

Prof. ALFREDO POZZOLINI

della R. Università di Pisa

I casi di giustificazione come causa
di esclusione del reato nella legislazione
italiana

Estratto dal volume per le onoranze ad ENRICO FERRI

(10 Gennaio 1929)

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE - 1929 - VII



FPH31

I casi di giustificazione come causa di esclusione del reato nella legislazione italiana



1. Può sembrare inutile tornare ancora a ragionare intorno ai casi di giustificazione che hanno una così larga ed antica tradizione di studio: ma non è mia intenzione occuparmi di essi in questa breve nota in ordine al loro fondamento ai loro limiti ed ai loro estremi: ciò sarebbe non solo superfluo ma inopportuno.

Voglio invece porre in luce alcune deficienze, secondo me tuttora esistenti, circa la loro sistemazione nel complesso delle norme generali del diritto penale e la formulazione del loro effetto sulla valutazione giuridica del fatto, avente esteriori caratteri di criminosità. Per porre in luce queste deficienze e suggerirne l'opportuna correzione è indispensabile ricordare i precedenti, lo stato attuale della legislazione nazionale e quanto si contiene nei due progetti di riforma del 1921 e del 1927 sopra questo argomento.

2. Il Codice sardo-italiano, e sulle orme di esso il Codice penale per l'Esercito tutt'ora vigente, pongono i casi di giustificazione del precetto di legge, dell'ordine di autorità e della difesa legittima fra le norme speciali riflettenti i reati di sangue, ed altri reati di violenza, mentre comprendono quello dello stato di necessità nelle norme generali della forza irresistibile. Per tutti questi casi di giustificazione la formula adoperata è questa: *non vi ha reato quando, ecc.* Il Codice toscano comprendeva tutti i casi di giustificazione sotto la norma generale di imputabilità dell'art. 34 per la quale le violazioni della legge penale erano considerate non imputabili quando chi le commise *non ebbe coscienza dei suoi atti e libertà d'elezione*. Il Codice vigente pone tutti i casi di giustificazione fra le norme generali in materia di imputabilità adottando la formula: *non è punibile chi commise il fatto, ecc.* Il Progetto Ferri del 1921 pone i casi di giustificazione sotto il capo della responsabilità insieme al costringi-

mento fisico, alla suggestione patologica, alla buona fede determinata da invincibile inganno, all'ignoranza di fatto e di diritto ed adopera la formula: *Il fatto è giustificato agli effetti penali quando, ecc.* Il Progetto Rocco del 1927 pone i casi di giustificazione sotto il capo del reato consumato e tentato insieme col caso fortuito e forza maggiore, col costringimento fisico, con l'errore, col reato supposto erroneamente od impossibile, aggiungendo ai tre casi classici quello dell'uso legittimo delle armi da parte dei pubblici funzionari. La formula adottata per la legittima difesa, per lo stato di necessità, per l'uso legittimo delle armi, come per i casi di caso fortuito, forza maggiore, costringimento fisico, reato erroneamente supposto ed impossibile, è quella stessa del Codice penale vigente: *Non è punibile, ecc.* Quella adottata per l'errore di fatto e per l'errore determinato dall'altrui inganno è: *esclude la punibilità.* Quella adottata per il caso di un esercizio di un diritto od adempimento di un dovere (precetto di legge od ordine di autorità) è quello: *esclude il reato.*

3. L'esame di queste diverse sistemazioni e formulazioni rivela subito come se pur nei due progetti di riforma indubbiamente appare lo sforzo di liberarsi dalle antiche concezioni e formule, questo sforzo non ha ancora raggiunto completamente l'obbiettivo di sistemare e formulare definitivamente la materia. Invero quelle situazioni di fatto che Niccolini per primo chiamò *cause di giustificazione* appaiono ancora nei progetti incerte e sospese fra le norme concernenti la imputabilità, la responsabilità ed il reato tanto per la loro sistemazione e collocazione quanto per la loro formulazione. Nel Progetto Ferri del 1921 forse questa incertezza e sospensione appare meno evidente dato il presupposto della *responsabilità legale* che elimina ogni questione di imputabilità morale e perchè in detto progetto appare per la prima volta nella legge la formula *il fatto è giustificato*: appare invece più manifesta nel Progetto Rocco del 1927 che, mantenendo il principio della imputabilità morale fondato sulla capacità di intendere e di volere, allinea le norme riflettenti i casi di giustificazione insieme con quelle riflettenti casi di non imputabilità sotto il titolo *Del reato* ed il capo *Del reato consumato e tentato* ed adotta una formula per i vari casi di giustificazione.

