

# Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università di Urbino Carlo Bo

## Saggi



### LA *SUITAS*. STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE DI UN ISTITUTO CONTROVERSO

Vincenzo Ciliberti

#### Abstract

[The *suitas*. State of the art and prospects of a contentious institute] The Italian Criminal Code considers as punishable only conscious and voluntary actions. In spite of its reasonableness, this rule cannot be always easily applied. For instance, arise problems concerning omissive and negligent behaviour as well it is unclear what we can consider as conscious and voluntary. The paper deals with these problems both with a theoretical and a case-law approach, also by comparing the most important legal systems. The core of the problem is: do we need a positive rule, like Italian Criminal Code's Article 42, Section 1?

#### Key Words:

Criminal law, *suitas*, omissive behaviour, Italian Criminal Code, art. 42

Vol. 4 (2017)





# La *suitas*. Stato dell'arte e prospettive di un istituto controverso

Vincenzo Ciliberti

## 1. Il concetto di *suitas*

Il concetto di *suitas* è stato introdotto sistematicamente nella dottrina penalistica da Francesco Antolisei<sup>1</sup>.

Il termine fu usato per significare la necessità di un collegamento psichico tra la condotta costituente reato e l'autore. Il pensiero liberale nel corso del XIX secolo aveva sviluppato l'idea che il fatto di reato dovesse essere imputabile innanzi tutto psicologicamente all'autore. Il principio, che era stato espresso già in alcune codificazioni preunitarie, tuttavia, faticò a trovare accoglimento nel codice Zanardelli, e solo il codice del '30 vide nascere una disposizione *ad hoc*, il primo comma dell'art. 42<sup>2</sup>.

Da questo momento in poi, l'ordinamento ha dovuto fare i conti con la coscienza e la volontà divenute, secondo la definizione adottata dal legislatore, requisiti

---

\* Vincenzo Ciliberti è dottorando di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Trento.

Indirizzo mail: vincenzo.ciliberti@unitn.it

<sup>1</sup> «Questo fatto, o meglio questo rapporto di intima connessione tra il movimento esteriore e la personalità del soggetto è quanto basta perché si abbia l'azione. In tale rapporto consiste il coefficiente psichico dell'azione, il quale, perciò, non deve ravvisarsi nella volontarietà dell'atto, sibbene *nell'attribuibilità dell'atto al soggetto*; in altri termini nella *suita* dell'atto. Ecco il *minimum* sufficiente per l'esistenza dell'azione! In conseguenza non è azione solo l'atto volontario, ma qualsiasi altro, volontario o involontario, positivo o negativo, che abbia un valore sintomatico per la personalità dell'autore: che sia "proprio" di lui; che possa dirsi 'suo': cfr. F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, pag. 59. Nonostante i precedenti filosofici, quella di Antolisei può essere qualificata come una «scoperta» giuridica nel senso fatto chiaro da Donini (cfr. M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, pp. 121 e ss.). L'autore differenzia il concetto di scoperta da quello di invenzione in base al criterio per cui inventati sono gli istituti che si pongono come strumentali al raggiungimento di un fine, sono «tecnica applicata», mentre scoperti sono quelli che si avvicinano al concetto di elemento di struttura. Delineata questa suggestiva bipartizione, l'Autore avverte subito: «Però ognuno comprende che il collegamento tra scoperte ed invenzioni appare molto articolato e complesso, non essendo lineare la demarcazione tra di esse come quella naturalistica fra scienza e tecnica».

<sup>2</sup> Sull'evoluzione storica del problema della riferibilità del fatto all'autore è proficuo leggere il primo capitolo del volume di G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995.

ineliminabili di qualsiasi condotta criminosa. La positivizzazione di questi elementi ha comportato, tuttavia, il sorgere di alcune questioni.

In primo luogo dove collocare la coscienza e la volontà nella costruzione del reato? E secondariamente, come immaginare questi due requisiti nelle condotte colpose e in quelle omissive? Infine, per scendere su un piano più pratico, quali sono le manifestazioni di questo istituto? E cioè: quali sono i casi in cui si può dire che coscienza e volontà difettino, e che dunque l'atto non sia sorretto dalla necessaria suità?

### 1.1 *La posizione sistematica*

Il primo problema ha trovato diverse soluzioni. Da una parte, specie la dottrina più risalente, ha collocato l'istituto nella colpevolezza (ovvero nell'elemento soggettivo, a seconda che si accedesse alla teoria tripartita o bipartita del reato)<sup>3</sup>. Dall'altra si è ritenuto che coscienza e volontà dovessero designare elementi del fatto tipico (ovvero dell'elemento oggettivo del reato)<sup>4</sup>. V'è stato anche – e si tratta di una posizione che ritorna strisciante anche in alcune recenti sentenze di legittimità – chi ha ritenuto la *suitas* un elemento dell'imputabilità<sup>5</sup>. Possono, infine, essere individuate posizioni eclettiche che caratterizzano l'istituto sia in termini oggettivi che soggettivi<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Possono essere considerati aderenti a questa posizione: C. CERTO, *Il problema penale della suitas*, Padova, 1979, pag. 9, pag. 26, il quale, in realtà, diminuisce di molto il rilievo dell'istituto, attribuendogli il solo significato di esprimere il necessario collegamento fra fatto e autore; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, 2013 pag. 307; G. MARINI, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1987; A. MANNA, *Coscienza e volontà*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1987; G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pag. 216, 226, 228. Nella costruzione di quest'ultimo Autore il concetto di azione perde qualsiasi rilievo; di conseguenza le ipotesi contenute negli articoli 42, 45 e 46 c.p. costituiscono scusanti, la prima innominata, le ultime due tipizzate, idonee ad escludere la colpevolezza e non la tipicità.

<sup>4</sup> A favore di questa tesi militano differenti autori: M. GALLO, *La struttura della fattispecie oggettiva del reato*, Modena, 1995; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, II ed., Padova, 2005, pag. 279 e ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova, 1996, pag. 114. Questi studiosi hanno avuto un folto seguito. Si veda A. GABOARDI, *Articolo 42*, in T. PADOVANI, *Codice penale*, VI ed., Milano, 2005, pag. 306 e ss. Possono ascrivere al presente indirizzo, fra le altre, anche le posizioni di S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, pag. 307; di A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V edizione, Padova, 2012, pag. 215; di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Torino, 2016, pag. 316 e quella di V.N. D'ASCOLA, *Costringimento fisico*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1987, pag. 2. Si può poi considerare la posizione di Moro (cfr. A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale tenute nella facoltà di Scienze politiche dell'Università degli Studi di Roma raccolte e curate da Francesco Tritto*, Bari, 2005, pag. 495). Scrive l'Autore: «Se si tratta di omicidio commesso senza coscienza e volontà, cioè senza reale disobbedienza, non vi sarà contraddizione al diritto che abbiamo detto essere necessaria per aversi veramente il reato, cioè il fatto punibile». Cfr. infine G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pp. 164 e ss. e M. L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 53 e ss.

<sup>5</sup> A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1969 (riedizione del manuale del 1935), pp. 176 e ss. L'Autore fonda l'imputabilità sugli articoli 42, co. 1, e 85 dell'allora nuovo codice penale, nonostante inizialmente (pag. 72) avesse accennato al concetto di "umanità" dell'azione, in base al quale non è da accogliere il concetto naturalistico di azione, ma quello che «passa [...] per il filtro di una valutazione morale e giuridica insieme».

<sup>6</sup> Le posizioni sono molteplici. Fiandaca e Musco riferiscono la *suitas* alla tipicità ma ammettono che essa si diluisca nelle forme della colpevolezza (cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna, 2012, pp. 218-219, pag. 544). Carnelutti scolpisce il medesimo concetto a chiarissime lettere: «io colloco quest'ultima [la volontà del reato] fra gli elementi del reato a parte obiecti. Vero è che la volontà è un atteggiamento del subbietto, ma anche l'azione è tale; e se si cerca nel reato qualcosa al di fuori del soggetto nulla si trova, appunto perché l'atto è l'uomo che agisce [...]». Carnelutti lega la volontà all'elemento oggettivo, in quanto essa è uno degli elementi che modificano la realtà; sebbene essa abbia un'essenza psicologica è pur sempre legata ancora alla materialità dell'«uomo che cammina», come dice più sopra nella medesima pagina, intendendo dire dell'uomo che muta la realtà e che rompe la quiete in

La differente collocazione dell'istituto non è priva di interesse. Se infatti si ritiene che coscienza e volontà escludano il fatto tipico, al ricorrere dei fattori che elidono la *suitas* si dovrà pronunciare sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste. Se, al contrario, si ritiene che la *suitas* sia componente soggettiva del reato, la formula assolutoria sarà perché il fatto non costituisce reato<sup>7</sup>.

Nel primo caso, come è noto, la sentenza assolutoria esplica effetti anche nei giudizi civili e amministrativi per il risarcimento dei danni e le restituzioni, sempre che il danneggiato si sia costituito parte civile o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile e sempre che il danneggiato non abbia esercitato l'azione in sede civile (art. 652 c.p.p.); nei giudizi disciplinari (art. 653 c.p.p.); e più in generale nei giudizi civili e amministrativi, se il riconoscimento del diritto o dell'interesse legittimo oggetto del processo civile o amministrativo dipende dagli stessi fatti oggetto del giudizio penale, che siano stati ritenuti rilevanti per la decisione nel giudizio penale, e se non sussistono limitazioni alla prova nel giudizio civile (art. 654 c.p.p.). Nel secondo caso, invece, la sentenza di assoluzione ha un valore limitato al giudizio penale e a quello disciplinare ex art. 653 c.p.p.; essa potrà esplicare un effetto conformativo extra-penale solo alle condizioni dell'art. 654 c.p.p., più restrittive di quelle imposte dall'art. 652 del codice di rito. Se, infine, si colloca la *suitas* nell'imputabilità, la sentenza assolutoria non potrebbe essere invocata con valore di giudicato nei giudizi civili o amministrativi per il risarcimento dei danni e le restituzioni; essa, inoltre, non escluderebbe la possibilità di applicazione di una misura di sicurezza in forza dell'art. 202, co. 1, del codice penale.

Tra le posizioni prospettate appare preferibile accettare quella che considera la coscienza e la volontà elemento materiale del reato. Si deve infatti rilevare che possono darsi azioni perfettamente coscienti e volontarie ma non dolose, perché magari difetta un elemento conoscitivo fattuale o legale<sup>8</sup>. Non privo di peso appare poi l'argomento sistematico, per il quale non avrebbe senso una disposizione che replicasse il contenuto

---

cui lo si presume immerso prima dell'azione: cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933 pag. 71 in nota. Si può citare, poi, Antolisei il quale, nonostante abbia avuto il merito di introdurre l'istituto della *suitas* nel panorama dottrinario italiano, riferisce l'istituto talvolta alla tipicità e altre volte all'elemento soggettivo: cfr. F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., pag. 34. e ID., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano 2003, pag. 344.

<sup>7</sup> Cfr. M.L. FERRANTE, *La "sultas" nel sistema penale italiano*, cit., pag. 66 e ss. A conforto di questa sistemazione si possono citare: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XVI ed., Milano, 2015, pag. 762; S. LORUSSO, *Articolo 530*, in A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, pag. 6699 e G. GIOSTRA, *Articolo 530* in G. CONSO – G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, IX ed., 2015, pag. 2396.

<sup>8</sup> G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pp. 164 e ss. Il ragionamento dell'autore si articola in quattro argomenti. Il primo di essi è rappresentato dalle fattispecie in cui il dolo comprende taluni elementi che possono essere ignorati; per semplificare l'Autore fa l'esempio del reato che era previsto dall'art. 530, co. 2, c.p. (corruzione di minorenni): se l'autore del reato non conosceva di essere in presenza del minorenne, egli non agiva con dolo, eppure nessuno negherebbe la coscienza e la volontà dell'azione; il dolo, chiosa Balbi, è, infatti, concettualmente più esteso della coscienza e della volontarietà. Il secondo argomento che intende demolire la tesi della confusione della coscienza e della volontà nella colpevolezza è la situazione dell'errore di diritto inescusabile ex art. 5 c.p.: in questa situazione normativamente si stabilisce la ricorrenza del dolo, eppure non è possibile rintracciare alcuna volontà di porre in essere l'azione conforme alla fattispecie incriminatrice. Terzo argomento è offerto dallo stato di necessità, qui chi agisce lo fa con coscienza e volontà ma non può dirsi che la sua condotta fosse dolosa. Da ultimo è affrontata la situazione di colui che nel sonno riesce a dire ciò che nella veglia non riuscirebbe a dire per la presenza dei freni inibitori: qui non c'è dolo, non c'è azione ma c'è paradossalmente la volontà. Non tutte le osservazioni di Balbi sono parimenti chiare e convincenti ma basta, tuttavia, il riferimento naturalistico alla situazione prospettata per prima per convenire sull'autonomia delle due categorie.

di quelle che definiscono il dolo e la colpa<sup>9</sup>. L'argomento vincente, però, rimane la valutazione naturalistica in base alla quale non può in alcun modo dirsi che la semplice volontarietà sia già predeterminazione, o che dalla semplice volontarietà dell'atto si possano già elevare rimproveri di imprudenza, imperizia e negligenza, ovvero di mancato adeguamento a *standard* specifici di condotta.

La collocazione in sede di tipicità appare in ogni caso e soprattutto la soluzione più conforme al modello di responsabilità penale delineato dalla Costituzione. Il carattere personale della responsabilità affermato dall'art. 27, in modo consonante al significato, per così dire, minimo che si ricava dal principio<sup>10</sup>, fu inteso dai costituenti come responsabilità per fatto di cui l'autore dovesse avere coscienza e che fosse da lui controllato. Il fatto di reato, insomma, nell'assetto costituzionale deve essere espressione della personalità dell'autore<sup>11</sup> e questo può essere letto come una conferma del riferimento necessario della coscienza e della volontà al fatto tipico.

Le posizioni soggettiviste che collocano la *suitas* nell'elemento soggettivo o nella colpevolezza, d'altra parte, non sono da liquidare con troppa disinvoltura. Esse rappresentano il portato di un pensiero antico e discendono dalla semplice ma non banale considerazione, naturalistica anch'essa, che coscienza e volontà nel loro significato "primario" attengono alla sfera, per così dire, spirituale dell'uomo e che, dunque, toccano il coinvolgimento personale del soggetto e le ragioni stesse del punire da parte dello Stato.

### 1.2 I contenuti della *suitas*

Immaginare un'azione cosciente e volontaria non è difficile se si ha in mente l'omicida che punta la pistola alla tempia della vittima, o il pubblico ufficiale che distrugga somme di danaro dalla cassa di cui ha disposizione per ragioni d'ufficio, o il contribuente che allo scopo di evadere un'imposta distrugga od occulti documenti contabili.

In questi casi, essendo i reati commissivi e dolosi, dovrebbe essere immediato individuare una condotta e verificare in essa la presenza della coscienza e della volontà, non appena si constati che l'autore non agiva a causa di forza maggiore, né veniva costretto con violenza fisica e che in lui vi era una coscienza vigile. Anche nelle ipotesi dolose, tuttavia, bisogna risolvere almeno due problemi: uno relativo al momento cui riferire la coscienza e la volontà nei reati a forma libera e l'altro, in realtà comune a tutte le ipotesi di reato, concernente il significato di coscienza e volontà.

---

<sup>9</sup> Questo argomento è proposto da Ferrante: cfr. M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 53 e ss. L'autore fa poi appello al principio di tassatività e al principio di uguaglianza, ma il riferimento a questi principi non appare conferente, giacché non sembra decisivo per la collocazione in sede di tipicità il fatto che altrimenti la formula assoluta sarebbe la stessa utilizzata in caso di reato commesso senza dolo o colpa; le formule assolute sono, infatti, un numero chiuso che giocoforza fa sintesi di situazioni molteplici.

