



Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza
A.a. 2022-2023

**Il principio di inesigibilità e i suoi risvolti in ambito
penal-tributario in tema di omesso versamento di ritenute
certificate e IVA**

Relatore: Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Studente: Michela Massignani

*Ai miei genitori,
che mi hanno cresciuta curiosa e integra.*

INDICE

INTRODUZIONE.....	9
-------------------	---

I. LA TEORIA DELL'INESIGIBILITÀ: ORIGINE E SVILUPPI

1. Premessa.....	15
2. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, ratio e critiche.....	16
2.1. L'influenza della concezione normativa della colpevolezza sulle indagini intorno alla inesigibilità.....	19
2.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell'inesigibilità.....	23
3. Inserimento del principio di inesigibilità nella struttura del reato.....	27
3.1. a) Nell'ambito della tipicità: l'impossibilità materiale di agire altrimenti come applicazione della teoria dell'inesigibilità.....	28
3.2. b) Nell'ambito dell'antigiuridicità.....	29
3.3. c) Nell'ambito della colpevolezza.....	33
3.3.1. Il rapporto tra l'inesigibilità e le scusanti: lo stato di necessità scusante e le scusanti di parte speciale del codice Rocco (artt. 384 co. 1, 307 co. 3 e 418 co. 3 c.p.).....	37
4. Spunti di una ripresa di interesse nella dottrina italiana per il concetto di inesigibilità.....	47

II. L'INESIGIBILITÀ: ALTRE APPLICAZIONI

1. Premessa.....	49
2. L'inesigibilità e i reati contro l'amministrazione della giustizia. L'art. 384 c.p.....	50
3. L'inesigibilità e i reati in materia di immigrazione clandestina: artt. 14 e 12 T.U. sull'immigrazione.....	56
3.1. Art. 14, comma 5 ter del Testo Unico sull'Immigrazione.....	56

3.2. <i>Art. 12 del Testo Unico sull'Immigrazione</i>	60
4. <i>L'inesigibilità e la crisi familiare. L'art. 570 c.p.</i>	63
5. <i>L'inesigibilità e l'obbligo vaccinale</i>	66
5.1. <i>Art. 3 del d.l. 44/2021</i>	66
5.2. <i>Sentenza n. 474/2023</i>	68

III. L'INESIGIBILITÀ NEI DELITTI DI OMESSO VERSAMENTO DI RITENUTE CERTIFICATE E IVA

1. <i>Premessa</i>	71
2. <i>I delitti di omesso versamento: omesso versamento di ritenute certificate e omesso versamento dell'IVA (artt. 10 bis e 10 ter del d.lgs. 74/2000)</i>	72
2.1. <i>Il delitto di omesso versamento di ritenute certificate</i>	75
2.2. <i>Il delitto di omesso versamento dell'IVA</i>	77
3. <i>Il principio di inesigibilità nel caso del mancato versamento da parte dell'imprenditore in crisi di liquidità e nella crisi d'impresa</i>	79
3.1. <i>La crisi di liquidità non assurge a esimente nei reati di omesso versamento</i>	80
3.2. <i>Tentativo di fare leva sulla forza maggiore. La forza maggiore nella lettura della CGUE</i>	85
3.3. <i>Tentativo di fare leva sullo stato di necessità</i>	90
3.4. <i>Tentativo di fare leva sull'assenza del dolo</i>	91
3.5. <i>L'omesso versamento e l'inesigibilità</i>	94

CONCLUSIONI	107
--------------------------	-----

Elenco Bibliografico delle fonti citate	111
--	-----

Sintesi della giurisprudenza citata	117
--	-----

INTRODUZIONE

Uno scenario temuto ed alquanto comune per chi si occupa di impresa è la crisi: può accadere infatti che un imprenditore si imbatta in un imprevisto calo della domanda di mercato per il suo prodotto, o nello spostamento della clientela verso altri operatori economici con vantaggi competitivi importanti, o ancora, specialmente negli ultimi anni, che venga introdotta una innovazione tecnologica repentina e senza precedenti, a fronte della quale egli non sia in grado di adeguarsi tempestivamente.

Queste situazioni pongono l'imprenditore di fronte ad una potenziale condizione di illiquidità, ossia di insufficienza delle risorse finanziarie aziendali a coprire tutti i costi, le obbligazioni e le spese, che variano dal pagamento delle retribuzioni e dei contributi ai dipendenti, al saldo dell'esposizione debitoria con gli istituti di credito, all'acquisto di beni e servizi necessari alla continuità della produzione e, ovviamente, al versamento delle imposte dirette ed indirette.

Ipotizziamo dunque che l'imprenditore si trovi di fronte ad un bivio e, dinnanzi all'alternativa tra adempiere ad un onere imposto *ex lege*, a costo di sacrificare la propria attività d'impresa ed il posto di lavoro dei suoi dipendenti, ovvero preservare tale attività, andando però a violare i doveri imposti dall'imposizione tributaria, decida di non pagare.

Il tema che concretamente si pone, su un piano penalistico, è quello delle sanzioni per omesso versamento di ritenute certificate ed omesso versamento di IVA, nei termini stabiliti dagli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. n. 74 del 2000.

La questione involge, evidentemente, profili assai delicati, in quanto sono in gioco interessi relevantissimi dello Stato al regolare adempimento delle obbligazioni tributarie, a cui è legato il buon funzionamento dell'apparato amministrativo in tutte le sue articolazioni.

Tali ovvie esigenze tributarie, in linea di principio, non si prestano ad essere messe in discussione nella loro generalità e absolutezza, ad evitare una potenziale breccia pericolosa per le finanze pubbliche, su cui si regge la vita della collettività.

Per il corretto andamento dell'azione amministrativa è infatti necessario che le imposte siano versate regolarmente ed alle precise scadenze previste, affinché la pubblica amministrazione possa fare ordinatamente fronte ai propri impegni di spesa (quali il

pagamento dei dipendenti statali, delle pensioni, delle spese scolastiche e sanitarie, delle opere pubbliche ed infrastrutture, ecc.).

Proprio in ragione di ciò, in presenza di violazioni che superano determinate soglie di valore, il citato d.lgs. 74/2000 ha approntato, accanto alle sanzioni amministrative, una tutela rafforzata dal presidio penalistico.

La peculiarità delle norme previste dagli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000, che li distingue dalle altre fattispecie previste dal citato decreto legislativo, è di non richiedere che la condotta sia determinata da una finalità evasiva delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, essendo sufficiente la consapevolezza dell'agente di omettere il versamento dovuto sulla base della dichiarazione presentata, a prescindere dagli intendimenti perseguiti.

Proprio tale caratteristica è all'origine della questione, che si è posta in più occasioni, della punibilità dell'imprenditore che omette l'adempimento dell'obbligazione tributaria, non perché mosso dalla finalità di sottrarsi, ma in quanto si viene a trovare in condizioni oggettive di illiquidità, che non gli consentono di provvedere al pagamento.

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno dunque investigato il tema delle eventuali situazioni particolari in cui le scelte imprenditoriali siano state dettate da ragioni che appaiono umanamente ed eticamente giustificabili, ovvero occasionate da circostanze non prevedibili e controllabili, per cui, pur risultando oggettivamente configurabile la fattispecie di reato, la stessa possa in concreto non essere punibile.

A partire da questo scenario, è sorta l'esigenza di approfondire le radici dogmatiche dell'inesigibilità, prevalentemente sulla base dell'elaborazione dottrinale riconducibile agli studi di Gabriele Fornasari.

Nella sua monografia "*Il principio di inesigibilità nel diritto penale*", l'Autore ha approfondito, da un lato, gli aspetti storico-culturali del principio, nato dall'esigenza di realizzare un adeguamento del diritto penale vigente ad un sistema di valori emergente, espressione di un nuovo equilibrio sociale, e d'altro lato le sue possibili concretizzazioni nella struttura del reato, che varia a seconda della fattispecie di riferimento, potendo ritrovarsi come elemento del fatto tipico nei reati omissivi propri (sempreché all'interno del dettato normativo vi sia un'espressa previsione quale è, a titolo esemplificativo, l'avverbio "*indebitamente*" di cui all'art. 328 c.p.), ovvero come elemento dell'antigiuridicità nei reati commissivi mediante omissione (con la precisazione secondo

cui posizione di garanzia e obbligo costituiscono due momenti distinti, il primo dei quali appartenente al fatto tipico mentre il secondo all'antigiuridicità, e collocandosi l'inesigibilità all'interno di quest'ultimo), o infine, come elemento della colpevolezza, sia nei reati colposi, in qualità di elemento soggettivo della struttura del reato e come criterio di graduazione della colpa *ex art. 133 c.p.*, sia in alcuni di quelli dolosi, ove si trovi ad operare come scusante (il che accade, ad esempio, nell'*art. 384 c.p.*).

Prima di affrontare la specifica tematica dell'inesigibilità in relazione alle sanzioni per omesso versamento di IVA e di ritenute, si è voluto effettuare una panoramica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni, con riferimento sia alle fattispecie già prese in esame dal Fornasari, sia ad ulteriori ipotesi di reato che hanno sollevato analoghe questioni, in cui l'applicazione del principio di inesigibilità è stata richiamata per escludere la colpevolezza dell'agente, essendo la sua condotta l'unica umanamente prospettabile nel caso concreto.

Si pensi, ad esempio, al genitore che non adempie agli obblighi di mantenimento della propria prole in ragione della sua incolpevole condizione di incapacità economica, configurando la fattispecie di cui all'*art. 570 c.p.*

O ancora, alla condotta del migrante che non ottempera all'ordine di allontanamento del Questore, ai sensi dell'*art. 14 del Testo Unico sull'Immigrazione*, adducendo la condizione di indigenza economica oppure l'esistenza di legami familiari, ovvero a quella del migrante che si trova costretto, da particolari condizioni, ad accettare l'incarico di condurre l'imbarcazione che trasporta altre persone, integrando la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, di cui all'*art. 12 della legge 189/2002*.

Di nuovo, all'ipotesi del c.d. "*scudo penale*" per il medico che, seguendo i protocolli ministeriali, inocula il vaccino contro il Covid-19 provocando lesioni gravi o addirittura la morte del paziente, non essendo chiamato a rispondere a tale titolo, e, per converso, al caso dell'operatore sociosanitario non vaccinato e, per questo, sospeso dal servizio e privato della retribuzione tramite provvedimento emesso del datore di lavoro, il quale invoca l'inesigibilità dell'obbligo vaccinale avendo già contratto, da poco, il virus.

Le ipotesi che possono richiamarsi in questo elenco sono, in ogni caso, molteplici, potendosi ad esempio considerare le ipotesi dell'attivista che commette il reato di violazione del domicilio, introducendosi all'interno di una struttura dedicata

all'allevamento intensivo di bovini, mosso dall'intento di raccogliere immagini per denunciare le inaccettabili condizioni di vita degli animali, ovvero del pacifista, che interrompe un pubblico servizio per impedire il transito di mine antiuomo dirette ad un paese belligerante. Ciò partendo dal principio che se l'inesigibilità è, in un certo senso, il luogo di emersione delle nuove esigenze rispetto a norme penali che non sono più adeguate o non lo sono rispetto alle ragioni dei tempi, una tale indagine, che guarda alla realtà attuale, risulta particolarmente giustificata proprio al fine di sanare la frattura tra diritto vigente e spinte della società.

In tale disamina, si è potuto così constatare che, anche se il principio di inesigibilità è, come tale, privo di riscontro positivo nel nostro ordinamento, e per detta ragione generalmente rigettato dalla giurisprudenza, in forza del divieto di *analogia iuris* in materia penale e dell'impossibilità per il giudice di fare ricorso a cause extralegali di esclusione della punibilità, a tale tendenza ha fatto tuttavia significativa eccezione l'importante sentenza “*Fialova*” della Corte di cassazione a sezioni unite del novembre 2020, che ha al contempo affermato la pacifica ammissibilità dell'*analogia in bonam partem* e negato il carattere eccezionale della scusante soggettiva di cui all'art. 384 comma 1 c.p., riconoscendo l'applicazione a favore del convivente *more uxorio* di tale norma di esclusione della colpevolezza, in quanto espressione dei principi generali “*nemo tenetur se detegere*” e “*ad impossibilia nemo tenetur*”, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1 Cost.

Quanto detto permette di approdare all'ultimo capitolo dell'elaborato, in cui viene trattata la tematica dei reati tributari nel loro rapporto con il principio di inesigibilità.

L'analisi partirà dell'elemento centrale della crisi di liquidità e della posizione assunta dalla Cassazione, che si mostra tendenzialmente contraria circa la possibilità per la stessa di assurgere a causa di esclusione della colpevolezza in caso di omesso versamento dell'imposta dovuta (sul presupposto che la crisi di liquidità costituisce elemento che “*rientra nell'ordinario rischio di impresa e, pertanto, non può comportare l'inadempimento dell'obbligazione fiscale contratta con l'Erario*”¹).

Si passerà successivamente allo studio delle diverse ricostruzioni della giurisprudenza di legittimità e di merito, che hanno visto, negli scenari analizzati, gli estremi per la

¹ Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50007.

configurabilità ora della forza maggiore, ora dell'assenza del dolo, ora dello stato di necessità.

Poste tali premesse, si passerà dunque all'analisi del punto nevralgico dell'elaborato, coincidente con la rinnovata attenzione che di recente la giurisprudenza e la dottrina hanno dedicato all'elemento dell'inesigibilità, che in più pronunce si è mostrato in grado di giustificare l'inadempimento dell'imprenditore portando, addirittura, talvolta, alla totale assoluzione.

Un'analisi particolare verrà infine dedicata alla possibile interazione tra il principio di inesigibilità e gli istituti di rilevazione e gestione delle fasi precedenti all'emergere della crisi previsti dalla nuova disciplina del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al d.lgs. 14/2019 (composizione negoziata e relative misure protettive), perché è proprio in questa attivazione preventiva da parte dell'imprenditore che versi in difficoltà economiche-finanziarie che si potrebbe aprire lo spazio per parlare, ancora una volta, di inesigibilità.

CAPITOLO I

LA TEORIA DELL'INESIGIBILITÀ: ORIGINE E SVILUPPI

1. Premessa – 2. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, *ratio* e critiche. – 2.1. L'influenza della concezione normativa della colpevolezza sulle indagini intorno alla inesigibilità. – 2.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell'inesigibilità – 3. Inserimento del principio di inesigibilità nella struttura del reato – 3.1. a) Nell'ambito della tipicità: l'impossibilità materiale di agire altrimenti come applicazione della teoria dell'inesigibilità – 3.2. b) Nell'ambito dell'antigiuridicità – 3.3. c) Nell'ambito della colpevolezza – 3.3.1. Il rapporto tra l'inesigibilità e le scusanti: lo stato di necessità scusante e le scusanti di parte speciale del codice Rocco (artt. 384 co. 1, 307 co. 3 e 418 co. 3 c.p.) – 4. Spunti di una ripresa di interesse nella dottrina italiana per il concetto di inesigibilità

1. Premessa

Il presente capitolo si propone di fornire al lettore una panoramica evolutiva del principio di inesigibilità, muovendo anzitutto dalle sue radici in ambito extra-penale, rinvenibili nei codici civili tedesco e italiano in tema di obbligazioni, per poi passare allo studio delle ragioni che hanno spinto la dottrina ad attivarsi verso una sua riscoperta con l'obiettivo di allargare le maglie dell'istituto, già vigente, dello stato di necessità, la cui formulazione, rigida e tassativa, non permetteva di ricomprendere una serie di ipotesi che si prospettavano nella realtà concreta.

L'analisi in parola prenderà a riferimento la concezione normativa della colpevolezza (prediletta, dalla dottrina sul punto, rispetto a quella psicologica), il cui fondamento è la contraddizione tra volontà dell'agente e norma, avendo essa costituito la chiave di volta in materia di inesigibilità. Saranno per l'appunto richiamate le riflessioni dei giuristi tedeschi che hanno dato voce al tema, tra cui Frank e Goldschmidt, e che, proprio nella suddetta concezione normativa, hanno individuato il fondamento dell'inesigibilità.

Nel prosieguo del lavoro si darà spazio all'attività di individuazione dei criteri di concretizzazione dell'inesigibilità, illustrando prima di tutto le diverse posizioni registrate nella dottrina, divisa tra chi aspira alla massima individualizzazione del giudizio nel caso concreto e coloro ad essa contrari, per poi approdare al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che, nel suo declinarsi tanto in senso formale quanto sostanziale, è stato considerato fondamento ideale per la concretizzazione del principio *de quo*.

Infine, una particolare attenzione sarà dedicata alla ricerca di un fondamento dogmatico per il principio di inesigibilità, realizzata attraverso lo studio di una sua possibile collocazione all'interno della sistematica del reato, dunque in relazione ai suoi tre elementi della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza; si vedrà come l'inesigibilità ha assunto, in relazione ai diversi elementi, diverse connotazioni e sia risaltata in particolare nello studio di specifiche tipologie di fattispecie (i reati omissivi propri nel fatto tipico, i reati commissivi mediante omissione nell'antigiuridicità e i reati colposi e alcuni di quelli dolosi nella colpevolezza).

2. Il principio di inesigibilità: concetto, origini storiche, *ratio* e critiche

Il concetto di inesigibilità è complesso e lascia tuttora aperti numerosi dubbi e questioni.

I contributi in materia sono scarsi e risalenti; notoriamente, l'unico lavoro monografico apparso in Italia sull'argomento è il libro di Scarano, intitolato "La non esigibilità nel diritto penale"² che, seppure interessante e approfondito, è ormai datato (in quanto è stato pubblicato nel 1948) e può risultare utile solamente come punto di riferimento storico.

Assai più recente è invece l'opera di Gabriele Fornasari, il quale nel 1990 ha pubblicato un volume intitolato "Il principio di inesigibilità nel diritto penale"³, dando una lettura in chiave più moderna al fenomeno in parola e alle problematiche che esso genera nelle sue interazioni con gli altri istituti penalistici e nel suo inserimento all'interno della struttura del reato.

Sarà precipuamente da questi contributi che prenderò le mosse per la trattazione del primo capitolo.

Sul piano terminologico, con il concetto di inesigibilità si intende fare riferimento al comportamento materialmente possibile, ma che non si può umanamente pretendere da un certo soggetto in una data situazione. Difatti, nella sua versione positiva, il concetto di esigibilità rievoca qualcosa di possibile, che si può dunque chiedere a qualcuno di compiere, il che è confermato anche da Scarano nella sua monografia dove, nella ricerca

² Cfr. SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Humus, 1948.

³ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, 1990.

dell'origine etimologica del termine, parla di *'nichtzumutbarkeit'*, discendente dal verbo *'zumuthen'* ossia volere, desiderare da qualcuno qualcosa che si è in diritto di esigere.

Non a caso, difatti, l'idea dell'inesigibilità era stata elaborata anzitutto in ambito civilistico, in particolare in tema di obbligazioni, dove essa assume la natura di criterio di limitazione del dovere del debitore di adempiere la prestazione pattuita in presenza di un radicale mutamento delle condizioni di fatto. Con le prime codificazioni del Novecento, in Germania si era prevista una *"valvola respiratoria"* del sistema, in grado di adeguare il rigore del principio *pacta sunt servanda* non solo alle ipotesi in cui non fosse materialmente possibile rispettare il patto, ma anche laddove l'obbligato si trovasse in situazioni tali da richiedere, al fine dell'adempimento, uno sforzo notevolmente superiore rispetto a quello richiesto al momento dell'assunzione dell'obbligo⁴.

Tale impostazione non è estranea all'ordinamento italiano, in cui il principio di inesigibilità ha trovato riconoscimento in ambito civilistico, sempre in materia di obbligazioni, all'articolo 1467 c.c., che contempla l'istituto della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta e prevede, in presenza di contratti per i quali è previsto il decorso di un intervallo di tempo tra la stipula e l'esecuzione dell'accordo, la possibilità di non adempiere laddove sopravvenga un avvenimento straordinario e imprevedibile che renda eccessivamente onerosa l'esecuzione del contratto.

Da tale confronto tra le norme tedesche e quelle italiane dedicate al principio di inesigibilità in materia di obbligazioni, emerge una distinzione notevole, in quanto *"la norma italiana si limita a porre sul tappeto la questione dell'inesigibilità di un comportamento prescindendo da un criterio di valore (...) mentre la norma tedesca propone proprio quel criterio di valore, dicendo in sostanza: tutti quei casi in cui venga in esame il dubbio sulla esigibilità di un comportamento nell'ambito dei rapporti obbligatori debbono essere risolti dal giudice rifacendosi al criterio della buona fede nei trattati negoziali"*⁵.

⁴ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 16. La norma che più spesso viene in rilievo affrontando questo discorso è il § 242 del codice civile tedesco, secondo cui l'obbligo alla prestazione da parte del debitore è fissato secondo un criterio di buona fede (la c.d. *Treu und Glauben*), al fine di temperare il rigorismo del principio *pacta sunt servanda* in quelle ipotesi non tanto di materiale impossibilità di rispettare il patto, dove non c'è alcun dubbio che l'obbligazione venga a cadere, quanto piuttosto di insorgenza a carico dell'obbligato, al fine di soddisfare il debito, di un onere notevolmente superiore a quello cui si era impegnato in origine.

⁵ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 18.

In ambito penale, tuttavia, lo studio dell'istituto dell'inesigibilità ha palesato rilevanti difficoltà e contrastanti orientamenti in relazione al riconoscimento della stessa esistenza del principio nonché della sua collocazione dogmatica.

Bisogna affermare, in ogni caso, che la dottrina più accorta⁶ aveva individuato la genesi della inesigibilità in campo penale come il frutto della reazione, da parte della dottrina tedesca, alla norma dedicata allo stato di necessità, considerata “*tropo angusta per una materia così vasta*”⁷. Si sostenne, pertanto, che la non esigibilità facesse fronte alla rigidità dello stato di necessità e alle lacune relative ad ipotesi particolari di c.d. necessità relativa, assumendo i connotati di un principio generale secondo il quale “*non è punibile chi si trova a commettere un reato in circostanze per le quali non pare umanamente esigibile un contegno conforme al precetto penale*”⁸.

È evidente, dunque, come molto presto nel panorama penalistico si è sentita l'esigenza di ‘*allargare le maglie*’ della disposizione in materia di stato di necessità, in modo da poterla applicare analogicamente ad ipotesi in cui il soggetto si veniva a trovare in grave conflitto di interessi⁹. Tuttavia, nonostante questa esigenza fosse vivamente

⁶ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Tra questi, Fornasari richiama: Samuel von Pufendorf, che elabora la teoria dell'imputazione secondo la quale il diritto penale si costruisce sul concetto di azione volontaria di derivazione aristotelica, basato sull'assunto per cui sussiste effettiva volontà solo in presenza di un'*autentica libertà di decidere*, presupposto indispensabile perché la colpa dell'atto compiuto possa imputarsi al suo agente; Gaetano Filangieri, che afferma che “*le leggi possono dare martiri all'eroismo come la religione li ha dati alla fede, ma non possono come quella punire coloro che non hanno il coraggio di richiedere un simile sforzo*”; Pellegrino Rossi, il quale sostiene che “*l'ordine giuridico, del cui mantenimento abbia carico l'umana giustizia, non esige la repressione degli atti commessi in sì tremende circostanze allorquando non poterono essere evitate che da uno sforzo, che esige tutto quanto l'umana natura racchiude di forza e di coraggio. Il povero morente di fame non può scegliere che tra il furto e la morte. La sua azione è illegittima, ma scusabile. [...] L'incapacità in cui trovasi il legislatore di prevedere tutti i casi scusabili e di fissare anticipatamente i diversi gradi di scusa non giustifica una legislazione in cui, per evitare la difficoltà, si pretendesse l'interdire ai tribunali di por mente ad ogni modificazione della reità che la legge non avesse preveduta*”; nonché alcuni criminalisti italiani, tra i quali si menzionano Giovanni Carmignani e Francesco Carrara.

⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. L'articolo 54 del codice tedesco del 1871, dedicato al c.d. *Strafgesetzbuch*, tralasciava infatti, per come era formulato, di considerare espressamente numerose ipotesi particolari che non possono ricondursi al precetto generale dato dalla situazione in cui l'agente si trovi, senza sua colpa, nella necessità di salvare sé o un prossimo congiunto da un pericolo attuale di un danno grave e inevitabile alla persona.

⁸ Cfr. SCARANO L., *La non esigibilità*, cit., 5.

⁹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 22. Con conflitto di interessi, si intende fare riferimento all'esistenza, in ogni situazione concreta, di un interesse del soggetto, cui l'ordinamento attribuisce rilevanza, che “*confligge in qualche misura con il dovere che una norma gli impone e che egli, in una situazione normale, dovrebbe senz'altro adempiere; ma la situazione può anche non presentarsi in termini normali e allora la stessa disposizione legislativa, implicitamente o esplicitamente, può acconsentire affinché il giudice prenda in esame gli interessi in conflitto e ne effettui un bilanciamento, valendosi ovviamente della scala dei valori apprestata in termini generali dall'ordinamento giuridico, oppure eventualmente di indici o parametri contenuti nella medesima disposizione*” come possiamo notare

sentita dai più e anche nell'ordinamento italiano, in un primo momento si era solamente delineata la *ratio* del principio di inesigibilità, senza individuare nello stesso un nuovo principio regolativo o normativo: infatti, è solo recentemente che, nel tentativo di trovare una valvola di respiro, la giurisprudenza è tornata ad investigarlo nelle sue possibili applicazioni in ambito penale (come vedremo ampiamente in seguito).

2.1. L'influenza della concezione normativa della colpevolezza sulle indagini intorno alla inesigibilità

Un fattore decisivo nello sviluppo delle discussioni in tema di inesigibilità va fatto coincidere, senza alcun dubbio, con l'affermarsi della *concezione normativa della colpevolezza*.

Il concetto di colpevolezza è da sempre stato letto in due chiavi, ossia psicologica e normativa: in estrema sintesi, la prima concezione – di matrice illuminista e ispirata all'idea secondo la quale tutti gli uomini sono uguali, pertanto non contano le ragioni soggettive che spingono a delinquere e la personalità del reo – vede la colpevolezza come un nesso psichico tra agente e fatto esteriore dato dalla colpa e dal dolo, con la conseguenza che la pena si applica in relazione ad un dato comportamento solo ove un evento sia voluto o prevedibile¹⁰. Non essendo possibile dilungarsi troppo sul tema e non rilevando al fine della nostra disamina, tralascierò la vasta elaborazione della dottrina sulla ricostruzione tradizionale per concentrarmi invece su quella normativa, di successiva elaborazione¹¹.

La concezione normativa, ritenendo che quella psicologica mal si presta a valutazioni di elementi estranei alla volontà del reo, ribalta la prospettiva della colpevolezza, perseguendo la necessità da un lato di considerare, nel determinare il disvalore del fatto, anche i motivi dell'azione e il contesto in cui si realizza, dall'altro lato di individuare un fondamento comune al dolo e alla colpa. In questi termini, l'essenza della colpevolezza deve essere ravvisata nel rapporto di conflittualità tra volontà del

essere avvenuto nelle norme summenzionate dei codici civili tedesco e italiano in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

¹⁰ Cfr. GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951.

¹¹ Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, 49. Anche Bartoli, dopo aver confermato l'adesione della dottrina italiana alla concezione normativa della colpevolezza, afferma che “*la colpevolezza è normativa in quanto ha in sé un elemento normativo consistente in un dovere che impone al soggetto di comportarsi in modo conforme alla legge, la violazione del quale rende il soggetto rimproverabile: la rimproverabilità, quindi, viene definita come contrarietà della volontà al dovere*”.

soggetto agente e volontà della società, immanente alla norma violata, sicché a rilevare non è tanto la volontà dell'azione causativa dell'evento quanto l'atteggiamento antidoveroso della volontà.

Declinare in questo modo la colpevolezza, intesa come contraddizione tra volontà dell'agente e norma, ha permesso ad essa di assurgere a fattore in grado di coniugarsi tanto con il dolo quanto con la colpa in senso stretto, poiché in entrambi i casi la colpevolezza si fonda sull'idea che l'agente ha agito in modo difforme da come l'ordinamento giuridico voleva che agisse, con la differenza che mentre il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, quello colposo è un fatto involontario che non si doveva produrre¹².

Prima di passare all'analisi delle voci di alcuni tra gli Autori che, in modo particolarmente decisivo, hanno determinato lo sviluppo del principio di inesigibilità, è opportuno premettere che, all'interno della concezione normativa della colpevolezza spicca la lettura proposta da Baratta, il quale configura l'inesigibilità come una causa generale extralegale di esclusione della colpevolezza.

Il significato culturale della concezione normativa, per questo verso, si ricollega ad un evento centrale dell'esperienza giuridica tedesca del primo Novecento, ossia la

¹² Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, CEDAM, 2023, 213 e ss. La predilezione per la concezione normativa della colpevolezza emerge con evidenza anche dalla lettura del manuale "*Il reato*", in cui gli Autori riconoscono, appunto, l'esistenza di due concezioni contrapposte: nella più antica, quella psicologica, si sostiene che la colpevolezza discenda dalla "*mera relazione soggettivo-psichica tra l'agente e il fatto nel suo significato oggettivo*", tanto che dolo, colpa ed eventuali forme intermedie vengono a costituire "*i modi di essere dell'elemento soggettivo del reato*"; la concezione, essenzialmente, richiede la presenza di un legame psicologico tra autore e fatto il che, circoscrivendo la colpevolezza al singolo reato, non permette graduazioni in rapporto alle caratteristiche personali del reo, alle motivazioni che lo inducono a delinquere nonché alla recidiva. Al contrario, nella concezione normativa la colpevolezza non si esaurisce nel dolo e nella colpa, ai quali si aggiungono "*componenti*" che, complessivamente considerati, permettono la formulazione di un giudizio negativo su un fatto doloso o colposo, per la contrarietà a norme giuridiche che impongono un comportamento diverso da quello tenuto: ne deriva che "*colpevole è un fatto doloso ovvero volontario che non si doveva volere, o un fatto colposo ovvero involontario che non si doveva produrre*". In questa accezione, la colpevolezza assume un'accezione "*valutativa*", di *rimprovero*, il che permette di dare una lettura complessiva e sinergica degli elementi necessari affinché si possa considerare personale la violazione della legge penale.

Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 50. Dello stesso avviso è anche Bartoli, secondo il quale "*oltre alla relazione psicologica tra il fatto e l'agente, a costituire la colpa (in senso lato), occorre ancora un'altra relazione: quella fra l'agente e la norma, che si riscontra identica e costante tanto nel dolo che nella colpa in senso stretto, e che costituisce pertanto la nota generica comune alle due specie. Non si può dire semplicemente che il fatto doloso è un fatto volontario e il fatto colposo un fatto involontario, oppure in parte volontario (azione) e in parte involontario (evento); ma si deve ancora aggiungere che il fatto doloso è un fatto volontario che non si doveva volere, e il fatto colposo un fatto involontario che non si doveva produrre. In entrambi i casi il carattere di fatto colpevole deriva dunque da ciò: che l'agente ha agito, consapevolmente o meno, in modo difforme dal modo in cui doveva agire, o, in altre parole, diversamente da come l'ordinamento giuridico voleva che agisse*".

scissione tra coscienza popolare e ordinamento giuridico. L'Autore avrebbe, infatti, individuato, alle radici del dogma dell'inesigibilità (sempre intesa come causa extralegale di esclusione della colpevolezza) e, più in generale, della concezione normativa della colpevolezza, una sorta di "*malessere affiorante nella dottrina tedesca a causa del sempre più netto sfasamento tra le valutazioni del codice penale e quelle della coscienza popolare*"¹³, maturato a seguito dell'introduzione di 'nuove voci' nella vicenda socio-politica (quali la nuova borghesia burocratica e professionale, ma anche intellettuale e progressista, nonché il proletariato).

Ebbene, come rimedio all'inattualità del codice del 1871, si è assistito alla nascita delle concezioni *sostanzialistiche* del diritto penale, con l'obiettivo di sciogliere il nodo dogmatico dei conflitti di doveri e, per l'appunto, introdurre il principio di inesigibilità.

Quanto affermato è interessante per comprendere le più profonde motivazioni alla base della sentita esigenza di un principio come quello in parola. Dopotutto, tuttora la realtà contemporanea produce processi di accelerazione storica pari a quello dell'esperienza tedesca appena esposto e non è difficile pensare che ogni codice che rappresenti il risultato di un compromesso, di un equilibrio raggiunto (spesso faticosamente) tra più forze politiche e sociali che compartecipano alla gestione del potere, necessiti proprio di "*valvole di respirazione*", come l'inesigibilità, che siano in grado di consentire un adattamento, o un aggiornamento, del rapporto tra coscienza sociale e legge formale, senza la necessità di ricorrere a continue riforme.

Contributo fondamentale allo sviluppo della teoria dell'inesigibilità fondata sulla concezione normativa della colpevolezza si deve a Reinhard Frank¹⁴, penalista tedesco

¹³ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. In effetti, il codice penale del 1871 fu il frutto di un compromesso politico-sociale mirante a soddisfare un equilibrio di interessi tra le classi sul cui accordo si basava il nuovo Stato nazionale tedesco, formatosi dall'unificazione tra la vecchia nobiltà feudale prussiana e la grande borghesia industriale; questo lo rendeva un codice nato 'già vecchio', contenente concezioni e valori già espressi nei precedenti codici prussiano e bavarese dell'Ottocento. Il risultato era un'opera d'impronta marcatamente oggettiva con predominante considerazione dell'evento.

¹⁴ Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, cit., 52. Anche Bartoli sottolinea con vigore quanto l'apporto di Frank sia stato determinante per giungere ad una vera e propria concezione normativa della colpevolezza; in particolare, si sofferma sul contributo dell'Autore nel dare "*rilevanza ad elementi (psicologici) ulteriori rispetto al dolo e alla colpa, vale a dire a quegli elementi che in seguito sono divenuti gli istituti che compongono la categoria della colpevolezza e che concretizzano la relazione psico-motivazionale tra il soggetto agente e la legge. In particolare, egli ha posto in evidenza soprattutto il ruolo fondamentale svolto dai motivi, sia per quanto riguarda la commisurazione della pena, sia per quel che concerne il suo fondamento. E sotto quest'ultimo profilo, Frank è giunto ad affermare che circostanze concomitanti relative al soggetto, come ad esempio lo stato di necessità e l'imputabilità, non potendo escludere il dolo e la colpa, possono escludere soltanto la normalità del processo motivazionale, con ciò*

del Novecento che sviluppò un istituto della colpevolezza proprio, costituito non solo dalla capacità di intendere e di volere, ma altresì dalla *normalità della determinazione*, in base alle circostanze oggettive, della volontà del soggetto agente¹⁵. Negli scritti successivi, Frank modifica in parte tale sua costruzione elaborando una versione di colpevolezza come risultato della somma di capacità di intendere e volere, volontarietà dell'azione od omissione e, addizionalmente, della *normalità della motivazione della volontà*¹⁶.

Individuando nella rimproverabilità l'elemento centrale della colpevolezza, fondata dapprima sulla rilevanza delle circostanze concomitanti, poi dell'anormalità della motivazione del reo, Frank ha stimolato in dottrina una discussione volta a precisare i confini tra fatti rimproverabili e non, che ha fatto riemergere il principio di inesigibilità quale "*elemento chiave dell'equilibrio interno del concetto di colpevolezza in senso normativo*"¹⁷.

La strada avviata da Frank fu poi proseguita da altri Autori tedeschi¹⁸, che hanno tentato di precisare ulteriormente quanto già elaborato dal loro collega, con l'obiettivo di individuare con maggiore convinzione "*l'elemento normativo comune al dolo e alla*

estendendo il contenuto della colpevolezza anche a fattori che vanno oltre lo stesso elemento psicologico e che quindi vanno al di là della relazione psichica tra il soggetto e il fatto tipico".

¹⁵ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 50 e ss. Frank accoglie l'idea per cui la colpevolezza non si esaurisce in una relazione psichica tra agente e fatto ed emerge quando l'agire umano non si conforma al precetto penale diventando, per l'appunto, rimproverabile. Accanto all'imputabilità e agli elementi del dolo e della colpa, tuttavia, perché si configuri la colpevolezza secondo il penalista rileva anche il modo in cui la volontà si è formata, in altri termini, la normalità delle circostanze concomitanti all'azione, più tardi normalità della motivazione. Infatti, la colpevolezza non può prescindere dalla capacità dell'agente di determinarsi liberamente, ed è proprio nelle ipotesi in cui tale normale determinazione non si verifica, dato il contesto eccezionale che ha reso umanamente impossibile la formazione autonoma di un atto di volontà da parte dell'agente, che l'Autore scorge le premesse per escludere la rimproverabilità soggettiva dell'agente e, quindi, per fondare l'istituto dell'inesigibilità.

¹⁶ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 214. Ancora una volta, il manuale "*Il reato*" offre un interessante spunto in materia. Per l'appunto, declinare la colpevolezza in termini di rimproverabilità, permette di "*raccogliere e spiegare tutte le componenti che integrano la colpevolezza dell'agente, non solo e non tanto il legame psicologico con il fatto, da solo non sufficiente e talvolta non necessario per fondare la colpevolezza; ma tutte le componenti che consentono all'ordinamento di muovere un rimprovero all'agente per il fatto di reato, ovvero di esprimere un giudizio negativo sul fatto in rapporto al processo motivazionale che ha mosso l'agente*". A sostegno di quanto affermato, gli Autori citano il celebre esempio di Frank, menzionato anche da Fornasari, che dimostra come la colpevolezza della condotta di appropriazione indebita del cassiere ben retribuito e scapolo non sia equivalente a quella del fattorino mal retribuito e padre di famiglia, sebbene la relazione psicologica tra agente e fatto sia identica.

¹⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit.

¹⁸ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Oltre al Goldschmidt si menzionano anche Freudenthal e Schmidt.

colpa”, assegnando anche un “più definito ruolo dogmatico alle cause di esclusione della colpevolezza”¹⁹.

In questo senso, Goldschmidt prese le mosse da un’intuizione di Beling, secondo cui sussiste colpevolezza quando dalla comparazione tra il fatto commesso e sue circostanze da un lato e la norma diretta alla “sfera” interiore dell’individuo dall’altro può ricavarsi un giudizio di disvalore in capo all’agente; in linea con la nota teoria delle norme di dovere (“*Pflichtnormentheorie*”), il penalista affermò che “*c’è accanto ad ogni norma giuridica che richiede ai singoli un determinato comportamento esterno, un’altra norma inespressa (la norma di dovere) che ingiunge al singolo di indirizzare il proprio comportamento interiore in modo che esso corrisponda alle esigenze che l’ordinamento giuridico stabilisce rispetto al suo comportamento esteriore*”²⁰.

Il fondamento del rimprovero viene così a coincidere proprio con la violazione della norma di dovere, la quale impone di astenersi dall’agire quando si prospetta che l’attività che si vuole compiere produrrà un evento vietato dall’ordinamento giuridico e di lasciarsi determinare quando si prospetta che questa, al contrario, genererà un risultato approvato dall’ordinamento giuridico.

2.1.1. La ricerca di criteri di concretizzazione dell’inesigibilità

Tale tesi non è andata esente da critiche, le quali, il più delle volte, si sono concentrate sulla mancanza di un preciso criterio di concretizzazione dell’inesigibilità.

¹⁹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 60.

²⁰ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 61. La norma di dovere impone di astenersi dall’agire di fronte alla rappresentazione che la specifica attività produrrà un evento vietato dall’ordinamento giuridico e di lasciarsi determinare dalla rappresentazione che un’azione produrrà un risultato approvato dall’ordinamento giuridico.

È molto interessante notare come, nell’evoluzione delle considerazioni del Goldschmidt in materia di stato di necessità, l’Autore, pur non facendo coincidere l’elemento normativo della colpevolezza con l’esigibilità, identificandolo in sostanza con la contrarietà alla norma di dovere, propose una regolamentazione dello stato di necessità che fa espresso richiamo al concetto stesso di esigenza. Infatti, ritiene “*scusabile il comportamento tenuto dall’agente per allontanare da sé od altri il pericolo attuale, ingiusto e non evitabile legalmente di un danno rilevante, quando all’agente, date le circostanze e le sue condizioni personali, non si poteva esigere di sopportare il danno minacciato*”. Al paragrafo successivo della norma dedicata sempre allo stato di necessità, inserisce poi una clausola generale per le eventuali altre cause scusanti e secondo il quale l’agente non deve considerarsi colpevole quando “*date le circostanze e le sue condizioni personali, non era obbligato a farsi trattenere dall’agire mediante la rappresentazione della possibilità della realizzazione della fattispecie*”. Quanto affermato evidenzia, in modo chiaro, che, ferma l’intenzione dell’Autore di porre a fondamento del rimprovero sempre la violazione della norma di dovere, il principio di esigenza declinato in termini negativi, funge da filtro, da “*limite*”: insomma, non è l’esigibilità del comportamento lecito non tenuto ad integrare il rimprovero di colpevolezza, ma è la sua *inesigibilità ad escluderlo*. Inserito quale clausola specifica della norma sullo stato di necessità, il principio assume, nella lettura di Goldschmidt, valore generale per tutte le scusanti.

Difatti, se sicuramente il principio di inesigibilità era da alcuni visto come “*valvola di apertura del sistema messa a disposizione del giudice al fine di raggiungere la massima individualizzazione del giudizio nel caso concreto*”, al contrario gli ordinamenti liberal-democratici ne escludevano l’operatività²¹.

Gli Autori contrari all’illimitata individualizzazione del giudizio contestano l’utilità di tale teoria sull’assunto che “*ogni singolo fatto storico si compone di una serie di elementi la cui individualità è assolutamente irrilevante ai fini del giudizio*”²², sia sul versante della dimensione *quantitativa* dell’individualità del fatto (come località e giorno in cui è stato commesso un omicidio), sia di quella *qualitativa* (come posizione sociale del soggetto passivo dello stesso reato, che non propone alla valutazione del giudice alcuno spunto risolutivo, né può “*dare lumi circa la qualifica giuridica da attribuire alla fattispecie concreta*”). Dunque, lo scopo di ottenere “*giustizia nel caso singolo*”²³ prescinde dalla necessaria considerazione di ogni circostanza di fatto. Anzi, l’estrema individualizzazione potrebbe anche tradursi in un giudizio sbagliato, con il rischio che il giudice si veda attribuire la facoltà di far valere le ragioni del proprio intuito senza seguire un procedimento arbitrario.

All’estremo opposto, gli esponenti della teoria della massima individualizzazione sostengono la necessità di trovare un equilibrio tra la discrezionalità del giudice e i principi che supportano la funzione giudiziaria, nonché quelli di “*generalizzabilità, motivabilità e preventivabilità*” delle decisioni giuridiche. Tali postulati, infatti, per quanto assolutamente fondamentali, impongono solamente di rifuggire, nella misura del possibile, da soluzioni che affidino all’arbitrio del giudice la valutazione del significato giuridico da attribuire ad una fattispecie; pertanto “*non ogni aspetto peculiare della fattispecie concreta può essere utilmente fatto oggetto di considerazione*”, dovendo questa limitarsi agli elementi “*idonei a far luce su di un tratto differenziale la cui particolarità sia apprezzata dall’ordinamento come incidente sul giudizio di disvalore operato all’organo giurisdizionale*”²⁴.

²¹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Molti studiosi, difatti, hanno tentato variamente di recuperare un ancoraggio del principio regolativo dell’inesigibilità a criteri di riferimento che, in qualche misura, “*ne disinnescassero il potenziale esplosivo*”, tanto più se si considera che l’ordinamento penale si regge sui principi di stretta legalità e determinatezza.

²² Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 197.

²³ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 198.

²⁴ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 199 e ss.

L'opera di concretizzazione dei concetti giuridici tendenzialmente indeterminati avviene attraverso 'regole dogmatiche', che "divengono regole di riempimento dei precetti legislativi" e tramite le quali i principi di certezza del diritto ed eguale trattamento di casi uguali non solo non vengono violati, ma vengono addirittura rafforzati dal momento che si fornisce un elemento di giudizio in più, di cui l'organo giudicante può avvalersi nei casi in cui l'astrazione del dato legislativo lo renda inidoneo a garantire il corretto adeguamento alla fattispecie concreta.

Aspetto assolutamente imprescindibile è, in ogni caso, la *differenziazione* dei criteri di concretizzazione in relazione alle diverse fattispecie, posto che un comportamento non è in sé esigibile o inesigibile, bensì lo è in relazione a soggetti e circostanze specifici²⁵.

I tentativi di individuare uno spazio al principio di inesigibilità fallirono, in quanto si pose l'accento su riferimenti del tutto astratti, quali la debolezza umana, l'istinto di conservazione, il timore di conseguenze dannose, rivelatisi del tutto inidonei a svolgere una funzione di indirizzo in quanto rapportati a modelli umani di difficile materializzazione, come il cittadino medio, ovvero di dubbia credibilità, come la classe politica, essendo completamente scollegati da "ogni considerazione verso gli interessi o beni giuridici che di volta in volta entrano in gioco"²⁶.

Il concetto non trovò seguito nella giurisprudenza tedesca "perché all'apertura di grandi varchi per un'interpretazione giudiziale *extra legem* non faceva seguito una ponderazione sugli equilibri tra gli interessi che il giudice era chiamato a valutare"; la stessa giurisprudenza, peraltro, elaborò autonomamente il principio di inesigibilità come "clausola di individuazione delle condotte realmente punibili in relazione a determinate fattispecie incriminatrici" (spesso a forma omissiva propria) o come "strumento di

²⁵ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Per questo il Fornasari ha sostenuto come il problema della concretizzazione del concetto di esigibilità non appartenga tanto alla parte generale quanto a quella speciale del diritto penale.

²⁶ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 209. Ma anche cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, CEDAM, 2023, 283. Nel manuale "Il reato", gli Autori si interrogano esattamente sui limiti entro cui e non oltre ai quali si possa personalizzare il rimprovero, soffermandosi in particolare sull'elemento della colpa; considerato che il fatto non è volontario, infatti, si pone il rischio che talune condizioni soggettive vengano usate per sostenere che la condotta diligente non poteva essere umanamente ritenuta esigibile dall'agente concreto. Il punto nodale sta nella scelta delle caratteristiche personali che debbono introdurre tale giudizio sulla possibilità reale dell'agente concreto di agire diversamente da come ha agito. In questo senso, più si tenderà verso la "personalizzazione del giudizio di colpa" (ossia, per usare le parole di Fornasari, l'*individualizzazione del giudizio di responsabilità*), più aumenterà lo spazio della "non responsabilizzazione".

delimitazione dei doveri di attivarsi” a fondamento dei reati omissivi impropri e “*dei doveri di attenzione*” su cui si basa l’imputazione dei reati colposi.

È questo, dopotutto, lo schema di cui si avvalgono ancora oggi dottrina e giurisprudenza nel diritto pubblico²⁷ così come nel diritto penale, in cui dal momento che le regole generali di creazione legislativa idonee ad escludere la responsabilità (eliminando, rispettivamente, antigiridicità e colpevolezza) per qualsivoglia fattispecie sono già contenute nelle scriminanti e nelle scusanti di parte generale, è sufficiente costruire regole particolari volte a delimitare l’operatività di singoli doveri imposti dall’ordinamento.