4. Occorre dunque vedere come questa materia della giustificazione ormai elaborata e perfezionata attraverso una ininterrotta tradizione giuridica ed intorno alla quale l'ultima parola può dirsi detta, possa trovare finalmente la sua sistemazione e formulazione definitiva rispondente all'avvenuta definitiva elaborazione dei concetti giuridici ad essa relativi. I tradizionali casi di giustificazione sono quelli della *disposizione di legge* o *l'ordine d'autorità* che il Progetto 1927 denomina *esercizio di un diritto ed adempimento di un dovere: legittima difesa, stato di necessità.* A questi il Progetto Rocco aggiunge *l'uso legittimo delle armi da parte dei pubblici funzionari*

che in fondo non è volta a volta, se non un caso speciale delle giustificazioni generali dell'adempimento di un dovere o esercizio di un diritto e legittima difesa.

Il concetto pacifico di tutte le circostanze di giustificazione è quello della corrispondenza al diritto che le azioni commesse in tali contingenze vengono ad assumere: corrispondenza al diritto, che si pensa comunemente possa e debba considerarsi anche soggettivamente rispetto all'agente per modo che dalla *giuridicità del fatto* si passa alla *giuridicità del motivo* come causa di giustificazione. Tanto sotto l'aspetto della giuridicità del *fatto*, quanto sotto l'aspetto della giuridicità del *motivo* si era pensato alla possibilità di aggiungere ai tradizionali casi di giustificazione anche quello del *consenso dell'offeso*: ma poichè è evidente che il consenso dell'offeso può rendere giuridico il fatto ed il motivo solo quando si tratti della violazione di un bene giuridico del quale possa l'offeso stesso legittimamente disporre, si è osservato che la dottrina del consenso dell'offeso ancora non è matura per una definitiva sistemazione e formulazione in un testo di legge in quanto ancora si hanno da riconoscere e classificare i beni giuridici dei quali si possa dal privato, che ne è il titolare, legittimamente disporre ai fini penali.

Resta perciò fermo il blocco tradizionale dei casi di giustificazione costituito dalla disposizione di legge ed ordine di autorità, legittima difesa e stato di necessità. Fra quali norme generali del diritto penale debbono essi trovar posto? Attengono essi ad una questione di imputabilità, di responsabilità o di eliminazione obbiettiva del reato? Sistemazione e formulazione di essi dipendono direttamente ed esclusivamente dalla risoluzione di questo punto.

5. Giova ricordare come il legislatore sardo italiano ed il legislatore del Codice penale per l'Esercito pur adottando la formula più obbiettiva *non vi ha reato* per i casi di disposizione di legge, ordine di autorità e legittima difesa, collocati nella parte speciale senza alcuna possibilità pertanto di riferimento al punto che ci interessa, adottavano la stessa formula anche per le questioni di imputabilità, pazzia, imbecillità, morboso furore, forza irresistibile. E ciò era perfettamente naturale date le origini di quelle legislazioni sostanzialmente empiriche ed ispirate quasi esclusivamente alle necessità pratiche. Invece il Codice toscano costruito sotto una determinante influenza dottrinarica, quella della scuola classica, pone tutti i casi di giustificazione sotto il comune denominatore degli altri casi di non imputabilità, e cioè mancanza di coscienza dei propri atti o di libertà di elezione. Era l'adozione in pieno del criterio classico in virtù del quale si assumeva che i casi di cosiddetta giustificazione operavano come elementi influenti sulla imputabilità e la escludevano per la coazione psichica e per il perturbamento dell'animo in dipendenza delle situazioni di fatto che li costituivano.

Con altra formula, era il principio della forza irresistibile, limitato nella legislazione sardo-italiana e militare allo stato di necessità, esteso a tutti i casi di giustificazione. Vero che Francesco Carrara, classico in teoria ma possente vivificatore degli istituti nella realtà contingente, aveva in una celebre prelezione all'Università pisana messo innanzi il criterio della *cessazione del diritto di punire* nel conflitto fra il diritto dell'uomo a difendere e conservare la propria esistenza e quello della società di applicare una pena per le violazioni dell'ordine giuridico, conflitto nel quale deve prevalere il primo poichè il secondo tende appunto alla protezione del primo: criterio che manifestamente preludeva al moderno concetto che nei casi di giustificazione l'azione esternamente avente carattere criminoso diventa conforme al diritto. Ma vero altresì che Egli stesso non aveva osato abbandonare il criterio della coazione psichica costituente uno dei pilastri della dottrina classica della imputabilità e delle circostanze sopra di essa influenti, ed aveva detto che il perturbamento dell'animo doveva essere considerato, se non come il fondamento della scusa, come criterio discretivo tra la giustificazione e l'eccesso. Il che significava la netta classificazione delle circostanze di giustificazione fra le circostanze influenti sulla imputabilità.