<sup>10</sup> Su questo punto *ex multis* cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 85 e ss. e prima ancora a pag. 24, dove l'autore mette in guardia dal rischio di perdere di vista il significato, per così dire, originario della personalità della responsabilità consistente nell'inammissibilità di un addebito penale per fatto altrui.

<sup>11</sup> Cfr. il *Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 settembre 1946 della I Sottocommissione dell'Assemblea costituente*, pp. 69 e ss. disponibile sul sito informatico della Camera dei Deputati. Tale posizione fu espressa dal deputato Giovanni Lombardi. Soprattutto sono da ricordare le parole di Aldo Moro: «Si risponde per fatto proprio e si risponde attraverso ogni partecipazione personale al fatto proprio. Questo è il principio del diritto moderno, che trova la sua espressione nel principio della consapevolezza che deve accompagnare quello che si chiama il fatto materiale».

Il primo quesito<sup>12</sup> è sciolto facendo riferimento o all'ultimo atto o al fulcro dell'azione, ma entrambe le soluzioni sono necessariamente approssimative e non risolvono in maniera soddisfacente il problema dell'individuazione del momento di riferimento.

In merito al significato del binomio contenuto nel primo comma dell'art. 42 la dottrina maggioritaria non si sofferma sul significato dei due termini; essi sono piuttosto usati come sinonimo di attribuibilità al soggetto della condotta<sup>13</sup>. Di questo avviso era anche la dottrina più risalente che aderiva alla teoria della necessaria consapevolezza di ogni azione volontaria<sup>14</sup>. Un filone più recente, invece, ritiene di poter differenziare le due componenti<sup>15</sup>. Rimane, tuttavia, il dato difficilmente eliminabile di una definizione che per la precisione lessicale a cui aspira si condanna all'impotenza, in quanto non è facile dare un preciso valore ai due termini del binomio<sup>16</sup>. Il loro significato, per così dire, naturale viene infatti superato dai contenuti normativi che si rendono necessari in talune ipotesi<sup>17</sup>, come si dirà a breve.

Come accennato, le ipotesi che, però, sollevano il maggior numero di questioni sono quelle colpose e quelle omissive improprie, sia colpose che dolose. Quale è l'azione cui riferire la coscienza e la volontà nel caso di scuola della madre che si corichi accanto al figlio neonato e lo uccida nel sonno? Dove si appunteranno la coscienza e la volontà del mancato impedimento, per esempio, di una violenza sessuale?

Le soluzioni proposte in merito sono essenzialmente due. Una soluzione consisterebbe nel riferirsi, sullo schema dell'*actio libera in causa*, all'ultima

<sup>12</sup> Sul punto cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pp. 199-207.

<sup>13</sup> Cfr. per esempio I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 28: «Dire che una condotta è cosciente e volontaria significa pensare ad un comportamento attribuibile alla sfera del conscio della persona umana, un comportamento che non sfugge al suo controllo»; poco prima l'Autore rende addirittura graficamente evidente il disinteresse per il concetto di coscienza quando scrive con un significativo uso delle parentesi: «Qui si tratta di (coscienza e) volontà della condotta». Si consideri anche G. MARINI, *Condotta*, cit., pag. 22.

<sup>14</sup> A tale riguardo si vedano le opinioni di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 219 e ss: «È vero che l'agente prima pensa e poi vuole; ma c'è bisogno ai fini del diritto di fare questa distinzione? Ci sarebbe a patto che si potesse non solo pensare senza volere ma anche volere senza pensare; ma ecco che ciò non si dà *in rerum natura*; esiste il *prius* senza il *posterius*, ma non questo senza di quello. Allora a me sembra chiaro che quando si pone il requisito della volontà, si comprenda in esso anche la coscienza» e poco oltre: «Al postutto, io non oserei rimproverare al legislatore penale il suo eccesso di precisione». Questa affermazione non era in discussione nemmeno per il legislatore del codice il quale aveva introdotto il binomio per differenti ragioni logiche, legate alla differenza che si supponeva esserci tra la consapevolezza dell'intenzione e la consapevolezza dell'azione susseguente: «Si è proposto di sopprimere l'esplicito richiamo alla coscienza, perché la volontà è coscienza e non vi può essere volontà senza l'attributo della consapevolezza; ma, come è stato messo in evidenza di fronte alla Commissione Ministeriale, la necessità dell'esplicito richiamo alla coscienza è determinata dalla considerazione che la coscienza deve illuminare, non solo l'atto interno del volere, ma l'atto esterno di agire» (cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, pag. 86).

<sup>15</sup> Cfr. M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 73 e ss. e G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, VII ed., I, Bari 2006, pp. 351 e ss.

<sup>16</sup> Nemmeno la Cassazione, cercando di ritagliare uno spazio di autonomia all'elemento della coscienza, può esimersi da una definizione quasi tautologica: «Non è facile definire questa entità psichica, che ciascun uomo intuisce conoscendola per esperienza propria; sembra comunque adeguata, secondo l'insegnamento della psicologia, la definizione della coscienza come modo di essere di un soggetto nel corso del quale si svolgono processi di percezione o processi di rappresentazione. In altri termini, è cosciente il soggetto il quale prova, ossia vive percezioni o rappresentazioni, per cui è stato anche detto che la coscienza è quella entità che differenzia il soggetto di psiche dall'automa»: cfr. Cass., ss. uu., 14 giugno 1980, in *Cass. pen.*, 1981, pag. 174.

<sup>17</sup> Cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pp. 185 e ss.

azione precedente volontaria<sup>18</sup>: se l'ultima azione prima che si verifichi l'azione colposa è cosciente e volontaria allora anche la condotta che integra il reato sarà cosciente e volontaria. Sulla scorta di quanto appena detto, se la madre dell'esempio si corica volontariamente e coscientemente con il neonato a fianco, non potrà invocare in giudizio l'assenza di coscienza e volontà per essere esentata dalla responsabilità penale. Principio analogo vale per le ipotesi omissive improprie: se cosciente e volontaria è l'azione che si compie al posto di quella che sarebbe dovuta per ottemperare l'obbligo giuridico discendente dalla posizione di garanzia, allora l'omissione potrà dirsi propria dell'agente, "sua", secondo la terminologia introdotta da Antolisei.

Il secondo percorso risolutivo del problema relativo alle ipotesi colpose e a quelle omissive improprie rinuncia ad una definizione naturalistica della coscienza e della volontà e adotta una definizione normativa<sup>19</sup>, in base alla quale azione cosciente e volontaria è quella dominabile dall'autore<sup>20</sup> o, secondo altre formulazioni, quella impedibile<sup>21</sup> dall'autore della condotta o, infine, quella che crea o approfondisce un rischio non consentito<sup>22</sup>.

Quest'ultima opzione appare preferibile. Il riferimento all'*actio praecedens* o all'*altera actio*, secondo le formulette latine che si sono coniate a riguardo, è infatti logicamente indimostrabile: dalla coscienza e dalla volontà dell'atto precedente alla condotta colposa o dell'azione contemporanea all'omissione non può in alcun modo dedursi la coscienza e la volontà dell'azione colposa e dell'omissione. In quest'ultima ipotesi non può addirittura in alcun modo dirsi, inoltre, che se l'autore della condotta non avesse posto in essere la condotta storicamente verificatasi, avrebbe ottemperato il comando legale. In definitiva si finisce per punire una condotta che non è quella indicata nella fattispecie di reato invocata.

Riguardo alla tesi appena abbracciata, tuttavia, può essere osservato che la dominabilità e l'impedibilità così come l'approfondimento del rischio non sono consapevolezza della situazione in cui si agisce e nemmeno volontarietà della condotta.

Eppure, tirando le somme dei *pro* e dei *contra* della soluzione normativa, questo criterio appare preferibile, se non altro per le sue minori criticità logiche, anche se per altro verso equivale al riconoscimento dei limiti della formulazione contenuta nel primo comma dell'art. 42 del codice penale.

---

<sup>18</sup> Si veda ad esempio F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 218; per l'accoglimento di questa soluzione nelle ipotesi omissive si vedano G. MARINI, *Condotta*, cit., pag. 24. e T. PADOVANI, *Articolo 42*, cit., pag. 308.

<sup>19</sup> La normatività di questa definizione risiede nel suo tratto stipulativo: gli autori che hanno elaborato questi criteri suppletivi riconoscono che la coscienza e la volontà nel loro significato letterale non possono ricorrere nelle ipotesi in questione. Essi, allora, fanno ricorso a definizioni dei due elementi dell'azione e dell'omissione previsti dall'art. 42, co. 1, c.p. non più naturalistiche, bensì normative appunto, cioè artificiali.

<sup>20</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, III. ed., Milano, 2012, pag. 421; S. CANESTRARI, *Articolo 42*, in *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI, Piacenza, 2010 e quindi anche S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 310 e pag. 419; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 217; C. CERTO, *Il problema penale della "suitas"*, cit., pag. 76 e da ultimo A. GABOARDI, *Articolo 42*, cit., pag. 308.

<sup>21</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 2013, pag. 308. In termini sovrapponibili A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., pag. 217.

<sup>22</sup> La tesi è proposta da Balbi (cfr. G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pp. 319 e ss.). Non mancano obiezioni anche per questa teoria. Non è chiaro infatti come stabilire la soglia oltre la quale il rischio non è consentito né come definire poi il rischio stesso. Si tratta di una soluzione che non riesce a porre rimedio alla vaghezza intrinseca del concetto di coscienza e volontà.

Secondo la sistemazione che di consueto si dà alla materia, si ritiene che la *suitas* della condotta venga esclusa da talune cause, alcune tipizzate e altre, invece, per così dire, atipiche. Nel primo gruppo vanno contemplati la forza maggiore (art. 45 c.p.) e il costringimento fisico (art. 46 c.p.); nel secondo, invece, ricondotto direttamente al disposto del primo comma dell'art. 42 c.p., si possono far rientrare gli atti istintivi, gli atti riflessi, gli atti automatici (sebbene contro l'opinione tradizionale) e infine gli atti incoscienti, in cui l'incoscienza sia incolpevole.

L'analisi di ciascuno di questi fattori sarà oggetto dei prossimi paragrafi.

## 2. La forza maggiore

Di recente la Cassazione si è pronunciata diverse volte sul tema della forza maggiore in riferimento all'omesso pagamento di tributi<sup>23</sup>. Nei casi giudicati la Suprema Corte ha sempre (prevedibilmente) negato che si potesse invocare l'art. 45 del codice penale<sup>24</sup> per escludere la rilevanza penale del mancato pagamento dovuto a difficoltà economiche.

La formula usata dalla Corte è, salvi gli aggiustamenti relativi ad ogni caso specifico, in sostanza la stessa.

I giudici di legittimità affermano che la scelta di non pagare l'imposta prova il dolo; che la forza maggiore, *vis cui resisti non potest*, esclude la *suitas* della condotta, e a causa di ciò l'uomo *non agit sed agitur*. Da questi presupposti la Corte deduce quattro corollari: finché c'è margine di scelta la *suitas* della condotta non è esclusa; la mancanza di liquidità per l'adempimento dell'obbligazione tributaria, se dovuta a politiche imprenditoriali, non può rilevare quale forza maggiore; la forza maggiore non è invocabile se l'inadempimento è dovuto a situazioni di illegittimità quali mancati accantonamenti o mancati pagamenti; la forza maggiore è invocabile solo quando l'inadempimento è dovuto a fatti non imputabili all'imprenditore, in quanto si tratta di fatti che sfuggono al suo dominio finalistico<sup>25</sup>.

La Corte di Cassazione esclude, dunque, che la condizione di insolvenza possa essere considerata forza maggiore. Per sostenere questa affermazione essa utilizza i principi condensati nei due brocardi citati: si richiama alla coscienza e volontà della condotta (*suitas*) e afferma che la forza maggiore per essere tale deve soverchiare la volontà dell'agente, il che non è nel caso della mancanza di liquidità.

Anche la dottrina maggioritaria per descrivere i tratti salienti della forza maggiore fa ricorso alle due formule latine di cui la Cassazione fa uso nella giurisprudenza presa in oggetto.

Si fa riferimento ad un *maioris roboris impetus cui resisti non potest*, o più sinteticamente alla *vis cui resisti non potest*, che dovrebbe individuarsi in una forza esterna la quale determini in modo imprevedibile l'azione del soggetto; questa forza esterna priva

---

<sup>23</sup> Consultando la banca dati *on-line Cassazione penale in Leggi d'Italia* si rilevano almeno le seguenti pronunce della Suprema Corte in tema di forza maggiore: Cass., 14 maggio 2014; Cass., 29 maggio 2014; Cass., 24 giugno 2014; Cass., 17 luglio 2014; Cass., 10 dicembre 2014; Cass., 19 febbraio 2015; Cass., 7 maggio 2015; Cass., 18 giugno 2015; Cass., 9 settembre 2015; Cass., 7 gennaio 2016 (nr. 6113/2016) sia pure in *obiter dictum* dove, peraltro, la questione prospettata dal ricorrente in tema di forza maggiore è accantonata e la Corte risolve il caso sul piano della colpevolezza ma con le medesime ragioni solitamente proposte in merito alla forza maggiore; Cass., 7 gennaio 2016 (nr. 6114/2016) anch'essa in *obiter dictum*; Cass., 11 novembre 2015; Cass., 10 dicembre 2015 (nel prosieguo del lavoro ogni sentenza priva di indicazione bibliografica deve intendersi rinvenuta sulla banca dati *Cassazione penale in Leggi d'Italia*).

<sup>24</sup> Il quale stabilisce: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore».

<sup>25</sup> Si possono consultare le sentenze richiamate in nota precedentemente; nello specifico il passo riportato può essere letto nella sentenza della Cass., 9 settembre 2015.

l'azione o l'omissione del tratto della volontarietà e così il soggetto, secondo la formula latina nota, *non agit sed agitur*. Taluni<sup>26</sup> aggiungono a questo elemento anche la mancanza della possibilità di agire altrimenti o, detto in altre parole, l'assenza di un margine di scelta da parte dell'autore del fatto. La forza è ritenuta maggiore se, per la sua imprevedibilità e inevitabilità, travolge la personalità dell'autore dell'azione<sup>27</sup>.

Più discusso è il tratto dell'esteriorità rispetto alla sfera della vita dell'autore in quanto, posto che la maggior parte degli studiosi esclude che la forza maggiore di cui si discute possa identificarsi in un atto del singolo individuo, taluni la restringono alla forza "di natura"<sup>28</sup> mentre altri includono in essa anche eventi "storici" non discendenti solo da fenomeni naturali o fisici<sup>29</sup>. Accedendo a questa ultima idea i confini con il costringimento fisico di cui all'art. 46 c.p. incominciano a diventare meno distinti. Bisogna tuttavia considerare che questa situazione non è foriera di conseguenze immediatamente negative dato che l'esito cui conducono i due concetti è il medesimo e, cioè, l'esclusione della responsabilità penale dell'autore, sebbene la formula assoluta varierà in base alla posizione sistematica attribuita all'istituto.

Stabilito che la forza maggiore esclude la coscienza e la volontà dell'azione, ci si potrebbe interrogare sulla differenza fra l'art. 42, co. 1, e l'art. 45 c.p. e chiedersi perché mai ci sia bisogno di una disposizione che in sostanza replica negli effetti l'art. 42, co. 1, del codice penale<sup>30</sup>. Definire, tuttavia, l'art. 45 c.p. come «pleonastico» appare francamente eccessivo, se non altro per l'antichità del concetto<sup>31</sup> e per l'impiego non del tutto minimo che se ne fa in giurisprudenza. Si potrebbe allora qualificare la relazione fra le due disposizioni come un rapporto di genere e specie<sup>32</sup>.

