

Corso ordinario on - line MAGISTRATURA 10[^] ed. 2016-2017

Lezione P-13

Le scriminanti (parte prima)

Sommario: 1. Caratteristiche essenziali delle scriminanti e distinzioni da figure affini. 1.1. La natura della presenza del giustificato motivo nel reato di cui all'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998. 1.2. La controversa figura dell'inesigibilità. 1.2.1. Il principio *nemo tenetur se detegere*. 1.2.2. Crisi economica e reati tributari. 2. Le scriminanti tacite. 2.1. L'attività medico-chirurgica. 2.2. L'attività sportiva violenta. 3. La scriminante dell'esercizio del diritto. 3.1. Il diritto di difesa: rapporti con la calunnia e con l'esimente di cui all'art. 598 c.p. 3.2. L'attività difensiva: il favoreggiamento personale, il reato associativo e il concorso esterno in associazione mafiosa. 3.3. Le forme di manifestazione del pensiero nei percorsi giurisprudenziali anche sovranazionali. 3.3.1. Il diritto di cronaca. 3.3.1.1. L'intervista giornalistica e quella televisiva. 3.3.1.2. Il diritto di cronaca ed il diritto alla riservatezza. 3.3.1.3. La cronaca giudiziaria. 3.3.3. Il diritto di critica, anche politica. 3.3.4. Il diritto di satira. 3.4. La valenza scriminante del diritto straniero: il problema dei reati culturalmente orientati. 4. L'immunità parlamentare ex art. 68 Cost.: i recenti arresti della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

1. Caratteristiche essenziali delle scriminanti e distinzioni da figure affini

Le cause di giustificazione, dette anche scriminanti o cause di liceità, sono particolari situazioni in presenza delle quali un fatto, che altrimenti costituirebbe reato, non acquista tale carattere perché il diritto positivo lo impone o lo consente.

Le scriminanti sono descritte nel nostro codice sia nella parte generale (si vedano gli artt. 50, 51, 52, 53 e 54 c.p., le c.d. scriminanti comuni), sia nella parte speciale, ove si enumerano, a seconda dei singoli reati, di volta in volta le cause di giustificazione speciali, che sono, pertanto, riferibili solo ad una o a singole fattispecie di reato.

Le scriminanti si suddividono poi in tipiche e atipiche. Le scriminanti tipiche sono quelle contemplate dalla legge, quelle atipiche sono, al contrario, non codificate. Si discute, quanto all'ammissibilità di queste ultime, anche se ormai l'opinione dominante, come si vedrà, è nel senso della configurabilità all'interno del nostro ordinamento giuridico.

Quanto alla **natura giuridica delle norme che prevedono le scriminanti**, due sono fondamentalmente le tesi che si contendono il campo.

Secondo un primo orientamento rientrerebbero nel novero delle norme penali di favore, e, come tali, sarebbero soggette a tutti gli effetti alla disciplina penalistica ed in prima istanza al principio di legalità.

Un altro orientamento, seguito dalla più moderna dottrina, ritiene, invece, che le scriminanti non possano essere considerate norme penali di favore perché non hanno natura specificamente penale, in quanto sono espressione di principi generali dell'ordinamento giuridico complessivamente considerato, escludendo qualsiasi profilo di responsabilità non solo penale ma anche civile, disciplinare e contabile. A tal guisa non sarebbero soggette al principio di legalità.

Le scriminanti dunque si caratterizzano perché *escludono, già sotto il profilo oggettivo, la sussistenza del reato*. Il fatto scriminato va considerato *ab origine* lecito, per cui anche se è in linea di principio riconducibile alla previsione della norma incriminatrice, per essere stato commesso in presenza di una causa di giustificazione, non può essere considerato come reato. Ciò comporta, sul piano processuale, che in presenza di una causa di giustificazione (o nel dubbio circa la sua presenza, cfr. art. 530, co. 3, c.p.p.) la formula assolutoria è quella "perché il fatto non costituisce reato" (e non "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato" poiché il fatto, al di fuori della situazione scriminante, è reato, né "perché il fatto non sussiste", visto che *in rerum natura* il fatto esiste; v., sul punto S.U. 29.5.2008, n. 40049).

La liceità, come detto, rileva sia sul piano penale che extrapenale. Il fatto commesso in presenza di una situazione scriminante, in linea di principio, comporta la liceità di quel

comportamento non solo sul piano penale, ma anche su altri piani come, ad esempio, quello civilistico, quello disciplinare e della responsabilità contabile.

Le norme scriminanti *possono essere anche applicate analogicamente* e, quindi, non vanno incontro al divieto di analogia che opera in materia penale, non solo perché si tratterebbe comunque di analogia *in bonam partem*, ma anche perché le scriminanti sono espressione non del diritto eccezionale, ma norme di diritto regolare. Il fatto non viene considerato non punibile anche se illecito, ma, come detto, sin dall'inizio lecito.

Le cause di giustificazione vanno tenute distinte da altre forme di esclusione *latu sensu* della responsabilità penale, come, ad esempio, le **cause di esclusione della colpevolezza**, che incidono sul piano meramente soggettivo (si pensi all'errore).

Le scriminanti vanno altresì tenute distinte dalle **cause di esclusione della pena e della punibilità** perché queste, individuate dal legislatore per ragioni di convenienza e opportunità, escludono solo la punibilità del fatto, che è da considerarsi comunque reato (si pensi alle immunità; secondo la giurisprudenza le norme che prevedono cause di non punibilità, in quanto derogatorie delle norme penali generali, non sono suscettibili di estensione analogica, v. Cass. 3.3.2009, n. 9866; C. Cost. sent. 8/1996).

Le cause di giustificazione si differenziano anche dalle **cause di estinzione del reato**, dal momento che queste sopravvengono alla realizzazione dello stesso: anche in questi casi il fatto di reato esiste ed è punibile, ma il soggetto non viene perseguito per via di cause sopravvenute previste dalla legge (si pensi all'amnistia cd. propria che interviene addirittura successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna o alla prescrizione).

1.1. La natura della presenza del giustificato motivo nel reato di cui all'art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998

Sebbene, come si intuisce, distinguere tra le figure che, in qualche modo, escludono la responsabilità del soggetto rispetto ad un fatto previsto astrattamente come reato sia agevole, in alcuni casi si discute in ordine alla natura della causa di esclusione della punibilità in genere prevista da una norma di legge. Oltre ai noti casi di cui alle norme previste dagli artt. 384 e 598 c.p. (dei quali ci si occuperà nel prosieguo delle Lezioni), è il caso di segnalare la figura del "*giustificato motivo*" la cui assenza determina la responsabilità dello straniero raggiunto dal provvedimento di allontanamento del Questore ex art. 14, co. 5-ter, d.lgs. 286/1998. Tale norma prevede appunto una sanzione penale a carico dello straniero che, attinto dall'ordine questorile di lasciare il territorio dello Stato, non vi ottemperò, senza un giustificato motivo, entro i prescritti cinque giorni.

Secondo una tesi affacciata in giurisprudenza, si è in presenza di una **scriminante o esimente speciale** cui è attribuita la funzione di rendere l'applicazione della norma suscettibile di adeguamento alle esigenze di giustizia imposte dalla situazione concreta (Cass. pen., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 8352; Trib. Milano, 28 ottobre 2006. Tale tesi è stata espressamente scartata dalla Corte Cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 5).

In dottrina si è sostenuto che trattasi di una **scusante**, ossia di un elemento che esclude la colpevolezza, sicché non attiene all'elemento oggettivo del reato, ma a quello soggettivo. Per tale impostazione il giustificato motivo rappresenta una formula normativa con cui il legislatore dà rilevanza a quelle situazioni concrete in cui il soggetto si è trovato ad operare e dalle quali è derivata l'impossibilità di pretendere dallo stesso il comportamento richiesto dalla norma e, quindi, l'impossibilità di muovergli un rimprovero. Pertanto, tale elemento, che afferisce alla dimensione psicologica, va ricondotto nell'ambito della colpevolezza, intesa in senso normativo (tale tesi evoca la figura della inesigibilità di un comportamento in un dato momento e contesto, la cui portata generale è assai controversa, v. sul punto, Caringella-Della Valle-De Palma, Manuale di diritto penale, parte generale, 2009, 860).

Il giudice delle leggi e parte della dottrina hanno, invece, definito l'assenza di giustificato motivo come un "*elemento negativo interno allo stesso fatto tipico*" (Corte Cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 5) o come "*requisito negativo espresso ... presente nella descrizione del fatto incriminato*" (Corte Cost. sent. 21 novembre 2006, n. 386), riconducendo così tale figura nell'alveo dell'elemento oggettivo del reato e ritenendo che **attenga alla tipicità stessa del fatto**, con la conseguenza che non si tratta di un elemento che elide

l'antigiuridicità del fatto tipico già venuto ad esistenza (come accade per le scriminanti), ma di un elemento che è essenziale per l'esistenza stessa del fatto tipico di cui è parte integrante.

L'adesione all'una piuttosto che all'altra delle tre tesi, non rileva tanto in termini di errore da parte dello straniero sulla sussistenza del giustificato motivo di permanenza (attesa la sostanziale simmetria della disciplina dell'errore prevista dall'art. 47 c. 3 c.p., applicabile qualora lo si ritenga elemento costitutivo del reato, e dall'art. 59 c. 4, applicabile qualora lo si qualifichi come scriminante), quanto sul piano probatorio.

Al riguardo, va notato che la previsione di cui all'art. 530 c. 3. c.p.p., secondo cui deve essere pronunciata sentenza di assoluzione quando vi sia anche il semplice dubbio circa la sussistenza di una causa di giustificazione (in forza di tale norma la presenza di un principio di prova o di una prova incompleta sulla sussistenza della scriminante determinerà l'assoluzione), per come interpretata dal diritto vivente (ossia in termini di insufficienza o contraddittorietà della prova sulla presenza della scriminante), appare doppiata dalla previsione di cui al comma due del medesimo articolo che opererebbe se lo si qualifichi come elemento costitutivo (che attiene alla sfera oggettiva ovvero soggettiva) e da quella di cui all'art. 531 c.p.p. che impone la condanna solo nel caso in cui si ritenga l'imputato colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio. E' con riguardo all'onere probatorio allora che si appunta la differenza sul piano della disciplina dell'adesione all'una piuttosto che all'altra delle menzionate opzioni ermeneutiche. Secondo la giurisprudenza, in ordine alla sussistenza di una scriminante, sussiste a carico dell'imputato un onere di allegazione che impone al medesimo di indicare quantomeno i temi di prova sulla sussistenza della scriminate stessa. Se, invece, lo si considera come elemento costitutivo della fattispecie spetterà esclusivamente all'accusa provarne l'esistenza senza oneri processuali di sorta a carico dell'imputato.