Il legislatore italiano collocò le giustificazioni fra le cause che influiscono sulla imputabilità adottando per esse la stessa formula della *non punibilità* adottata per la infermità di mente: il Codice di procedura penale del 1913 confermò questa sistemazione parificando agli effetti della posizione delle questioni ai giurati tutte le cause escludenti la imputabilità. Ma la dottrina sviluppatasi intorno al Codice penale, soprattutto tenendo presente il principio della soggettivazione delle circostanze giustificatrici, costruì una differenziazione fra le cause di giustificazione e le altre cause influenti sulla imputabilità, sulla base della distinzione fra *imputabilità* e *responsabilità*. Secondo questa dottrina che è ormai *communis opinio* le cause di giustificazione presuppongono la piena imputabilità dell'agente, il quale però per il loro concorso non è *responsabile* di fronte alla legge penale perchè agì spinto da un motivo giuridico. Si è passati così dalla dottrina della coazione alla dottrina della giuridicità del motivo per il quale si elimina la *responsabilità*, che negli altri casi coincide colla *imputabilità* per modo che nel capo riflettente le cause che escludono o diminuiscono la imputabilità, i casi di giustificazione costituirebbero un gruppo di cause a se stante.

6. Or non v'ha chi non veda come tutto ciò se ha potuto costituire una interpretazione evolutiva della legge vigente, non può essere definitiva sistemazione e formulazione della norma. La distinzione fra responsabilità e imputabilità sulla base del concorso o meno delle cause di giustificazione, non è che un ponte di passaggio dalla dottrina classica della *coazione psichica* alla dottrina moderna giu-

ridica della *eliminazione del reato*. E' evidente che i casi di giustificazione poichè rappresentano situazioni di fatto nelle quali chi agisce opera *de jure*, niente hanno a che fare con la imputabilità ma attengono alla esistenza di una azione punitiva. L'azione che ha esternamente i caratteri di azione criminosa diviene legittima per il concorso di quella determinata situazione di fatto costituita dai cosiddetti casi di giustificazione. Ogni concetto di imputabilità e di elemento soggettivo è estraneo a questa definitiva concezione del caso di giustificazione: è la natura intrinseca oggettivamente considerata dell'azione che la fa legittima in sè e per sè. La dottrina sviluppatasi intorno al Codice penale per la quale i casi di giustificazione escludono non la imputabilità ma la responsabilità, rappresenta un adattamento del vecchio concetto classico della coazione psichica come causa influente sulla imputabilità, al trionfante concetto dell'esercizio di un diritto o dell'adempimento di un dovere che sta a base dei casi di giustificazione.

Si deve tornare così per una razionale concezione degli istituti penali, alla vecchia formula sardo-italiana *non v'ha reato* apparsa quasi incoscientemente in quelle legislazioni: e si deve sistemare la norma di giustificazione fra quelle riflettenti la *esistenza giuridica del reato*, che non hanno rapporto alcuno con le questioni di imputabilità.

Con ciò si elimina anche la sterile bizantina distinzione fra imputabilità e responsabilità, fonte di incertezza e confusione, e si pone un saldo pilastro alla costruzione del complesso di norme riflettenti il *reato*.

7. Accettandosi queste conclusioni che ci appaiono di cristallina evidenza, dovrebbero, come altrove scrissi sommariamente esaminando il libro primo del Progetto Rocco, riportarsi nel capo dell'imputabilità le norme riflettenti il costringimento, l'errore, il caso fortuito, la forza maggiore, adottandosi per queste situazioni giuridiche anzichè la formula della non punibilità, la formula della non impunità. Dovrebbero invece mantenersi nel titolo *Del reato* le norme riflettenti i casi di giustificazione adottandosi per essi o la vecchia formula sardo-italiana *non vi ha reato* o quella che il progetto adotta per la disposizione di legge ed ordine di autorità *esclude il reato*.