Sulla questione ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Cassazione a sezioni unite<sup>33</sup> che ha rigettato sia la tesi dell'identità fra le due disposizioni, sia quella del rapporto di specificazione in quanto mentre l'art. 42, co. 1, c.p. descriverebbe le caratteristiche minime dell'azione, l'art. 45 c.p. avrebbe un contenuto prescrittivo con effetto esimente la responsabilità nei casi in cui intervenga sull'azione un fattore esterno

---

<sup>26</sup> Si fa riferimento a G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1987, pag. 111.

<sup>27</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Diz. dir. pubb.*, II, Milano, 2006, pag. 804.

<sup>28</sup> Una concezione "strettissima" della forza maggiore è espressa, per esempio da M. L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 119-120 che esige per la forza maggiore l'incidenza "diretta" del fattore naturale sull'autore del fatto, mentre non sarebbero direttamente incidenti quegli eventi storici che interessano un mezzo o uno strumento con cui l'autore intende realizzare la condotta impeditiva del reato (per esempio uno sciopero ferroviario, la chiusura di un ufficio pubblico e simili).

<sup>29</sup> È, ad esempio, il caso di G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, cit., pag. 111. L'Autore considera come esempio di forza maggiore lo sciopero ferroviario. Anche alcuni dei casi in cui si imbatte la giurisprudenza riguardano eventi "storici" non strettamente naturalistici; sul punto tuttavia mancano orientamenti consolidati. Inclino per questa tesi anche A. DE MARSICO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 178 e G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, XII ed., 1986, pag. 570-571. De Marsico, nello specifico, fa riferimento al fatto dell'uomo paragonabile al fatto di natura come per esempio, con formula alquanto oscura ma che ha ottenuto un'insperata eco giudiziaria (v. *infra*, nota 36), «il comando di un principe, non capace di diritto penale».

<sup>30</sup> In dottrina, difatti, si è sostenuta anche la tesi della ridondanza della previsione autonoma relativa alla forza maggiore: cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, pag. 334 e s. per l'opinione della superfluità dell'art. 45.

<sup>31</sup> Si rimanda per cenni più approfonditi alla voce di D. SANTAMARIA, *Forza irresistibile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1987, pp. 5 e ss, nonché i capitoli iniziali dei lavori di G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit. e di M.L. FERRANTE, *La suitas nel sistema penale italiano*, cit.

<sup>32</sup> In questo senso si veda G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., pp. 216-217.

<sup>33</sup> Cass., ss. uu., 14 giugno 1980, in *Cass. pen.*, 1981, pag. 172.

causalmente imprevedibile. Le motivazioni di questa distinzione non possono essere accolte dal momento che la forza maggiore dell'art. 45 c.p. non incide sul decorso causale, a differenza del caso fortuito<sup>34</sup>, come sostenuto nella sentenza, e per la ragione che l'art. 42, co. 1, c.p. non avrebbe alcuna funzione se dovesse assolvere una funzione solo definitoria di ciò che debba essere considerato "azione" in diritto penale.

Ci si potrebbe anche chiedere quale sia la differenza rispetto allo stato di necessità. La questione non sarebbe del tutto peregrina<sup>35</sup> dal momento che la tradizione storica e taluni ordinamenti stranieri (ad esempio quello tedesco) non conoscono una netta separazione fra i concetti. La differenza macroscopica sta nel fatto che, mentre nel caso dello stato di necessità un'azione cosciente e volontaria c'è, sebbene scriminata o scusata (a seconda delle ipotesi e delle teorie che si intende abbracciare), nel caso di forza maggiore manca qualsiasi azione, perché difetta un nesso di volontarietà fra l'autore e ciò che egli causa materialmente.

Nonostante la forza maggiore venga invocata in giudizio con una certa assiduità, la giurisprudenza in genere nega che essa ricorra<sup>36</sup>, di modo che è difficile rintracciare sentenze che permettano di apprezzare esemplificazioni pratiche dell'istituto. Per tali ragioni è difficile trovare riscontri, per così dire, positivi che la rendano più concreta agli occhi dell'interprete<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Sul caso fortuito, v. *infra* nel paragrafo successivo.

<sup>35</sup> Cfr. G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 570 che però si limita a sottolineare la più ampia portata della forza maggiore rispetto allo stato di necessità in quanto quest'ultimo è valido solo per i casi di pericolo grave alla persona.

<sup>36</sup> Solo raramente la forza maggiore è stata ritenuta sussistente. Ad esempio nel caso di un dirigente di un'agenzia municipalizzata di trasporti che non aveva versato i dovuti contributi previdenziali a favore dei dipendenti per le ristrettezze economiche dovute al costo eccessivamente contenuto dei biglietti che aveva determinato l'esiguità delle entrate della municipalizzata, tanto in conseguenza del fatto che il costo dei biglietti in questione è indipendente dalla municipalizzata stessa perché è deciso da soggetti politici (cfr. Cass., 13 ottobre 1981. Questa pronuncia si avvicina alla concezione della forza maggiore di De Marsico cui si è già accennato in precedenza). In altra pronuncia la Corte di Cassazione ha considerato forza maggiore la chiusura degli uffici postali al sabato (si veda Cass., 2 febbraio 1981, in G. LUNGHINI, *Articolo 45*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2006, pag. 464). Infine, secondo una risalente decisione del 1964, anche l'oggettiva incertezza tra due disposizioni contrastanti, a seguito della quale era stata rilasciata indebitamente un'autorizzazione da parte di un ufficio competente, è stata ritenuta forza maggiore dalla Cassazione (sul punto si veda Cass., 18 febbraio 1964, *ibidem*); i tempi non erano ancora maturi: a seguito della celebre sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale questa ipotesi verrebbe oggi pacificamente ricondotta nell'ambito dell'errore sul precetto e si riterrebbe questo un caso di errore oggettivamente inevitabile, dunque scusabile).

<sup>37</sup> Dalle pronunce è facile, invece, ricavare cosa non possa essere qualificato come forza maggiore. Prima fattispecie che non può integrare gli estremi della forza maggiore è l'insolvenza delle obbligazioni tributarie o di un'altra obbligazione pubblicistica a causa delle difficoltà economiche, ipotesi da cui si è partiti e che è stata già oggetto di pronunce della Corte in passato (si vedano Cass., 15 dicembre 1993, in *Cass. pen.*, 1995, pag. 1043 in materia di depurazione di acque; Cass., 18 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, pag. 669 in merito a violazione in materia antinfortunistica; Cass., 4 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, pag. 776 ripresa letteralmente in Cass., 5 aprile 2013, *ivi*, 2013, I, pag. 621 in tema di inottemperanza all'ordine dell'autorità; Cass., 13 aprile 1994, *ivi*, 1995, I, pag. 658 in tema di tutela delle acque pubbliche. In un altro caso nel giudizio di legittimità si era rifiutata la configurabilità dell'esimente in questione in quanto l'impossibilità del cancelliere di adempiere le obbligazioni tributarie incumbenti sul suo ufficio a causa del sovraccarico di lavoro poteva essere evitata; la Corte al riguardo aveva stabilito che non può dirsi ricorrente la forza maggiore finché, in ragione ad esempio del lasso di tempo a disposizione, residuavano ancora possibilità di attivazione ovvero fin quando l'autore non avesse fatto tutto ciò che era in suo potere per impedire l'evento (cfr. Cass., 10 luglio 1990). In un caso di bancarotta fraudolenta documentale la Corte aveva escluso che il furto dei *computer* potesse integrare la forza maggiore perché l'obbligo delle scritture contabili imposto dal codice civile non era stato assolto su supporti cartacei,

### 3. Il caso fortuito

Per individuare più precisamente la fisionomia della forza maggiore, conviene indagare, a questo punto, quali sono gli orientamenti della dottrina in merito all'identità del caso fortuito e al tema della distinzione tra caso fortuito e forza maggiore.

Il caso fortuito, definito in letteratura in termini di imprevedibilità, è stato riferito o all'istituto della causalità, nello specifico alla figura delle cause sopravvenute da sole sufficienti a cagionare l'evento di cui al secondo comma dell'art. 41 del codice penale<sup>38</sup>, ovvero all'istituto della colpa<sup>39</sup>. In entrambi i casi la dottrina non fa mistero della ridondanza rispetto al citato art. 41, co. 2, e all'art. 43, co. 3, del codice<sup>40</sup>.

Comunque si immagini l'essenza del fortuito, il dato che lo caratterizza è l'imprevedibilità<sup>41</sup>. Quest'ultima, a seconda delle tesi abbracciate, potrà essere intesa o in senso oggettivo, facendo cioè riferimento alla figura ideale dell'*homo eiusdem condicionis*, ovvero in senso soggettivo, cioè con riguardo alle peculiarità dell'agente. A questo riguardo, come notato già da risalente dottrina<sup>42</sup>, la giurisprudenza può assumere anche posizioni contraddittorie e così, pur propendendo nella maggioranza dei casi per la qualificazione soggettiva del fortuito, finire per parametrarlo sulla collettività, avvicinandosi alle posizioni oggettiviste.

La *ratio* dell'istituto può essere individuata nell'accettazione dei limiti conoscitivi di qualsiasi sapere umano. Il caso fortuito, infatti, in qualsiasi modo venga inteso, o come fattore causale improvviso che rompe il necessario nesso causale, ovvero come evento che nessun attento diligente avrebbe potuto impedire, corrisponde semplicemente ad ammettere che taluni accadimenti della realtà non possono rientrare in alcun modo nelle facoltà predittive del soggetto agente, poiché mancano regole d'esperienza che giovinno

---

essendo prevedibile (evidentemente in astratto) la rottura o il furto dei registratori elettronici (si veda Cass., 8 maggio 1995, in T. GUERINI, *Articolo 45*, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2010, pag. 321 e ss.).

<sup>38</sup> Si considerino per esempio A. SANTORO, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto penale)*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino, 1957, pp. 995 e ss.; A. PECORARO-ALBANI, *Caso fortuito*, cit., pag. 397 e G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, cit., pag. 109 e ss.

<sup>39</sup> La soluzione soggettivista è stata praticata da generazioni più risalenti di autori: oltre – come si vedrà a breve – a Carrara, si considerino per esempio l'opera di A. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., pag. 178, che riferisce, come di consueto, il caso fortuito alla colpevolezza ma come fattore escludente l'imputabilità, e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, V ed., Torino, 1981, pag. 6. È anche utile consultare G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 496 e C. CERTO, *Il problema penale della "suitas"*, cit., pag. 86. Si vedano, poi, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 303 e G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., pag. 223. Anche la giurisprudenza di legittimità si è talvolta pronunciata a favore di questa posizione: si vedano ad esempio Cass., sez. IV, 17 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, pag. 776 e Cass., sez. IV, 19 dicembre 2012, *ivi*, 2013, pag. 621.

<sup>40</sup> Cfr. A. PECORARO-ALBANI, *Caso fortuito*, cit., pag. 397 e ss. Una posizione simile era stata già espressa in sede di Commissione ministeriale.

<sup>41</sup> Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, cit., pag. 118 dove l'Autore afferma: «il non aver previsto la conseguenza offensiva sconfinava la colpa dal dolo. Il non averla potuta prevedere sconfinava il caso dalla colpa». Nella letteratura successiva ci si può riferire a C. CERTO, *Il problema penale della "suitas"*, cit., pag. 86; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 572; A. PECORARO-ALBANI, *Caso fortuito*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1987 pag. 391 e G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, cit., pag. 108. Anche la Cassazione ha aderito a questa soluzione; si vedano le seguenti sentenze: Cass., 20 gennaio 1969, in *Cass. pen.* 1969 pag. 369. In termini coincidenti Cass., 7 febbraio 1968, in *Foro it.* 1968, pag. 301. Più recentemente Cass., 19 dicembre 2012, *ivi*, 2013, pag. 621.

<sup>42</sup> Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina sul caso fortuito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pag. 459.

alla previsione dell'evento<sup>43</sup>.

Tralasciando le ulteriori questioni relative all'atteggiarsi del caso fortuito rispetto alle ipotesi colpose e a quelle di responsabilità oggettiva, su cui pure la dottrina si è soffermata<sup>44</sup>, si può però sicuramente sottolineare la difficoltà che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza incontrano nel classificare il caso fortuito. Si è cercato di rimediare a queste difficoltà facendo riferimento ad un metodo così detto eclettico, che cioè non escluda una soluzione in favore di un'altra, bensì le utilizzi entrambe secondo la migliore evenienza<sup>45</sup>.

È il caso ora di affrontare la questione relativa al discrimine fra caso fortuito e forza maggiore. Esso, secondo quanto già accennato, corre sulla differenza tra imprevedibilità e ineluttabilità. Ci si può riferire al seguente passo di Santoro per comprendere la differenza teorica tra i due istituti in questione:

«[...] mentre la forza maggiore sopprime la volontà (onde è più che un vizio, assenza di questa), il caso fortuito esclude la coscienza del procedimento causativo dell'evento. Pertanto, l'una si riporta al generale concetto di necessitazione, l'altro al concetto dell'ignoranza. Segue ancora che, mentre la necessitazione va determinata in relazione al soggetto necessitato, donde la possibilità che la *vis maior* non sia tale per un soggetto determinato, invece, il caso fortuito è dato da un'ignoranza generale e si distingue nettamente dall'errore, che è problema individuale attinente alla colpevolezza del soggetto agente<sup>46</sup>».

L'opinione della separatezza del caso fortuito e della forza maggiore non è tuttavia

---

<sup>43</sup> Cfr. G. GREGORI, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. giur.* V, Roma 1988, pag. 3. Si tratta della funzione così detta «negativa» dell'istituto, nozione ripresa seppure in termini parzialmente differenti anche da A. DI MARTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., pag. 801. Si vedano anche su questo punto e, più in generale, sull'intero istituto i contributi di A. PECORARO-ALBANI, *Caso fortuito*, cit., pag. 390 e A. SANTORO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., 1957, pag. 995.

<sup>44</sup> Si intende fare cenno anzitutto al restringimento che taluni autori fanno del caso fortuito alle sole ipotesi colpose (questa posizione è ad esempio espressa da Antolisei nelle pagine già citate in questo paragrafo). In merito a questa posizione taluni (Pecoraro-Albani e Fiandaca) criticano l'ingiustificata esclusione dell'applicabilità dell'istituto alle ipotesi dolose o alle residue ipotesi di responsabilità oggettiva, mentre laddove il caso fortuito venisse concepito in termini solamente causali esso verrebbe pacificamente applicato ad ogni ipotesi delittuosa.

<sup>45</sup> Una soluzione siffatta naturalmente non riesce a soddisfare la necessità di una definizione scientificamente "esatta e spendibile" nella sistematica della parte generale ma appare più "onesta" nel considerare la difficoltà di definire i concetti e di collocarli univocamente in una componente del reato invece che in un'altra. È questa, d'altra parte, la vera problematicità del diritto penale, scienza che, per funzionare da garanzia efficace del singolo, deve definire a qualsiasi costo una realtà che non è affatto definibile nonostante appaia cristallizzata nel fatto e nella sua narrazione processuale.

<sup>46</sup> Cfr. A. SANTORO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., pag. 1002 e in termini non dissimili E. BRUTI LIBERATI, *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina sul caso fortuito*, cit., pag. 450. Il discrimine teorico si può leggere ancora più nettamente nelle parole di Fiandaca: «[...] il caso fortuito copre l'area degli accadimenti che si svolgono al di fuori dell'*id quod plerumque accidit*, la forza maggiore presuppone un *quid* contro cui non è possibile opporsi, vale a dire un accadimento che, ancorché preveduto o prevedibile, tuttavia non può essere evitato da chi agisce» (cfr. G. FIANDACA, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, cit., pag. 111). Lo stesso concetto può essere individuato anche in una definizione risalente della Corte di Cassazione: «Mentre il caso fortuito si accompagna alla condotta umana determinando in modo prevalente un evento che senza di esso non ne sarebbe mai derivato, la forza maggiore concerne una forza estranea all'uomo alla quale questi non ha il potere di opporsi e che opera sulla sua condotta, determinandola in modo esclusivo» (Cass., 6 dicembre 1966, in *Foro it.*, 1968, pag. 301.)

condivisa da tutti gli studiosi. Basti citare l'autorevole posizione di Marinucci che nell'opera già più volte citata<sup>47</sup> ritiene che non sia possibile distinguere quanto ad effetti tra caso fortuito, forza maggiore, costringimento fisico e atti automatici, considerando ciascuna di queste esimenti una scusante. Più chiaramente Manzini riconosce senza ambagi che «data questa nozione di caso [cioè di forza esterna all'autore del fatto che impedisce a questi di adeguarsi per evitare l'evento], appare manifesto che la comune distinzione tra caso fortuito e forza maggiore è una delle tautologie di cui si compiace il gergo giudiziario<sup>48</sup>»

Per cercare di penetrare quanto più a fondo possibile la differenza fra il fortuito e la forza maggiore si può usare come pietra di paragone proprio il concetto di *suitas*.