Tali questioni oggi assumono rilevanza anche con riferimento al reato di cui all'art. 14, co. 5-quater del d.lgs. 286/1998 per effetto della sentenza additiva del giudice delle leggi che ha dichiarato incostituzionale la disposizione nella parte in cui in cui non dispone che l'inottemperanza all'ordine di allontanamento impartito dal questore allo straniero già condannato per una simile inottemperanza e di cui al precedente comma 5-ter, sia punita, in analogia a quanto previsto per la prima inottemperanza, nel solo caso che abbia luogo senza giustificato motivo (Corte Cost. 17.12.2010, n. 359). In sostanza, in seguito a tale pronuncia anche rispetto a tale reato assume rilevanza ai fini della sussistenza stessa del reato la presenza o meno di motivo che giustifichi l'inottemperanza dello straniero.

1.2. La controversa figura dell'inesigibilità

Figura che si colloca sul piano della colpevolezza, ma che fonda, per chi l'ammette, le sue radici in alcune norme che prevedono scriminanti, è quella della inesigibilità. Secondo un'impostazione risalente della dottrina tedesca, seguita da parte della dottrina italiana, l'inesigibilità del comportamento conforme al dovere contemplato nella norma penale incriminatrice costituisce una causa generale, autonoma ed ultralegale di esclusione della colpevolezza.

L'esistenza di tale clausola non codificata di esclusione della colpevolezza riposa, secondo questa impostazione, nella considerazione secondo cui la colpevolezza, nella prospettiva normativa, richiede l'esigibilità del comportamento conforme al dovere, dovendo la volontà del soggetto formarsi in "circostanze concomitanti normali", tali cioè da consentire al soggetto di orientarsi liberamente e consapevolmente nel mondo dei motivi favorevoli e contrari alla scelta criminosa. In altre parole, non sarebbe penalmente responsabile, per carenza dell'elemento soggettivo, colui che, nel caso concreto, sia impossibilitato a tenere un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto in violazione della legge penale. Ciò perché un comportamento in concreto inesigibile non può essere considerato colpevole e, quindi, fonte di punizione. Pertanto, l'inesigibilità del comportamento, dovuto al fatto che il soggetto ha agito in circostanze tali da non potersi umanamente pretendere un comportamento diverso, esclude la colpevolezza.

L'inesigibilità, in quest'ottica, non individua soltanto il fondamento di talune cause di esclusione della colpevolezza o di giustificazione codificate (si pensi, in ordine alle prime, alla disciplina sull'errore di cui agli artt. 5 e 47 c.p. e, circa le seconde, alle scriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità di cui agli artt. 52 e 54 c.p.) ovvero di altre esimenti (si pensi, a quella speciale di cui all'art. 384 c.p. ovvero al caso fortuito ed alla forza maggiore

di cui all'art. 45 c.p. o ancora alla costrizione psichica di cui all'art. 53, comma 3, c.p. ed alla violenza irresistibile prevista dall'art. 46 c.p.), ma avrebbe la peculiare funzione di escludere la punibilità dell'agente con riferimento a situazioni non espressamente tipizzate, mercé l'applicazione analogica di quelle. Proprio le norme che codificano l'inesigibilità di dati comportamenti (ossia, quelle appena richiamate) fonderebbero la regola generale della inesigibilità che, per analogia *iuris*, può scusare oltre i casi previsti dalle norme stesse.

Sarebbe, quindi, una clausola aperta di estensione delle cause di esclusione della colpevolezza tale da permettere di ricomprendere in queste le situazioni caratterizzate dalla impossibilità nel caso concreto di esigere un comportamento alternativo lecito, rispetto a quello tenuto dall'agente, in quelle situazioni, cioè, in cui la punizione apparirebbe ingiustificata. Per usare una felice espressione inaugurata da autorevole dottrina l'istituto in parola si atteggierebbe a "*valvola che permette ad un sistema di norme di respirare in termini umani*". Si è soliti ricondurre al principio di inesigibilità i casi dell'autista che non soccorre l'investito per sottrarsi al pericolo del linciaggio, dell'alpinista che, sorpreso dalla tormenta, taglia la corda per non precipitare, causando il decesso del proprio compagno, o del medico c.d. curante che, esausto per l'intensa giornata di lavoro, si rifiuta di recarsi, a tarda sera, a visitare l'ammalato.

La dottrina maggioritaria rifiuta la ricostruzione suddetta, muovendo varie critiche.

In primo luogo, si rimarca la mancanza di un fondamento normativo minimo che possa giustificare i risultati cui giunge la teoria dell'inesigibilità. Attingendo la scusa da fonti materiali, si finisce per violare inevitabilmente il principio di legalità e di certezza (o tassatività).

In secondo luogo, essa non riesce ad individuare un parametro unitario alla cui stregua qualificare un determinato comportamento come esigibile od inesigibile, del tutto vaghe e incerte essendo le espressioni "*umanamente*", "*ragionevolmente*" ecc., che di solito vengono utilizzate per valutare l'esigibilità del comportamento. In questo ambito, non si chiarisce neppure quale sia il soggetto cui parametrare la condotta inesigibile, con la conseguenza che, ove si faccia riferimento all'agente del caso concreto, si cadrebbe in un pericoloso relativismo soggettivistico, tale da giustificare, se portato alle sue estreme conseguenze, qualsiasi azione criminosa; se, poi, si avesse riguardo all'uomo medio, si procederebbe nell'incertezza, perché il quesito circa l'esigibilità o meno di un dato comportamento da parte di questa figura sarebbe suscettibile delle soluzioni più diverse, influenzate da fattori contingenti (momento storico di riferimento, *forma mentis* e soggettivismo dell'interprete, ecc.).

Del resto, si soggiunge, anche gli esempi addotti dai sostenitori della teoria dell'inesigibilità non convincono. Infatti, da una parte, alcuni di essi sono riconducibili alle cause di giustificazione già codificate (ad esempio, i casi dell'alpinista o dell'investitore sono agevolmente risolvibili mercé l'applicazione della disciplina delle scriminanti dello stato di necessità o della legittima difesa), per cui il ricorso alla categoria dell'inesigibilità è inutile, dall'altra parte, per alcuni di quei casi, non c'è motivo per ritenere l'impunità dell'agente (come nel caso del medico esausto).

Queste considerazioni hanno condotto la dottrina dominante a ritenere che nel nostro ordinamento non vi sia spazio alcuno per annettere rilevanza scusante all'inesigibilità. Tuttavia, se la si ritiene inaccettabile come categoria generale, essa assume autonoma rilevanza sul piano della colpevolezza, quale fondamento di specifiche scusanti (come quella dell'errore), e come criterio di sussistenza e graduazione della colpa, mediante la verifica della sussistenza del requisito della stessa dell'attribuibilità all'agente dell'inosservanza della regola cautelare.

La giurisprudenza prevalente tende ad escludere l'applicabilità del principio dell'inesigibilità, a ciò ostando il fondamentale principio di legalità di cui all'art. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost. che eliminerebbe in radice la possibilità di ritenere esclusa la colpevolezza al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, pur quando sia impossibile esigere dal singolo una condotta conforme al precetto,.

Quale ulteriore argomento volto a negare rilevanza generale all'inesigibilità può frasi riferimento a quelle norme incriminatrici in cui il legislatore prende espressamente in considerazione situazioni in cui non si può esigere un comportamento diverso da quello che integra il reato. Ciò accade mediante l'utilizzo di formule quali "senza giustificato motivo", "senza necessità" o "senza giusta causa". Al di fuori di questi casi, oltre che di quelli in cui viene in rilievo una norma generale che dà rilevanza all'inesigibilità di un dato comportamento (si vedano quelle in precedenza richiamate, come l'art. 45 c.p.), il legislatore mostra di non voler reputare scusato il comportamento supposto come inesigibile.

A tale riguardo, è opportuno richiamare il caso relativo alla configurabilità del **reato di cui all'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998** – che punisce, con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda, «lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non esibisce, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno» – nell'ipotesi in cui la relativa condotta sia integrata dallo straniero clandestinamente entrato nel territorio dello Stato. In argomento, essendo insorto un contrasto giurisprudenziale, sono intervenute le Sezioni Unite (sent. 29 ottobre 2003, n. 45801).

La Suprema Corte ha distinto tra l'eventualità della mancata esibizione del permesso o della carta di soggiorno, da quella della mancata esibizione del passaporto o altro documento di identificazione.

Nel primo caso non ricorre il reato di cui all'art. 6, comma 3, citato, per l'inesigibilità di un comportamento diverso da parte dello straniero clandestino. Si è rilevato, infatti, che nel caso dello "immigrato clandestino" è da escludere che possa esistere il permesso o la carta di soggiorno, poiché diversamente egli non sarebbe più tale. Non appare, quindi, esigibile che questi debba esibire uno di tali documenti che sul piano naturalistico non sono mai esistiti né potevano esserlo perché del tutto inconciliabili ed ontologicamente esclusi dalla sua condizione di clandestino.

Anche per la mancata esibizione del "documento di identificazione per stranieri" va ritenuta inesigibile una condotta differente, atteso che un siffatto documento non sarebbe possibile rilasciare all'immigrato clandestino giacché, accertato tale stato al momento della richiesta, ne conseguirebbe da subito la sua espulsione.

A conclusioni opposte giunge la Corte con riferimento alla mancata ostensione del passaporto o altro documento di identificazione. Tali documenti, infatti, rientrano nella sfera originaria di disponibilità dello straniero, sono, cioè, di formazione antecedente al suo ingresso nel territorio dello Stato e nulla hanno a che vedere con la sua condizione di clandestinità: l'esigibilità della loro esibizione, una volta che lo straniero sia comunque entrato nel territorio dello Stato, è del tutto indipendente dalla sua condizione di clandestino. Pertanto, una condotta diversa rispetto alla mancata esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione può essere sempre richiesta al soggetto agente (sul punto sottolinea la Corte: *"Non può ritenersi una inesigibilità della condotta di esibizione del documento sul presupposto che essa disvelerebbe la condizione di clandestinità dello straniero, assoggettandolo alla espulsione: tale interesse utilitaristicamente soggettivo non può prevalere sull'interesse pubblico protetto dalla norma, che è, appunto, come s'è già detto, quello di consentire l'attività di pubblica sicurezza volta alla identificazione dei soggetti stranieri presenti in territorio nazionale e la norma è finalizzata proprio anche al successivo controllo della regolarità della presenza dello straniero in Italia; ché altrimenti dovrebbe inferirsi la inaccettabile conseguenza che chi abbia fatto irregolare ingresso nel territorio dello Stato possa comunque continuare a permanervi in tale irregolare posizione senza che lo Stato possa attivare alcun controllo identificativo necessario al riguardo. Né può ritenersi sussistente nell'ordinamento un principio generale (...) secondo il quale sarebbero inesigibili da parte di tutti, cittadini e stranieri, comportamenti che ove correttamente tenuti, possono agevolare l'applicazione a loro carico di sanzioni amministrative, e, laddove non tenuti, possono costituire reati"*; sulle novità introdotte in ordine a tale reato dalla legge n. 94/2009 e sul nuovo intervento delle Sezioni Unite al riguardo, v. CARINGELLA-DE PALMA-FARINI-TRINCI, *Manuale di diritto penale*, 2011, Dike giuridica).