In questo senso, indubbiamente la struttura di reati omissivi e colposi meglio si presta all’accoglimento di simile clausola, idonea a rendere non più incondizionato, in presenza di situazioni anomale, il comando legislativo; difatti, trattandosi in entrambi i casi di un obbligo di agire e non di astenersi, è più difficile l’adeguamento al contenuto precettivo delle norme, risultando più agevole il rispetto di una norma che impone un divieto piuttosto che di una che rivolge un comando.

Si sono poste, a questo punto, le premesse adeguate che permettono la trattazione della questione specifica dei riferimenti idonei a fungere da criteri di concretizzazione del principio di inesigibilità, evidenziando come esso trovi la sua ragion d’essere negli equilibri propri di un ordinamento che limita l’onnipotenza dell’autorità statale di fronte al valore fondamentale della persona umana, il quale infatti apparirebbe incoerente se non ammettesse che obblighi (di prestazione e astensione) assolutamente incondizionati. Seppure tendenzialmente le norme giuridiche fissano doveri *esigibili*, l’esigibilità di un comportamento non può valutarsi esclusivamente in astratto, dovendoci essere un margine anche per una valutazione in concreto.

Rilevanti a questo proposito sono state le tesi che, con riferimento all’ordinamento italiano, hanno individuato una funzione concretizzatrice nei principi di ordine costituzionale, andando a fondare essi il presupposto per l’eliminazione del rapporto di gerarchia tra comunità e individuo: nel momento in cui quest’ultimo fa ingresso nella prima (non come suddito bensì) come soggetto attivo e consapevole, co-determinatore

²⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Partendo dalla considerazione che l’inesigibilità può assumere rilevanza come mezzo di delimitazione di determinati doveri del cittadino verso la pubblica amministrazione (es. nel settore degli obblighi di natura tributaria), dal caso concreto si eviscera il principio dogmatico.

della propria volontà, i doveri impostigli non possono essere sempre e comunque illimitati, dovendo rimanere uno spazio di elasticità per fare fronte all'esprimersi multiforme della realtà fenomenologica.

Sicuramente fondamentale è il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che si declina tanto in senso formale quanto sostanziale²⁸. Il discorso sull'esigibilità si colloca proprio nell'assunto per cui ogni disposizione normativa regola naturalmente più possibili situazioni con il '*medesimo nucleo significativo*': difatti può capitare che, in taluni casi, "*la situazione di fatto in cui la condotta considerata si radica è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo significativo, che è il denominatore minimo di appartenenza alla classe di condotte*". Ebbene in queste ipotesi la cui l'eccezionalità è tale da eliminare in concreto la riconducibilità logica della fattispecie alla norma, il principio di eguaglianza può essere "*recuperato*"²⁹ tramite l'inesigibilità che diventa, in questi casi, "*legittima*".

3. Inserimento del principio di inesigibilità nella struttura del reato

All'opera di Fornasari deve riconoscersi l'aver compiuto uno sforzo nel senso della individuazione di un saldo fondamento dogmatico al principio di inesigibilità, obiettivo perseguito attraverso l'individuazione della collocazione di quest'ultimo all'interno della sistematica del reato, dunque in relazione alla tipicità, all'antigiuridicità e infine alla colpevolezza.

Da sola, infatti, l'inesigibilità costituirebbe un '*corpo estraneo*' che, di fronte alla struttura rigida e formalizzante del nostro diritto penale, non sarebbe in grado di innovare e incidere in modo significativo nel panorama giuridico, limitandosi a diventare, come la

²⁸ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Considerato che garantire l'eguaglianza significa certo che ogni situazione va disciplinata in egual modo, senza disparità, ma anche che in presenza di fattori che determinano una diseguaglianza tra diverse situazioni, è giusto che anche il trattamento delle stesse sia diversificato.

²⁹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 221. Le norme giuridiche devono, per propria natura, presentare un determinato grado di astrattezza per non colpire singoli comportamenti e, dunque, per garantire l'eguaglianza formale dei loro destinatari; è vero anche, tuttavia, che il principio di eguaglianza non è rispettato nel caso di eguale trattamento di situazioni diseguali. Il fatto che qualsiasi disposizione giuridica sia chiamata inevitabilmente a regolare (non una bensì) svariate situazioni, anche diverse tra loro, ma con lo stesso nucleo significativo, permette di porre le basi per il discorso sull'inesigibilità: infatti, "*nei casi in cui la situazione di fatto in cui la condotta considerata si radica è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo significativo, che è il denominatore minimo di appartenenza alla classe di condotte*", il *vulnus* al principio di eguaglianza può essere 'corretto' recuperando l'inesigibilità.

definisce il Fornasari, una mera “*nota di colore*”, il che vanificherebbe in buona parte ogni tentativo di rivalutarla.

3.1. ...a) *Nell’ambito della tipicità: l’impossibilità materiale di agire altrimenti come applicazione della teoria dell’inesigibilità*

Quanto al primo elemento della tipicità, è necessario dedicare un’attenzione privilegiata al reato omissivo, specie a quello proprio, che si è mostrato, per i paesi che si sono dedicati ad approfondire lo studio del principio di inesigibilità, oggetto di interesse per il suo sviluppo e le riflessioni ad esso inerenti. Difatti, fondandosi esclusivamente sull’omesso compimento di un’azione doverosa, esso presuppone, per sua natura, la *possibilità materiale* di adempiere il dovere.

Questo è evidente anche se si volge uno sguardo alla storia del reato omissivo, che a lungo è stato considerato “*un corpo estraneo*”³⁰ al sistema del diritto penale, essendo rivolto a tutelare i beni giuridici non tramite la tradizionale imposizione di un divieto, come avviene per i reati commissivi, bensì la fissazione di un comando. Se infatti nel reato commissivo l’ordinamento giuridico seleziona come leciti tutti i comportamenti possibili in una data situazione eccetto uno, che viene punito, nelle fattispecie omissive, invece, solo una tra le condotte possibili è lecita e l’astenersi da essa (quindi ogni altro comportamento possibile) comporta l’applicazione della sanzione. È evidente che lo sforzo richiesto ai consociati dalle fattispecie omissive è, pertanto, indubbiamente maggiore, poiché occorre un intervento che determini un certo risultato in grado di mutare la direzione del decorso causale ed è proprio in queste circostanze che è più facile imbattersi in situazioni-limite, in cui l’ordinamento può ammettere il venir meno del carattere incondizionato del dovere³¹.

Può dirsi che l’omissione è il regno dell’*ultra posse nemo tenetur*, nel senso che in essa il tema dell’impossibilità di conformarsi al precetto attiene al *proprium* del reato e occupa un rilievo che non ha pari nell’ambito del reato commissivo. Tale rilevanza si

³⁰ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 247.

³¹ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 88 e ss. Dal punto di vista normologico, le fattispecie commissive sono legate alla presenza di uno specifico divieto di compiere un determinato comportamento (es. *non uccidere*), mentre quelle omissive presuppongono la presenza di un obbligo di compiere una determinata azione (es. *prestare soccorso a chi versa in pericolo*). Infatti, secondo il Fiandaca, azione e omissione sono due concetti ontologicamente differenti dal momento che l’azione esiste nella natura delle cose (è un fatto concreto, che esiste naturalisticamente), al contrario dell’omissione, che è un concetto normativo dal momento che esiste solo in presenza di un corrispondente obbligo giuridico di attivarsi.

manifesta e si esaurisce nel terreno della tipicità della condotta omissiva, nel senso che, qualora l'azione doverosa omissa risulti impossibile, a venir meno è lo stesso fatto di reato, dunque la condotta nella sua dimensione materiale: ne consegue che non omette alcunché chi non può compiere l'azione cui sarebbe tenuto.

Simili peculiarità si rinvengono in tema di errore o ignoranza *inevitabili* che vengono spesso ad affiancarsi a fattispecie omissive, le quali per l'appunto spingono il Legislatore ad 'allargare le maglie' escludendo la colpevolezza attraverso la scusabilità dell'errore o dell'ignoranza in un numero di ipotesi assai più elevato rispetto ai reati commissivi.

Ebbene, tanto l'inesigibilità quanto l'errore e l'ignoranza scusabili incidono sul dovere, con la differenza che la prima colpisce i reati omissivi propri, delimitando ed escludendo l'esistenza stessa del dovere imposto dalla norma di fronte alla situazione di fatto anomala in cui si trova l'agente, mentre i secondi lo fanno semplicemente escludendo che il mancato adempimento del dovere di attivarsi dia luogo agli estremi per il rimprovero di colpevolezza.

Più di ogni altra fattispecie omissiva, merita approfondimento l'omissione di soccorso che in numerose legislazioni prevede proprio una clausola di inesigibilità. Questo è il caso del § 323 del codice penale della Repubblica Federale Tedesca, che recita: *“Chi, in caso di incidente o di comune pericolo o necessità, non presta aiuto, sebbene questo sia necessario e, date le circostanze, da lui esigibile, in particolare sia possibile senza un rilevante pericolo proprio e senza lesione di altri importanti doveri, è punito con la pena detentiva fino a un anno o con la pena pecuniaria”*.

In realtà nell'edizione originaria del codice tedesco, imperniata sui dettami liberali della dottrina ottocentesca, non vi era una norma espressamente dedicata all'omissione di soccorso, ma solo un vago antecedente (disciplinato all'art. 360 n. 10) ereditato dal codice prussiano, il quale sanzionava solamente l'atto di disobbedienza all'autorità, il cui nucleo era sempre la richiesta di aiuto da parte dell'agente di polizia.

L'esigenza di un intervento riformatore si è concretizzata nella successiva modifica dell'articolo, che ha svincolato la punibilità dell'omissione di soccorso dalla richiesta dell'autorità, limitandone, peraltro, l'applicazione alle sole ipotesi di pericolo per la vita ed in cui il salvataggio fosse possibile senza notevole pericolo per la vita o la salute del soccorritore.

In realtà, la vera svolta si ebbe con il nazionalsocialismo, che introdusse nell'articolo in discorso la clausola del “*sano sentimento popolare*”, dotando la norma di un chiaro connotato di indeterminatezza, tale da rendere essenzialmente inoperante l'efficacia scriminante di qualsiasi causa di giustificazione³².

L'attuale formulazione del § 323 è essenzialmente erede dell'articolo in parola come modificato dal legislatore della Repubblica di Bonn, che ha liberato la norma dalle forzature del nazismo, pur rispettando un principio di obbligo di solidarietà tra i cittadini, passando dalla concezione ‘totalizzante’ del sano sentimento popolare alla formula dell'inesigibilità. L'inserimento di tale clausola all'interno del testo ha una funzione evidentemente delimitativa del fatto tipico, che rende accettabile l'imposizione di un dovere altrimenti insopportabilmente esteso: tipica non è ogni omissione di soccorso in caso di incidente, ma solo quella che ha per presupposto una situazione di fatto in cui si poteva ragionevolmente chiedere al soggetto di attivarsi.

Quanto detto comporta conseguenze significative in tema di errore: vedere nell'esigibilità un elemento della fattispecie rende l'errore su di essa un errore sul fatto, in grado di escludere il dolo, quando il soggetto ritiene di essere di fronte proprio ad una di quelle circostanze di fatto in cui la condotta attiva andrebbe considerata inesigibile, mentre residua un'ipotesi di errore di diritto solo se il soggetto, rendendosi conto di trovarsi in una situazione in cui il soccorso è esigibile, ritiene che non vi sia in capo a lui un dovere di intervenire. In altri termini, se l'esigibilità è parte della fattispecie, l'errore in cui incorra l'agente su questo elemento è scusabile ed esclude il dolo, a differenza di quello sulla norma giuridica come afferma il brocardo latino *ignorantia legis non excusat*.

Spostando le riflessioni sul piano della dottrina penalistica italiana, anche il codice Rocco offre un timido spunto all'indagine *de qua*. Difatti, l'inesigibilità quale limite di fattispecie “*che non riguarda la colpevolezza, ma la stessa conformità al tipo della condotta*” e che è esplicitamente prevista nel § 323 StGB e in altre disposizioni di diritto straniero, fa la sua comparsa anche in talune norme del codice Rocco “*che contengono richiami idonei a giustificare una delimitazione di obblighi*”³³.

³² Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. L'Autore evidenzia come non ci potrebbe essere un interesse del singolo prevalente rispetto a quello che appare come il nucleo della pedagogia sociale del sistema di potere.

³³ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 286. L'esperienza italiana va tenuta distinta da quella tedesca e, di base, non offre grandi spunti all'indagine in parola; va difatti esclusa ogni apertura al principio di inesigibilità nell'ambito delle fattispecie che, tenuto conto delle considerazioni appena fatte, sono

In primo luogo, si richiamano gli articoli 731 e 732 c.p., dedicati rispettivamente all'inosservanza dell'obbligo dell'istruzione elementare dei minori e all'omesso avviamento dei minori al lavoro³⁴. In entrambe le disposizioni, l'elemento rilevante per rinvenire l'inesigibilità è il giusto motivo (“...omette, senza giusto motivo...”), cui deve necessariamente soggiacere l'omissione, inteso per l'appunto come giusto motivo *che rende inesigibile l'adempimento dell'obbligo*. Se si ammette che l'assenza di un giusto motivo (quindi, l'esigibilità) sia un elemento della fattispecie, allora si tratta di un fattore di *delimitazione* dell'obbligo di avviamento, il cui adempimento, in tal caso, va considerato come *'non conforme al tipo'*, poiché il Legislatore ha costruito una fattispecie che riguarda le sole omissioni esigibili.

Altra disposizione rilevante è contenuta all'art. 328 c.p., dedicato alla fattispecie di omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio³⁵, la quale incrimina il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio; fondamentale, nel testo dell'articolo, è l'avverbio *'indebitamente'* che già tradizionalmente si interpretava come sinonimo di *“senza legittimo motivo”*. La dottrina, nel tentativo di enucleare la portata all'interno della teoria del dolo, è giunta a riconoscere che l'avverbio *“indebitamente”* svolga nella fattispecie l'autonoma funzione di *delimitazione* (ancora una volta) degli estremi della condotta antidoverosa; di conseguenza, non è possibile *“esigere dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio il rispetto del dovere di emettere l'atto nei casi in cui in tal modo porrebbe in discussione – ad esempio obbedendo all'ordine di emanazione di un provvedimento illegittimo, che pertanto verrà poi inevitabilmente annullato – il concreto interesse al reale funzionamento dell'amministrazione da cui dipende o comunque nelle ipotesi in cui un giustificato motivo è alla base dell'omissione”*³⁶.

solitamente da esso maggiormente condizionate, come risulta dal rigoroso dettato dell'articolo 593 c.p. sull'omissione di soccorso. Per questo motivo, le riflessioni sul punto si soffermeranno su fattispecie diverse.

³⁴ L'art. 731 c.p. recita: *“Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, d'impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare è punito con l'ammenda fino a euro 30”*. Mentre l'art. 732 c.p., ora abrogato, recitava *“Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore che ha compiuto gli anni quattordici e deve trarre dal lavoro il proprio sostentamento, omette, senza giusto motivo, di avviarlo al lavoro è punito con l'ammenda fino a lire sessantamila”*.

³⁵ L'art. 328, comma 1 c.p., nel testo attualmente vigente, recita quanto segue: *“Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”*.

³⁶ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 290.

L'avverbio indebitamente, che quindi contiene il riferimento al principio di inesigibilità, opererebbe come delimitazione dell'ambito delle omissioni punibili; un tale risultato è reso possibile dal mutamento nella sensibilità degli interpreti che, secondo le più recenti evoluzioni, si mostrano più inclini a ravvisare l'oggetto della tutela non nella mera obbedienza alle leggi da parte del pubblico ufficiale, bensì nell'interesse costituzionalmente orientato all'emanazione di un provvedimento che assicuri in concreto il rispetto del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Un esempio di questa situazione può rinvenirsi nella condizione del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che rifiuti di emanare o ritardi l'emanazione di un provvedimento in quanto illegittimo e che non possa comunque essere punito, dal momento che l'illegittimità fa venire meno l'esigibilità del rispetto del dovere di emanazione stesso facendo venire meno il carattere indebito della condotta dell'agente.

Infine, merita attenzione l'articolo 570 c.p. relativo ad una ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nello specifico quella di colui che *“abbandona il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge”*. In modo particolare, è opportuno soffermarsi sulla modalità di condotta del reato, che è integrata dall'abbandono (*“che non è semplice allontanamento”*³⁷), la quale ancora una volta indica un *“limite implicito di inesigibilità nella stessa fattispecie, in quanto ha sostanzialmente indicato come integrative del tipo quelle sole condotte di violazione tenute sul presupposto di un allontanamento non giustificato dall'inesigibilità della permanenza nel domicilio”*. Quindi, ove si possa ritenere che non fosse esigibile che il soggetto rimanesse nel domicilio, viene meno lo stesso abbandono, essendo ancora una volta l'inesigibilità parte della fattispecie tipica.

Le riflessioni finora svolte in tema di fatto tipico del reato permettono di notare come in diverse ipotesi l'inesigibilità operi come limite di fattispecie e che, seppure la maggior parte di esse appartenga al diritto degli ordinamenti stranieri, alcune se ne possono rinvenire anche nel codice Rocco. La casistica ha segnalato poi che le norme in questione configurano generalmente reati omissivi, dunque obblighi di agire che importano un più intenso sforzo dei soggetti interessati e una più ampia possibilità del verificarsi di quelle situazioni eccezionali che danno luogo ad inesigibilità.

³⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 293.

È poi emerso che il limite dell'inesigibilità può operare *in senso proprio*, attraverso una clausola con cui il Legislatore richiede al giudice di valutare nel caso concreto l'esigibilità del rispetto del dovere e la conseguente integrazione del tipo legale (come avviene per l'art. 323 del StGB tedesco), o *in senso lato*, come motivo che induce il Legislatore ad escludere a priori determinati soggetti dal novero dei destinatari del dovere, quando si trovino in particolari situazioni in cui è presumibile un conflitto che renderebbe loro problematico tenere la condotta adeguata alla norma (come nel caso del segreto confessionale per il sacerdote).

Tuttavia, una tale efficacia limitativa dell'esigibilità non si può estendere oltre i casi in cui le norme presentino un dato letterale o logico che permetta tale interpretazione, rigettando l'orientamento di parte della dottrina secondo cui la particolare disciplina del principio in parola possa essere estesa per analogia a tutte le fattispecie omissive proprie³⁸, non potendo, a suo giudizio, essere aggirato il principio di determinatezza a tal punto da "*reformulare un'intera categoria di norme, con piena indifferenza per la volontà espressa al riguardo dal legislatore*"³⁹.

3.2. ...b) Nell'ambito dell'antigiuridicità

L'antigiuridicità costituisce il secondo elemento della sistematica del reato e permette di sciogliere ogni dubbio circa la natura *secundum* o *contra ius* di un dato comportamento, in quanto sussiste quando il fatto, già tipico, è contrario all'ordinamento giuridico. All'inverso, l'antigiuridicità non sussiste quando *la condotta viene approvata dall'ordinamento giuridico*.

Nell'esaminare la tematica dell'inesigibilità nell'ambito dell'antigiuridicità, Fornasari premette la sua preferenza sulla sistematica del reato fondata sulla concezione tripartita, con conseguente considerazione autonoma del fattore dell'antigiuridicità, nonché l'appoggio alla teoria tradizionale che pone una separazione tra antigiuridicità obiettiva e colpevolezza, nonché da ultimo il rifiuto della tesi (espressa in particolare da

³⁸ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. L'Autore si discosta quindi da quelle che sono le elaborazioni avvenute in materia di art. 384 e che analizzeremo al Secondo Capitolo della presente, che per l'appunto rinvengono nell'articolo un'ipotesi di inesigibilità sostanzialmente positivizzata dal legislatore e che permette un'estensione analogica della fattispecie anche alle ipotesi in cui il riferimento non sia al coniuge bensì al convivente *more uxorio*.

³⁹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 296.

Günther) dell'esistenza di cause di giustificazione squisitamente penali, dichiarando invece la sua adesione al principio dell'unità dell'ordinamento giuridico.

Punto di partenza fondamentale in tema di antigiuridicità è chiedersi quale sia la funzione sistematica della categoria in questione, ovvero quale sia il fondamento delle cause di giustificazione. Al fine della presente disamina, è sufficiente affermare che sussistono due filoni in materia, la teoria monistica (minoritaria), che individua una radice unica a fondamento di tutte le scriminanti, la teoria pluralistica (maggioritaria), che vede due o più fondamenti validi per tutte le scriminanti o comunque sostiene che ciascuna di esse abbia un proprio fondamento autonomo. Ciò che rileva, infatti, è che ogni ricostruzione vede nel momento della determinazione dell'antigiuridicità la sede di una valutazione fondata su un *bilanciamento di valori in termini di scopo*, effettuato dal Legislatore in astratto e dal giudice in concreto in sede di interpretazione. Lo scopo costituisce l'elemento che permette di compiere un bilanciamento efficace tra i valori di diverse fattispecie, rendendo possibile e comprensibile la prevalenza, in termini di importanza, degli interessi di ordine pubblico su quelli privati, come il bene della vita, in certe ipotesi di adempimento del dovere o uso legittimo delle armi da parte di pubblici ufficiali⁴⁰.

Quanto premesso, permette di introdurre in materia di antigiuridicità il tema specifico della nostra indagine, che concerne il particolare bilanciamento di interessi che avviene al momento di giudicare integrato o meno l'obbligo di impedimento dell'evento che deve sottostare all'incriminazione di un soggetto nelle ipotesi di reati commissivi con omissione⁴¹, la cui peculiare struttura, per essere integrata, richiede la "*posizione di*

⁴⁰ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Questo vale, secondo il Fornasari, tanto per il consenso dell'avente diritto quanto per lo stato di necessità, che rappresentano le due scriminanti più problematiche. Nella prima ipotesi, infatti, solo l'idea dello scopo (che determina la disponibilità del diritto in questione) "*guida la valutazione relativa alla sussistenza della situazione giustificante dando un contenuto di valore al puro bilanciamento tra l'interesse sacrificato e quello perseguito, mentre nella seconda è decisiva la considerazione (...) della necessità di salvataggio di un bene (per principio, dello stesso rango di quello offeso) in una situazione particolare di pericolo, contrassegnata da requisiti molto rigidi ma soprattutto non causata dall'agente, il cui comportamento non è pertanto connotato da quel disvalore di azione che farebbe pendere la bilancia a favore dell'illiceità del fatto*".

⁴¹ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit. Con reati commissivi per omissione, o reati omissivi impropri, si intende fare riferimento alle fattispecie in cui si configura l'omesso impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire. Come nel reato omissivo proprio si ha la violazione di una norma di comando, ma in quello improprio tale comando è indiretto, in quanto costruito sul rovesciamento di una norma di divieto (diverso è dire "*non cagionare la morte*" e "*agisci perché non si verifichi la morte*"). L'essenza normologica del reato omissivo improprio, appena esposta, è espressione della combinazione tra la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 comma 2 c.p. sul rapporto di causalità (secondo cui "*non*

garanzia” in capo al soggetto chiamato a rispondere. È proprio tale situazione soggettiva ad avere rappresentato terreno fertile, per la dottrina tedesca, per l’individuazione di un ruolo al principio di inesigibilità⁴².