La forza maggiore e il costringimento fisico comportano che la volontà dell'autore venga superata da un fattore a lui esterno: egli diviene strumento o delle forze della natura o della società (forza maggiore) ovvero della volontà di un terzo (ipotesi per la verità a confine con il costringimento fisico). Nel caso fortuito, invece, c'è l'imponderabile: è l'istituto che chiude il sistema perché serve da monito per l'interprete, lo avverte del fatto che non è sempre possibile trovare per ogni evento una causa che possa essere spiegata con le regole della razionalità.

L'art. 45 c.p. in riferimento al caso fortuito è, insomma, la disposizione che permette al sistema penale di reggersi perché ammette che i concetti di causalità, di colpevolezza e di colpa non sono capaci di abbracciare ogni manifestazione della realtà. Esso ammette che si può sempre dare il caso di un agente che dà inizio ad una catena eziologica diretta a causare un evento, ma che poi venga superata da un fattore imponderabile, volendo dare un taglio "oggettivista" alla definizione di caso fortuito. Se si preferisce, invece, una definizione "soggettivista" del caso fortuito, il problema può essere espresso sottolineando l'impossibilità di spingere la prevedibilità all'infinito, per cui vi è la necessità di un limite oltre il quale l'agire all'oscuro e nell'ignoranza delle conseguenze non sia addebitabile a titolo di colpa.

In breve, le anime dei due istituti sono differenti: il caso fortuito, se si vuole, rappresenta la garanzia che impedisce al sistema penale di gravare enormemente sulle spalle dei consociati: questi, infatti, saranno sicuri che ogni imputazione sarà rispondente a regole di prevedibilità ragionevoli e che nessuno potrà mai muovere addebiti per ciò che non rientra in questa prevedibilità, sia essa soggettivamente o oggettivamente intesa. Al contrario, la forza maggiore e il costringimento fisico concernono l'annullamento della personalità in relazione alla causazione dell'evento: c'è un fatto, esso potrebbe essere azione penalmente rilevante, ma non c'è un soggetto, una persona agente (nel caso della forza maggiore) ovvero questo soggetto è un altro rispetto a chi pone in essere la condotta (nel caso del costringimento fisico); la volontà e la personalità stessa dell'agente sono superate e non vi è più alcun nesso fra voluto ed agito.

In astratto il discrimine è facile da tracciare, ma se si prova a materializzare il criterio in esempi concreti si farà fatica a distinguere tra le varie manifestazioni<sup>49</sup>.

Si pensi alle forze della natura: quando una folata di vento che fa cadere dall'impalcatura l'imbianchino dell'esempio di scuola sulla vittima è forza maggiore e quando è caso fortuito? Si potrebbe avere riguardo alle condizioni della giornata e dire che se la giornata è ventosa il carattere di imprevedibilità viene meno perché le folate

---

<sup>47</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., pag. 223.

<sup>48</sup> Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 6 e ss.

<sup>49</sup> *Contra* M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pag. 135. L'autore considera "naturalisticamente" differenti il caso fortuito e la forza maggiore.

sono frequenti, ma, a ben vedere, ciascuna folata è di per sé imprevedibile nel *quando* e nel *quomodo*. A questo riguardo ha ragione Fiandaca nell'affermare che gli avvenimenti che vengono considerati caso fortuito «possono apparire “casuali” in rapporto al criterio o al parametro di riferimento prescelto ai fini del giudizio di imputazione<sup>50</sup>». Vi è poi il problema di definire la forza di natura, giacché tutto è natura e non si capisce perché la forza meccanica della scossa tellurica che sposta l'automobile provocando lesioni penalmente irrilevanti sia una forza maggiore, mentre la forza di gravità che fa cadere un uomo da un cavalcavia non possa essere considerata forza maggiore, ma sia piuttosto caso fortuito<sup>51</sup>.

Le difficoltà ermeneutiche indicate non devono spaventare. Occorre notare infatti che se distinguere fra questi elementi avesse avuto un vero valore sistematico probabilmente gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali già da tempo avrebbero affrontato la questione. Il vero è, forse, che in sede processuale distinguere fra caso fortuito e forza maggiore non è particolarmente significativo giacché si tratta pur sempre di cause che escludono la responsabilità penale e solo se si colloca il caso fortuito fra le cause di esclusione dell'elemento soggettivo la formula assolutoria è differente.

Perché allora affannarsi nell'individuazione di un discrimine fra questi concetti? Verrebbe da rispondere che si tratta esclusivamente di un portato della tradizione storica. Occorre notare tuttavia che ciascuna di queste cause di esclusione della punibilità che sono state riferite alla tipicità (caso fortuito, forza maggiore e costringimento fisico) ha un nucleo concettuale differente e che questa molteplicità è d'ausilio nella comprensione del reale. D'altra parte esistono situazioni in cui il caso fortuito si staglia nettamente rispetto alla forza maggiore; è questo, per esempio, il caso del sasso che cade da un cavalcavia che, se non può essere riferito a nessuna azione umana, non integra la violenza fisica del costringimento fisico, né soverchia la volontà e la coscienza dell'autista che poi cagiona il disastro stradale, e perciò non è nemmeno forza maggiore. Si può anche citare il fenomeno dell'abbagliamento alla guida dovuto ai fari di un'automobile che viaggia nel senso opposto di marcia: anche qui, se si collocasse questa fattispecie nella forza maggiore o nel costringimento fisico si farebbe violenza al senso comune delle parole che è, invece, il primo criterio ermeneutico che la legge impone.

La mente del giudice e il suo prudente apprezzamento rimangono allora ultimo presidio di ragionevolezza e di giustizia della decisione finale del caso pratico che dovesse giocarsi proprio sulla scelta fra caso fortuito e forza maggiore.

Il rilievo non è nuovo e difatti, già negli anni '60, Bruti Liberati ammoniva:

«All'atto pratico, di fronte ad un problema di caso fortuito, probabilmente il giudice dapprima valuta in base all'equità, al buon senso se l'agente possa o meno ritenersi responsabile dell'evento e in seguito costruisce la

---

<sup>50</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Il caso fortuito e la forza maggiore nel diritto penale*, cit., pag. 108.

<sup>51</sup> Se si sfogliano le pagine della dottrina riguardo al caso fortuito si noterà che gli esempi di caso fortuito possono benissimo essere intesi come casi di forza maggiore. Si consideri Pecoraro-Albani che qualifica caso fortuito il terremoto che trasforma il movimento preciso del chirurgo in colpo letale per il paziente; Ferrante da parte sua considera il terremoto che cagiona l'investimento del pedone forza maggiore. Il vento impetuoso è esempio di scuola della forza maggiore, ma per Pecoraro-Albani si tratta di caso fortuito. Stando a queste situazioni si sarebbe tentati di dare ragione a coloro che, come Manzini, ritengono priva di qualsiasi valore euristico la divisione fra caso fortuito, forza maggiore e costringimento fisico.

giustificazione concettuale di ciò che ha raggiunto per via sostanzialmente intuitiva (ciò può spiegare come talvolta il limite del caso fortuito venga individuato sul piano dell'elemento soggettivo, tal'altra sul piano dell'elemento oggettivo, pur trattandosi di situazioni di fatto analoghe e giungendosi alle medesime conclusioni)<sup>52</sup> ».

La dogmatica sembra doversi rassegnare, qui come altrove, ad una inevitabile sconfitta della quale, però, essa forse non è responsabile. È piuttosto, come si è detto, la strutturale opacità del linguaggio, l'indefinitezza congenita dei termini e dei concetti utilizzati che rende talvolta contraddittorio il sistema costruito su questi termini.

#### 4. Gli atti riflessi, istintivi, automatici e incoscienti

Al pari della forza maggiore gli atti riflessi, istintivi, incoscienti e quelli automatici – con un doveroso *caveat* in riferimento a questi ultimi, come a breve si vedrà – vengono considerati fattori escludenti la *suitas*. Si deve anzi dire che sono queste le ipotesi in cui si fa più frequente applicazione dell'art. 42, co. 1, del codice penale.

Con queste quattro “etichette” si indicano gli atti che, originati da stimoli esterni, vengono sviluppati secondo meccanismi in tutto sottratti al controllo della volontà (atti riflessi); gli atti che corrispondono anch'essi alle caratteristiche appena menzionate, ma che si originano in situazioni di pericolo per l'individuo (atti istintivi); gli atti che procedono secondo schemi acquisiti (atti automatici); e infine gli atti occasionati in stato di incoscienza non colpevole quali sonnambulismo ed ipnosi<sup>53</sup>. Come si vede da subito, la catalogazione di queste situazioni operata da dottrina e giurisprudenza non è scevra da tautologie e da sovrapposizioni. Si tratta di difficoltà che derivano dal fatto stesso che non è detto che in natura si possa davvero distinguere tra queste differenti situazioni.

Le ipotesi menzionate possono essere ricondotte alla disposizione del 42, co. 1, c.p., bisogna però avvertire da subito, e come si è accennato, che in riferimento agli atti automatici questa soluzione è in contrasto con l'opinione tradizionale. Gli atti commessi in queste condizioni non sono, dunque, penalmente rilevanti, mentre conservano profili di rilievo giuridico in sede civile (si pensi agli articoli 2046 e 2047 del codice civile, secondo la nozione di capacità di intendere e volere elaborata in ambito civilistico che è differente, come è noto, da quella sviluppata dalla dottrina penalistica in riferimento all'art. 88 c.p.<sup>54</sup>).

L'art. 42, co. 1, c.p. funziona quindi a questo riguardo da causa esimente “atipica” della responsabilità penale, mentre i successivi articoli 45, per quanto concerne la forza maggiore, e 46, in riferimento al costringimento fisico, funzionano da cause nominate di esclusione della *suitas* e, dunque, della rilevanza penale della condotta<sup>55</sup>. A seconda, poi,

---

<sup>52</sup> Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina sul caso fortuito*, cit., pag. 446 e s.

<sup>53</sup> Si vedano: M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pag. 423; S. CANESTRARI, *Articolo 42*, cit., pag. 280; T. PADOVANI, *Articolo 42*, cit., pag. 308; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 222; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., pag. 216; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 310.

<sup>54</sup> Sulla differenza fra la nozione civilistica e quella penalistica di imputabilità *ex multis* cfr. M. COMPORTI, *Art. 2046*, in *Il codice civile commentato* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, II ed., Milano, 2012, pp. 53 e ss.

<sup>55</sup> Devono essere citate due posizioni “eccentriche” che riconducono le ipotesi in questione non all'art. 42, co. 1, c.p. bensì agli articoli seguenti; la prima è l'opinione di Manna (A. MANNA, *Coscienza e volontà*, cit., pag. 3) che ritiene l'incoscienza indipendente dalla volontà una figura particolare del fortuito. La seconda, invece, è costituita dall'indirizzo riduzionista espresso da Caraccioli (I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto*

di come si caratterizzi la *suitas* questo gruppo di situazioni verrà ritenuto come incidente o sulla tipicità<sup>56</sup> o sulla colpevolezza<sup>57</sup> o sull'imputabilità<sup>58</sup>.

Mentre in dottrina non si è mai sviluppata una riflessione riguardo agli atti istintivi, riflessi e incoscienti, la classe degli atti automatici ha attirato l'attenzione degli studiosi. Come si è accennato, alcuni Autori già in tempi risalenti hanno cercato di limitare l'ambito della irrilevanza penale di questi atti.

Questa corrente dottrinale, peraltro ancora attestata in letteratura, si basava sulla constatazione che gli atti automatici essendo il frutto di un apprendimento, non potessero essere assimilati agli atti compiuti, per esempio, durante una crisi epilettica; gli esempi generalmente portati a questo proposito erano e sono i movimenti del pianista (come poi si possa commettere un reato muovendo le dita su un pianoforte, nessuno degli autori lo chiarisce), o i movimenti che si compiono alla guida di un'autovettura, oppure il lancio del mozzicone di sigaretta dopo che si è fumato. Secondo questo modello il fatto di essere appresi fa sì che essi possano essere ritenuti originariamente controllabili dall'autore; a lui possono dunque essere attribuiti a titolo di colpa quelle azioni automatiche che poi si rivelino delittuose, secondo uno schema di ragionamento affine a quello delle azioni *liberae in causa*<sup>59</sup>.

Una tale sistemazione, per la verità, è tutt'altro che scontata e si può francamente affermare che essa è afflitta da una intrinseca illogicità perché, se l'atto è automatico, esso rimane per definizione incosciente ed involontario anche se è stato appreso con dispendio di attività intellettuale e materiale. La dottrina maggioritaria, invece, desume dall'imprudenza dell'atto anche la sussistenza dei caratteri della coscienza e della volontà, i quali invece, essendo gli atti automatici, non ricorrono. Si intuiscono, tuttavia, quali possono essere le ragioni di equità e di politica del diritto che sostengono questa soluzione. Se, infatti, non si punissero le azioni automatiche derivanti da usi reiterati o

*penale*, cit., pp. 279 e ss.) il quale ritiene che la coscienza e la volontà richieste dall'art. 42, co. 1, c.p. vengano elise solo ed esclusivamente dalle ipotesi di cui agli articoli 45 e 46 del codice, per cui gli atti automatici e riflessi e le condotte inconsapevoli potranno rilevare solo in quanto siano riconducibili a queste fattispecie.

<sup>56</sup> Aderiscono a questa visione: F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pag. 222; A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., pag. 216; S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 310; G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., pag. 357; M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 125 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pag. 423; S. CANESTRARI, *Articolo 42*, cit., pag. 280.

<sup>57</sup> Possono essere indicati in questo gruppo F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 342; C. CERTO, *Il problema penale della suas*, cit., pp. 73 e ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, pag. 223; ID. – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 350; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 310; G. LUNGHINI, *Articolo 42*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, cit., pag. 381.

<sup>58</sup> Si considerino le posizioni di A. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., pag. 179 e ss. e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 736 e ss.

<sup>59</sup> L'antesignano di questo filone interpretativo è Antolisei, il quale affermò già nel 1928: «Gli atti involontari, pertanto, debbono distinguersi in due grandi gruppi: a) atti involontari che non hanno alcun significato (valore sintomatico) rispetto alla costituzione psichica dell'individuo; b) atti involontari che esprimono e rispecchiano la personalità del soggetto» (cfr. F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., pag. 57). A partire da questa sistemazione tutti gli autori che si sono susseguiti hanno perpetuato questa divisione fra atti involontari sintomatici della personalità, e quindi punibili senza problema, e atti non sintomatici della personalità dell'autore che quindi non potevano essere puniti. Anche nella vigenza del codice Zanardelli, infatti, era chiaro il principio che l'azione del reo dovesse essere riconducibile ad una volontà cosciente, sebbene mancasse una disposizione assimilabile all'attuale art. 42, co. 1, c.p. (sul punto, cfr. *amplius* G. BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, cit., cap. I). Nella letteratura più recente di veda, a mo' di esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pag. 217.

da un processo di apprendimento in quanto nel momento esecutivo non coscienti e non volontarie, si finirebbe per assicurare l'impunità per attività che sono pericolose e che appaiono *ictu oculi* rimproverabili, almeno a titolo di crassa negligenza<sup>60</sup>.