Altra norma incriminatrice in cui ha ingresso il concetto di "giustificato motivo", la cui presenza esclude la sussistenza del reato per inesigibilità di un comportamento conforme alla divieto scaturente dal precetto penale, è quella di cui all'**art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. n. 286/1998**, che punisce la condotta dello straniero che <<senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore>>.

Anche rispetto a tale profilo viene in rilievo l'accertamento della condizione di concreta inesigibilità dell'ottemperanza, in questo caso, di un ordine del Questore. Piuttosto che qualificare l'assenza di "un giustificato motivo" come elemento costitutivo negativo della fattispecie, la giurisprudenza di legittimità tende a qualificarla come un'esimo speciale la quale si colloca al di fuori dell'ordinario ambito applicativo delle esimenti generali del codice penale.

Si ritiene, nel valutare quali siano le condizioni applicative peculiari per la sua operatività, che essa tragga la propria ragione, ed al contempo i propri limiti, in un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di tutela sociale alle quali è preposto l'ordine adottato ex art. 14, comma 5 *bis*, citato, ed i diritti fondamentali dello straniero, garantiti dalle norme costituzionali.

Tale punto di equilibrio esclude che la mera difficoltà di adempiere (tipica delle condizioni in cui versano tutti i "migranti economici") si attesti al livello della grave inesigibilità - soggettiva od oggettiva - dell'adempimento (in questo senso, Corte Cost., ord., 8 novembre 2006, n. 386, che ha nella parte motiva (della decisione di manifesta infondatezza della questione sottoposta) ha richiamato tanto i propri precedenti arresti in materia (in particolare la nota sentenza n. 5 del 2004), quanto le soluzioni date al proposito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Con particolare riguardo alla dibattuta questione della possibilità che la condizione economica dell'obbligato possa integrare l'esimente in esame, secondo quest'ultima non può integrare l'esimente stessa la mera difficoltà di reperire i fondi necessari all'acquisto del titolo di viaggio (Cass., sez. I, 9 maggio 2006, n. 19086), ma soltanto la grave assoluta impossidenza, da accertarsi con riguardo alle condizioni personali e di inserimento sociale dello straniero e da valutarsi anche in relazione al costo del viaggio di rimpatrio nel concreto imposto (Cass., sez. I, 7 aprile 2006, n. 25640).

Dunque, è dallo stesso sistema legale - e dalle numerose norme di tutela e protezione del migrante contenute nel citato Testo Unico - che sarà lecito agevolmente rinvenire ipotesi di giustificato motivo (dalla esigenza di curarsi da una patologia invalidante sopravvenuta, a quella di accudire temporaneamente un congiunto malato, dalla necessità di attendere il rilascio consolare del documento d'espatrio tempestivamente richiesto, al sopravvenire di eventi esterni che impediscano la mobilità dell'obbligato; Cfr., ad esempio, Cass., sez. I, 31 gennaio 2008, n. 6605, per cui non integra giustificato motivo dell'inosservanza dell'ordine di allontanamento dal territorio dello Stato impartito dal questore allo straniero la condizione di quest'ultimo di attesa dei documenti necessari alla celebrazione di matrimonio con cittadina italiana (nella specie avvenuto a circa sei mesi dall'ordine del questore); Cass., sez. I, 23.11.2007, n. 2907, per cui ai fini della sussistenza dell'esimente speciale del giustificato motivo - idoneo ad escludere la configurabilità in capo allo straniero extracomunitario del reato di inottemperanza dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato - occorre un rigoroso accertamento della condizione di concreta ed assoluta inesigibilità dell'ottemperanza. Tale condizione, nel caso in cui l'imputato allegghi l'esistenza del rischio grave di persecuzione nel proprio paese in ragione della propria omosessualità, può ritenersi dimostrata esclusivamente laddove venga accertato che il medesimo soggetto sia cittadino di uno Stato nel quale sia penalmente sanzionata l'omosessualità come pratica personale, e non soltanto la manifestazione esteriore di impudicizia sessuale.). E' certamente alla stregua degli stessi criteri che appare configurabile l'esimente del giustificato motivo nella sussistenza di una condizione di oggettiva ed indiscutibile indisponibilità dei mezzi necessari e sufficienti per l'acquisto del titolo di viaggio per l'allontanamento "obbligato". L'accertamento di tale condizione dovrà essere condotta dal Giudice di merito avendo riguardo: a) alla presumibile situazione economica dell'interessato desumibile tanto dai proventi di qualsivoglia attività egli svolga od abbia svolto in Italia, quanto dal tempo di accertata presenza irregolare dello stesso sul territorio nazionale e dalle condizioni personali di suo inserimento sociale; b) al costo presumibile per l'acquisto del titolo di viaggio, tenendo presente che l'allontanamento deve avvenire non già, necessariamente, con rimpatrio nel paese di origine, bensì, secondo la ragionevole previsione dell'art. 14, comma 5 *bis*, citato, in direzione di qualunque altro luogo situato fuori del territorio dello Stato italiano, ben potendo emergere che lo straniero possa avere collegamenti personali con tali luoghi (in questi termini, Cass. pen., sez. I, 18 gennaio 2007, n. 4683).

In conclusione, va segnalato che il principio di inesigibilità, o meglio le esigenze di giustizia sostanziale sottese alla sua elaborazione, hanno trovato ingresso in una pronuncia della Corte Costituzionale in cui si è invocato il **principio ad impossibilia nemo tenetur** in ordine ai reati omissivi propri (sent. 8.7.2010, n. 250). Chiarisce la Corte, per giustificare l'assenza rispetto al reato di illecito trattenimento nel territorio dello Stato italiano del clandestino ex **art. 10-bis del d.lgs. 286/1998** dell'esimente del "giustificato motivo", così come prevista dall'art. 14, co. 5-ter, del d.lgs. 286/1998, che, in rapporto ai reati omissivi propri "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 (si pensi, ad esempio, alla indisponibilità, da parte dello straniero, per cause indipendenti dalla sua volontà, dei documenti necessari al fine di lasciare legalmente il territorio nazionale)".

Così argomentando, sotto le vesti del principio *ad impossibilia nemo tenetur*, la Corte ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento al principio di inesigibilità quantomeno riguardo ai reati omissivi propri.

1.2.1. Il principio *nemo tenetur se detegere*

L'espressione *nemo tenetur se detegere* esprime l'inesigibilità da parte di un soggetto dell'obbligo di autoaccusarsi o comunque di porre in essere una condotta in forza della quale possano emergere elementi di responsabilità a suo carico. Pur venendo in rilievo l'inesigibilità di un comportamento diverso da quello illecito posto concretamente in essere, si è cercato di dare rilevanza giuridica ai comportamenti tendenti ad evitare autoaccuse o l'insorgere di elementi di responsabilità mediante il ricorso alla scriminate dell'esercizio del diritto ex art. 51 c.p. In questo senso, si è ritenuto di dare rilevanza alla considerazione per cui se si ammette che in certe circostanze (come quella appena vista, ma comunque ciò varrebbe anche per le altre di cui si è detto nel primo paragrafo) non esiste il dovere di tenere una certa condotta, ciò significa che la condotta non è antidoverosa, onde la sua inesigibilità costituirebbe non una causa di esclusione della colpevolezza, ma dell'antigiuridicità, appunto una scriminante.

Nel bilanciamento degli interessi cui è preposto, l'ordinamento giuridico accorda prevalenza alla *libertà personale* ed all'*onore* della persona, rispetto all'interesse statale alla repressione dei reati, che sarebbe soddisfatto pienamente se tutti i soggetti del procedimento penale fossero obbligati a collaborare incondizionatamente con la giustizia fino al punto di incriminare se stessi. La *sedes materiae* propria del principio *nemo tenetur se detegere* è senza dubbio ravvisabile nel codice di rito, che, in più disposizioni, tutela il diritto al silenzio dell'indagato (o imputato), del soggetto non indagato ed escusso dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria, e del testimone. A tal punto risulta avvertita l'esigenza di garantire il cittadino contro il rischio di un'autoincriminazione, che il sistema processuale vigente predispone, a tal fine, una serie di istituti involgenti l'intero *iter* procedimentale, dalla fase delle indagini a quella processuale vera e propria.

La disposizione che più compiutamente fa applicazione del principio del *nemo tenetur se detegere* è senz'altro costituita dall'art. 63 c.p.p., che detta puntuali regole per l'eventualità che, durante l'esame, una persona non indagata o imputata cominci a rendere dichiarazioni autoindizianti. Trattasi, all'evidenza, di un'anticipazione del diritto al silenzio previsto dall'art. 64, comma 3 c.p.p. in relazione all'interrogatorio dell'indagato. Inoltre, con riguardo alle dichiarazioni rese dinanzi all'autorità giudiziaria, esso rappresenta il completamento della regola scolpita dall'art. 198, comma 2 c.p.p., in forza della quale nessuno può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale. E' significativo, infine, che, grazie al richiamo dell'art. 198 c.p.p. da parte dell'art. 362 c.p.p., tale regola risulti applicabile anche alle informazioni assunte dal p.m., nonché, per la proprietà transitiva, alle sommarie informazioni rese dinanzi alla p.g., considerato che l'art. 351 c.p.p., a sua volta, richiama l'art. 362 c.p.p.

L'accennata importanza del postulato *nemo tenetur se detegere* nel nostro processo penale, ha indotto taluni autori ed una parte della giurisprudenza ad escludere che esso abbia una valenza esclusivamente endoprocessuale, essendo ragionevole ritenere che esso travalichi i limiti processuali e assuma una portata anche sostanziale, sì da risultare invocabile non solo nell'ambito o comunque in correlazione con il processo (o procedimento) penale, bensì anche prima e fuori di esso. Non v'è in realtà unanimità di vedute sul punto, atteso che parte della giurisprudenza, come ci si accinge a verificare, si mostra restia ad affermare la duplice natura, di garanzia processuale e scriminante, della figura in esame. Si deve tuttavia precisare che l'adesione alla tesi più garantista non comporterebbe il rischio di un'indebita dilatazione dell'impunità, considerato che l'applicazione di siffatto canone dovrebbe comunque sottostare

agli stessi limiti normativamente imposti alle scriminanti espressamente codificate cui si tende a ricondurre l'istituto in questione.