A tale proposito, premesso che nel reato omissivo improprio la fattispecie oggettiva si caratterizza, rispetto alla corrispondente fattispecie commissiva, per contenere l’elemento ulteriore rappresentato, appunto, dalla posizione di garanzia, risultano parimenti criticabili le teorie che riconducono quest’ultima integralmente o alla tipicità o all’antigiuridicità: le prime, in quanto “*presentano il difetto di arricchire il fatto tipico di un fattore che in realtà non può che rimanergli estraneo, ovvero l’obbligo di impedire l’evento*”, le seconde, in quanto considerano tipiche tutte le omissioni produttive di un evento penalmente rilevante. Secondo la dottrina, difatti, in questo modo si attribuirebbe un ruolo eccessivamente neutrale al fatto tipico nei reati omissivi impropri, sulla base della considerazione che l’omissione rilevante per il diritto “*non è un mero non fare, bensì il comportamento di chi resta inattivo quando l’ordinamento si attende qualcosa da lui*”. Di conseguenza, si rende necessario optare per la soluzione più articolata e individuata, da dottrina e giurisprudenza tedesche, nella “*scissione logica tra i due momenti integranti la posizione di garanzia: la situazione di garanzia come tale e l’obbligo giuridico che ne scaturisce*”⁴³, la prima riconducibile al fatto tipico, la seconda all’antigiuridicità, soluzione che consente una corretta impostazione della problematica dell’errore sull’obbligo giuridico e, al contempo, un adeguato arricchimento di contenuto della tipicità omissiva.

Per l’appunto, “*è la contrarietà all’obbligo giuridico a connotare la condotta già tipica (cioè tenuta in presenza della situazione di garanzia) del requisito di*

impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”) e una norma incriminatrice di parte speciale.

⁴² Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 95 e ss. La posizione di garanzia costituisce il dato maggiormente caratterizzante l’omissione impropria e coincide con l’obbligo giuridico di impedimento dell’evento; l’analisi della posizione di garanzia permette di individuare, tra tutte le omissioni causali (ossia in cui si possa rintracciare il nesso di causalità omissiva), solo quelle tipizzate come penalmente rilevanti. A rilevare sono esclusivamente le omissioni causali realizzate dai soggetti su cui grava un obbligo giuridico di impedire un determinato evento, tanto che la posizione di garanzia può dirsi altresì uno “*speciale vincolo di tutela tra garante dotato di adeguati poteri e bene giuridico che il soggetto garante deve proteggere esercitando proprio quei poteri*”. Tra le posizioni di garanzia rilevanti a tal fine è solito distinguere tra posizioni di protezione (quale è quella del genitore nei confronti dei figli) e di controllo (quale è quella dei funzionari regionali responsabili tecnici dei corsi d’acqua nei confronti di persone e cose che si trovano nel loro territorio di competenza), che si concentrano rispettivamente su un bene e lo proteggono da tutti i rischi ovvero su una singola fonte di rischio e proteggono tutti i beni minacciati.

⁴³ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 309.

antigiuridicità”, che dunque presenta un elemento autonomo nei reati omissivi impropri; quindi, è la stessa contrarietà all’obbligo a costituire elemento dell’antigiuridicità, non l’obbligo di impedire l’evento, che invece “*consegue alla situazione di garanzia*” e costituisce il “*presupposto esterno dell’antigiuridicità dell’omissione*”⁴⁴, che verrà esclusa di fronte ad un fattore che, delimitando gli effetti dell’obbligo, ne giustifica il mancato rispetto.

Se, quindi, per i reati omissivi propri è più corretto aderire alla tesi che vede nella inesigibilità la mancanza della tipicità del reato stesso, in quanto il limite è insito nella costruzione del tipo legale, nel caso dei reati omissivi impropri, ove il punto di contatto tra omissione e azione tipica avviene attraverso la sussistenza della posizione di garanzia, l’inesigibilità “*non può giocare alcun ruolo costituendo essa sul piano concettuale soltanto il limite di un dovere giuridicamente imposto*”. Attraverso tale impostazione, l’inesigibilità non incide direttamente sul comando, bensì su di un obbligo giuridico il cui mancato rispetto contribuisce ad integrare un diverso elemento del reato, ovvero l’antigiuridicità del fatto tipico, già integratosi in quanto l’obbligo primario è di per sé incondizionato⁴⁵.

Ebbene, aderendo a tale impostazione e concependo l’antigiuridicità come sede di bilanciamento tra valori, la situazione di garanzia, appartenente al fatto tipico, definisce il substrato dell’obbligo giuridico il cui mancato rispetto può dipendere anche da una situazione di conflitto in cui il soggetto garante viene a trovarsi.

In conclusione, a differenza che nei reati omissivi propri, in cui l’inesigibilità fa parte necessariamente della fattispecie tipica e deve conseguentemente essere oggetto di un’espressa previsione legislativa, per le “*irrinunciabili esigenze di tassatività*”, nel caso dei reati omissivi impropri, tale espressa previsione legislativa non appare invece indispensabile, dovendo ritenersi che il limite dell’inesigibilità sia “*implicito nella stessa struttura dell’obbligo*”, pur riconoscendo che, in un ordinamento giuridico formalistico come il nostro, sarebbe forse opportuna una affermazione esplicita che l’assimilazione

⁴⁴ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 310.

⁴⁵ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Questo significa che l’obbligo di impedimento dell’evento è delimitato ai casi in cui l’intervento del garante sia esigibile, in quanto, indipendentemente dall’entità del bene da proteggere, non implichi un serio pericolo per la sua vita o la sua integrità personale, fermo restando che se l’interesse altrui è di rango pari o inferiore, la giustificazione è fornita dallo stato di necessità qualora ne sussistano gli estremi.

della condotta omissiva a quella commissiva “presuppone un obbligo giuridico ed esigibile di impedire l’evento”⁴⁶.

3.3. ...c) Nell’ambito della colpevolezza.

Nel suo rapporto con la colpevolezza, l’inesigibilità assume attributi e funzioni decisamente differenziati, essendo dopotutto la colpevolezza un elemento articolato della costruzione del reato ed esistendo numerose cause idonee ad escluderne la sussistenza o comunque a condizionarla sul piano quantitativo.

Al pari dell’omissione, la *colpa* costituisce terreno privilegiato del discorso sulla inesigibilità, sia in forza della sua natura normativa, sia dell’impegno attivo che si richiede ai soggetti al fine, data la situazione in cui si trovano, di evitare di realizzare la fattispecie colposa.

Punto di partenza, è accogliere il dato per cui esistono due misure della colpa, che “non è più da considerare la seconda forma di colpevolezza”⁴⁷ a fianco del dolo, ma consta per l’appunto di un momento oggettivo, determinato dalla violazione oggettiva della regola di diligenza o di cautela e inerente al fatto, che si connota in tal modo della natura colposa, e di uno soggettivo, determinato dalla capacità dell’agente di rispettare, nella situazione concreta, la regola di condotta, inerente alla colpevolezza⁴⁸.

La sistematica della colpa che deriva da questo dualismo si incentra, da un lato, su di un modello di autore (il c.d. “*homo eiusdem condicionis et professionis*”) che determina la misura di *quantum* di diligenza sufficiente e necessario per integrare la fattispecie criminosa in una data situazione e, dall’altro, sull’incidenza delle specifiche caratteristiche dell’agente sul fatto determinante⁴⁹.

Il dovere di diligenza che fonda il reato colposo si scinde a sua volta in due aspetti: dal lato oggettivo è violato dal mancato rispetto di una regola generalizzata valida per un

⁴⁶ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit.

⁴⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 321.

⁴⁸ Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, 172. Nell’opera, l’Autore a sua volta articola il giudizio di colpa in due fasi distinte: “la prima, pertinente al piano della misura oggettiva, volta a determinare la pretesa comportamentale in modo impersonale, vale a dire a prescindere dalle caratteristiche individuali dell’agente reale; la seconda fase, attinente alla misura soggettiva, diretta a verificare se quel determinato comportamento oggettivamente individuato possa essere tenuto dall’agente reale, avuto riguardo alle sue caratteristiche individuali”.

⁴⁹ Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, 172. Prosegue l’Autore affermando che, intesa in questi termini, la colpa prende a riferimento il “parametro dell’agente medio, vale a dire il punto di vista di un agente modello che possiede le conoscenze e le capacità proprie della maggioranza dei soggetti che operano in un determinato settore”.

certo tipo di agente; da quello soggettivo, invece, è violato in assenza di particolari condizioni che, ad illecito già integrato, escludono la colpevolezza, in quanto consentono di variare la misura di diligenza normalmente richiesta. È in questo contesto che si colloca l'inesigibilità, in quanto anch'essa è in grado, insieme alle caratteristiche individuali dell'agente, di concorrere a delimitare il dovere di diligenza nel suo aspetto *soggettivo*, precisando meglio la misura della colpa.

Tra le tesi che accolgono la particolare rilevanza dell'esigibilità in ambito di soggettività della colpa, si registra una prima tendenza che ammette una funzione particolare del nostro principio nei soli settori dei reati colposi e omissivi, giustificando in tali ipotesi una speciale indulgenza dell'ordinamento verso l'agente, al quale sarebbe più facilmente perdonabile una dimostrazione di umana debolezza. In questo senso, si rientra nella concezione dell'inesigibilità come scusante extralegale circoscritta a specifiche figure delittuose.

Il tema è stato approfondito anche da Jakobs, che ha riconosciuto in linea di principio all'inesigibilità il ruolo di causa di esclusione della responsabilità penale qualora nel soggetto agente intervenga un "*disturbo del meccanismo motivazionale*"⁵⁰, non legato ad una situazione di necessità o di violenza che non lo rende più in grado di dirigere il proprio comportamento secondo il disposto della norma giuridica; in tali ipotesi, la diminuzione del grado di colpevolezza sarebbe tale da non giustificare più la sanzione. L'Autore esclude quindi che una simile argomentazione si limiti ai soli casi di colpa.

Una diversa tendenza vede invece l'inesigibilità nei reati colposi come un limite al dovere di diligenza già nell'ambito del momento oggettivo dell'antigiuridicità. La più recente rielaborazione della teoria in questione ha evidenziato come il contenuto di ogni caso di colpa consiste nella *mancata conoscenza dell'effettivo pericolo conseguente alla condotta* e alla base della quale sta sempre la constatazione di un *errore del soggetto*

⁵⁰ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 328. L'Autore riporta l'esempio della madre che, avendo appreso la notizia di un grave incidente occorso al proprio bambino, vuole accorrere immediatamente all'ospedale dove è stato ricoverato e dimentica di spegnere il ferro da stiro, provocando un incendio che causa la morte o le lesioni di terze persone. Anche se la rapidità con cui essa raggiunge l'ospedale non può dare alcun concreto contributo alla salvezza del bambino – e di ciò lei era consapevole – non si può non guardare con indulgenza e comprensione il comportamento della donna. Difatti, si ritiene che la perdita della freddezza mentale, in questa situazione, è tale da incidere anche su un comportamento doloso.

nell'apprezzamento della situazione esistente, poiché in nessun caso l'agente giudica correttamente la virtualità lesiva del suo comportamento⁵¹.

Pertanto, decidere sull'esigibilità della conoscenza equivale a pronunciarsi sulla vincibilità di tale errore, in altri termini, sulla sua *inevitabilità*; infatti, l'errore invincibile comporta l'atipicità della condotta e la caducazione del dovere di diligenza⁵².

In questo senso, è importante puntualizzare che oggetto dell'inesigibilità non è sempre, necessariamente, la conoscenza delle conseguenze pericolose della condotta (ossia la natura dell'errore a riguardo)⁵³; questo comporta significative conseguenze sul versante del momento logico della colpa su cui incide il principio stesso. L'indipendenza logica tra i due fattori, infatti, conferma che l'inesigibilità ha carattere di principio *regolativo del dovere*: da un lato, in quanto idoneo a graduare o escludere l'evitabilità dell'errore per individuare quando lo sforzo dell'agente, nel rappresentarsi i valori dell'ordinamento e formare la propria convinzione sull'agire, sia sufficiente ad escludere la colpevolezza; dall'altro lato, a prescindere dall'esistenza di un errore, in quanto conseguenza del ragionamento per cui, in presenza del dovere di diligenza oggettivamente violato (secondo la misura dell'uomo medio), talvolta non si può comunque pretenderne il rispetto o a causa di un errore che ha viziato il procedimento di prevedibilità dell'evento concreto o per via di un blocco motivazionale (come il pensiero del figlio in ospedale), che rende all'agente, in una certa ipotesi, inevitabile un evento prevedibile (come l'incendio scatenato dal ferro da stiro rimasto acceso) che altrimenti sarebbe pacificamente evitabile.

In sostanza, quindi, il dovere di diligenza riguarda in principio tutti i soggetti e il carattere illecito del fatto colposo può essere eliminato solamente quando si sia tenuto un

⁵¹ Difatti, il reato colposo è caratterizzato per l'appunto dalla mancanza di intenzionalità della propria azione e delle conseguenze dannose che da essa possono discendere.

⁵² Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. In presenza di un errore invincibile, dunque, secondo il Fornasari non sussiste neanche il fatto tipico perché viene meno in principio il dovere di diligenza. Considerato quindi che l'Autore colloca l'inesigibilità dei reati colposi all'interno della colpevolezza, è naturale che in queste circostanze il ragionamento non arriva neanche a spingersi fino alle considerazioni sulla stessa, arrestandosi al piano della tipicità.

⁵³ Come avviene ad esempio nella colpa cosciente, dove il soggetto si rappresenta la possibilità che l'evento si verifichi e così le sue conseguenze (non sussistendo la consapevolezza tipica del reato colposo), ma non vuole l'evento concretamente si realizzi. Pertanto, siccome la conoscenza in questo caso sussiste, non si potrà fare questione di un errore più o meno invincibile.

Quanto detto vale a maggior ragione se si tratta di un'ipotesi di colpa incosciente, in cui l'agente di fatto non aveva nemmeno previsto la possibilità del verificarsi dell'evento; limiti fisici, di scolarizzazione o socializzazione non possono infatti non essere considerati quando il soggetto ha causato un evento non solo involontariamente ma anche senza averlo preveduto come possibile.

comportamento cauto e prudente proprio di certe categorie di individui; riguarda invece il versante soggettivo, quindi la colpevolezza, se l'inesigibilità può rendere irrilevante, ai fini delle conseguenze in tema di responsabilità, il mancato rispetto di un dovere oggettivamente esistente.

Esigibilità e particolari caratteristiche individuali del soggetto integrano quindi la *misura soggettiva della colpa*, riguardando la prima l'eccezionalità di una situazione di fatto che condiziona l'effettiva capacità al rispetto della regola cautelare, che pure non viene meno, non perdendo la sua oggettiva efficacia *erga omnes*.

Anche in ordine ai reati colposi ci si può interrogare in conclusione sul se, al fine di riconoscere un ruolo all'esigibilità all'interno degli stessi, sia necessariamente richiesta un'espressa previsione legislativa, dando risposta negativa sulla base della considerazione che l'esigibilità è "*elemento strutturale del momento soggettivo della colpa*", per cui la sua esplicita menzione, nelle norme positive, non è strettamente necessaria, se non per le già ricordate ragioni di opportunità e di chiarezza.

Anche il profilo della graduabilità della colpa, il cui riferimento è contenuto all'art. 133 c.p. il quale, tra i criteri di commisurazione della pena, richiama espressamente l'esistenza di un grado della colpa, risulta particolarmente interessante quando entra in rapporto con l'inesigibilità. La colpa deve essere, per l'appunto, valutata dal giudice ai fini della determinazione della gravità del reato e, di conseguenza, della commisurazione della pena da applicare in concreto, oltre ad essere oggetto di valutazione anche nelle norme di parte speciale che, per la punibilità del fatto, richiedono la colpa grave⁵⁴.

Tra i diversi fattori che vanno considerati dal giudice nel valutare tale grado della colpa, rientrerebbe anche il "*quantum di esigibilità del rispetto delle regole cautelari*", che assurgerebbe addirittura a denominatore comune di tutti gli altri criteri⁵⁵. In questo

⁵⁴ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 285. Graduazione della colpa, altro non significa che modulazione delle componenti dei suoi due elementi di base, ossia misura oggettiva e soggettiva. La prima è costituita dalla cristallizzazione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità che individuano la misura di diligenza richiesta, dunque il più importante parametro di graduazione è la misura dello scostamento tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da tenere in base alle norme cautelari rintracciate per il caso specifico. La seconda, invece, si gradua nel seguente modo: quanto all'elemento conoscitivo (la consapevolezza), a seconda della presenza o meno della previsione dell'evento; quanto alla possibilità soggettiva di adeguarsi ai richiesti standard di diligenza, a seconda dell'incidenza concreta di cause personali limitanti, oggettive o soggettive.

⁵⁵ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 285. Come abbiamo detto, la graduazione della colpa costituisce la modulazione delle sue due componenti, ossia la misura oggettiva e quella soggettiva; quanto alla graduazione della misura soggettiva, bisogna precisare che al fine di valutare la presenza o meno di

modo, l'esigibilità costituirebbe *“uno dei criteri base (...) per la determinazione, richiesta nel nostro codice dall'art. 133 ai fini della commisurazione della pena in sede giudiziale, del grado della colpa, congiuntamente all'obiettivo accertamento della gravità della violazione del dovere di diligenza”*⁵⁶.

Da ciò, la conclusione per cui l'esigibilità assolve nella colpa una duplice funzione: *“qualitativa, nel momento in cui contribuisce a distinguere le condotte che si possono definire colpose da quelle che non comportano responsabilità penale; quantitativa, laddove incide, presupposta una condotta esigibile, sulla misura delle conseguenze sanzionatorie”*⁵⁷.

3.3.1. Il rapporto tra l'inesigibilità e le scusanti: lo stato di necessità scusante e le scusanti di parte speciale del codice Rocco (artt. 384 co. 1, 307 co. 3 e 418 co. 3 c.p.)

L'inesigibilità rappresenta, ancora oggi, l'essenziale fondamento delle scusanti, operando esso come limite di un dovere e incidendo sull'ultima possibile *chance* di escludere la configurazione del reato⁵⁸. Si tratta pertanto di un limite residuale, un filtro idoneo ad operare nelle ipotesi in cui *“la fattispecie incriminatrice non contiene una clausola di esigibilità, non v'è questione di esigibilità dell'obbligo di impedimento dell'evento in un caso di omissione impropria e non vi sia esclusione, per inesigibilità, del momento soggettivo della colpa”*⁵⁹.

cause soggettive limitanti, sarà valutato il grado dei deficit psichici, culturali e di socializzazione nonché *“il grado di esigibilità del comportamento doveroso rispetto alla situazione concreta”*. Il riferimento che il manuale fa in questa sede è alla colpa con previsione (art. 61 n. 3 c.p.), che si differenzia da quella ordinaria, priva di previsione, ossia incosciente, e in cui la graduazione della colpa dipenderà dal grado di probabilità del verificarsi dell'evento. Ad esempio, chi guida ad alta velocità e prevede l'evento collisione, lo prevede come mediamente o scarsamente probabile? O ancora, il motociclista è al primo giorno di guida o è già esperto? Tutti i diversi parametri di graduazione che possono rilevare nel caso concreto, altro non sono che concretizzazioni della misura di previsione, prevedibilità ed *esigibilità soggettiva* del comportamento doveroso omesso.

⁵⁶ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 337.

⁵⁷ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit., 338.

⁵⁸ Cfr. BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005, 55. Nell'opera citata, l'Autore richiama la concezione che ricollega la colpevolezza appunto all'esigibilità dell'osservanza doverosa, mostrando come, *“secondo la formulazione più recente e diffusa, l'esigibilità (...) svolge soltanto una funzione di limite alla pretesa punitiva normativa. Più precisamente, l'inesigibilità del comportamento viene posta a fondamento delle c.d. scusanti: mentre, infatti, l'imputabilità e la scientia iuris rappresentano le condizioni che fondano il giudizio di colpevolezza, le scusanti consistono invece in situazioni che alterano il procedimento motivazionale in modo tale da impedire la stessa formulazione di siffatto giudizio”*.

⁵⁹ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit.

Le cause scusanti sono pertanto il terreno di applicazione del principio di inesigibilità nell'ambito delle fattispecie commissive dolose e la scusante per antonomasia, ossia lo stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, rappresenta un punto di equilibrio di un sistema penale che non può essere sbilanciato né a favore dei cittadini, per evitare che i comandi legislativi perdano la loro efficacia, né a favore dello Stato, perché ciò impedirebbe di dare rilevanza a situazioni eccezionali non standardizzabili nelle norme.

Sulle basi di queste considerazioni può trarsi l'assoluta necessità, anche per l'ordinamento italiano, di munirsi di uno strumento di questo tipo, in modo da dare piena attuazione al principio di colpevolezza e fornire una guida più sicura ai Tribunali che, talvolta per non addivenire a condanne palesemente ingiuste, data l'anormalità del procedimento di motivazione dell'autore di un fatto illecito, sono costretti a fare un uso improprio e spesso fuorviante di categorie giuridico-penali non pertinenti⁶⁰.

In realtà non si tratta di un'attività di facile realizzazione, innanzitutto a causa della mancanza, nel codice penale italiano, di un chiaro inquadramento dogmatico delle cause di non punibilità e della conseguente difficile qualificazione dello stato di necessità. Queste problematiche si riflettono direttamente sul tema oggetto della presente, dal momento che si discute se le scusanti siano tassativamente previste dall'ordinamento ovvero se il giudice possa individuare delle situazioni scusate anche al di fuori delle cause di non punibilità codificate, il che potrebbe per l'appunto avvenire in forza di un generale principio di inesigibilità.

⁶⁰ Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Fornasari riporta in tal senso ad esempio una sentenza della Corte d'appello di Bologna (28 novembre 1987) dove il giudice, nell'ipotesi di alcuni dei sequestri di persona operati nella comunità di San Patrignano a danno di alcuni tossicodipendenti per impedire loro di fuggire e tornare a drogarsi, ritenne che essi non potessero essere giustificati ai sensi della norma sullo stato di necessità per via degli eccessi insiti nelle modalità attuative della limitazione della libertà personale; ha ritenuto tuttavia che non fosse corretto addebitare agli imputati di avere accolto gli stessi, nonostante la prevedibile insufficienza dei mezzi a disposizione, perché la valutazione deve essere fatta *ex ante*: quando erano stati accolti non si prevedeva di dovere ricorrere a quei mezzi sproporzionati e quando se ne manifestò l'esigenza si ritenne per colpa di non potere fare diversamente. L'assoluzione è stata fondata dunque sulla convinzione che gli imputati non sono punibili non essendo previsto il "*reato di sequestro di persona colposo*".

L'Autore critica la sentenza evidenziando come non sia pensabile che gli autori del fatto abbiano tenuto il loro comportamento convinti di non uscire dai limiti imposti dalla legge, configurando la situazione in realtà "*un vero e proprio eccesso doloso*", mentre anche l'individuazione della colpa nell'aver accolto chiunque chiedesse asilo, pur sapendo di non disporre di sufficienti strutture, esclude in realtà proprio uno dei presupposti della scriminante, ossia la non volontaria causazione del pericolo. Se ci fosse stata una norma sullo stato di necessità scusante, non solo quindi come causa di giustificazione, proprio questa avrebbe potuto essere il riferimento per un'applicazione, nel caso di specie, del principio di inesigibilità.

Tra le cause scusanti che trovano il proprio fondamento nell'inesigibilità si menziona in primo luogo l'articolo 384 c.p., di cui si dirà più approfonditamente in seguito, sul quale però è opportuno soffermarsi già adesso, con l'obiettivo di dargli un ruolo appropriato all'interno del sistema delle cause di esclusione della punibilità. Parte della dottrina ha rinvenuto, nell'articolo in parola, un'ipotesi speciale di stato di necessità, con la conseguente applicabilità ad esso di tutti i limiti e le condizioni propri del secondo⁶¹.