La giurisprudenza dal canto suo appare sostanzialmente indifferente alle quattro ipotesi oggetto di questo paragrafo<sup>61</sup>. Costituisce però una vistosa eccezione il caso del malore alla guida. Questo è, forse, l'unico ambito in cui si faccia regolarmente questione della coscienza e della volontà nella giurisprudenza di legittimità. Le soluzioni maggiormente praticate in giurisprudenza e sostenute anche in dottrina sono tre<sup>62</sup>: per un filone di pronunce il malore alla guida è riconducibile all'imputabilità, come affezione transitoria e limitata della capacità di intendere e volere<sup>63</sup>; secondo altre si tratta di una esemplificazione del caso fortuito<sup>64</sup>; infine viene ritenuta una delle situazioni in cui vengono a mancare la coscienza e la volontà. Fra tutti è prevalente l'indirizzo che

---

<sup>60</sup> Viene, infatti, di solito portato a suffragio della tesi l'esempio del fumatore imprudente che, come è solito fare, getta il mozzicone fumante in mezzo a delle stergaglie che prendono subito fuoco (cfr. per esempio F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 307-308 e I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 288). L'autore citato da ultimo afferma esplicitamente: «Non si può negare che, se il comportamento viene esaminato da uno psicologo [...], esso dev'essere valutato come incosciente e involontario. Peraltro, sarebbe sicuramente rischioso per la tutela dei beni altrui o della collettività in generale (sicurezza, incolumità, ecc.) lasciare impuniti detti comportamenti, che possono invece dar luogo, rispettivamente, ad incendio colposo o lesioni colpose od altri reati. Il giurista deve, dunque, muoversi in altra direzione» ed evidentemente costruire su altre basi il giudizio di responsabilità.

<sup>61</sup> Una scorsa della più recenti pronunce consente di individuare sole quattro sentenze in tema di sonnambulismo in tre delle quali ad essere affetta da sonnambulismo è la vittima e dunque non sono rilevanti, mentre una sola concerne un reato commesso in stato di incoscienza incolpevole (cfr. Cass., 17 gennaio 2014: si procede per la contravvenzione di cui all'art. 659 c.p. e la Suprema Corte esclude che possa essere invocato il sonnambulismo della figlia dell'imputata per scusare i rumori molesti notturni, dato che la contravvenzione può essere punita anche a titolo colposo, colpa qui consistente evidentemente nel mancato controllo della fonte rumorosa e nel fatto che le forze dell'ordine più volte avevano ammonito l'imputata. Da questi dati la Cassazione deduce «coscienza ed insistita volontà di arrecare deliberatamente noia, disturbo e fastidio agli altri residenti»). Non è dato invece rintracciare pronunce in cui si sia fatta questione di reati commessi in stato di ipnosi; in materia le uniche pronunce trovate concernono reati commessi su soggetti in stato di ipnosi. Come pure non è possibile trovare nessuna pronuncia recente sul tema degli atti automatici. Una sola, invece, è la sentenza in materia di atti riflessi e di atti istintivi. Si fa riferimento alla sentenza Cass., 9 marzo 2003: in questa sentenza la Corte di Cassazione correttamente riferisce l'imputabilità alla condizione personale dell'autore del reato, quale presupposto di ogni addebito penale ma erra nel definire la colpa (anche se nella sentenza si discorre erroneamente di colpevolezza) in termini di coscienza e volontà, che invece sono gli elementi della *suitas*.

<sup>62</sup> Si deve, però, menzionare la posizione singolare di Marinucci il quale afferma che il malore alla guida costituisce una esemplificazione del caso fortuito se «rapido ed improvviso», mentre altri disturbi alla guida quali la puntura di un'ape o il lancio di un sasso dal cavalcavia sono o scusanti escludenti la coscienza e la volontà ex art. 42, co. 1, c.p. (si ricordi che per l'autore la *suitas* è elemento della colpevolezza) o fattispecie integranti la forza maggiore. Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 349 e ss. e G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., pag. 224 nonché ID., *Brevi note sul caso fortuito come scusante nel fatto colposo*, disponibile sul sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2013.

<sup>63</sup> Cass., 26 maggio 1969, in *Cass. pen.* 1970, pag. 1656. Già pronunce precedenti avevano sostenuto questa tesi: Cass., 24 ottobre 1966, *ivi*, 1967 pag. 1234 in nota 1.

<sup>64</sup> Cass., 4 dicembre 1968, in *Foro it.* 1969, pag. 323. In termini quasi identici: Cass., 31 gennaio 1969, *ivi*, 1970, pag. 418; Cass., 9 dicembre 1969, *ibidem*. Un filone più antico riguarda, invece, le ipotesi di sonno alla guida: a partire dalle pronunce del 1966 si stabilisce il discrimine fra sonno fisiologico (cioè preceduto da segni inequivocabili di stanchezza e fondante un rimprovero a titolo di colpa) e sonno patologico che costituisce l'unica possibilità di esclusione della rilevanza penale dell'azione. Si considerino le seguenti pronunce, quasi identiche fra loro: Cass., sez. IV, 28 ottobre 1966, in *Cass. pen.* 1967, pag. 1234; Cass., sez. IV, 23 gennaio 1967, *ibidem*; Cass., sez. IV, 19 novembre 1987, *ivi*, 1988, pag. 451; Cass., sez. IV, 9 novembre 1989, *ivi*, 1990, pag. 471.

riferisce il malore alla guida al caso fortuito, mentre rimane isolata la pronuncia che ascrive il malore alla guida alla forza maggiore<sup>65</sup>.

Nel 1980 le sezioni unite della Suprema Corte hanno posto fine, o almeno hanno provato a mettere fine a queste ambiguità ermeneutiche. Dopo aver definito il malore alla guida come uno scompensamento repentino non preceduto da segni e determinante la perdita di coscienza, il collegio distingue la *suïtas* dall'imputabilità e dalla colpevolezza. Mentre l'imputabilità è giudizio astratto e sintetico che riguarda le qualità dell'autore, la colpevolezza e la *suïtas* si sostanziano in un giudizio particolare su determinati atti compiuti dal soggetto. Il malore alla guida esclude la coscienza e la volontà del soggetto rendendolo «un soggetto privo di coscienza, che cioè non “vive” percezioni o rappresentazioni, o nel quale la coscienza stessa è soverchiata al punto da rendere impossibile la funzione motoria, [...] un automa ridotto a bruta materialità, nel quale è impossibile individuare alcun coefficiente psichico in forza del quale la condotta possa essere a lui riferita<sup>66</sup>».

Questa sentenza delle sezioni unite non ha, però, posto fine ai problemi inerenti la sistemazione dogmatica del malore alla guida<sup>67</sup> e ai tre orientamenti sopra schematizzati se ne è aggiunto addirittura un quarto, per così dire, eclettico che utilizza i tre concetti in questione non sempre con rigore logico<sup>68</sup>.

## 5. Il costringimento fisico

Accanto alla forza maggiore e agli atti ricondotti all'ambito di applicazione dell'art. 42, co. 1, c.p. è possibile collocare quale elemento escludente la coscienza e la volontà della condotta il costringimento fisico.

L'esimente, prevista dall'art. 46 del codice penale, sancisce l'irresponsabilità per i casi in cui l'autore abbia commesso il fatto essendovi stato costretto da altri, mediante violenza fisica alla quale non poteva resistere o comunque sottrarsi. La maggior parte della dottrina ritiene che al ricorrere del costringimento fisico non possa ritenersi sussistente la stessa azione tipica<sup>69</sup> mentre minoritarie, benché autorevoli, sono le

---

<sup>65</sup> Cass., 6 dicembre 1966, in *Foro it.* 1967, pag. 279.

<sup>66</sup> Cass., ss. uu., 14 giugno 1980, in *Cass. pen.* 1981, pag. 174. La sentenza è stata commentata da Padovani: cfr. T. PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà nel reato colposo*, *ivi*, 1981, pp. 497 e ss. L'autore nota come la costruzione del malore alla guida quale ipotesi escludente la coscienza e la volontà sia una conferma di come la *suïtas* non possa essere pensata esclusivamente in chiave naturalistico-psicologica, ma che, in riferimento alle ipotesi colpose come nel caso di specie, intervengano a definirla necessariamente criteri normativi suppletivi. Difatti l'imprevedibilità intesa come assenza di segni premonitori, come repentinità ancora non dice nulla sulla eventuale assenza di coscienza che viene solo indotta e non dimostrata da questi elementi.

<sup>67</sup> Perdurano così le sentenze che collocano il malore nel caso fortuito: Cass., 7 luglio 1999, in *Cass. pen.*, 2000, pag. 3299 e Cass., 9 novembre 1989; quelle che risolvono la questione in chiave di imputabilità: Cass., 12 novembre 1987, *ivi*, 1989, pag. 454 e similmente Cass., 30 ottobre 2001, *ivi*, 2003, pag. 528; e una pronuncia che considera il malore alla guida incidente sulla tipicità: Cass., 2 ottobre 1987, *ivi*, 1989, pag. 451.

<sup>68</sup> Si tratta di sentenze in cui la Cassazione riconosce la differenza fra le categorie in gioco e propende per la qualificazione del malore alla guida come causa escludente la coscienza e la volontà, salvo poi riconoscere che esso ha anche un rilievo sull'imputabilità (cfr. Cass., 20 maggio 2004; Cass., 24 febbraio 2012, e Cass., 5 giugno 2012). In altre sentenze la Corte si pronuncia con una formula parzialmente differente, in cui è accentuato il tratto della imprevedibilità: si veda Cass., 7 luglio 1999, e in termini simili Cass., 26 maggio 2015.

<sup>69</sup> Si vedano le posizioni di A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., pag. 217; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 571; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pag. 351 (sebbene l'Autore si pronunciasse per la superfluità del concetto); I. CARACCIOLI, *Manuale di*

posizioni di quanti ritengono che l'esimente in questione escluda la colpevolezza o l'imputabilità<sup>70</sup>.

La soluzione maggioritaria si rivela pressoché necessitata se si parte dall'assunto che l'azione penalmente rilevante è solo quella riconducibile psicologicamente ad un soggetto, il che non può sicuramente dirsi del caso in cui l'autore del reato agisca perché del tutto coartato<sup>71</sup>.

È di tutta evidenza che la questione più rilevante è la qualificazione del costringimento. Un primo dato che qualifica il costringimento fisico è il fatto che esso deve provenire da un uomo, e tanto serve a distinguere questa figura da quella della forza maggiore, per quanto entrambe abbiano lo stesso effetto esimente della responsabilità penale e vengano intese dalla dottrina maggioritaria come incidenti sulla stessa presenza di un'azione<sup>72</sup>. L'elemento pregnante è senza dubbio la forza coartante. Essa deve, infatti, essere assoluta, con un effetto annullante rispetto alla volontà dell'agente; diversamente ricorrerebbe la figura della coazione morale (art. 54, co. 3, c.p.)<sup>73</sup>, o lo stato di necessità (art. 54, co. 1 e 2, c.p.)<sup>74</sup> ovvero la situazione prevista dall'art. 86 c.p.<sup>75</sup>. Si richiede che essa sia *corpore corpori*, deve, cioè, essere fisica, non

---

*diritto penale*, cit., pag. 286 (che sostiene la collocazione del costringimento fisico fra le cause sicuramente escludenti l'azione, a differenza della forza maggiore escludente solo la colpevolezza). Parere concorde è espresso da S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 418 e da M.L. FERRANTE, *La "suites" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 122 e ss. Anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 738 ritiene (differentemente da quanto sostenuto da taluni studiosi) che il costringimento fisico escluda la ricorrenza stessa di un'azione. Inclino, infine, per la tesi "oggettiva" anche T. PADOVANI, *Costringimento fisico e psichico*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1987, pp. 209 e ss.; A. PECORARO-ALBANI, *Costringimento fisico*, cit., pp. 242 e ss. e V.N. D'ASCOLA, *Costringimento fisico*, cit., 1987 pag. 4. Militano per questa tesi anche A. GABOARDI, *Articolo 46*, in T. PADOVANI, *Codice penale*, Milano, 2013, pag. 366; G. LUNGHINI, *Articolo 46*, in E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, II ed., Milano, 2006, pag. 465 e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pag. 490. Conferme di questa posizione possono essere trovate anche in alcuni *obiter dicta* della Cassazione; si vedano per esempio: Cass., 9 luglio 2008; Cass., 15 ottobre 2008.

<sup>70</sup> Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 349 e ovviamente anche G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'*, cit., pp. 221-222. Analoga la posizione di F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pag. 310. Per l'opinione espressa da ultimo cfr. A. DE MARISCO, *Diritto penale*, cit., pag. 178.

<sup>71</sup> «Dove non c'è azione non può esserci reato. Reato è azione e, quindi, volontà, non accadimento meramente casuale, fisico. Da questo principio fondamentale della imputazione penale esistente nel nostro ordinamento positivo discende la non punibilità per il fatto lesivo "cagionato" da chi versa in stato di costringimento fisico»: A. PECORARO-ALBANI, *Costringimento fisico*, cit., pag. 242.

<sup>72</sup> L'opinione contraria, come detto, si riscontra solo in I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., pag. 286 secondo cui la forza maggiore incide su una volontà già formata e dunque su un'azione penalmente rilevante in sé perfetta.

<sup>73</sup> La differenza sistematica fra l'art. 46 e l'art. 54, co. 3, c.p. è che nell'uno manca addirittura l'azione penalmente rilevante, mentre nell'altro è possibile rintracciare una condotta; tale differente sistemazione dipende dalla differenza sostanziale per cui nel costringimento fisico non vi è volontà mentre nella coazione morale tale volontà c'è: l'atto è "proprio" dell'autore.

<sup>74</sup> Al contrario dello stato di necessità il costringimento fisico, benché richieda un requisito esigentissimo quale l'annullamento totale della volontà, contempla i soli presupposti dell'irresistibilità e della inevitabilità. A differenza dello stato di necessità non richiede, infine, la proporzione e la violenza fisica non ha un destinatario vincolato al contrario del pericolo immediato dello stato di necessità che si deve rivolgere all'autore o a terzi.

<sup>75</sup> L'intenzione originaria dei redattori del codice penale era quella di accomunare nel costringimento fisico anche le ipotesi in cui non si facesse uso solo di violenza fisica ma si fosse anche fatto ricorso all'uso di ipnosi o di sostanze stupefacenti. La dottrina generalmente accoglie con favore la decisione attuata dal legislatore in quanto essa permette di distinguere opportunamente le ipotesi in cui manchi una volontà e, dunque, non vi è azione, da quelle in cui azione vi è ma, ad essere incisa, è l'imputabilità del soggetto agente. A ben vedere, però, le ipotesi non sono del tutto diverse; a cambiare è il mezzo di coazione, ma

semplice condizionamento psicologico<sup>76</sup>.

La forza, inoltre, non è riferita dal legislatore ad un oggetto particolare, dal che si deduce in dottrina che essa può anche non essere esercitata sulla persona del coartato, sebbene in questa evenienza sarebbe difficile non ritenere sussistente piuttosto la coazione morale o addirittura lo stato di necessità.

La coazione deve essere irresistibile. Questa irresistibilità deve essere considerata in modo relativo alle caratteristiche psicologiche e fisiche dell'agente, avendo, cioè, riguardo al sesso, all'età, alle caratteristiche personali. Essa, inoltre, fonda in capo al coartato l'obbligo implicito di resistere: se questi non si oppone minimamente, la forza non può essere definita irresistibile; ciò determinerà la configurabilità del concorso di persone, sebbene al soggetto che commette il reato a causa della violenza (resistibile) potranno applicarsi le circostanze attenuanti di cui all'art. 114 del codice penale.