Secondo i suoi sostenitori la figura di cui si discute rappresenta una manifestazione del diritto di difesa, che, oltre ad avere fondamento costituzionale, ex art. 24 Cost., viene tutelato altresì soprattutto attraverso due disposizioni del codice penale, ossia l'art. 51 c.p. e l'art. 384 c.p.

La prima norma codifica la scriminante dell'esercizio del diritto, mentre l'art. 384 c.p. prevede una figura di incerta natura giuridica (secondo alcuni sarebbe una causa di esclusione della colpevolezza, ma l'opinione prevalente è nel senso della causa di giustificazione), che esclude la punibilità per i reati contro l'amministrazione della giustizia ivi tassativamente elencati. La norma da ultimo citata subordina la possibilità di escludere la punibilità dell'autore dei reati indicati a limiti particolarmente rigorosi, esigendo che l'imputato sia stato costretto alla commissione del reato dalla necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un nocumento, che quest'ultimo sia connotato da gravità ed inevitabilità, e che incida sui beni della libertà e dell'onore (si pensi a chi, ascoltato come persona informata sui fatti, dopo aver mentito alla polizia giudiziaria per favorire un suo amico, mente nuovamente dinanzi al P.M., commettendo astrattamente il reato di cui all'art. 371 bis c.p., per evitare che emerga il precedente favoreggiamento). Se dunque la fattispecie criminosa in relazione alla quale si invochi il principio del *nemo tenetur se detegere* risulterà inquadrabile nella categoria dei reati contro l'amministrazione della giustizia contemplati dall'art. 384 c.p., sarà la stessa norma codicistica a limitare entro i suoi confini la possibilità di mandare esente da pena l'imputato.

L'esimente in discussione non è esclusivamente preordinata a tutelare il diritto di difesa personale, potendo essere animata dalla necessità di impedire l'incriminazione di prossimi congiunti a tutela di vincoli di solidarietà familiare.

Certamente più estesa è la portata della scriminante di cui all'art. 51 c.p., che, attuando il principio di non contraddizione, in forza del quale l'ordinamento non può dapprima autorizzare determinate condotte e poi perseguirle penalmente, risulta tendenzialmente applicabile a tutti i reati. Essa, tuttavia, soggiace agli stessi limiti entro i quali il diritto esercitato trova riconoscimento giuridico, limiti desumibili non solo dalla fonte del diritto bensì dall'intero ordinamento. Qualora pertanto si discuta dell'applicabilità del principio del *nemo tenetur se detegere* ad una condotta astrattamente criminosa, esulante dalla peculiare figura dell'art. 384 c.p. e riconducibile a quella prevista dall'art. 51 c.p., in tanto potrà riconoscersi al reo un vero e proprio diritto a non prestare la propria collaborazione all'accertamento del reato da lui commesso, in quanto l'invocata scriminante risulti proporzionata all'estensione di tale diritto, il che, concretamente, accade ogni qualvolta il predetto, per non violare la legge penale, sarebbe costretto a confessare, anche stragiudizialmente, di aver commesso il precedente reato. In tali ipotesi, conferendo al diritto costituzionale di difesa valenza non solo processuale ma anche al di fuori di tale contesto, nel senso che il soggetto ha il diritto di tenere comportamenti anche costituenti reato per evitare di autoaccusarsi o di far emergere elementi di responsabilità, si finisce per giustificare ex art. 51 c.p. tali comportamenti. Naturalmente, tale diritto, nell'ottica della scriminante in questione, va incontro ai limiti c.d. esterni, non potendo così le esigenze autodifensive del singolo pregiudicare interessi individuali di pari o di rango superiore a quello dell'onore o della libertà del singolo medesimo.

In ambito giurisprudenziale il principio in esame, combinato con la scriminante dell'esercizio del diritto, è stato applicato rispetto alla condotta di omesso arresto dei contrabbandieri e di mancato sequestro dell'intero quantitativo della merce rinvenuta, in cui va ravvisata un'ipotesi di "omissione di atti d'ufficio" ex art. 328, comma 1 c.p., per fini investigativi, omissioni non menzionate nel verbale successivamente redatto dagli appartenenti alle forze dell'ordine. Si è escluso, tuttavia, che nella successiva condotta di redazione della relazione di servizio siano ravvisabili gli estremi del reato di falso ideologico del p.u. in atto pubblico poiché la corretta descrizione delle modalità attraverso le quali si era svolto l'intervento degli agenti avrebbe comportato inevitabilmente la confessione del reato precedentemente commesso, il che escluderebbe l'esigibilità da parte loro dell'obbligo di fedele resoconto dei fatti (Cass., sez. V, 15 febbraio 2007, n. 6458).

Tuttavia, tale soluzione rende necessario individuare il *discrimen* tra la scriminante in esame e l'aggravante del "nesso teleologico" prevista dall'art. 61, n. 2, c.p., con riferimento all'ipotesi della commissione del reato "... per occultarne un altro ... o per assicurare a sé o ad altri ... l'impunità di un altro reato". Infatti, appare contraddittorio da un lato escludere la

punibilità in tutti i casi in cui l'astensione dalla commissione di un reato (nella specie, il falso ideologico in atto pubblico) implicherebbe necessariamente la confessione di altro reato già commesso (in questo caso, l'omissione di atti d'ufficio), e dall'altro assoggettare ad un trattamento sanzionatorio più severo in forza dell'indicata aggravante, le condotte illecite poste in essere dall'autore del pregresso reato al fine di ostacolare la propria individuazione e incriminazione.

La circostanza aggravante codificata nell'art. 61, n. 2, c.p. presuppone che il reato la cui commissione fa scattare l'inasprimento della sanzione sia stato posto in essere non già con l'intento di commettere un reato fine a sé stesso, bensì quale mezzo per sottrarsi alle conseguenze penali derivanti da un altro reato. Trattasi di una condotta che, all'evidenza, denota una più intensa criminalità da parte dell'agente, la cui pervicace determinazione soggettiva nella consumazione del reato-fine è resa manifesta dal rifiuto di arretrare di fronte all'eventualità di perpetrare un altro reato. Sebbene sotto il profilo materiale le due situazioni risultino sostanzialmente assimilabili (anche nel caso esaminato, infatti, la falsa attestazione delle circostanze afferenti al sequestro era idonea a sortire l'effetto di impedire l'accertamento della pregressa omissione penalmente rilevante), non può non sottolinearsi il differente coefficiente psicologico che anima la condotta del reo. Infatti, nel caso deciso dalla Suprema Corte, la descrizione *contra verum* dell'accaduto rappresentava, in un certo senso, il passaggio obbligato per non incorrere nella confessione relativa al reato di cui all'art. 328 c.p. Gli imputati, in altri termini, si erano trovati di fronte alla secca alternativa tra descrivere fedelmente i fatti, riconoscendo formalmente la propria responsabilità per l'omissione dell'atto d'ufficio, e fornire una rappresentazione falsata degli eventi per non incorrere nella sanzione penale. Quindi, al di fuori di tale atteggiamento psicologico, ossia se vi sono altre possibilità, all'infuori del comportamento tendente ad occultare la propria responsabilità per il reato commesso, che il reato non emerga, opererà l'aggravante suddetta e non si applicherà la predetta scriminante.

Nella sentenza menzionata la Corte nel conflitto tra l'interesse individuale a non autoincriminarsi e quello collettivo alla repressione dei reati, la Corte di Cassazione ha ritenuto prevalente il primo. In ciò la Cassazione si è discostata da un diverso orientamento secondo cui "la finalità dell'atto pubblico, da individuarsi nella veridicità erga omnes di quanto attestato dal pubblico ufficiale, non può essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi ai rigori della legge penale". A tale considerazione ha obiettato la Corte che essa, ponendo apparentemente come principio quello della prevalenza, in generale, dell'interesse pubblico rispetto all'interesse del singolo che si sia reso autore di un reato, viene per ciò stesso a collocarsi in potenziale contrasto con la logica sottesa al riconoscimento, in genere, di tutte le cause di giustificazione, giacché queste operano appunto facendo prevalere, a determinate condizioni, l'interesse del singolo a non essere punito su quello della collettività a vedere applicata la legge penale la quale, per definizione, tutela beni che, in maggiore o minore misura, sono di interesse collettivo.

Tuttavia, tale pronuncia è stata contraddetta da una successiva che ha ribadito l'orientamento non condiviso dalla precedente, sostenendo che l'impossibilità di invocare in una fattispecie analoga il principio del *nemo tenetur se detegere* dal momento che, posto che la relazione di servizio di un pubblico ufficiale è un atto pubblico per il quale si configura, in caso di falsità ideologica, il reato di cui all'art. 479 c.p., deve escludersi che la rilevanza penale del fatto possa venir meno in applicazione del predetto principio, poiché la finalità dell'atto pubblico, da individuarsi nella veridicità *erga omnes* di quanto attestato dal pubblico ufficiale, non può essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi ai rigori della legge penale (Cass., sez. V, 31 ottobre 2007, n. 3557).

Infine, va segnalato che la giurisprudenza di legittimità ha applicato il principio di cui si discute anche nel settore dei reati societari, escludendo la configurabilità del delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c. a carico dell'amministratore societario che, per evitare di fornire le prove dei reati da lui precedentemente commessi, abbia omesso di indicare nelle scritture contabili gli utili derivanti da tali reati, e ciò sull'assunto che l'ordinamento non può pretendere di obbligare "gli amministratori a mettere per iscritto le prove delle loro azioni delittuose, commesse sotto il paravento della struttura sociale" poiché "nessuno può...essere obbligato a fornire prove, penalmente rilevanti, a suo carico" (Cass., sez. III, 21 gennaio 1987, n. 2906. Si veda anche Cass., sez. I, 14 marzo 1989, n. 8767, per cui l'obbligo della fedeltà e della verità nelle scritture contabili e nelle comunicazioni o nei bilanci sociali non è esigibile nei

confronti di chi vi contravvenga per non rivelare la fonte delittuosa dei proventi ottenuti e perciò per non far emergere la prova dei reati commessi).