8. Ho detto più sopra (n. 3) che meno illogica appariva nel Progetto Ferri del 1921 la collocazione dei casi di giustificazione nel capo della *responsabilità*. Infatti stabilendosi all'art. 18 del progetto il principio oggettivo della *responsabilità legale*, reato e responsabilità vengono a coincidere e la nostra discussione perde perciò di importanza, in quanto per tale coincidenza la esclusione del reato coincide con la esclusione della responsabilità. Ma io non ho mai accettato, sebbene positivista, come oggi si direbbe della prima

ora, il principio della responsabilità legale, o meglio l'ho accettato come aspirazione ideale che non può oggi tradursi nella realtà legislativa, la quale vuole che ancor si renda omaggio al principio della imputabilità morale, pur liberato da ogni filosofica superstruttura di libero arbitrio: perciò eliminato il presupposto è chiaro che la sistemazione e formulazione da me proposta rimane inattaccabile.

Piuttosto è a rilevarsi che anche nel presupposto della responsabilità legale il Progetto del 1921 aveva torto a non distinguere fra i casi tradizionali di giustificazione e gli altri casi di costringimento, suggestione, errore di fatto e didiritto, fondati sopra elementi del tutto eterogenei da quelli dei casi di giustificazione.

9. La formulazione e sistemazione dei casi di giustificazione così come io l'ho presentata più sopra esclude evidentemente la possibilità che in essi si comprendano quelle situazioni di fatto nelle quali pur non esistendo oggettivamente gli elementi che costituiscono la giustificazione l'agente non di meno operò nella rappresentazione mentale di essi. Con una formulazione ed una sistemazione dei casi di giustificazione quale io propongo non è evidentemente conciliabile la *interpretazione soggettiva* dei casi medesimi. Parrebbe dunque a prima vista che questa formulazione e sistemazione presentasse una incolmabile lacuna, dappoichè non è a negare che vi sono delle situazioni di fatto nelle quali la giuridicità del motivo deve operare in via di eliminazione della sanzione penale non in via di semplice attenuazione attraverso l'istituto dell'eccesso. Difficilissimo è in pratica stabilire la differenza fra la soggettività della giustificazione e l'eccesso: ma giustizia vuole che in taluni casi si debba riconoscere come pur non esistendo le condizioni oggettive della giustificazione l'agente che operò per un motivo giuridico che trova la sua origine in una situazione di giustificazione che egli mentalmente si è rappresentata, debba andare esente da pena.

Quale sarà pertanto la soluzione giuridica di questa posizione di fatto?

Pare a me che questa soluzione si debba trovare nitidamente attraverso all'istituto *dell'errore di fatto*. La rappresentazione mentale di una situazione di giustificazione non corrispondente alla realtà oggettiva, in quanto determina l'agente ad operare è un caso di *errore di fatto* e deve essere trattata con i criteri giuridici dell'errore di fatto. Se questa rappresentazione mentale determinatasi nell'agente è il frutto di un errore invincibile, per cui chiunque in quelle condizioni avrebbe avuto la identica rappresentazione mentale: se cioè chiunque al posto dell'agente, secondo la mentalità ed in genere secondo la costituzione psichica della media degli uomini, avrebbe ragionevolmente avuto la rappresentazione mentale di una situazione di fatto di giustificazione, l'azione è compiuta in condizioni di errore di fatto e come tale non imputabile.

10. Questa breve nota, già lo dissi, non ha la pretesa di portare alcun nuovo contributo in questo argomento ormai definitivamente elaborato: essa tende soltanto ad una migliore sistemazione e formulazione delle norme oggi ormai definitivamente acquisite al patrimonio giuridico nazionale. Penso però che anche questo compito di formulazione e di sistemazione rappresenti un importante elemento delle moderne codificazioni. La nostra scienza purtroppo non ha la millenaria tradizione del Diritto privato: essa ha poco più di un secolo e mezzo di vita. Si comprende pertanto che la legislazione penale, a differenza di quella civile, presenti ancora incertezze di dizione ed incongruenze di classificazione e collocazione di istituti. Vale perciò la pena di lavorare anche a raggiungere, specialmente nella imminenza della riforma, l'obiettivo di una chiarezza e precisione nella formula, di un più appropriato collocamento e di una più perfetta classificazione degli istituti.

Pisa, ottobre del 1928.

