeguate; la carenza di strumenti davvero idonei a fronteggiare efficacemente il rischio»⁵¹: tutte circostanze drammaticamente confermate nelle ore più buie dell'emergenza sanitaria.

Lungi dal risolvere ogni problema sul campo, lo scudo per i sanitari ha semmai generato nuovi profili di incertezza: il limitato ambito oggettivo e soggettivo delineato

⁴⁸ M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187. Lo rilevava anche D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza*, cit., 8, che, nel chiedersi se fosse necessario disciplinare appositi scudi, in deroga alle regole ordinarie, rilevava che le formulazioni proposte «appaiono tentativi di specificazione, più o meno felici, di criteri di ragionevole delimitazione di principio della responsabilità, avendo riguardo a condizioni di fatto che restringono il campo di ciò che è *esigibile*» (corsivo aggiunto).

⁴⁹ R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave*, cit., 8.

⁵⁰ L. NOTARO, *La rilevanza dei "fattori contestuali" ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. La pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*, in *Leg. pen.*, 7 marzo 2024, 10; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'emergenza*, cit., 12 s. Si veda ancora ID., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del Coronavirus*, cit., 100, secondo cui «la responsabilità in contesti complessi che non sono di normalità, ma di emergenza, può essere esclusa senza la necessità di previsioni particolari».

⁵¹ Si veda, ad esempio, P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in M. Donini – R. Orlandi, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 309.

dall'art. 3-*bis* ha infatti portato ad interrogarsi in merito alla punibilità di altre condotte, realizzate nel medesimo contesto di forte pressione psicologica e anomalia situazionale, ma estranee al raggio di copertura dell'esimente. In questo senso, l'intervento normativo ha evidenziato la sopravvivenza di alcune problematiche di impatto significativo, suscettibili di riflettersi sull'adeguatezza complessiva della disciplina disegnata con il D.l. 44/2021, nei suoi rapporti con le categorie generali della colpa e dell'inesigibilità.

2.3.1. I profili lasciati scoperti dallo scudo

Si consideri, anzitutto, l'ambito soggettivo di rilevanza dello scudo: riferendosi a fatti «commessi nell'esercizio di una professione sanitaria», la protezione offerta dall'art. 3-*bis* sembra rivolgersi unicamente al personale medico “operativo”, esulando dal perimetro dello scudo eventuali responsabilità colpose di tipo organizzativo da parte del *management* della struttura sanitaria⁵².

Si tratta, però, di un'esclusione non del tutto razionale, quantomeno nella misura in cui la gestione dell'emergenza sanitaria può aver presentato, per i soggetti deputati all'organizzazione, difficoltà assimilabili a quelle vissute dai medici e dagli infermieri in corsia. Come è stato rilevato, infatti, «le condizioni di incertezza, urgenza e carenza di mezzi⁵³» in cui gli operatori sanitari si sono trovati ad operare non differiscono significativamente da quelle di coloro che erano deputati alla gestione e organizzazione delle varie strutture: non si vede allora perché includere gli uni ed escludere gli altri da una protezione pensata per sostenere un intero comparto, piegato sotto il peso dell'emergenza in corso. In altre parole, «non si comprende per quale ragione il limite della colpa grave non dovrebbe valere anche per i decisori, ove si sia disposti ad ammettere che, nel fuoco dell'emergenza, anche le loro scelte sono state sofferte e possono aver affrontato la soluzione di problemi di speciale difficoltà»⁵⁴.

⁵² Lo rilevano, tra gli altri, P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. Pen.*, 1 giugno 2021 e M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1184.

⁵³ M. LANDOLFI – A. FRANCHI, *L'emergenza COVID-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in www.penaledp.it, 18 aprile 2020, 7.

⁵⁴ M. CAPUTO, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale*, cit., 8. Analogamente anche O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2*, cit., 16: «nessun rimprovero dovrebbe discendere dal fatto che le strutture, all'indomani dell'inizio della crisi, risultassero prive di risorse (materiali e personali) utili a fronteggiare adeguatamente la nuova situazione». Sul tema, si vedano altresì le riflessioni di L. RISICATO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid per assenza di posti letto. Profili di responsabilità del “rianimatore”* e G. DODARO, *Mors tua, vita mea, morire con il Covid per assenza di posti letto. Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di “comando e controllo” della sanità*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno “Medicina e diritto penale” (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021, rispettivamente 178 ss. e 189 ss. Del resto, la consapevolezza del «carattere organizzato» dell'errore sanitario è da sempre all'attenzione della

Certo, potrebbe essere l'art. 2236 c.c. ad esprimere, qui, una forza esimente analoga a quella dell'art. 3-*bis*, in particolare ove si aderisca alla lettura che fa rientrare, nelle particolari difficoltà di cui la norma parla, anche le complessità di natura organizzativa⁵⁵. Tale disposizione manifesta però due limiti significativi, che ne depotenziano gli effetti benefici: l'uno legato essenzialmente alla scarsa considerazione della norma da parte della giurisprudenza penale, l'altro alla rilevanza della sola imperizia ai fini dell'esenzione della colpa lieve *ex art.* 2236 c.c.⁵⁶

Con riferimento all'organizzatore, si pone allora il problema di come concepire il limite alla punibilità per condotte dettate da quelle stesse carenze di personale e di mezzi e dalla scarsa conoscenza, che sembrerebbero disciplinate dal comma 2 dell'art. 3-*bis* in relazione al solo personale medico in senso stretto, impegnato sul fronte operativo: da questo punto di vista, cioè, o si sostiene che la clausola si debba estendere anche al personale amministrativo incaricato della gestione delle strutture sanitarie, o appare comunque doveroso valorizzare in altro modo il profilo dell'eventuale inesigibilità della condotta, anche per evitare che all'esenzione del personale operativo faccia seguito uno slittamento verso l'alto delle responsabilità che non tenga adeguatamente conto di quegli stessi fattori che, a prescindere dal richiamo espresso nell'art. 3-*bis*, sembrano incidere sensibilmente sul rimprovero da muovere all'agente⁵⁷. Neppure l'approvazione degli scudi sembra dunque idonea a risolvere ogni possibile situazione di anomalia motivazionale, evidenziando l'esistenza di teorici margini applicativi della logica dell'inesigibilità anche al di fuori delle singole categorie soggettive "immunizzate" dalla legge.

dottrina, che non a caso si è interrogata a lungo circa la possibilità – e in senso lato la stessa opportunità politica – di estendere alle strutture sanitarie pubbliche il modello di responsabilizzazione dell'ente di cui al d.lgs. 231/2001: si veda, di recente, M. COLACURCI, *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario*, in *Leg. Pen.*, 24 aprile 2020; sul tema anche M. CAPUTO, *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1357 ss., M. SCOLETTA, *Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli enti sanitarie*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021, 198 ss., nonché A. MADEO, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020.

⁵⁵ M. CAPUTO, *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid-19*, cit., 112.

⁵⁶ Entrambi i rilievi sono messi in evidenza da C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

⁵⁷ Sul punto, nondimeno, alcuni autori si siano espressi chiaramente nel senso di ritenere che lo scudo finirebbe per garantire una protezione "di sponda" anche agli apicali: R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave*, cit., 9 sostiene, in particolare, che non si possa escludere che «attraverso questa norma si sia finito per tutelare gli stessi assetti organizzativi al fine di porre una pietra tombale su eventuali responsabilità organizzative soprattutto apicali. Se infatti si prevede la non punibilità per le "realità basiche", è difficile poi risalire alle responsabilità apicali, mentre l'apertura di processi nei confronti di realtà basiche avrebbe potuto far emergere per l'appunto l'irresponsabilità delle realtà basiche e la responsabilità dei vertici organizzativi».

In secondo luogo, e questa volta dal punto di vista dell'ambito oggettivo di applicazione, occorre evidenziare altresì che l'esenzione disegnata dall'art. 3-*bis* non pare sufficiente a coprire l'intera gamma di contestazioni suscettibili di essere elevate al personale sanitario, per le condotte realizzate durante la pandemia⁵⁸. Emblematico il caso dell'epidemia colposa *ex art.* 452 c.p.: se è vero che, in relazione a tale figura delittuosa, consistenti problematiche si pongono anzitutto sul fronte tipico e nella ricostruzione del nesso di derivazione causale tra la condotta del soggetto e l'epidemia cagionata⁵⁹, è innegabile che anche sul fronte soggettivo e su quello dell'inesigibilità della condotta doverosa possano manifestarsi alcune specifiche criticità. Si pensi al medico che, violando la quarantena per la necessità di garantire la copertura del proprio turno ospedaliero ed omettendo alcune delle cautele doverose, assuma il ruolo di vettore del contagio per taluni dei pazienti che visita. Qui, ferme le difficoltà che si pongono già sul piano della tipicità del fatto, nulla potrebbe lo scudo *ex art.* 3-*bis*: resterebbe aperto, eventualmente, un problema di assenza di rimproverabilità per inesigibilità della condotta doverosa.

La lacuna, d'altronde, appare persino più evidente laddove ci si confronti con altre fattispecie di impronta dolosa, naturalmente escluse dal perimetro dello scudo, ma che possono assumere una certa rilevanza nell'ambito di una pandemia caratterizzata dal problema dell'allocazione di risorse scarse: basti pensare alle possibili contestazioni *ex art.* 328, comma 1, c.p. in casi in cui, a fronte di strutture sanitarie sature, il personale sanitario si sia trovato a negare assistenza e terapie a taluni pazienti, Covid e non Covid⁶⁰.

Il problema si correla, più in generale, al tema delle c.d. *tragic choices*⁶¹: nei casi in cui il medico, avendo a disposizione risorse scarse, è chiamato ad una scelta relativa a chi

⁵⁸ L'assenza di un riferimento ad altre ipotesi di natura colposa, quali l'epidemia *ex art.* 452 c.p., finisce per riproporre uno degli aspetti individuati come fattori di insufficienza del modello dell'art. 590-*sexies* c.p., ove la limitazione della responsabilità per imperizia lieve è prevista per i soli delitti di omicidio e lesioni colpose: A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 235; M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, 163 ss.; J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 20.

⁵⁹ Sul tema, si rinvia alle considerazioni di A. VALLINI, *La responsabilità penale da contagio*, cit., 49 ss.; A. GARGANI, *Emergenza "covid-19" e "rischio penale": osservazioni sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa*, in *Leg. pen.*, 18 luglio 2023; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. Pen.*, 2020, 1, 4 ss.; D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo dell'emergenza*, cit., 10 ss.; L. AGOSTINI, *Pandemia e "penademia". Sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. Pen.*, 30 aprile 2020. Per un approfondimento compiuto del tema, si veda, inoltre, S. TORDINI CAGLI, *L'epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino, 2023.

⁶⁰ P. PIRAS, *Lo scudo penale Covid-19*, cit. porta l'esempio di eventi rifiuti di terapie opposti, durante le fasi più drammatiche dell'emergenza, ai pazienti no-Covid, ad esempio oncologici.

⁶¹ Il termine si deve a G. CALABRESI – P. BOBBIT, *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource*, New York, 1978. Sul tema, tra i molti contributi, si rinvia qui a G. LOSAPPIO (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021; R. ALAGNA, *Profili penali del triage in pandemia*, Torino, 2022; G.M. CALETTI, *Emergenza*

debba ricevere le cure e vedersi così riconosciuta una possibilità di sopravvivenza, invece negata – o sensibilmente attenuata – a coloro che rimangano esclusi dal trattamento, si pone un serio problema di responsabilità in capo a colui che debba assumere la tanto sofferta decisione. In un contesto operativo drammatico in cui la tensione tra solidarietà e utilitarismo non può condurre alla paralisi⁶², la questione dell'eventuale responsabilità penale per il sanitario che abbia effettuato una scelta non può infatti essere liquidata con il richiamo alla retorica dello “spazio libero dal diritto”⁶³, ma impone la ricerca di risposte certe e affidabili.

Non si tratta, del resto, di un tema nuovo nella riflessione penalistica⁶⁴, né, tantomeno, di una questione di facile soluzione⁶⁵: in simili casi, in cui a porsi è un dilemma etico-morale prima ancora che giuridico, il peso delle eventuali responsabilità penali associate alle scelte compiute nel contesto emergenziale sembra farsi insostenibile e non può essere lasciato sulle spalle dei singoli operatori sanitari. Durante i picchi più drammatici della pandemia in Italia,

pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico, in *Sist. Pen.*, 2020, 5, 7 ss. Alcune riflessioni sono svolte, infine, anche da L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 6 s.

⁶² R. ALAGNA, *Profili penali del triage*, cit., 69 ss.

⁶³ L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 7.

⁶⁴ Si veda ad esempio E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 21 ss., che si interroga sulla rilevanza penale della condotta di un medico che, dovendo salvare uno solo di due gemelli nati prematuramente, che versano in condizioni critiche, indirizzi le risorse limitate di cui dispone al salvataggio di uno, non riuscendo ad impedire la morte dell'altro. Ma si pensi anche alle pronunce relative alla mancata trasfusione per il paziente che sia testimone di Geova che si son dovute confrontare con la delicata questione della responsabilità dei medici che abbiano scelto di rispettare il rifiuto opposto dal paziente per ragioni di fede, quanto con quella dei genitori che abbiano operato tale scelta per i propri figli minori: Nella giurisprudenza di merito, Pret. Roma, 3 aprile 1997, De Vivo, in *Dir. Eccl.*, 1997, II, 323; Corte d'Ass. d'App. Roma, 13 giugno 1986, Oneda, in *Giur. Mer.*, 1987, 408. Il richiamo a simili casi appare peraltro significativo nella misura in cui consente di individuare nettamente il confine tra conflitti “infrastematici”, dove a fronteggiarsi sono due obblighi giuridici incompatibili, e conflitti “extrasistematici”, dove invece il dovere giuridico si contrappone ad un obbligo puramente morale. Si veda, sul punto, E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 106 s. L'A. rileva oltretutto che solo i primi sembrerebbero idonei a dar luogo alla non punibilità dell'agente, considerato che, diversamente opinando, «si perderebbe [...] in termini di certezza, ciò che si guadagna in termini di “comprensione” dell'*humana fragilitas*» (107). Sul punto anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2001, 11 s., che riporta una decisione del pretore di Roma (2 aprile 1997, De Vivo, in *Cass. pen.*, 1998, 950), dove la decisione di assoluzione venne motivata a partire dal divieto di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, ex art. 32 Cost., che farebbe venir meno l'obbligo, in capo al sanitario, di impedire la morte del paziente.

⁶⁵ Specie ove declinata in termini di *Gefahrengemeinschaft* (c.d. “comunità in pericolo”), la tematica in parola impone di confrontarsi con scelte che non possono risolversi sul piano utilitaristico, della causa di giustificazione della scelta che comporta un numero inferiore di vittime, stante l'inaccettabilità di un giudizio che pretenda di dare un peso specifico ad ogni vita umana, e così sottoporlo ad un vaglio di proporzionalità. Nella dottrina italiana, si veda E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 33 ss.; ma anche 126, dove l'A. si esprime nel senso di ritenere che una tale scelta tragica non potrebbe comunque mai risolversi in un «giudizio di “approvazione” del contegno, che apparirebbe “permesso” o “facoltizzato”». F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 506, dove si parla di una situazione «nella quale ogni possibile condotta è – moralmente e giuridicamente – *illecita*», specificando che, a fronte di un conflitto non risolvibile, il fondamento dell'eventuale non punibilità sarebbe da ricercare sul piano della colpevolezza.

dove la pressione crescente sul sistema sanitario ha reso tale eventualità tristemente attuale, le principali associazioni competenti in materia hanno elaborato delle linee guida e dei criteri di selezione, al fine di sostenere il medico nella scelta garantendo indicazioni trasparenti ed eque⁶⁶. Neppure l'elaborazione di tali documenti ha però sopito ogni perplessità e dubbio: da più parti si è contestato il carattere discriminatorio di alcune indicazioni, che avrebbero finito per svantaggiare sistematicamente i pazienti più anziani in un'ottica utilitaristica, forse efficace per massimizzare le *chances* di salvezza ma difficilmente accettabile sul piano etico.

Per quanto attiene più specificamente il fronte penalistico della riflessione, invece, la dottrina si è espressa con convinzione a favore del personale sanitario, evidenziando la necessità di tenere conto «del carattere tragico della scelta e della complessità morale delle situazioni che i medici si sono trovati a fronteggiare, oltretutto in tempi spesso concitati»⁶⁷ ed invocando a tal fine l'art. 54 c.p.⁶⁸, l'esclusione della colpa o della rimproverabilità del singolo⁶⁹.

Non tutte le opzioni prospettate appaiono però effettivamente praticabili. Seppur suggestivo, è soprattutto il richiamo allo stato di necessità *ex art. 54 c.p.* a incontrare serie difficoltà nella pratica. A significative obiezioni si esporrebbe anzitutto la logica della necessità giustificante: sarebbe infatti inaccettabile «sostenere che vi sia un'indifferenza di fondo dell'ordinamento dinanzi alla morte di un cittadino rispetto ad un altro che ha invece potuto ricevere il trattamento di terapia intensiva»⁷⁰. Anche la prospettiva scusante solleverebbe alcuni problemi: sebbene essa appaia più coerente con la situazione di profonda drammaticità dell'epoca pandemica, oltre che al profondo turbamento motivazionale vissuto dagli operatori sanitari chiamati a scelte difficili⁷¹, è qui il dato letterale a opporsi alla

⁶⁶ Così il documento elaborato dalla Società Italiana di Anestesia Analgesia Rianimazione e Terapia Intensiva (SIAARTI) del 6 marzo 2020 (*Raccomandazioni di etica clinica*), nonché il Parere dell'8 aprile 2020 del Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB) (*Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del "triage in emergenza pandemica"*), o ancora le linee guida SIAARTI – SIMLA (*Decisioni per le cure intensive in caso di sproporzione tra necessità assistenziali e risorse disponibili in corso di pandemia di Covid-19*) del 13 gennaio 2021. Per un'analisi complessiva si rinvia a A. RIMEDIO, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2021, 1, 13 ss.; R. ALAGNA, *Profili penali del triage*, cit., 20 ss.

⁶⁷ O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2*, cit., 20.

⁶⁸ G. LOSAPPIO, *Responsabilità penale del medico*, cit., 13. Si veda anche M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, 155.

⁶⁹ O. DI GIOVINE, *Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2*, cit., 20, dove si richiamano «l'art. 54 CP (sia nell'accezione scriminante sia in quella scusante), la colpa (in virtù della inevitabilità di una scelta che comunque avrebbe sacrificato alcune vite a beneficio di altre) oppure, infine, una generica colpevolezza normativa, *sub specie* di non rimproverabilità di chi abbia violato cautele doverose in una situazione di (comprovata) inesigibilità della condotta conforme al diritto».

⁷⁰ J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 15.

⁷¹ J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 15.

prospettiva di un inquadramento della scelta tragica *ex art. 54 c.p.*⁷², stante la centralità del requisito della proporzionalità nell'ambito della norma e la sua incompatibilità con un giudizio comparatistico tra vite umane. Aderendo a questa impostazione, cioè, la condotta del medico sarebbe scusabile solo rifacendosi ad un principio sovralegale di inesigibilità⁷³, correlato al conflitto di doveri insolubile, di cui però non si rinviene traccia nel dettato normativo del codice.

Appare oltremodo significativo, da questo punto di vista, che anche nei paesi che presentano una disciplina dello stato di necessità scusante, ciò non sia bastato a risolvere il dilemma che si è posto all'operatore giuridico, oltre che al medico incaricato della scelta. Come evidenziato dalla dottrina tedesca, non solo il § 34 StGB (necessità scriminante) sarebbe inutilizzabile in forza del dogma dell'imponderabilità della vita umana, che vige a prescindere dalla minore o maggiore possibilità di sopravvivenza dell'uno rispetto all'altro paziente⁷⁴, ma lo stesso § 35 StGB (necessità scusante) incontrerebbe dei limiti insuperabili, stante l'assenza, in simili casi, di una minaccia per la vita dell'agente, di un suo parente o di una persona a lui vicina⁷⁵.

Come ben dimostra ciascuna delle ipotesi considerate, in definitiva, la creazione di specifici scudi penali non è parsa sufficiente a risolvere le impellenti problematiche sollevate dalla pandemia e dalla gestione dell'emergenza. In questo quadro, e nell'ottica che ispira il presente lavoro, appare significativo soprattutto che un problema di inesigibilità si sia posto anche a dispetto delle soluzioni positivizzate dal legislatore: tanto per i soggetti rimasti esclusi dal cono d'ombra dello scudo ed esposti alle medesime anomalie di contesto, quanto per i reati ulteriori rispetto agli artt. 589 e 590 c.p. e per le *tragic choices* tipiche del periodo pandemico, un possibile spazio di rilevanza esimente sembrerebbe individuabile proprio nella logica del conflitto motivazionale e dell'impossibilità morale di agire altrimenti. In assenza di agganci normativi, tali concetti indirizzano verso la prospettiva dell'inesigibilità sovra-legale: una prospettiva a cui si oppongono però, come si è già più volte evidenziato,

⁷² Riconduce tale casistica alla «limitata ma indiscutibile» scusante dell'art. 54 c.p. L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 7.

⁷³ J. DELLA VALENTINA, *op. cit.*, 18, che riconduce il caso al «principio di inesigibilità, come forma di espressione della colpevolezza».

⁷⁴ Lo rileva, nella dottrina italiana, R. ALAGNA, *Profili penali del triage*, cit., 43 ss., segnalando però un certo mutamento di impostazione nella riflessione post-pandemica, che avrebbe introdotto nel giudizio di prevalenza anche la considerazione delle probabilità di salvezza del singolo. Sulle criticità che i conflitti di doveri aventi ad oggetto la vita umana da sempre sollevano, in dottrina, si veda anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 531 ss.

⁷⁵ I. RAU, *Straf- und Strafverharensrecht*, in H. Schmidt (Hrsg.), *Covid-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 3. Auf., München, 2021, 850.

ovvie ragioni di certezza del diritto e legalità e che, per questo, meriterà di essere rimeditata attentamente, in un'ottica di sistema⁷⁶.

2.4. Il raffronto con la disciplina francese del *Code de la Santé Publique*

Evidenziate alcune delle più immediate lacune della disciplina domestica dei c.d. scudi penali e gli spazi che essa ha lasciato aperti alla prospettiva dell'inesigibilità, sembra utile confrontarsi ora con le strategie implementate altrove, a livello politico-criminale, nel tentativo di soddisfare il medesimo anelito di protezione verso i soggetti più direttamente coinvolti nella gestione del rischio pandemico⁷⁷. Tra le esperienze vicine all'Italia, in un certo senso allineate alla politica degli scudi implementata a livello nazionale, figura certamente quella francese, dove una specifica disciplina per la gestione dell'emergenza è stata introdotta con la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020.

Dinnanzi alle molte denunce⁷⁸ e alle conseguenti rimostranze dei principali gestori del rischio epidemico, il legislatore francese è intervenuto inserendo, nel *Code de la Santé Publique*, un nuovo art. 3136.2 («*menaces et crises sanitaires graves*»)⁷⁹, che richiama la norma generale in tema di colpa (art. 121-3 del *code pénal*) ed impone al giudice che debba applicarla di considerare «le competenze, i poteri e le risorse di cui dispone l'autore del reato nelle situazioni di crisi che giustificano la dichiarazione di uno stato di emergenza sanitaria, nonché la natura dei suoi compiti e delle sue funzioni, in particolare in qualità di amministratore locale o datore di lavoro»⁸⁰.

⁷⁶ V. *infra*, Cap. 5.

⁷⁷ Come segnalato da A. DELLA BELLA, *Le esigenze di contenimento della responsabilità*, cit., 309, il quadro comparato non si rivela particolarmente illuminante: in generale, l'impressione è che il tema della limitazione della responsabilità dei soggetti più direttamente coinvolti nella gestione del virus si sia posta in Italia con maggiore enfasi che altrove.

⁷⁸ Come rileva H. TOKLU, *Covid-19 et responsabilité pénale des décideurs publics*, in *Civitas Europa*, 2021 2, 219, il Covid ha portato a invocare a più riprese, soprattutto nei confronti dei decisori pubblici, l'intervento del giudice penale e della Cour de justice de la République (CJR), competente a giudicare i membri del governo per i reati che costoro abbiano commesso nell'esercizio delle proprie funzioni.

⁷⁹ A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 238 ss.; ma anche EAD., *Le esigenze di contenimento della responsabilità*, cit., 315 (nota 26). Nella dottrina francese, si vedano J.L. CAPDEVILLE, *Covid-19: retour sur une "évolution" du droit régissant la responsabilité pénale des maires*, in *AJ Collectivités Territoriales*, 2020, 352 ss.; P. CONTE, *Un droit en trompe-l'œil*, in *Droit Pénal*, 2020, 7-8; D. REBUT, *La responsabilité pénale des décideurs à l'issue du vote du Parlement*, in *Le club des juristes*, 20 maggio 2020; G. BEAUSSONIE, *La tentation de l'irresponsabilité pénale des décideurs publics*, in *Gazette Spécialisée*, 2020, n° 29, 79; T. DAL FARRA, *La responsabilité de l'État et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de covid-19*, in *AJDA*, 2020, 1463 ss.

⁸⁰ Art. 3136.2, del *Code de la Santé Publique*: «L'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur».

Sebbene la norma menzioni espressamente solo tali categorie soggettive, la dizione utilizzata dal legislatore («*notamment en tant qu'autorité locale ou employeur*») sembrerebbe suggerire il carattere meramente esemplificativo della specificazione, obliterando così i dubbi di una ingiustificata disparità soggettiva: essa varrebbe per ogni soggetto cui sia contestato un reato colposo⁸¹.

Analogamente allo scudo italiano, anche il legislatore francese ha optato per il ricorso ad una norma che individua alcuni indici di cui il giudice deve tenere conto nella valutazione della colpa: tuttavia, mentre quelli elencati all'art. 3-*bis* erano tutti fattori correlati specificamente al contesto della pandemia da Covid-19, la scelta francese si è orientata verso una definizione più ampia, funzionale a rilevare, in un contesto più generico di emergenza dichiarata, «competenze, poteri, risorse, natura dei compiti e funzioni» dell'agente. Di qui anche le critiche mosse alla norma dagli interpreti che hanno ravvisato nell'art. 3136.2 una norma ben poco innovativa, da interpretare in sostanza «come un invito rivolto alla magistratura a tenere in particolare considerazione l'eccezionalità del contesto emergenziale, con l'unico effetto pratico di costringere i giudici a dare conto nella motivazione dei parametri elencati»⁸².

Del resto, è già l'art. 121.3 del *code pénal* a precisare che la valutazione della colpa si misura a partire dallo standard di “diligenza normale”, «tenuto conto della natura dei doveri o delle funzioni, delle competenze così come del potere e dei mezzi a disposizione»⁸³. La precisazione, inserita nel testo dell'art. 121.3 con la Loi 96-393 al fine di arginare la tendenza giurisprudenziale ad una valutazione della colpa solo in astratto⁸⁴, richiama a ben vedere i

⁸¹ P. CONTE, *op. cit.*, 1 s. Così anche Conseil Constitutionnel, secondo cui le disposizioni in parola «s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire» (Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, § 13)

⁸² A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 240; nella dottrina francese, si veda D. REBUT, *op. cit.*; G. BEAUSSONIE, *op. cit.*, 79; T. DAL FARRA, *op. cit.*, 1463 ss.; H. TOKLU, *op. cit.*, 223. Di una disposizione «politica, priva di rilevanza giuridica» parla ancora P. CONTE, *op. cit.*, 2.

⁸³ Art. 121-3, comma 3 (nella versione successiva al 2000): «*Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*». Nella sua versione originaria, introdotta dalla Loi 96-393, la norma recitava «*Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements sauf si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait*»: la formulazione, che pareva addossare all'imputato l'onere di provare di aver agito con la diligenza normale, è stata modificata con la Loi 2000-647: sul punto si veda A. SÉRIAUX, *L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, 2, 231 s.

⁸⁴ P.F. POLI, *La colpa grave*, Milano, 2021, 308 ss.

medesimi indici oggi inseriti all'art. 3136.2 quale presupposto per la valutazione della gravità della colpa in condizioni critiche. La normativa emergenziale si limita allora a specificare, in maniera apparentemente superflua, quali sono i fattori da considerare nella valutazione della colpa in contesto di emergenza: fattori che, tuttavia, valgono più in generale nella valutazione della diligenza richiesta ai fini dell'imputazione in concreto della responsabilità colposa, anche al di fuori delle condizioni di emergenza conclamata richieste ai sensi dell'art. 3136.2⁸⁵.

Occorre segnalare, infine, altre due differenze degne di nota: da una parte, il fatto che la disposizione francese "interagisca" con la norma di parte generale che regola la colpa la rende applicabile ad ogni ipotesi colposa suscettibile di essere integrata in contesti di urgenza sanitaria conclamata oltre che, come già evidenziato, ad ogni categoria soggettiva di agenti; dall'altra che la norma francese, lungi dall'avere una vigenza temporanea, sembrerebbe entrata stabilmente a far parte dell'arsenale di diritto positivo, suscettibile di riattivarsi ogniqualvolta, in futuro, un'emergenza sanitaria dovesse essere dichiarata⁸⁶. A differenza dell'Italia, che si è servita di una norma corredata da un ben preciso limite temporale di vigenza e da un ambito oggettivo e soggettivo circoscritto, la scelta del legislatore francese evidenzia dunque la preferenza per una disposizione di carattere stabile e più esteso, per quanto destinata a trovare applicazione solo nell'eventualità di future crisi sanitarie che inducano a dichiarare lo stato di emergenza.

2.5. Sintesi: inutilità (o dannosità) della normativa eccezionale?

Alla luce dell'analisi delle strategie di gestione del rischio penale implementate – a livello domestico e non solo – per far fronte a situazioni di emergenza conclamata, sembra doveroso operare un primo bilancio relativo alle norme-scudo, tentando di evidenziare il rapporto che lega simili previsioni alla discussione sull'inesigibilità della condotta doverosa in ipotesi di violazioni colpose.

Si è ribadito a più riprese, richiamando autorevoli voci dottrinali in merito, come nessuna delle norme-scudo approvate, in Italia e altrove, si sia salvata da un giudizio di tendenziale superfluità: di fronte alla situazione «strutturalmente emergenziale»⁸⁷ che si sono trovati ad affrontare medici, infermieri, direttori sanitari e tutti gli altri soggetti,

⁸⁵ P. CONTE, *op. cit.*, 1. Lo ha rilevato, del resto, lo stesso Conseil Constitutionnel, stabilendo che le disposizioni di cui al *Code de la Santé Publique* «ne diffèrent [...] pas de celles de droit commun» (Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, § 13).

⁸⁶ A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 239.

⁸⁷ R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave*, cit., 8.

eventualmente anche non ricompresi nel cono d'ombra degli scudi, a molti è parso che avrebbero dovuto essere le normali regole di operatività della colpa ad escludere eventuali responsabilità individuali⁸⁸.

Ancor prima che sul fronte della colpevolezza, in effetti, il periodo pandemico potrebbe essere assimilato ad altri contesti critici in cui trova operatività la logica della medicina d'urgenza, capace di rideterminare il perimetro delle regole cautelari imponendo una condotta differente da quella che, in condizioni normali, sarebbe possibile – e doveroso – richiedere al sanitario. Si pensi al medico che, per gestire l'eccessiva affluenza in ospedale durante le fasi di picco, abbia scelto di non intervenire sul singolo malato con il trattamento più efficace, ma lento o dispendioso di risorse preziose, prescegliendo una strada terapeutica di minore efficacia ma capace di garantire la contemporanea assistenza a più soggetti, minimizzando così il rischio di un'elevata mortalità.

Prima ancora che sul grado della colpa, perciò, le peculiari condizioni di contesto dovrebbero portare l'interprete ad interrogarsi sull'eventuale operatività di regole cautelari diverse ed in parte derogatorie rispetto alla diligenza ordinaria, tipiche della medicina d'urgenza⁸⁹; in tali ipotesi, in cui è il contesto ad imporre condotte differenti rispetto a quelle normalmente richieste, a mancare sarebbe *tout court* il profilo della violazione cautelare.

Alle deviazioni che il momento peculiare ha imposto, già a livello di costruzione e individuazione della cautela doverosa, si dovrebbe poi affiancare il ruolo specifico che l'inesigibilità è chiamata a giocare sul fronte della colpevolezza: in un contesto fattuale caratterizzato dall'emergenza, resteranno infatti numerosi i casi in cui il soggetto sbaglia o fallisce nella propria attività a causa dell'anomalia di contesto in atto – *rectius*, degli effetti che la situazione di eccessivo carico di lavoro e stress possa aver giocato sulla sua lucidità, sul livello di attenzione e precisione –, con evidenti ripercussioni non più a livello tipico ma sul versante della rimproverabilità individuale. L'emergenza non renderà mai oggettivamente neutro l'errore medico dovuto, ad esempio, ad un momento di stanchezza a fine turno, ma la

⁸⁸ Sul punto, L. CARRARO, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Milano, 2022, 270 s. rileva come «l'innalzamento della soglia di punibilità penale alla colpa grave pare basarsi, in realtà, sulla constatazione per la quale, nel contesto emergenziale, non è possibile *esigere* dal sanitario un determinato standard di rispetto cautelare. Ne consegue che, ove quel livello di “diligenza cautelare” non possa essere richiesto al medico, in quanto non esigibile, evidentemente quel medico non sarà rimproverabile e quella colpa (pur esistente sotto il profilo oggettivo [...]), non sarà, a rigore, definibile come declinazione di un contegno colpevole».