Questa impostazione ermeneutica è stata sottoposta a revisione critica dalla giurisprudenza di legittimità più recente che sostenuto che il delitto di falso in bilancio non può essere scriminato dall'inesigibilità dagli amministratori della società di una condotta di autodenuncia in ordine al delitto di appropriazione indebita o di illecito finanziamento già commesso, e ciò sia, sulla base di un argomento generale, in quanto l'art. 61, n. 2, c.p. prevede come circostanza aggravante la destinazione di un delitto all'occultamento di un altro (rendendo così palese l'eccezionalità dell'art. 384 c.p., invocato, come visto, da alcuni come paradigma del principio *nemo tenetur se detegere*, che esime da pena alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, se commessi per salvare sé o un prossimo congiunto da un grave pregiudizio alla libertà o all'onore), sia sulla base di un argomento specifico della materia, perché l'obbligo di veridicità del bilancio e delle altre comunicazioni sociali è inteso anche a prevenire scorrettezze nella gestione delle società, sicché sarebbe irragionevole un'interpretazione che privasse di sanzione la violazione di tale obbligo proprio quando fosse destinato a coprire le scorrettezze più gravi. A tal proposito, si è osservato che "*Sin dal momento dell'appropriazione o comunque dell'illecita gestione, infatti, l'infedele amministratore di una società si trova nella situazione soggettiva che lo vincola alla veridicità nella redazione del bilancio; sicché egli preordina e programma sin dall'inizio la falsità, della cui necessità è già consapevole*" (così, Cass., sez. V, 21 gennaio 1998, n. 1245. Conformi, Cass., sez. V, 5 dicembre 1995, Bianchini; Cass., sez. V, 22 gennaio 1992, n. 6650, secondo cui il diritto di difesa comporta, oltre a facoltà di vario genere e ad obblighi di informazione, la non assoggettabilità ad atti di costrizione tendenti a provocare un'autoincriminazione, ma non anche la possibilità di violare regole di comportamento poste a tutela di interessi non legati alla pretesa punitiva, cioè il diritto di difesa non comprende anche il diritto di arrecare offese ulteriori (nella specie, relativa a rigetto di ricorso, l'imputato, condannato per bancarotta documentale, sosteneva, deducendo violazione degli artt. 51 c.p. e 24 Cost., che per il principio *nemo tenetur se detegere* dovevano ritenersi giustificate le irregolarità contabili dirette a mascherare le attività corruttrici).

Anche con riferimento ai reati tributari è stato escluso che in base al principio *nemo tenetur se detegere* non sussista il reato di omessa dichiarazione dei redditi ex art. 5 del d.lgs. n. 74/2000 in caso di omessa denuncia di redditi provenienti da attività illecita (Cass. 29 novembre 2010, n. 42160). Invero, la difesa dell'imputato aveva assunto, con uno dei motivi di ricorso per Cassazione, la violazione dell'articolo 27 Cost., ed in particolare del principio di colpevolezza, in ordine alla inesigibilità di una condotta alternativa, poiché se l'imputato avesse denunciato il reddito percepito si sarebbe, infatti, automaticamente denunciato per sfruttamento della prostituzione. Così la Corte ha concluso che integra il delitto di omessa dichiarazione dei redditi derivanti dall'attività di sfruttamento dell'altrui prostituzione, in quanto ogni provento, anche illecito, costituisce reddito tassabile, la cui mancata indicazione nella dichiarazione annuale costituisce reato.

Si è infatti chiarito che sono soggetti a tassazione anche i proventi derivanti da attività illecite non sequestrate o confiscate, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 537/1993 e che secondo la giurisprudenza di legittimità è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del menzionato articolo per contrasto con l'articolo 2 Cost., articolo 41 Cost., comma 2, e articolo 53 Cost., in quanto "*il considerare quali redditi tassabili anche i proventi da attività illecite non sequestrate o confiscate non denuncia alcun contrasto col principio di inviolabilità dei diritti dell'Uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui svolge la sua personalità, facendo la norma riferimento a diritti legittimi dell'individuo; ne' con quello di libertà di iniziativa economica privata, che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, poichè l'essere considerati come redditi tassabili non toglie, ai proventi in questione, il carattere di illecitezza loro proprio e non esclude la punibilità dell'attività illecita che li ha generati; ne' infine col principio dell'obbligo di concorso nelle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva di ciascuno, perchè la tassazione dei proventi illeciti tale principio rafforza e riafferma*". Quindi, si è ritenuta non pertinente la tesi difensiva in ordine alla inesigibilità della condotta, in quanto, una volta stabilito il principio *ex lege* che il provento illecito costituisce reddito tassabile, da esso non possono non derivare tutti gli obblighi di natura fiscale. Con la conseguenza che, in

caso di omissione, trovino applicazione le sanzioni penali previste dal decreto legislativo n. 74 del 2000.

Una diversa conclusione, del resto, comporterebbe una evidente (e non comprensibile) disparità di trattamento con i redditi derivanti da attività lecite. E, peraltro, la ricorrente volontariamente si è posta in una situazione di illiceità.

L'esclusione dell'operatività del principio in esame in favore delle pregnanti finalità probatorie di un atto pubblico è stata affermata in tema di falso in atto pubblico, rispetto ad un pubblico ufficiale estensore dell'atto (nella specie, un verbale di arresto) che non può invocare la scriminante dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), sub specie del principio *nemo tenetur se detegere*, per avere attestato il falso al fine di non fare emergere la propria penale responsabilità in ordine all'episodio in esso rappresentato, non potendo la finalità probatoria dell'atto pubblico essere sacrificata all'interesse del singolo di sottrarsi alle conseguenze di un delitto (Cass., sez. V, 5.7.2012, n. 38085).

1.2.2. Crisi economica e reati tributari.

Negli ultimi tempi la tematica del rapporto tra crisi d'impresa e mancato adempimento degli obblighi tributari e previdenziali è stata oggetto di particolare approfondimento da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione più volte sollecitata a pronunciarsi sulla invocata possibilità che situazioni di gravissima illiquidità finanziaria incidano sulla punibilità dei reati di cui agli artt. 10-bis (omesso versamento di ritenute certificate) e 10-ter (omesso versamento di IVA) del D.Lgs. n. 74/2000. In tali casi invero, cioè in presenza di una forte crisi dell'impresa, possono verificarsi situazioni di inesigibilità della condotta, cioè del versamento della somma imposta dalla legge.

Quanto al reato di *omesso versamento delle ritenute certificate*, la Corte evidenzia che il sostituto, nel momento in cui procede al versamento della retribuzione in favore del dipendente sostituito, deve trattenere una percentuale dell'emolumento (cd. ritenuta alla fonte) per poi versarlo all'Erario (entro il sedici del mese successivo a quello nel quale ha operato la trattenuta). Tutte le volte in cui il sostituto d'imposta effettua tali erogazioni insorge quindi a suo carico l'obbligo di accantonare le somme dovute all'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria (Cass. Sez. III, 25 settembre 2009, n. 38269).

Ne discende che la disciplina amministrativa e la norma penale impongono evidentemente un'esigenza di organizzazione su scala annuale, per cui non può essere invocata, per *escludere la colpevolezza*, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine prescritto, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta.

Con riferimento al reato di *omesso versamento Iva* è stato sviluppato un ragionamento analogo, nel senso che il debito verso il fisco relativo ai versamenti dell'imposta sul valore aggiunto 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 (muovendo da tale ricostruzione, con riferimento all'una o all'altra delle due fattispecie, v. Cass., sez. III, 6 novembre 2013, n. 2614) che non può essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta; Cass., sez. III, 27 novembre 2013, n. 3124 per cui le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente non sono riconducibili al concetto di *forza maggiore*, che per la sua integrazione pretende l'esistenza di un fatto impreveduto ed imprevedibile e del tutto avulso dalla condotta dell'agente, così da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento; Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 3705, che ha proceduto all'annullamento di sentenza che aveva *escluso il dolo* per le difficoltà economiche della società amministrata dall'imputato, desunte dai decreti ingiuntivi e dai protesti ai quali aveva fatto seguito la dichiarazione di fallimento, osservando che i reati sono configurabili anche nel caso in cui si accerti l'esistenza del successivo stato di insolvenza dell'imprenditore, poiché è onere di quest'ultimo ripartire le risorse in modo da poter adempiere all'obbligo del versamento delle ritenute e dell'Iva, anche se ciò possa riflettersi

sull'integrale pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, ovvero sul soddisfacimento di altri *partners* essenziali per la vita dell'impresa).

Con riguardo *al profilo psicologico del reato a dolo generico di omesso versamento dell'Iva* si è osservato che il dolo è integrato dalla condotta omissiva posta in essere nella consapevolezza della sua illiceità, in quanto la norma non richiede, quale ulteriore requisito, un atteggiamento antidoveroso di volontario contrasto con il precetto violato. La scelta di non pagare prova il dolo; i motivi della scelta, ivi compresa la crisi di liquidità, non lo escludono (Cass., sez. III, 18.6.2015, n. 37873). Quindi, una crisi di liquidità, anche grave, non giustifica sul piano penale l'omesso versamento dell'Iva attraverso l'esclusione dell'elemento soggettivo, ribadendo che questa dolosa omissione scaturisce da una consapevole ed originaria decisione del soggetto attivo del reato di destinare le somme (che ha ricevuto da terzi) verso una direzione diversa da quella dovuta (Cass, sez. III, 27 novembre 2013, n. 3123).

La medesima posizione restrittiva ha trovato conferma anche con riferimento al reato contributivo di cui all'art. 2 d.l. n. 463 del 1983, convertito nella legge n. 638 del 1983 rispetto al la Corte ha ribadito che la fattispecie di *omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali* operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti è integrata, siccome a dolo generico, dalla consapevole scelta di omettere i versamenti dovuti, sicché non rileva, sotto *il profilo dell'elemento soggettivo*, la circostanza che il datore di lavoro attraversi una fase di criticità - nella fattispecie, desunta dai decreti ingiuntivi e dai protesti ai quali aveva fatto seguito la dichiarazione di fallimento - e destini risorse finanziarie per far fronte a debiti ritenuti più urgenti. Dunque, neppure lo stato d'insolvenza non libera il sostituto d'imposta dai doveri verso l'erario in relazione alle retribuzioni corrisposte ai dipendenti, in quanto, per la contemporaneità dell'obbligo retributivo e di quello contributivo, il medesimo è tenuto a ripartire le risorse esistenti all'atto dell'erogazione degli emolumenti in modo da poter assolvere al debito para-fiscale, anche se ciò comporti l'impossibilità di pagare i compensi nel loro intero ammontare (Cass., sez. III, 24.3.2015), n. 16102; Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 3705; Cass., Sez. III, 17 gennaio 2014, n. 5755).

A fronte di una così severa posizione della giurisprudenza di legittimità, è però emerso qualche segnale di apertura rispetto a situazioni particolari.

Prendendo le mosse dall'osservazione che una condotta di mancato accantonamento volta per volta al momento della percezione dei pagamenti quanto all'Iva ovvero mese per mese al momento della erogazione degli stipendi ai dipendenti non è già di per sé penalmente rilevante, poiché l'organizzazione previdente del datore di lavoro deve configurarsi "su scala annuale", ovvero più ampia ma anche più elastica, in un arresto - la Corte sostiene che, quantomeno in via teorica ed in ragione di una completa analisi delle condizioni operative dell'impresa dell'imputato, le difficoltà economiche possano integrare un'ipotesi di *forza maggiore* ex art. 45 c.p. (Cass. sez. III, 9 ottobre 2013, n. 5905).