Altro problema che generalmente si affronta in dottrina è la questione relativa alla cosiddetta *vis relativa*. Con questa locuzione si fa riferimento ad una forza coartante che non elida del tutto la volontà del soggetto agente (caso in cui ricorrerebbe il costringimento fisico) e che, d'altra parte, non sia una semplice minaccia (54, co. 3, c.p.), come potrebbe essere il caso di un reato commesso da un soggetto che subisce angherie fisiche tali, tuttavia, da non annullare la sua volontà. A questo riguardo in dottrina si scontrano posizioni tese a ricomprendere la *vis relativa* nella figura di cui all'art. 46 c.p.<sup>77</sup>, e posizioni contrarie<sup>78</sup>, verso le quali è preferibile inclinare sulla base del rispetto del dato testuale del codice penale e del fatto che in una situazione come quella richiamata, al più si può dare corso ad una scusante esimente la colpevolezza, non sicuramente ad una causa di esclusione della stessa tipicità. A questa soluzione si perviene constatando che se la violenza non è assoluta, vuol dire che vi è una volontà dell'agente che sorregge l'azione e dunque ciò che potrà scemare è la colpevolezza.

La giurisprudenza relativa al costringimento fisico *ex art. 46 c.p.* è a dir poco esigua. È dato, infatti, rintracciare solo poche massime<sup>79</sup> nelle quali si ribadisce semplicemente il principio per cui la violenza fisica esercitata «deve essere tale da

l'effetto è la sostituzione della volontà dell'autore con quella del coartante che finisce per "usare" il corpo e le facoltà del coartato. Le conseguenze processuali in termini di formule assolutorie ed esiti processuali, però, stante l'attuale qualificazione dell'art. 86 come causa escludente l'imputabilità, sono differenti rispetto a quelle che determina l'assenza di tipicità.

<sup>76</sup> A questo riguardo si consideri la sentenza Cass., 21 gennaio 2010, che, sia pure in *obiter dictum*, esclude che all'infuori dei casi di forza fisica si possa parlare di costringimento ai sensi dell'art. 46.

<sup>77</sup> A sostegno di questa tesi si può ricordare l'opera già citata di Padovani. L'Autore ricorre all'argomento logico per cui non sarebbe accettabile che l'ordinamento scusi la coazione morale, escluda la rilevanza penale dell'azione coartata ma nulla preveda per la posizione intermedia della minaccia trasmodata nella violenza, sebbene non a livelli tali da annullare la volontà dell'agente: cfr. T. PADOVANI, *Costringimento fisico e psichico*, cit., pag. 211, A. GABOARDI, *Articolo 46*, cit., pag. 366 e V.N. D'ASCOLA, *Costringimento fisico*, cit., pag. 3.

<sup>78</sup> Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., pag. 15 il quale ravvisa nella presenza della volontà dell'autore, sebbene scemata, elementi sufficienti per l'elevazione del rimprovero penale per quanto attenuabile. Queste posizioni sono riprese anche dalla giurisprudenza: Si vedano le sentenze Cass., 24 novembre 1965, in *Giust. pen.*, 1966, pag. 467; Cass., 6 dicembre 1966, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1968, pag. 386 e Cass., 27 febbraio 1992, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI, *Codice penale*, cit., pag. 322 nella quale si afferma che in nessun modo può essere predicata l'irresponsabilità del coartato (il «concusso» nella terminologia della Corte) avendo egli subito una «mera *vis compulsiva*», per cui egli è responsabile a titolo di concorso. Ulteriore conforto si può ricavare da un *obiter dictum* della Cassazione che considera costringimento fisico solo la *vis assoluta* (Cass., primo luglio 2014).

<sup>79</sup> Cass., 24 novembre 1965, in *Foro it.*, 1966, I, pag. 699. Altre sentenze dello stesso tenore sono: Cass., 19 dicembre 1995; Cass., 15 maggio 2002; e la già citata Cass., 1 luglio 2014.

sopprimere totalmente la possibilità di normale determinazione dell'agente, sì da renderlo incapace di resistere alla imposizione altrui».

L'art. 46 ha una funzione non solo esimente della responsabilità penale, ma anche attributiva di responsabilità e ciò distingue il costringimento fisico dalla forza maggiore. Il secondo comma dell'articolo prevede, infatti, che «del fatto commesso dalla persona costretta risponde l'autore della violenza». È, d'altra parte, del tutto coerente con la *ratio* dell'istituto che il fatto di reato messo in atto dall'autore materiale oltre la propria volontà, ma riferibile alla volontà di un altro individuo, venga a quest'ultimo addebitato.

Occorre interrogarsi dunque sulla figura dell'autore. Nell'ipotesi più semplice da immaginare, ma forse non troppo frequente, il titolo di colpevolezza in base al quale egli dovrà rispondere è quello del dolo. Si può, tuttavia, ipotizzare che residui spazio anche per un costringimento fisico colposo; è il caso di chi scivolando cada pesantemente (questa sarebbe la violenza fisica) su un altro soggetto e questi, a sua volta, ferisca un terzo<sup>80</sup>. L'ipotesi è alquanto artificiosa ma non del tutto improbabile; ciò che è più problematico alla luce del dato testuale è il considerare un evento simile “violenza fisica”, dato che il significato dell'espressione violenza fisica preferibile è quello che implica la volontà di far male da parte di chi agisce violentemente e non può sostanziasi semplicemente nella presenza di una forza esorbitante<sup>81</sup>. D'altra parte si è sottolineato come la situazione tipica cui l'istituto intende porre rimedio è quella che si verifica quando la volontà di un soggetto venga sostituita dalla volontà altrui, e nella colpa per definizione non vi è volontà, o quanto meno non vi è volontà piena. Un caso come quello portato nell'esempio di Pecoraro-Albani potrebbe più agevolmente essere risolto ragionando in termini di causalità (e quindi di caso fortuito).

Differente è il caso<sup>82</sup> in cui il costringimento non sia affatto addebitabile al soggetto coartante in quanto si tratta di un comportamento penalmente irrilevante; in questo caso il soggetto coartato potrà invocare la forza maggiore dal momento che la forza che determina il compimento dell'azione è equiparabile ad una forza bruta di natura. Si pensi, per esempio, ad un soggetto coartante che espliciti violenza fisica sulle cose o sulle persone a causa dello stato di necessità o anch'egli per forza maggiore. Se, invece, il coartato pone in essere un delitto differente da quello a cui è diretta la volontà del coartante errando nell'esecuzione si applicherà la regola dell'*aberratio delicti*, mentre il coartato rimarrà immune da qualsiasi responsabilità penale. Diverso è il caso in cui il soggetto coartato voglia e riesca a realizzare un delitto differente rispetto a quello cui è finalizzato il costringimento: in tal caso non può farsi luogo all'applicazione dell'art. 46 perché si realizzerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva in capo al soggetto coartante. Il caso, dunque, troverà soluzione con l'elevazione di due capi di imputazione: l'uno per il delitto consumato in capo al coartato e l'altro *ex art. 611 c.p.* in capo al coartante («Violenza o minaccia per determinare altri alla commissione di un reato»).

## 6. Il panorama comparato

Giunti a questo punto dello studio ci si può interrogare sull'utilità dell'istituto della *suitas*.

Dall'analisi dell'ordinamento italiano si è desunto che questa disposizione, a parte

---

<sup>80</sup> A. PECORARO-ALBANI, *Costringimento fisico*, cit., pag. 246.

<sup>81</sup> Sulla controversa definizione di violenza F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, pp. 3-40 e 241-287; M. MANTOVANI, *Violenza privata*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pp. 930 e ss.; L. MEZZETTI, *Violenza privata e minaccia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, pp. 264 e ss e G. DE SIMONE, *Violenza* in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, pag. 908.

<sup>82</sup> Cfr. V.N. D'ASCOLA, *Costringimento fisico*, cit., pag. 5.

la funzione descrittiva del *minimum* di ciò che deve essere definito azione penalmente rilevante, ha il solo ruolo precettivo, ricavato dalla pratica e dalla dottrina, di escludere la responsabilità penale nelle ipotesi di atti automatici, istintivi, riflessi e incoscienti, che non potrebbero rientrare in nessuna delle due ipotesi tipizzate negli articoli 45 e 46 del codice.

Può essere utile adoperare lo strumento della comparazione per indagare le soluzioni date dagli ordinamenti stranieri al problema della coscienza e volontà dell'azione e interrogarsi, quindi, sulla necessità della esplicitazione di questi attributi della condotta penalmente rilevante. È di aiuto ricorrere in questa analisi alla consueta divisione fra ordinamenti di *civil law*, da cui si parte, e ordinamenti di *common law*.

### 6.1 Ordinamenti di matrice francese

Nel primo gruppo si può individuare una famiglia di origine francese costituita dai codici penali francese, belga, olandese. Questi ordinamenti non conoscono alcuna disposizione che contenga una definizione generale dei requisiti dell'azione, ma prevedono disposizioni relative alla forza maggiore e talvolta anche al costringimento fisico.

Il codice penale francese contiene l'art. 122-2 che dispone: «*N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister*»<sup>83</sup>.

La disposizione è, dunque, assimilabile all'articolo 45 e all'art. 46 del codice penale italiano giacché prevede l'irresponsabilità per le azioni commesse a seguito di una forza o di un costringimento a cui non si può resistere. La *force* (o *contrainte physique*) di cui all'art. 122-2 è ipotesi che secondo la dottrina francese finisce per corrispondere tanto alla forza maggiore che al costringimento fisico, mentre il *contrainte (morale)* corrisponde all'ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 54 del codice penale italiano. La *force* può essere tanto di origine interna quanto di origine esterna ma deve essere tale da annullare in tutto la volontà del soggetto e in questo consiste il requisito dell'irresistibilità richiesto dal codice francese. La *force* esterna può essere sia un fatto naturale, ciò che in Italia si considererebbe dai più forza maggiore, che un fatto umano, ciò che corrisponderebbe sia a talune ipotesi di forza maggiore che al costringimento fisico nell'ordinamento italiano.

La formulazione della disposizione sembra suggerire che al ricorrere della *force* e della *contrainte* un fatto tipico si sia verificato, ma che ad essere elisa sia la colpevolezza e con essa la responsabilità penale, dal momento che si fa menzione di un soggetto che ha agito, seppure sotto una forza cui non poteva resistere. In questo l'ordinamento francese si colloca vicino agli orientamenti di dottrina italiana più risalenti e ancora diffusi in giurisprudenza.

Simile alla soluzione data dall'ordinamento francese è quella presente nell'ordinamento penale belga<sup>84</sup>. L'art. 71 colloca fra le cause di giustificazione la forza irresistibile: «*Il n'y a d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister*».

Come in Francia anche nella dottrina belga si distingue la *contrainte* in morale e fisica. Quest'ultima, assimilabile alla forza maggiore dell'art. 45 c.p., corrisponde alla situazione in cui la *contrainte* annulla del tutto la volontà dell'agente, mentre la prima si avvicina piuttosto all'istituto dello stato di necessità, o meglio alla coazione morale.

<sup>83</sup> Cfr M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 194 e ss.

<sup>84</sup> Cfr M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 196 e ss.

L'irresistibilità va valutata in concreto, in riferimento alle caratteristiche del singolo, deve avere un effetto tale da annullare qualsiasi autonomia del soggetto e non deve dipendere dalla colpa dell'agente.

Anche il codice penale olandese<sup>85</sup>, risalente al 1886 e più volte rimaneggiato, contiene all'art. 40 una disposizione riguardante la forza maggiore: «*Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen*»<sup>86</sup>. L'etichetta della forza maggiore nell'ordinamento olandese viene usata per designare tanto le ipotesi di stato di necessità quanto quelle più vicine alla concezione italiana della forza maggiore. Nel primo gruppo si collocano, infatti, il conflitto di doveri o di interessi legittimi<sup>87</sup>, mentre la forza maggiore cosiddetta «psichica» consiste in una costrizione che annulla qualsiasi volontà nel soggetto agente il quale non può opporre alcuna resistenza ragionevole. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento francese e belga, la forza maggiore non può essere invocata da chi si è messo da solo nella condizione di subirla. La provenienza della coazione, infine, deve essere esterna; se fosse interna, si potrebbe piuttosto configurare un conflitto di doveri escludente la colpevolezza.

## 6.2 L'ordinamento tedesco

Tra gli ordinamenti di *civil law* è possibile individuare anche una famiglia di codici penali che non contengono alcuna disposizione in merito alla coscienza e alla volontà, e nemmeno in riferimento alla forza maggiore e al costringimento fisico.

Il prototipo di questa soluzione che rinuncia ad una definizione codicistica è sicuramente l'ordinamento tedesco<sup>88</sup>. Nello *Strafgesetzbuch*, infatti, non si rinvencono disposizioni che riguardano la materia della componente psicologica dell'azione.

Bisogna rivolgersi alla dottrina e alla giurisprudenza le quali traggono dal concetto di azione quanto necessario per limitare la rilevanza penale a quelle ipotesi che possano riflettere sufficientemente la personalità dell'agente.

La nozione di azione assolve nel sistema penale tedesco diverse funzioni<sup>89</sup>.

La prima è quella di fornire un concetto comune superiore per ogni tipologia di illecito, tanto commissivo quanto commissivo, sia doloso che colposo; a tal proposito Maihofer qualifica l'azione come *Grundelement* del reato mentre Jescheck ne sottolinea la *Klassifikationsfunktion*. Altro compito assegnato al concetto di azione è quello di fungere da riferimento per ogni categoria successiva con cui si costruisce il reato; per questo motivo esso è indicato come *Verbindungselement*, o, secondo altra nomenclatura, svolge una *Definitionsfunktion*. In ultimo, e questo interessa maggiormente la nostra indagine, il

---

<sup>85</sup> Cfr. *Il codice penale olandese*, a cura di S. VINCIGUERRA, traduzione di A. RICCI D'ASCOLI con la consulenza di M. GUNNING, Padova, 2002, pp. 34 e ss.

<sup>86</sup> «Non è punibile chi commette il fatto a cui è stato costretto per forza maggiore»: cfr. *Il codice penale olandese*, cit., pag. 129.

<sup>87</sup> C. KELK, *Introduzione al codice penale olandese* ne *Il codice penale olandese*, cit., pag. 35 e s.

<sup>88</sup> Altri esempi sono il codice spagnolo e quello portoghese (cfr. M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pp. 203 e ss.; *Il codice penale spagnolo*, traduzione di G. NARONTE, Padova, 1997 e *Il codice penale portoghese*, traduzione di G. TORRE, Padova, 1997). In particolare, nel sistema spagnolo la riflessione si incentra sugli elementi della coscienza e della libertà dell'azione, e raggiunge risultati in gran parte sovrapponibili a quelli ottenuti dagli altri ordinamenti continentali. Sono state così elaborate le figure della *fuerza irresistible*, dell'*estados de incoscienza* e dei *movimientos reflejos* che fungono da esimenti della responsabilità penale. Nel caso in cui i suddetti stati siano determinati dal colpa pregressa dell'agente si fa applicazione dei principi in materia di *actio libera in causa* (cfr. A. MENGHINI, *Actio libera in causa*, cit., pp. 205 e ss.).

<sup>89</sup> Cfr. H.-H. JESCHECK – T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 1996, pp. 218 e ss.

concetto di azione deve svolgere il compito di selezionare fra tutti i comportamenti potenzialmente rilevanti quei soli che siano espressivi della personalità del loro autore. Roxin<sup>90</sup> individua in questo ruolo l'essenza di *Grenzelement* del concetto di azione, mentre Jescheck scrive della *Abgrenzungsfunktion* del concetto di azione. A detta di Roxin in questo modo il concetto di azione esclude dalla rilevanza penale gli eventi causati dagli animali, gli atti delle persone giuridiche, i nudi pensieri e i propositi, ma anche – questa l'ipotesi che interessa il comparatista italiano – gli atti che producono effetti nel mondo esterno che non soggiacciono al controllo e alla guida degli apparati psichici. A questo riguardo l'autore fa l'esempio di convulsioni e deliri mentre Jescheck, per chiarire questa funzione, fa l'esempio di chi nel sonno si agiti tanto da rompere un vaso di grande valore.