⁸⁹ Già F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 122 rilevava che «la situazione di emergenza in cui il soggetto agente può essere chiamato ad agire, per l'intervento di una forza esterna [...] non esclude di per sé l'eventuale responsabilità colposa; fermo restano, però, che essa dovrà tenere conto del possibile abbassamento dello standard di diligenza richiedibile».

logica dell'inesigibilità potrà certamente condurre a ritenere la condotta del sanitario incolpevole.

Nel peculiare contesto pandemico, oltretutto, alcune scelte avventate possono essere state dettate dalla necessità di sormontare una situazione che vedeva contrapporsi, da una parte, la necessità di prestare assistenza a quante più persone possibili e, dall'altra, il rispetto delle cautele imposte dalla tutela dei pazienti e dello stesso personale medico: si pensi al non adeguato isolamento dei pazienti positivi al Covid o del personale sanitario stesso, al consapevole utilizzo di medicinali sottoposti a sperimentazione *off label*, dei cui possibili effetti collaterali il personale sanitario era ben consapevole⁹⁰, o, ancora, alle responsabilità del *management* per eventuali decisioni organizzative imprudenti assunte per garantire la prosecuzione del servizio e la sua fruizione a più utenti possibili. In questi casi, sembra invero che il tema dell'inesigibilità si faccia ancor più pressante, richiamando in modo evidente la logica del conflitto motivazionale, del dilemma che può condurre a operare scelte pregiudizievoli mossi dalla volontà di salvaguardare altri interessi meritevoli di tutela.

Anche a fronte di condotte suscettibili persino di integrare ipotesi di colpa con previsione – e dunque forme aggravate di colpa *ex art. 61, n. 3, c.p.* – il periodo pandemico porterebbe a ritenere che, in ipotesi in cui l'azione del soggetto sia consapevolmente pericolosa, ma appaia altresì orientata alla salvaguardia di un interesse rilevante, la colpa possa essere in molti casi esclusa.

Posto il ruolo che l'emergenza avrebbe potuto giocare, tanto nella rimodulazione delle cautele doverose su uno *standard* emergenziale, quanto nell'esclusione della rimproverabilità soggettiva del singolo agente, si comprende agevolmente l'obiezione rivolta alla prospettiva delle norme scudo: ove correttamente applicato, sarebbe bastato lo statuto ordinario della colpa a proteggere dal rischio di rappresaglie ingiustificate gli operatori sanitari e gli altri soggetti coinvolti.

A fronte di istituti e principi generali idonei a schermare i soggetti in questione da accuse infondate, si può allora avanzare il dubbio che l'intervento messo in campo dal legislatore italiano tenti di rimediare, più che ad una carenza strutturale dell'ordinamento, all'esistenza di una prassi giurisprudenziale restia a riconoscere e valorizzare gli strumenti a disposizione. Così, in particolare, per la misura soggettiva della colpa e l'inesigibilità: categorie capaci «– in linea teorica – di fornire un adeguato strumento di valutazione delle

⁹⁰ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

emergenze ‘contestuali’ e personali, legate alle difficoltà contingenti in cui si è chiamati a svolgere la propria attività»⁹¹, ma ancora poco valorizzate dalla giurisprudenza.

Dinnanzi al ruolo che la colpevolezza colposa avrebbe potuto – e dovuto – giocare, anche il *quomodo* dell’esonazione, legato all’esclusione della rilevanza delle condotte solo lievemente colpose, sembra evidenziare alcune criticità. Ferma l’assoluta rilevanza dei fattori citati nel peculiare contesto pandemico e la comprensibile volontà di superare la rigidità giurisprudenziale mostrata negli anni passati, il rischio che si intravede è che la limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave abbia l’effetto indesiderato di obliterare la domanda a monte circa la sussistenza di una colpa, portando con più semplicità a confrontarsi con la retorica del grado della violazione.

La colpa lieve, esclusa dall’ambito di rilevanza penale per mano legislativa, rimane pur sempre una colpa integrata nei suoi presupposti oggettivi e soggettivi⁹²: la dinamica delle norme scudo rischia allora di evidenziare un *net widening effect*⁹³, portando a considerare fatti non colposi *tout court* come fatti colposi non gravi.

Il rischio di sfasamento, d’altronde, appare ancora più preoccupante proprio perché inserito nel contesto di una normativa eccezionale. Tale scelta solleva invero evidenti criticità in rapporto con il canone di uguaglianza, con il rischio che simili scudi vengano percepiti, anche dalla collettività, come una sorta di odioso privilegio, una forma di impunità resa necessaria dal proliferare di condotte che, secondo i criteri ordinari di imputazione oggettiva e soggettiva del fatto, darebbero luogo a responsabilità penale: non solo, quindi, norme superflue ma anche, forse, messaggi indesiderabili e dannosi.

Il principale pericolo che si intravede nel consegnare a una norma eccezionale il rilievo di fattori anomali capaci di escludere la colpa – in questo caso la colpa grave – è che si giustifichi, in qualche misura, l’idea secondo cui la rilevanza di simili condizioni non dovrebbe valere in circostanze “normali”⁹⁴. Si apre così una breccia pericolosa nella

⁹¹ C. CUPELLI, *La colpa datoriale per l’infezione da Covid-19*, cit., 3496.

⁹² F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 118, dove si legge che «il grado della colpa [...] incide su un momento – quello della commisurazione – che presuppone già risolti affermativamente i giudizi di tipicità e colpevolezza. Cosicché, tener conto dell’esigibilità del comportamento dell’agente unicamente in sede di commisurazione della pena significa ammettere che [...] sussista una responsabilità penale».

⁹³ M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica*, cit., 1187. Si vedano anche le considerazioni O. DI GIOVINE, *Colpa penale, “legge Balduzzi” e “disegno di legge Gelli-Bianco: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 389 secondo cui «la limitazione della responsabilità ai casi di colpa grave perde senso e ragion d’essere una volta che si convenga sul fatto che la colpa va valutata, oltre che alla stregua dello specialista di riferimento, ‘sempre in concreto’».

⁹⁴ P. PIRAS, *Le fattispecie di non punibilità della legge n. 76 del 2021*, cit., 667, secondo cui l’art. 3-bis sarebbe norma «inducendo il dubbio che per i fatti commessi prima e dopo l’emergenza epidemica non vi sia limitazione di responsabilità alla colpa grave, se il fatto trova causa in altra situazione emergenziale».

costruzione, a tratti già incerta, dello statuto della colpa penale come colpa autenticamente personale e colpevole: una sensazione che non pare smentita, ma semmai acuita, dalla recente approvazione del decreto milleproroghe e dallo scudo ivi previsto per la colpa del personale sanitario.

2.6. Il nuovo scudo “milleproroghe”: gravi carenze di personale ed esclusione della responsabilità del sanitario per colpa lieve

La parabola degli scudi sanitari, a ben considerare, non si è arrestata con la fine dello stato di emergenza: sulla scia della politica criminale inaugurata durante la pandemia, il legislatore è recentemente intervenuto a disciplinare un nuovo scudo, dedicato, questa volta, a fronteggiare l'emergenza «perenne»⁹⁵ delle carenze organizzative delle strutture sanitarie. L'applicabilità della limitazione di punibilità stabilita dal d.l. 44/2021 è stata estesa fino al 31 dicembre 2024, per i fatti commessi nell'esercizio di una professione sanitaria «in situazioni di grave carenza di personale», tenendo conto in particolare «delle condizioni di lavoro dell'esercente la professione sanitaria, dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, del contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi nonché del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato».

Con tale previsione, come evidente, il *focus* è stato spostato sul versante dei *deficit* organizzativi e sulle carenze finanziarie che possono aver giocato un ruolo nella genesi o nello sviluppo dell'evento avverso⁹⁶. Pur nella bontà dei propositi che lo hanno ispirato, in relazione a quest'ultimo intervento appare ancora più incongruo che la gestione della crisi sia stata affidata ad uno strumento temporaneo, costruito sullo schema dell'eccezionalità; se, con riguardo al periodo Covid, ciò poteva apparire comprensibile alla luce della necessità di affrontare una situazione emergenziale improvvisa e senza precedenti, in relazione allo scudo-milleproroghe le possibili controindicazioni della norma si fanno ancor più evidenti.

⁹⁵ L'espressione, che richiama S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995, è ripresa da E. PENCO, *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie*, cit., 2.

⁹⁶ P. PIRAS, *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, cit. Si veda anche G. IADECOLA, *Lo stato dell'arte nella colpa medica, tra leggi temporanee ed aperture giurisprudenziali*, in *Sist. Pen.*, 16 aprile 2024. Per una riflessione più articolata sui rapporti tra condotte individuali e spazio relazionale, di contesto, in cui le stesse operano, E. GRECO, *Spazio sociale, non-luoghi, eterotopie nella «modernità radicale»*, cit., 29 ss. Del resto, come rilevato da D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 8, i «vincoli di dotazione e di spesa [...] inducono non di rado il singolo medico a operare in condizioni non ottimali se non addirittura infide»

A fronte di difficoltà organizzative che da tempo connotano il sistema sanitario⁹⁷ e che, verosimilmente, continueranno a costituire un fattore determinante in relazione a molti degli eventi lesivi che si realizzano in questo settore di attività, il ricorso a strumenti normativi a vocazione emergenziale appare incongruo e pericoloso: la natura eccezionale e contingente dell'intervento con cui si è messo l'accento su tali fattori rischia, infatti, di sottendere l'irrelevanza di simili evenienze di contesto sul piano più generale della responsabilità colposa ordinaria.

Certo, l'opzione a favore di un modulo temporaneo di disciplina dipendeva in una qualche misura dall'attesa di un intervento di riforma sistemico, di cui è stata incaricata la Commissione d'Ippolito⁹⁸; nelle more dell'auspicato «intervento massimo, di carattere più generale e ambizioso»⁹⁹, resta tuttavia l'incongruenza insita nel ricorso a strumenti di diritto temporaneo e straordinario per fronteggiare difficoltà aventi, invece, carattere più che stabile¹⁰⁰.

In un mondo caratterizzato dalla ricorrenza di crisi che assumono portata strutturale, tale da indurre a parlare di vera “*permacrisis*”¹⁰¹, si fa più forte la necessità di moduli di gestione ordinaria delle emergenze: forse che, tra gli strumenti da valorizzare, possa rinvenirsi anche l'inesigibilità?

⁹⁷ Sul tema, la dottrina discute e si interroga da molto: si vedano, tra gli altri, P. PISA – G. LONGO, *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze, 2010, 21 ss.; ID., *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. Leg.*, 2018, 793 ss.; D. BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, Torino, 2021.

⁹⁸ Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica; lo rilevano, in particolare, C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 17; E. PENCO, *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie*, cit., 15 s.

⁹⁹ C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 17.

¹⁰⁰ Si esprimeva a favore di «riformulazione che metta al riparo i medici dal braccio secolare della magistratura senza la creazione di “scudi” dettati unicamente dall'emergenza» già L. RISICATO, *La metamorfosi della colpa medica*, cit., 2. Critico a proposito degli scudi anche A. PERIN, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, 374 s., dove si legge che «l'adozione di regimi eccezionali sottende l'idea che sia consentito manipolare le categorie generali in funzione di determinate situazioni contingenti, invece di predisporre quelle categorie per far fronte adeguatamente anche alle situazioni di emergenza», nonché ID., *Prudenza dovere di conoscenza e colpa penale. Prospettive per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 398 s., dove l'A. si diceva contrario all'idea di «manipolare le categorie generali in funzione di situazioni contingenti, invece di predisporle per far fronte correttamente anche alle situazioni di emergenza». Sul tema, si vedano anche le riflessioni di E. PENCO, *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. Pen.*, 15 febbraio 2021, in particolare 22 ss.

¹⁰¹ Definita come «an extended period of instability and insecurity, esp. one resulting from a series of catastrophic events», *permacrisis* è stata dichiarata parola dell'anno per il 2022 dal dizionario inglese Collins.

2.7. I lavori della Commissione d'Ippolito: dalla dimensione eccezionale dell'emergenza alla gestione ordinaria dell'anomalia in ambito sanitario?

Dal canto suo, anche il tanto atteso «intervento massimo»¹⁰² ha visto la luce, per ora in forma di proposta¹⁰³: la Commissione d'Ippolito, attraverso il suo progetto di elaborato, ha infatti ipotizzato un intervento di riforma che comporterebbe un considerevole mutamento dello statuto della colpa per *malpractice* medica, da realizzarsi attraverso la modifica dell'art. 590-*sexies* c.p. e l'introduzione di un nuovo art. 590-*septies* c.p.

Quanto alla riformulazione dell'art. 590-*sexies* c.p., la proposta della Commissione prende le distanze dall'impostazione precedente, tanto in termini dogmatici quanto in punto ampiezza dell'esclusione della responsabilità del sanitario: anzitutto, la sostituzione dell'*incipit* “qualora l'evento si sia verificato a causa dell'imperizia” con la diversa dizione “i fatti previsti dagli artt. 589, 590 e 593-*bis* commessi nell'esercizio dell'attività sanitaria sono esclusi”, corrisponde alla volontà dichiarata di far subentrare, agli «effetti assai riduttivi di una semplice “causa di non punibilità” in senso stretto»¹⁰⁴, una clausola che espliciti la radicale estraneità dei fatti all'universo della colpa medica, per «difetto dell'elemento 'oggettivo' del reato»¹⁰⁵.

L'esclusione di responsabilità si fa, inoltre, più consistente nella sua ampiezza concettuale. Da una parte, la limitazione ai soli casi di imperizia viene abbandonata, con conseguente apertura dell'art. 590-*sexies* c.p. anche ai casi di imprudenza e negligenza. Dall'altra, il rimando alle linee guida formalizzate *ex art.* 5 della L. 24/2017, referente centrale per valutare l'applicabilità dell'esenzione ai sensi dell'attuale art. 590-*sexies* c.p., è sostituito dalla più ampia formula degli «indirizzi di diagnosi e cura rilevanti nel caso concreto»: nella proposta, in sostanza, le *guidelines* finiscono per costituire solo una delle possibili fonti di tali indirizzi di diagnosi e cura, insieme a buone pratiche clinico-assistenziali e alle altre scelte diagnostiche e terapeutiche adeguate alle specificità del caso concreto.

Il tentativo, anche in questo caso, aspira ad un superamento dei limiti delle linee guida, ben testimoniati dal fallimento del modello 590-*sexies* c.p. nel picco più drammatico

¹⁰² C. CUPELLI, *La colpa medica e la gestione penale dell'emergenza*, cit., 17.

¹⁰³ Per un primo commento, si vedano P. PIRAS, *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sist. pen.*, 25 febbraio 2025 e L. CARRARO, *Continua la “saga” della “colpa medica”*: riflessioni a prima lettura sulla proposta della Commissione d'Ippolito, in *Arch. pen.*, 2025, 1, 1 ss.

¹⁰⁴ Relazione sull'articolato penale, 5.

¹⁰⁵ Relazione sull'articolato penale, 5.

dell'emergenza pandemica¹⁰⁶ – e dunque proprio dove la limitazione della colpa del sanitario sarebbe servita di più: a tali parametri di difficile ricostruzione, soggetti a procedimenti di elaborazione ed aggiornamento lunghi e costosi, viene sostituita una dizione più ampia, funzionale a rispettare «la migliore scelta dell'esercente l'attività sanitaria nell'interesse dell'assistito, in ossequio sempre alle specificità del caso concreto e alle continue evoluzioni migliorative della scienza ed esperienza»¹⁰⁷. La Commissione precisa, oltretutto, che tali indirizzi sarebbero «da rapportare alla realtà dinamica della singola struttura sanitaria e del singolo intervento del protagonista»¹⁰⁸, così obliterando l'ulteriore limite delle linee-guida ufficiali, condannate ad un livello di adattabilità esiguo, che non si confronta a sufficienza con il caso concreto.

Delineato in questi termini l'ambito di irrilevanza oggettiva del fatto, per assenza di una colpa sul versante materiale della violazione cautelare, è il successivo art. 590-*septies* c.p. a stabilire «i limiti della responsabilità del sanitario dal punto di vista 'soggettivo-psicologico' della 'colpa'»¹⁰⁹. La Commissione si è orientata, dunque, nel senso di una «distinzione già testuale [...] [de]i due profili – l'oggettivo e il soggettivo – della clausola di esonero della responsabilità penale del sanitario»¹¹⁰. Ove l'osservanza di tali indirizzi manchi o risulti inadeguata – e dunque appaia integrato il profilo oggettivo della violazione – la norma precisa che il sanitario risponde «nelle fattispecie di mancato ricorso a comuni cautele, di errata scelta nell'indirizzo di diagnosi e cura o di errata esecuzione dell'attività, di adozione di indirizzi di diagnosi e cura più rischiosi non giustificati da prospettive favorevoli per l'assistito, di violazione delle misure organizzative della sicurezza delle cure, con l'effetto di cagionare l'evento evitabile e prevedibile del reato»¹¹¹.

Il secondo comma ribadisce, poi, il principio secondo cui «se l'attività è di speciale difficoltà, l'esercente ne risponde solo per colpa grave». Nel tentativo di superare le criticità emerse nel passato nell'individuazione dei confini del grado della colpa¹¹², però, il nuovo art. 590-*septies*, comma 3, c.p. si sforza di enucleare con precisione alcuni indici, tra cui figurano i contesti di rischio causato dalla scarsità delle risorse umane o materiali, dalla mancanza o

¹⁰⁶ Tra i molti, lo rilevano R. BARTOLI, *Considerazioni sulla colpa grave*, cit., 3 s.; A. DELLA BELLA, *Il legislatore penale di fronte all'emergenza*, cit., 231 s.; C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

¹⁰⁷ Relazione sull'articolato penale, 6.

¹⁰⁸ Relazione sull'articolato penale, 6.

¹⁰⁹ Relazione sull'articolato penale, 7.

¹¹⁰ Relazione sull'articolato penale, 4.

¹¹¹ Così testualmente la proposta relativa al nuovo art. 590-*septies* c.p. (Responsabilità solo per colpa grave).

¹¹² La stessa sentenza Cantore aveva definito la distinzione tra colpa lieve e grave «il tema più nuovo ed oscuro introdotto dalla nuova disciplina»: Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2013, n. 16237.

limitatezza delle conoscenze scientifiche o di terapie adeguate, dalla severità e complessità della malattia nonché dalla presenza di situazioni di rilevante urgenza/emergenza.

Nell'attesa di conoscere se le proposte vedranno la luce e una nuova riforma della colpa medica sarà infine approvata, in questa sede non si può non evidenziare come dalla proposta emerga forte l'interrelazione con la tematica dell'inesigibilità, da intendersi quale limite alla rimproverabilità colposa. Sin dalle primissime battute della relazione all'articolato, in effetti, la dimensione dell'esigibilità appare richiamata esplicitamente; illustrando i criteri direttivi dell'intervento, la Commissione afferma invero di essersi mossa nella direzione della ricerca di un giusto equilibrio tra tutela dell'assistito e garanzie a favore dell'esercente l'attività sanitaria, «senza ignorare le particolari condizioni in cui i sanitari si trovino ad operare, *definendo l'area dei comportamenti da loro effettivamente esigibili*»¹¹³, e di fatto riprendendo gli spunti dottrinali e giurisprudenziali che, nell'elaborazione di indici di contesto, avevano già ampiamente valorizzato il binomio inesigibilità-colpa grave¹¹⁴.

Degne di nota appaiono, in particolare, due scelte di carattere generale che sembrano connotare la proposta: *in primis*, il proposito dichiarato di abbandonare la normazione sintetica, in luogo di una definizione, quanto più chiara e precisa possibile, dei presupposti oggettivi e soggettivi della colpa medica quanto dei criteri di valutazione del grado della colpa, funzionale ad orientare al meglio i consociati nella definizione da sempre problematica dell'area di rilevanza penale dell'errore medico¹¹⁵. Particolarmente apprezzabile risulta poi la volontà, anch'essa esplicitata nella Relazione, di rifarsi ai contenuti dello scudo-Covid – e, benché non menzionato dalla Commissione, evidentemente anche dal decreto-milleproroghe – superando però l'«ottica semplicemente emergenziale»¹¹⁶ che aveva connotato il diritto penale pandemico e quello immediatamente successivo, nel tentativo inaccorto di gestione dell'emergenza perenne della sanità per il tramite di moduli transitori ed eccezionali. In questo senso il rimando all'inesigibilità finirebbe per abbandonare la dimensione “emergenziale” a cui era stato correlato dalla normazione del periodo pandemico e post-pandemico, per abbracciare una visione di più ampio respiro.

Riferendosi alla sola colpa medica, nondimeno, il rilievo attribuito alle circostanze anomale del fatto e all'urgenza che può aver inciso sulla genesi o sullo sviluppo dell'evento infausto rimane sostanzialmente relegato ad una prospettiva “di settore”. A porsi è dunque un interrogativo di fondo, relativo al ruolo che alle medesime anomalie di contesto dovrebbe

¹¹³ Relazione sull'articolato penale, 3 (corsivo aggiunto).

¹¹⁴ V. *supra*, Cap. 3, § 2.3.

¹¹⁵ Di una vera e propria «*bussola normativa*» parla la stessa Relazione della Commissione, a pagina 7.

¹¹⁶ Relazione sull'articolato penale, 9.

riconoscersi al di fuori dell'ambito medico; una sensazione che appare esacerbata dal rilievo per cui tali fattori sembrerebbero incidere sulla gravità della colpa – *rectius* dell'errore che ne costituisce la “soglia” minima¹¹⁷ – finendo per alimentare il dubbio relativo al destino degli altri settori in cui la scelta di contrarre la risposta penale in virtù del grado particolarmente significativo della colpa non è stata – quantomeno non ancora – operata¹¹⁸.

3. Crisi economica ed inesigibilità: la nuova sensibilità al tema imposta dalla pandemia

Se il versante della responsabilità colposa ha attirato l'attenzione e la preoccupazione degli operatori del diritto e dei principali gestori del rischio sanitario sin dalle prime ore dell'emergenza, offrendo l'occasione per l'elaborazione di una vera e propria riforma di sistema che tenti di impostare in chiave non-emergenziale l'approccio alle anomalie di contesto, vi è un secondo frangente di riflessione che si è profilato nell'orizzonte problematico dei “postumi” da pandemia.

Alle considerazioni relative alla limitazione della responsabilità colposa di operatori sanitari o di altre categorie specifiche di gestori del rischio si è accompagnata, su un piano di riflessione parallelo, la preoccupazione relativa all'impatto che la crisi sanitaria avrebbe prodotto sull'economia e sul mondo dell'imprenditoria, in particolare in relazione alle possibili conseguenze giuridiche degli inadempimenti legati all'irrompere dello *shortage* di liquidità associato all'interruzione forzata di molte delle attività produttive.

Che il tema delle crisi economiche finisca per rievocare ed attualizzare il dibattito sull'inesigibilità non deve stupire: basti pensare che, nel diritto civile, le riflessioni sul tema sono fiorite proprio all'indomani delle più significative crisi economiche, quale quella che, con la fine della Prima guerra mondiale e l'impennata dell'inflazione, aveva portato dottrina e giurisprudenza, in Germania, a dedicare attenzioni e sforzi nella individuazione di rimedi allo squilibrio di prestazioni contrattuali¹¹⁹.

¹¹⁷ La Relazione si premura di precisare, a tal proposito, che «la formula della colpa grave [...] non definisce [...] un semplice ‘grado’ della colpa, ma la ‘soglia di rilevanza’ dell'errore che, solo se valicata, può costituire in colpa l'esercente l'attività sanitaria. La ‘colpa’ risulta perciò integrata solo in caso di gravità dell'errore medesimo»: Relazione sull'articolato penale, 8.

¹¹⁸ Il problema della dimensione “quantitativa” dell'esigibilità verrà ripreso e approfondito *infra*, Cap. 5, § 2.6.

¹¹⁹ Lo rileva O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, 9 ss., citando l'opera di H.C. NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921, e la sentenza del *Reichsgericht*, 21 settembre 1920, in *Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 100 (1920), 129 ss. Si veda anche, nella dottrina penalistica, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 83.

Anche sul fronte penalistico della riflessione, l'approfondimento dell'esenzione dalla responsabilità in ipotesi di crisi di liquidità si è accompagnato, ciclicamente, ad ogni periodo di forte flessione dell'economia¹²⁰. La mente corre ai casi di inadempienze tributarie: il tema, affrontato anche in precedenza¹²¹, è quello della responsabilità per omesso versamento, ai sensi degli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. 74/2000 di colui che si trovi in una condizione di impotenza finanziaria.

Già in passato, la profonda situazione di crisi economica che aveva colpito il Paese dopo il 2008 ha imposto ai giudici di confrontarsi apertamente con la prospettiva di una limitazione della responsabilità penale dell'imprenditore inadempiente¹²². In questo senso, come ricordato¹²³, proprio il concetto di inesigibilità era stato valorizzato da alcune pronunce di merito, nei casi in cui, pur non essendo ravvisabile una totale ed assoluta impossibilità – da inquadrarsi alla stregua di forza maggiore – nondimeno il debitore si fosse trovato a operare delle scelte sulla base di disponibilità finanziarie ridotte, decidendo di destinarle al pagamento di lavoratori e creditori, o più in generale per garantire la sopravvivenza della propria impresa. A tale concezione, però, si era strenuamente opposta la giurisprudenza della Cassazione, disposta a valorizzare lo stato di indigenza solo laddove questo, imprevedibile e non rimproverabile all'imprenditore, avesse impedito qualsiasi pagamento, tanto allo Stato quanto ad altri creditori.

Con l'avvento della crisi economica da *rebound* pandemico, si è presentata l'occasione per un ripensamento almeno parziale della rigidità originaria: dapprima, come prevedibile, la prospettiva di un'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie penali è stata sostenuta dalla giurisprudenza di merito e da una parte della dottrina. In un secondo momento, e con un intervento inedito per il passato, tale prospettiva è stata accolta anche in via normativa: seppure in maniera parziale, invero, anche il legislatore sembrerebbe essersi

¹²⁰ Lo rileva S. BOLIS, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2021, 1, 40: «ogni qual volta la crisi economica morde, il dibattito tra dottrina e giurisprudenza sul rapporto tra crisi d'impresa e reati fiscali ritorna d'attualità».

¹²¹ V. *supra*, Cap. 3, § 4.2.

¹²² A. INGRASSIA – L. TROYER, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: 'tout comprende c'est tout pardonner'?*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2013, 4, 962 ss.; G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di Iva*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013; F. ROMOLI, *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *Arch. Pen.*, 2013, 1; G. FLORA, *Crisi di 'liquidità' e omesso versamento di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. Trib.*, 2014, 906 ss.; L. CUOMO – P. MOLINO, *Omesso versamento di imposte e crisi di impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, 2, 412 ss.

¹²³ V. *supra* Cap. 3, § 4.2.

oggi fatto carico del dilemma dell'imprenditore in crisi, il quale ometta il versamento per ragioni che esulano dalla sua volontà.

3.1. Inesigibilità sopravvenuta e forza maggiore “vincibile” tra giurisprudenza e dottrina

Il periodo pandemico e le restrizioni imposte allo svolgimento di attività commerciali ed economiche hanno trovato un immediato riscontro, anzitutto, nella giurisprudenza di merito più recente. Non si tratta di un dato che deve sorprendere, stante la maggiore sensibilità che da sempre, nella materia in esame, è stata dimostrata dai giudici del fatto, tradizionalmente inclini a comprendere le ragioni dell'omissione laddove queste derivino da scelte obbligate o sofferte legate ad un periodo di indigenza finanziaria.

Tra le altre, merita di essere segnalata una pronuncia del giugno 2021 del Tribunale di Milano dove il periodo pandemico è stato valorizzato, in uno con altri fattori eccezionali ed imprevedibili che avevano avuto un impatto negativo sull'attività dell'imputato, al fine di escluderne la responsabilità, insistendo proprio sull'inesigibilità della condotta¹²⁴. Come rilevato dai primi commentatori della decisione, «ciò che la sentenza veicola non è l'idea che l'emergenza della crisi sanitaria e il conseguente *lockdown* delle attività imprenditoriali possano annichilire la mano della sanzione penale nell'area dei reati economici, creando una sorta di nuova “scusante d'emergenza”»¹²⁵; all'opposto, nelle motivazioni del giudice, il *lockdown* da Covid-19 viene posto sullo stesso piano del crollo del mercato russo o su quello della concorrenza dei mercati sud-orientali nel settore merceologico in cui operava l'imputato. Se si asseconducesse tale impostazione, perciò, la recente esperienza potrebbe avere un effetto di rilancio della tesi dell'inesigibilità per l'esclusione del rimprovero anche al di fuori dello specifico scenario pandemico, portando ad un ripensamento complessivo della categoria in rapporto con l'incriminazione per omesso versamento.

Naturalmente, non vi è certezza che simili considerazioni faranno breccia anche nella giurisprudenza più rigorosa della Cassazione. Nondimeno, come già ricordato¹²⁶, in alcune delle pronunce del giudice di legittimità è già possibile intravedere i primissimi segni di un mutamento parziale di rotta: a dispetto dell'esito delle vicende in discussione, nelle motivazioni di alcune decisioni recenti viene apertamente valorizzato «il riconoscimento di

¹²⁴ Tribunale di Milano, sez. II, 4 giugno 2021, n. 6254, con nota di G. DE LISI, *L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità “sopravvenuta”?*, in *Giur. Pen. Web*, 2022, 1.

¹²⁵ G. DE LISI, *op. cit.*, 11.

¹²⁶ V. *supra*, Cap. 3, § 4.2.

un più ampio contenuto alla categoria del dolo, anche nell'ottica della inesigibilità¹²⁷, aprendo alla possibilità di valutare «la sussistenza dei presupposti per ritenere inesigibile o, comunque, non punibile per mancanza dell'elemento soggettivo la condotta tenuta dall'imputato»¹²⁸.

Si tratta, del resto, di una posizione appoggiata dalla dottrina, che sostiene la soluzione della non punibilità anche valorizzando la prospettiva sovranazionale¹²⁹. La tesi insiste, in particolare, sulla necessità di una interpretazione estensiva dell'art. 45 c.p., operata in modo da farvi rientrare, accanto a vere situazioni di impossibilità assoluta ed oggettiva dell'adempimento, anche ipotesi di inesigibilità soggettiva¹³⁰.

Tale percorso argomentativo poggia sull'interpretazione della forza maggiore offerta dalla Corte di Giustizia dell'UE¹³¹, che trova un limite nella necessità, per l'obbligato, di sottostare ad un eccessivo sacrificio: dinnanzi alla ricorrenza di circostanze anomale, il soggetto sarebbe dunque tenuto a premunirsi dei mezzi necessari per farvi fronte e resistervi, ma pur sempre nei limiti dei c.d. «*unreasonable sacrifices*»¹³². Ad aprire alla prospettiva dell'inesigibilità nel settore dei reati tributari sarebbe, dunque, la possibilità di una «*armonizzazione penale in negativo*»¹³³, quantomeno nell'ambito dei reati fiscali relativi all'IVA, che manifestano una specifica attinenza alle competenze UE.

¹²⁷ Cass. pen., Sez. III, 2 agosto 2023, n. 33977.

¹²⁸ Cass. pen., Sez. III, 2 agosto 2023, n. 33970, dove la condanna viene confermata perché l'imputato non avrebbe spiegato «se ed in che misura egli si trovasse in difficoltà economiche, né quali fossero le cause di tale eventuali difficoltà e le ragioni per cui, asseritamente, la società abbia potuto preferire il pagamento dei debiti verso i dipendenti piuttosto che dei debiti verso l'erario». Restano, naturalmente, le prese di posizione più rigorose, come quella di Cass. Pen., Sez. III, 16 giugno 2023, n. 33430, dove si ribadisce che l'impossibilità di adempiere deve essere, oltre che incolpevole, anche «assoluta».

¹²⁹ Sul tema, *funditus*, S. BOLIS, *op. cit.*, 43 ss.; si veda anche A. GALANTI, *Crisi di liquidità e inesigibilità alla luce di Sez. U., n. 10381 del 26/11/2020 (Fialova), della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e del disegno di legge delega di riforma del sistema fiscale*, in *Sist. Pen.*, 5 giugno 2023, 67 ss. In dottrina, si rinvia inoltre a A. DELL'OSSO, *Spunti su inesigibilità e reati economici in un contesto fuori dall'ordinario*, in G. FORTI (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi. Tra letteratura e diritto*, 2020, 138 ss.

¹³⁰ A. DELLA BELLA, *Le esigenze di contenimento della responsabilità*, cit., 318.

¹³¹ CGUE, 15 dicembre 1994, causa C-195/91, *Bayer/Commissione*; CGUE, 17 ottobre 2002, causa 0208/01, *Parras Medina*, dove si afferma che «la nozione di forza maggiore non si limita all'impossibilità assoluta, ma deve essere intesa nel senso di circostanze anormali e imprevedibili, indipendenti dall'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate malgrado l'adozione di tutte le precauzioni del caso», e ancora CUGUE, 18 gennaio 2005, causa C-325/03 P, *Zuazaga Meabe/UAMI*: «la nozione di forza maggiore comporta un elemento oggettivo, relativo alle circostanze anormali ed estranee all'operatore, e un elemento soggettivo, costituito dall'obbligo dell'interessato di premunirsi contro le conseguenze dell'evento anormale, adottando misure appropriate senza incorrere in sacrifici eccessivi».