Si è però precisato che non può essere considerata *tout court* irrilevante la causa della indisponibilità del denaro occorrente ai versamenti delle ritenute o delle somme Iva: l'esimente della forza maggiore configura infatti una ipotesi generale in cui la causa della condotta criminosa non è attribuibile a chi materialmente espleta la condotta stessa, per cui anche nei reati in esame non può escludersi, in assoluto, che l'omissione possa derivare in toto da una causa di forza maggiore e, in specie, da una imprevista e imprevedibile indisponibilità del necessario denaro che non sia correlata in alcun modo alla condotta gestionale dell'imprenditore (Cass., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416). Tuttavia, tale esimente, che postula la individuazione di un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente ed incide, a monte, sulla *suitas* della condotta ovvero rende ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente, va escluso che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante. Infatti, nei reati omissivi integra la causa di forza maggiore l'assoluta impossibilità, non la semplice difficoltà di porre in essere il comportamento omesso (Cass., Sez. III, 18 giugno 2015, n. 37873).

Anche sotto *il profilo soggettivo*, e cioè sulla possibilità di ritenere che una determinata circostanza abbia inciso *sul momento della volizione*, si segnala qualche apertura, avendo la Corte affermato che in ragione della "genericità" del dolo richiesto nelle fattispecie criminose in esame, la punibilità del soggetto non può dipendere da un'automatica equazione fra l'omesso versamento cosciente e volontario e il reato, per cui il giudice di merito deve valutare se la

sopravvenienza dell'evento del tutto esterno alla volontà dell'agente (si pensi al caso tipico del fallimento sopravvenuto in prossimità della scadenza del debito tributario) abbia o meno inciso sulla sussistenza dell'elemento soggettivo (Cass., sez. III, 28 agosto 2014; così Trib. Milano 7.1.2013, per cui non sussiste il dolo del reato di omesso versamento di ritenute certificate in capo al sostituto di imposta che non abbia potuto adempiere all'obbligazione tributaria perché la società di cui è legale rappresentante affronta una mancanza di liquidità dovuta a gravi e non prevedibili inadempimenti da parte di Enti pubblici, pur essendosi egli attivato per il recupero di quei crediti ed avendo effettuato i versamenti dovuti non appena in grado di farlo; Trib. Milano 19.9.2012 per cui Se l'inadempimento dell'obbligazione tributaria dipende da mancata disponibilità di denaro a causa di gravi inadempimenti da parte di amministrazioni pubbliche debitorie, è integrata la forza maggiore che, in mancanza di prova contraria, esclude il dolo del reato di omesso versamento di ritenute certificate).

Peraltro, la possibile incidenza esimente della crisi di liquidità vede un regime probatorio particolarmente arduo, in forza del quale il soggetto che la invoca deve dimostrare tanto che la difficoltà economica non sia a lui imputabile, quanto di aver posto in essere tutte le possibili azioni dirette a recuperare la necessaria provvista per provvedere all'adempimento con opportuni interventi sul cd. flusso di cassa (così, Cass., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5467; Cass., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 14953). Una prova rigorosa che investe l'idoneità di tutte le possibili azioni riparatrici da effettuarsi in concreto, tenuto conto degli strumenti effettivamente a disposizione del contribuente e delle specifiche modalità con le quali la condizione di crisi economica si è manifestata: si tratta, ad esempio, di dimostrare sia che il versamento dell'imposta evasa è direttamente riferibile all'ammontare di talune fatture che non gli sono state pagate, sia che egli non aveva altre risorse a disposizione per adempiere agli obblighi fiscali, nonostante la tempestiva attivazione per procurarsele ad esempio attraverso ripetuti ma infruttuosi tentativi di ricorrere al credito bancario (così, Cass., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 13019) o al factoring, ovvero eseguendo i pagamenti dovuti subito dopo aver incassato le somme di cui era creditrice (Cass., sez. III, 26 giugno 2014, n. 41689).

La Cassazione (Cass., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176) ha reputato ritenuto corretta la decisione di assoluzione del giudice del merito, adottata sulla base di risultanze probatorie che dimostravano come l'imputato - titolare di un'impresa che aveva sviluppato rapporti con pochi grossi clienti che pagavano con sistematico e grave ritardo le loro prestazioni - oltre ad aver assolto parzialmente l'onere di versamento mensile dell'Iva, pagato i dipendenti e i relativi debiti contributivi, avesse fatto un ricorso massiccio allo sconto bancario delle fatture; strumento risultato tuttavia insufficiente a ragione esclusiva dell'ulteriore massiccio ritardo nella pagamento delle fatture vantate dall'impresa, così da far registrare (nell'esercizio di bilancio relativo al periodo in contestazione) disponibilità liquide modestissime, a fronte di un'impennata dei crediti esigibili. In questo frangente, la Corte ha ritenuto sorretta da adeguate evidenze probatorie la decisione del giudice di *escludere il dolo del delitto contestato* o quanto meno di ritenere che vi fosse un ragionevole dubbio sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. Si osserva, al riguardo, 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, dovendosi invece escludere la 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* (in questo caso l'esigibilità costituisce parametro di accertamento del dolo). Secondo la Corte, non si tratta di porre in discussione la natura generica del dolo né il principio che sul soggetto tenuto al versamento incombe un obbligo di accantonamento, evidenziando tuttavia sotto tale ultimo e specifico profilo che, ove pure si superassero le obiezioni circa i tratti ontologicamente colposi che rivelerebbe un giudizio fondato sulla "imprudente gestione" delle proprie risorse (facendo ricorso alla categoria del dolo eventuale, con riferimento alla rappresentazione dell'evento costituito dal mancato pagamento come risultato possibile a fronte di un modo di agire illecito), occorre comunque ricercare, e dimostrare, l'esistenza di profili di rimproverabilità: profili certamente da escludersi quando - a fronte di un obbligo tributario che, all'epoca dei fatti, sorgeva dalla semplice emissione della fattura (a prescindere, quindi, dall'effettiva riscossione del credito per la prestazione eseguita) ed a fronte dei sistematici, gravissimi ritardi dei fornitori nel pagamento delle fatture stesse - il ricorso massiccio al credito bancario e, per certi versi, anche a causa dell'ulteriore, conseguente aggravamento degli oneri passivi determinati

dalle percentuali trattenute dalle banche per lo sconto delle fatture, ha comportato l'insorgere di una gravissima carenza di liquidità, sicuramente non ascrivibile a colpa del soggetto tenuto all'adempimento, ma derivante dalla micidiale combinazione dei due fattori sopraindicati.

In modo analogo la Corte si è pronunciata anche in tema di omesso versamento delle ritenute fiscali certificate (Cass., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 9264), avendo reputato esente da vizi l'assoluzione di soggetto, nominato come liquidatore, cui era stata contestata l'omesso versamento delle ritenute previdenziali risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti per l'annualità d'imposta immediatamente successiva alla sua nomina: le "particolari circostanze" nel cui contesto maturò l'omesso versamento - l'aver cioè dovuto fronteggiare una situazione di grave crisi dell'impresa, attribuibile alla precedente amministrazione (che aveva portato con sé una fortissima carenza di liquidità, la presenza di crediti per lo più inesigibili e di debiti particolarmente onerosi, tra l'altro essendo in corso accordi sindacali per la tutela dei lavoratori e un impegno di rientro rateale del debito verso l'Inps), uniti all'accertato tentativo del soggetto di acquisire liquidità provando infruttuosamente a vendere l'unico immobile di proprietà della società - dimostrano, secondo la Corte, che l'imputato "*non aveva un'alternativa ragionevolmente esigibile rispetto alla condotta tenuta*" (anche in questo caso l'esigibilità costituisce parametro di accertamento del dolo).

Rispetto al reato di inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di mantenimento al coniuge separato realizza l'illecito previsto dall'art. 570 c.p. ove si osservato che il dolo si caratterizza per una volontà inadempiente, correlata alla deliberata negazione del vincolo di assistenza, che per l'effetto possa considerarsi contraria all'ordine o alla morale della famiglia, con la conseguenza che la fattispecie tipica non potrà essere integrata qualora detto inadempimento sia dipeso non da un consapevole disconoscimento del vincolo ma dalla precarietà delle condizioni economiche dell'obligato (Cass., sez. VI, 26.11.2014, n. 52393). Dunque, il diverso atteggiarsi del dolo, che ha ad oggetto l'inadempimento, esclude la sussistenza del reato in questione.

2. Le scriminanti tacite.

Particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza è la questione concernente la configurabilità di cause di giustificazione diverse ed ulteriori rispetto a quelle espressamente contemplate dalla legge e, pertanto, definite scriminanti tacite, atipiche o non codificate. Il problema è, dunque, capire se il nostro ordinamento conosce oltre alle cause tipiche e generali, altre cause non espressamente previste dalla legge ma che vengono attinte da altre fonti materiali, idonee ad escludere la sussistenza del reato rendendolo *ab origine* lecito.

Trattasi di una questione involgente risvolti pratici di notevole rilievo, attesa l'importanza dei settori in relazione ai quali si è soliti invocare l'applicabilità delle suddette scriminanti, tra cui, in particolare, quelli dell'attività sportiva e dell'attività medica. Se si ritenesse, infatti, che quelle attività non possano essere svolte in quanto sfocianti spesso in alcune forme di reato, si rischierebbe una paralisi del sistema e, per questi motivi, si pone il problema della loro giustificazione. Ci si chiede, in particolare modo, se converrebbe considerarle come ipotesi scriminate, giustificate per il fatto stesso di essere attività socialmente utili e anche legislativamente riconosciute (dando, in questo modo, rilievo alla figura in sé della scriminante tacita o non codificata), oppure se sarebbe più conforme al nostro ordinamento penalistico applicare analogicamente ed estensivamente le norme sulle scriminanti.

2.1. L'attività medico-chirurgica.

Prendiamo in considerazione l'**attività medico-chirurgica** (di cui torneremo a parlare, in maniera più approfondita, in tema di consenso dell'avente diritto). Essa può senza dubbio comportare alterazioni anatomiche e/o funzionali dell'organismo, che possono implicare una lesione personale (grave o gravissima), o effetti collaterali derivanti dalla degenza post-operatoria che ugualmente possono essere ricondotte al concetto di malattia rilevante per il reato di lesione personale (cfr. art. 582 ss. c.p.). Va precisato che la questione che qui si esamina riguarda solo il modo di giustificare sul piano penale le alterazioni anatomiche e/o funzionali dell'organismo o gli effetti collaterali degli interventi, che sono conseguenze "normali e ordinarie" dell'attività medica e che integrano gli estremi delle lesioni personali. Diverso è il

problema dell'esito infausto dell'intervento, rispetto al quale si pone la diversa questione della colpa medica, oltre che del, già esaminato, nesso di causalità.