Questo, tuttavia, provoca da una parte una duplicazione di norme a contenuto praticamente identico, in contrasto con fondamentali esigenze di economia legislativa, dall'altra parte ricostruisce interpretativamente una norma sulla base di un evidente procedimento analogico *in malam partem* (proprio per la sopradetta applicazione, a tale fattispecie, di tutti i limiti e le condizioni peculiari dello stato di necessità); inoltre, l'esito di tale operazione è indubbiamente una chiara forma di ostilità da parte della giurisprudenza nei confronti della norma in esame.

La soluzione corretta appare pertanto quella di riconoscere all'articolo 384 c.p. la natura di causa assolutamente personale di non punibilità, quindi essenzialmente di causa scusante fondata sul principio di inesigibilità, atteso che essa non è il frutto di un bilanciamento tra interessi giuridici e che *“l'attenzione del legislatore si rivolge alla particolarità della situazione soggettiva vissuta dall'agente, che gli impedisce un*

⁶¹ Cfr. MAZZONE A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, 1992, 18. L'Autore riporta prima il dato secondo cui *“Dalla lettura della Relazione ministeriale sul progetto del codice penale si desume che, nell'intenzione del legislatore, la ratio della disposizione del 1° co., costituente (secondo la sua opinione) un'ipotesi speciale dello stato di necessità”*; ne prende, però, le distanze in modo netto, sostenendo a più riprese come invece la *ratio* da attribuire alla disposizione in parola sia quella dell'*inesigibilità*. D'altronde, l'art. 384 c.p. si muove secondo direttrici del tutto diverse da quelle dello stato di necessità, ed è *“errata la premessa relativa alla ricorrenza di un'identità di ratio tra la disposizione di cui all'art. 54 c.p. e quella di cui al 1° co. Dell'art. 384 c.p.”*. Più specificamente, Mazzone sostiene che la *ratio* alla base dell'art. 54 c.p. abbia natura *oggettiva* (*“esprime una situazione di 'indifferenza' del legislatore in relazione alla lesione di due 'interessi' di pari valore*) mentre quella alla base dell'art. 384 c.p. abbia natura *soggettiva*. Questa contrapposizione è evidente nel prosieguo dell'opera dell'Autore in citazione, in particolare quando analizza le due norme che il codice penale tedesco dedica allo stato di necessità (ossia i paragrafi 35 e 34), la prima agganciata a criteri meramente oggettivi, con esclusione dell'*antigiuridicità tout court*, attinenti al valore dei beni giuridici in gioco e alla contestuale valutazione che il bene riceverà prevedibilmente, la seconda che disciplina una scusante basata sulla *inesigibilità*, la cui ricorrenza viene ad incidere sulla c.d. *antigiuridicità soggettiva*, e in relazione alla quale il legislatore fa riferimento, nella valutazione degli interessi contrapposti, anche ai *profili motivazionali dell'agente*. Ebbene, secondo Mazzone l'art. 384 c.p. ha avuto uno sviluppo più simile al par. 35 del codice penale tedesco rispetto a quello dell'art. 54 c.p. Pertanto, nel primo comma dell'art. 384 c.p. si prevede una scriminante basata sull'*inesigibilità*, la cui ricorrenza incide, ancora una volta, sulla colpevolezza o *antigiuridicità soggettiva*; da questo l'Autore ricava quindi la dimostrazione che l'articolo in parola certo non è una ipotesi speciale dello stato di necessità e da esso non mutua niente.

*normale procedimento di motivazione, ma non elimina il contenuto di disvalore oggettivo del fatto*⁶². In tal modo, viene dunque reciso ogni legame con lo stato di necessità e, in generale, con le cause di giustificazione⁶³.

Sullo stesso ragionamento si possono ricondurre due ulteriori norme dell'ordinamento penale, ossia gli artt. 307 comma 3 e 418 comma 3 c.p.

Il primo dichiara non punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto nelle ipotesi di assistenza ai partecipi di cospirazione o banda armata⁶⁴, mentre il secondo quando l'assistenza riguardi i membri di un'associazione per delinquere; ancora una volta, pare che il Legislatore abbia voluto riconoscere rilevanza ad uno stato meritevole di comprensione, con le stesse conseguenze dell'articolo 384 c.p.⁶⁵.

Sono invece estranee al principio di inesigibilità, e costituiscono cause di non punibilità in senso stretto motivate da ragioni di opportunità pratica, le ipotesi del furto in famiglia (art. 649 c.p.) e delle ingiurie reciproche (art. 599 comma 1 c.p.).

⁶² Cfr. FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità*, cit. Il Fornasari precisa che la scusante di cui all'articolo 384 c.p. non sarebbe necessaria, per un principio di economia legislativa, qualora il nostro ordinamento prevedesse lo stato di necessità scusante, cui essa sarebbe altrimenti riconducibile.

⁶³ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, cit., 294. Quanto affermato è confermato anche dagli Autori dell'opera citata, che vedono nell'art. 384 c.p. proprio una delle poche ipotesi di causa di esclusione della colpevolezza fondata sull'inesigibilità, che deroga alla tendenziale impossibilità di ipotizzare la configurabilità nell'ordinamento penale di un potere giudiziale di applicare cause di esclusione della colpevolezza al di fuori delle ipotesi tassativamente previste ad evitare che il principio di inesigibilità diventi un "grimaldello" utilizzabile in sede interpretativa per giungere ad esiti di responsabilizzazione estranei alle scusanti legislativamente previste.

L'articolo in tema di reati contro l'amministrazione della giustizia, infatti, stabilisce la non punibilità di chi ha commesso il fatto "per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore"; la non punibilità della condotta del soggetto agente, che comunque mantiene le caratteristiche di una oggettiva illiceità, in questo caso trova fondamento in un giudizio di non colpevolezza del comportamento incriminato, in quanto non umanamente esigibile, quale potrebbe essere il fatto che la madre non aiuti il proprio figlio nel sottrarsi alle ricerche dell'autorità.

Cfr. MAZZONE A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, 1992, 17. Secondo l'Autore, la ratio dell'art. 384 è proprio l'inesigibilità.

⁶⁴ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, UTET, 25 e ss. In tema di principio di tassatività e divieto di analogia, il manuale, dopo avere affermato che la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. è applicabile anche per i componenti di una famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, dovendosi recepire un'interpretazione *bonam partem* che consente la parificazione, in termini di rilevanza penale, della convivenza *more uxorio* alla famiglia fondata sul matrimonio (come si vedrà più approfonditamente in seguito), riporta la posizione del Supremo Collegio che ha ribadito l'operatività della causa di non punibilità oltre i casi riconosciuti dall'art. 307 c.p., "senza dover incorrere all'analogia, ma proponendo un'interpretazione estensiva, rapportata ad una valutazione sociale ed internazionale della questione in oggetto, interpretazione, tra l'altro, conforme a quanto statuito dall'art. 8 CEDU".

⁶⁵ Il che va tenuto ben distinto dall'ipotesi in cui l'ordinamento penale reagisce alla violazione di una norma incriminatrice avendo semplicemente riguardo a ragioni di opportunità pratica, come nei casi del furto in famiglia (art. 649 c.p.) o delle ingiurie reciproche (art. 599 comma 1 c.p.), che sono senza dubbio cause di non punibilità in senso stretto che non poggiano in alcun modo sul principio di inesigibilità.

Per concludere, è utile richiamare anche la parte della dottrina moderna⁶⁶ la quale rinviene il fondamento del principio di inesigibilità all'articolo 42, comma 1, c.p., secondo il quale “*può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà*”, intendendosi con coscienza e volontà due elementi che alludono alla dominabilità soggettiva dell'azione (nel senso che è cosciente e volontaria la condotta che il soggetto poteva dominare al momento d'agire o di dover agire). Letta in questi termini, la *suitas* occupa senz'altro degli spazi diversi da quelli propri del dolo o della colpa, o ancora dell'errore sul fatto (art. 47 c.p.), seppure anch'essi delimitino i confini dell'elemento psicologico del reato, andando ad occuparsi delle condizioni basilari, ‘minimali’, di attribuzione della condotta all'agente dal punto di vista psicologico⁶⁷.

Per questo verso, sembrano schierarsi in modo netto coloro secondo i quali l'art. 42, comma 1 c.p. guarda, in realtà, non in positivo alla coscienza e volontà dell'azione, quanto in negativo alle circostanze anormali concomitanti che rendono incolpevole l'atto posto in essere nel suo divenire motivazionale (muovendosi sempre, dunque, sul terreno delle cause di esclusione della colpevolezza nella sua concezione normativa). Così, nell'articolo in parola, rientrerebbero tutte quelle ipotesi di esclusione della *suitas* non contemplate dagli artt. 45 e 46 c.p., assurgendo esso a clausola aperta destinata a completare il sistema oltre i limiti del caso fortuito, della forza maggiore e del costringimento fisico⁶⁸. L'art. 42 apre quindi a quelle situazioni che, pur non implicando l'assoluta impossibilità di poter agire altrimenti, consentono, in base a una valutazione normativa più sofisticata, di escludere la colpevolezza per inesigibilità del comportamento lecito (perché “*il fatto non costituisce reato*”).

⁶⁶ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, cit.

⁶⁷ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, cit. In tal senso, gli Autori riportano l'esempio di chi agisce nel sonno, in preda a sonnambulismo, che è un uomo a cui nessuna vera condotta può essere attribuita, così come un uomo che reagisce a uno stimolo esterno con un atto automatico incoercibile, posto in essere cioè su impulso nervoso diretto, senza passaggio dell'impulso per la sfera del cervello, è un soggetto il cui atto non può dirsi cosciente e volontario.

⁶⁸ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, cit. “*Il campo delimitato nei suoi confini ultimi dall'art. 42, comma 1 è lo stesso – la motivazione d'agire – su cui insistono caso fortuito, forza maggiore e costringimento fisico*”. Tuttavia, la portata dell'art. 42 e quella degli artt. 45 e 46 non coincidono, nel senso che questi ultimi riguardano fenomeni di intensità massima di esclusione della *suitas*. Chi è sollevato di peso da una tromba d'aria e scagliato contro qualcuno, provocandone la morte, è schiavo di una *vis maior* che preclude ogni possibilità di dominare la condotta. In questo caso, così come per l'improvviso e imprevedibile malore (art. 45), o come anche per la violenza fisica irresistibile (art. 46), viene meno alla radice l'azione o l'omissione: parlare qui di esclusione della sola colpevolezza sarebbe riduttivo.

Quello spazio occupato da coscienza e volontà ex art. 42, che si pone oltre l'anomalia incoercibile e radicale del caso fortuito, della forza maggiore e del costringimento fisico, oltre la costrizione dello stato di necessità (art. 54), fino a coinvolgere gli stati emotivi e passionali al di là dell'irrelevanza prevista dall'art. 90 in tema di imputabilità, coinciderebbe proprio con l'*inesigibilità* intesa come causa generale di esclusione della colpevolezza, non extralegale ma tipica.

In forza dell'art. 42, comma 1, il giudice deve valutare se il soggetto avrebbe potuto agire diversamente nella situazione data e se fosse esigibile un comportamento conforme alla legge. Il giudizio richiede un certo grado di astrazione e rimanda a un confronto tra impulsi della condotta, grado dell'offesa al bene giuridico e importanza del bene; l'esito del giudizio varia dunque in funzione della meritevolezza di protezione dei fattori motivazionali così valutati⁶⁹.

La rilevanza degli impulsi motivazionali era stata, dopotutto, già evidenziata da Berthold Freudenthal, contemporaneo di Frank, secondo cui sarebbe stato inevitabile *“un giorno riconoscere che non merita la pena criminale chi, date le circostanze, non poteva comportarsi diversamente, e ciò indipendentemente da una vera e propria situazione di necessità, perché possono assumere rilevanza anche impulsi motivazionali di per sé estranei a questo istituto, per quanto lo si voglia estendere”*.

Conclusivamente, il principio di inesigibilità può dirsi già immanente al nostro ordinamento nella misura in cui coscienza e volontà siano intese come *“indici di integrità del processo motivazionale”*, ossia *“assenza di condizionamenti anormali tali da causare, secondo criteri normativi di valutazione, l'esclusione della colpevolezza anche al di là delle situazioni di necessità o di non dominabilità della condotta specificamente previste dalla legge”*⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, cit. Questa sistemazione permette di ricomprendere anche ipotesi estreme, in cui sia coinvolto un intenso stato emozionale, il quale potrebbe essere scusato in relazione al comprensibile tormento morale alla base dell'azione illecita. Gli Autori riportano l'esempio di un padre disperato che uccida il figlio, affetto da malattia inguaribile e degenerativa, che lo implori di porre fine ai suoi tormenti, in cui potrebbe ritenersi venir meno la colpevolezza in rapporto alla considerazione del dolore, del conflitto di coscienza dilaniante, alla luce di un'idea di vita dignitosa meritevole di attenzione da parte dell'ordinamento.

⁷⁰ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, cit.

4. Spunti di una ripresa di interesse nella dottrina italiana per il concetto di inesigibilità

Appare opportuno, prima di passare agli approfondimenti dei successivi capitoli, segnalare alcune delle pubblicazioni della dottrina italiana in merito alla discussione sul tema della inesigibilità. Già il Vassalli si era espresso in materia riconoscendo che la problematicità più sentita in sede di esclusione della colpevolezza è quella, di grande rilievo pratico, “*se tutte le cause in questione (e precisamente quelle di esclusione della colpevolezza in senso stretto) possano essere riportate ad una matrice o a un principio comune e se questo principio comune autorizzi una causa generale di esclusione non espressa (...) che prende il nome di inesigibilità*”⁷¹.

Data per pacifica l'esistenza di un fondamento dell'esigibilità, bisogna considerare che “*se l'imputazione a titolo di dolo riposa sulla possibilità dell'ordinamento di pretendere l'astensione da determinate azioni o omissioni, se l'imputazione a titolo di colpa o ad altro titolo che tragga base dalla causazione colpevole di un fatto non voluto riposa esclusivamente sul duplice requisito della prevedibilità e della evitabilità (...), se dunque la colpevolezza è in ogni sua forma esigibilità di un comportamento diverso non si riesce a comprendere come un comportamento in concreto inesigibile possa essere considerato colpevole e fonte di punizione*”⁷².

Il procedimento che si propone di utilizzare è quello dell'*analogia iuris*, avente come punto di riferimento la disciplina dello stato di necessità che, con l'esclusione del soccorso di necessità, costituisce una causa scusante.

Peraltro, dopo avere sottolineato che il discorso vale soprattutto per i reati omissivi e colposi e che, in ogni caso, si tratterebbe di ipotesi estreme, si ammette che molte di tali ipotesi sarebbero già coperte dalla legge, pure restando in ogni caso ferma la validità del principio⁷³.

⁷¹ Cfr. VASSALLI G., *Colpevolezza*, in *Enc. Giuridica Treccani*, VII, Varese, 1960.

⁷² Cfr. VASSALLI G., *Colpevolezza*, cit.

⁷³ Cfr. VASSALLI G., *Colpevolezza*, cit. Tra questi il Vassalli richiama l'errore incolpevole, la coazione morale o costringimento psichico (art. 54 comma terzo c.p.) e la forza maggiore. Nel concordare con Vassalli sulla rivalutazione della categoria dell'inesigibilità, Fornasari manifesta delle perplessità sulle modalità della proposta, evidenziando da un lato che non è pacifico che gran parte delle ipotesi di inesigibilità siano già coperte dalla legge, dall'altro lato che la via del procedimento analogico non appare in realtà percorribile, non essendo, lo stato di necessità, termine di riferimento adeguato per tale procedimento.

CAPITOLO II

L'INESIGIBILITÀ: ALTRE APPLICAZIONI

1. Premessa – 2. L'inesigibilità e i reati contro l'amministrazione della giustizia. L'art. 384 c.p. – 3. L'inesigibilità e i reati in materia di immigrazione clandestina – 3.1. Art. 14 comma 5 ter del Testo Unico sull'Immigrazione – 3.2. Art. 12 del Testo Unico sull'Immigrazione – 4. L'inesigibilità e la crisi familiare. L'art. 570 c.p. – 5. L'inesigibilità e l'obbligo vaccinale – 5.1. Art. 3 del d.l. 44/2021 – 5.2. Sentenza n. 474/2023

1. Premessa

Il presente capitolo si aprirà con la trattazione dell'art. 384 c.p., in tema di favoreggiamento personale, che una recente importantissima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto applicabile anche ai conviventi *more uxorio*, reputando che non sia a ciò di ostacolo il divieto di analogia in materia di norme penali ed eccezionali, ed affermando che la norma è espressione di un principio di inesigibilità immanente al sistema penale, in quanto basato sulle regole generali del “*nemo tenetur se detegere*” e “*ad impossibilia nemo tenetur*”, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost..

Si passerà dunque all'analisi dei reati in materia di immigrazione clandestina, ove è dato rinvenire il principio *de quo* con specifico riferimento al caso del migrante che disubbidisce all'ordine di espulsione dal territorio italiano, in situazioni in cui non era da lui umanamente esigibile una condotta diversa, ed a quello dello scafista di un trasporto illegale di immigrati clandestini sul territorio italiano, che sia stato obbligato dai reali organizzatori della traversata illegale, con violenza o minaccia, a porsi alla guida del natante.

Si analizzerà quindi il delitto omissivo previsto dall'art. 570 c.p. in materia di violazione degli obblighi di assistenza familiare, soffermandosi sulla condotta di colui che, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbandone una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottragga agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge, invocando a giustificazione della propria condotta la mancanza di risorse economiche.

Infine, si guarderà al rapporto tra l'inesigibilità e le più recenti vicende connesse all'obbligo vaccinale, esaminando il c.d. “*scudo-penale*”, che disciplina la responsabilità

del sanitario il quale proceda alla somministrazione del vaccino anti Covid nel rispetto dei protocolli ministeriali, provocando ciononostante la morte o le lesioni personali a carico del somministrato, nonché lo scenario dell'operatrice socio-sanitaria non vaccinata e, per ciò, sospesa dal servizio e privata della corrispondente retribuzione, la quale giustifichi la propria condotta con il fatto di avere in precedenza contratto il virus.

2. L'inesigibilità e i reati contro l'amministrazione della giustizia. L'art. 384 c.p.

Sia Scarano sia Fornasari ravvisano una concretizzazione del principio di inesigibilità nell'art. 384 c.p., rubricato "*Casi di non punibilità*", collocato tra i reati contro l'amministrazione della giustizia.

Come è noto, la norma esclude la punibilità dei soggetti agenti, in relazione alle fattispecie criminose richiamate (in particolare favoreggiamento e falsa testimonianza), laddove il fatto sia stato commesso per essere stato l'autore costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore⁷⁴. Il venire in rilievo, nella fattispecie delineata dall'articolo, una particolare situazione psicologica che, alterando il processo motivazionale del soggetto, rende inesigibile il comportamento conforme alle aspettative del precetto penale, ha determinato la dottrina a considerare la stessa espressione del principio di inesigibilità⁷⁵.

L'art. 384 c.p. è da tempo al centro di un vivo dibattito dottrinale, e che tuttora occupa costantemente le più alte magistrature dello Stato⁷⁶, in forza della difficile definizione della natura della disposizione nonché della questione dell'estensibilità o meno dei suoi margini applicativi anche a figure diverse dal coniuge, in particolare il convivente *more uxorio*.

Quanto al primo profilo della natura giuridica, le problematiche della disposizione in esame emergono già da una lettura dei Lavori preparatori⁷⁷, che configuravano

⁷⁴ Articolo 384 c.p., il quale recita "*Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 372 bis, 371 ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore*".

⁷⁵ Cfr. SCARANO L., *La non esigibilità*, cit., 136. Secondo l'Autore infatti, in questa situazione, "*dal soggetto non si sarebbe potuto esigere un comportamento diverso da quello concretamente tenuto*".

⁷⁶ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, cit., 2747. Solo nel 2007 le Sezioni unite si sono occupate per ben due volte della causa di non punibilità dell'art. 384 c.p. e a fine dicembre del 2019, è stata rimessa alle Sezioni unite l'applicabilità dell'ipotesi di cui all'art. 384 c.p., comma 1, al convivente *more uxorio*.

⁷⁷ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al codice del 1930*, Roma, 1929, Parte II, 179.

incidentalmente l'art. 384 c.p. come ipotesi speciale dello stato di necessità, prendendo spunto dalla "*identica situazione psicologica*" delle due previsioni normative⁷⁸; tale ricostruzione interpretativa, tuttavia, non andava esente da critiche, specialmente da parte di coloro i quali rilevavano che, in tal modo, l'area di applicabilità dell'art. 384 c.p. viene in realtà ridotta, in violazione del divieto di analogia *in malam partem*.

Di conseguenza, una parte minoritaria della dottrina ha ravvisato il fondamento dell'articolo proprio nel principio di inesigibilità, inteso come impossibilità di esigere, nel caso concreto, l'ottemperanza a comportamenti normativamente prescritti che altrimenti avrebbero arrecato un grave nocumento alla propria libertà o al proprio onore o a quelli di un prossimo congiunto. La norma esimente veniva quindi ricostruita dalla dottrina in chiave soggettiva e collocata tra le cause di esclusione della colpevolezza nella sua concezione normativa⁷⁹.

Anche la giurisprudenza si è espressa sull'annosa questione, mostrandosi da sempre orientata alla negazione dell'estensibilità dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.⁸⁰;

⁷⁸ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, cit., 2751. L'orientamento tradizionale, per l'appunto, considera la previsione di cui all'art. 384 c.p. "*una forma speciale dello stato di necessità codificato all'art. 54 c.p.*" sulla base del presupposto comune delle due ipotesi, ossia la situazione psicologica dell'aver agito "*costretto dalla necessità*". Gli elementi di discordanza tra le due fattispecie riguardano la mancata previsione che il pericolo non deve essere stato volontariamente causato da chi invoca l'applicazione dell'esimente e la valutazione della proporzione tra fatto e pericolo, ma sia dottrina che giurisprudenza non hanno esitato ad estendere all'esimente dell'art. 384 c.p., uno od entrambi i requisiti mancanti, mutuandoli dalla scriminante di parte generale.

⁷⁹ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, cit., 2752. "*Il fondamento dell'esimente di cui all'art. 384 c.p. viene ravvisato nell'inesigibilità del rispetto del precetto penale quando l'azione conforme a precetto avrebbe esposto il soggetto (o i suoi famigliari) al pericolo di un grave nocumento all'onore o alla libertà. Nello schema dell'esimente in esame non si realizza un bilanciamento tra interessi omogenei dato che a confronto sono un interesse pubblicistico (i.e. quello al buon andamento dell'amministrazione della giustizia) e quello del privato; quest'ultimo, sebbene di rango inferiore rispetto al primo, prevale sull'interesse pubblicistico, assicurando l'impunità all'autore di uno di quei reati elencati nell'art. 384 c.p., perché il legislatore non ritiene di poter esigere dal singolo il sacrificio del proprio*".