¹³² Ancora in CGUE, 18 dicembre 2007, causa C-314/06, *Société Pipeline Méditerranée et Rhône (SPMR) c. Amministrazione delle dogane*, § 32; CUGUE, 18 maggio 2017, *Latvijas Dzelzcel*, C-154/16; CGUE, 4 febbraio 2016, *Clark International*, C-659/13 e C-34/14; CGUE, 18 dicembre 2007, *Pipeline*, C- 314/06.

¹³³ S. BOLIS, *op. cit.*, 44.

Tale lettura, funzionale a esaltare la continuità aziendale e il recupero dell'impresa in crisi quali obiettivi di politica economica e valori da tutelare nell'ordinamento¹³⁴, avrebbe il pregio di porsi in linea di continuità con le tendenze emerse, di recente, a livello normativo: basti pensare al nuovo codice della crisi, che mette al centro del proprio impianto l'obiettivo della sopravvivenza dell'azienda che versi in condizioni di difficoltà¹³⁵. Del resto, la soluzione proposta si lascerebbe apprezzare ulteriormente anche perché non pretende di agganciare all'inesigibilità "sovralegale" il rilievo esimente in situazioni analoghe, ma ne individua un puntuale riferimento normativo nell'art. 45 c.p., e in particolare nell'interpretazione estensiva della norma suggerita dalla giurisprudenza della CGUE: in questo senso, la strada della forza maggiore "vincibile" si sforzerebbe di individuare alcuni requisiti situazionali per l'operatività dell'esimente – segnatamente l'esistenza di un fatto oggettivo consistente in circostanze anomale e esogene e di un requisito soggettivo legato all'assenza di una rimproverabilità residuale in capo all'imprenditore, stante l'attivazione di costui al fine di porre rimedio alla situazione di difficoltà, ma pur sempre nei limiti del sacrificio ragionevole¹³⁶.

3.2. Le iniziative legislative: dolo di evasione e non punibilità

Con l'avvento della crisi economica post-pandemica, non meraviglia che la giurisprudenza di merito e una parte della dottrina si siano schierate a favore della prospettiva dell'inesigibilità sopravvenuta per escludere la rilevanza penale di condotte di omesso versamento compiute in un contesto che le rende, in concreto, non rimproverabili; analoghe considerazioni si erano imposte, del resto, già in passato e con una certa ciclicità, ad ogni flessione del mercato finanziario globale. Ben più sorprendente e apprezzabile risulta, invece, che per la prima volta del problema si sia fatto carico lo stesso legislatore, intervenendo a disciplinare una causa di non punibilità funzionale ad allentare la morsa penale

¹³⁴ Così, ad esempio, S. BOLIS, *op. cit.*, 45: «il patrimonio aziendale dovrebbe essere salvaguardato nella sua integrità: non appare opportuno che l'assolvimento dell'obbligazione tributaria lo intacchi compromettendo non solo la continuità aziendale – quale espressione della libertà di iniziativa economica meritevole di particolare tutela, specialmente in tempo di crisi – ma anche il lavoro dei dipendenti; tanto più che l'una e l'altro hanno indubbiamente pregio costituzionale».

¹³⁵ S. BOLIS, *op. cit.*, 45. Di una vera e propria «*rescue culture*» parla A. GALANTI, *op. cit.*, 54.

¹³⁶ A. GALANTI, *op. cit.*, 71 ss., dove si rileva che, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo, «non potranno che venire in considerazione le modalità con cui l'imprenditore ha tentato di fare fronte alla crisi, e quindi potranno costituire oggetto di analisi il ricorso al patrimonio personale (sotto forma, ad esempio di finanziamento dei soci, che ai sensi dell'art. 2467 cod. civ. è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, o di rinuncia a compensi), la salvaguardia del livello occupazionale, l'adizione degli strumenti di composizione della crisi previsti dalla legge fallimentare e dal CCII, l'attivazione di procedure conciliative con il fisco, e così via».

sull'imprenditore che versi già in uno stato di significativa difficoltà, economica e personale¹³⁷.

Un primo segnale rassicurante si era avvertito già con la proposta di legge n. 3024 del 16 aprile 2021¹³⁸, con cui si era ipotizzato addirittura un duplice intervento, sul fronte del dolo di fattispecie e della punibilità dell'omissione. Sul versante soggettivo, in particolare, si proponeva di sostituire il dolo generico di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.lgs. 74/2000 con il dolo specifico d'evasione, muovendosi nell'ottica di una migliore selezione delle condotte punibili¹³⁹: dinnanzi alla scelta, operata dal soggetto, di anteporre la continuità aziendale al versamento del *debitum*, il dolo specifico avrebbe potuto condurre ad escludere il reato per insussistenza del fine di evasione¹⁴⁰.

A questo primo spunto di riforma si affiancava, inoltre, una specifica causa di non punibilità destinata ad operare in presenza di una «impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile»: una previsione che, per espressa ammissione della Relazione di accompagnamento della proposta, ambiva a rappresentare uno strumento «centrato sull'inesigibilità della condotta doverosa omessa così da racchiudervi tutti i casi in cui l'imprenditore virtuoso si fosse trovato nella impossibilità di versare, per cause a lui non imputabili, e, in una logica di continuità aziendale e di salvaguardia della realtà produttiva, avesse destinato le risorse ai fattori produttivi con preferenza sul pagamento del creditore privilegiato Stato»¹⁴¹.

In seguito, con la pubblicazione della legge delega in materia fiscale (L. 9 agosto 2023, n. 111), il Parlamento ha effettivamente avviato una profonda riforma del sistema tributario italiano, con ripercussioni di rilievo anche sul fronte delle sanzioni penali¹⁴². Tra i molti profili di interesse, merita in questa sede di essere approfondito il dettato dell'art. 20, comma 1, lett. b, n. 1), ove si era previsto di «attribuire specifico rilievo all'ipotesi di

¹³⁷ Rileva con favore il rilievo che la crisi di liquidità ha assunto nella politica fiscale attuale A. GALANTI, *op. cit.*, 47.

¹³⁸ G. TOSCANO, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento: tra tormenti giurisprudenziali e prospettive (urgenti) di riforma*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2023, 2, 576 ss. Specificamente sulla prospettiva della non punibilità, R. LUCEV, *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 1.

¹³⁹ G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, 2015, 1165.

¹⁴⁰ G. TOSCANO, *op. cit.*, 579.

¹⁴¹ Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 3024 del 16 aprile 2021. Ritiene, invece, che la non punibilità per impossibilità sopravvenuta finisca per dar rilievo ai soli fatti di impossibilità oggettiva di adempiere, G. TOSCANO, *op. cit.*, 579, dove l'A. riconduce il caso dell'impossibilità soggettiva all'assenza di dolo specifico di evasione, pervenendo così al medesimo risultato della non punibilità del soggetto.

¹⁴² Sul tema, G. FLORA, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1413 ss.; P. VENEZIANI, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *Sist. Pen.*, 19 settembre 2023.

sopravvenuta impossibilità di far fronte al pagamento del tributo, non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso»: mentre la strada del dolo di evasione è stata abbandonata, la causa di non punibilità ha trovato espresso accoglimento, anche negli sviluppi successivi alla delega.

Accolta nello schema di decreto legislativo n. 144, approvato alle Camere il 14 marzo 2024¹⁴³, l'indicazione si è infatti tradotta, in sede di elaborazione del D.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, nel dettato di cui all'art. 1, comma 3-*bis*¹⁴⁴, a mente del quale «i reati di cui agli articoli 10-*bis* e 10-*ter* non sono punibili se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto». La disposizione aggiunge poi che, «ai fini di cui al primo periodo, il giudice tiene conto della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi».

Guardando in particolare agli indici elencati nel secondo periodo, alcuni Autori hanno attribuito a tale disposizione la volontà di superare la rigidità giurisprudenziale che, in tema di omesso versamento IVA, aveva in passato portato a negare rilevanza esimente al mancato incasso della stessa, ad esempio a fronte di inadempimenti di terzi o della Pubblica Amministrazione¹⁴⁵, obliterando così il rischio di una sostanziale irremovibilità dell'interpretazione giurisprudenziale in tema di impossibilità sopravvenuta e forza maggiore¹⁴⁶.

A ben vedere, però, la norma si riferisce all'omesso versamento dovuto ad un'impossibilità sopravvenuta all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'IVA, e legata alle cause tipizzate dalla norma nell'inadempimento di terzi e amministrazioni pubbliche. È

¹⁴³ R. LUCEV, *Nuove prospettive di non punibilità dei reati tributari nello schema di decreto legislativo n. 144*, in *Giur. Pen.*, 2024, 4.

¹⁴⁴ Per un commento, si veda E. PENCO, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. n. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1577 ss.

¹⁴⁵ Si vedano, ad esempio, Cass. Pen., Sez. III, 10 ottobre 2022, n. 38098; Cass. Pen., Sez. III, 19 febbraio 2020 (ud. 24 settembre 2019), n. 6506; sull'irrilevanza dell'inadempimento della p.a. ai fini della nozione di "forza maggiore" applicabile alle sanzioni amministrative tributarie si veda invece Cass., Sez. Trib., 9 maggio 2024, n. 12708. Di una esimente «ben più estesa di quella sinora dibattuta in sede giurisprudenziale» parla anche F. DI VIZIO, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sist. Pen.*, 19 aprile 2024, 42.

¹⁴⁶ P. VENEZIANI, *La legge delega*, cit., 48 rilevava ad esempio «il rischio che anche attribuendo specifico rilievo - con apposita disposizione di legge - all'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di far fronte al pagamento del tributo, non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso, non si riesca a scalfire un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, ovvero che si finisca per recepire in sede di attuazione della delega tale orientamento, senza quindi innovare rispetto alla *law in action*».

evidente, perciò, che il tributo incassato non si riferisce alle prestazioni inadempite¹⁴⁷, bensì a fonti differenti di entrata: oltre a smentire chiaramente la tesi dell'obbligo di accantonamento su cui parte della giurisprudenza in passato motivava la propria rigidità¹⁴⁸, tale previsione sembra aprire altresì un possibile spazio di rilevanza alla scelta dell'imprenditore che, a fronte delle ritenute effettuate o all'IVA incassata, abbia deciso di provvedere alle spese necessarie per garantire la continuità aziendale per poi trovarsi, al momento della scadenza del debito tributario e a causa dell'inadempimento altrui, a non poter versare le corrispondenti somme di denaro.

Altra dottrina ha addirittura rilevato che, poiché la norma non richiede espressamente che la crisi abbia carattere improvviso e imprevedibile, la disposizione nella sua versione finale risulterebbe «disancorata dai requisiti costitutivi della forza maggiore»¹⁴⁹. Non si tratta, però, di considerazioni del tutto condivisibili: da una parte perché, richiedendosi una crisi “non imputabile” all'imprenditore, sembra comunque agevole ricondurre a tale espressione solo crisi di carattere improvviso e imprevisto; dall'altra perché, nel secondo periodo, la norma espressamente prevede la «non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi», e dunque sembra implicitamente avallare le letture giurisprudenziali che, già in passato, avevano imposto al debitore la prova degli immani sforzi e sacrifici, anche personali, operati al fine di rimediare alla situazione di impotenza finanziaria¹⁵⁰.

Il rischio che si intravede, dunque, è quello che la norma finisca per essere interpretata in maniera restrittiva: ove l'interprete si limitasse a valorizzare, senza eccessiva spinta innovatrice, quei «fatti contingenti e imprevedibili non imputabili all'imprenditore che non avesse quindi potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà

¹⁴⁷ A tal proposito, si veda E. PENCO, *Il nuovo assetto della premialità*, cit., 1587, secondo cui «un'ermeneutica coerente della nuova disposizione dovrebbe portare a considerare, sì, la stessa applicabile solo nel caso di avvenuto incasso dell'IVA, salvo però ritenere al contempo che, laddove non via sia stata la ricezione dell'imposta da parte del contribuente, la fattispecie di cui all'art. 10-ter non possa dirsi sussistente (come si è visto, per assenza di dolo o per mancanza del requisito della possibilità di adempiere all'obbligo di *facere*), non essendovi pertanto alcun reato da poter considerare “non punibile”».

¹⁴⁸ Si veda Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, dove si legge che «il debito verso il fisco relativo ai versamenti IVA è collegato al compimento delle operazioni imponibili. Ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria».

¹⁴⁹ F. DI VIZIO, *op. cit.*, 44.

¹⁵⁰ G. FLORA, *Profili penali della legge delega*, cit., 1415 aveva invece ritenuto che «la formula utilizzata nella delega [...] facendo riferimento ad una “sopravvenuta impossibilità non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso”, chiaramente affranca “il soggetto stesso” dall'onere di esperire tutti i possibili tentativi, anche estremi, di reperire comunque la provvista (tra i quali, ad es., la vendita dei propri beni) ai fini di integrare gli estremi della “incolpevolezza”, non richiedendo affatto, a mio parere, l'adozione di comportamenti attivi diversi ed ulteriori rispetto alla ordinaria diligenza (per es., esigere correttamente i pagamenti da parte dei propri debitori)».

e sfuggenti al suo dominio finalistico»¹⁵¹ che già trovano supporto nell'art. 45 c.p., poco o nulla cambierebbe rispetto al passato.

Anche all'indomani di questo intervento, pregevole nelle intenzioni e migliore rispetto alle proposte precedenti¹⁵², rischia dunque di rimanere scoperto il “fianco” della possibile inesigibilità della condotta in tutti i casi in cui permanga un margine di scelta, ma il soggetto lo risolva a favore dei propri dipendenti o di altri fattori produttivi rispetto all'Erario¹⁵³.

Quello selezionato dalla disposizione appare, del resto, un ambito ancora piuttosto limitato di operatività¹⁵⁴: apparentemente non vi rientrerebbe l'ipotesi dell'imprenditore che, a causa dei provvedimenti adottati durante il periodo pandemico, abbia subito una contrazione degli incassi derivante non tanto dall'inadempimento dei propri debitori, bensì più radicalmente dalle limitazioni imposte alla propria attività produttiva o ai maggiori costi di adattamento alle nuove regole di sicurezza.

Dinnanzi ad una norma che ritaglia spazi ancora circoscritti di esenzione, peraltro condizionandoli ad un intenso onere motivazionale in capo all'imputato, si può dunque avanzare il dubbio che, fuori dai casi tipizzati dall'art. 1, comma 3-*bis*, residuino ipotesi in cui meriterebbe di trovare espressione la tematica dell'inesigibilità della prestazione per assenza di rimproverabilità soggettiva, che continua ad assumere in questa materia una rilevanza ed una centralità non pienamente incarnate dalla nuova causa di non punibilità.

4. Il ruolo dell'inesigibilità nei contesti di crisi

L'avvento della crisi – pandemica prima, economica dopo – ha in definitiva riportato al centro della riflessione l'ideale di un diritto penale equilibrato e misurato, che sappia apprezzare le concrete possibilità dell'agente nel contesto di realizzazione del fatto: è soprattutto nei momenti di maggiore fragilità, del resto, che appare cruciale che lo *ius puniendi* rifugga da eccessi di criminalizzazione e punizione, sventando così il pericolo di

¹⁵¹ S. BOLIS, *op. cit.*, 42.

¹⁵² Lo rileva R. LUCEV, *Nuove prospettive di non punibilità*, cit., rispetto alla proposta di legge n. 3024 del 16 aprile 2021 che, pur prevedendo un'esimente da crisi di liquidità, peccava per una formulazione piuttosto laconica («Non è punibile chi ha commesso il fatto di cui al comma 1 per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile»), ritenuta incapace di contenere la rigorosissima interpretazione giurisprudenziale emersa nel passato.

¹⁵³ Sottolineava la preferenza per il modello dell'esclusione della colpevolezza per inesigibilità della condotta, in tutti i casi in cui «il pagamento non sarebbe impossibile in senso assoluto, ma potrebbe risultare eccessivo pretendere sotto minaccia della pena e dunque elevare un rimprovero giuridico-penale al soggetto inadempiente», P. VENEZIANI, *La legge delega*, cit., 48.

¹⁵⁴ E. PENCO, *Il nuovo assetto della premialità*, cit., 1588, trattandosi comunque di cause da ritenere tipizzate in via tassativa.

atteggiamenti protezionistici suscettibili di ripercuotersi su valori e interessi collettivi già scossi dall'emergenza in atto.

Quanto alla responsabilità colposa, la gestione dell'emergenza ha evidenziato – e se possibile ribadito – alcuni dei principali limiti della logica sottesa all'incriminazione di condotte realizzate in un contesto fattuale anomalo, prima tra tutti una svalutazione sistemica del ruolo dell'inesigibilità nel diritto penale. Almeno nel settore della colpa, invero, una maggiore sensibilità al tema avrebbe potuto attenuare efficacemente le preoccupazioni della classe medica e del personale sanitario; in un orizzonte concettuale che valorizzi adeguatamente le condizioni di contesto, l'avvento di un'emergenza sanitaria su vasta scala dovrebbe rappresentare, di per sé, un valido argomento per escludere la colpevolezza di molti degli agenti chiamati ad operare e contrastare il virus.

In questo senso, sembra inoltre che la misura soggettiva della colpa avrebbe meritato uno spazio di riflessione differente rispetto a quello che le si è dedicato nel contesto delle misure emergenziali. Pur nella bontà dei propositi legislativi, sembra incongruo affidare ad una visione a breve termine e a strumenti di diritto emergenziale la soluzione di problemi ben radicati nella prassi in materia di colpa: il rischio è che si finisca altrimenti per «manipolare le categorie generali *in funzione di situazioni contingenti*, invece di predisporle per far fronte correttamente *anche alle situazioni di emergenza*»¹⁵⁵. Oltre a mostrare l'inadeguatezza di tale approccio, la politica degli scudi rischia di comunicare messaggi indesiderabili e di veicolare l'idea che, al di fuori dei limitati margini – soggettivi, temporali, contestuali – di operatività delle singole norme esimenti, poco o nessuno spazio resti per dar rilievo alle concrete possibilità del singolo di mettere in atto la condotta doverosa nel contesto anomalo di realizzazione del fatto.

Nella consapevolezza dei limiti evidenziati dalle norme-scudo, non si può che auspicare, allora, che l'esperienza drammatica del recente passato abbia insegnato qualcosa e che fattori 'contestuali' ed 'emergenziali', «(tra i quali, non solo il numero di pazienti contemporaneamente coinvolti e gli standard organizzativi della singola struttura in rapporto alla gestione dello specifico rischio clinico, ma anche la volontarietà della prestazione, il tempo a disposizione per assumere decisioni o agire, l'oscurità del quadro patologico o il grado di atipicità, eccezionalità o novità della situazione e dunque pure la necessità di fare ricorso a somministrazioni *off label*)»¹⁵⁶, possano vedere riconosciuta un'importanza stabile nell'ordinamento, ben oltre la pandemia. La recente proposta della Commissione d'Ippolito

¹⁵⁵ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 398 s.

¹⁵⁶ C. CUPELLI, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale*, cit.

parrebbe muoversi in questa direzione, ma occorrerà attendere per vedere se i propositi normativi si tradurranno in legge.

Fuori dal settore della colpa, poi, la scarsità degli spazi ritagliati attorno al concetto di inesigibilità della condotta doverosa contribuisce a complicare il problema, ponendo l'interprete dinnanzi all'alternativa secca tra un'applicazione giurisprudenziale che si muova al di fuori del tracciato della legge e la speranza di un ripensamento in via legislativa delle norme in materia: certo, la non punibilità per impossibilità sopravvenuta in tema di omesso versamento sembra prospettare le prime, parziali, aperture al tema, ma un vero cambio di rotta sarà possibile solo con il favore della magistratura chiamata ad applicare la norma.

Emergono così, per l'ennesima volta, alcuni dei limiti della legislazione e della prassi attuale, che il periodo post-pandemico dovrebbe mirare a sanare: in situazioni di forte disorientamento come quelle del recente passato, e nella prospettiva delle altre crisi – umanitarie, ambientali, sanitarie – che il futuro potrebbe presentare, sembra che il decisore pubblico sia necessariamente chiamato ad una scelta, nell'esercizio di discrezionalità e responsabilità che si fanno ancor più significative in periodo di crisi, e che, proprio in momenti di crisi, non dovrebbero essere abdicate.

Sembra questa la strada da intraprendere, in definitiva, per «*non lasciare che la crisi diventi un'occasione sprecata*»¹⁵⁷.

¹⁵⁷ D. PULITANÒ, *Lezioni dell'emergenza*, cit., 1; 13.

CAPITOLO V

INESIGIBILITÀ E DIRITTO PENALE: SPUNTI PER UNA VALORIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Un bilancio preliminare sull'inesigibilità nell'ordinamento penale. – 2. Caratteri essenziali dell'inesigibilità. – 2.1. Natura personale dell'inesigibilità. – 2.2. Valore assiologico-normativo dell'inesigibilità. – 2.3. Il duplice rilievo, esteriore ed interiore, delle condizioni di inesigibilità. – 2.4. Alla ricerca delle costanti. – 2.4.1. Istinto di autoconservazione e *affectio parentalis*: l'inesigibilità come spinta individualistica. – 2.4.2. (Segue) Il conflitto di doveri insolubile. – 2.5. L'inesigibilità come regola vs. eccezione: colpa, omissione e dolo. – 2.5.1. (Segue) Riflessi dogmatici: inesigibilità “in astratto” e “in concreto”. – 2.6. Inesigibilità come concetto quantitativo vs. qualitativo: rilievo attenuante dell'inesigibilità. – 3. Prospettive *de iure condito*... – 4. ...*de iure condendo*: uno sguardo ai tentativi del passato. – 4.1. Proposte per una nuova ipotesi di necessità scusante. – 4.2. (Segue) Il rilievo atipico delle scusanti per il rimprovero colposo. – 4.3. L'inesigibilità come questione di parte speciale. – 5. Da *topos* a norma: l'inesigibilità tra legislatore e giudice.

1. Un bilancio preliminare sull'inesigibilità nell'ordinamento penale

Alla luce del quadro sin qui ricostruito, sembra possibile affermare che la questione dell'inesigibilità resta tutt'ora un enigma di difficile risoluzione; i seri problemi di concretizzazione e definizione di tale concetto, da sempre motivo della diffidenza dottrinale, non sembrano essere venuti meno con il passare del tempo e nonostante le aperture giurisprudenziali che, timidamente, il tema ha conosciuto in anni più recenti. Anche il periodo pandemico, con le strategie implementate nella gestione di un rischio penale avvertito come eccessivamente gravoso su talune categorie soggettive e implicitamente motivate a partire dall'insufficiente valorizzazione giurisprudenziale dei profili soggettivi della colpa, sembrerebbe aver sminuito ulteriormente il tema dell'inesigibilità quale categoria generale, condensandone i rilievi su un piano emergenziale e temporaneo.

A fronte di una nozione ancora inafferrabile e non sufficientemente valorizzata nell'ordinamento, sembra però che una maggiore valorizzazione del concetto sia imposta, in qualche misura, dalla necessità di adeguare il sistema punitivo all'architettura costituzionale. Non vi è dubbio, infatti, che la prospettiva dell'inesigibilità quale limite al punire sottenda un'istanza di principio significativa, connaturata a numerosi principi costituzionali: dal principio di colpevolezza *ex art. 27*, commi 1 e 3, Cost., passando per il principio personalista dell'art. 2 Cost. e dal canone di eguaglianza-ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., sono numerosi gli agganci costituzionali alla prospettiva della “umanizzazione” del diritto penale a fronte di situazioni eccezionali, che giustifichino il venir meno del rimprovero e della pena per colui che si sia trovato ad agire come chiunque altro, nei suoi panni, avrebbe fatto.

Su tali premesse poggiano, del resto, le progressive aperture che, nella prassi, hanno caratterizzato alcuni specifici settori di riflessione negli ultimi anni, dal diritto penale tributario alla *crimmigration*¹, e che testimoniano con grande evidenza la sensibilità giurisprudenziale ad eventuali anomalie di contesto che abbiano condizionato l'agente al momento della condotta, influenzando la sua capacità di motivazione secondo le norme. Si tratta, però, come si è avuto modo di notare, di aperture non solo isolate, ma spesso guardate con sospetto e criticate per aver operato, in qualche misura, una forzatura del dato normativo o di aver sovvertito la legge scritta in nome di non meglio precisate esigenze di giustizia sostanziale.

La severità con cui la dottrina ha accolto tali tentativi di mitigazione della legge penale non deve sorprendere: in fin dei conti, sono ragioni altrettanto significative di tenuta del sistema, certezza del diritto e separazione dei poteri a giustificare le critiche che al concetto di inesigibilità sono state rivolte, in considerazione dell'assenza di una compiuta teorizzazione dei contenuti specifici di tale nozione, oltre che di appigli normativi inequivoci alla stessa.

Il maggior limite dell'ordinamento italiano sembra in questo senso individuabile nella mancanza – *rectius* nella scarsità – di agganci positivi alla prospettiva scusante sottesa al tema in esame. Al di fuori delle ipotesi esaminate nel corso del lavoro e più o meno unanimemente ricondotte alla logica dell'inesigibilità², non vi è traccia, nel codice, di una previsione che dia rilievo all'idea di inesigibilità quale concetto di genere, destinato ad operare in relazione a qualsiasi figura delittuosa in presenza di una condizione di impossibilità morale di agire altrimenti; ed anche la prospettiva dell'inesigibilità come scusante sovra-legale, pur incarnando un concetto affascinante, incontra da sempre obiezioni insuperabili, che si oppongono fermamente al suo accoglimento.

Rigettata la prospettiva di un concetto svincolato da qualsiasi aggancio legale e interamente riferito alla logica incerta della giustizia del caso concreto, sembra però che, dall'analisi complessiva dei riferimenti normativi a disposizione nonché dalla panoramica delle prese di posizione giurisprudenziali più significative sul tema, siano emerse alcune costanti di pensiero, utili ad illuminare i caratteri essenziali dell'inesigibilità nella sua prospettiva teorica ed applicativa, e funzionali ad impostare il tratto finale dell'analisi, nel tentativo di elaborare soluzioni che sappiano rispondere al problema in esame meglio di quanto abbia dimostrato di saper fare, finora, il sistema attuale.

¹ V. *infra*, Cap. 3, §§ 4 ss.

² V. *infra*, Cap. 2.

2. Caratteri essenziali dell'inesigibilità

2.1. Natura personale dell'inesigibilità

L'analisi delle norme in cui si riflette la logica dell'inesigibilità, nonché degli spazi che il concetto si è ritagliato nella prassi applicativa, rende evidente anzitutto che lo stesso dà corpo ad una difficoltà individuale del singolo che si sia trovato in condizioni tali da rendere scusabile la violazione della norma penale. Da questo punto di vista, l'inesigibilità appare incarnare un concetto connotato in senso *personale*, da contrapporre alla logica di istituti aventi carattere generale, o meglio *impersonale*.

Per l'operare dell'istituto dell'inesigibilità, in particolare, risulta imprescindibile acquisire elementi relativi alla persona dell'autore del fatto: elementi che, in quanto tali, non incidono sul precetto generale, che non ne risulta limitato. Se, dunque, «rispetto al momento prescrittivo della norma precetto l'intervento della scriminante ha [...] una sicura portata delimitatrice»³, lo stesso non si può dire per l'inesigibilità, che opera semmai dando rilievo a condizioni scusanti inerenti al soggetto in carne ed ossa. In questi casi, perciò, non c'è alcuna delimitazione del momento prescrittivo ma solo una valutazione delle ragioni, personali e concrete, della mancata conformazione allo stesso da parte del singolo: l'inesigibilità non sembra incarnarsi in una regola di condotta, bensì, al più, in una regola di giudizio che induce a ritenere escluso il rimprovero per il fatto⁴.

Nel ricondurre l'inesigibilità ad una prospettiva personale, occorre tuttavia sgomberare il campo da alcuni problemi suscettibili di "inquinare" la riflessione: anzitutto, stante il perdurante dibattito tra determinismo e indeterminismo, non sembra possibile fondare la riflessione dell'inesigibilità sull'esistenza della libertà di volere del singolo⁵. Dinnanzi ad un concetto non suscettibile di prova scientifica, quale è il libero arbitrio,

³ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Bologna, 1991, 186. Sulla natura di autentiche norme di condotta delle cause di giustificazione, le quali «interagiscono con le norme incriminatrici prevalendo nel conflitto con esse e limitandone, conseguentemente, l'ambito di applicazione», anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, 238.

⁴ Sulla natura di regole di giudizio delle scusanti, quali norme che «pre-suppon[gono] l'illecito ed esclud[ono] la colpevolezza», M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 457; ma si veda anche ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 720, dove la distinzione tra regole di condotta e regole di giudizio è descritta nei termini che seguono: «le prime [...] disciplinano il fatto illecito, la sua realizzazione dolosa o colposa, i modi di agire rispetto ai precetti, e la stessa giustificazione in caso di conflitti tra regole di condotta; le altre [...] definiscono i limiti di esigibilità di violazioni delle regole di condotta, in sede di giudizio di colpevolezza».

⁵ In questi termini già G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 341 s.; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 65 ss. Sul tema, si veda anche A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 499 ss., nonché, di recente, M. RONCO, *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023.

l'ordinamento non può che assumere un punto di vista che guarda all'autonomia dell'individuo come ad un assunto normativo: in questo senso, «presupporre la libertà di scelta dell'uomo non costituirebbe un'affermazione *ontologica*, bensì un principio regolativo di tipo *giuridico*, e, in definitiva, il giudizio giuridico sul diritto penale della colpevolezza non dipenderebbe dal fatto se la libertà e la responsabilità dell'uomo siano dimostrabili in senso psicologico o filosofico, ma solo dal fatto se risulti coerente in senso teleologico che l'uomo *sia trattato come* libero e responsabile»⁶.

Né l'inesigibilità, in rapporto con la colpevolezza, può essere letta come teoria che scolora verso forme di giudizio, eticamente o moralmente connotate⁷, sul carattere dell'agente e sulla coerenza dei tratti di personalità che questi esprime nei propri atti rispetto a quanto atteso dall'ordinamento. Diversamente opinando, si tornerebbe a valorizzare la teoria del "tipo di autore", secondo cui «l'agente non può essere punito quando, secondo la valutazione etico-sociale, egli non deve ritenersi il tipo di autore previsto dalla norma»⁸ o la *character based theory*, secondo cui una scusante opererà ogniqualvolta colui che ha violato la norma lo abbia fatto in ragione della situazione anomala, "deviando" dal suo carattere; con la conseguenza che, ove l'atto non sia espressione del temperamento del soggetto, questi non meriterà la punizione⁹. A tali prospettive si oppone, invero, l'idea di diritto penale del fatto,

⁶ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 19; E. VENAFRO, *Scusanti*, Torino, 2002, 104 ss. Sul punto si veda anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 575 ss., dove si riconduce l'idea della autoreponsabilità, più che ad un "postulato normativo", ad un «preciso dato psicologico (l'uomo – di regola – si "concepisce" e si "sente" libero di compiere o non compiere una data azione), che si traduce, a livello sociale, in una trama di aspettative e di valutazioni relative al comportamento altrui», aggiungendo poi ancora che «il principio di "autonomia" dell'individuo ha una precisa dimensione "normativa", al quale consiste nel *dovere* dello Stato di trattare i cittadini come persone *autoreponsabili*, capaci di *libere scelte d'azione*». Di recente, anche R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, in *Leg. pen.*, 21 ottobre 2024, 8 ss.: «si deve osservare come il nostro costituzionalismo abbia compiuto una scelta nel senso della libertà di autodeterminazione, potendosi giungere ad affermare che nel momento in cui si è sancito attraverso l'art. 27 co. 1 Cost. che la responsabilità penale è personale, contestualmente si è sancito anche che l'uomo è libero: insomma, la libertà del volere è stata nella sostanza costituzionalizzata». Nella dottrina tedesca, si veda H.J. HIRSCH, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in *ZStW*, 1994, vol. 106, 763.

⁷ Criticamente, in relazione alla possibilità che il rimprovero e la colpevolezza siano il frutto di una «valutazione morale avente ad oggetto la stessa personalità del soggetto agente», R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 59 s., dove peraltro si esprime il timore di uno scivolamento del sistema «verso un vero e proprio diritto penale d'autore espressivo di una concezione eticizzante del diritto punitivo». Si veda altresì L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 138.

⁸ Criticamente, P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, 70, peraltro accostando tale impostazione alla dottrina dell'inesigibilità, dal momento che lo "scollamento" tra autore in concreto ed in astratto «avverrà precisamente quando, dall'esame del complesso della situazione e del motivo che lo ha spinto ad agire, si dovrà indurre che un comportamento non era da pretendersi e che quindi la condotta non è riprovevole».

⁹ M. CORRADO, *Notes on the Structure of a Theory of Excuse*, in 82 *J. Crim. L. & Criminology*, 465 (1991), 470: «*only bad character deserves punishment, [...] and we excuse cases in which the agent could not have done otherwise because the inability to do otherwise prevents the inference from the illegal act to the bad character*»; ma anche J.P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, Boston, 1978, 800 s.: «*the question becomes whether a particular wrongful act is attributable either to the actor's character or to the circumstances that*

quale precipitato garantistico irrinunciabile anche se riferito alla prospettiva scusante che muove la riflessione sull'inesigibilità¹⁰.

Né, infine, il riconoscimento all'inesigibilità del carattere di istituto personale autorizza ad aderire a concezioni soggettivistiche "estreme"¹¹, che intendano dar rilievo al turbamento soggettivo a prescindere da qualsiasi altro elemento o limite sul versante oggettivo del fatto – *rectius* del contesto – a cui esso si ricollega: in forza dell'«onesto compromesso»¹² che caratterizza il discorso attorno alla colpevolezza e alle cause che la escludono, viceversa, anche l'inesigibilità vive sospesa tra due poli, uno esteriore-oggettivo, l'altro interiore-soggettivo.