Queste funzioni generalmente attribuite al concetto di azione vengono privilegiate da coloro che nella dottrina tedesca propendono per il concetto sociale di azione e da coloro che propongono un concetto personale di azione. La concezione personale dell'azione, in particolare, tende a sottolineare la necessità che l'azione esprima la personalità dell'autore. Per questo motivo non può ritenersi che siano azione, oltre che i pensieri, le azioni delle bestie e quelle delle persone giuridiche, anche le condotte in cui l'autore agisce come una massa meccanica senza che sulla condotta si dispieghi un controllo qualsiasi dello spirito e della psiche.

Roxin<sup>91</sup> elenca le situazioni in cui può darsi una mancanza simile di controllo da parte della personalità: narcosi, deliri particolarmente forti, stati di profonda incoscienza, i movimenti degli epilettici, i conati del vomito e perfino i movimenti incerti di un ubriaco su un declivio, ipotesi quest'ultima del tutto irrilevante per l'ordinamento italiano (art. 92 c.p.) laddove con questi movimenti l'ubriaco commetta un reato. Altri casi di non-azione sono quelli della *vis absoluta* (*unwiderstehliche Gewalt*), mentre la *vis compulsiva* è un'azione penalmente rilevante nella quale, però, manca l'elemento soggettivo ed è pertanto non punibile ma per difetto di colpevolezza *ex* § 35 StGB (stato di necessità scusante). L'Autore ritiene sussistente invece l'azione quando si tratti di un atto automatico come quello di chi sorpreso alla guida dalla puntura di un insetto fastidioso lasci il controllo dello sterzo; l'azione, al contrario, sarebbe da escludere per i casi di movimenti riflessi i quali, però, devono ritenersi non ricorrenti nei casi in cui siano determinati da stati passionali controllabili. Roxin è anche propenso a ritenere sussistente l'azione nel caso di ubriachezza che non elida del tutto la volontà. Egli elabora il concetto di finalità incosciente (*unbewusste Finalität*) per i casi in cui non sia dato rintracciare una coscienza piena ma sia comunque possibile individuare una personalità che si esprime, seppure alterata. Non si può fare a meno, però, di ripetere per questa idea le stesse critiche che sono state avanzate alla concezione personalistica dell'azione: indefinitezza e mancanza di un appiglio oggettivo concreto.

Una classificazione più semplice è operata da Krey<sup>92</sup> il quale individua nettamente come fattori escludenti un'azione la *vis absoluta*, i movimenti corporei in stato di mancanza di coscienza e nel sonno e i movimenti dovuti a riflessi. A questi si aggiunge l'ipotesi dell'azione delle persone giuridiche.

Anche la giurisprudenza tedesca accoglie questa visione senza discostarsene molto. Così sussiste un'azione penalmente rilevante nel caso in cui un automobilista perda il controllo della vettura e cagioni un incidente a causa di un gesto dovuto alla

<sup>90</sup> Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München, 2006, pp. 178 e ss.

<sup>91</sup> Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 204 e s.

<sup>92</sup> Cfr. V. KREY – R. ESSER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 119 e s.

puntura di un insetto agli occhi. Si ritiene, infatti, che la condotta non sia affatto automatica essendo, invece, controllabile con uno sforzo. Le ragioni di questa severità di trattamento sono individuate da Roxin nella presenza di una personalità biasimevole perché imprudente nel non prevedere i possibili esiti della condotta.

Non c'è azione, invece, in un atto automatizzato come quello dell'autista che scorgendo in vicinanza un grosso animale freni bruscamente impattando contro un *guardrail* e provocando la morte del passeggero.

Al contrario, c'è ancora azione nel caso del sarto che, provando un abito ad una cliente, in preda al trasporto di passione, la baci violentemente provocandole lesioni al seno; qui, infatti, l'impeto che conduce alla condotta lesiva non può essere qualificato come incosciente<sup>93</sup>.

### 6.3 Ordinamenti di common law

La ricerca nell'ambito degli ordinamenti di origine anglosassone si deve concentrare sull'indagine delle cosiddette *defences* (in ambito nordamericano *defense(s)*), cioè nelle eccezioni che l'imputato può sollevare per far valere le ragioni della sua innocenza e che tendono a dimostrare l'insussistenza dell'*actus reus* o della *mens rea* del reato, i due elementi che, secondo la tradizione di *common law*, costituiscono il reato.

Tra le *defences* di diritto inglese<sup>94</sup> vi è quella denominata *automatism*; essa esclude la sussistenza dello stesso *actus reus*. Per il diritto inglese è automatica la condotta incosciente e che in alcun modo non avrebbe potuto essere evitata con uno sforzo di volontà. La giurisprudenza comprende in questo insieme azioni riflesse, sonnambulismo, incoscienza incompleta, epilessia e coma ipoglicemico, ma non si limita a questi casi poiché la categoria è ritenuta essenzialmente aperta. Al ricorrere di questi presupposti, peraltro scarsamente definiti, si procede al proscioglimento dell'imputato a meno che l'*automatism* non sia dovuto a malattia del soggetto; in questo caso può procedersi come nelle ipotesi di infermità mentale. Riguardo all'epilessia si osserva che la rilevanza penale o meno dell'azione commessa durante una crisi dipende dalla prevedibilità di quest'ultima.

Nell'elenco delle *defences* di diritto inglese è dato trovare la *defence* della *necessity* e quella della *duress* (o *compulsion*). Nonostante il *nomen iuris* possa far pensare che si tratti di cause di non punibilità assimilabili alla forza maggiore e al costringimento fisico, bisogna osservare, invece, che si tratta di fattispecie piuttosto paragonabili allo stato di necessità, tanto scriminante (*necessity*), quanto scusante (*duress*)<sup>95</sup>.

Anche nel diritto americano la volontarietà e la coscienza dell'atto sono ritenute elementi della condotta (*actus reus*). Senza ancora riferirsi all'evento che integra la fattispecie di reato, si richiede che la condotta sia riferibile al soggetto. A questo riguardo Cherif Bassiouni ha affermato: «la volontarietà o volizione è la consapevolezza che ha la mente dell'azione del corpo»<sup>96</sup>. Per questo motivo non sono penalmente

---

<sup>93</sup> I tre casi sono stati giudicati nelle seguenti sentenze: *Oberlandesgericht* (d'ora in poi OLG) Hamm NJW 1975, 657; OLG Frankfurt VRS 28 [1965], 364; OLG Hamburg JR 1950, 408 in C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 204; quest'ultima sentenza anche in G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pag. 77.

<sup>94</sup> Cfr. S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, pp. 136 e ss. e.

<sup>95</sup> Cfr. G. FORNASARI, *Il reato*, in G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, cit., pag. 61 e F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, 2000, pp.102-105.

<sup>96</sup> Cfr. M. CHERIF BASSOUNI, *Diritto penale degli Stati uniti d'America*, tradotto da L. DE CATALDO

rilevanti i comportamenti tenuti sotto l'influenza di ipnosi o sonno e i comportamenti riflessi nei quali non è ravvisabile alcuna volontarietà; la discussione è invece aperta per quanto concerne gli atti automatici.

Analogamente a quanto appena visto nell'ordinamento inglese, nel diritto penale statunitense esistono *defenses* che per la loro denominazione sembrerebbero accostabili alle cause di non punibilità previste negli articoli 45 e 46 del codice penale italiano. Anche in questo ordinamento bisogna considerare la *defense* di *necessity* e quella di *duress* (detta anche *coercion* o *coercition*). Si distingue a questo scopo fra stato di necessità e costringimento fisico in base alla provenienza del male: se esso proviene dalla natura, si tratterà di *necessity*; se, invece, il costringimento è operato da una persona si avrà *duress*.

A differenza dei sistemi "continentali", generalmente non vi è spazio nella *common law* per il costringimento fisico totalmente esimente: si ritiene, infatti, che alla minaccia si abbia sempre il dovere di resistere; solo la necessità, provenendo dalla natura, non può sempre essere resistita<sup>97</sup>.

Come nel diritto inglese, riguardo alla *defense* di *duress* anche nell'ordinamento americano, sebbene si usi una dizione traducibile in italiano con "costringimento fisico", si deve ritenere che l'istituto corrisponda allo stato di necessità scusante<sup>98</sup>, anche nella figura del soccorso di necessità previsto nel codice italiano. La *defense* di *necessity*, invece, corrisponde allo stato di necessità così come definito nel primo comma dell'art. 54 del codice italiano.

Paragonando i due ordinamenti si nota come gli atti riflessi, istintivi e incoscienti vengono sicuramente esclusi dalla rilevanza penale o per via della predisposizione di una *defense* specifica (come quella di *automatism* nel diritto penale inglese) o perché si ritiene pacificamente che la loro ricorrenza escluda la presenza di un *actus reus*, se risultano incolpevolmente incoscienti, siano essi patologici o fisiologici (Stati Uniti).

Dalle caratteristiche di questi istituti si può rilevare come la dottrina e la giurisprudenza di cultura anglosassone tendenzialmente escludano la possibilità che la volontà del soggetto possa essere elisa completamente da un fattore esterno. In questi ordinamenti si è inclini a ritenere comunque responsabile l'autore della condotta e a caricare quindi i consociati di un dovere di resistenza più forte di quello richiesto dagli ordinamenti continentali.

Occorre notare infine che le *defences* richiamate sono costruite intorno ad uno schema che prevede un bilanciamento di interessi che le accosta, nonostante qualsiasi denominazione, alla sostanza delle cause di giustificazione previste dalla dottrina continentale.

Tra gli ordinamenti di origine anglosassone ve ne sono taluni che risentono di importanti influenze di *civil law*. Tra questi possono essere osservati quello canadese<sup>99</sup> e

---

NEUBURGER, Milano, 1985, pp. 202 e ss.

<sup>97</sup> Come si nota *ictu oculi* la *duress* ha, dunque, un ambito molto limitato di azione che si restringe ancora di più quando si consideri che in molti Stati della Federazione è esclusa qualsiasi possibilità di invocare la *defense* in questione se il delitto commesso ha avuto come esito la morte di una persona. I caratteri della minaccia sono valutati – e questo è un ulteriore elemento che restringe il campo di azione della *defense* in questione – in riferimento all'agente medio, da un punto di vista oggettivo, ragion per cui non si ha riguardo alle caratteristiche dell'individuo. In Texas, per esempio, la minaccia «deve essere tale da rendere una persona di normale fermezza incapace di resistere alla pressione» (cfr. Vernon Tex. Code Ann. (Penal) Section 8.05, 1973 in M.C. BASSIOUNI, *Il diritto penale degli Stati Uniti d'America*, cit., pag. 270)

<sup>98</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri*, cit., pp. 111 e ss., dove si specifica che la *defense* di *duress* non richiede l'accertamento di una coazione assoluta e, pertanto, non può essere confusa con il costringimento fisico.

<sup>99</sup> Cfr. G. M. VAGLIASINDI, *Introduzione allo studio del diritto penale canadese. I principi*, Padova, 2012.

scozzese<sup>100</sup>.

Nell'ordinamento canadese affinché sussista un *actus reus* si richiede che la condotta dell'autore sia volontaria. In maniera molto simile a quanto avviene in Italia concordemente a quanti collocano la *suitas* a livello della tipicità, si ammette dunque che la stessa tipicità abbia un elemento psicologico ineliminabile. Chi agisce involontariamente, similmente a quanto avviene nell'ordinamento inglese e in quello statunitense, agli effetti penali in realtà non ha agito affatto. A riguardo rileva una pronuncia della Corte suprema canadese che ha affermato: «non può esserci *actus reus* a meno che esso non costituisca il risultato di una mente che vuole, libera di compiere una chiara scelta o decisione<sup>101</sup>». A questo requisito della condotta corrisponde la *defense* di *automatism* che conduce all'assoluzione dell'autore; se tale condizione, tuttavia, è dovuta a stati patologici mentali la condotta potrà avere conseguenze analoghe a quelle dei reati commessi in stato di infermità mentale. In giurisprudenza e in dottrina, tuttavia, si è sostenuto che anche la *defense* di (*extreme*) *intoxication* possa condurre talvolta a stati di incoscienza non addebitabili alla colpa dell'autore e dunque all'assenza di un *actus reus*.

In maniera analoga ai sistemi schiettamente di *common law* sono previste anche dall'ordinamento canadese le *defenses* di *necessity* e di *duress* (detta pure in questo ordinamento anche *coercion*). Similmente a quanto asserito per l'ordinamento inglese e per quello nordamericano la prima corrisponde allo stato di necessità causato da un agente naturale, mentre la seconda alla minaccia di un terzo che determina l'agente alla commissione del reato. I caratteri della minaccia devono essere l'inevitabilità e la serietà del male minacciato. La *duress* canadese appare caratterizzata in senso meno restrittivo, rendendola più prossima anche al concetto di costringimento fisico, generalmente in viso ai sistemi di *common law*.

Come avviene negli ordinamenti di *common law* già citati e in quello canadese, requisito della condotta penalmente rilevante nell'ordinamento scozzese è la volontarietà dell'atto che è paragonabile in tutto alla *suitas*. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento italiano si pone il problema di qualificare la volontarietà nei delitti colposi; mentre la caratterizzazione in senso naturalistico è pacifica e spontanea per i delitti dolosi, il problema della volontarietà dei delitti colposi è risolto facendo appello al criterio della controllabilità. Per questo motivo gli atti riflessi ed istintivi non sono considerati imputabili all'autore ad eccezione, appunto, degli atti controllabili e a riguardo si porta come esempio il caso del disturbo alla guida dovuto alla puntura di un insetto che, anche in Italia, talvolta è stato ritenuto dalla Corte di cassazione non escludente la responsabilità penale.

Risultano così privi della necessaria volontarietà tanto gli atti incoscienti, quanto gli atti involontari per altre cause come gli atti riflessi, gli atti dovuti ad ipnosi e gli atti commessi in stato di coazione fisica (*physical compulsion*). Come nel diritto inglese e in quello canadese in queste situazioni può essere dedotta in giudizio la *defence* di *automatism* della condotta. Nel diritto scozzese questa *defence* è stata ampiamente invocata in giurisprudenza. In genere è ritenuta accoglibile la *defence* con cui si intende far valere la commissione del fatto per cause interne patologiche come il sonnambulismo<sup>102</sup> e per

---

<sup>100</sup> Cfr. A. CADOPPI – A. McCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale*, Padova, 1995.

<sup>101</sup> Cfr. R. V. KING (1962), in G.M. VAGLIASINDI, *Introduzione allo studio del diritto penale canadese*, cit., pp. 138 e ss e 191.

<sup>102</sup> Il riferimento è al caso Simon Fraser (1878): cfr. A. CADOPPI – A. MCCALL SMITH, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, cit., pag. 176.

cause esterne non dovute al soggetto come intossicazioni involontarie<sup>103</sup>.

#### 6.4 Un quadro riassuntivo

Dalla panoramica delineata si ricavano alcune conclusioni che possono essere d'aiuto nella comprensione della disciplina italiana e nella formulazione di eventuali proposte di modifica del codice italiano.

Il primo risultato, già accennato, è la constatazione che nessun Paese fra quelli considerati contiene una disposizione come l'art. 42, co. 1, del codice penale italiano. Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto in dottrina<sup>104</sup>, gli ordinamenti di *common law* si rendono utili all'analisi del problema e insospettabilmente sembrano confermare l'impianto del codice Rocco. Anche essi, infatti, condividono l'idea che la condotta sia caratterizzata da elementi psicologici e che la mancanza della volontarietà determini il venir meno della tipicità. Manca, però, in questi ordinamenti qualsiasi riferimento alla coscienza che, evidentemente, è ritenuta assorbita nell'elemento della volontarietà. Ad ogni modo viene universalmente esclusa la rilevanza penale degli atti incoscienti e almeno di quelli istintivi. Gli atti automatici, invece, presentano profili problematici che vengono generalmente risolti con il meccanismo dell'imputazione riferita all'ultimo momento in cui è presente una condotta colpevole, sullo schema dell'*actio libera in causa*.