⁸⁰ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, cit., 2684. Questo, anche in forza di taluni pronunciamenti della Corte Costituzionale (tra cui C. cost., ord. 20.4.2004, n. 121; C. cost. 18.1.1996, n. 8; C. cost., ord. 14.6.1989, n. 352; C. cost. 13.11.1986, n. 237; C. cost. 26.2.1981, n. 39; C. cost. 17.7.1980, n. 124) secondo la quale "*la mancata equiparazione delle convivenze more uxorio alla famiglia fondata sul matrimonio non contrasta con l'art. 3 della Costituzione poiché esistono ragioni costituzionali che legittimano la diversità di trattamento; il rapporto coniugale trova infatti una tutela piena e diretta nell'art. 29 Cost. mentre la famiglia di fatto in quella che l'art. 2 appresta ai diritti dell'uomo che si estrinsecano in formazioni sociali. La diversità delle norme di copertura costituzionale comporta che solo al legislatore sia riservato l'intervento, nell'interstizio tra lo statuto "massimo" del 29 Cost. e quello "minimo" del 2 Cost., per rendere omogenea la disciplina delle due fattispecie. La Corte, con specifico riferimento alla riconducibilità della convivenza more uxorio alla nozione di prossimo congiunto ai fini penalistici, sottolinea come l'estensione di cause di non punibilità comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione tra ragioni contrarie: le une fondative della norma generale, le altre a favore della norma derogatoria. E nel caso dell'art. 384 c.p. l'estensione implicherebbe un giudizio di bilanciamento tra la tutela dell'amministrazione della giustizia con quella dei beni afferenti*

più di recente, si è fatto, invece, avanti un esiguo filone giurisprudenziale che pare accedere ad un'interpretazione estensiva della nozione di matrimonio, tale da consentire la parificazione penalistica tra la famiglia su di esso fondata e quella di fatto⁸¹.

Sul tema sono, da ultimo, intervenute le Sezioni Unite le quali, ritenendo l'art. 384 c.p. espressione del più generale principio di inesigibilità, immanente nell'ordinamento, ne hanno ammesso l'applicabilità anche ai conviventi *more uxorio*. Avendo contribuito, tale intervento degli Ermellini, a determinare importanti e significativi avanzamenti in materia di inesigibilità, pare opportuno soffermarvisi approfonditamente.

La pronuncia in questione la sentenza *Fialova*, 17 marzo 2021, n. 10381. Nonostante, come vedremo, la Suprema Corte si sia "limitata" ad estendere analogicamente l'art. 384 c.p. alle coppie *more uxorio*, non giungendo a riconoscere esplicitamente una sorta di clausola generale di inesigibilità all'interno dell'ordinamento, la sentenza dimostra una *significativa tendenza ad amplificare i limiti di operatività delle scusanti*, avendo la Corte di legittimità, nella sua composizione più autorevole, effettuato una scelta ermeneutica di natura sistematica nettamente orientata.

La vicenda riguardava un'ipotesi di favoreggiamento personale compiuto da una donna che, al fine di aiutare il proprio convivente il quale, alla guida di una autovettura, aveva provocato un incidente stradale in cui erano state coinvolte altre due autovetture, dichiarava falsamente ai Carabinieri di essere stata lei alla guida dell'auto, in cui invece era solo passeggera. La falsa dichiarazione era diretta a favorire la posizione del convivente, dal momento che quest'ultimo, oltre ad essere privo della patente di guida perché revocata, dopo l'incidente si era allontanato senza prestare assistenza alle persone coinvolte nel sinistro dallo stesso provocato.

Il problema in questa ipotesi, e su cui si sono aperte ampie discussioni tra gli studiosi, è se l'articolo possa applicarsi a questa fattispecie seppure i soggetti coinvolti fossero meri conviventi *more uxorio* e non veri e propri coniugi, come prevede il dato letterale di cui all'art. 384 c.p. nel riferimento al "prossimo congiunto".

alla vita familiare. Non è detto, tuttavia, che i beni di quest'ultima natura si declinino nello stesso modo a seconda che si tratti di famiglia coniugale o di famiglia di fatto. Difatti, nella famiglia legittima vengono in gioco ragioni ulteriori rispetto a quelle di tutela delle relazioni affettive e di solidarietà, come quella di tutela dell'istituzione familiare in quanto tale, il cui tratto essenziale e caratterizzante risiede nella stabilità, nota che la distingue dalla famiglia di fatto. Ciò legittima, secondo la Corte, soluzioni legislative differenziate nel settore penale".

⁸¹ Cfr. CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, cit., 2684.

Le Sezioni Unite danno atto dell'esistenza di due orientamenti contrapposti in ordine all'applicabilità dei casi di non punibilità previsti dall'art. 384 c.p., comma 1 c.p. al caso del convivente *more uxorio*, ricostruendo le argomentazioni alla base dei suddetti orientamenti e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale relativa a questa figura. Ai fini che qui interessano, le Sezioni Unite rilevano poi come entrambi gli orientamenti contrapposti diano per scontato il carattere eccezionale della norma in oggetto, osservando che, laddove si dovesse convenire su tale conclusione, si dovrebbe *“riconoscere l'estrema difficoltà di operare un'estensione dell'esimente al di là del suo tenore letterale, perché si violerebbe il disposto dell'articolo 14 preleggi”*⁸².

A tale riguardo, il Supremo Collegio rammenta che l'orientamento secondo cui l'art. 384, comma 1, c.p. contiene una *“causa di non punibilità in senso stretto”* è da ritenersi definitivamente superato, così pure l'altro che qualifica la disposizione come una causa di giustificazione, somigliante allo stato di necessità.

Le Sezioni Unite ritengono invece condivisibili *“le riflessioni della dottrina più avvertita che ravvisa nella previsione in esame una causa di esclusione della colpevolezza, meglio una ‘scusante’ soggettiva, che investe la colpevolezza”*. In particolare *“vengono ricomprese in questa definizione le ipotesi in cui l'agente pone in essere un fatto antigiusuridico, agendo anche con dolo, nella consapevolezza di violare la legge, e in cui l'ordinamento si astiene dal muovergli un rimprovero, prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo”*⁸³.

Ancora, la Cassazione ribadisce che la fattispecie non costituisce una causa di giustificazione *“in cui la rinuncia alla pena avviene perché, in presenza di quelle situazioni considerate dal legislatore, l'ordinamento non riconosce più l'antigiuridicità della condotta”* sulla base di un bilanciamento di interessi contrapposti (che nel caso di

⁸² Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova.

⁸³ La Cassazione cita poi ulteriori precedenti in cui è giunta ad analoghe conclusioni: in particolare, tra le più recenti, si menzionano Cass. pen., 12 marzo 2018, 18110, Cass. pen. 23 maggio 2019, 34543, Cass. pen. 14 febbraio 2019, 15327, Cass. pen., 21 ottobre 2019, 51910 e Cass. pen. 23 settembre 2020, 34777. Inoltre, viene richiamata un'altra pronuncia delle stesse Sezioni Unite (Sez. Un., 29 novembre 2007, 7208) in cui si afferma che l'articolo 384 c.p. *“trova la sua giustificazione nell'istinto alla conservazione della propria libertà e del proprio onore (nemo tenetur se detegere) e nell'esigenza di tener conto, agli stessi fini, dei vincoli di solidarietà ‘familiare’ in senso lato, essendo ‘intenzione del legislatore quella di riconoscere prevalenti e quindi tutelare i motivi di ordine affettivo”* e in cui viene ravvisata una *“strettissima connessione tra l'istituto, di natura sostanziale, dell'art. 384 c.p., e la prescrizione processuale contenuta nell'art. 199 c.p.p.”*.

specie sono: da un lato, le esigenze di repressione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e la conseguente garanzia di efficacia della funzione giudiziaria penale, e dall'altro lato quelle di tutela di beni afferenti la vita familiare). Allo stesso tempo la stessa afferma che la norma non costituisce una causa di non punibilità basata su considerazioni di mera opportunità politica *“del tutto estranee al tema del disvalore oggettivo del fatto o della situazione esistenziale psicologica dell'agente”*, e che l'ipotesi è da ricondurre alle cause di esclusione della colpevolezza, cosiddette scusanti soggettive, in cui *“il disvalore oggettivo della condotta non viene meno, ma l'ordinamento prende in considerazione ‘i riflessi psicologici della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere’ ed è proprio in considerazione di questa particolare situazione che, come è stato efficacemente detto da autorevole dottrina, ‘l'ordinamento penale non se la sente di incrudelire con la sua sanzione’”*⁸⁴.

Da tale ricostruzione, come affermano le Sezioni Unite, derivano *“importanti ricadute sul piano ermeneutico”* relativamente alla *“applicabilità ai casi non espressamente considerati”*. Viene quindi esaminato il tema della possibilità di applicazione analogica *in bonam partem* dell'art. 384 c.p., partendo in questo caso dalla constatazione secondo cui *“può dirsi superata l'opinione che attribuisce al divieto di analogia un carattere assoluto, nel senso che sia rivolto tanto alle norme penali incriminatrici, quanto alle norme di ‘favore’, funzionale ad assicurare la certezza del comando penale”*. Il divieto di analogia in materia penale non si riferisce all'intera materia penale ma si rivolge alle sole disposizioni punitive, essendo *“finalizzato ad assicurare, più che la certezza, l'esigenza di garantire le libertà del cittadino, libertà che vengono messe in pericolo se si riconosce al giudice il potere di applicare analogicamente - in senso sfavorevole - norme incriminatrici, mentre un tale pericolo non ricorre in presenza di una applicazione di norme di favore”*⁸⁵.

Riconosciuto dunque il carattere relativo del divieto di analogia, che si riferisce quindi alla sola interpretazione delle norme penali sfavorevoli, la Cassazione si preoccupa

⁸⁴ Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova.

⁸⁵ Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova. Il Supremo Consesso ha affermato che *“il divieto di analogia in materia penale, ricondotto all'art. 25 Cost., del quale si sottolinea, appunto, la dimensione garantistica, non si riferisce all'intera materia penale, ma si rivolge alle sole disposizioni punitive: in sostanza, si esclude che vi siano impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica che operino nel senso di un restringimento dei confini di ciò che è penalmente rilevante, ammettendo l'esperibilità di un intervento analogico in bonam partem. In sostanza, l'art. 25, comma 2, Cost. proibisce solo l'analogia in malam partem”*.

di verificare se lo stesso possa desumersi dal riferimento dell'art. 14 delle preleggi che esclude da tale procedimento ermeneutico anche le “*leggi eccezionali*”.

Dal già ricordato inquadramento dell'art. 384 c.p. tra le cause di esclusione della colpevolezza, discende, ad avviso della Cassazione, la possibilità di riconoscere per essa “*uno spazio per l'applicazione analogica*”. A tale riguardo, le Sezioni Unite ritengono che alle scusanti possa negarsi natura di norme eccezionali quando siano “*espressione di un principio generale dell'ordinamento*”, ritenendo che “*la stessa 'inesigibilità' sia una causa generale di esclusione della colpevolezza*”⁸⁶.

In particolare, la valenza eccezionale della norma va negata secondo la Cassazione, la quale riconosce che essa non introduce una deroga alle norme generali, essendo invece “*espressione dei principi generali nemo tenetur se detegere e ad impossibilia nemo tenetur, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., comma 1, sotto il profilo della necessaria valutazione della possibilità per il soggetto di poter agire diversamente*”⁸⁷.

La Corte nomofilattica conclude affermando che “*l'esimente in questione costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della 'inesigibilità' di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione*”, traendone quindi la possibilità di applicazione analogica nei casi simili ed affermando come la struttura, la funzione e la natura della scusante dell'art. 384, comma 1 c.p., così come ricostruita, dimostri una assoluta parità delle situazioni in cui possono venirsi a trovare il coniuge e il convivente, nel senso che l'esistenza di un conflitto determinato da sentimenti affettivi non può essere valutato differentemente a seconda che l'unione tra due persone sia fondata o meno sul vincolo matrimoniale⁸⁸.

⁸⁶ Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova.

⁸⁷ Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova.

⁸⁸ GALANTI M., *Crisi di liquidità e inesigibilità alla luce di sez. u., n. 10381 del 26/11/2020 (Fialova), della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e del disegno di legge delega di riforma del sistema fiscale*, in *Sistema Penale*, 2023. Secondo la Corte “*la non punibilità troverebbe la sua ratio essendi nella assenza di colpevolezza in capo a chi, condizionato dal pericolo, è privo di alternative che si possano 'umanamente' pretendere. È l'incoercibile istinto di conservazione, che sin dai primordi dell'istituto, porterebbe ad escludere la colpevolezza di chi se ne avvale*”, rientrando a pieno titolo nell'ambito delle ‘scusanti’

Ulteriore conferma delle conclusioni appena esposte viene ravvisata dalle Sezioni Unite nell'art. 199 c.p.p. che, secondo la Corte, è volto, così come l'art. 384 comma 1 c.p., a tutelare la libertà del singolo componente della famiglia, valorizzando il coinvolgimento psicologico dell'agente e dando rilievo alla situazione di conflitto che altera il procedimento di motivabilità che coinvolge la sfera della colpevolezza. La circostanza che l'art. 199 c.p.p. estenda testualmente la facoltà di astensione anche al convivente *more uxorio* costituisce un importante elemento di “*indirizzo interpretativo in ordine all'estensione della scusante prevista dall'art. 384 alle coppie di fatto*”.

3. L'inesigibilità e i reati in materia di immigrazione clandestina

Nel delicato ambito dell'immigrazione clandestina è dato rinvenire il principio *de quo* in due diversi scenari, che ci apprestiamo ad analizzare: il primo è quello del migrante che disubbidisce all'ordine di espulsione dal territorio italiano, mentre il secondo è quello dello scafista di un trasporto illegale di immigrati clandestini sul territorio italiano che sia stato obbligato dai reali organizzatori della traversata illegale, con violenza o minaccia, a porsi alla guida del natante carico di migranti.

3.1. Art. 14, comma 5 ter del Testo Unico sull'Immigrazione

La prima fattispecie è disciplinata dall'art. 14, comma 5 *ter* del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 286/1998). La norma prevede la reclusione a carico dello straniero che continua a permanere illegalmente nel territorio dello Stato non ottemperando, entro i prescritti cinque giorni, ad un ordine di allontanamento del Questore conseguente alla precedente inottemperanza di un altro, analogo e previo, ordine di allontanamento questorile.

Precisazione importante è l'inserimento della clausola del “*giustificato motivo*”⁸⁹, che configura il solo potenziale elemento in grado di esimere dalla responsabilità l'agente, escludendo l'illiceità della condotta omissiva.

⁸⁹ DE GIORGI M., CALCIANO M.C., *Manuale pratico operativo del giudice di pace*, CEDAM, 2010, 445. La clausola “*senza giustificato motivo*” costituisce una “*valvola di sicurezza*” del meccanismo repressivo, atta ad evitare che la sanzione penale scatti ove l'inosservanza del precetto appaia concretamente inesigibile per i più svariati motivi, ma comunque riconducibili a situazioni ostative di particolare pregnanza che incidano sulla stessa possibilità, soggettiva od oggettiva, di adempiere all'intimazione. Tuttavia, si tratta di un'esimente speciale operante soltanto in presenza di una condizione di concreta inesigibilità. I “*giustificati*

A tale riguardo possiamo notare come di frequente i soggetti inottemperanti all'ordine di allontanamento facciano leva sulla mancanza di risorse economiche sufficienti per fare fronte alle spese di acquisto del titolo di viaggio; tuttavia, tali difese non vengono accolte dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale si è sempre mostrata costante nel ribadire che la carenza di denaro, dovuta ad esempio alla mancanza di un lavoro regolare ovvero alla provenienza di mezzi economici da attività non regolari o stabili, non è in grado di giustificare un inadempimento, in quanto riflette una condizione in cui tipicamente incorre il migrante clandestino.

Nella recentissima pronuncia n. 38819 del 20/09/2022, la Corte di cassazione ha accolto il ricorso annullando il provvedimento del Giudice di Pace che aveva condannato l'imputato per il reato di inottemperanza al decreto di espulsione, dal momento che aveva ommesso di considerare il giustificato motivo derivante dalla documentata nascita di una figlia in Italia a pochi giorni dal decreto stesso, dalla quale era anche disceso l'ottenimento, a favore dello straniero, di un permesso di soggiorno per cure mediche.

In particolare la Cassazione penale, dopo avere dedicato ampio spazio alla qualificazione del reato *de quo* come omissivo proprio il cui presupposto è l'adozione, da parte del Questore, dell'ordine di allontanamento, esecutivo di un precedente provvedimento di espulsione o respingimento emesso dal Prefetto, afferma come al fine di individuare il giustificato motivo bisogna fare riferimento alle ragioni di cui all'art. 14, comma 1 del Testo Unico, che legittimano la Pubblica Amministrazione a non procedere all'esecuzione dell'espulsione attraverso accompagnamento coattivo dello straniero alla frontiera, in quanto "*constituiscano indici di riconoscimento della inesigibilità della condotta richiesta allo straniero, in applicazione del principio ad impossibilia nemo tenetur*". Tra queste si richiamano la necessità di soccorso, la difficoltà nell'ottenimento dei documenti per il viaggio, l'indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto

motivi" possono riguardare la mancata comprensione del contenuto del decreto prefettizio e dell'ordine del Questore perché notificati non in lingua madre o ancora possono attenersi a situazioni oggettive (quali la grave assoluta impossidenza, da accertarsi con riguardo alle condizioni personali e di inserimento sociale dello straniero e da valutarsi anche in relazione al costo del viaggio di rimpatrio nel concreto imposto) e condizioni personali (quali le condizioni precarie di salute incompatibili con un viaggio, stato di gravidanza,) che impediscono l'espulsione ed inducono alla pronuncia assolutoria perché il fatto non costituisce reato.

idoneo e, appunto, lo stato di gestazione e la nascita del figlio fino al raggiungimento del sesto mese, rispondenti al principio di tutela della gravidanza e della prole⁹⁰.

Nell'affermare ciò, i giudici richiamano una precedente sentenza del 2006 (la n. 30779 del 7 luglio), che a sua volta richiama una sentenza della Consulta (del 13 gennaio 2004, n. 5) in cui si evidenzia che formule come “*senza giustificato motivo*” e simili (senza giusta causa, senza giusto motivo, arbitrariamente ecc.) compaiono frequentemente nel corpo di norme, sia contenute nei codici sia in leggi speciali, e descrivono reati di natura commissiva ma anche omissiva, come quello oggetto di esame. Tali clausole, secondo la Corte costituzionale, fungono da “*valvola di sicurezza*” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti laddove, anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione, “*l’osservanza del precetto appaia concretamente ‘inesigibile’ in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori*”⁹¹.

Tali condizioni ostative di particolare pregnanza incidono infatti sulla stessa possibilità, oggettiva o soggettiva, di ottemperare all’ordine provvedimento impartito dal questore, escludendola o semplicemente rendendola difficoltosa, e devono essere provate dall’interessato.

È proprio la formulazione dell’art. 14, comma 5 *ter* del Testo Unico, caratterizzato dall’inserimento di una clausola aperta ed elastica come quella del giustificato motivo, che permette di ravvisare in essa una concretizzazione del principio di inesigibilità. L’obiettivo della stessa appare infatti essere quello di temperare il rigorismo del sistema penale, fondato sui principi di legalità e tipicità, che mal si presta alla possibilità pratica di elencare, in modo analitico, tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l’inosservanza del precetto, “*attesa la varietà delle contingenze di vita e la complessità delle interferenze dei sistemi normativi, con conseguente rischio di lacune dannose per il reo*”⁹².

⁹⁰ A questo riguardo, è l’art. 19, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 286/1998 che non consente l’espulsione, salvo che nei casi previsti dall’art. 13, comma 1, nei confronti delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono.

⁹¹ Corte cost., 13 gennaio 2004, 5.

⁹² Cass. pen, 7 luglio 2006, 30779.

In altre parole, è proprio la presenza di un preciso addentellato testuale che consente, in questo caso, di superare la tassatività delle cause di giustificazione e di ricorrere ad un elemento di non punibilità di carattere ampio e non puntualmente determinato dalla norma, che permette all'interprete e al giudice di adattarlo alle situazioni specifiche e di compiere una valutazione in concreto, riempiendo di significato la clausola "senza giustificato motivo" alla luce della finalità dell'incriminazione e del quadro normativo in cui si inserisce.

Naturalmente, resta assolutamente evidente la necessità che sia compiuto un rigoroso accertamento di tale condizione di *concreta inesigibilità dell'ottemperanza* dal momento che questa, come premesso, configura un'ipotesi speciale ed estranea all'ordinario ambito applicativo delle esimenti generali del codice. Infatti "*tali condizioni ostative all'esigibilità della condotta richiesta, devono essere oggetto di puntuale e specifico accertamento nel caso concreto e non possono essere oggetto né di congetture né di presunzioni fondate sull'id quod plerumque accidit*"⁹³. L'accertamento deve reggersi su di un bilanciamento tra diverse esigenze: da un lato di tutela sociale, cui è preposto l'ordine di cui all'articolo in parola, e dall'altro lato di tutela dei diritti fondamentali dello straniero, garantiti dalle norme costituzionali. I confini e le caratteristiche dell'apprezzamento spettante al giudice di merito sono stati delineati dalla Consulta nell'ordinanza n. 386/2006, la quale, dopo avere ribadito che la mera difficoltà di reperire i fondi necessari all'acquisto del titolo di viaggio dell'obbligato non integri l'esimente dell'inesigibilità, trattandosi di una condizione propria di tutti i migranti economici, ha specificato che l'inesigibilità soggettiva od oggettiva dell'adempimento richiede una grave e assoluta impossidenza da accertarsi con riguardo alle condizioni personali e di inserimento sociale dello straniero, alla situazione economica dell'interessato desumibile dai proventi di qualsivoglia attività da egli svolta in Italia e dal tempo di accertata presenza irregolare sul territorio nazionale e, infine, al costo presumibile per l'acquisto del titolo di viaggio, tenuto presente che l'allontanamento deve avvenire non già, necessariamente, con rimpatrio nel paese di origine ma in qualunque altro luogo, purché fuori del territorio dello Stato italiano.

⁹³ Cass. pen, 7 luglio 2006, 30779.

3.2. Art. 12 del Testo Unico sull'Immigrazione

La seconda fattispecie, di cui si è fatto cenno sopra, si ricava da alcune sentenze, emesse anche in tempi recenti, che si segnalano per la originalità di approccio e per una ponderata valorizzazione delle circostanze del caso concreto, arrivando esse addirittura ad escludere la punibilità dei c.d. scafisti delle imbarcazioni che ogni giorno consentono a decine di esseri umani di sbarcare illegalmente sulle coste italiane.

La norma delittuosa di riferimento è disciplinata dall'art. 12 della legge 189/2002 (c.d. legge Bossi-Fini), che ha introdotto l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, rivolta a coloro che facilitano in qualsiasi modo l'ingresso illegale di cittadini stranieri. Nello specifico, il reato di favoreggiamento è contestato a chiunque *“promuova, diriga, organizzi, finanzia o effettui il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, ovvero compia altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso in Italia o in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza”*⁹⁴.

La disposizione punisce anche chi materialmente trasporta migranti sprovvisti di visto di ingresso e più in generale chiunque, con il proprio comportamento si inserisca nella 'filiera' del trasporto irregolare di esseri umani.

Tuttavia, come è emerso da una inchiesta⁹⁵, è un comune errore nel fenomeno dell'immigrazione clandestina quello di confondere automaticamente la figura dello scafista, che guida il barcone carico e lo porta a destinazione, con quella del trafficante di esseri umani. Il più delle volte, infatti, colui che viene individuato, dalle testimonianze dei migranti trasportati, come il soggetto alla guida dell'imbarcazione, non è altro che un migrante come gli altri, che si è dichiarato disposto ad accettare l'incarico dell'associazione criminale di condurre il barcone, magari per ottenere uno sconto sul costo del viaggio o perché disposto a rischiare la vita pur di guadagnare qualcosa.

È proprio su questo profilo problematico che si è espresso nel 2018 il Tribunale Penale di Palermo con una interessante pronuncia di merito⁹⁶, solo l'ultima in senso cronologico di una serie di decisioni che, negli anni più recenti, si sono poste in antitesi

⁹⁴ DE GIORI M., CALCIANO M.C., *Manuale pratico operativo del giudice di pace*, CEDAM, 2010, 445. L'articolo 12 della legge 189/2002, costituisce un reato di pericolo, sicché è sufficiente ad integrarlo la condotta diretta a procurare l'ingresso illecito dello straniero dall'Italia nel territorio di uno Stato confinante, del quale egli non sia cittadino o non abbia titolo di residenza permanente, a nulla rilevando né la durata di tale ingresso, né la destinazione finale del trasferimento.