2.2. Il duplice rilievo, esteriore ed interiore, delle condizioni di inesigibilità

In tutti i casi astrattamente riconducibili alla logica dell'inesigibilità, in effetti, il versante interiore sembra trovare una precisa corrispondenza a livello esterno, in quelle circostanze concomitanti che già nella primissima teorizzazione della questione, ad opera di Frank, avevano l'effetto di escludere la colpevolezza, ove connotate in senso anomalo¹³; a dispetto delle variazioni che tale impostazione ha subito negli anni a venire, trasformandosi in un riferimento più asettico alla «anormale motivazione»¹⁴, è evidente che l'esistenza di una condizione situazionale anomala, che si accompagna al turbamento motivazionale e ne spiega le ragioni, è una costante della riflessione sull'inesigibilità.

overwhelmed his capacity for choice». Nel medesimo passo, l'Autore afferma che, se un impiegato di banca aprisse una cassaforte e consegnasse i soldi ad un passante, si potrebbe ritenere che egli sia un uomo disonesto; ma se lo facesse sotto la minaccia di un'arma da fuoco, dal suo comportamento non si potrebbe desumere nulla sulla sua onestà o disonestà. Parimenti, se un soggetto volontariamente investisse con la propria auto un individuo sdraiato a terra, si potrebbe ritenere che egli sia indifferente alla vita umana, ma lo stesso non potrebbe dirsi laddove l'alterativa fosse quella di precipitare da un dirupo. Questa impostazione è contrapposta alla teoria della scelta (*the choice theory*), secondo cui l'esimente opera in considerazione del fatto che il soggetto non fosse nella condizione di scegliere liberamente, ad esempio per l'esistenza di una condizione esterna che ne ha condizionato l'agire, in termini di diminuzione della capacità di conformare il proprio comportamento alla legge»: V. TADROS, *The Characters of Excuse*, in 21 *Oxford Journal of Legal Studies*, 495 (2001), 495.

¹⁰ Del resto, come rileva R. DOLCE, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, 778, «la colpevolezza si riferisce ad un atto singolo e non alla intera personalità del soggetto e tanto meno al processo di formazione di tale personalità».

¹¹ Così definite da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 327, dove si afferma che questo porterebbe «a riconoscere rilievo scusante anche a processi psichici del tutto 'abnormi' – anche se non necessariamente patologici –, legati magari a convinzioni di natura superstiziosa o comunque a condizioni di iper-impressionabilità individuale».

¹² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 328.

¹³ R. FRANK, *Über den Aufbau Des Schuldbegriffs*, Gießen, 1907, 530.

¹⁴ Nella dottrina italiana, si veda la ricostruzione offerta da D. SANTAMARIA, *Colpevolezza (voce)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 653, nonché, più di recente, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 279.

Il versante soggettivo e psicologico, in altre parole, si accompagna necessariamente a una situazione di contesto esteriore ed oggettiva, che, proiettata nell'interiorità dell'agente, si riflette nella impossibilità morale tipica del discorso sull'inesigibilità¹⁵. La situazione esterna anomala che fonda l'inesigibilità finisce così per *interiorizzarsi* e, tradottasi in fatto psichico, influenza il processo volitivo dell'agente¹⁶: di qui la constatazione del rilievo, al tempo stesso esteriore ed interiore, delle condizioni di inesigibilità.

Numerosi appaiono gli esempi, anche nell'ordinamento italiano, di questa duplice connotazione. Forse anche per evitare una soggettivizzazione estrema e le conseguenze che essa potrebbe condurre, in particolare sul piano dell'efficacia scusante delle emozioni, le esimenti riconducibili alla logica dell'inesigibilità appaiono costruite su un duplice presupposto: accanto ad un elemento di natura psichica, è sempre presente un chiaro requisito oggettivo, esterno, rintracciabile nella realtà fenomenica¹⁷.

Si pensi al pericolo grave alla libertà o all'onore che, nelle ipotesi scusante *ex art. 384 c.p.*, incombe sull'agente o su uno dei suoi cari, e che «tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta alterato»¹⁸, o all'istituto della provocazione, in cui «vi è [...] un nucleo psicologico, rappresentato da un peculiare stato emotivo-passionale, tale di solito da compromettere almeno in parte la normalità del processo motivazionale, al quale viene attribuita giuridicamente rilevanza in senso favorevole all'agente che non sia riuscito a frenare tale impulso, sol previo riscontro di ulteriori dati obiettivi, fra i quali il nesso temporale tra "l'ingiuria ricevuta" ovvero l'altrui fatto giusto e la reazione delittuosa, e comunque nella prospettiva di parametri di valutazione non legati al punto di vista dell'agente, bensì di ordine generale»¹⁹.

Altrettanto sembrerebbe valere per l'art. 54 c.p.: anche a parere degli autori favorevoli ad una rilettura in chiave scusante della norma, si conviene invero che il requisito del pericolo non possa sbiadire nel suo corrispondente soggettivo di timore provato dal soggetto in carne

¹⁵ Il pericolo grave e imminente che incombe sull'agente rappresenterebbe, cioè, «non solo una circostanza oggettiva ma anche e soprattutto una situazione psicologica in grado di incidere sulla colpevolezza dell'agente, date le condizioni in cui lo stesso viene a trovarsi»: D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 225.

¹⁶ R. DOLCE, *op. cit.*, 78; ma anche 98 s.: le scusanti «dispiegano efficacia non come tali, ma soltanto quando, attraverso un processo di interiorizzazione, divengono fatti psichici (idee, giudizi, valutazioni affettive) e quindi assumono il ruolo di situazioni-stimolo e determinano la reazione del soggetto per adattarsi ad essi». Si veda anche F. BACCO, *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 67 che, relativamente all'ipotesi di cui all'art. 55, comma 2, la intende quale «fenomeno soggettivo che deve trovare riscontro in elementi oggettivi del contesto».

¹⁷ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 328; D. FALCINELLI, *Elogio dell'inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell'illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 908.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2021 (ud. 26 novembre 2020), n. 10381.

¹⁹ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, cit., 59 ss. Analogamente anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 328.

ed ossa, indicando, al contrario, un elemento oggettivo di rischio effettivo, «nel quale prende normativamente corpo quella classe di ‘circostanze anormali concomitanti’ al cui riscontro il legislatore condiziona il riconoscimento della valenza scusante dell’‘anormale motivazione’ dell’agente»²⁰.

Tale assunto non pare smentito dal fatto che esistano casi in cui il versante soggettivo è dato per presunto dalla legge: si è già avuto modo di rilevare come, a seconda della formulazione prescelta dal legislatore, gli elementi esteriori risultano talora sufficienti a innescare l’effetto scusante, senza necessità di provare anche il turbamento motivazionale dell’agente²¹. In simili ipotesi, che ricorrono tipicamente nel caso di assistenza all’associato da parte di un suo prossimo congiunto, *ex artt. 307 e 418 c.p.*, il legislatore costruisce l’istituto della non punibilità su una presunzione assoluta; al ricorrere della parentela che fonda la nozione di congiunto, l’alterazione motivazionale è data per assodata, senza necessità di provare che la scelta di commettere il reato sia stata dettata da un effettivo dilemma morale. Nondimeno, anche qui la presunzione fonda su massime d’esperienza che rendono ragionevole desumere, dall’esistenza di un particolare rapporto di parentela tra l’associato e chi gli fornisca vitto, alloggio e assistenza, le medesime ragioni lealiste che giustificano l’art. 384 c.p. o il paradigma dello stato di necessità scusante *ex § 35 StGB*.

Anche in questi casi, del resto, la connotazione scusante delle norme in questione induce a richiedere che il requisito sia non solo oggettivamente sussistente, ma anche soggettivamente percepito²²: questa è, in effetti, la condizione necessaria minima perché il contesto anomalo di realizzazione del fatto possa interiorizzarsi e giocare un effetto distorsivo dell’agire del singolo.

Da questo punto di vista, sembra allora possibile riconoscere, ai requisiti oggettivi delle scusanti in esame, la funzione di «limiti entro i quali l’ordinamento è disposto a concedere la propria *comprensione*, il proprio *perdono* all’imputato che abbia agito in presenza di un intenso turbamento motivazionale»²³. Insistere sulla natura personale dell’inesigibilità non significa dunque aderire ad una concezione “psicologizzante”²⁴, che fonda la spiegazione dell’assenza di rimprovero unicamente ed interamente sull’esistenza di

²⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 581.

²¹ V. *supra*, Cap. 2, § 3.5.1.

²² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 582.

²³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 330.

²⁴ D’altronde, come nota M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 582, se «definiamo personalistico, come tale attinente al piano della colpevolezza e delle scusanti, ciò che presiede alla valutazione giuridica – e quindi, necessariamente, secondo gli *schemi* ermeneutici e le *tecniche* probatorie che il diritto offre – del processo formativo della volontà realizzatasi nell’illecito» questo concetto «non ha nulla a che vedere con un giudizio a contenuto etico o psicologico».

un'alterazione della psiche sufficiente a produrre tale effetto. Quello di esigibilità rimane, al contrario, un giudizio profondamente legato al *dover essere* del singolo in un certo contesto che, in ragione delle specifiche circostanze oggettive in cui questi si trova ad operare, giustifica un abbassamento della pretesa statale nei confronti di quell'individuo, ferma la validità *erga omnes* della regola: non bisogna, in altre parole, pensare «ad un concetto di inesigibilità puramente psicologico, bensì normativo, in quanto l'ordinamento stabilisce che agisce senza colpevolezza, in presenza di determinati presupposti, colui dal quale non è esigibile la condotta imposta dalla norma»²⁵.

Il che punta direttamente ad un'ulteriore caratteristica dell'inesigibilità, quale concetto che colora la valutazione del giudice in senso *normativo*.

2.3. Valore assiologico-normativo dell'inesigibilità

Associare all'inesigibilità l'attributo di *normatività* equivale a dire che, per assumere un rilievo a livello giuridico, lo sfasamento tra astratto e concreto che trova corpo nell'inesigibilità deve rispondere a caratteri meritevoli di considerazione per l'ordinamento: occorre, in altre parole, «l'esistenza di un interesse del soggetto, cui l'ordinamento riconosce *rilevanza*, che confligge in qualche misura con il dovere che una norma gli impone e che egli, in una situazione normale, dovrebbe senz'altro adempiere»²⁶.

Si tratta, dunque, di individuare nella condotta dell'agente una finalità legittima, che induca a ritenere insussistente il «contrasto tra il soggetto ed i valori espressi dal sistema normativo»²⁷ con l'incriminazione: l'autore del fatto che merita di essere scusato, a ben vedere, non agisce manifestando disinteresse o spregio verso i beni tutelati, bensì nel segno della protezione di un differente – e non meno significativo – valore positivo. Si potrà dire, cioè, che nelle situazioni scusanti in cui si incarna la logica dell'inesigibilità «si realizza un giudizio di conformità, in chiave “personale”, con i valori espressi dal sistema penale»²⁸.

Di qui la constatazione che l'inesigibilità, nel suo rapporto con il principio di colpevolezza, si colloca a metà strada tra l'approccio personalistico, incentrato sui nessi motivazionali del singolo, e quello utilitaristico-funzionalista, che guarda piuttosto ad esigenze preventive, e quindi generali²⁹. L'inesigibilità è, in fin dei conti, un istituto che

²⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 349.

²⁶ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 22. Si veda altresì D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 219, dove si afferma che le scusanti «limitano gli spazi della decisione ancora possibile *con motivi in qualche modo riconosciuti dall'ordinamento*» (corsivo aggiunto).

²⁷ E. VENAFA, *op. cit.*, 165.

²⁸ E. VENAFA, *op. cit.*, 173.

²⁹ R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 14 ss.

poggia sul rilievo dell'alterazione motivazionale filtrata attraverso una valutazione normativa, al metro delle aspettative sociali: un istituto, potremmo dire, di matrice personalistico-funzionale, in cui considerazioni empiriche circa la colpevolezza del singolo si sommano a rilievi ispirati alle logiche della prevenzione³⁰.

Il riconoscimento del carattere normativo del giudizio di inesigibilità, da questo punto di vista, parrebbe spiegare la *ratio* sottostante alcune delle limitazioni tipiche che, anche nei Paesi in cui la prospettiva dell'inesigibilità trova spazio nel codice penale, escludono – *rectius* circoscrivono – l'operatività di specifiche scusanti nei confronti di talune categorie di soggetti che siano, per ruolo ricoperto, tenute ad affrontare certi pericoli. Tale aspetto, a ben vedere, è stato nel tempo assunto come limite alla concezione dello stato di necessità fondato sull'inesigibilità, rilevando come l'agente, a dispetto del ruolo che ricopre, potrebbe essere in tali casi soggetto al medesimo turbamento motivazionale di chiunque altro³¹. In realtà, non si tratterebbe d'altro che dell'ennesima conferma della natura profondamente normativa del giudizio: non è la sola anomalia motivazionale a rilevare per l'ordinamento, poiché l'interrogativo centrale è semmai «in che misura tale anormalità sia in grado di escludere la pretesa normativa»³².

Rispetto a soggetti il cui ruolo professionale, funzionale a tutelare la collettività, è intimamente legato alla gestione di rischi di entità più o meno significativa, è del tutto normale immaginare che la pretesa dell'ordinamento sia più elevata. La pressione motivazionale, in questi casi, potrà essere la medesima, ma la valutazione dell'ordinamento sarà meno clemente verso il soggetto da cui ci si sarebbe dovuti attendere un controllo maggiore nella reazione ad una situazione di rischio tipica e nella gestione di tale pericolo³³.

2.4. Alla ricerca delle costanti

2.4.1. Istinto di autoconservazione e *affectio parentalis*: l'inesigibilità come spinta individualistica

Posti il carattere personale e normativo del giudizio di inesigibilità e la sua connotazione ad un tempo esteriore ed interiore, il problema si sposta naturalmente sui contenuti suscettibili di incarnare il valore di scusanti e superare la soglia che divide un fatto

³⁰ Del resto, come evidenzia R. BARTOLI, *Colpevolezza*, cit., 91, è lo stesso ordinamento penale a conformarsi a logiche “empirico-normative”, basate cioè «sia su componenti empiriche concernenti il procedimento psico-motivazionale, sia su componenti normo-valutative».

³¹ G. BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942, 82.

³² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 346. Analogamente, D. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, 275.

³³ Opererà, qui, una sorta di “principio di affidamento”, come rilevato da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 349.

illecito oggettivamente offensivo, ma perdonabile, da una violazione che, viceversa, appare pienamente rimproverabile al suo autore e dunque meritevole di punizione. Il problema torna ad essere, in definitiva, quello relativo alla concretizzazione dei valori che incarnano l'inesigibilità della condotta doverosa, giustificando una deviazione dalla normalità.

Ebbene, dall'esame delle norme in cui la logica dell'inesigibilità risulta richiamata, nonché dalla casistica giurisprudenziale in cui si è fatto ricorso a tale concetto per pervenire ad un esito assolutorio, risultano individuabili tre grandi categorie in cui l'inesigibilità sembrerebbe rilevare quale limite al dovere di rispettare la legge penale: come prodotto dello spirito di autoconservazione dell'autore del fatto, che con la condotta vietata intenda salvaguardare un proprio interesse personale, quale espressione dei vincoli di solidarietà familiare che lo spingono a intervenire a tutela di soggetti a lui vicini e, infine, come conseguenza di un conflitto di doveri che non sia già autonomamente risolto dalla legge per il tramite dell'art. 51 c.p. o di altra causa di giustificazione³⁴.

Ad essere presente è, in tutti e tre i casi, una situazione di pressione psicologica, non necessariamente da intendersi quale emotività incontrollata, ma semplicemente in termini di conflitto motivazionale che interessa il soggetto nel momento in cui compie la scelta, conflitto che viene reputato meritevole di considerazione dall'ordinamento sulla base di una valutazione normativo-sociale. In tutte queste ipotesi, in particolare, appare ravvisabile una situazione che incarna un dilemma, un contrasto tra valori confliggenti: l'assenza di una *prevalenza oggettiva*, da far valere sul fronte dell'assenza di anti giuridicità del fatto, non esclude l'esistenza di una *preferenza soggettiva*, che si traduce proprio nella personale incapacità dell'agente di esimersi dal compiere il reato, al fine di salvaguardare sé o un soggetto a sé vicino.

Nei casi in cui l'inesigibilità è funzionale a risolvere un contrasto tra il valore tutelato dalla norma penale violata e il contrappeso di un interesse proprio o di un proprio caro, in particolare, essa si caratterizza per una visione in qualche misura egoista – *rectius*, individualistica – dei rapporti umani, in cui la prevalenza di interessi propri finisce per avere la meglio sulla forza motivante della legge penale. Nelle situazioni che attivano l'inesigibilità, ad ogni modo, la preferenza accordata alla propria sfera di interessi non si traduce in una valutazione negativa dell'ordinamento ma, semmai, in un'ipotesi in cui la

³⁴ Sul tema dei conflitti di doveri che si “sciolgono” nella scriminante dell'art. 51 c.p., si veda E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000, 124. L'A. critica la tesi favorevole a risolvere tali conflitti mediante il ricorso alla logica delle scusanti, esprimendosi a favore di uno stato di necessità scriminante che elimina la sola anti giuridicità penale del fatto.

comprensione umana prende il sopravvento dinanzi a fatti che avrebbero richiesto un atteggiamento eroico, fino al punto di imporre il sacrificio dei beni più importanti per il soggetto: un sacrificio che, come evidente, l'ordinamento non può pretendere.

L'istinto di conservazione, tra tutti, appare il fondamento di più immediata comprensione della dimensione individualistica che muove l'agente dinanzi a situazioni che, mettendo in pericolo beni "esistenziali" della sua persona, lo pongono in una situazione in cui l'alternativa alla commissione del reato presenta un costo elevatissimo per l'agente stesso. Si pensi al caso, giudicato dalla Cassazione e già richiamato nel presente lavoro, in merito al mancato intervento degli infermieri di una casa di cura andata in fiamme per salvare i degenti ancora presenti in struttura³⁵. L'omesso impedimento dell'evento, a ben vedere, si spiega agevolmente ove si consideri che, attivandosi per salvare qualcuno dei pazienti, gli imputati avrebbero messo a repentaglio la propria incolumità personale, magari al costo della vita; di fronte a una simile alternativa, è ragionevole escludere la possibilità di muovere a costoro un rimprovero per essere rimasti inerti, pur potendo materialmente intervenire a favore di altri in pericolo³⁶.

Fuori dal caso dell'autotutela del singolo che versi in condizioni che mettono a repentaglio la sua persona, un'impronta individualistico-lealista³⁷ risulta presente anche in tutti le ipotesi in cui l'agente sia mosso dalla volontà di salvare un terzo: emblematica risulta, in questo senso, la connotazione soggettiva delle norme che, negli ordinamenti che conoscono uno stato di necessità caratterizzato in senso scusante, limitano l'operatività dell'istituto a favore di coloro che abbiano un particolare rapporto con l'agente. La delimitazione soggettiva della scusante del soccorso di necessità ai soli casi di parentela o particolare "vicinanza" all'autore del fatto riflette invero una visione in cui il singolo è portato a commettere il reato per salvaguardare un interesse della comunità di individui cui gli stesso appartiene.

³⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 aprile 2013, n. 23994.

³⁶ Oltretutto, sono qui anche considerazioni di carattere preventivo a fondare l'esimente, stante l'impossibilità per la pena, quale male futuro e incerto, di operare come contropesca realmente efficace alla commissione di un fatto che si reputa indispensabile al fine di evitare un pregiudizio ben più immediato e "palpabile": A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 52 ss.

³⁷ Di «problematiche [...] marcatamente individualiste» parla, riferendosi alle ipotesi di cui all'art. 384 c.p., E. BENATO, *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *DisCrimen*, 27 aprile 2021, 11. Nella dottrina tedesca, si veda L. WORTMANN, *Inhalt und Bedeutung der "Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens" im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002, 88 ss., dove si contrappongono le logiche "lealiste", cioè legate alla propria comunità di affetti, a quelle "universalistiche", che caratterizzano invece la tutela degli interessi assunti come meritevoli dallo Stato.

In breve: dinanzi alla violazione di norme che tutelano interessi sovraindividuali³⁸ o che attentano ad interessi altrui tutelati dall'ordinamento per il tramite del diritto penale, la spinta che giustifica l'esclusione della colpevolezza è pur sempre una spinta anti-sociale, che contraddice e sacrifica valori condivisi, ma lo fa sull'altare della autoconservazione o del salvataggio di chi appartenga alla cerchia più prossima all'agente stesso.

2.4.2. (Segue) Il conflitto di doveri insolubile

Alle ipotesi di matrice individualistico-lealista riconducibili all'istinto di sopravvivenza e all'*affectio parentalis* si aggiunge poi, tradizionalmente, anche il rilievo del conflitto di doveri³⁹, spesso richiamato proprio nella discussione relativa alle ipotesi di inesigibilità di agire altrimenti. Si tratta, come evidente, di una tematica estremamente complessa, che non sarà possibile approfondire compiutamente: basti qui ricordare che tale concetto rievoca il tema delle c.d. antinomie giuridiche, connotate dall'esistenza coeva di una norma di obbligo e una norma di divieto⁴⁰, ma anche quello dei conflitti tra due norme di obbligo, a cui sia necessario obbedire nello stesso momento e rispetto a cui, dunque, «l'adempimento dell'una comporti necessariamente l'inadempimento dell'altra»⁴¹.

Dinnanzi ad una questione che da sempre divide gli interpreti, le soluzioni proposte nel tempo sono state variegate, e dipendono in buona misura dalla possibilità di individuare il bilanciamento di interessi prescelto dal legislatore e che il giudice dovrà limitarsi ad applicare, escludendo in radice l'illiceità del fatto⁴², o viceversa i casi in cui un tale bilanciamento non appare praticabile.

La tematica dell'inesigibilità sembra riferirsi precisamente a queste ultime ipotesi: a quelle in cui, non potendo l'antinomia essere risolta, una volta per tutte, a favore di uno degli interessi in composizione, «l'irrazionalità del destino pone l'agente avanti ad una situazione *tragica*, nella quale ogni possibile condotta è – moralmente e giuridicamente – *illecita*»⁴³.

³⁸ Lo rileva anche S.M. SCORCIA, *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Leg. Pen.*, 7 settembre 2022, 15.

³⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 505 ss.

⁴⁰ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 475 ss. Sul tema, *funditus*, A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963 e F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Roma, 1966. Si veda altresì O. Di GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, 2022.

⁴¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 489 s.

⁴² Con un'operazione che consiste nella «interpretazione correttiva dell'una o dell'altra norma, che consenta di stabilire *quale*, tra i due doveri confliggenti, vincoli davvero il soggetto nella situazione concreta»: F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 518. Si veda ancora E. MEZZETTI, «Necessitas non habet legem», cit., 143, dove si parla di «modelli di conflitto “ad oggettiva prevalenza di *uno* dei doveri in collisione».

⁴³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 505 s.

Dinnanzi all'impossibilità di un *non liquet*⁴⁴, la soluzione di tali conflitti "esistenziali" ha dato luogo negli anni a opinioni disperate, talune orientate all'esclusione dell'antigiuridicità⁴⁵ – o della sola antigiuridicità penale⁴⁶ –, altre votate al paradigma dell'inesigibilità, in considerazione del dilemma motivazionale che affligge l'agente chiamato ad una scelta sofferta⁴⁷.

Sul punto, in linea con le considerazioni svolte sin qui, ad offrire una potenziale soluzione potrebbe essere proprio la natura intrinsecamente individualistica dell'inesigibilità: si potrebbe sostenere, cioè, che il tema del conflitto di interessi risulti attratto nell'orbita dell'inesigibilità solo laddove esso ponga l'agente nella posizione di dover decidere tra il sacrificio di un interesse proprio – o di un proprio caro – e un dovere che, vincolante sul piano del diritto, ha però la peggio sul fronte delle scelte soggettivamente condizionate.

Nel caso di un conflitto di doveri insolubile ma "equidistante" per l'agente, la questione sarà più coerentemente risolta sul piano oggettivo, secondo una logica che, insistendo sull'inevitabilità dell'inadempimento di uno dei due obblighi contrastanti con conseguente lesione di un interesse meritevole di tutela penale, rievoca la logica dell'*ad impossibilia nemo tenetur*⁴⁸. Si pensi al chirurgo che, consapevole che la separazione di due siamesi di pochi mesi richiederà la morte dell'una per consentire di salvare la vita all'altra,

⁴⁴ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem", cit., 2; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 502.

⁴⁵ Si veda, ad esempio, la dottrina tedesca in tema di causa di giustificazione "sovralegale", in ipotesi di *ecthe Pflichtenkollision*, o le posizioni della dottrina nazionale, divise tra adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.* e stato di necessità *ex art. 54 c.p.*: si rinvia, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 511 s.

⁴⁶ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem", cit., 144.

⁴⁷ Nella dottrina tedesca, si veda W. GALLAS, *Pflichtenkollision als Schuldasschließungsgrund*, in *Fest. Für Edmund Mezger*, München-Berlin, 1954, 321. Si vedano anche le riflessioni di M. ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, cit., 62, dove si legge che, nelle situazioni che impongono la scelta tra due vite umane, «non sembra accettabile né una mera fungibilità degli uni con gli altri, né una semplicistica "mancanza di danno sociale" rispetto alla perdita degli uni o degli altri; là dove siano in gioco vite umane, in particolare, qualsiasi comparazione si rivela insostenibile e qualunque scelta arbitraria: quando due soggetti sono in pericolo vita, un conto è che l'ordinamento non possa più praticamente proteggerli entrambi, altro conto che mostri teoricamente un'assoluta indifferenza per il sacrificio dell'uno o dell'altro, legittimando in tal modo a priori un asolidaristico impiego della forza e dell'astuzia di uno dei due».

⁴⁸ In questo senso anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 549. Si veda anche G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. Pen.*, 1994, 373, dove, riflettendo sul caso tipico del sanitario che debba destinare l'unico trattamento ad uno dei tanti pazienti bisognosi, rileva come «l'autore si trova in una situazione in cui l'ordinamento non può imporgli di tenere una condotta alternativa lecita, poiché qualunque sua decisione risulterà inevitabilmente contraria al diritto (in quanto sacrificherà un bene giuridico), per cui sembrerebbe più opportuno prendere in considerazione tale tipo di conflitti al momento di pronunciare il giudizio sul disvalore oggettivo del fatto, stante la materiale impossibilità del rispetto di un obbligo giuridico, che nella situazione concreta non può essere rivolto al soggetto».

porti a compimento l'operazione, con sacrificio di una delle bambine⁴⁹, o al sanitario che debba decidere a quale paziente destinare l'unico respiratore rimasto: laddove la scelta sia operata in modo neutro, magari optando per il paziente avente le migliori *chances* di salvezza, sembrerebbe incongruo rilevare la presenza di un illecito, escludendone solamente la rimproverabilità soggettiva. A fronte di una scelta assunta in modo imparziale da chi sia chiamato a gestire una situazione di grande drammaticità, sembra infatti ragionevole che l'ordinamento contempra una forma piena di esclusione dell'illiceità del fatto, alla luce della doverosità del compito che il sanitario assolve *anche e proprio* nella scelta del paziente che ha maggiori *chances* di salvezza⁵⁰.

Ma altrettanto si potrebbe dire della madre che, chiamata alla scelta di quale dei figli in pericolo di vita soccorrere, ne tragga in salvo uno, abbandonando l'altro al suo destino; anche qui, a dispetto del coinvolgimento emotivo della donna, sarà presente una situazione in cui la scelta non appare motivata in forza della precedenza soggettivamente accordata al valore "lealista", contro un valore "universalista" che ha la peggio; trattandosi per la madre di due doveri soggettivamente equivalenti, qualsiasi scelta si tradurrebbe nella rinuncia a salvare uno dei propri figli. L'inevitabilità dell'evento lesivo porta, anche in questo caso, ad argomentare per un'esclusione del reato a livello oggettivo, prima ancora che sul versante della rimproverabilità.

Laddove, invece, la scelta sia ricaduta su un proprio caro per ragioni di natura individualistico-lealista, si potrà tornare a discutere di una – eventuale – inesigibilità della condotta doverosa. Si pensi all'esempio della zattera di Carneade: se, a spingere in acqua il naufrago per trarre in salvo un altro dei sopravvissuti non fosse un terzo qualsiasi, bensì il padre del giovane salvato dal mare, l'atto non potrebbe ritenersi oggettivamente lecito; si tratterebbe, al più, di riconoscere il «rilievo *scusante* al "motivo profondamente umano" rappresentato dall'affetto paterno e, cioè – in sostanza – all'*anormale motivazione*, che spinge imperiosamente il genitore ad attivarsi in favore del figlio anche quando ciò vada a danno di terzi innocenti»⁵¹.

⁴⁹ L'esempio è riportato da F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 532. Per un caso analogo, realmente avvenuto nel 2011 presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna, si vedano S. CANESTRARI, *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica: il caso delle gemelline con cuore unico*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, 225 ss. e G.M. CALETTI, *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, 23 ss.

⁵⁰ In simili ipotesi, resta eventualmente ferma la possibilità di ricorrere a forme di scriminanti "procedurali", funzionali a valutare la correttezza dell'agire sul fronte del rispetto di protocolli e metodologie di scelta che evidenzino un'imparzialità e una neutralità necessaria dinnanzi a scelte che rischiano, viceversa, di colorarsi di arbitrarietà o discriminazione

⁵¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 545.

La soluzione non cambia se si riflette, una volta di più, sul caso del sanitario a cui compete la scelta del paziente a cui attribuire il respiratore: la precedenza nelle cure offerta ad un individuo che ha minori *chances* di salvezza, ma che abbia con il medico un rapporto di parentela che condiziona la scelta finale, presenta un disvalore obiettivo che non risulta attenuato dalla necessità di operare una scelta purchessia. Conseguentemente, tale condotta sarà connotata come illecita, e potrà al massimo risultare scusata proprio in virtù dell'alterazione motivazionale ed emotiva ravvisabile alla base della scelta; anche in questo caso, però, non si può escludere che il rilievo normativo del giudizio di inesigibilità porti a negare la possibilità che, a giovare di specifiche scusanti, siano proprio i soggetti garanti di una scelta così delicata, deputati a svolgerla senza cedere a condizionamenti personali ed egoistici.

2.5. L'inesigibilità come regola vs. eccezione: colpa, omissione e dolo

Si è avuto modo di evidenziare a più riprese come, a fronte di una diffidenza generalizzata nei confronti del concetto di inesigibilità in rapporto con il reato commissivo doloso, maggiori spazi sono stati tradizionalmente riconosciuti, tanto in Italia quanto all'estero, all'inesigibilità in rapporto con il reato colposo e quello omissivo.

Al proposito, è stato autorevolmente sostenuto che «nel reato commissivo doloso è più logico ricondurre le situazioni motivazionali anomale a figure scusanti tipiche [...]. Nella colpa l'elemento soggettivo “colpa” ex art. 43 c.p. e nell'art. 40 cpv. c.p. l'elemento normativo “obbligo giuridico di impedire l'evento” contengono *al loro interno* un duplice livello di verifica dell'addebito. Non è in colpa chi osserva il precetto cautelare; ma non è in colpa anche chi, pur avendolo violato, non poteva agire altrimenti: ciò applicando direttamente il principio della responsabilità personale (art. 27, co. 1, Cost.) per escludere l'esigibilità soggettiva di un'inosservanza non rimproverabile. Analogamente dicasi per il profilo omissivo in senso stretto che in parte si sovrappone alla colpa omissiva»⁵².

Si potrebbe allora sostenere, seguendo questa impostazione, che l'inesigibilità rappresenti l'eccezione nell'ambito del reato commissivo doloso, mentre assuma i tratti della regola nelle sue interazioni con l'ambito dell'omissione e della colpa.

Tale assunto merita tuttavia di essere ridimensionato: quanto alla colpa, non vi è dubbio, in termini generali, che il peculiare atteggiarsi della rimproverabilità colposa

⁵² M. DONINI, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 marzo 2019, 27. Sostiene che l'inesigibilità, in rapporto con il reato colposo, operi «quale elemento costitutivo e non già quale fattore eccezionale di esclusione della colpa», E. DI SALVO, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. Pen.*, 2020, 4790.

evidenzi differenze significative rispetto al dolo, dove è la presenza di coefficienti psicologici effettivi ad imporre una delimitazione stringente dei casi in cui la valutazione complessiva dei valori in gioco e del significato soggettivo delle azioni porti a ritenere esclusa la colpevolezza, a fronte di un fatto oggettivamente offensivo del bene tutelato. Argomentando in questa direzione, si potrebbe allora sostenere che, mentre in relazione a ipotesi di natura dolosa l'esclusione della colpevolezza debba discendere da una valutazione di inesigibilità espressamente presa in considerazione dall'ordinamento come ipotesi scusante, per la colpa sarebbe l'esigibilità del comportamento richiesto a rilevare, dall'interno, per fondare – *rectius* escludere – il giudizio di rimproverabilità.