L'ordinaria attività medica può esser giustificata con il ricorso a scriminanti codificate, quale quella dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 c.p., in quanto essa, rispondendo ad un alto interesse sociale, è giuridicamente autorizzata, come si desume dallo stesso art. 32 Cost e da tutta la legislazione che riconosce disciplina, favorisce e finanzia tali attività.

Si è però detto, a tal proposito, che il ricorso alla scriminante di cui all'art. 51 c.p. non è sufficiente perché è vero che si tratta di attività con la quale si tende a salvaguardare la salute dell'individuo, ma è altrettanto vero che è particolarmente invasiva e dovendo incidere sulla sfera di autodeterminazione oltre che fisica del paziente non si può prescindere anche dal consenso del paziente medesimo, che deve essere pieno ed informato. Qui, ha osservato parte della dottrina, il consenso non viene in rilievo come consenso scriminante (art. 50 c.p.), bensì come presupposto e requisito di legittimità dell'attività medesima giuridicamente autorizzata (cfr., in questo senso, anche Cass. n. 11640/06; Cass. n. 1572/2001).

Devono, dunque, ricorrere i seguenti requisiti di liceità:

- la persona deve essere abilitata all'esercizio dell'attività professionale;
- il consenso deve essere pieno, reale, libero ed informato;
- deve sussistere la necessità terapeutica;
- vi deve essere il pieno rispetto delle regole dell'arte medica.

Un altro orientamento giustifica l'attività medico-chirurgica soltanto ricorrendo al consenso informato del paziente. Si ritiene che tale attività sarebbe scriminata esclusivamente dalla previsione di cui all'art. 50 c.p. senza che i limiti previsti dall'art. 5 c.c., che vieta diminuzioni permanenti del proprio corpo ovvero in contrasto con la legge, con l'ordine pubblico o il buon costume, costituiscano un ostacolo.

Anticipando quanto si dirà in tema di consenso dell'avente diritto, al riguardo, si distingue tra:

- atti non vantaggiosi per la salute, che sono consentiti nei limiti in cui non producano diminuzioni permanenti ex art. 5 c.c.;
- atti vantaggiosi rispetto ai quali non opera il limite dell'art. 5 c.c. (e quindi sono possibili menomazioni definitive) perché qui viene in rilievo il diritto primario alla salute, tutelato dall'art. 32 Cost., che prevale sui divieti di cui all'art. 5 c.c. che è norma ordinaria rispetto all'art. 32 che è norma prevalente perché di rango costituzionale; in questo caso l'unico limite è quello della proporzione tra il prevedibile vantaggio ed il prevedibile danno dell'intervento (si pensi all'asportazione di un arto per evitare il diffondersi della cancrena);
- atti vantaggiosi per la salute di terzi (es. trapianti o trasfusioni) che sottostanno ai limiti dell'art. 5 c.c., salvo specifiche disposizioni normative che consentono diminuzioni permanenti della propria integrità fisica a vantaggio di terzi, come la normativa sul trapianto del rene (l. 458/67), che, secondo alcuni, si pone al limite della tollerabilità costituzionale.

2.2. L'attività sportiva violenta.

Per certi versi simile al problema della liceità del trattamento medico chirurgico si presenta il problema della liceità della c.d. **violenza sportiva**.

Occorre, innanzitutto premettere che esistono sport che ammettono forme di violenza fisica nei confronti dell'avversario, espressamente contemplate dai regolamenti di gioco ed astrattamente riconducibili a fattispecie penalmente sanzionate. Ciò risulta, in particolare, negli sport c.d. "a contatto istituzionalizzato" o "a violenza necessaria" (si pensi al pugilato, alla lotta libera, allo judo etc.), dove la stessa essenza del gioco presuppone comportamenti che sembrerebbero configurare reati di percosse o lesioni personali. Ma problemi di tipo analogo si pongono anche negli sport che, seppure non comportino necessariamente l'uso della violenza, tuttavia lo ammettono in determinate circostanze. È il caso, ad esempio, del rugby, che consente il "placcaggio" o del calcio, che prevede, a certe condizioni, la possibilità di una carica "spalla a spalla" contro l'avversario o il cd. *tackle*.

In argomento va preliminarmente individuato il **fondamento della liceità** di tali attività sportive e successivamente vanno i limiti entro cui tali attività possono reputarsi lecite.

Per quanto riguarda il primo aspetto, varie sono le posizioni che si contendono il campo in dottrina e giurisprudenza.

Ci si interroga, in primo luogo, attorno alla possibilità di creare *ex novo* scriminanti non previste dal legislatore, come da taluni ritenuto, evocando la nota **teoria dell'azione socialmente adeguata**, elaborata dalla dottrina tedesca. Secondo questo primo orientamento si configurerebbe una scriminante non codificata, in forza della quale va esclusa la rilevanza penale di una condotta qualora, pur in assenza di apposita causa di giustificazione, la stessa venga considerata socialmente adeguata dall'ordinamento in relazione alle finalità di rilevanza sociale che essa persegue. Questa teoria però potrebbe avere rilievo solo nei sistemi a legalità c.d. sostanziale, in cui è reato ciò che è considerato tale dalla società, dalle fonti materiali, e viene, viceversa, considerata scriminante quella che in un determinato periodo storico è considerata come attività socialmente utile. Pertanto, non può trovare accoglimento in un ordinamento come il nostro che si fonda sulla legalità c.d. formale.

Un'altra parte della dottrina e della giurisprudenza, opinando nel senso dell'inammissibilità, all'interno di un ordinamento come il nostro, improntato al principio di stretta legalità, di cause di giustificazione non espressamente e tassativamente codificate dal legislatore, ritiene necessario ricorrere **all'applicazione analogica, possibile perché in bonam partem, delle scriminanti codificate**, in particolare di quella del consenso dell'avente diritto (art. 50c.p.) e dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.).

Quanto al consenso necessario per svolgere una determinata attività sportiva, questo può essere tacito, implicito o esplicito e l'unico limite sarebbe rappresentato dall'articolo 5 c.c., che, come visto, vieta la diminuzione permanente dell'integrità fisica e gli atti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

Quanto, invece, alla scriminante dell'esercizio del diritto, l'invocabilità di tale causa di giustificazione è stata sostenuta sulla scorta della considerazione che l'attività sportiva, pur potenzialmente rischiosa, viene autorizzata dall'ordinamento, che la disciplina e la regola in modo puntuale, oltre a incentivarla e finanziarla.

La riconducibilità della fattispecie in esame all'esercizio di un diritto è tuttavia subordinata a talune condizioni. In primo luogo, al consenso del soggetto (che, anche in questo caso, come avviene per l'attività medica, viene in rilievo come requisito di liceità dell'attività giustificata più che come scriminante), atteso che lo sport è libera partecipazione e competizione. In secondo luogo vengono in rilievo l'idoneità psico-fisica dell'atleta che partecipa ed in terzo luogo il rispetto delle regole del gioco.

Anche questa tesi appare insufficiente perché se vale per attività sportive ufficiali, non si adatta a quelle non ufficiali o amatoriali, ove non ricorre il requisito della preventiva autorizzazione dell'ordinamento. Ed invero le condotte sportive violente, in quanto previste dai regolamenti delle varie pratiche sportive riconosciute dallo Stato, possono essere scriminate solo ove ricomprese fra le attività autorizzate.

Di qui la necessità di ricorrere al concetto di **scriminante tacita o non codificata**. Si esprime in questi termini una sentenza della Cassazione del 25.02.2000, n. 2286, che, dopo aver sinteticamente analizzato le varie opzioni ermeneutiche elaborate sul punto, conclude nel senso della qualificazione dell'attività sportiva in termini di causa di giustificazione non codificata, evidenziando, altresì, i limiti entro i quali l'operatività della stessa deve ritenersi circoscritta. La sentenza citata rappresenta un'importante precedente in materia, in quanto l'opzione avallata è stata successivamente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (per tutte, si vedano Cass. 13.2.2009, n. 17923 e Cass. 20.1.2005, n. 19475). Secondo la prospettiva fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, in considerazione dell'interesse primario che l'ordinamento statuale riconnette alla pratica dello sport, sia sotto il profilo individuale, che sotto quello sociale, nel bilanciare interessi contrapposti, il soddisfacimento dell'interesse generale della collettività a svolgere attività sportive per il potenziamento fisico di giovani e meno giovani, prevale su quello all'integrità fisica (oltre i limiti di cui all'art. 5 c.c.), purché vi sia l'assunzione volontaria del rischio da parte di chi partecipa. Stando a questa giurisprudenza si possono giustificare anche le attività amatoriali.

Se dunque non ci sono dubbi in merito all'esistenza di una scriminante espressa o tacita che giustifichi i reati conseguenti al normale svolgimento dell'attività sportiva, il problema si sposta su quali sono le condizioni che devono sussistere perché il risultato dell'attività sportiva sia giustificato e precisamente i **limiti di liceità** delle attività *de quibus*.

Non vi è dubbio che il rispetto delle regole di gioco escluda la responsabilità per i reati commessi durante il gioco (come percosse o lesioni). Il problema sorge invece quando non vi è

rispetto delle regole. In questi casi bisogna distinguere tra **violazioni della regola di gioco volontarie e violazioni della regola di gioco involontarie**.

Se la violazione (o il fallo) è **volontaria con intento lesivo**, il reato non può che essere doloso perché lo sport diviene il pretesto, l'occasione per poter ledere l'integrità fisica di altri soggetti: in questi casi si verificano per lo più percosse o lesioni lievi procedibili a querela *ex art. 581 e 582 c.p.*; se invece le lesioni sono gravi o gravissime si procede di ufficio *ex art. 583 c.p.* (Cass. 24.6.2015, n. 39805, nel caso di specie nel corso di un incontro di calcio, un soggetto colpiva l'avversario con un pugno al di fuori di un'azione ordinaria di gioco; Cass. 13.2.2013, n. 11260 che ha confermato la responsabilità a titolo di dolo di un giocatore che aveva colpito, in maniera del tutto volontaria, un avversario con un pugno allo zigomo; per il caso di un pugno inferto all'avversario quando il pallone sia giocato in altra zona del campo, v. Cass. 16.11.2011, n. 42144, per cui si tratta di condotta gratuita, estranea alla logica dello sport praticato; per un caso di pugno sferrato quando il gioco era fermo in cui si è sostenuto che la violenza realizza finalità estranee alla competizione, v. Cass. 14.3.2011, n. 10138; per un caso di colpo al volto con rottura del setto nasale durante una partita di calcio mentre il gioco era fermo in attesa che venisse battuto un calcio di punizione, v. Cass. 7.2.2008, n. 10734, che ha escluso l'operatività della scriminante tacita essendo la condotta lesiva non funzionale all'attività agonistica).