⁹⁵ Pubblicata da *Arci Porco Rosso* e *Alarm Phone*, con la collaborazione di Borderline Sicilia e Borderline Europe.

⁹⁶ Tribunale di Palermo, 7 settembre 2016, 4114.

con il tradizionale orientamento giurisprudenziale, il quale riconosce sistematicamente la responsabilità penale dei nocchieri e degli organizzatori del trasporto illegale, escludendone invece la responsabilità.

Nel caso di specie, più specificamente, la Procura della Repubblica di Palermo contestava a due imputati africani di avere “*effettuato il trasporto*” di soggetti extracomunitari in territorio italiano, servendosi di un natante partito dalle coste libiche; da tale condotta, inoltre, si riconosceva altresì la responsabilità degli imputati per l’omicidio doloso di alcuni passeggeri, atteso che gli stessi avevano “*consapevolmente accettato il rischio di naufragio trasportando su un mezzo navale palesemente inadatto, un numero considerevole di persone*”⁹⁷.

Tanto premesso, i due accusati si difendevano dichiarando di essere stati costretti da uomini armati libici a porsi alla guida della imbarcazione, non avendo avuto alcun ruolo nell’organizzazione del viaggio, ma addirittura essendo stato, uno dei due, rapito sul territorio libico e poi costretto con la violenza fisica e sotto minaccia armata. A sostegno della propria difesa, aggiungevano che ad organizzare la navigazione erano stati i medesimi uomini armati libici che governavano il natante e avevano riscosso il compenso per la traversata e con i quali non avevano avuto alcun rapporto.

La sentenza, nell’accogliere le argomentazioni difensive degli imputati, afferma che, invece di immaginare un ruolo attivo degli accusati nell’organizzazione del viaggio, “*è più verosimile ritenere che i due imputati siano stati scelti casualmente tra i passeggeri*” al fine di condurre il gommone a destinazione, sotto minaccia dei libici.

Su tali premesse, la sentenza affronta il punto centrale della vicenda che riguarda l’individuazione delle circostanze idonee ad integrare lo stato di necessità di cui all’art. 54 c.p., cui il gup di Palermo attribuisce natura di causa di giustificazione in grado di assolvere gli imputati ai sensi dell’art. 530, comma 3 c.p.p.⁹⁸. L’idea su cui il Tribunale fonda tali considerazioni è quella per cui “*gli imputati si sono trovati in una situazione di assenza di capacità di autodeterminazione*”, commettendo materialmente il trasporto a causa di una situazione superiore alla loro volontà, poiché costretti dalla necessità di salvare la propria vita. Quanto detto, insieme all’assenza di valide alternative perseguibili

⁹⁷ Tribunale di Palermo, 7 settembre 2016, 4114.

⁹⁸ Art. 530, comma 3 c.p.p., il quale recita “*Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull’esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1*”.

dagli imputati (in quanto proseguire nella navigazione appariva l'unica possibilità per conservare una flebile speranza di salvezza), integra, secondo il giudice, la causa di giustificazione in parola.

In questo modo la sentenza è perfettamente coerente con la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, le quali vedono nello stato di necessità una causa di giustificazione che elide l'antigiuridicità di un fatto di reato che, tanto oggettivamente quanto soggettivamente, resta comunque conforme alla fattispecie tipica. L'operatività dell'istituto in parola è subordinata, dall'art. 54 c.p., all'esistenza di una pluralità di condizioni: da una parte, il danno grave alla vita o all'integrità fisica della persona, nonché alla libertà sessuale, all'onore e alla riservatezza, dall'altra parte il pericolo attuale e qualificato in grado di pregiudicare tali diritti personali, propri o altrui. Ebbene, al ricorrere di tali circostanze, il soggetto che avrà violato il precetto penale, costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo, non sarà punibile, sempre che la reazione necessitata sia proporzionata al pericolo stesso e quest'ultimo non sia stato volontariamente causato dall'agente. Così come descritto, lo stato di necessità trova applicazione anche nelle fattispecie in cui la situazione necessitante sia imputabile all'altrui minaccia, operando essa quale forma di coazione morale esercitata sul soggetto agente.

Proprio quest'ultimo profilo ha indotto alcuni autori⁹⁹ a sollevare numerosi interrogativi e fondati dubbi sulla natura giuridica dello stato di necessità che, seppure si collochi sistematicamente tra le cause di giustificazione, al comma 3 sembra operare di più come una tipica causa di esclusione della colpevolezza, dal momento che non viene meno l'antigiuridicità del fatto ma la riferibilità psichica dello stesso all'autore. Infatti, il fatto commesso a causa della altrui minaccia, lungi dall'essere penalmente irrilevante, integra perfettamente un reato del quale dovrebbe rispondere penalmente il soggetto che ha posto in essere la coazione morale nei confronti del mero autore materiale.

È proprio da questa prospettiva che parte della dottrina individua il fondamento della fattispecie di cui all'art. 54, comma 3 c.p. nel più generale principio di *inesigibilità*, operando l'altrui minaccia come una situazione anormale concomitante all'agire, tale da

⁹⁹ Cfr. CRISCUOLO J., *Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva offerta dai tribunali siciliani sulla tratta illegale di extracomunitari*, in *Archivio Penale*, 2020.

rendere psicologicamente inesigibile che il soggetto coartato si determini conformemente al precetto penale.

In ogni caso, perché sia integrata la causa di esclusione della colpevolezza fondata sull'inesigibilità, la coazione morale deve presentare alcune caratteristiche, in quanto in primo luogo deve ingenerare un pericolo attuale ed inevitabile e, in secondo luogo, deve porre l'agente nell'impossibilità di sottrarsi alla costrizione facendo tempestivo ricorso all'autorità.

Ebbene, fatte queste premesse, è evidente che colui che agisce sotto la minaccia psicologica esercitata da terzi viene influenzato da circostanze esterne che rendono inesigibile un diverso comportamento, escludendo la rimproverabilità per il fatto commesso; pertanto la sentenza, seppure non in modo dirompente, valorizza le dinamiche soggettive che hanno condotto "gli scafisti" a compiere il traffico illegale, di fatto lasciando uno spiraglio all'ingresso nel sistema di una più generale causa di esclusione della colpevolezza fondata sul principio di inesigibilità.

4. L'inesigibilità e la crisi familiare. L'art. 570 c.p.

Il principio *de quo* trova applicazione altresì nell'alveo delle questioni inerenti ai rapporti economici relativi alla crisi familiare. Il riferimento normativo rilevante in questa sede è l'art. 570 c.p. (nonché l'art. 12 *sexies* della legge 898/1970, che estende l'applicabilità della norma codicistica anche alle violazioni inerenti agli assegni divorzili), il quale disciplina la violazione degli obblighi di assistenza familiare punendo chi, abbandonando il domicilio domestico o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale, o alla qualità di coniuge. Le pene previste dalla norma si applicano congiuntamente a chi: 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del pupillo o del coniuge; 2) fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa¹⁰⁰.

¹⁰⁰ L'art. 570 c.p. recita "1. Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletré euro. 2. Le dette pene si applicano congiuntamente a chi: 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge; 2) fa mancare i mezzi

Anche in questa direzione, possono rinvenirsi numerosissime sentenze che, in svariate ipotesi, si sono interrogate sulla responsabilità attribuibile all'omettente e sulla possibile configurazione, a suo beneficio, di una causa di esclusione della punibilità, tenute conto le circostanze del caso concreto.

Si ritiene opportuno prendere le mosse dal fenomeno, in particolare, dei soggetti tenuti su ordine del giudice ad effettuare delle contribuzioni patrimoniali periodiche in forza di provvedimenti giurisdizionali di separazione o divorzio, ma che non vi ottemperino sulla base della giustificazione delle difficoltà finanziarie in cui versano (ad esempio, a causa della perdita del lavoro). Ancora una volta, l'elemento su cui gli imputati fanno leva è, come nel caso degli immigrati clandestini, quello della c.d. *necessità economica*, ossia dell'insufficienza economica di fare fronte alla spesa il che permette, naturalmente, di estendere alcune delle riflessioni compiute in precedenza, anche in questa sede.

Come può intuirsi, infatti, anche con riferimento alla materia in parola la giurisprudenza si mostra astrattamente possibilista, ma concretamente assai rigorosa quanto agli accertamenti che si devono compiere per poter anche solo prospettare una eventuale applicabilità del principio di inesigibilità come causa di esclusione della colpevolezza. Infatti, seppure in linea di massima essa ammetta che un'*assoluta impossibilità* di provvedere ai versamenti periodici summenzionati possa esimere il reo dalla responsabilità penale, nella generalità dei casi subordina l'applicazione concreta del principio ad oneri di allegazione particolarmente stringenti i quali, molto spesso, impediscono che la mera precarietà della situazione finanziaria in cui versa l'ex-coniuge inadempiente possa rilevare tanto da oscurare le esigenze di tutela del coniuge debole o dei minori¹⁰¹. In particolare, la Cassazione penale nella sentenza n. 12400/2017¹⁰², ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 570, comma 2, c.p., richiede che il giudice penale accerti, nell'ipotesi di mancata corresponsione da parte del coniuge

di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato per sua colpa".

¹⁰¹ CATULLO F.G., *Diritto penale della famiglia*, CEDAM, 2012, 275. Anche gli Autori hanno sottolineato come l'obbligato alla prestazione possa "essere esonerato solo in caso di assoluta impossibilità economica ad adempiere dovuta alla incolpevole indisponibilità di introiti sufficienti a soddisfare le esigenze di vita degli aventi diritto. La prova dell'indisponibilità spetta all'obbligato stesso e deve essere pienamente convincente; ad esempio, non è stata ritenuta sufficiente a provare l'indisponibilità economica, la mera allegazione di documentazione attestante lo stato di disoccupazione dell'obbligato o la perdita del lavoro".

¹⁰² Cass. pen, 15 marzo 2017, 12400.

obbligato al versamento dell'assegno di mantenimento, *“se per effetto di tale condotta siano venuti in concreto a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza, nozione in cui rientrano non solo i mezzi per la sopravvivenza vitale (quali il vitto e l'alloggio), ma anche gli strumenti che consentano, in rapporto alle reali capacità economiche e al regime di vita personale del soggetto obbligato, un sia pur contenuto soddisfacimento di altre complementari esigenze della vita quotidiana”*.

Offre interessanti spunti di riflessione anche la sentenza n. 37648/2014 della Cassazione penale Sez. IV¹⁰³. Nel caso di specie l'imputato (già condannato in primo e secondo grado) aveva sospeso il pagamento dell'assegno mensile fissato in sede di separazione a causa dell'avvenuto cambio di residenza dell'ex coniuge, di cui, a detta dell'imputato, non era stato informato (nonostante, secondo la Cassazione, fosse sufficiente che si attivasse procurandosi un certificato di residenza dell'ex moglie o informandosi presso i figli maggiorenni, presumibilmente rimasti in contatto con la madre).

Il concetto essenziale espresso dai giudici è che *“sui soggetti interessati da un obbligo di assistenza familiare grava un dovere di diligenza, ossia di attivazione al fine di rendere possibile l'assistenza stessa”*¹⁰⁴, non rilevando in alcun modo la mancanza di sollecitazioni provenienti dal soggetto tutelato, che non assurgono a causa giustificatrice dell'inerzia nel pagamento. Dopotutto, di un tale atteggiamento diligente da parte del soggetto obbligato la Cassazione non ha rinvenuto alcuna traccia nel caso di specie.

Per valutare il dovere di diligenza, prosegue la sentenza, *“dovrà discutersi nella prospettiva segnata dalle scriminanti potenzialmente evocabili in situazioni del genere (stato di necessità, ad impossibilia nemo tenetur, consenso dell'avente diritto), od anche in punto di integrazione dell'elemento soggettivo del reato, se l'attivazione concretamente posta in essere nei singoli casi possa dar luogo, nonostante l'omissione dell'assistenza, ad una situazione di non punibilità”*.

La Cassazione appare dunque riconoscere all'inesigibilità, almeno in linea teorica, un ruolo astrattamente determinante per affermare, ovvero escludere, la responsabilità penale nella fattispecie in parola: difatti, l'atteggiamento dell'imputato che, nell'affermare l'impossidenza delle risorse utili per fare fronte ai doveri impostigli *ope*

¹⁰³ Cass. pen., 10 giugno 2014, 37648.

¹⁰⁴ Cass. pen., 10 giugno 2014, 37648.

iudicis integra il reato di cui all'art. 570 c.p., si inquadra esattamente nello scenario di collocazione privilegiata del principio di inesigibilità, in cui ad essere messa in discussione non è la consapevolezza degli impegni dovuti, né tanto meno l'intenzionalità della condotta, bensì l'assenza di alternative, quest'ultima intesa come impossibilità di tenere una condotta diversa da quella omissiva concretamente realizzata dall'agente.

Anche nella sentenza n. 28212/2014¹⁰⁵, la Cassazione ha confermato (parzialmente, ma ai nostri fini sufficientemente) la sentenza di secondo grado della Corte d'appello di Venezia che riconosceva la colpevolezza dell'imputato il quale, omettendo di versare i mezzi di sussistenza al figlio minorenne, aveva integrato il reato di cui all'art. 570 c.p. Tralasciando i dettagli quantitativi e temporali dell'assegno mensile, preme soffermarsi più che altro sul passaggio della pronuncia in cui la Cassazione ha ritenuto assolutamente necessaria l'allegazione di prove particolarmente significative al fine di configurare una assenza di responsabilità del soggetto che ha tenuto la condotta illecita. La sentenza, per l'appunto, ha chiarito come *“il principio ad impossibilia nemo tenetur è valido anche per gli obblighi di prestazione economica sanzionati dall'art. 570 c.p., comma 2, e che tuttavia la condizione di impossidenza dell'interessato dev'essere assoluta, come tale documentata, o almeno seriamente allegata, da parte dello stesso interessato”*.

5. L'inesigibilità e l'obbligo vaccinale

Ambito altrettanto interessante in cui è stato rinvenuto il principio di inesigibilità riguarda il tema, di grandissima attualità, dei vaccini. Anche in questo caso si possono riportare due scenari, l'uno relativo alla responsabilità del medico che, nel somministrare il vaccino, ha provocato conseguenze nefaste sul paziente vaccinato, l'altro relativo alle implicazioni dell'obbligo vaccinale nel rapporto lavorativo e retributivo.

5.1. Art. 3 del d.l. 44/2021

Nell'ambito della responsabilità del medico rapportato all'inesigibilità, si apre più precisamente il tema del c.d. *“scudo penale”* disciplinato dal d.l. n. 44/2021 (*“Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”*) all'art. 3, rubricato *“Responsabilità*

¹⁰⁵ Cass. pen., 29 maggio 2014, 28212.

sanitaria da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2”, il quale prevede che “*Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARSCoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del Piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate sul sito istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione*”. La norma costituisce la risposta normativa del Legislatore al delicato tema delle responsabilità in ambito medico-sanitario per fatti avversi occorsi nel corso dell’emergenza sanitaria da Covid-19; infatti, il decreto è stato introdotto con l’intento di fare fronte all’allarme venutosi a creare per l’insorgenza di alcune reazioni avverse, nonché improvvisi decessi, conseguenti alla somministrazione dei vaccini contro il virus¹⁰⁶ e, in particolare, di tutelare i medici vaccinatori, garantendo loro l’immunità in caso di morte o lesioni dei pazienti, conseguenti all’iniezione.

L’intervento normativo in parola, dunque, si colloca in un contesto emergenziale in cui non appare possibile pretendere dal medico il rispetto delle cautele ordinariamente *esigibili* e lo scudo penale, nell’escludere la responsabilità penale per un fatto che, concretamente, integra illecito, apre le porte a diverse problematiche, prima tra tutte la natura giuridica da attribuirvi, in quanto, in astratto, potrebbe assumere diverse forme.

Il problema è sempre quello dell’alternativa tra cause di non punibilità in senso stretto e scusanti. Le prime, come è noto, elidono la punibilità di un fatto antigiusuridico e colpevole per le più disparate finalità (che, normalmente, emergono da un bilanciamento tra interessi contrapposti); differente, invece, la *ratio* e la disciplina delle scusanti, le quali non si inseriscono in fatti di reato perfetti, ma si calano in situazioni caratterizzate da circostanze anormali che, nella valutazione legislativa, hanno influito in modo irresistibile sulla volontà dell’agente o sulle sue capacità psicofisiche.

Sulla natura giuridica dell’esimente a favore dei vaccinatori, la dottrina maggioritaria propende per la sua qualificazione in termini di causa di esclusione della punibilità, come si ricaverebbe anche dal dato lessicale (“*la punibilità è esclusa...*”); in tal senso, il Legislatore avrebbe scelto, in presenza di determinate e tassative condizioni,

¹⁰⁶ QUARANTA D., *Lo scudo penale per i vaccinatori: brevi riflessioni “a caldo”*, 2021.

di non assoggettare a pena alcun soggetto che pone in essere una condotta *tipica, anti giuridica e colpevole*. Ancora una volta, tale esclusione si fonda sull'*inesigibilità*, in quanto non è possibile esigere un comportamento differente da quello in concreto tenuto dall'agente ove questo agisca sotto l'influenza e l'impulso di determinate circostanze anormali. Secondo Crimi, a tale proposito, "*l'accertamento di responsabilità prescinderebbe dall'indagine su regole cautelari diverse dalle indicazioni citate all'articolo 3 d.l. 44/2021, poiché non sarà esigibile altra condotta che quella ortodossa alla luce delle medesime indicazioni*"¹⁰⁷.

Ebbene, lo scudo penale esclude la punibilità per inesigibilità di altra condotta alternativa lecita da parte del medico vaccinatore, nel caso in cui dall'infiltrazione del farmaco siano derivate le lesioni o il decesso del paziente; ciò, tuttavia, a patto che il sanitario si sia attenuto alle indicazioni di conformità del vaccino ed alle circolari ministeriali.

5.2. Sentenza n. 474/2023

Altra ipotesi che si è prospettata nell'ambito in parola può ricavarsi dalla recentissima sentenza n. 474/2023 del Tribunale di Milano nel cui caso di specie un'operatrice sociosanitaria aveva impugnato il provvedimento emesso dal suo datore di lavoro, un'azienda sanitaria pubblica, che la sospendeva dal servizio, privandola della relativa retribuzione, in ragione dell'inadempimento all'obbligo vaccinale. Il profilo peculiare della vicenda, tuttavia, è il fatto che l'imputata fosse risultata positiva al Covid e si fosse premurata di procurarsi i certificati medici che, attestando la *non esigibilità* del vaccino in ragione della contrazione del virus, le consentissero di rientrare in servizio, venendo meno il presupposto della sospensione dal servizio. Difatti, come anche risultava dalla dichiarazione rilasciata dal medico del centro vaccinale che aveva gestito l'operazione, la guarigione dal Covid documentata non necessita di alcuna certificazione di esenzione dalla vaccinazione, essendo la stessa non indicata per i tre mesi successivi alla guarigione ufficiale. Ebbene, accertata l'illegittimità del provvedimento di sospensione dal servizio per un periodo di 90 giorni dalla contrazione del virus,

¹⁰⁷ CRIMI S., *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *Wolters Kluwer – Il Quotidiano Giuridico*, 2021.

l'amministrazione è stata condannata al pagamento della relativa retribuzione, poiché nella durata dei tre mesi non era esigibile che l'imputata si vaccinasse.

CAPITOLO III

L'INESIGIBILITÀ NEI DELITTI DI OMESSO VERSAMENTO DI RITENUTE CERTIFICATE E IVA

1. Premessa – 2. I delitti di omesso versamento: omesso versamento di ritenute certificate e omesso versamento dell'IVA (artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.Lgs. 74/2000) – 2.1. Il delitto di omesso versamento di ritenute certificate – 2.2. Il delitto di omesso versamento dell'IVA – 3. Il principio di inesigibilità nel caso del mancato versamento da parte dell'imprenditore in crisi di liquidità e nella crisi d'impresa – 3.1. La crisi di liquidità non assurge a esimente nei reati di omesso versamento – 3.2. Tentativo di fare leva sulla forza maggiore. La forza maggiore nella lettura della CGUE – 3.3. Tentativo di fare leva sullo stato di necessità – 3.4. Tentativo di fare leva sull'assenza del dolo – 3.5. L'omesso versamento e l'inesigibilità.

1. Premessa

Il capitolo conclusivo della disamina persegue l'obiettivo di analizzare il tema dell'inesigibilità in relazione alla situazione dell'imprenditore il quale ometta dei dovuti versamenti tributari, non al fine di evadere il Fisco bensì in quanto 'forzato' da circostanze esogene.

L'impianto normativo di riferimento è costituito dagli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000, disciplinanti rispettivamente l'omesso versamento di ritenute certificate e IVA e delle cui caratteristiche si farà una sintetica introduzione.

Il *fil rouge* che si è seguito è fornito dal quesito se sussistano dei margini interpretativi entro cui l'interprete possa, in un certo senso, garantire un trattamento diversificato ad ipotesi identiche sul profilo della condotta (concretandosi in ogni caso, nell'omesso versamento di tributi dovuti), ma differenziate su quello dei motivi alla base della stessa.

Fatte le necessarie premesse sulla crisi di liquidità, che rappresenterà l'elemento focale del presente capitolo, si dedicherà anzitutto, naturalmente, attenzione alla posizione tradizionale della Suprema Corte (soffermandosi in particolare sulle importantissime sentenze gemelle – Romano e Favellato - delle Sezioni Unite), che a lungo si è mostrata granitica nell'escludere che la crisi di liquidità possa assurgere ad esimente della responsabilità dell'omettente.

Accanto alla posizione della giurisprudenza maggioritaria anzidetta, si dedicherà spazio anche a tutte le 'finestre' interpretative alternative, che hanno cercato di

giustificare il comportamento dell'imprenditore in crisi facendo leva ora sulla forza maggiore, ora sull'assenza del dolo, ora ancora sullo stato di necessità.

Infine, precipua attenzione verrà dedicata all'esimente fondata sull'inesigibilità, notando come non manchi in giurisprudenza e dottrina chi rinviene, nell'omesso versamento in caso di illiquidità, proprio una delle ipotesi in cui l'inesigibilità non sia solo possibile, ma necessaria allo smussamento della, altrimenti, ultronea rigidità del diritto, iniquo rispetto al mutevole contesto economico-finanziario.

Lo scheletro argomentativo esposto dai sostenitori di questo orientamento si basa sull'idea che tanto il dolo quanto la colpa sono sempre esclusi quando l'agente si sia trovato nell'impossibilità di tenere un comportamento conforme al precetto penale, impossibilità imposta da condizioni talmente imperative, da non potersi umanamente pretendere una condotta diversa da quella concretamente tenuta.

Tali considerazioni hanno anche determinato una reazione del Legislatore, esitata nella proposta, da parte della Camera dei deputati, di un disegno di legge volto a riformare gli artt. 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000, da un lato, attribuendovi il dolo specifico dato dall'intenzione di evadere il Fisco, dall'altro lato, introducendo un'apposita causa di esclusione della punibilità che operi in presenza di omessi pagamenti privi della predetta finalità e in cui, pertanto, non si scorge la necessità della sanzione penale.