A dispetto della differente ampiezza dei fattori suscettibili di disinnescare la responsabilità in forza dell'inesigibilità della condotta, aspetto su cui si tornerà⁵³, sembra però che in entrambi i casi la concomitanza di fattori anomali rappresenti un elemento esterno, che incide in negativo sulla addebitabilità di un fatto altrimenti perfettamente imputabile, anche a livello soggettivo, al suo autore⁵⁴. Nel dolo ciò dipende dall'esistenza di una volontà, coartata ma pienamente integrata, che il fattore anomalo rende non rimproverabile senza però negare il contenuto rappresentativo e volitivo del fatto: il dolo è quindi sussistente, ma l'inesigibilità esclude il rimprovero in considerazione delle peculiari condizioni in cui versava l'agente e che ne hanno condizionato il volere.

Nella colpa, considerazioni analoghe discendono dal fatto che l'inesigibilità, intesa in senso stretto, «si affianca [...] all'elemento costituito dalle particolari caratteristiche individuali del soggetto ad integrare la c.d. “misura soggettiva” della colpa, conservando rispetto ad esso la peculiarità di non riguardare aspetti della personalità dell'agente, bensì l'eccezionalità di una situazione di fatto che condiziona l'effettiva capacità al rispetto della regola cautelare, che pur non viene meno, non perdendo la sua oggettiva efficacia *erga omnes*»⁵⁵. Tale nozione, in altre parole, dà rilievo a ipotesi in cui è la presenza di una situazione concomitante anomala ad escludere il rimprovero per ciò che, normalmente, si sarebbe potuto pretendere dall'agente in carne ed ossa.

⁵³ V. *infra*, § 3.2.

⁵⁴ «Il dovere di diligenza imposto a chi realizza una determinata attività e la cui violazione è il substrato dell'imputazione colposa porta con sé la necessità di un accurato controllo sulle reali capacità del soggetto nella particolare situazione in cui il fatto si è verificato – ciò per evitare un doppiopione della responsabilità oggettiva –, mentre il dolo si integra automaticamente in presenza dei dati della volontà e della rappresentazione del risultato, lasciando spazio all'inesigibilità solo come fondamento di eventuali scusanti»: G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 239.

⁵⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334 s.,

In entrambi i casi, perciò, l'elemento soggettivo risulta presente, e a venir meno è la sola rimproverabilità soggettiva: a fronte di una volontà effettiva nel dolo e di una prevedibilità-evitabilità concreta nella colpa, l'inesigibilità finisce per escludere – eccezionalmente, appunto – il rimprovero che invece, in condizioni normali, sarebbe perfettamente integrato⁵⁶. Dolo e colpa, in questo senso, si differenzerebbero al più per la diversa consistenza delle circostanze suscettibili di incarnare il concetto di inesigibilità e condurre ad escludere il rimprovero per il fatto: ma sul punto si tornerà a breve⁵⁷.

Quanto poi al reato omissivo, si può anche in questo caso dubitare che il maggior sforzo implicato dal dovere di attivarsi implichi, necessariamente, una visione dell'inesigibilità che devia dalla sua natura eccezionale⁵⁸. In termini generali, infatti, si può condividere l'idea per cui il paradigma omissivo, imponendo l'attivazione del soggetto, comporti di per sé uno sforzo maggiore e uno spazio potenzialmente più significativo di rilievo scusante. Ciò non sembra, però, alterare il rapporto regola-eccezione: anche in questi casi, di norma, il garante che consapevolmente rimanga inerte di fronte ad un fatto materialmente impedibile sarà chiamato a risponderne, salvo che sussista un'ipotesi eccezionale ed anomala che, rendendo umanamente impossibile la condotta doverosa, porti ad escludere la rimproverabilità in capo al soggetto.

Il diverso “peso” dell'azione richiesta, ed il minor disvalore solitamente associato ad un *non facere*, potranno al più imporre, in sede di accertamento giudiziale, una valutazione più stringente dell'inesigibilità della condotta e maggiori spazi di riconoscimento della sua operatività, ma questa sarà pur sempre invocata in via residuale, in presenza di una possibilità materiale comunque presente e di un'antigiuridicità che non sia esclusa in virtù dell'operatività di una specifica causa di giustificazione.

2.5.1. (Segue) Riflessi dogmatici: inesigibilità “in astratto” e “in concreto”

Le riflessioni appena svolte portano necessariamente ad interrogarsi sui riflessi dogmatici della nozione di inesigibilità in relazione ai vari tipi di reato considerati.

⁵⁶ Riportando il tema alla distinzione teorica tra “rovesci negativi di altrettanti elementi positivi della colpevolezza” e autentici “elementi negativi” del giudizio stesso, sembra allora che l'inesigibilità sia da riferire, tanto in rapporto al reato doloso che a quello colposo, a quest'ultima categoria: così, in particolare, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 299. Sul punto, ancora di recente, anche R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, cit., 12 ss.

⁵⁷ V. *infra*, § 3.2.

⁵⁸ In questo senso E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”, cit., 137 ss.

Si è già avuto modo di osservare, nel corso del lavoro, come la dottrina dell'inesigibilità abbia conosciuto, storicamente, un'evoluzione significativa sul piano dogmatico, arrivando progressivamente a svincolare il concetto dalla sua appartenenza sul solo fronte della colpevolezza⁵⁹; a partire dalla considerazione dell'inesigibilità quale "principio regolativo", si è infatti argomentato a favore di una ricostruzione dell'istituto capace di valorizzarne i riflessi su ogni piano della dogmatica. Si è così sostenuto che la logica dell'inesigibilità può talora filtrare e collocarsi già al momento della valutazione del fatto tipico, come nelle fattispecie di reato connotate dalla "valvola respiratoria" della giusta causa⁶⁰, o su quello dell'antigiuridicità⁶¹, in particolare per quanto riguarda la struttura del reato omissivo improprio⁶².

Quanto al riconoscimento di un ruolo attivo dell'inesigibilità già a livello di descrizione del fatto tipico, tale impostazione finirebbe per attribuire al concetto medesimo la capacità di limitare, in astratto e dall'interno, il contenuto del comando legale. L'esigibilità verrebbe intesa, in questo senso, come canone che si rivolge in prima battuta al legislatore, nel momento in cui costui si adopera alla selezione delle condotte incriminate e nella costruzione di un precetto generale, condizionato dall'esistenza di circostanze ambientali e concrete che rendono inesigibile il fatto⁶³.

Tale assunto merita, però, di essere messo in discussione. Quando si parla di inesigibilità in senso proprio, invero, si tratta sempre di indagare la «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»⁶⁴. Nella sua essenza, perciò, l'inesigibilità implica l'emersione di un caso

⁵⁹ V. *supra*, Cap. 1, §§ 3 ss.

⁶⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 52.

⁶¹ E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem", cit., 98, secondo cui l'inesigibilità non sarebbe «un'*autonoma* causa di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza, né, meno che mai, istituto dotato del "dono dell'ubiquità" e capace di intervenire in ogni settore del fatto di reato, ma strumento interpretativo nell'ambito della categoria delle scriminanti. L'inesigibilità, in tale contesto, è il "grado di misurazione" oggettivo e generale dell'antidoverosità della condotta».

⁶² G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 312 ss. Si veda anche la posizione di E. MEZZETTI, "Necessitas non habet legem", cit., 98, secondo cui l'inesigibilità non sarebbe «un'*autonoma* causa di esclusione dell'antigiuridicità o della colpevolezza, né, meno che mai, istituto dotato del "dono dell'ubiquità" e capace di intervenire in ogni settore del fatto di reato, ma strumento interpretativo nell'ambito della categoria delle scriminanti. L'inesigibilità, in tale contesto, è il "grado di misurazione" oggettivo e generale dell'antidoverosità della condotta».

⁶³ Risulta interessante, sul punto, la riflessione della dottrina spagnola; si veda, in particolare, T. AGUADO CORREA, *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004, 45 ss., sottolineando in particolare la stretta interconnessione ravvisabile tra proporzionalità e esigenza: dinnanzi a una condotta inesigibile in astratto, sarebbe sempre sproporzionata la pena prevista in astratto, posto che non si possono punire le condotte che non possono esigersi dal cittadino medio, cui l'ordinamento non chiede di comportarsi da eroe.

⁶⁴ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 10.

concreto che sfugge alla regola astratta: questa rimane vincolante *erga omnes* e non avrebbe motivo di essere incisa dalla considerazione della difficoltà umana che si manifesta in singoli e marginali casi di disallineamento tra la concretezza del mondo reale e l'asetticità della legge. La mancanza di punizione che consegue alle ipotesi riconducibili all'inesigibilità, cioè, «non tange assolutamente l'imperatività dell'obbligo»⁶⁵ e la vincolatività della regola, al cui rispetto il resto dei consociati è certamente tenuto; e la difficoltà del singolo potrà tradursi, al più, nella non punibilità di un'offesa pienamente integrata dal punto di vista oggettivo, che conseguentemente viene esclusa sul solo fronte della rimproverabilità individuale.

È vero che «un effettivo limite sostanziale al dover essere della norma potrebbe in effetti riscontrarsi qualora un'intera categoria di persone fosse priva, alla luce di una considerazione generalpreventiva realistica, della capacità di essere motivata al comportamento prescritto»⁶⁶. Nessuna norma, in effetti, potrebbe «nella fase di minaccia della sanzione, [...] ricollegare quest'ultima al verificarsi di un evento lesivo senza tenere in minimo conto l'oggettiva, non la personale, inesigibilità di un comportamento atto ad evitare l'evento indesiderabile»⁶⁷; ma si tratta, evidentemente, di un concetto molto distante dall'idea di impossibilità personale e contestuale di cui si informa la prospettiva dell'inesigibilità in senso stretto. Ne discende che, in astratto, l'imperativo dell'esigibilità rivolto al legislatore potrebbe, al massimo, fungere da limite alla creazione di ipotesi delittuose basate su pretese, *ex ante* e in generale, eccessive.

Anche sul versante della colpa, chiare esigenze di uniformità ed uguaglianza impongono di ricostruire, a monte, doveri di cautela indifferenziati, per quanto ritagliati su un parametro di *homo eiusdem* funzionale ad un avvicinamento del giudizio al piano delle capacità individuali dell'agente: sebbene nella definizione dello standard su cui ritagliare la cautela doverosa si faccia riferimento al «bagaglio di *conoscenze* e di *capacità* oggettivamente esigibili ai membri ideali [...] di determinati gruppi sociali o professionali»⁶⁸, il rimando è, ancora una volta, ad un giudizio condotto in senso astratto e generalizzante rispetto al singolo agente concreto.

⁶⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 171. Interessante, sul punto, anche la riflessione di J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 811 s., dove si sostiene che, mentre le cause di giustificazione creano un'eccezione della norma nel senso che le relative decisioni costituiscono precedenti su cui i consociati possono fare affidamento, le scusanti lasciano la norma intatta, trattandosi di «*judgment in the particular case that an individual cannot be fairly held accountable for violating the norm*».

⁶⁶ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 55.

⁶⁷ M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 57 s., e ancora 66, dove si afferma che «motivabilità a livello generale e motivabilità soggettiva trovano così diversificate concretizzazioni sul piano del precetto (e dell'illecito) e su quello della valutazione della responsabilità (colpevolezza)».

⁶⁸ A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Prospettive per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 70.

La prospettiva dell'inesigibilità si esprime, anche in questo senso, come concetto "di categoria", valido a connotare la misura di quanto si può pretendere da una cerchia – più o meno ampia, ma pur sempre astratta ed impersonale – di agenti, non certo come impossibilità concreta e individuale del soggetto in carne ed ossa.

Al momento della tipicità, così configurato, segue necessariamente un rimprovero di tipo personale, il quale potrà eventualmente essere escluso laddove, alla luce delle peculiarità del contesto in cui si è trovato ad operare l'agente in carne ed ossa, a questi non potesse essere richiesto un comportamento differente⁶⁹; e ciò non solo nei casi in cui, ad un giudizio individualizzato, si ritenga vengano meno la prevedibilità e la evitabilità in concreto, ma anche quando, a fronte di danni prevedibili ed evitabili, l'anomalia ha condotto ad operare una scelta in una condizione di contesto problematica⁷⁰. È in questo senso che si esprime, anche nel contesto del reato colposo, l'inesigibilità in senso stretto.

Sembra, dunque, che esigenze fondamentali di tenuta del sistema impongano, tanto sul fronte del dolo che su quello della colpa, «un autonomo momento di standardizzazione di regole giuridiche di comportamento [che] appare indispensabile per non far perdere alle norme di diritto penale la funzione di motivazione nei confronti dei consociati»⁷¹. Diversamente opinando, invero, «la norma rinunzierebbe [...] a porsi quale *regola* di condotta per la *generalità* dei consociati, con il risultato paradossale di una polverizzazione dell'imperativo in tanti imperativi quanti sono i potenziali destinatari»⁷².

⁶⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 331, dove si critica la tesi che vorrebbe valorizzare l'inesigibilità della condotta tanto sul piano della limitazione del dovere oggettivo quanto su quello del rimprovero soggettivo: «delle due l'una: o si ritiene veramente che ogni fattore soggettivo ed individuale incida sull'esistenza del dovere oggettivamente inteso (relativizzandone completamente la misura) ed allora non si vede perché allo stesso scopo non debbano contribuire gli elementi che influenzano la determinazione del soggetto secondo la norma, e quindi non vi sarebbe alcun reciproco contatto tra esigibilità e colpevolezza nella colpa; oppure si punta a mantenere la distinzione tra un aspetto oggettivo e un aspetto soggettivo del dovere di diligenza [...] ed in tal caso per il primo di essi non può che valere una misura generalizzata [...] e pertanto non influenzabile dal criterio dell'esigibilità, la cui funzione rimane quella di affinare il giudizio sulla misura soggettiva del dovere di diligenza che determina la sussistenza o meno della colpevolezza nei fatti colposi».

⁷⁰ Qui il *focus* deve rivolgersi alla situazione di fatto, e al suo modo di influenzare la capacità individuale di adeguarsi allo *standard* cautelare, come sottolineato anche da G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 334, che esclude così il rilievo di aspetti della personalità dell'agente.

⁷¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 325.

⁷² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 206. Ma si veda anche D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg. pen.*, 7 febbraio 2025, dove si legge che la «tipicità oggettivo-soggettiva (c.d. misura oggettiva della colpa) [...] ha pur sempre la funzione di rappresentare una regola di comportamento preventivo-cautelare rivolta a tutti (per lo meno: a tutti gli appartenenti alla cerchia sociale di riferimento, ricavata sulla base della differenziata e specifica attività svolta in concreto dall'agente reale)», ritenendo di conseguenza che «una regola di comportamento [...], se individualizzata nel momento della valutazione di tipicità, rischierebbe di perdere la sua capacità "conformativa».

Minori obiezioni solleva invece un ordinamento che, a fronte di divieti e comandi costruiti in maniera generalizzata, destini al giudizio di colpevolezza la questione della umana e individuale possibilità di adeguarsi a tali precetti, coniugando efficacemente «generalizzazione dell'aspettativa e individualizzazione del rimprovero»⁷³. Quando si discute dell'inesigibilità della condotta, del resto, è la relazione tra singolo individuo e norma ad essere oggetto di speciale attenzione⁷⁴: e non vi è categoria migliore della colpevolezza, intesa appunto come sede della valutazione relazionale soggetto-legge⁷⁵, per ospitare le riflessioni che naturalmente seguono alla constatazione della possibile interruzione della comunicazione tra i due poli del rapporto, e la volontà del diritto penale di occuparsene apertamente.

Quanto, invece, al ruolo dell'inesigibilità in seno all'antigiuridicità, sembra necessario opporsi alla contaminazione di tale categoria con concetti che ne contraddicono la natura intrinsecamente oggettiva⁷⁶. Anche in questo caso, invero, aver ricondotto tale nozione ad una impossibilità, personale e concreta, di conformarsi ad una pretesa comportamentale che resta valida per il resto dei consociati conduce l'interprete ad una soluzione orientata a negare l'influsso dell'inesigibilità sul fronte dell'antigiuridicità, per tornare a collocarlo su quello della colpevolezza: basti considerare che, nella distinzione essenziale tra cause di giustificazione e scusanti in cui si riflette la dicotomia antigiuridicità-colpevolezza, solo le seconde «non limita[no] in alcun modo la portata dell'imperativo, che viene anzi riaffermato attraverso la dichiarazione di “illegittimità” dell'atto»⁷⁷.

⁷³ A. PERIN, *Prudenza*, cit., 104.

⁷⁴ Come sostenuto da M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 587, «la scusa, in tali ipotesi, non riguarda il 'fatto', che resta tipico, antigiuridico e (*stricto sensu*) doloso o colposo, ma l'autore»; analogamente, nella riflessione degli ordinamenti di *common law*, P.H. ROBINSON, *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in 82 *Columbia Law Review*, 199 (1982), 229 («*acts are justified; actors are excused*»). Si veda anche J.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, cit., 798, dove si legge che «*the focus of the excuse is not on the act in the abstract, but on the circumstances of the act and the actor's personal capacity to avoid either an intentional wrong or the taking of an excessive risk*».

⁷⁵ Si veda, di recente, R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, cit., 7, ove si afferma che, a differenza delle categorie della tipicità, antigiuridicità e punibilità – tutte in mano al legislatore e funzionali alle ragioni del punire –, la colpevolezza «consente che all'interno del reato basato sulle ragioni del punire penetri la persona contrapposta al punire».

⁷⁶ Sostiene che la logica fondante le cause di giustificazione sia «saldamente ancorata ad un'ottica 'oggettivistica'», F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 324.

⁷⁷ Testualmente F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 286, riportando l'argomentazione di A. ESER, *The issue of distinguishing between justification and excuse*, in A. ESER – J.P. FLETCHER (a cura di), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, 33. Secondo il primo, nondimeno, anche ove fondata su una situazione scusante «l'effetto di una sentenza assolutoria [...] non è affatto circoscritto al *singolo* imputato, ma finisce inevitabilmente per *modificare* il comportamento della generalità dei consociati, inducendo coloro che si trovano nelle medesime condizioni a commettere analoghe condotte confidando nella propria futura impunità».

Neppure la peculiarità del reato omissivo improprio sembrerebbe idonea a traslare considerazioni di natura personale, legate alla possibilità di muovere un rimprovero a chi non poteva agire altrimenti, sul versante oggettivo dell'illiceità del fatto. Nelle ipotesi in cui, ferma la possibilità materiale di intervenire⁷⁸, le circostanze concrete rendano umanamente inesigibile chiedere al garante lo sforzo che servirebbe a evitare l'evento, sembra più corretto ricondurre alla prospettiva della mancanza di colpevolezza la *ratio* della non punibilità.

La valutazione rifletterà, cioè, un'impossibilità morale, condizionata all'esistenza di una contropinta, capace di condizionare l'agire del soggetto in quanto fondata su un valore che, oltre ad essere "esistenziale" per costui, è anche meritevole di comprensione da parte dell'ordinamento: di qui la rinuncia a punire un individuo che non appare, in concreto, rimproverabile per la propria condotta, la quale resta, però, oggettivamente tipica ed antiquaria.

2.6. Inesigibilità come concetto quantitativo vs. qualitativo: rilievo attenuante dell'inesigibilità

Un'ultima prospettiva che merita attenzione è, infine, quella che indaga il ruolo dell'inesigibilità in relazione al momento commisurativo della sanzione, sul presupposto che «il fatto risult[a] [...] *più o meno colpevole* in ragione *anche* dell'*intensità* e della *qualità* dei motivi che hanno indotto l'autore alla sua commissione»⁷⁹. In termini generali, infatti, non vi sono argomenti per escludere che, a fronte di un reato integrato sotto il profilo oggettivo e soggettivo, la logica dell'inesigibilità possa giocare un ruolo sul fronte della quantificazione della pena, conducendo ad un'attenuazione della stessa che tenga conto della difficoltà in cui versava il singolo e delle circostanze che, pur senza escludere radicalmente la rimproverabilità, tuttavia scemino il disvalore soggettivo del fatto⁸⁰; se rapportata alla misura della pena, è chiaro che l'idea di inesigibilità viene ad essere declinata in ragione di una

⁷⁸ Si veda però F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 275, che riconduce a ipotesi di assenza di colpevolezza anche le cause che annullano la possibilità fisica di adempiere al precetto, ritenendo che, in simili casi «il "fatto" di reato sia già compiutamente integrato dal mancato compimento della condotta doverosa o dal mancato impedimento dell'evento, dovendosi riservare in sede di colpevolezza l'accertamento della possibilità di adempimento: e allora forza maggiore e costringimento fisico opererebbero in quella sede come meri "*rovesci negativi*" del dolo e della colpa».

⁷⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 308.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, A. SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburg, 2009, 305, dove l'Autore rileva il fatto che si possa, proprio a livello di condanna, dare rilievo alle circostanze specifiche del caso concreto.

proporzionalità graduabile, abbandonando l'ottica di *aut-aut* secondo cui una condotta è in assoluto esigibile, o non lo è⁸¹.

Il terreno della quantificazione della pena, da questo punto di vista, sembra prestarsi in maniera particolarmente efficace alla valorizzazione della nozione di inesigibilità in senso graduale. In relazione alle c.d. cause “parzialmente scusanti”⁸², invero, essa sarebbe da intendersi come minore o ridotta capacità morale di rispettare la norma penale e non anche come radicale compromissione di tale possibilità. Da questo punto di vista, perciò, la scelta di ancorare l'inesigibilità ad un concetto quantitativo – e non anche qualitativo – parrebbe adattarsi meglio ad un giudizio che, nel guardare alle difficoltà del singolo, non mette in dubbio l'esistenza di un margine, seppur ridotto, di possibilità di conformarsi alle aspettative sociali⁸³.

Del resto, in caso di inesigibilità, la decisione corretta non è mai del tutto impossibile; è però difficile o drammatica al punto da convincere l'ordinamento della necessità di scusare l'autore della stessa. Almeno *prima facie*, sembrerebbe allora possibile sostenere che la prospettiva dell'inesigibilità, intesa quale condizione personale anomala che diminuisce la libertà di autodeterminazione del singolo senza escludere la capacità materiale di agire altrimenti, meglio si concili ad un inquadramento in seno ad una prospettiva gradualista, che attenua il disvalore del fatto e si riflette sulla sanzione comminata, piuttosto che nell'ottica di un'esclusione radicale della colpevolezza del singolo.

Giocandosi sul piano del *quantum* sanzionatorio, il ricorso a tale schema argomentativo incorrerebbe altresì in minori inconvenienti rispetto a quelli che l'inesigibilità solleva quando viene intesa quale canone che incide sull'*an* della responsabilità. Pur riproponendo i problemi legati ad una concretizzazione dei criteri rilevanti per stabilire il grado di esigibilità, le criticità finirebbero qui per stemperarsi in ragione del fatto che la valutazione verrebbe a giocarsi su un piano da sempre considerato l'emblema della discrezionalità giudiziale⁸⁴, e che implica conseguenze meno drammatiche e radicali di quelle che separano la inflizione di una pena dalla prospettiva di una impunità assoluta.

⁸¹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 338. Si evidenzia, così, una duplice funzione dell'esigibilità: qualitativa, per distinguere i fatti punibili da quelli non punibili, e quantitativa, che «incide, presupposta una condotta esigibile, sulla misura delle conseguenze sanzionatorie».

⁸² F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 309.

⁸³ Sul concetto di “libertà” o “piena signoria sul fatto” come concetto che si attaglia ad una operazione di graduazione più che nella definizione certa del confine tra punibile e non punibile, si vedano le riflessioni di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 295.

⁸⁴ Sul tema dell'art. 133 c.p., quale «paradigma della discrezionalità nel diritto penale», si veda F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 73 ss.; sulle circostanze del reato, si vedano invece i vari contributi raccolti in R. BARTOLI – M. PIFFERI (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato*, Milano, 2016.

Sostituendo alla non punibilità dell'agente la semplice attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, si abbraccia in sostanza una prospettiva di inesigibilità allettante, che consente di infondere un senso di umanità nel ricorso all'arsenale punitivo dello Stato, contribuendo a creare armonia con le norme costituzionali che ne rappresentano il limite intrinseco, senza tuttavia esporsi alle conseguenze più estreme della rinuncia alla pena.

Ci si è già soffermati a considerare, del resto, in che modo l'esclusione della colpa lieve dall'ambito della rilevanza penale potrebbe veicolare uno spazio più significativo di individualizzazione e offrire così maggior respiro al concetto stesso di inesigibilità, considerato alla stregua di «comune denominatore»⁸⁵ di tutti i vari indici elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per dar consistenza al concetto di gravità⁸⁶. Nel contesto dell'illecito doloso, questa prospettiva non pare meno allettante, essendosi peraltro evidenziato⁸⁷ come un preciso aggancio normativo si possa rinvenire, allo stato attuale, tanto nell'art. 62, n. 1, c.p., nella parte in cui correla la diminuzione della pena al particolare valore morale e sociale dei motivi, quanto nell'ampia cornice delle attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.* e nel più generale riferimento ai “motivi” di cui all'art. 133 c.p.⁸⁸

La pur apprezzabile valorizzazione di una dimensione gradualista dell'inesigibilità non deve però tradursi in una svalutazione eccessiva del ruolo che tale nozione dovrebbe giocare già a monte, nell'esclusione *tout court* della rimproverabilità e del reato.

Già in relazione al reato colposo, ricondurre all'ipotesi di colpa lieve le situazioni che incarnano il canone di inesigibilità porta con sé un rischio concettuale pregnante. La valutazione relativa al grado della colpa presuppone infatti integrata, sia dal punto oggettivo che soggettivo, la colpa stessa⁸⁹; con la conseguenza che, insistendo in modo eccessivo sulla prospettiva gradualista, anche condotte radicalmente incolpevoli rischierebbero di essere qualificate come forme lievi di colpa, andando esenti da pena solo in virtù della limitazione operata dalla legge⁹⁰.

⁸⁵ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 337.

⁸⁶ V. *supra*, Cap. 3, § 2.3.

⁸⁷ V. *supra*, Cap. 2, § 4.

⁸⁸ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 309, in cui porta altresì l'esempio della provocazione e della suggestione della folla in tumulto. Si rinvia alle considerazioni svolte *supra*, Cap. 2, § 4.

⁸⁹ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 118, dove si legge che «il grado della colpa [...] incide su un momento – quello della commisurazione – che presuppone già risolti affermativamente i giudizi di tipicità e colpevolezza. Cosicché, tener conto dell'esigibilità del comportamento dell'agente unicamente in sede di commisurazione della pena significa ammettere che [...] sussista una responsabilità penale».

⁹⁰ Di un *net-widening effect* parla M. CAPUTO, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1187.

Fuori dal campo della responsabilità sanitaria, dove tanto il riconoscimento dell'inesigibilità scusante quanto di quella incidente sulla gravità della colpa conducono oggi al medesimo risultato pratico, tale impostazione di pensiero rischierebbe di provocare un effetto indesiderato di sistema. Ove si riconoscesse a certi fattori di inesigibilità il solo effetto di incidere sul grado della colpa, ciò porterebbe a escluderne il rilievo in tutti settori, diversi da quello della responsabilità sanitaria, in cui un'analoga limitazione alla sola colpa grave ancora manca⁹¹: la valorizzazione del versante soggettivo del rimprovero colposo, da sempre negletta nella giurisprudenza, ne uscirebbe ulteriormente depotenziata.

Parimenti, anche l'ambito del dolo richiederebbe una particolare cautela nell'individuazione dei casi in cui la prospettiva dell'inesigibilità non sia integrata nella sua interezza, al punto da escludere la punibilità del fatto, ma possa comunque riflettersi in un'attenuazione del trattamento sanzionatorio: anche in questo caso, infatti, la differenza finirebbe per giocarsi sul piano delicatissimo che separa la prospettiva di una condanna, seppur attenuata nella misura della pena inflitta, da quella radicalmente opposta di una assoluzione per carenza di colpevolezza del suo agente.

La prospettiva dell'inesigibilità come concetto deputato a svolgere una funzione *quantitativa*, di riduzione della sanzione comminata per un fatto che evidenzia un certo grado di difficoltà in capo all'agente, sembrerebbe in definitiva valida e valorizzabile solo in chiave residuale, senza però trascurare o svalutare il ruolo, ben più significativo, che tale nozione è chiamata a giocare sul fronte *qualitativo*, di esclusione del rimprovero e della responsabilità penale dell'autore di un fatto tipico ed antigiuridico.

3. Prospettive *de iure condito*...

Appurata la necessità di valorizzare la funzione qualitativa dell'inesigibilità, quale istituto idoneo a escludere radicalmente la pena per il soggetto che violi una norma penale in specifiche condizioni di contesto che lo rendono non rimproverabile, e la preferenza accordata alla collocazione della stessa sul piano della colpevolezza, occorre ora interrogarsi brevemente sulle possibilità dischiuse, a livello interpretativo e in ottica di riforma, dall'ordinamento italiano.

⁹¹ Fuori dal settore della colpa medica, in effetti, quel che resta è il solo richiamo all'art. 2236 c.c. quale regola di esperienza che permea l'esecuzione di ogni attività di particolare complessità tecnica o svolta in un regime emergenziale, ma l'esame della giurisprudenza mostra chiaramente l'impatto esiguo che tale norma ha giocato sulla soluzione concreta di casi di imperizia estranei all'universo sanitario: lo rileva, in particolare, la sentenza sulla Commissione Grandi Rischi, Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 2016 (ud. 19 novembre 2015), n. 12748.

Prendendo le mosse da una prospettiva *de iure condito*, è evidente che alcuni istituti possono giovare alla prospettiva dell'inesigibilità, se interpretati in modo conforme alle caratteristiche di cui si è detto. In questo senso, naturalmente, l'inesigibilità godrebbe di spazi maggiori laddove non la si relegasse sul piano di poche scusanti settoriali, ma la si associasse ad una prospettiva di parte generale, donando maggiore respiro alla categoria e alle sue conseguenze pratiche.

Si pensi alla tesi dottrinale favorevole ad una rilettura della forza maggiore, *ex art. 45 c.p.*, come forza maggiore vincibile, esaminata a proposito dei reati di omesso versamento⁹², o alle voci favorevoli a ricostruire l'art. 54 c.p. in chiave scusante⁹³: in entrambi i casi, la prospettiva dell'inesigibilità filtrerebbe attraverso istituti a carattere generale, capaci di incidere, almeno potenzialmente, su un novero di reati e situazioni concrete ben più significativo di quanto facciano oggi le poche scusanti riconosciute nell'ordinamento italiano.

La prospettiva di un recupero in via ermeneutica dell'inesigibilità, quale canone che informa gli istituti suddetti, non sembra però superare ogni possibile obiezione⁹⁴. Certo, negli anni non sono mancati tentativi, tanto dottrinali quanto giurisprudenziali, di sfruttare l'ambiguità testuale dell'art. 54 c.p. e far emergere così, a disposizione invariata, una lettura in chiave scusante dell'istituto⁹⁵. Si tratta, però, di un approccio che finisce per scontrarsi con un dato incontrovertibile: la logica della proporzionalità oggettiva tra valore sacrificato e valore salvaguardato sembra riportare il discorso sui binari della giustificazione, opponendosi alla prospettiva scusante che vorrebbe rileggere tale requisito in termini di «conveniente rapporto di equilibrio»⁹⁶ tra interessi confliggenti o di una non meno generica idea di «“comprensibilità” del fatto dal punto di vista etico-sociale, alla luce della capacità di resistenza di fronte ai pericoli che si può ragionevolmente attendere da un individuo medio»⁹⁷.

Quanto poi all'art. 45 c.p., la prospettiva che vorrebbe servirsi di questa norma per dar voce al concetto di inesigibilità si scontra con il limite della sua radicale vaghezza; di fronte ad una disposizione così generica, sembra che il problema della concretizzazione

⁹² S. BOLIS, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2021, 1, 40 ss.: v. *supra*, Cap. 4, § 3.1.

⁹³ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 581 ss.

⁹⁴ In senso contrario alla prospettiva di una interpretazione analogica dell'art. 54 c.p., stante la natura di causa di esclusione della antigiuridicità, si veda ad esempio G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 363.

⁹⁵ Sul punto, v. *supra*, Cap. 2, § 3.1.3.

⁹⁶ A. MOLARI, *op. cit.*, 80.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 597.

dell'inesigibilità raggiungerebbe la sua espressione massima, abbandonando il giudizio ad una discrezionalità prossima all'arbitrio⁹⁸.

4. ...e *de iure condendo*: uno sguardo ai tentativi del passato

Non resta allora che riflettere, in ottica *de iure condendo*, sul ruolo che la legge dovrebbe venire a svolgere nel confronto con l'inesigibilità⁹⁹.

Nella riflessione relativa all'impatto dell'inesigibilità nell'ordinamento italiano, sembra che la limitazione di tale principio agli effetti veicolati da norme positivamente previste finisca per soffrire primariamente il limite rappresentato dall'assenza di una fattispecie analoga allo stato di necessità di cui al § 35 StGB¹⁰⁰, capace di catalizzare le questioni relative all'impossibilità morale di agire altrimenti, in condizioni che incarnano un pericolo per sé o un proprio caro. Evidenziati i limiti che si oppongono ad una lettura in chiave scusante dell'art. 54 c.p., è alla possibile codificazione di una apposita causa di esclusione della colpevolezza che deve orientarsi la riflessione.