Se però la violazione (o il fallo) è **volontario e l'intento non è lesivo**, ma strumentale al gioco e alla competizione (es. fallo per impossessamento della palla), va senz'altro escluso il dolo. Quanto alla colpa bisognerà caso per caso verificare se è stata superata la soglia del c.d. **rischio consentito**, altrimenti la condotta avrà gli estremi del solo illecito sportivo. In sostanza, secondo questa impostazione l'illecito sportivo non coincide necessariamente con quello penale, nel senso che la causa di giustificazione opera anche in presenza di una violazione delle regole del gioco, purché non venga superato il c.d. rischio consentito relativo a quella determinata pratica sportiva ed al quale il gareggiante consente (si ricorda che la colpa che in tal caso viene in rilievo è quella c.d. speciale o professionale, caratterizzata proprio dalla violazione della *lex artis* di riferimento e dal superamento del c.d. rischio consentito). Nessun atleta può, infatti, esporre l'avversario ad un rischio superiore a quello consentito in quella determinata pratica sportiva ed accettato dal partecipante. Le attività sportive violente, infatti, sono lecite se rimangono nell'ambito del suddetto rischio, il cui superamento non coincide con la violazione della regole di gioco. Tale superamento si avrà solo nei casi in cui l'atleta oltre a violare le regole di gioco non si sarà attenuto alle regole di prudenza e cautela che presiedono ad ogni attività agonistica al fine di evitare non necessari pregiudizi fisici. Questa imprudenza espone infatti l'avversario ad un rischio per l'incolumità fisica superiore a quello consentito in quella determinata pratica sportiva.

Di recente la Suprema Corte ha ribadito tale orientamento, affermando che ha illecito penale quando oltre a violare le regole tecniche della disciplina sportiva praticata si violano le norme di prudenza, ricorrendo ad un uso della forza fisica sproporzionato ed eccessivo in rapporto, come si vedrà tra breve, al tipo di sport praticato e alla natura della competizione professionistica o amatoriale, amichevole o ufficiale (Cass. sez. V 13.2.2013 n. 11260, per cui *"Non si fuoriesce dal perimetro del c.d. rischio consentito (ed assentito) qualora si travalichino le regole scritte preordinate alla disciplina dell'uso della violenza nel gioco del calcio, ad esempio nel caso in cui la condotta "non sia volontaria, ma rappresenti piuttosto lo sviluppo fisiologico di un'azione che, nella concitazione o nella trance agonistica (ansia del risultato) può portare alla non voluta elusione delle regole anzidette"*; Cass. 6.10.2006, n. 33577; Cass. 23.5.2005, n. 19473; Cass. 02.06.2000, n. 8910, secondo cui, in tema di lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva deve ritenersi che, qualora i comportamenti violenti non oltrepassino la soglia del rischio consentito nella specifica attività ginnica, essi appartengono alla categoria degli illeciti sportivi penalmente non rilevanti, poiché sprovvisti di antiggiuridicità per mancanza di danno sociale. Ne consegue che non è punibile lo sportivo il quale, nel rispetto delle regole del gioco, o violandole entro i limiti dell'illecito sportivo, cagioni un evento lesivo all'avversario: ciò in quanto la pratica sportiva, così come identificata, costituisce una causa di giustificazione non codificata).

Dunque, il superamento del rischio si ha nel momento in cui il soggetto non si è attenuto alle **regole di prudenza e cautela** che sono state elaborate dalla prassi di ciascuno sport e, in parte, codificate per evitare non necessari pregiudizi fisici. Tali regole variano da sport a sport secondo la figura del c.d. agente modello, in conformità ai canoni tipici della colpa (ad

esempio ciò che è ammesso nel rugby, sport caratterizzato dal contatto fisico con l'avversario, non lo è nella pallacanestro, si veda in questo senso la già precedentemente citata Cass. n. 2286/2000).

Occorre poi distinguere nell'ambito della stessa pratica sportiva tra *attività agonistica e attività amatoriale* (si veda Cass. n. 33577/20006, secondo la quale la condotta del giocatore non professionista deve essere correlata al tipo di competizione in atto, tanto da essere richiesta una particolare cautela e prudenza per evitare il pregiudizio fisico all'avversario, e quindi un maggiore controllo dell'ardore agonistico, non equiparabile a quello che caratterizza le competizioni sportive tra professionisti).

Ulteriore distinzione operata dalla giurisprudenza, nell'ottica dell'accertamento della colpa secondo il parametro concreto del cd. agente modello, cioè dell'uomo giudizioso *eiusdem professionis et condicionis*, è quella tra *attività dilettantistica e attività professionistica*. La Corte ha ribadito che le caratteristiche intrinseche del tipo di competizione svolta, nella specie tra dilettanti, sono tali da richiedere, da parte dei contendenti, particolare cautela e prudenza, nonché un maggior controllo dell'ardore agonistico, con conseguente superamento del rischio consentito allorché venga posta a repentaglio l'incolumità dell'altro giocatore. La giurisprudenza, in effetti, ha da tempo rinvenuto, per simili discipline, un temperamento, richiedendo una differente modulazione della carica agonistica espressa dagli atleti, a seconda che la competizione si sia svolta nel corso di un incontro amichevole, ovvero in un incontro vero e proprio, di stampo agonistico tra professionisti.

La Cassazione distingue anche tra *gara o competizione e allenamento* (si veda sempre Cass. n. 2286/2000,), perché le regole di prudenza sono maggiormente stringenti quando si è in presenza di un allenamento, magari svolto senza gli ordinari mezzi di protezione utilizzati nelle gare ufficiali. Al riguardo, si è precisato che durante l'allenamento il mero rispetto delle regole del gioco può non risultare sufficiente ad escludere la responsabilità, essendo, piuttosto, necessario conformarsi anche ai criteri generali di diligenza e prudenza che la situazione concreta può suggerire e che possono essere legati alla minore capacità, esperienza o attenzione di uno dei contendenti.

Per una parte della giurisprudenza occorre invece trattare separatamente la violazione delle regole del gioco involontaria (su cui si dirà in seguito), nel qual caso v'è solo l'illecito sportivo, mentre quello penale resta scriminato dalla causa di giustificazione, e violazione volontaria delle regole del gioco, nel qual caso non è ravvisabile l'esimente ed il reato sarà doloso qualora la violazione sia stata finalizzata ad arrecare pregiudizi fisici all'avversario, rinvenendosi nel gioco l'occasione dell'azione lesiva. Sarà invece colposo quando la violazione consapevole è finalizzata non ad arrecare pregiudizi fisici all'avversario, ma al conseguimento in forma illecita e dunque antisportiva di un determinato obiettivo agonistico (cfr. Cass., sez. V, 15 febbraio 2013, n. 7536; Cass. 13.2.2009, n. 17923, cit.; Cass. 21.11.2006, n. 38143; Cass. 23.5.2005, n. 19473, per cui in tema di lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva che implichi l'uso della forza fisica e il contrasto anche duro tra avversari, l'area del rischio consentito è delimitata dal rispetto delle regole tecniche del gioco, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all'elemento psicologico dell'agente il cui comportamento può essere - pur nel travalicamento di quelle regole - la colposa, involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza del gioco).

Secondo tale impostazione l'area del c.d. rischio consentito coincide con quella delineata dal rispetto delle regole del gioco: la violazione volontaria delle regole del gioco determina il superamento del c.d. rischio consentito rispetto a quel determinato sport. Ne discende che v'è coincidenza tra illecito sportivo volontario e illecito penale che, a seconda dei casi, può essere doloso o colposo.

Questa giurisprudenza, a ben vedere, non giunge ad una conclusione dissimile da quella della giurisprudenza in precedenza riportata, poiché se si ritiene, come pare corretto, che nella *lex artis*, scritta e non, relativa al singolo sport debbano ricomprendersi anche le regole generiche di prudenza e cautela immanenti a quella data disciplina sportiva, allora la violazione volontaria delle regole del gioco, ivi comprese le regole della prudenza e della cautela, comporta inevitabilmente il superamento del rischio consentito. D'altronde, la migliore dottrina (Mantovani) evidenzia che la colpa speciale o professione è caratterizzata dall'inosservanza delle regole di condotta (appunto le *leges artis*), scritte o non scritte, aventi per finalità la prevenzione non del rischio dall'ordinamento consentito, perché insito nell'esercizio

dell'attività, ma di un ulteriore rischio non consentito, talché, in generale, la violazione delle predette regole di condotta (come visto sia scritte, come, ad esempio, il regolamento del gioco del calcio, che non scritte, come appunto le regole di prudenza e cautela che governano un dato sport) determina il superamento del rischio consentito.

Va infine fatta, in argomento, la seguente precisazione: se si violano le regole del gioco volontariamente ma senza intento lesivo, poiché si parlerà di colpa e non di dolo, i reati che si possono configurare sono solo le lesioni, che sono previste come colpose dal nostro codice (art. 590 c.p.) e non anche le percosse, previste solo come reato doloso (art. 581 c.p.).

Uguualmente problematica è l'ipotesi caratterizzata da un'**involontaria violazione delle regole di gioco**. Ciò accade quando l'atleta non vuole violare il regolamento sportivo, ma per foga agonistica, ansia da risultato o stanchezza commette la violazione, ad esempio, un fallo. In quest'ultimo caso sembra eccessivo affermare, in ogni caso, la rilevanza penale dei comportamenti che si siano risolti in condotte violente nei confronti dell'avversario. Poiché il mancato rispetto delle regole è in qualche misura fisiologicamente connesso ad ogni pratica agonistica, ammettere in questi casi una possibilità senza limiti di intervento del diritto penale significherebbe scoraggiare in radice ogni attività sportiva, in quanto si finirebbe con il ridurre drasticamente i margini di liceità. Invero, l'orientamento da ultimo menzionato, proprio con riferimento all'ipotesi di violazione involontaria delle regole del gioco ritiene, come visto, che il reato non sussiste, ma c'è solo l'illecito sportivo (cfr. Cass. 21.11.2006, n. 38143; Cass. 23.5.2005, n. 19473, citt.).

Peraltro, può accadere che sebbene la violazione non sia volontaria, rappresenti però lo sviluppo anormale, esagerato o abnorme di un'azione tale da travalicare il c.d. rischio consentito (arg. da Cass. sez. V 13.2.2013 n. 11260 cit.).

(Omissis)