Altra disposizione mancante nei codici è quella relativa al caso fortuito. Questo risultato sembra deporre a favore della tesi sostenuta anche in Italia della ridondanza della sua previsione all'interno dell'art. 45 c.p.

Riguardo, invece, alla forza maggiore e al costringimento fisico, mentre gli ordinamenti di *common law* adottano la soluzione severa di escludere qualsiasi rilevanza di eventuali fattori escludenti la volontà e ritengono che il minacciato debba sopportare il peso di minacce e costrizioni, eccettuando il solo caso della minaccia attuale e inevitabile alla vita e all'integrità fisica, gli ordinamenti continentali, tanto quelli con disposizioni positive, tanto quelli che risolvono implicitamente la questione nel concetto di azione, tendono ad ammettere questa figura.

La soluzione attuata in area di *common law* solleva dunque il dubbio sulla necessità di una previsione formulata sulla falsariga degli articoli 45 e 46 c.p. Questa chiusura sul punto adottata dagli ordinamenti anglosassoni tradisce tutta la normatività dell'idea prettamente continentale di escludere la rilevanza penale degli atti compiuti in presenza di una coazione naturale o umana. L'irrilevanza penale di ciò che è stato commesso in presenza di forza maggiore e di costringimento fisico è, alla fine, una scelta di politica

---

<sup>103</sup> Caso H. M. Adv. V. Ritchie (1926), *ivi*, pag. 177. L'unico precedente contrario è stato il caso Cunningham (1963) in cui si affermò la possibilità di invocare l'*automatism* solo in situazioni in cui fosse invocabile anche la *defence* di *insanity* e dunque collegando, usando le categorie famigliari all'interprete italiano, necessariamente la volontarietà all'imputabilità. Questo indirizzo giurisprudenziale è stato abbandonato successivamente in direzione dell'ammissibilità "a maglie abbastanza larghe" dell'eccezione della natura automatica degli atti commessi. La sentenza della *High Court Ross (Robert) v. H. M. Adv.* (1991) ha poi risolto il problema della volontarietà sul piano della *mens rea* e non più sul piano dell'*actus reus*. Anche in ambito scozzese, dunque, si è riproposta la difficoltà di inquadramento della volontarietà. Con questa sentenza si è stabilito che si possa invocare la *defence* di *automatism* solo nei casi in cui il fattore necessitante sia esterno all'agente, mentre i fattori interni debbono sempre essere riconducibili ad un quadro patologico che possa essere fatto valere con le *defences* relative alla *illness* dell'autore. Si esclude, inoltre, che si possa invocare l'automaticità dell'atto nel caso in cui l'autore abbia concorso a causare la forza cogente.

<sup>104</sup> Afferma M.L. FERRANTE, *La "suits" nel sistema penale italiano*, cit., pag. 193 che il confronto con gli ordinamenti di *common law* «fornirebbe risultati di minor valore ai fini della ricerca».

del diritto che esprime, una volta di più, la natura culturale del diritto penale<sup>105</sup>.

La comparazione permette di trarre conferme anche circa la difficoltà di inquadramento sistematico di cui si è dato ampiamente conto riguardo al diritto italiano. Negli ordinamenti stranieri, infatti, sono ripercorse tutte le possibili soluzioni circa la collocazione della forza maggiore e del costringimento fisico, ove previsto.

Le soluzioni sono varie. Sembrano inclinare per l'inquadramento in sede di colpevolezza l'ordinamento francese e quello olandese, mentre per l'ordinamento belga la forza maggiore costituisce, invece, una scriminante. I sistemi anglosassoni dal canto loro non sono assimilabili a nessuna di queste soluzioni per via della particolare costruzione del reato operata in *common law*; per altro verso, come si è detto, la *necessity* e la *coercition* non costituiscono l'analogo degli articoli 45 e 46 del codice italiano, benché siano importanti nel segnare gli unici limiti di rilevanza di situazione di coazione. Inclmano, invece, a favore della soluzione sul piano della tipicità quegli ordinamenti che non contengono alcuna disposizione in merito alla forza maggiore o all'azione in generale; in questi ordinamenti, infatti, è proprio dal concetto di azione che si deriva, come corollario, la conseguenza dell'irrelevanza penale di quanto commesso per forza maggiore. Si è già sottolineato come questa soluzione trovi una conferma insperata anche nei sistemi di *common law* prima ricordati.

Un ultimo rilievo può essere fatto riguardo alla formulazione della clausola di irrilevanza penale della forza maggiore. Essa talvolta si accompagna alla menzione della coercizione, come nel codice italiano, in quello francese e in quello belga, talvolta, invece, è utilizzata la sola formula della forza irresistibile.

L'esperimento di comparazione condotto consente di concludere nel senso di una presenza necessaria nella maggior parte degli ordinamenti di *civil law* di un elemento quale la forza maggiore, mentre la particolare concezione degli ordinamenti di *common law* depone a sfavore della necessità di questa previsione. È invece pressoché ovunque sentita l'esigenza di escludere dalla rilevanza penale gli atti incoscienti, gli atti automatici e quelli riflessi.

Da questo risultato, però, sarebbe indebito trarre, come si fa da parte di taluna dottrina<sup>106</sup>, la conferma della necessità della categoria della *suitas* o di qualsiasi suo equivalente estero. Vi è infatti una differenza non trascurabile e cioè che nel nostro ordinamento coscienza e volontà sono requisiti che debbono sostenere qualsiasi azione secondo quanto è il codice a stabilire, mentre nella quasi totalità degli ordinamenti stranieri non si fa alcuna questione sulla coscienza e la volontà della condotta come categoria autonoma all'interno del reato, giacché ci si interroga direttamente su quali siano le ipotesi che escludono la presenza di un'azione penalmente rilevante.

---

<sup>105</sup> Di questa caratteristica tipica del diritto anglosassone dà atto anche A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*, cit., pag. 289 a proposito della *defence di necessity*. L'Autore sottolinea come «il classico caso dei due naufraghi sulla zattera, uno dei quali con uno spintone getta l'altro tra i giganteschi flutti o in pasto agli squali, non viene assolutamente pensato come anche solo potenzialmente inquadrabile nell'ambito della *necessity*; cosa che invece avviene, come è noto, nel nostro dolce, mediterraneo sistema penale, pronto a perdonare i vili anche quando uccidono i propri simili in base a pur drammatici calcoli egoistici».

<sup>106</sup> Cfr. M. L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale italiano*, cit., pag. 209, dove si afferma che la «mancanza di *suitas* è quindi ritenuta *tranchant* in ordine alla sussistenza del reato, a riprova della centralità del tema» e non si considera che, in realtà, non tutti gli ordinamenti collocano gli atti incoscienti in sede di tipicità e che talvolta l'incoscienza rileva in sede di colpevolezza. Non ci sono, poi, elementi per affermare che sia preferibile la soluzione italiana dell'esplicitazione dei requisiti psicologici della condotta come avviene nell'art. 42, co. 1, c.p., laddove la soluzione comune agli altri ordinamenti è invece quella esattamente opposta, senza che ciò infici il funzionamento dei vari ordinamenti penali.

In breve, dalla comparazione si può solo dedurre che negli ordinamenti analizzati si ha riguardo per gli atti automatici, riflessi e per quelli incoscienti incolpevoli, ma non si può dire che l'esperienza straniera confermi la necessità della presenza di una categoria quale la *suitas*, che in tanto sopravvive nella letteratura italiana in quanto vi è l'art. 42, co. 1, c.p. che fa obbligo di ricercare coscienza e volontà in ogni azione che si pretenda essere reato.

## 7. De iure condendo

Lo studio sistematico delle disposizioni codicistiche relative all'azione penalmente rilevante ha fatto emergere difficoltà concettuali ed ermeneutiche che hanno trovato indiretta conferma nella sistemazione data dagli ordinamenti stranieri alla medesima materia. Prima fra tutte, la stessa idea della necessità di una disposizione definitoria dei requisiti minimi dell'azione ha iniziato a vacillare.

Di queste e delle altre difficoltà derivanti dall'interpretazione degli articoli 42, 45 e 46 c.p. sono stati consapevoli i redattori di alcune delle commissioni di riforma del codice penale. Nella maggior parte delle proposte di riforma, tuttavia, non si è mai dubitato del mantenimento di disposizioni simili per contenuto e formulazione all'art. 42, co. 1, e agli articoli 45 e 46 del codice penale.

Tra tutti i progetti di modifica del codice solo il Progetto Grosso<sup>107</sup> non fa menzione in alcuna disposizione della coscienza e della volontà e nemmeno delle sue cause escludenti. Negli altri progetti di riforma del codice penale, invece, si è scelto di esplicitare i principi relativi all'irrilevanza penale delle condotte non caratterizzate da *suitas*<sup>108</sup>.

La proposta del progetto Grosso consiste nell'adozione della soluzione praticata in area tedesca: il legislatore rinuncia alla definizione normativa del problema e lascia che la giurisprudenza tragga dal concetto di azione, non esplicitato ma immanente nel sistema, l'irrilevanza penale delle ben note fattispecie escludenti la *suitas*. È una soluzione da apprezzare: essa dalla mancata definizione trae tutti i benefici di non dover confrontarsi con la declinazione dei concetti di coscienza e volontà nelle ipotesi colpose e omissive improprie. Come detto, su questo assetto sono impostati, oltre che l'ordinamento tedesco, anche quelli di *common law*, i quali ricorrono alla *defences* di

---

<sup>107</sup> Cfr. il testo della relazione della Commissione consegnata al ministro il 15 luglio 1999 in *Per un nuovo codice penale II. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di C.F. GROSSO, Padova, 2000 e anche la *Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con d.m. 1 ottobre 1998. Relazione al progetto nel testo del 12 settembre 2000*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 636 e ss. Si fa riferimento all'articolato del 26 maggio 2001.

<sup>108</sup> Il Progetto Pagliaro (la Commissione fu istituita nel 1988), rinunciando alla esplicitazione della necessità di coscienza e volontà, prevedeva tuttavia la esplicita menzione dell'esenzione dalla responsabilità penale per i fatti commessi per forza maggiore, per costringimento fisico, per caso fortuito o per stato di incoscienza determinato da queste cause. La Commissione Pisapia (istituita nel 2006), invece, sul punto rimaneva nel solco segnato dal codice Rocco non innovando in alcun punto la materia: nell'art. 13 del progetto venivano riproposti letteralmente gli articoli 42, co. 1, 45 e 46 del codice penale. Nel Progetto Nordio (la Commissione fu istituita nel 2001), infine, similmente alla soluzione che verrà poi adottata anche dalla Commissione Pisapia, si prevedeva all'art. 17 l'esplicitazione della necessità della coscienza e della volontà dell'azione e insieme ad essa la non punibilità per le situazioni di costringimento fisico e di forza maggiore; per ovviare alle difficoltà definitorie della coscienza e della volontà nelle condotte colpose la Commissione proponeva la definizione normativa di coscienza e volontà: «La condotta si considera cosciente e volontaria quando l'agente aveva il controllo sufficiente per determinarsi a tenere una condotta diversa».

*automatism* già ricordata.

Non sono, invece, innovative le soluzioni delle Commissioni Nordio e Pisapia che si limitano a ripetere le formulazioni del codice Rocco. Non appare d'altra parte convincente quel correttivo introdotto nel numero 2 dell'art. 17 dell'Articolato Nordio: si tratta, infatti, di un tentativo di definizione normativa della coscienza e della volontà che, sebbene letteralmente utilizzi il concetto di «controllo sufficiente», consiste ancora una volta nella dominabilità; si è visto, tuttavia, come queste definizioni non siano che semplificazioni evocative, ma dallo scarso rilievo euristico.

Se non si vuole accedere alla soluzione prospettata dal Progetto Grosso appare abbastanza convincente quella formulata dalla Commissione Pagliaro la quale manca di una menzione positiva della coscienza e della volontà ma contiene l'espressa previsione del caso fortuito, della forza maggiore e del costringimento fisico. Adottando questa soluzione si eviterebbe, come nella soluzione del Progetto Grosso, di dover fare i conti con l'espressa menzione della coscienza e della volontà, per quanto rimarrebbero in piedi, invece, le problematiche relative al caso fortuito, istituto di cui si è sottolineata la sovrapponibilità con altre categorie di parte generale. Come nel Progetto Grosso, si dovrebbero ritenere implicite nel sistema le cause escludenti la *suitas* non riconducibili alla forza maggiore e al costringimento fisico (anche se a questo punto non si comprenderebbe perché queste ultime due cause “tipiche” continuerebbero, invece, ad essere espressamente previste).

La ricerca delle possibili soluzioni porta, dunque, ad inclinare verso l'abolizione di una disposizione espressa in merito alla coscienza e volontà. La posizione sostenuta è, forse, troppo stridente con la tradizione italiana, ma a dire il vero sotto la vigenza del codice Zanardelli non esisteva alcuna disposizione di questo tenore. Questa soluzione peraltro eviterebbe definizioni che si rivelano sempre *periculosae in iure*, specie quando rappresentano il tentativo di rincorrere ambiti della realtà e della vita che sfuggono ancora alla penetrazione della scienza.

La mancata menzione della coscienza e della volontà non priverebbe di garanzie un ordinamento futuribile. La disposizione studiata in questo lavoro, infatti, non è altro che la menzione di un principio generale, connaturato ad ogni ordinamento penale occidentale, quello cioè della irresponsabilità del singolo per i fatti che non possono essere considerati espressione della sua personalità. È questa uno dei fondamenti elementari del diritto penale moderno: legare, cioè, il rimprovero penale ad un fatto certamente accaduto e che sia espressione o di una volontà contraria all'ordinamento o di un atteggiamento contrario alle norme di prudenza. L'art. 42, co. 1, c.p. esprime la scelta, del tutto conforme alla Costituzione repubblicana, di punire perché c'è una volontà non conforme all'ordinamento o una colpa rimproverabili, in vista di una rieducazione che miri al miglioramento del singolo. Per questo motivo non si può elevare un addebito penale per gli atteggiamenti o per gli atti che meccanicamente discendono dal soggetto, ma che non procedono dalla sua personalità.

Questo principio indiscutibile, tuttavia, ha trovato nell'ordinamento italiano una formulazione problematica ed è questa difficoltà, forse derivante dall'uso nel testo di legge di termini troppo astratti, che porta a concludere *de iure condendo* in favore dell'abbandono di una sua espressione esplicita. La sofferenza che ne deriverebbe sul piano del principio di riserva di legge e di tassatività sarebbe comunque inferiore a quella che si registra, nella vigenza delle disposizioni codicistiche attuali, quando si deve dare contenuto alla coscienza e alla volontà nelle ipotesi colpose e in quelle omissive. Come si è visto in questi casi è necessario approdare ad una costruzione normativa del concetto – in termini di dominabilità o di signoria sul fatto – legittima e possibile, ma

alternativa ai *verba legis* che espressamente richiedono altro: coscienza e volontà.

# Cultura giuridica e diritto vivente

---

## Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Lanfranco Ferroni

Co-direttori: Giuseppe Giliberti, Luigi Mari, Lucio Monaco.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

## Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Andrea Azzaro, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Maria Grazia Coppetta, Francesco Paolo Casavola, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Realino Marra, Guido Maggioni, Paolo Morozzo Della Rocca, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Eduardo Rozo Acuña, Elisabetta Righini, Thomas Tassani, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

## Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

[redazioneculturagiuridica@uniurb.it](mailto:redazioneculturagiuridica@uniurb.it)

## Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Enrico Moroni, Massimo Rubechi.

## Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Alberto Clini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Alberto Fabbri, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliara Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

---

*Cultura giuridica e diritto vivente* è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

---