Sul punto, la riflessione merita di prendere le mosse dai progetti di riforma del codice penale che, già in passato, avevano tentato di attribuire duplice rilievo allo stato di necessità, riconoscendo espressamente due esimenti autonome di stato di necessità, aventi significato dogmatico distinto. Nello schema predisposto dalla Commissione Pagliaro del 1992¹⁰¹, ad

⁹⁸ La disposizione, oltretutto, appare più consona a un giudizio circa la dominabilità di emozioni improvvise e impulsi emotivi, più che di decisioni ragionate e sofferte. Si veda, in particolare, D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., 218 s., in cui l'Autore ritiene che, così facendo, si potrebbe far «riacquistare vigore a una disposizione altrimenti quasi superflua o costruita su concetti ormai “desueti”». Al pari di quanto affermato con riferimento alla colpa incosciente (v. *supra*, Cap. 3, § 2.2.) sembra possibile sostenere che tale condizione appartenga al discorso sull'inesigibilità intesa in senso ampio, in rapporto alla possibilità di controllare i propri impulsi a fronte di situazioni che scatenano reazioni emotive di difficile gestione, più che al dilemma di chi sia chiamato ad una scelta, sofferta ma cosciente, tra il sacrificio di un bene proprio o di un proprio caro e la violazione di una norma penale.

⁹⁹ Sul punto, non è mancato in passato chi ha sostenuto che «la non esigibilità è certamente un canone che deve guidare la mano del legislatore nella produzione di norme socialmente accettabili, ma che deve necessariamente cedere il passo una volta che determinate scelte di politica criminale siano compiute, allorquando la norma penale sia ormai scritta: così A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 564.

¹⁰⁰ Lo rileva G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 352, dove si sottolinea che la lacuna impone talora ai giudici soluzioni originali, ma non sempre del tutto coerenti, per tentare di risolvere i casi di motivazione anomala dell'autore del reato.

¹⁰¹ Si veda, in particolare, G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 365 ss. Minori spunti si traggono nel disegno di legge di iniziativa dei senatori Riz ed altri, di cui la dottrina ha rilevato criticamente una certa illogicità: E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 311. Quanto al Progetto Grosso, negata ogni cittadinanza alla *Differenzierungstheorie*, esso sembra disinteressarsi del problema della qualificazione dogmatica dello stato di necessità, pur disegnando una esimente che presenta i caratteri dello stato di necessità «oggettivo-giustificante»: così nuovamente E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 313; ma si veda anche E. VENAFRO, *op. cit.*, 176. Sul tema, anche M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel “Progetto Grosso”*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 53 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sulla*

esempio, veniva proposta una distinzione tra stato di necessità giustificante (art. 16, n. 4) e stato di necessità cogente (art. 17, n. 3)¹⁰², inteso in chiave di scusante destinata a operare in situazioni in cui, «essendo impossibile l'esclusiva valutazione degli interessi in conflitto, la non totale neutralizzazione dell'offensività del fatto si è accompagnata da nitidi profili di non riprovevolezza del contegno tenuto»¹⁰³.

Coerentemente con la natura rispettiva dell'una e dell'altra ipotesi, la necessità scriminante veniva improntata a una logica di prevalenza pura, in cui la comparazione era ammessa per ogni tipo di bene, mentre nel secondo caso essa appariva circoscritta alla vita, alle gravi aggressioni all'integrità fisica, alla libertà personale e sessuale; al contempo, solo il soccorso di necessità scusante era limitato, sul piano soggettivo, a persone vicine all'agente. Si parlava, a tal proposito, di una «necessità cogente, nella ipotesi che il soggetto abbia commesso il fatto per salvare sé od altra persona a lui legata da speciali vincoli affettivi, dal pericolo attuale, non altrimenti evitabile né volontariamente causato, di morte o di danno grave all'integrità fisica o alla libertà personale o sessuale, purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso»¹⁰⁴.

In seguito, la centralità della distinzione tra le due possibili dimensioni dello stato di necessità è stata ribadita nel progetto Nordio, che ha tenuto concettualmente – e topograficamente – separati l'ambito di rilevanza della necessità giustificante *ex art. 32*, connotata dal carattere specifico della proporzionalità, e il suo rovescio scusante, previsto all'art. 39, ai sensi del quale «fuori dai casi di liceità, è scusato chi commette il fatto di reato perché costretto dalla necessità di soccorrere un congiunto o altra persona legata da speciali vincoli affettivi, per salvarli dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, sempre che il pericolo non sia stato volontariamente causato dall'agente e non sia altrimenti evitabile».

Da ultimo, infine, anche la Commissione Pisapia ha riproposto una distinzione netta tra cause di giustificazione (art. 15) e scusanti (art. 16), ricomprendendo tra queste ultime «la necessità cogente, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia commesso il fatto per salvare sé od altra persona a lui legata da speciali vincoli affettivi, dal pericolo attuale, non altrimenti

sistemica del reato e sulla rilevanza delle scusanti nel progetto preliminare di riforma della parte generale, in A. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, Napoli, 2003, 251 ss.

¹⁰² E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 307. Sul tema delle cause soggettive di esclusione della responsabilità, A. CAVALIERE, *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1478 ss., e in particolare 1484, dove si afferma testualmente che «all'inesigibilità è senz'altro riconducibile la previsione dello stato di necessità scusante».

¹⁰³ E. MEZZETTI, “Necessitas non habet legem”?, cit., 308.

¹⁰⁴ Art. 17, n. 3 del Progetto.

evitabile né volontariamente causato, di morte o di danno grave all'integrità fisica o alla libertà personale o sessuale, purché l'interesse salvato presenti una sostanziale equivalenza rispetto a quello offeso, stabilendo che non si escluda la responsabilità di chi agisca per salvare se stesso, avendo un particolare dovere di esporsi al pericolo»¹⁰⁵.

È proprio dalle proposte suddette che merita di muovere, allora, una proposta che intenda riflettere sulla positivizzazione di un istituto che dia voce alla logica dell'inesigibilità, confrontando in particolare i requisiti dei vari articolati alle caratteristiche essenziali che ci si è sforzati di individuare in queste pagine, e tentando di addivenire così ad una soluzione coerente con le premesse su cui poggia l'indagine.

4.1. Proposte per una nuova ipotesi di necessità scusante

In seno ad un'analisi che tenti di ricondurre “a norma” la logica dell'inesigibilità, il confronto con i tentativi di positivizzazione operati nel passato consente di soffermarsi sui requisiti di ciascuna proposta, domandandosi se gli stessi appaiono coerenti con una visione dell'inesigibilità quale istituto connotato in chiave personale e normativa, incentrato sulla spinta individualistica con cui il soggetto realizza l'offesa ad un interesse tutelato dall'ordinamento in forza di una preferenza soggettiva verso altri valori, meritevoli di considerazione per l'ordinamento medesimo.

Particolarmente apprezzabile, anzitutto, sembrerebbe la scelta – comune alle tre proposte – di non precisare tassativamente i rapporti suscettibili di dare luogo alla condizione di scusa, dando rilievo al concetto più generico di “speciali vincoli affettivi”: nonostante le critiche di una parte della dottrina¹⁰⁶, altri autori hanno messo bene in luce l'importanza di lasciare uno spazio di valutazione privo di vincoli eccessivamente stringenti relativamente al tipo di legame suscettibile di comportare quell'alterazione motivazionale su cui si regge la logica dell'inesigibilità¹⁰⁷.

Sul punto, in effetti, sarebbe auspicabile una disciplina che valorizzi le specificità del caso, senza ingabbiare la risposta emotiva dell'agente in rigidi formalismi e schemi relazionali, falsificabili tanto nell'ipotesi di un rapporto di vicinanza che non si traduca in una relazione formalizzata, quanto nei casi di un rapporto di parentela-affinità che non

¹⁰⁵ Art. 16 lettera b); accanto a tale ipotesi si prevedevano, inoltre, le scusanti dell'ordine illegittimo vincolante, dell'eccesso di legittima difesa per grave turbamento, dell'affidamento nel consenso altrui e dell'ordine del privato in ipotesi di fatto tenue.

¹⁰⁶ C.F. GROSSO, *La riforma delle cause di giustificazione generali*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, 490.

¹⁰⁷ G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 367.

esprima alcuna spinta emotiva¹⁰⁸; in questo senso, non ogni terzo estraneo sarebbe incluso nella protezione offerta dalla norma, bensì solo colui che goda di un rapporto di particolare vicinanza con l'agente, ancorché non formalizzato, lasciando in definitiva al giudice «la valutazione se il vincolo in concreto sussistente tra l'imputato e il beneficiario del soccorso sia tale da rendere plausibile, in capo all'imputato, un turbamento di intensità paragonabile a quello in cui sarebbe incorso ove *egli stesso* fosse stato esposto al pericolo»¹⁰⁹.

Una scelta analoga, del resto, è stata operata nel 1975 anche dal legislatore tedesco: accanto ai prossimi congiunti, invero, il § 35 StGB estende la rilevanza della necessità scusante anche a chi agisca per salvare «*anderem ihm nahestehenden Person*», e dunque qualsiasi persona “vicina” rispetto a cui un perturbamento d'animo possa dirsi sussistente, alla stregua di una verifica in concreto¹¹⁰. Di qui la preferenza per una lettura che ammetta il soccorso verso un terzo, precisando che questo «*in tanto* potrà essere scusato *in quanto* la rappresentazione del pericolo su quegli incombente abbia prodotto un *effettivo* turbamento del processo motivazionale dell'agente»¹¹¹.

Quanto invece al novero di interessi personali suscettibili di attivare la scusante, sembra possibile argomentare a favore di una lettura moderna e non stereotipata dei beni capaci di integrare un “grave danno alla persona”. La stessa dottrina, del resto, riconosce da tempo l'inadeguatezza di una prospettiva che legga nel requisito *ex art. 54 c.p.* un riferimento limitato ai soli danni alla incolumità fisica e alla vita del soggetto, propendendo per un'interpretazione che apre a tutti i beni fondamentali della persona, e cioè agli interessi suscettibili di essere ricollegati alla «persona/individuo nella loro espressione massima di fruizione dei benefici che si raccordano alla piena esplicazione della personalità umana»¹¹²:

¹⁰⁸ G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 367. Analogamente anche E. MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem*”? cit., 173 s.

¹⁰⁹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 600.

¹¹⁰ Lo rilevano, nella dottrina italiana, E. MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem*”? cit., 173; F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 600; si veda anche G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 365 s., dove, in relazione alla dizione del § 13 StGB, si porta l'esempio per «rapporto zio-nipote [...], di convivenza fuori del matrimonio, di stretta amicizia, di lunga comunità di abitazione, di rapporto padrino-figlioccio», escludendo invece «i semplici rapporti di lavoro o di comune militanza politica».

¹¹¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 599.

¹¹² E. MEZZETTI, “*Necessitas non habet legem*”? cit., 193. Sul punto, interessante anche la riflessione di F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 587 che si interroga sulla possibilità ad estendere la scusante a «una gamma di beni *diversi* dalla vita e dall'integrità fisica: dalla libertà personale e sessuale all'onore, al pudore, alla libertà di domicilio e al diritto alla riservatezza, nonché [...] al diritto alla salute, all'abitazione, ad un'adeguata educazione dei minori, ad un'esistenza libera e dignitosa» o addirittura a qualsiasi ‘diritto inviolabile’ della persona *ex art. 2 Cost.*».

seguendo queste coordinate sarebbe possibile superare i limiti che la giurisprudenza ha mostrato, ad esempio, in tema di bisogno economico¹¹³.

Dinnanzi all'*impasse* della scelta tra l'accontentarsi di un catalogo insufficiente ed il rischio di un'estensione a dismisura dell'ambito di rilevanza del pericolo suscettibile di attivare l'esimente, sembra che la soluzione più equilibrata sia ancora quella che si sofferma sui «beni più *intimamente connessi* con la persona fisica, con esclusione dei pericoli di natura più spirituale [...] che normalmente non sono idonei a scatenare – nell'attuale contesto storico e culturale – una pressione motivazionale di intensità tale da far apparire l'imputato immeritevole di pena»¹¹⁴.

Coerente con la ricostruzione offerta appare, invece, la presenza di requisiti di attualità, inevitabilità altrimenti e causazione non volontaria del pericolo: la delimitazione dell'operatività della scusante in questi termini, in fin dei conti, si giustifica ove si consideri che ci si occupa, qui, di «fatti non punibili per una eccezione agli ordinari principi della responsabilità penale e commessi contro un soggetto passivo – che può essere anche lo stesso ordinamento giuridico nelle ipotesi di reato contro beni di natura pubblica – a sua volta portatore di un interesse non trascurabile di rilievo»¹¹⁵.

A tal proposito, sembra però criticabile la conclusione a cui arriva la dottrina tedesca più recente nel sostenere che, ove il famoso caso del cocchiere con il cavallo imbizzarrito si ponesse oggi, non vi sarebbe strada per invocare l'inesigibilità della condotta; a sostegno di tale tesi, si ipotizza in particolare il caso di un camionista, il cui datore di lavoro obblighi a portare a termine una consegna a dispetto del malfunzionamento del veicolo, potenzialmente pericoloso per altri utenti della strada. In questi casi, si sostiene, non potrebbe invocare l'inesigibilità colui che affermi di aver intrapreso il viaggio, rivelatosi poi fatale per un terzo, sotto minaccia di perdere il proprio lavoro, perché sarebbe la normativa giuslavoristica a tutelarlo da tale prospettiva¹¹⁶. A ben vedere, però, una soluzione così *tranchant* non appare coerente con l'idea stessa di inesigibilità quale categoria destinata a operare in considerazione delle specificità del singolo caso concreto: non si può escludere a priori, cioè, che le particolari condizioni di lavoro del singolo, magari privo di un contratto regolare e

¹¹³ Esprime preferenza per la logica scusante, al fine di valutare, con la lente della *compassione*, l'eventuale esenzione da pena per un'occupazione abusiva giustificata dalle condizioni estreme che hanno spinto l'autore del reato, F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 432 s.

¹¹⁴ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 588. Favorevole ad un'estensione anche ai casi di "grave bisogno alimentare", ad esempio, G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 368.

¹¹⁵ G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 367.

¹¹⁶ A. SCHLEE, *op. cit.*, 340.

dipendente da quell'impiego come unica fonte di entrata per sé e la propria famiglia, possano comunque evidenziare una situazione suscettibile di attivare una scusante di necessità.

Si cadrebbe, diversamente, nella retorica vuota delle pronunce che escludono la rilevanza del furto per necessità o delle occupazioni di urgenza sulla base del presupposto, del tutto svincolato da un'analisi del caso concreto, dell'esistenza di possibilità alternative di aiuto e di enti votati all'assistenza in simili casi di bisogno; una retorica che, se in qualche misura può dirsi giustificata ove si riconosca all'art. 54 c.p. la natura di scriminante, meno senso avrebbe dinnanzi ad una necessità intesa in prospettiva scusante, in cui il forte intreccio con la situazione del singolo impone, *a fortiori*, l'abbandono di schemi precostituiti e la verifica puntuale dell'esistenza delle condizioni per "perdonare" l'autore del fatto¹¹⁷.

Quanto alla limitazione dell'applicabilità della disposizione «a chi, avendo un particolare dovere di esporsi al pericolo, agisca per salvare sé medesimo», la previsione di un limite soggettivo di applicazione dell'inesigibilità a coloro che sono tenuti, per professione o funzione svolta, ad affrontare certi pericoli risponde, per le ragioni esposte in precedenza, ad una concezione dell'inesigibilità che riflette la natura normativa del giudizio e la sua correlazione al metro delle aspettative sociali. Nondimeno, sembra che la soluzione prescelta dovrebbe condurre a valorizzare, in qualche misura, la possibile incidenza dell'inesigibilità – e una conseguente attenuazione del dovere di esporsi al pericolo – anche in relazione a tali soggetti, quantomeno laddove sia in gioco la stessa vita dell'obbligato¹¹⁸.

Più problematico risulta, invece, il problema della proporzionalità. Il riferimento alla «sostanziale equivalenza» dell'interesse sacrificato rispetto a quello offeso, presente tanto nel Progetto Pisapia quanto nel Progetto Pagliaro, non convince del tutto; la logica scusante dell'inesigibilità, invero, sembra applicabile anche a ipotesi in cui non sia possibile operare un giudizio di bilanciamento tra gli interessi in gioco, stante l'eterogeneità degli stessi e la natura solo soggettivamente prevalente dell'interesse salvaguardato, nell'ottica individualista del singolo che agisce per salvare sé o un proprio caro¹¹⁹.

¹¹⁷ Nella dottrina spagnola, M. MARTÍN LORENZO, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 16, 329 ss., occupandosi di *miedo insuperable*, sostiene che occorra valutare sempre attentamente l'idoneità in concreto del mezzo alternativo, alla luce delle circostanze del caso: l'A. si occupa, in particolare, dei casi di reato commesso sotto minaccia di morte, in cui la giurisprudenza ha escluso l'esimente ex art. 20.5 CP in virtù della possibilità, per l'imputato, di ricorrere alle forze di polizia per sottrarsi a tale pericolo.

¹¹⁸ Nella dottrina tedesca, si veda N. BOSCH, *Grundprobleme des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB)*, in *Jura*, 2015, 353 s. Sull'estensione della disciplina anche al garante ex §13 StGB, si veda A. BECHTEL, *Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 2019, 55 s., dove si porta l'esempio del genitore che non soccorra il figlio per salvare se stesso.

¹¹⁹ Critico sul punto anche G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 368 s.

Coerentemente con tale premessa, alcuni Autori sostengono l'opportunità di una definizione che metta l'accento, in negativo, sull'assenza di una sproporzione eccessiva tra i beni effettivamente sacrificati e quelli che si sono salvaguardati con l'azione illecita¹²⁰: una soluzione che si lascia apprezzare per la sua coerenza con la visione, normativamente condizionata, del giudizio sotteso all'inesigibilità, che all'intensità dello stimolo perturbativo della motivazione associa pur sempre una valutazione del fatto, operata attraverso le lenti dell'accettabilità sociale del sacrificio che l'azione offensiva porta inevitabilmente con sé.

La riqualificazione, da questo punto di vista, si lascerebbe apprezzare anche sul piano delle conseguenze pratiche che discendono dalla classificazione in termini scusanti delle ipotesi tradizionalmente più problematiche, sul fronte della prassi applicativa. Si pensi, tipicamente, al caso dell'occupazione dell'immobile da parte di chi versi in una condizione disperata, che mette a repentaglio la sua vita o la salute dei propri cari: solo ove venisse configurata in termini scriminanti, intendendo la condotta dell'imputato quale *facoltà* positiva, verrebbe preclusa anche la reazione del proprietario; viceversa, nel caso scusante, questi conserverebbe intatto il diritto di opporsi all'occupazione o invocare l'intervento delle autorità¹²¹.

La soluzione, in questo senso, non sarebbe più fondata su un "disinteresse" verso le vittime, titolari di un diritto che viene reputato soccombente rispetto alla condizione di indigenza altrui, bensì più propriamente su una valorizzazione dello stato di coazione morale in cui versa l'autore del reato, spostando il *focus* sull'idea di inesigibilità soggettiva della condotta doverosa più che sul fronte oggettivo del bilanciamento di interessi.

4.2. (Segue) Il rilievo atipico delle scusanti per il rimprovero colposo

La prospettiva della codificazione di una possibile causa scusante, legata al rilievo dell'istinto di conservazione o all'*affectio parentalis*, sembrerebbe rispondere adeguatamente alla prospettiva dell'inesigibilità così come intesa nella ricostruzione proposta nel presente lavoro, vale a dire quale spinta egoistica alla conservazione di interessi propri o dei propri cari, che impone una preferenza soggettiva considerata dall'ordinamento meritevole di comprensione e di scusa.

Tale prospettiva, tuttavia, merita di essere precisata e arricchita nel confronto con il peculiare ambito di riflessione legato al rimprovero colposo. In relazione a quest'ultimo,

¹²⁰ G. FORNASARI, *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità*, cit., 369.

¹²¹ F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 35; 427.

invero, il rilievo scusante dell'inesigibilità sembrerebbe aprirsi a considerazioni più ampie e, per certi versi, "atipiche", rispetto a quello che si è inteso sostenere fin qui.

Quanto ai contenuti di questo giudizio, sembra infatti che, in relazione alla colpa, finisca per assumere rilievo qualsiasi condizione anomala di contesto suscettibile di tradursi nell'impossibilità dell'agente di conformarsi alla pretesa normalmente valida. Qui, stante l'assenza della volontà anti-sociale che connota il profilo del dolo, riferirsi alla limitazione "individualista-lealista", relativa alla salvaguardia di un interesse proprio o di un proprio caro e richiamata per riempire di contenuto l'inesigibilità in rapporto alle scelte volontarie, non appare confacente. Volendo ricorrere ad un esempio, tanto per l'automobilista che esegua una manovra avventata per portare velocemente il figlio ferito in ospedale, quanto per il medico che sbagli in forza della pressione imposta da un numero spropositato di accessi in Pronto Soccorso, seppur di terzi estranei, sembra che la punibilità del singolo debba venir meno, in virtù dell'assenza di rimprovero associata ad una situazione anomala, che esclude l'esigibilità della condotta.

In relazione alla colpa, cioè, la prospettiva del rimprovero – *rectius* della sua esclusione – finisce per arricchirsi di maggiori contenuti. Del resto, in relazione a fatti per cui la stessa pretesa cautelare è sovente condizionata nel profondo dal contesto di realizzazione del fatto¹²², non si vede come questo possa invece essere "ingabbiato" al momento della valorizzazione delle condizioni che possono scusare l'autore della violazione.

Nonostante il più esteso ruolo che l'inesigibilità parrebbe giocare nel "reame della colpa", sembra ad ogni modo che anche l'ambito dell'illecito colposo possa giovare, in qualche misura, della positivizzazione espressa di una clausola di inesigibilità della condotta doverosa¹²³. Sul punto, guardando nuovamente ai tentativi di riforma del passato, è soprattutto il Progetto Grosso a meritare l'attenzione. In seno alla Commissione, a ben vedere, si era ipotizzata un'ipotesi di inesigibilità generale, riferita a tutti i delitti colposi; nonostante questa possibilità sia stata in seguito abbandonata, per gli eccessivi margini di discrezionalità applicativa che dischiudeva¹²⁴, è interessante segnalare che essa avrebbe voluto precisare che «la colpa è esclusa, nonostante l'oggettiva inosservanza della regola

¹²² Di una «impossibilità, per così dire strutturale, per il legislatore, di fissare una volta per tutte i caratteri dei fatti colposi, a causa dell'indominabile molteplicità di questi e del loro presentarsi in modo diverso a seconda delle irripetibili particolarità del caso concreto», parla G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 138.

¹²³ Già G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 336 rilevava come, seppur non strettamente necessaria, anche in relazione all'ambito del rimprovero colposo la positivizzazione del requisito dell'esigibilità della condotta sembrerebbe la via preferibile. Sul punto si veda anche F. VIGANÒ, *Stato di necessità*, cit., 300.

¹²⁴ I lavori della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 604

cautelare, quando l'agente si è trovato costretto ad agire, senza sua colpa, in una situazione eccezionale di panico o di fortissimo stress emotivo, tale da rendere inesigibile l'osservanza della regola»¹²⁵.

Tentando di arricchire questa prospettiva, rimasta allo stadio embrionale, con le acquisizioni del passato più recente, sembra che la definizione dell'inesigibilità nella colpa possa trarre giovamento dal ricorso alla tecnica normativa utilizzata in seno agli interventi che si sono sforzati di precisare alcuni degli indici suscettibili di integrare il giudizio relativo al grado della colpa. Ci si riferisce a quanto avvenuto, nel contesto pandemico, con l'art. 3-bis del D.l. 44/2021, e, più tardi, con il c.d. Decreto milleproroghe¹²⁶: a dispetto delle criticità rilevate in relazione all'impiego di moduli eccezionali di valorizzazione dell'inesigibilità nella colpa¹²⁷, sembra invero che una simile tecnica redazionale, funzionale ad enucleare specifici "indici di inesigibilità", presenti notevoli vantaggi proprio in relazione al reato colposo, dove la natura atipica del giudizio sulle circostanze concomitanti impone di riconoscere uno spazio più ampio di valutazione, ma l'istanza di certezza suggerisce di muoversi entro un tracciato in qualche misura prestabilito.

Quanto, poi, al contenuto di tali indici, la nozione di inesigibilità potrebbe far tesoro delle indicazioni, ormai consolidate nella giurisprudenza e nella dottrina, relative all'esistenza di un contesto di urgenza-emergenza – anche solo temporanea o contingente – nonché al rilievo delle motivazioni che spingono l'agente.

Resterebbe ferma, in ogni caso, la necessità di vagliare la capacità personale dell'agente di conformarsi alla regola cautelare, alla luce di specifiche condizioni esteriori di contesto e delle ripercussioni interiori a livello motivazionale o psichico, nonché la verifica normativa della meritevolezza dei contro-valori che, pur non giustificando un giudizio di assenza di antigiuridicità, possano ispirare una valutazione in termini di comprensibilità umana e scusa: tutte le caratteristiche, cioè, che si sono tentate di isolare nella ricerca del nucleo concettuale dell'inesigibilità, così da rischiarare almeno in parte l'oscurità che da sempre regna in materia.

4.3. L'inesigibilità come questione di parte speciale

¹²⁵ *I lavori della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998*, cit., 604.

¹²⁶ La soluzione parrebbe confermata, del resto, dalla recente proposta di riforma della Commissione d'Ippolito, in particolare per quanto riguarda l'art. 589-septies, comma 3, c.p.: v. *supra*, Cap. 4, § 2.7.

¹²⁷ V. *supra*, Cap. 4, §§ 2.5. s.

Vi è, infine, un'ultima prospettiva degna di nota che merita di essere riferita, a completamento delle riflessioni svolte sinora in merito al possibile ruolo della legge nel riconoscimento di nuovi spazi codificati di esclusione del rimprovero. Al di fuori dell'ambito del reato colposo e delle scusanti "di parte generale" tipizzate, resta infatti un'ultima possibilità significativa per dar rilievo alla questione dell'inesigibilità, nei settori di disciplina in cui tale prospettiva pare più necessaria. Accanto ad istituti di carattere generalissimo e di definizioni "arricchite" dal riferimento all'esigibilità della condotta, il quadro normativo potrebbe infatti completarsi di scusanti destinate ad operare settorialmente, in relazione a specifiche ipotesi delittuose.

La prospettiva che vorrebbe legare il discorso sull'inesigibilità alla parte speciale del diritto penale, in effetti, era già stata ampiamente valorizzata dalla dottrina che si è occupata del tema in passato¹²⁸, e che ha da tempo sostenuto che «le condizioni di esigibilità di ogni singolo dovere non sono sussumibili sotto categorie generali, non essendovi in realtà un vero e proprio minimo comune denominatore tra quanto si può pretendere ad esempio da chi è tenuto a soccorrere una persona ferita e da chi è chiamato a testimoniare (il vero) nell'ambito di un processo penale»¹²⁹.

L'adozione di una prospettiva "di parte speciale", da questo punto di vista, consentirebbe di adattare il giudizio di inesigibilità – e i suoi contenuti concreti – all'atteggiarsi particolare degli interessi in gioco nel caso di volta in volta considerato. Pur soffrendo di un "difetto congenito" di astrazione, dinnanzi alla molteplicità dei casi che possono chiamare in gioco l'impossibilità soggettiva di adeguarsi alla legge penale, tale prospettiva restringerebbe il campo a specifici sacrifici – quelli relativi al bene giuridico tutelato dalla fattispecie a cui la scusante di parte speciale verrebbe a riferirsi – potendo così individuare con maggiore contezza i contro-interessi destinati ad assumere rilievo da un punto di vista soggettivo¹³⁰.

Dinnanzi agli stringenti confini dello stato di necessità, si potrebbe dunque sostenere che una deviazione rispetto alla rigidità dei presupposti dell'art. 54 c.p., e finanche quelli di una eventuale ipotesi scusante che affiancasse tale scriminante, possa transitare nelle

¹²⁸ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 209. Nella dottrina tedesca, si veda a tal proposito P. FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a.M., 1980, 90.1

¹²⁹ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., 215.

¹³⁰ Riflette sul fatto che la previsione di scusanti in forma legale e tipizzata consentirebbe di «individuare specifici reati ai quali la norma è applicabile oppure selezionare gli interessi perseguiti sia dalla prospettiva dell'autore sia da quelli della persona offesa» anche R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, cit., 18.

esimenti di parte speciale che delineino una particolare composizione, anche in chiave soggettiva, dei valori in gioco.

Si pensi, tipicamente, alla limitata estensione sul piano dei beni giuridici rilevanti ai fini della necessità scusante: non vi è ragione di escludere che a tale rigidità, imposta da ragioni di sistema, possa associarsi un'apertura a beni giuridici ulteriori, in relazione però a singole esimenti speciali, destinate a trovare applicazione in ambiti specifici del diritto penale. In questa prospettiva, in particolare, la previsione di specifiche scusanti di parte speciale potrebbe avere il pregio di delineare, con maggiore puntualità, il giudizio assiologico sottostante a casi in cui i valori in gioco siano espressione di interessi così eterogenei da rendere particolarmente gravoso il vaglio di meritevolezza soggettiva, affidato al giudice del caso concreto.

Si prenda, ad esempio, il problema della rilevanza di interessi quali la continuità di impresa: dinanzi ad un concetto che si colloca al confine tra la sfera patrimoniale e quella personale, e che in quanto tale appare estraneo all'orizzonte tipico della scusante di necessità, la soluzione dell'inesigibilità potrebbe giovare di un'ipotesi esimente *ad hoc*, connotata da requisiti speciali e da un ambito di applicazione oggettiva limitato alle fattispecie a cui un simile giudizio di inesigibilità possa riferirsi. Così, del resto, sembrerebbe almeno in parte avvenuto con la riforma del 2024 e la nuova causa di non punibilità per impossibilità sopravvenuta riferita ai reati di omesso versamento, *ex artt. 10-bis e 10-ter del D.lgs. 74/2000*.

Da questo esempio, si evince oltretutto anche quell'idea di relativizzazione del concetto di inesigibilità, che varia il risultato dell'equazione del rimprovero a seconda del contesto in cui è calato. Per ricorrere ad un esempio, difficilmente al valore della continuità aziendale dell'impresa in crisi sarà possibile fare ricorso per scusare un omesso adeguamento della sicurezza aziendale, mentre lo stesso concetto potrebbe ben più facilmente rilevare sul piano del diritto penale tributario, specie laddove il mancato esborso sia diretto al pagamento delle retribuzioni dei propri dipendenti.

Il peso specifico delle singole variabili in gioco, sul fronte del bene tutelato e dei valori che coartano la volontà dell'autore della violazione penalmente rilevante, finisce cioè per riflettersi sul risultato finale, relativo alla scusabilità o meno della condotta: ne risulterebbe, in definitiva, un sistema più misurato e razionale, in cui anche la prospettiva dell'inesigibilità finirebbe per giocare il ruolo significativo che ad essa dovrebbe riconoscersi in virtù dei valori fondamentali su cui poggia il diritto penale, e che oggi, invece, le è ancora troppo spesso negato.

5. Da *topos* a norma: l'inesigibilità tra legislatore e giudice

Al cospetto di un principio, come quello di inesigibilità, «inadatto all'operatività immediata»¹³¹, sembra, in definitiva, che un equilibrio migliore meriti di essere rinvenuto, e che esso non possa prescindere dalla mediazione parlamentare: nella tensione tra il rifiuto dello «spietato formalismo»¹³² che vorrebbe l'ordinamento cieco di fronte alle difficoltà umane, da una parte, e il doveroso rispetto della separazione dei poteri, coesistente allo Stato di diritto, dall'altra, la ricerca di una composizione si fa cruciale, e parrebbe individuabile nella «presa d'atto da parte del legislatore che queste spinte inevitabili verso la individualizzazione del giudizio e la ricerca di soluzioni sostanzialmente giuste devono trovare uno sbocco normativo che superi le angustie attuali che limitano gravemente la riconoscibilità delle situazioni scusanti»¹³³.

Di fronte al bivio tra la scelta di un modello giudiziale di emersione delle scusanti, che consegna ad una clausola generale – e al giudice che la debba applicare – il compito di valutare quando l'anomalia del contesto possa aver comportato il venir meno della colpevolezza, e un modello legale, che viceversa si sforzi di tipizzare le condizioni suddette, vincolando in misura maggiore la discrezionalità del giudice¹³⁴, quest'ultima appare la strada più equilibrata. Pur confermandosi «un luogo argomentativo a cui fanno riferimento istanze essenziali di equilibrio, proporzione, solidarietà, giustizia sostanziale»¹³⁵, sembra invero che l'inesigibilità non possa rimanere in una dimensione liquida di principio immanente del sistema; al contrario, essa avrebbe bisogno di trovare una corrispondenza nella legge e, in particolare, in specifici istituti che ne incarnino la logica scusante¹³⁶, senza tradire l'ideale della certezza del diritto e la prevedibilità della sua applicazione, oltre che il principio della separazione dei poteri.

¹³¹ S.M. SCORCIA, *op. cit.*, 13, che si dice poi favorevole a una codificazione di nuove ipotesi di non colpevolezza, anche nell'ambito della responsabilità colposa (19).

¹³² G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 393.

¹³³ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 393.

¹³⁴ I due modelli sono esaminati da R. BARTOLI, *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, cit., 17 ss.

¹³⁵ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 364 s. Di inesigibilità come di un principio che «collega il mondo del diritto a quello dell'umana realtà e dell'etica» parlava invece G. VASSALLI, *Colpevolezza (voce)*, in *Enc. Giur.*, Vol. VI, 1988, 24.

¹³⁶ In questo senso, si è sostenuto in dottrina che «l'inesigibilità è, certo, un punto di vista rilevante in sede di produzione legislativa, e filtra nell'ordinamento attraverso le norme che vi si siano ispirate: non può essere invece un grimaldello utilizzabile in sede interpretativa, per arrivare ad esiti di deresponsabilizzazione, al di fuori dell'ambito che il legislatore abbia specificamente riconosciuto»: D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1276. Si veda anche A. PERINI, *Ai margini dell'inesigibilità*, cit., 564.

Appurata la necessità di farsi carico della prospettiva dell'inesigibilità, pertanto, la sua concreta attuazione dovrebbe essere consegnata ad un sistema che ne affronti apertamente la complessità, condensandola, nella proposta di chi scrive, in una scusante legata alla necessità di salvataggio propria o di un proprio caro e in una definizione di colpa che dia rilievo al versante negativo dell'esclusione del rimprovero soggettivo. Al di fuori dei casi ricompresi in quest'ambito, resterebbe ferma non solo la prospettiva "residuale" della ridotta esigibilità come componente del giudizio di commisurazione della pena, ma anche l'operatività di speciali cause di esclusione della colpevolezza riferite, di volta in volta, a interessi peculiari e a specifici bilanciamenti di valore: proprio perché intrisi della logica della preferenza soggettiva e non di quella della prevalenza oggettiva, anche tali giudizi meriterebbero una cautela speciale del legislatore e un'indicazione di massima della traiettoria da seguire per chi sia chiamato a fare applicazione della norma.

Può certo avanzarsi il dubbio che, così facendo, la prospettiva dell'inesigibilità finisca per essere ingabbiata e costretta in una dimensione applicativa esangue, che non ne rispecchia a pieno le potenzialità e ne sminuisce la portata dirompente di principio che, «nei casi di scollamento rispetto alla realtà, restituisce la vita al diritto e il diritto alla vita»¹³⁷. Per la sua stessa essenza di concetto che dimostra la falsificabilità della norma giuridica, d'altronde, sembra che l'inesigibilità rifugga da una precisa positivizzazione¹³⁸ e renda vano – o quantomeno fatalmente incompleto – ogni tentativo di codificazione. In questi termini, il grande limite dell'inesigibilità sarebbe da riconoscersi proprio nella sua natura di concetto che si sottrae ad ogni tentativo di imprimerlo, una volta per tutte, in una disposizione astratta, capace di coglierne gli infiniti snodi possibili, salvo accontentarsi di una clausola talmente generale da risultare priva di alcun valore giuridico¹³⁹. Ferme le ragioni che hanno portato a pronunciarsi a favore di una prima tipizzazione dell'inesigibilità nell'ordinamento, il

¹³⁷ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 380.

¹³⁸ Lo rilevava già B. FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf in geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Tübingen, 1922, 24 ss.

¹³⁹ Nel senso di una necessaria rinuncia ad una emanazione in via legislativa di regole di individualizzazione, capaci di farsi carico delle peculiarità dei singoli casi concreti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 207-208: «il legislatore può, in modo più o meno diretto, incitare l'interprete a valutare l'esigibilità dei comportamenti riconducibili ad una certa classe, ma andrebbe aldilà delle sue possibilità e dei suoi limiti di competenza – poiché in tal senso vanificherebbe il proprio stesso incitamento - se pretendesse di fissare criteri specifici». Sottolineava il carattere neutro, vuoto, del concetto di inesigibilità già H. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, München, 1954, 306. Nella dottrina italiana si veda anche A. BARATTA, *op. cit.*, 148, dove si contesta «l'illusione, spesso dannosa, di poter trovare una positività che sia contemporaneamente quella di un momento generalizzante e individualizzante, di poter conservare la necessaria univocità e semplicità degli schemi astratti e di riuscire, nello stesso tempo, a seguire le situazioni umane nella loro storica e irripetibile individualità».

problema sembra spostarsi sulla sufficienza di un simile approccio e degli sbocchi che, così facendo, verrebbero riconosciuti a tale prospettiva.

Non si può tuttavia nascondere che, proprio al di fuori degli spazi tracciati dalla legge, l'inesigibilità continuerebbe a rappresentare un potente *topos* argomentativo, quasi una spia d'allarme legata ad «una insoddisfazione di fondo per la disciplina forse troppo restrittiva adottata dal nostro legislatore»¹⁴⁰: sarebbe questo, in fin dei conti, il ruolo primigenio dell'inesigibilità quale concetto che mette in luce l'esistenza di uno scarto tra legge e “coscienza sociale” che emerge nella applicazione quotidiana delle norme, imponendo al legislatore di tenere il passo con i mutamenti sociali e le nuove sensibilità testimoniate dalla prassi. In questi termini, l'inesigibilità resterebbe, anche all'indomani di una eventuale codificazione in specifiche scusanti di sistema, un concetto che «non dà risposte, ma pone questioni»¹⁴¹; e per quanto sembri il giudice, per la sua vicinanza al caso concreto, il primo recettore di tali interrogativi, a risponderne sarebbe chiamato, anzitutto, il legislatore. È all'organo titolare della funzione legislativa che si chiede in definitiva di riconoscere un adeguato spazio di operatività alla prospettiva dell'inesigibilità, fornendo all'interprete gli strumenti necessari a compensare l'asettica astrattezza della fattispecie legale con la ricca specificità del fatto concreto.

La previsione di norme che diano corpo a tale concetto non porta dunque a negare l'essenza dell'inesigibilità quale principio che filtra in più punti dell'architettura costituzionale, nei rimandi alla centralità dell'individuo, alla necessaria colpevolezza, nonché alla prospettiva generale della ragionevolezza della pena. Il riconoscimento di una dimensione di principio all'inesigibilità non la sottrae, però, dalle dinamiche dei poteri e dal rispettivo ruolo che legislatore e giudice, influenzandosi a vicenda, sono chiamati a giocare nella costruzione e nell'applicazione di norme che diano consistenza alla prospettiva di un diritto penale più umano, più personalista.

Sembra, allora, che la strada più equilibrata passi per l'attuazione positiva di tale principio, e cioè per la sua traduzione in strumento a disposizione dell'interprete, attraverso norme che, in modo esplicito, affrontino la questione riempiendo di contenuti il giudizio deontico sotteso all'interrogativo del “poter fare altrimenti”: solo così, quel che è oggi poco più di un *topos* argomentativo può diventare vera e propria regola, capace di dotare di una dimensione applicativa concreta un principio altrimenti destinato a rimanere non solo

¹⁴⁰ G. FORNASARI, *Inesigibilità (voce)*, cit., 392.

¹⁴¹ R. WENIN, *La prova delle scusanti*, in G. De Francesco – C. Piemontese – E. Venafrò (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 161.

irrimediabilmente sfuggente, ma anche definitivamente inattuato nell'ordinamento nazionale.

CONCLUSIONI

DIRITTO PENALE E CONTESTI CRITICI: L'INESIGIBILITÀ COME RIMEDIO DI SISTEMA?

L'inesigibilità si dimostra, in conclusione, un vero e proprio dilemma della riflessione giuridica, che vive e si condensa in contraddizioni apparentemente insanabili: tra legge formale e giustizia sostanziale, tra previsione astratta e concretezza del caso, tra esigenze preventive e comprensione della debolezza del singolo. È proprio dall'irrimediabile iato che separa tali binomi concettuali che sorgono le difficoltà che da sempre connotano l'approfondimento di tale principio nel contesto del diritto penale: alle spinte di umanizzazione dello *ius puniendi*, che hanno condotto allo sviluppo della teoria dell'inesigibilità e alle sue più coraggiose applicazioni giurisprudenziali, si contrappone non solo una dottrina attenta al rispetto della legalità penale e della certezza giuridica, ma anche un quadro normativo complessivamente ingeneroso nei riguardi di tale nozione, stante la penuria, tra le maglie del diritto positivo, di norme che diano corpo all'idea del "non poter far altrimenti".

Dinnanzi ad un concetto tanto problematico, l'analisi proposta si è sforzata di ripercorrere la parabola dell'inesigibilità, sin dalle sue origini storico-dogmatiche, passando in rassegna la trama normativa dell'ordinamento italiano e i singoli istituti in cui tale nozione sembra filtrare in controluce, nonché le pronunce giurisprudenziali che hanno tentato, almeno in parte, di forzare la rigidità dell'impianto positivo, attribuendo all'inesigibilità un ruolo più pregnante e ampio di quello attualmente riconosciute dalla legge penale. Il confronto con le crisi degli anni più recenti, operato a valle della ricostruzione normativa e giurisprudenziale di cui si è detto, ha aggiunto a tale riflessione spunti ulteriori, dimostrando la persistente attualità di un tema dalle radici antiche, ma a più riprese rievocato nelle discussioni dottrinali ispirate alla gestione del periodo pandemico e nelle riforme più recenti in tema di responsabilità sanitaria e crisi di liquidità: di qui la constatazione della necessità di tornare sulla questione, non accontentandosi dello stato attuale della discussione sul tema.

Sulla base di tali presupposti, si sono avanzate alcune possibili proposte di riforma, da compiersi attraverso puntuali interventi di integrazione e rinnovamento dell'impianto normativo, funzionali a realizzare una valorizzazione più spiccata dell'inesigibilità nell'ordinamento italiano. La scelta si è orientata, cioè, sulla creazione di un modello legale di inesigibilità, condensato in scusanti di parte generale e speciale e in una definizione di

colpa aperta a considerare anche il rovescio negativo dell'impossibilità individuale di adeguarsi allo *standard* richiesto per la categoria.

All'esito del lavoro, tuttavia, alcune considerazioni finali meritano di essere svolte, in particolare, in relazione al problema della gestione delle emergenze e della crisi. L'inesigibilità, a ben considerare, è *topos* giuridico perfettamente aderente al tema dell'anomalia e all'eccezionalità del contesto che può influire sulla commissione del reato: non è un caso, in questo senso, che la riflessione sul concetto stesso di inesigibilità abbia conosciuto momenti di sviluppo significativo proprio in occasione di crisi strutturali dell'ordinamento, siano esse politico-culturali, economiche o sanitarie. Anche quando non si associa ad una condizione anomala sistemica, del resto, l'inesigibilità trova la sua naturale operatività in relazione a singoli disallineamenti tra caso concreto e normalità delle ipotesi astrattamente ricomprese nel dettato della fattispecie, correlandosi ad una particolare difficoltà personale e situazionale, che si traduce in un'alterazione del processo motivazionale del singolo: anche tali episodi, a ben vedere, evidenziano condizioni di profondo *distress* e crisi, seppur riportate ad una dimensione individuale.

Da questo punto di vista, è evidente che le riflessioni svolte sul tema negli ultimi anni, calando il concetto di inesigibilità nel contesto della crisi sanitaria ed economica ed osservandolo attraverso le lenti dell'emergenza, consentono di arricchire profondamente il tema in discussione. Il confronto con l'esperienza pandemica e con le soluzioni implementate, durante e dopo l'insorgenza dell'emergenza sanitaria, ha però dimostrato anche i significativi limiti sottesi alla scelta di approcciare il rapporto tra diritto penale e periodi di crisi in chiave puramente eccezionale e temporanea: le critiche mosse alla politica dei c.d. scudi penali ruotano, in definitiva, attorno alla constatazione della superficialità del ricorso a schemi di esenzione *ad hoc* dinanzi a fatti che risulterebbero comunque non punibili, ove le categorie generali venissero maneggiate, da parte degli interpreti, con maggiore sensibilità e consapevolezza.

Le preoccupazioni, del resto, sono destinate ad aumentare laddove si consideri che l'impiego di moduli eccezionali di esclusione della responsabilità, legati alle specifiche contingenze del momento, rischia di tradursi in un'ulteriore svalutazione di tali concetti, confinandoli in una dimensione emergenziale e precaria che ne svilisce la portata di rimedi di sistema e, così facendo, ne depotenzia di molto il significato e l'efficacia. Di fronte ad un concetto come quello di inesigibilità, di per sé oggetto di diffidenza e chiusura da parte degli interpreti, l'emersione in chiave eccezionale rischia invero di esacerbare la sensazione che ci si trovi al cospetto di un'idea priva di una dimensione applicativa di ampio respiro.

All'inesigibilità finirebbero per essere ricondotti solo istituti ed esenzioni concepiti in chiave contingente e temporalmente limitata; per il resto, essa finirebbe per essere relegata a mero *topos* giuridico, affascinante ma in larga misura inservibile.

Sembra, viceversa, che l'inesigibilità meriti di assumere una dimensione stabile nell'ordinamento, per il tramite di norme che ne incarnino lo spirito e lo rendano attuabile, ogniqualvolta una condizione anomala si rifletta sulla capacità, individuale o di un intero comparto, di adeguarsi alle pretese normalmente valide in situazioni analoghe: solo così la prospettiva della non punibilità per inesigibilità della condotta può evitare di apparire come un lasciapassare immeritato, una sorta di immunità garantita a talune categorie professionali o individui in relazione a specifici momenti storici, con tutto ciò che ne consegue in termini di potenziale irragionevolezza e discriminatorietà nella selezione dell'ambito – soggettivo, oggettivo e temporale – di applicazione di tali scudi.

Riconoscere all'inesigibilità la sua portata generalizzata, del resto, non significherebbe smentirne la natura di istituto legato inscindibilmente ad una prospettiva eccezionale. Ciò è vero non solo da un punto di vista dogmatico, ove si convenga sulla qualificazione dell'inesigibilità come categoria che elide la sola rimproverabilità a fronte di fatti tipici e antigiuridici, e per i quali risultano integrati il dolo o la colpa, ma anche sul piano empirico-fattuale: sarebbero, cioè, sempre e solo circostanze-limite, straordinarie ed anomale, ad imporre una valutazione in termini di mancanza di rimprovero per colui che, trovandosi in condizioni tanto problematiche, violi la legge penale. Di qui l'idea che il riconoscimento di uno spazio stabile all'inesigibilità nel diritto penale non finirebbe per depotenziarlo o “rammollirlo”, aprendo ad ampie e potenzialmente incontrollate ipotesi di scusa, ma semmai contribuirebbe a completarlo, assecondando la visione di uno *ius puniendi* più attento al singolo e alle condizioni di contesto in cui la sua azione effettivamente si colloca.

L'esistenza di una o più norme che condensino la prospettiva dell'inesigibilità, in definitiva, doterebbe il sistema di un rimedio generale e dunque più equo, perché garantito a chiunque si venga a trovare in condizioni drammatiche come quelle che possono verificarsi in momenti di crisi, individuale o collettiva: ci si opporrebbe così efficacemente alla miopia di un diritto penale incapace di perdono e comprensione nei confronti del singolo che si trovi in condizioni tanto anomale da elidere la rimproverabilità per il fatto commesso, in una prospettiva illuminata dai valori costituzionali del personalismo, della ragionevolezza e della proporzionalità della pena, nonché dal rispetto della dimensione personale e colpevole della responsabilità penale.

BIBLIOGRAFIA

ABRIANI N. – CASELLI G.C. - CELOTTO A. - DI MARZIO F. – MASINI S. – TREMONTI G., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, 2020

ABUKAR HAYO A., *Cenni sul principio d'inesigibilità nel diritto penale della migrazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 7, 2, 416 ss.

ACCINNI P., *La pericolosa mistificazione mediatica in tema di responsabilità penale e infortunio da "Covid-19"* Ritorno al futuro del diritto penale, in *Sist. pen.*, 26 giugno 2020

ACHENBACH H., *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, München, 1974

ACHENBACH H., *Fahrlässigkeit, Schuld und Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens – Das Leinenfänger-Urteil (RGSt 30, 25)*, in *Jura*, 1997, 631 ss.

AGOSTINI L., *Pandemia e "penademia". Sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen.*, 30 aprile 2020

AGUADO CORREA T., *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Granada, 2004

ALAGNA R., *Crisi di liquidità ed evasione da riscossione: itinerari di non punibilità per i reati di omesso versamento*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova, 2013, 215 ss.

ALAGNA R., *Profili penali del triage in pandemia*, Torino, 2022

ALDROVANDI P., *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario; la trasfigurazione nel diritto vivente del "rischio d'impresa" in "rischio penale"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2022, 409 ss.

ALTAVILLA E., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1066 ss.

AMARELLI G., *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, 2015, 1156 ss.

AMATI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale*, in E. Amati – M. Costi – E. Fronza – P. Lobba – E. Maculan – A. Vallini (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, 2020, 228

AMATI E., *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio: riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022

AMATO D., *Contagio da Covid-19 “in occasione di lavoro” e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?*, in *Giur. pen.*, 2020, 6

AMATO G., *Scudo penale per i vaccinatori che somministrano le dosi*, in *Guida dir.*, 2021, 16, 49 ss.

ANTONINI E., *La violazione di obblighi di assistenza familiare nei mutati scenari della famiglia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 901 ss.

AZZALI G., *Stato di necessità. Diritto penale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, 1971, 356 ss.

BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 5, 53 ss.

BARATTA A., *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963

BARTOLI R., *Reazione oltraggiosa agli atti arbitrari e provocazione: del pubblico ufficiale e provocazione: verso la parificazione della tutela dei soggetti pubblici e dei privati*, in *Cass. pen.*, 1998, 2825 ss.

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005

BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze, 2010

BARTOLI R., *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1599 ss.

BARTOLI R., *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 793 ss.

BARTOLI R., *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 5, 233 ss.;

BARTOLI R., *Verso la “legittima offesa”? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 17 ss.

BARTOLI R., *Il diritto penale dell'emergenza “a contrasto del coronavirus”: problematiche e prospettive*, in *Sist. pen.*, 24 aprile 2020

BARTOLI R., *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. pen.*, 10 luglio 2020, 1 ss.

BARTOLI R., *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario a partire dall'esperienza del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 18 marzo 2024

BARTOLI R., *Per una rifondazione personalistica della colpevolezza e delle scusanti*, in *Leg. pen.*, 21 ottobre 2024

BARTOLI R., *Reati commessi dalla vittima di tratta e stato di necessità*, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1199 ss.

BARTOLI R. – PIFFERI M. (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato*, Milano, 2016

BARTOLUCCI M.A., *Riflessioni sui reati tributari omissivi propri. Dalle scelte di politica criminale al nodo giurisprudenziale della “doppia anima” (dolo vs. inesigibilità)*, in *Riv. dir. trib.*, 2023, 2, 45 ss.

BASILE F., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in G. De Francesco – C. Piemontese – E. Venafrò (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 73 ss.

BASILE F., *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, in G. Marinucci – E. Dolcini (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, III, Milano, 2015

- BAUCELLS LLADÓS J., *La delinquenza por convicción*, Valencia, 2000
- BAUDRY H., *La force majeure en droit pénal*, Lyon, 1938,
- BEAUSONNIE G., *La tentation de l'irresponsabilité pénale des décideurs publics*, in *Gazette du Palais*, 1 septembre 2020, n° 29, 3079 ss.
- BECHTEL A., *Schuldausschließungsgründe bei Täterschaft und Teilnahme*, Berlin, 2019
- BECK S., *Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit*, in *JA*, 2009, 111 ss.; 268 ss.
- BECK S., *Fahrlässigkeit (§36)*, in E. Hilgendorf - H. Kudlich - B. Valerius (hrsg), *Handbuch des Strafrechts. Band 2: Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2020, 351 ss.
- BELLAGAMBA F., *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, 2007
- BELLAVISTA G., *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942
- BELTRANI S., *Ancora sulla (mutevole) rilevanza penale della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 1029 ss
- BENATO E., *L'applicabilità dell'art. 384, co. 1, c.p. al convivente more uxorio. Analogia in bonam partem di una scusante, ma nessuna parificazione della convivenza di fatto al matrimonio*, in *disCrimen*, 27 aprile 2021, 5 ss.
- BERNARDI A., *Il diritto penale alla prova del Covid-19*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 441 ss.
- BERNASCONI C., *La tutela penale delle relazioni familiari: brevi note tra passato e presente*, in *disCrimen*, 11 giugno 2019
- BERNSMANN K., *“Entschuldigung” durch Notstand*, München, 1989
- BERTOLINO M., *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572 ss.
- BESSONE M., *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, 7-8, 209 ss.;
- BETTIOL G., *“Non esigibilità” e collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, 122 ss.

- BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1962
- BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale (1934), Scritti giuridici I*, Padova, 1966
- BIANCHI D. (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, Torino, 2021
- BIASI M. – FERRARO F. – GRIECO D. – ZIRULIA S. (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociali*, Milano, 2021
- BILIGOTTI N., *Crisi di liquidità e omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto ex art. 10 ter D. Lgs. 74/2000: le molteplici declinazioni di un'esimente*, in *Giur. pen.*, 2018, 3
- BISCEGLIA F.P., *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sist. pen.*, 20 maggio 2021
- BLAIOTTA R., *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 313 ss.
- BOBBIO N., *Norma giuridica (voce)*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 330 ss.
- BOLIS S., *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2021, 1, 40 ss.
- BORSATTI R., *La soggettivizzazione della colpa: profili dogmatici e pratico-applicativi*, in *Ind. pen.*, 2005, 75 ss.
- BOSCH N., *Grundprobleme des entschuldigenden Notstands (§ 35 StGB)*, in *Jura*, 2015, 347 ss.
- BRICOLA F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965
- BRUNELLI D., *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2, 4 ss.

BRUNELLI D., *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1279 ss.

BRUNELLI D., *Limitatori della penalità: dall'abuso d'ufficio alla gestione datoriale del rischio Covid-19*, in *Arch. pen.*, 2021, 2

BRUNELLI D., *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023

BRUNELLI D., *Scudo*, in C. Piergallini– G. Mannozi – C. Sotis – C. Perini – M. Scoletta – F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 268 ss.

BRUSCO C., *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dalla c.d. Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 4, 51 ss.

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

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988

CADOPPI A., *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993

CADOPPI A., *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, III, 1311 ss.

CAILLE C., *Le motif légitime en droit pénal*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1998, 3-4, 194 ss.

CALABRESI G. – BOBBIT P., *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resource*, New York, 1978

CALETTI G.M. – MATTHEUDAKIS M.L., *La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni unite tra «nuovi» spazi di graduazione dell'imperizia e «antiche» incertezze*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 4, 25 ss.

CALETTI G.M., *Stato di necessità terapeutica. Paradossi, finzioni e nuove ipotesi applicative*, in *Biodiritto*, 2013, 23 ss.

CALETTI G.M., *Covid-19 e responsabilità penali degli operatori sanitari. Brevi riflessioni su come limitare la punibilità tra colpa professionale, stato di necessità e cure palliative*, in *Penale – Diritto e Procedura*, 2020, 159 ss.

CALETTI G.M., *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra “scelte tragiche” e colpa del medico*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 7 ss.

CALETTI G.M., *Il triage in emergenza pandemica. Coordinate penalistiche di uno spazio solo apparentemente libero dal diritto*, in *Quad. cost.*, 2020, 616 ss.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa nella dottrina e giurisprudenza di lingua tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 657 ss.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011

CANESTRARI S., *La doppia misura della colpa nel reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, 21 ss.

CANESTRARI S., *Le scelte tragiche nell'ambito dell'attività medico-chirurgica: il caso delle gemelline con cuore unico*, in *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, 225 ss.

CANESTRARI S., *Riflessioni sulla necessità di limitare il “rischio penale” dei sanitari al tempo del Covid-19*, in R. Acquaroli - E. Fronza - A. Gamberini, *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma 2022, 73 ss.

CAPDEVILLE J.L., *Covid-19: retour sur une “évolution” du droit régissant la responsabilité pénale des maires*, in *AJ Collectivités Territoriales*, 2020, 352 ss.

CAPOGROSSI M., *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità: il pericolo della criminalizzazione del rischio di impresa*, in *Cass. pen.*, 2022, 10, 3611 ss.

CAPUTO M., *“Agente modello” e responsabilità per colpa in campo sanitario. Problemi e prospettive*, Milano, 2012

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017

CAPUTO M., *I nuovi limiti della sanzione penale*, in M. Lovo – L. Nocco (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, 26 ss.

CAPUTO M., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... “quo vadit”? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno resp.*, 2017, 293 ss.

CAPUTO M., *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 345 ss.

CAPUTO M., *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in *Leg. pen.*, 22 giugno 2020

CAPUTO M., *Malpractice, carenze organizzative e responsabilità degli enti. Quale ruolo per il diritto penale delle persone giuridiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1357 ss.

CAPUTO M., *La responsabilità penale degli operatori sanitari ai tempi del Covid19. La gestione normativa dell'errore commesso in situazioni caratterizzate dall'emergenza e dalla scarsità di risorse*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita: del buon uso di una crisi tra letteratura e diritto*, Milano, 2020, 109 ss.

CAPUTO M., *Colpa medica (voce)*, in M. Donini (diretto da), *Enc. Dir., Reato colposo*, Milano, 2021, 153 ss.

CAPUTO M., *Il puzzle della colpa medica. Emergenza sanitaria e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1171 ss.

CAPUTO M., *Misura e grado della colpa*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2021

CAROLI P., *La competenza penale del giudice di pace in materia di immigrazione. Un costituzionalismo "dal basso"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 3, 336 ss.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale (1859-1870). Parte generale*, VII ed., Vol. I, Lucca, 1889

CARRARO L., *Il tanto atteso "scudo penale" per la classe medica: vera innovazione o disposizioni dal valore meramente simbolico?*, in *Arch. pen.*, 2021, 2

CARRARO L., *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all'imputazione colposa*, Milano, 2022

CARRARO L., *Continua la "saga" della "colpa medica": riflessioni a prima lettura sulla proposta della Commissione d'Ippolito*, in *Arch. pen.*, 2025, 1, 1 ss.

CARRIERO M.F., *La morfologia della responsabilità penale datoriale per l'infezione da Covid-19*, in *Leg. pen.*, 15 giugno 2022

CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinamentale”*, Padova, 2009

CARUSO G., *Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di ‘liceità’ e cause di ‘scusa’*, in *Arch. pen.*, 2018, 3

CASSIBBA F. – DODARO G. – PARLATO L. (a cura di), *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, DIPLAP, 2021, 49 ss.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009

CASTRONUOVO D., *La colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 183 ss.

CASTRONUOVO D., *I limiti sostanziali del potere punitivo dell’emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020

CASTRONUOVO D., *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. it.*, 2021, 2218 ss.

CASTRONUOVO D. - CURI F. - TORDINI CAGLI S. - TORRE V.- VALENTINI V., *La gestione del rischio Covid-19*, in D. Castronuovo - F. Curi - S. Tordini Cagli - V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino, 2021, 387 ss.

CASTRONUOVO D., *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *Leg. pen.*, 7 febbraio 2025

CASTROVINCI D., *Il problema della inesigibilità della prestazione*, in *Giust. civ.*, 1988, 10, 346 ss.

CAVALIERE A., *Riflessioni dommatiche e politico-criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1478 ss.

CAVALIERE A., *Riflessioni sulla sistematica del reato e sulla rilevanza delle scusanti nel progetto preliminare di riforma della parte generale*, in A. Stile (a cura di), *La riforma della*

parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso, Napoli, 2003, 251 ss.

CAVALLO V., *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli, 1937

CECCARONI F., *Colpevole d'obbedienza. L'ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale*, in *Leg. pen.*, 8 gennaio 2025

CENTONZE F., *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1626 ss.

CENTONZE F. – CAPUTO M., *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1361 ss.

CERASE M., *Rilevanza penale dell'espulsione dello straniero: la Corte costituzionale smentisce se stessa?*, in *Cass. pen.*, 2004, 5, 1551 ss.

CERVIERI S., sub art. 652, in E. Dolcini – G.L. Gatta, *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 43

CHERCHI G.B., *Discrezionalità, umanizzazione della pena e politica criminale*, in *Cass. pen.*, 526 ss.

CHIAROTTI F., *Cause speciali di non punibilità*, Roma, 1946

CHIAROTTI F., *Cittadino che porta le armi contro lo Stato italiano*, in *Enc. Dir.*, VIII, 1960, 160 ss.

CINGARI F., *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2018, 3

CIRILLO G., *La reazione legittima del privato agli atti arbitrari dei pubblici funzionari (art. 393-bis c.p.)*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2022, 269 ss.

CIVELLO G., *La «colpa eventuale» nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e «verità soggettiva» della colpa*, Torino, 2013

CLARIZIA O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità delle obbligazioni*, Napoli, 2012

CLINCA S., *La fisionomia della “famiglia” penalisticamente rilevante all’indomani della legge Cirinnà*, in *Leg. pen.*, 15 gennaio 2018

COLACURCI M., *Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell’ente in ambito sanitario*, in *Leg. pen.*, 24 aprile 2020

COLOMBO D., *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *disCrimen*, 11 novembre 2021

COMPAGNA F., *La responsabilità penale da “contagio” sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020*, in *IlPenalista*, 25 maggio 2020.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 2018

CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in *Giur. pen.*, 2019, 5

CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023

CONSULICH F., *L’analogia dai mille volti: tramonto dell’agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *Cass. pen.*, 2023, 2764 ss.

CONTE P., *Un droit en trompe-l’œil*, in *Droit Pénal*, 2020, 7-8, 1 ss.

CORRADO M., *Notes on the Structure of a Theory of Excuse*, in 82 *J. Crim. L. & Criminology*, 465 (1991)

CRESPI A., *L’atto arbitrario del pubblico ufficiale quale causa di liceità della reazione del privato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 487 ss.

CRIMI S., *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in www.quotidianogiuridico.it

CRISCUOLO J., *Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva offerta dai tribunali siciliani sulla tratta illegale degli extracomunitari*, in *Arch. pen.*, 2020, 2

CUERDA ARNAU M.L., *El miedo insupeable. Su delimitacion frente al estado de necesidad*, Valencia, 1997

CUOMO L. – MOLINO P., *Omesso versamento di imposte e crisi di impresa*, in *Cass. pen.*, 2015, 412 ss.

CUPELLI C., *I limiti di una codificazione terapeutica. Linee guida, buone pratiche e colpa grave al vaglio della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2013, 2999 ss.

CUPELLI C., *L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione «costituzionalmente conforme» dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2018, 3, 246 ss.

CUPELLI C., *Emergenza Covid-19: dalla punizione degli “irresponsabili” alla tutela degli operatori sanitari*, in *Sist. pen.*, 30 marzo 2020

CUPELLI C., *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?*, in *Sist. pen.*, 15 giugno 2020

CUPELLI C., *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2021

CUPELLI C., *Covid 19 e responsabilità colposa (voce)*, in M. Donini (diretto da), *Enc. Dir., Reato colposo*, 2021, 340 ss.

CUPELLI C., *Covid-19 e responsabilità colposa: bilanci e prospettive*, in *Leg. pen.*, 18 luglio 2023

CUPELLI C., *La colpa datoriale per l'infezione da Covid-19: l'art. 29-bis quale “guida ragionevole” dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2023, 3490 ss.

CUSUMANO M.T., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in S. Riondato (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, IV, Milano, 2011, 566 ss.

D'ANDREA R., *L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura “eccezionale” delle norme penali di favore*, in *Sist. pen.*, 12 febbraio 2024

DAHLM G., *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, 1940, 179 ss.

DAL FARRA T., *La repsonsabilité de l'État et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de covid-19*, in *AJDA*, 2020, 1463 ss.

DAVI M. - MANGIA M. - MERENDA A., *Le responsabilità penali del datore di lavoro e Covid-19. Profili applicativi e d.lgs. 231/01*, Torino, 2020

DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Torino, 2016

DE FRANCESCO G., *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Leg. pen.*, 2 maggio 2017

DE FRANCESCO G., *Dimensioni giuridiche ed implicazioni sociali nel quadro della vicenda epidemica*, in *Leg. pen.*, 23 aprile 2020

DE FRANCESCO G., *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del principio di realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 983 ss.

DE FRANCESCO G., *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 3 febbraio 2021

DE FRANCESCO G., *Libertà va cercando. Una sintesi introduttiva su libero arbitrio e colpevolezza penale*, in *Leg. pen.*, 9 luglio 2024

DE FRANCESCO G. - PIEMONTESE C. - VENAFRO E., *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010

DE FRANCESCO G.V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 275 ss.

DE FRANCESCO G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978

DE LA CUESTA AGUADO P.M., *Culpabilidad. Exigibilidad y razones para la exculpación*, Madrid, 2003

DE LISI G., *L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"?*, in *Giur. pen.*, 2022, 1

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010

DELGADO GIL A., *Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2019, 189 ss.

DELITALA G., *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930

DELITALA G., *Analogia “in bonam partem”*, in *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Napoli, 1938, 511 ss.

DELL’OSSO A.M., *Spunti su inesigibilità e reati economici in un contesto fuori dall’ordinario*, in G. Forti (a cura di), *Le regole e la vita. Del buon uso di una crisi. Tra letteratura e diritto*, 2020, 138 ss.

DELL’OSSO A.M., *Another brick in the wall: individualizzazione della pena e illegittimità dei limiti al giudizio di bilanciamento. la consulta sull’art. 577, comma terzo, c.p.*, in *Sist. pen.*, 30 settembre 2024

DELLA BELLA A., *Le esigenze di contenimento della responsabilità penale nel contesto dell’emergenza sanitaria*, in M. Biasi – F. Ferraro – D. Grieco – S. Zirulia (a cura di), *L’emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociali*, Milano, 2021, 305 ss.

DELLA BELLA A., *Il legislatore penale di fronte all’emergenza sanitaria. Principi penalistici alla prova del Covid-19*, Torino, 2023

DELLA VALENTINA J., *La responsabilità penale medica negli scenari post covid-19: appunti sulla natura dogmatica delle aree di esclusione della punibilità*, in *Sist. pen.*, 2021, 12, 5 ss.

DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 369 ss.

DI GIOVINE O., *Colpa penale, “legge Balduzzi e “disegno di legge Gelli-Bianco: il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, 386 ss.

DI GIOVINE O., *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2020

DI GIOVINE O., *Ancora sull’infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive*, in *Leg. pen.*, 27 gennaio 2021

DI GIOVINE O., *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, 2022

DI LANDRO A.R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012

DI LANDRO A.R., *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. "Balduzzi")*. *Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 833 ss.

DI LANDRO A.R., *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici. Dalle Sez. Un. «Mariotti» alle esperienze angloamericane*, in *Arch. pen.*, 2018, 2

DI LANDRO A.R., *Gli obblighi di bonifica e di ripristino ambientale. I soggetti e le responsabilità omissive*, in *Lexambiente*, 2022, 4, 26 ss.

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998

DI SALVO E., *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *Cass. pen.*, 2020, 4776 ss.

DI SALVO E., *Pandemia da Covid-19 e responsabilità del medico*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 101 ss.

DI STEFANO P., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, in G. Fidelbo (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Torino, 2021

DI VIZIO F., *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sist. pen.*, 19 aprile 2024.

DINSTEIN Y., *The defence of "obedience to superior orders" in international law*, Leyden, 1965

DODARO G., *Mors tua, vita mea, morire con il Covid per assenza di posti letto. Linee di fuga della responsabilità lungo la catena di "comando e controllo" della sanità*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021, 176 ss.

DOLCE R., *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979

DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. Marinucci - E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261 ss.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991

DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in A.M. Stile (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 53 ss.

DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013, 231 ss.

DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 726 ss.

DONINI M., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2019

DONINI M. – ORLANDI R. (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, Bologna, 2013

DONNER D., *Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte*, Frankfurt a.M., 2007

DOVA M., *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019

DOVERE S., *Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020

DOVERE S., *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in *Labour and Law issues (LLI)*, 2020, 6(1)

DRESSLER J., *Exegesis of the Law of Duress: Justifying the Excuse and Searching for Its Proper Limits*, in 62 *Cal. L. Rev.*, 1331 (1988-9)

DRESSLER J., *Understanding Criminal Law*, New York, 1996

EGGERT K.H., *Die Unzumutbarkeit normgemässen Verhaltens bei den Fahrlässigkeits- und unechten Unterlassungsdelikten im Strafrecht*, Göttingen, 1969

ENGISCH K., *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930

ESER A., *The issue of distinguishing between justification and excuse*, in A. Eser – J.P. Fletcher (a cura di), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, 1987, 17 ss.

EUSEBI L., *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990

FALCINELLI D., *Elogio dell’inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell’illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 895 ss.

FERLA L., *Prospettive della non punibilità. Modelli normativi e funzioni politico-criminali*, Milano, 2022

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2023

FIANDACA G., *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, 1984, 546 ss.

FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.

FIMIANI P., *La tutela penale dell’ambiente*, Milano, 2022

FINOCCHIARO S., *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e ‘soggettiva inesigibilità’*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2016

FINOCCHIARO S., *Art. 10-bis*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1870 ss.

FINOCCHIARO S., *Art. 10-ter*, in E. Dolcini – G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2021, 1897 ss.

- FIGLIO C. – FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, 2020, Torino
- FIGLIO S., *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.*, 2021, 2
- FIGLIOLA A., *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1310 ss.
- FLETCHER G.P., *The Individualization of Excusing Conditions*, in 47 *South. Cal. L. Rev.* 1269 [1974]
- FLETCHER G.P., *Rethinking criminal law*, Boston, 1978
- FLICK G.M., *L'esimente speciale dell'art. 384, co. 1, c.p. e l'aggravante generale dell'art. 61 n. 2 c.p. nel delitto di falsa testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 215 ss.
- FLORA G., *Crisi di 'liquidità' e omesso versamento di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. Trib.*, 2014, 906 ss.
- FLORA G., *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *disCrimen*, 9 novembre 2020
- FLORA G., *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1413 ss.
- FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993
- FORNASARI G., *Le cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Ind. pen.*, 1994, 365 ss.
- FORNASARI G., *Riflessioni sui principi sovralegali del diritto penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994
- FORNASARI G., *Colpevolezza (voce)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 966 ss.
- FORNASARI G., *Le cause di esclusione della colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 257 ss.

FORNASARI G., “Nemo tenetur se detegere” sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 907 ss.

FORNASARI G., *Inesigibilità (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, X, 2018, 362 ss.

FORNASARI G., *Applicazione dell’art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, 1725 ss.

FORTE G., *Osservazioni in tema di “giustificato motivo” nel nuovo delitto di permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2008, 1207 ss.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

FORTI G., *Nuove prospettive sull’imputazione penale “per colpa”: una ricognizione interdisciplinare*, in M. Donini - R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 97 ss.

FORTI G., *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, in *Dir. pen. uomo*, 16 giugno 2020

FRANK R., *Über Den Aufbau Des Schuldbegriffs*, Gießen, 1907

FRELLESEN P., *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a.M., 1980

FREUDENTHAL B., *Schuld und Vorwurf in geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Tübingen, 1922

FURIA F., *Lo “scudo penale” alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Arch. pen.*, 2021, 1

GAETA P., *La rilevanza dell’ordine del superiore nel diritto internazionale penale*, in *Riv. dir. internaz.*, 1998 1, 69 ss.

GALANTI A., *Crisi di liquidità e inesigibilità alla luce di Sez. U., n. 10381 del 26/11/2020 (Fialova), della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e del disegno di legge delega di riforma del sistema fiscale*, in *Sist. pen.*, 2023, 6, 45 ss.

GALLAS W., *Pflichtenkollision als Schuldasschließungsgrund*, in *Fest. Für Edmund Mezger*, München-Berlin, 1954

GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951

GALLO M., *Colpa penale (diritto vigente) (voce)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 636 ss.

GAMBERINI A., *Il problema dell'ignoranza sulla legge e della c.d. inesigibilità nei reati a tutela degli interessi collettivi (rassegna di giurisprudenza)*, in *Crit. Dir.*, 1994, 3, 32 ss.

GARCÍA ALBERO R., sub art. 195, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, I, Pamplona, 2016, 1407 ss.

GARGANI A., *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 887 ss.

GARGANI A., *Emergenza "covid-19" e "rischio penale": osservazioni sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa*, in *Leg. pen.*, 18 luglio 2023

GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze di fatto: i profili penalistici della Legge Cirinnà*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2016

GATTA G.L., *Unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili penalistici. Note a margine del D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, in *Dir. pen. cont.*, 31 gennaio 2017

GATTA G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento. A proposito di Cass. Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 29515, Pres. Fumu, Rel. Ferranti, ric. Ursu e della progettata riforma della legittima difesa domiciliare (d.d.l. nn. 5, 199, 234, 253, 392, 412, 563, 652 - testo unificato)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018

GATTA G.L., *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 *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019

GATTA G.L., *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in R. Sacchi, *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2022, 147 ss.

GEPPERT K., *Die unterlassene Hilfeleistung*, in *Jura*, 2005, 39 ss.

GIULIANI U., *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970

- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993
- GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss.
- GOLDSCHMIDT J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Österreichischer Zeitschrift für Strafrecht, Wien, 1913
- GOLDSCHMIDT J., *Normativer Schuldbegriff*, in *Festgabe für Reinhard Frank*, Bd. I, Tübingen, 1930, 428 ss.
- GRECO E., *Spazio sociale, non-luoghi, eterotopie nella «modernità radicale». Il settore della navigazione aerea come punto di osservazione privilegiato per ripensare la colpa grave*, in *Leg. pen.*, 6 giugno 2024
- GROPP W. - SINN A., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2021
- GROSSO C.F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964
- GROSSO C.F., *La riforma delle cause di giustificazione generali*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, 490 ss.
- GROSSO E., «Ad impossibilia nemo tenetur»: la Corte detta al giudice rigorosi confini per la configurabilità del reato di ingiustificato trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato, in *Giur. Cost.*, 2004, 1, 97 ss.
- GROBMANN H., *Die Grenze Von Vorsatz und Fährlassigkeit*, Hamburg, 1924
- GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012
- GROTTO M., *Scusanti della colpa*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo*, Milano, 2021, 1153 ss.
- GUARNERI G., *In tema di omissione di soccorso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 571 ss.
- GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del "socialismo giuridico penale"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 956 ss.

HART H.L.A., *Legal responsibility and excuses*, in H.L.A. Hart - J. Gardner (eds), *Punishment and Responsibility: Essay in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008.

HEGER M., §218a, in K. Lackner – K. Kuhl – M. Heger, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, 2023, 1360 ss.

HEINRICH B., *Entstehungsgründe und dogmatische Einordnung der Entschuldigungsgründe – dargestellt am Beispiel des entschuldigenden Notstandes*, § 35 StGB, in *AL* 2015, 89 ss

HENKEL H., *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für Edmund Mezger*, München, 1954, 249 ss.

HIRSCH H.J., *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in *ZStW*, 1994, vol. 106, 763

HÖRNLE T., *Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)*, in *JuS*, 2009, 873 ss

HÖRNLE T., *Guilt and Choice in Criminal Law Theory - A Critical Assessment*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, Vol 4, Issue 1, 1 ss.

IADECOLA G., *Qualche riflessione sulla nuova disciplina per colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 N. 24 (Legge cd. Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 6, 53 ss.

IADECOLA G., *Lo stato dell'arte nella colpa medica, tra leggi temporanee ed aperture giurisprudenziali*, in *Sist. pen.*, 16 aprile 2024

IGLESIAS RIO M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999

INGRASSIA A. –TROYER L., *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: 'tout comprende c'est tout pardonner'?*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 4, 962 ss.

JAKOBS G., *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin-New York, 1972

JAKOBS G., *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1979

JOBST H., *Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht*, Würzburg, 1934

- KADISH S.H., *Excusing Crime*, in *Cal. L. Rev.*, 1987, Vol. 75, No. 1., 257-289
- KASPAR J., *Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte*, in *JuS*, 2012, 112 ss.
- KAUFMAN Arm., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959
- KEMPF E., *Schuld – Rationale Auslösung tragischer Extremsituationen*, in T. Fischer. E. Hoven (Hrsg.), *Schuld*, Baden Baden, 2017, 155 ss.
- KIENAPFEL D., *Dogmatische Probleme der Unzumutbarkeit. Zur Regelung der §§94 Abs.3, 95 Abs.2 und 286 Abs.2 StGB*, in *Juristische Blätter*, 1977, 530 s.
- KLAHR F., *Schuld und Strafmaß. Modelle der Bestimmung rechtlicher Schuld im Strafrecht und die Methodik der Strafmaßfindung im Rahmen der Sanktionsentscheidung*, Berlin, 2022
- KÜPER W., *Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und ubergesetzliche Entschuldigung*, in *JuS*, 1971, 477
- L'INSALATA M., sub art. 652, in A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale. XI - Le contravvenzioni*, Milano, 2012, 52 ss.
- LA VATTIATA F.C., *La misura di esigibilità del comportamento diligente del sanitario in relazione al grado di riconoscibilità della situazione di rischio: due concetti "antichi" trovano riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria*, in *Foro it.*, 2021, II, 61 ss.
- LANDOLFI M. – FRANCHI A., *L'emergenza COVID-19 e le conseguenze giudiziarie in ambito sanitario*, in *www.penaledp.it*, 18 aprile 2020
- LEGGIERO A., *Analogia iuris e cause di esclusione della colpevolezza: profili di criticità dogmatica ed ipotetica presenza nel nostro ordinamento dell'inesigibilità ultralegale ("Nichtzumutbarkeit")*, in *Riv. pen.*, 2012, 10, 948 ss.
- LEITE A., *Notstand und Strafe. Grundlinien einer Revision des Schuldbegriffs*, Berlin, 2019
- LENCKNER T., *Der rechtfertigender Notstand: zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1962

LOCONTE S., *Crisi di liquidità e reati di omesso versamento di ritenute certificate e di IVA*, in *Il Fisco*, 2022, 16, 1551 ss.

LOMBARDI F., *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come “forza maggiore”*, in *Giur. pen.*, 2018, 4

LOSAPPIO G., *Responsabilità penale del medico, epidemia da “Covid19” e “scelte tragiche” (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del s.l. c.d. “Cura italia”)*, in *Giur. pen.*, 2020, 1 ss.

LOSAPPIO G. (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno “Medicina e diritto penale” (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021

LUCEV R., *Codificare un’esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, in *Giur. pen.*, 2022, 1

LUCEV R., *Nuove prospettive di non punibilità dei reati tributari nello schema di decreto legislativo n. 144*, in *Giur. pen.*, 2024, 4

LÜCKE J., *Der allgemeine Schuldausschließungsgrund der Unzumutbarkeit als methodisches und verfassungsrechtliches Problem*, in *JR*, 1975, 55 ss.

LUZÓN PEÑA D.M., *Curso de Derecho pena. Parte General I*, Madrid, 1996

MACCHIA A., *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sist. pen.*, 22 giugno 2021

MADEO A., *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l’evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, 2020

MAGNINI V., *Violazione degli obblighi di assistenza familiare e disagio economico*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 581 ss.

MAIWALD M., *Die Unzumutbarkeit - Strafbegrenzendes Prinzip bei den Fahrlässigkeitsdelikten?*, in *Festschrift für Schüler-Springorum*, 1993, 475 ss.

MANNA A., *L’art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 90 ss.

MANNA A., *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 91 ss.

MANNA A. - RISICATO L. (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, Milano, 2022

MANTOVANI F., *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Roma, 1966

MANTOVANI F., *Colpa (voce)*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 299 ss.

MANTOVANI M., *Profili attuali del nemo tenetur se detegere in senso sostanziale*, in *disCrimen*, 14 ottobre 2021

MAQUEDA ABREU M.L., *Exigibilidad y derecho a no declararse culpable*, ADPCP, 1991

MARINI G., *Colpevolezza*, in *Dig. Dir. Pen.*, Torino, 1988, 318 ss.

MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 327 ss.

MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, riedita in *La colpa. Studi*, Milano, 2013

MARTÍN LORENZO M., *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 16, 303 ss.

MARTÍN MUÑOZ J., *De miedo insuperable, o de la magia del pronombre "mío"*, in M. Maraver - L. Pozuelo (coord.), *La culpabilidad*, Madrid, 2019, 243 ss.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ C., *El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)*, in *Revista Penal*, 2022, 50, 162 ss.

MASERA L., *Art. 10-bis*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV, V ed., Milano, 2021, 1472 ss.

MASERA L., *Art. 14*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, IV, V ed., Milano, 2021, 1617 ss.

MASERA L., *Il problema della non punibilità delle vittime di tratta: è sufficiente il ricorso all'art. 54 c.p.?*, in *Giur. it.*, 2024, 2686 ss.

MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2011

MASSARO A., *Omissione e colpa (voce)*, in M. Donini (diretto da), *Reato colposo, Enc. Dir.*, 2021, 866 ss.

MASSARO A., *La colpa penale sul banco di prova della pandemia da Covid-19*, in *Responsabilità sanitaria rischio clinico e valore della persona*, Fasc. 1, 2022, 125 ss.

MATTEVI E., *Inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore e sussistenza del giustificato motivo (Cass. pen., sez. I, 20 settembre 2022, n. 38819)*, in *Annuario ADiM 2022*, in G. Del Turco et al. (a cura di), Napoli, 2023, 510 ss.,

MATTHEUDAKIS M.L., *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma, 2021

MAUGERI A.M., *La responsabilità da comando nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2007

MAUGERI A.M., *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, in *Arch. pen.*, 2022, 3

MAURACH R., *Kritik der Notstandlehre*, Berlin, 1935

MAZZA L., *Il significato della locuzione «senza giusto motivo» nell'incriminazione dell'inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori*, in *Giur. cost.*, 1976, 616 ss.,

MELENDO PARDOS M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Granada, 2002

MERLI A., *Note introduttive al tema: “La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio” (dopo la legge Cirinnà e il decreto legislativo di attuazione in materia penale)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 5, 77 s.

MESSINA S., *L'ordine insindacabile dell'Autorità come causa di esclusione del reato*, Roma, 1942

MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947

MEZZA E., *Soccorso di necessità giudiziaria e convivente more uxorio. Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'ambito applicativo dell'art. 384, co. 1, c.p.*, in *Sist. pen.*, 22 aprile 2020

MEZZETTI E., “Necessitas non habet legem”? *Sui confini tra “impossibile” ed “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2000

MEZZETTI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 237 ss.

MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 247 ss.

MICHELETTI D., *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e specifica*, in *disCrimen*, 8 maggio 2019

MICHELETTI D., *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021

MILITELLO V., *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, 979 ss.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995

MOLARI A., *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964

MOMSEN C., *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten*, Baden-Baden, 2006

MONGILLO V., *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2020, 2, 16 ss.

MONTICELLI L., *Art. 10-bis*, in C. Nocerino – S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, Torino, 2015, 198 ss.

MONTICELLI L., *Art. 10-ter*, in C. Nocerino – S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, Torino, 2015, 207 ss.

MOOS R., *Der allgemeine übergesetzliche Entschuldigungsgrund der Unzumutbarkeit in Deutschland und Österreich*, in *ZStW* 116 (2004), 891 ss.

MORALES PRATS F., *Art. 20.5°*, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo I, Pamplona, 2016, 229 ss.

MORGANTE G., *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in A. Cassese – M. Chiavario – G. De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 149 ss.

MORSELLI E., *La reazione legittima agli atti arbitrari del pubblico ufficiale*, Padova, 1966

MUÑOS CONDE F. - GARCIA ARAN M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1998

MUSOTTO G., *Colpevolezza, dolo e colpa*, Palermo, 1939

NATALINI A., *Clausole generali e principio di determinatezza della norma penale*, in *Dir. e giust.*, 2004, 5, 34 ss.

NIPPERDEY H.C., *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921

NISCO A., *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 499 ss.

NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, 2020

NOTARO L., *La rilevanza dei “fattori contestuali” ai fini della limitazione della responsabilità colposa del medico. La pandemia da Covid-19 come banco di prova per la colpa penale*, in *Leg. pen.*, 7 marzo 2024

NOWAKOWSKI F., *Zur Theorie der Fahrlässigkeit*, in *Juristische Blätter*, 1953, 506 ss.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947

NUVOLONE P., *La riforma del § 2 del codice penale germanico*, in Id., *Trent’anni di diritto e procedura penale, I*, Padova, 1969, 1 ss.

ORSINA A., *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del Covid-19*, Torino, 2022

PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819 ss.

PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973

PADOVANI T., *Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 568 ss.

PADOVANI T., *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale*, 1987, 477 ss.

PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 823 ss.

PADOVANI T., *Gli elementi obiettivi della colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2021, 1

PAGLIANTINI S., *Il pragmatismo di Enrico di Navarra: l’inesigibilità restitutoria nel canone della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2023, 1027 ss.

PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 920 ss.

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

PALAZZO F., *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2019

PALAZZO F., *Pandemia e responsabilità colposa*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2020
PALAZZO F., *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021

PALAZZO F. – BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023

PALMA M., *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 523 ss.

PAONE V., *La vendita di alimenti contaminati tra colpa ed inesigibilità della condotta*, in *Foro it.*, 2010, 4, 195 ss.

PELAZZA M., *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 15 giugno 2012

PELISSERO M., *Dalla famiglia alle famiglie: evoluzione della tutela penale*, in *Studium iuris*, 2017, 958 ss.

PELISSERO M., *Il diritto penale di fronte all'emergenza*, in R. Sacchi (a cura di), *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2022, 137 ss.

PELISSERO M., *Rigidità della legge e complessità delle relazioni interpersonali: la fragilità dei limiti al giudizio di bilanciamento delle circostanze di fronte alla vulnerabilità individuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 161 ss

PENCO E., *Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico*, in *Sist. pen.*, 15 febbraio 2021

PENCO E., *“Norma-scudo” o “norma-placebo”? Brevi osservazioni in tema di (ir)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2021

PENCO E., *La responsabilità penale degli operatori sanitari: dalla medicina difensiva alla politica delle “norme scudo”*, in M. Galli – N. Recchia (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Napoli, 2023, 209 ss.

PENCO E., *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie, dalla pandemia alla «grave carenza di personale»: limitazione della responsabilità e grado della colpa nel c.d. decreto “Milleproroghe”*, in *Arch. pen.*, 2024, 2

PENCO E., *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. n. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1577 ss.

PERDONÒ G.L., *Le norme contenenti lo “scudo penale” dei sanitari impegnati nel contrasto al Coronavirus*, in A. Manna - L. Risicato (a cura di), *Il diritto penale di fronte all'emergenza sanitaria*, Milano, 2022, 77 ss.

PERIN A., *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Prospettive per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020

PERIN A., *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma della AIPDP*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, 353 ss.

PERINI A., *Ai margini dell'inesigibilità: nemo tenetur se detegere e false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 538 ss

PESTELLI G., *L'art. 384 c.p. ed il convivente more uxorio: i termini di un rapporto negato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 486 ss.

PETRAGNANI GELOSI G., *L'esimente dell'art. 384 c.p. e la disciplina della punibilità prevista dall'art. 384 bis c.p.*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale*, III, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2008, 599 ss.

PETROCELLI B., *La concezione normativa della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, 21 ss.

PETROCELLI B., *La colpevolezza*, Padova, 1962

PIERGALLINI C., *Colpa (voce)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2017, 222 ss.

PIGHI G., *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in *Leg. pen.*, 20 marzo 2020

PIRAS P., *In culpa sine culpa. Commento all'art. 3 I co. l. 8 novembre 2012 n. 189 (linee guida, buone pratiche e colpa nell'attività medica)*, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2012

PIRAS P., *La non punibilità per eventi dannosi da vaccino anti Covid-19*, in *Sist. pen.*, 23 aprile 2021

PIRAS P., *Le fattispecie di non punibilità della legge n. 76 del 2021*, in P. Piccialli (a cura di), *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, Milano, 2021, 657 ss.

PIRAS P., *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sist. pen.*, 1° giugno 2021

PIRAS P., *Dallo scudo penale Covid-19 allo scudo penale milleproroghe*, in *Sist. pen.*, 23 febbraio 2024

PIRAS P., *I nuovi artt. 590 sexies e 590 septies c.p. nella proposta della Commissione D'Ippolito*, in *Sist. pen.*, 25 febbraio 2025

PISA P. - LONGO G., *La responsabilità penale per carenze strutturali e organizzative*, in R. Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa*, Firenze, 2010, 21 ss.

PISANI M., *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959

PISANI N., *Casi di non punibilità*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2016, 601 ss.

PISAPIA G., *I rapporti di famiglia come causa di non punibilità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 41 ss.

PIVA D., *Le componenti impulsive della condotta tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020

PIVA D., *Oggettivo e soggettivo nell'eccesso di difesa per "grave turbamento"*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 656 ss.

POLI P.F., *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3, 86 ss.

POLI P.F., *La colpa grave*, Milano, 2021

POMES F., *Omessa bonifica dei siti inquinati ex art. 257 T.U. ambiente e predisposizione del progetto di bonifica: la Cassazione torna sul tema*, in *Lexambiente*, 2019, 3, 113 ss.

PRANDI S., *L'incostituzionalità del divieto di bilanciamento dell'aggravante dell'omicidio di prossimità: il giudice tra equità e legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 5, 625 ss.

PRANDI S., *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 1035 ss.

PROVERA A., *Tra frontiere e confini. Il diritto penale dell'età multiculturale*, Napoli, 2018

PROVOLO D., *Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale*, Padova, 2011

PRUDENZANO L., *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p., ai conviventi more uxorio*, in *Dir. pen. cont.*, 30 novembre 2015

PULITANÒ D., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.

PULITANÒ D., *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, 4, 73 ss.

PULITANÒ D., *Legittima difesa. Fra retorica e problemi reali*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 4, 262 ss.

PULITANÒ D., *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2020.

QUINTERO OLIVARES G., *Parte general del derecho penal*, Pamplona, 2015

QUINTERO OLIVARES G., *Art. 450*, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Pamplona, 2016, 1483 ss

QUINTERO OLIVARES G., *Art. 454*, in G. Quintero Olivares (dir.) - F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, Pamplona, 2016, 1494 s.

RAU I., *Straf- und Strafverharensrecht*, in H. Schmidt (Hrsg.), *Covid-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 3 Auf., München, 2021, 821 ss.

REBUT D., *La responsabilité pénale des décideurs à l'issue du vote du Parlement*, in *Le club des juristes*, 20 maggio 2020

RIMEDIO A., *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da Covid-19*, in *BioLaw Journal*, 2021, 1, 13 ss.

RIONDATO S., *L'unione familiare di matrimoni, unioni civili e convivenze, dopo la riforma penale 2016-2017*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1002 ss.

RISICATO L., *Le linee guida e i nuovi confini della repsonsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 191 ss.

RISICATO L., *Linee guida e imperizia "lieve" del medico dopo la l. 189 del 2012: i primi orientamenti della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 696 ss.

RISICATO L., *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 5 giugno 2017

RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28 giugno 2019

RISICATO L., *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in *disCrimen*, 25 maggio 2020

RISICATO L., *Mors tua, vita mea, morire con il Covid per assenza di posti letto. Profili di responsabilità del "rianimatore"*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021, 178 ss.

RISICATO L., *"In me la passione è più forte della ragione". Un'analisi dei rapporti tra emozioni e colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 9 luglio 2024

RIVERDITI M., *La doppia dimensione della famiglia (quella “legittima” e quella “di fatto”) nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, I, Torino, 2011, 555 ss.

RIZZO C., *La crisi pandemica e i nuovi scenari della “colpa medica”*, in *Arch. pen.*, 6 gennaio 2021

RIZZO MINELLI G., *Il rischio epidemico nei luoghi di lavoro tra responsabilità penale delle persone fisiche e profil di corporate liability*, in *Ambientediritto.it*, 2020, 3, 6 ss.

ROBINSON P.H., *Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis*, in *82 Columbia Law Review*, 199 (1982)

RODES L., *Il principio di proporzionalità della sanzione penale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2023, 1, 26 ss.

ROIATI A., *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216 ss.

ROIATI A., *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, in *Leg. pen.*, 19 maggio 2020

ROIATI A., *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 2020, 1

ROMANO M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 55 ss.

ROMANO M., *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 43 ss.

ROMOLI F., *Omesso versamento di IVA e crisi di liquidità*, in *Arch. pen.*, 2013, 1

RONCO M., *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023.

ROSSI L., *La legittima difesa domiciliare all'esame di vent'anni di giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2021, 1, 315 ss.

- ROSSI P., *Trattato di diritto penale*, Milano, 1852
- ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénal*, Parigi, 2009
- ROXIN C., *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in *ZStW* 96 (1984), 641 ss.
- ROXIN C., *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB (Teil 2)*, in *JA*, 1990, 137 ss.
- ROXIN C., *Täterschaft und Tat herrschaft*, 11 Auflage, Berlin, 2022
- RUGA RIVA C., *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, in *Leg. pen.*, 6 aprile 2020
- RUSSO L., *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, in *Arch. pen.*, 2018, 2
- SABATINI L., *Osservazioni su inesigibilità, fortuito e colpa nei reati ambientali*, in *Cass. pen.*, 2005, 161 ss.
- SACCHI R. (a cura di), *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, 2022
- SÁINZ CANTERO J.A., *La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma en Derecho Penal*, Granada, 1965
- SÁINZ CANTERO J.A., *Las causas de inculpabilidad en el Código penal español*, in *RGLJ*, 1963, 52 ss.
- SÁINZ CANTERO J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ed, 1990
- SALTELLI C., *L'analogia e i principi generali di diritto in materiale penale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 1 ss.
- SALVEMME I., *Un insolito effetto della crisi. Il recupero dell'inesigibilità nei reati di omesso versamento d'IVA.*, in *Cass. pen.*, 2014, 666 ss.
- SANTAMARIA D., *Colpevolezza (voce)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 646 ss.
- SANTAMARIA D., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961

SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957

SCARAMELLINI L., *Palliativi e cure effettive: interventi proposti e proposte di intervento in tema di responsabilità penale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Giur. pen.*, 16 aprile 2020

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

SCHAFFSTEIN F., *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldasschließungsgrund*, Leipzig, 1933

SCHLEE A., *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburg, 2009

SCHMIDT E., *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 26 Aufl, Leipzig, 1927

SCHUMACHER O., *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung m. modernen Schuldgedanken*, Berlin, 1927

SCOGNAMIGLIO C., *Affidamento, responsabilità pre-contrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede*, in *Accademia*, 2023, 1, 297 ss.

SCOLETTA M., *Covid, risorse scarse e profili di responsabilità da reato degli enti sanitarie*, in G. Losappio (a cura di), *Scelte tragiche. Atti del III convegno "Medicina e diritto penale" (Taranto, 11 dicembre 2020)*, Bari, 2021, 198 ss.

SCORCIA S.M., *La natura eccezionale delle scusanti: riflessioni a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 7 settembre 2022

SELLA C., sub art. 731, in A. Cadoppi - S. Canestrari - P. Veneziani, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2018, 3010 ss.

SELVAGGI N., *Il caso Erdemović tra ordine del superiore e stato di necessità*, in E. Mezzetti (a cura di), *Diritto penale internazionale. I. Casi e materiali*, 2° ed, Torino, 2010, 54 ss.

SERENI A., *Le prospettive di inesigibilità nel diritto penale*, in C. Piergallini - G. Mannozi - C. Sotis - C. Perini - M. Scoletta - F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022, 825 ss.

SÉRIAUX A., *L'appréciation de la faute pénale d'imprudence en droit français contemporain*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017, 2, 231 ss.

SILVA SÁNCHEZ J.M., *Problemas del tipo de omisión de socorro*, in *ADPCP*, 1988

SIRA G., *Grado della colpa e linee guida: una ventata d'aria fresca nella valutazione della colpa medica*, in *Cass. pen.*, 2014, 1670 ss.

SIRACUSANO P., *Reazione ad atto di pubblico ufficiale ed arbitrarietà putativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 937 ss.

SMITH J.C., *Justification and Excuse in the Criminal Law*, London, 1989

SOANA G.L., *Crisi di liquidità del contribuente ed omesso versamento di ritenute certificate e di iva (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. n. 74/2000)* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 ottobre 2013,

SPAIN E., *The Role of Emotions in Criminal Law Defences. Duress, Necessity and Lesser Evils*, Cambridge, 2011

SPENA A., *Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384, primo comma, c.p.)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 145 ss.

SPENA A., *Reati contro la famiglia*, in C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, XIII, Milano, 2012

STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza delle circostanze*, Napoli, 1971
STRATENWERTH G., *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 635 ss.

STREE W., *Zumutbarkeitsprobleme bei Unterlassungstaten*, in *FS Lenckner*, 1998, 393 ss.

SUCHAN P., *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1977, 66 ss.

SUMMERER K., *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino, 2024

TADROS V., *The Characters of Excuse*, in 21 *Oxford Journal of Legal Studies*, 495 (2001)

TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012

TELESCA M., *Criticità economiche, omesso versamento di ritenute previdenziali e principio di inesigibilità*, in *Arch. pen.* 2018, 2

TIMPE G., *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzeß (§ 33 StGB)*, in *JuS*, 1985, 117 ss.

TOKLU H., *Covid-19 et repsonsabilité pénale des décideurs publics*, in *Civitas Europa*, 2021 2, 219 ss.

TOMASI L., *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Quest. giust.*, 2019, 2, 39 ss.

TOMASINELLI E., *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell'imprenditore. La Cassazione alle prese con un'omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore*, in *Giur. pen.*, 2018, 4

TORDINI CAGLI S., *L'epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino, 2023

TOSCANO G., *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento: tra tormenti giurisprudenziali e prospettive (urgenti) di riforma*, in *Dir. prat. trib.*, 2023, 2, 549 ss.

TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Torino, 2020

VALBONESI C., *La colpa grave come limite di tipicità: un dialogo fra l'ordinamento italiano e spagnolo alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio del rimprovero colposo*, in *Ind. pen.*, 2021, 1, 201 ss.

VALBONESI C., *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023

VALENTINI V., *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen.*, 2020, 1

VALLINI A., *L'art. 3 del 'Decreto Balduzzi' tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 735 ss.

VALLINI A., *La responsabilità penale da contagio*, in F. Cassibba – G. Dodaro – L. Parlato (a cura di), *Emergenza Covid-19 fra diritto e processo penale*, DIPLAP, 2021, 49 ss.

VARONA GÓMEZ D., *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000

VASSALLI G., *Limiti del divieto di analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano, 1942

VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 609 ss.

VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss.

VENAFRO E., *Scusanti*, Torino, 2002

VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000

VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in M. Donini – R. Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 309 ss.

VENEZIANI P., *La colpa penale nel contesto dell'emergenza Covid-19*, in *Sist. pen.*, 28 aprile 2022

VENEZIANI P., *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *Sist. pen.*, 19 settembre 2023

VETTORI G., *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 185 ss.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000

VIGANÒ F., *Il medico che si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponderà più per colpa lieve*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012

VIGANÒ F., *Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2013

VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021

VILLANI E., *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto di Roma*, in E. Mezzetti, *Diritto penale internazionale. II. Studi*, 2° edizione, Torino, 2010, 175 ss.

WENIN R., *La prova delle scusanti*, in G. De Francesco – C. Piemontese – E. Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, 157 ss.

WILLIAMS G., *The Theory of Excuses*, in *Crim. L. Rev.*, 732 (1982)

WORTMANN L., *Inhalt und Bedeutung der “Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens” im Strafrecht*, Baden-Baden, 2002

ZANOTTI M., *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984 ZANOTTI M., *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 184 ss.

ZANOTTI M., *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, *Giur. cost.*, 1996, 99 ss.

ZIESCHANG F., *Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand*, in *JA*, 2007, 679 ss.