2. I delitti di omesso versamento: omesso versamento di ritenute certificate e omesso versamento dell'IVA (artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.Lgs. 74/2000)

Tra il 2005 e il 2006, il "mero debito tributario" è tornato a far scattare la minaccia della pena detentiva attraverso gli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000, che hanno portato con sé la punizione dell'omesso versamento dell'IVA e delle ritenute di acconto certificate, ove superiori alla soglia di punibilità. In contrasto, dunque, con l'originaria riforma del 2000, che si ispirava alla punibilità delle sole condotte fraudolente, la legge "Finanziaria 2005" e il "Decreto Bersani" del 2006 hanno prospettato il carcere a chi non estingue, entro il termine, il debito tributario seppure egli non abbia agito con l'obiettivo di evadere il Fisco.

È proprio questo profilo che ha privato i due interventi summenzionati del carattere identitario tipico dell'intero sistema penaltributario, secondo cui le condotte

materialmente offensive degli interessi dell'Erario devono essere anche volte ad evadere le imposte.

Tale incongruenza di sistema si riversa, naturalmente, sull'elemento soggettivo del reato, in quanto le fattispecie *de quibus* si collocano accanto a reati tributari per il cui perfezionamento è richiesto il dolo specifico o intenzionale di evasione, mentre per esse è sufficiente il dolo generico dato dalla coscienza e volontà di non versare all'Erario le ritenute effettuate nel periodo, potendo bastare anche il dolo eventuale.

Il fatto che la filosofia di usare la sanzione penale come mero deterrente per "incentivare" il pagamento (che sembra reintrodurre la figura dell'*arresto per debiti*), adottata dal Legislatore nelle due fattispecie di omesso versamento, sia del tutto aliena a quella del loro contesto, ha creato importanti problematiche, le quali hanno determinato, se non altro, una palese distonia nel sistema.

Nell'elaborato si affronterà proprio il profilo dell'applicabilità della sanzione penale a tali omissioni non sorrette dallo scopo di evadere le imposte, bensì necessitate dall'assenza assoluta di liquidità o imposte da scelte di sopravvivenza dell'attività (quali quelle di mantenere i livelli occupazionali, preferire il pagamento dei creditori che possono immettere in azienda liquidità utile al superamento della crisi o pagare le forniture), nel tentativo di fornire una risposta al quesito se la scelta di omettere il versamento dei tributi, operata dall'imprenditore, non possa invece giustificarsi in forza di una impossibilità di tenere una condotta diversa: in altre parole, un'*inesigibilità*.

Sussistono, in altri termini, dei margini interpretativi entro cui l'interprete può garantire un trattamento diverso a soggetti che, seppure concretamente tengano il medesimo comportamento (ossia, non pagano le obbligazioni tributarie), siano mossi da motivazioni ben diverse¹⁰⁸?

Ebbene, a tale domanda può darsi risposta solamente attraverso una disamina approfondita della fattispecie in parola.

La situazione di colui che non versa le imposte integra una condotta, di regola, cosciente e volontaria che si articola, in modo progressivo, nell'omesso accantonamento delle somme trattenute o riscosse e, poi, nel mancato pagamento di quanto dovuto

¹⁰⁸ Gli imprenditori "virtuosi", infatti, il più delle volte, quando non falliscono, rispettano i piani di rateizzazione azzerando, sebbene solo *post delictum*, l'offensività sostanziale del reato. In ogni caso, si tratta di imprese lecite che intendono continuare ad esercitare la propria attività e non limitarsi ad esistere al solo fine d'incassare e non versare i tributi, come le imprese illecite che il Legislatore ha voluto giustamente colpire con l'introduzione degli artt. 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000.

all'Erario. Tale inadempimento comporta l'attivazione degli istituti di omesso versamento di ritenute certificate *ex art. 10 bis* d.lgs. 74/2000 e di omesso versamento di IVA di cui all'art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000, che sanzionano le ipotesi di mancato versamento di un'imposta correttamente *dichiarata o certificata* ed hanno come medesimo bene protetto l'interesse del Fisco alla tempestiva ed efficace riscossione di tributi.

Entrambe le fattispecie incriminatrici si collocano tra i reati di *pura condotta*, e nello specifico, reati a condotta *omissiva propri*, struttura che li rende terreno fertile per la categoria dell'inesigibilità¹⁰⁹. Come noto, i reati omissivi propri si contrappongono ai reati omissivi impropri, in quanto i primi presuppongono la presenza di un *obbligo di compiere una determinata azione* (a differenza di quelli commissivi che, dal punto di vista normologico, sono legati alla presenza di uno specifico divieto di compiere un determinato comportamento), sono espressamente tipizzati dal Legislatore e sono integrati dal mero inadempimento di un'azione giuridicamente doverosa, seppure oggettivamente e soggettivamente possibile (*'non facere quod debetur'*)¹¹⁰. I secondi, invece, sono reati a evento naturalistico che nascono dalla combinazione della clausola di equivalenza causale tra agire e omettere, di cui all'art. 40, comma 2 c.p.¹¹¹ con le norme incriminatrici di parte speciale, e che necessariamente richiedono che il soggetto sia titolare di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento.

La struttura dei reati omissivi propri, quindi, comporta che essi si consumino nel momento stesso in cui, presenti date condizioni, non sia tenuta la condotta doverosa, a prescindere dal verificarsi di un evento dannoso o pericoloso riconducibile ad una condotta materiale; questa peculiare struttura circoscrive l'omissione penalmente rilevante al solo *piano normativo del mancato compimento dell'azione doverosa*.

Ebbene, in un siffatto contesto in cui la punibilità penale discende dal mero accertamento della violazione di un obbligo positivo, la categoria dell'*inesigibilità* permette di recuperare una "personalità" (o *sensibilità soggettivistica*) alla colpevolezza. Difatti, l'inesigibilità come elemento soggettivo permette di compiere una valutazione altrimenti preclusa ai reati omissivi propri, ossia quella di verificare la sussistenza della

¹⁰⁹ Cfr. DE LISI G., *L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"*, in *giurisprudenzapenale.com*.

¹¹⁰ Cfr. COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, CEDAM, 2023.

¹¹¹ L'art. 40 c.p. recita: "Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo".

materiale possibilità di agire tenendo la condotta doverosa, che viene meno laddove non ricorrano le necessarie capacità fisiche (ad esempio Tizio non sa nuotare e non può soccorrere Caio che sta annegando) ovvero manchino le condizioni esterne per la realizzazione della condotta (ad esempio Tizio non riesce a chiamare i soccorsi perché nella zona in cui si trova non c'è adeguata copertura per la rete telefonica cellulare).

Si pensi ad un reato come quello di cui all'art. 570 *bis* c.p.: senza la valutazione soggettiva offerta dal principio di inesigibilità, la fattispecie sarebbe integrata dal solo accertamento del mancato adempimento, da parte di chi era giuridicamente obbligato, agli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio, a prescindere dalle condizioni economiche dei beneficiari.

L'inesigibilità, insomma, diventa nei reati omissivi propri un vero e proprio (potenziale) motivo di assoluzione, posto che per queste fattispecie qualsiasi ostacolo alla possibilità in concreto di conformarsi al precetto potrebbe elidere totalmente l'autodeterminazione del soggetto.

2.1. Il delitto di omesso versamento di ritenute certificate

L'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000 recita: “È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo d'imposta”.

La norma incriminatrice ha vissuto un percorso non lineare nel nostro ordinamento: inizialmente era sanzionata unicamente a livello amministrativo dall'art. 13, comma 1, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471¹¹² e successivamente è stata elevata a rango di illecito penale con la legge 30 dicembre 2004, n. 311, che ha inserito il nuovo art.

¹¹² L'articolo recita quanto segue: “1. Chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile. Per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a novanta giorni, la sanzione di cui al primo periodo è ridotta alla metà. Salva l'applicazione dell'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a quindici giorni, la sanzione di cui al secondo periodo è ulteriormente ridotta a un importo pari a un quindicesimo per ciascun giorno di ritardo”.

10 bis nel d.lgs. n. 74/2000¹¹³; è stata, infine, nuovamente oggetto di modifica da parte del d.lgs. 24 settembre 2015 n. 158, che ne ha innalzato la soglia di punibilità (ad un ammontare pari o superiore a €150.000 per ciascun periodo d'imposta), prevedendo che, ai fini della determinazione del superamento o meno della stessa, rilevino alternativamente le ritenute risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti ovvero comunque dovute sulla base della dichiarazione annuale (redatta con il Modello 770)¹¹⁴.

Per comprendere al meglio il funzionamento della fattispecie, è opportuno soffermarsi sul meccanismo operativo della sostituzione di imposta, disciplinato dal d.p.r. 600/1973.

In taluni casi, per ragioni di speditezza e garanzia di una più sicura esazione, la legge si preoccupa di allargare la sfera dei soggetti passivi ascrivendo situazioni giuridiche soggettive, rilevanti ai fini del prelievo, a persone diverse da quelle alle quali sono direttamente riferibili. Nella sostituzione tributaria, tale struttura si sostanzia nella riscossione del tributo da parte dell'Amministrazione Finanziaria in capo al *sostituto d'imposta* anziché direttamente al soggetto passivo, percettore del reddito (c.d. *sostituito*).

Il sostituto, infatti, tenuto ad erogare gli emolumenti al sostituito (come può verificarsi, ad esempio, nel rapporto tra datore di lavoro e dipendente), ha l'obbligo di prelevare una percentuale degli stessi (attraverso la *ritenuta alla fonte*) da trattenere, per poi versare all'Erario entro termini predefiniti.

Gli obblighi del sostituto d'imposta si estendono fino a ricomprendere la certificazione dell'effettuazione della ritenuta, che libera il sostituito dall'obbligazione tributaria (integralmente o parzialmente, a seconda che la ritenuta fosse a titolo d'imposta ovvero a titolo d'acconto) e trasferisce in capo al sostituto l'obbligo di versare quanto trattenuto e certificato, e la presentazione annuale (da effettuare entro il 31 luglio dell'anno successivo a quello di perfezionamento delle ritenute) della dichiarazione di

¹¹³ Cfr. LONGARI C., *Soglie di punibilità e diritto penale tributario*, 2020, 22. L'Autore chiarisce, sul punto, che l'introduzione, ad opera della legge finanziaria del 2005, del delitto di omesso versamento di ritenute certificate da parte del sostituto trova giustificazione nella "*constatata frequenza del fenomeno e il danno che da tali comportamenti deriva all'erario*"; dopotutto, come emerge dalla Relazione accompagnatoria, tale fattispecie ha l'obiettivo di proteggere il fondamentale interesse alla "*corretta e puntuale percezione dei tributi*".

¹¹⁴ Cfr. URBAN M., *L'omesso versamento di ritenute: la prova da parte dell'accusa e le strategie di difesa - Commento a Cass. Pen., Sez. Un., 22 marzo 2018, n. 24782 (depositata il 1 giugno 2018)*, in *Il Tributo*, 2018.

sostituito di imposta tramite il Modello 770, indicante i compensi corrisposti e le ritenute effettuate.

La violazione dei menzionati adempimenti integra un illecito amministrativo ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 471/97 e, se ne ricorrono i requisiti¹¹⁵, attiva la fattispecie penale.

Alcune ultime parole, infine, vanno spese sulle altre caratteristiche della fattispecie, di cui abbiamo già chiarito la natura di reato omissivo proprio. Soggetto attivo del reato, a dispetto della lettera della disposizione (che si riferisce a “*chiunque*”) è esclusivamente il soggetto che ricopre la veste di sostituto d'imposta. Trattandosi di un reato a natura istantanea, il momento consumativo si perfeziona con il mero scadere del termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto d'imposta (dopo la quale si può comunque configurare adempimento tardivo al fine di limitare il prodursi di conseguenze ulteriori, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative). L'interesse tutelato è, naturalmente, quello del Fisco alla riscossione delle imposte. Infine l'elemento soggettivo, come già anticipato, è il dolo generico, il che comporta che tutti gli elementi costitutivi della fattispecie siano rappresentati e voluti dal contribuente.

2.2. Il delitto di omesso versamento dell'IVA

L'art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000 recita “È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo, l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione annuale, per un ammontare superiore a euro duecentocinquantamila per ciascun periodo d'imposta”.

Anche in questo caso, è opportuno premettere delineando innanzitutto il meccanismo applicativo dell'imposta sul valore aggiunto, disciplinata integralmente dal d.p.r. 633/1972. L'obbligo di versare l'IVA si attiva al ricorrere di tre presupposti, oggettivo, soggettivo e territoriale, gravando essa sulle *cessioni di beni* e le *prestazioni di*

¹¹⁵ I requisiti richiesti perché sia integrato il reato di cui all'art. 10 bis sono i seguenti: (i) che le ritenute siano state certificate ai sostituiti; (ii) che l'ammontare complessivo delle ritenute certificate e non versate superi gli €50.000 per periodo d'imposta; (iii) che l'omissione si sia protratta ben oltre i termini previsti dal diritto tributario per i versamenti periodici, precisamente fino al termine fissato dalla norma penale, corrispondente al termine per la presentazione della dichiarazione annuale (oggi 31 luglio dell'anno successivo a quello in cui le ritenute furono operate); (iv) che tutti gli elementi del fatto siano “coperti” dal dolo (anche solo eventuale), essendo invece irrilevante che il soggetto perseguisse o meno, con la sua omissione, finalità evasive dell'imposta.

servizi effettuate nel territorio dello Stato dagli esercenti attività di impresa o arti e professioni, nonché sulle importazioni da chiunque effettuate. Decorso il periodo annuale di riferimento (ossia normalmente il 16 del mese successivo a quello in cui l'IVA è divenuta esigibile, ovvero il 16 del secondo mese successivo a ciascuno dei primi tre trimestri solari), il contribuente deve presentare una dichiarazione in cui riepiloga le operazioni attive e gli acquisti registrati nell'anno, nonché le liquidazioni e i versamenti periodici effettuati. In base a questi elementi viene determinato il tributo che, eventualmente, va versato a conguaglio, il cui ammontare è calcolato sottraendo dal valore dell'imposta dovuta sulla base della dichiarazione annuale quello delle somme versate nel corso dell'anno nelle liquidazioni mensili (o trimestrali).

Dallo schema anzidetto discende la natura *neutrale* ed *indiretta* dell'imposta, che infatti non incide sui soggetti passivi (c.d. "*di diritto*"), ossia l'imprenditore o il lavoratore autonomo, i quali possono infatti rivalersi sul terzo, cessionario del bene o committente del servizio, addebitandogli l'imposta, bensì sul soggetto passivo (c.d. "*economico*"), ossia il consumatore finale che acquista il prodotto pagando il prezzo comprensivo dell'IVA.

Anche in questa ipotesi l'omissione dei versamenti periodici attiva una responsabilità anzitutto amministrativa, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. 471/97 e, sempre che ne sussistano i presupposti¹¹⁶, penale.

Data per pacifica la natura di reato omissivo proprio¹¹⁷, del reato *de quo* può essere agente il solo soggetto IVA che abbia presentato una dichiarazione annuale con saldo debitorio superiore a €250.000. In quanto reato istantaneo, l'omesso versamento si consuma nel momento in cui scade il termine previsto dalla legge per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo. L'interesse tutelato è, ancora una

¹¹⁶ I presupposti perché si configuri la fattispecie criminosa di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000 sono: (i) che il contribuente abbia presentato, entro i termini di legge, una dichiarazione annuale da cui emerga un debito IVA; (ii) che l'IVA a debito dichiarata e non versata superi i 50 mila euro per periodo d'imposta; (iii) che l'omissione si sia protratta ben oltre i termini previsti dal diritto tributario per i versamenti periodici, precisamente fino al termine fissato dalla norma penale, corrispondente alla data prevista per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo (ossia il 27 dicembre dell'anno successivo a quello cui si riferisce il debito IVA); (iv) che tutti gli elementi del fatto siano "coperti" dal dolo (anche solo eventuale), essendo, invece, irrilevante che il soggetto persegua o meno, con la sua omissione, finalità evasive dell'imposta

¹¹⁷ Seppure non manchi chi qualifica quello in esame come un reato a condotta *mista*, in cui vi è una componente commissiva costituita dalla presentazione della dichiarazione IVA da parte del soggetto obbligato (da cui emerge un debito d'imposta superiore alla soglia di punibilità) e una componente omissiva rappresentata dal mancato versamento dell'IVA autoliquidata dal contribuente.

volta, quello del Fisco alla riscossione delle imposte. Infine l'elemento soggettivo, come anticipato, è il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di non versare l'IVA dovuta.

3. Il principio di inesigibilità nel caso del mancato versamento da parte dell'imprenditore in crisi di liquidità e nella crisi d'impresa

Il fatto che gli studiosi non riescano a trovare un punto d'incontro in tema di omesso versamento di ritenute certificate e IVA, riflette la particolare delicatezza degli interessi in gioco, ossia dello Stato al regolare adempimento delle obbligazioni tributarie, a cui è legato il buon funzionamento dell'apparato amministrativo in tutte le sue articolazioni.

Tali ovvie esigenze tributarie, in linea di principio, non si prestano ad essere messe in discussione nella loro generalità e assolutezza, al fine di evitare una potenziale breccia pericolosa per le finanze dello Stato, su cui si regge la collettività. Per il corretto andamento dell'azione amministrativa, infatti, è necessario che le imposte siano versate regolarmente e alle precise scadenze previste, affinché la Pubblica Amministrazione possa fare fronte ai propri impegni di spesa (quali il pagamento dei dipendenti statali, delle pensioni, delle spese scolastiche e sanitarie, delle opere pubbliche ed infrastrutture). È proprio in ragione di ciò che, in presenza di violazioni che superano determinate soglie di valore, il citato d.lgs. 74/2000 ha affiancato alle sanzioni amministrative una tutela rafforzata dal presidio penalistico.

Ciononostante, come anticipato, sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno investigato il tema delle eventuali situazioni particolari in cui le scelte imprenditoriali non si siano tradotte in un comportamento scorretto o intenzionalmente elusivo, ma siano state dettate da ragioni eticamente giustificabili o occasionate da circostanze non prevedibili e controllabili, per cui, pur risultando oggettivamente configurabile la fattispecie di reato, la stessa possa non dare origine in concreto a punibilità.

I prossimi passaggi dell'elaborato si concentrano proprio sui diversi orientamenti che la giurisprudenza ha maturato nel tempo: l'analisi muoverà dalle sentenze dei giudici di legittimità e di merito, che il più delle volte mostrano notevoli discrasie. Protagonista delle vicende è sempre la *crisi di liquidità*, consistente nell'incapacità dell'azienda di far fronte, con il proprio flusso di cassa, alle obbligazioni e alle spese (dal pagamento dei

fornitori, al versamento delle imposte, dal saldo dei debiti con le banche fino all'acquisto di merci e materiali): è stato subito dopo l'entrata in vigore degli articoli 10 *bis* e 10 *ter* d.lgs. 74/2000 che si è animato il dibattito in ordine alla possibile rilevanza esimente data da una tale assoluta indisponibilità di risorse finanziarie. Alcuni studiosi, infatti, pure non mettendo in dubbio la consapevolezza dell'agente circa la pendenza del debito tributario (pertanto, la sussistenza della coscienza e della volontà della condotta), si mostrano perplessi sul profilo della volontarietà dell'omissione, che non è conseguenza di una libera scelta bensì è determinata da circostanze esterne che impongono all'agente di violare il precetto penale.

3.1. La crisi di liquidità non assurge a esimente nei reati di omesso versamento

La Suprema Corte si è mostrata a lungo granitica, essendo orientata ad una pressoché totale esclusione della natura della crisi di liquidità (perfino in caso di fallimento) quale elemento in grado di incidere, tanto sul profilo oggettivo quanto soggettivo, sulla fattispecie di reato elidendo la rilevanza penale del comportamento; il soggetto su cui incombe l'obbligo di versamento, infatti, deve comunque gestire le proprie risorse in modo da essere in grado di provvedere successivamente ai versamenti dovuti.

Quanto detto è confermato nella pronuncia n. 37528 del 2013 della Sezione Terza della Corte di cassazione, depositata il 13 settembre 2013, la quale rappresenta solo la più recente di una serie consolidata di sentenze che, per l'appunto, non riconoscono alcuna efficacia *latu sensu* esimente alla crisi di liquidità dell'azienda¹¹⁸. I canoni argomentativi

¹¹⁸ Dello stesso avviso è stata la Cassazione nelle seguenti sentenze: Cass. pen., 29 maggio 2011, n. 13100, "Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti è integrato, siccome è a dolo generico, dalla consapevole scelta di omettere i versamenti dovuti, non rilevando la circostanza che il datore di lavoro attraversi una fase di criticità e destini risorse finanziarie per far fronte a debiti ritenuti più urgenti"; Cass. pen., 11 marzo 2011, n. 29616, "Risponde del reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti il legale rappresentante di una società dichiarata fallita in quanto obbligato, ove non dichiarato fallito personalmente, al pagamento delle ritenute con le personali risorse finanziarie. [Nella specie, la Corte ha ritenuto infondata l'eccezione dell'imputato secondo cui l'omesso versamento delle ritenute all'Istituto previdenziale, a seguito della dichiarazione di fallimento, sarebbe stato imposto dalla necessità di evitare il rischio di vedersi contestato il delitto di bancarotta preferenziale per aver privilegiato un creditore"; Cass. pen., 6 novembre 2013, n. 2614, "Il reato di cui all'art. 10 *ter* d.lg. n. 74 del 2000 è punibile a titolo di dolo generico e la prova del dolo è insita in genere nella presentazione della dichiarazione annuale, dalla quale emerge quanto è dovuto a titolo d'imposta, e che deve, quindi, essere saldato entro il termine lungo previsto. Il soggetto d'imposta deve tenere accantonata l'i.v.a. riscossa, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria. Non può, quindi, essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al

sostenuti dalla Corte per neutralizzare tale *non punibilità* sono il fatto che i debiti di natura pubblicistica, ossia tributi e contributi, hanno la priorità su quelli di matrice civilistica, ossia retribuzioni e pagamenti di fatture passive; che l'eventuale violazione di tale priorità mediante sviamento delle risorse disponibili è già prova del dolo; che non è configurabile neanche astrattamente il ricorso allo stato di necessità in caso di insolvenza e che, seppure ammissibile in astratto, la causa di forza maggiore non può applicarsi alle ordinarie ipotesi di crisi di impresa.

Il datore di lavoro, prosegue la Corte, è infatti tenuto a ripartire le risorse esistenti in modo da rendere possibile l'adempimento dell'obbligo tributario; pertanto, se in costanza di una crisi economico-finanziaria dell'azienda egli ometta di versare i tributi per destinarli a debiti che ritiene più urgenti, si mostra *perfettamente consapevole dello sviamento* di tali risorse, integrando indubbiamente il dolo generico della fattispecie. È proprio in tale *sviamento* che la Corte individua già l'elemento del dolo, in un certo senso a prescindere dalla successiva omissione del versamento¹¹⁹.

Le considerazioni appena esposte sono suggellate dalla Cassazione a Sezioni Unite nelle sentenze “gemelle” nn. 37424/2013 (sent. *Romano*)¹²⁰ e 37425/2013 (sent. *Favellato*)¹²¹, poi confermate nella più recente pronuncia n. 23532/2014 della Sezione semplice, dedicate (le prime due) rispettivamente ai delitti di omesso versamento delle ritenute certificate e di omesso versamento dell'IVA, ma trattabili congiuntamente in quanto risolvono allo stesso modo le questioni affrontate.

Dopo essersi dedicate estensivamente alla *vexata quaestio* della determinazione del momento di consumazione del delitto e, conseguentemente, della normativa applicabile al caso concreto, nelle ultime pagine della motivazione le sentenze hanno affrontato il delicato tema dell'elemento psicologico del reato, suscitando, con la propria

momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta (pagamento dell'imposta dovuta”; Cass. pen., 27 novembre 2013, n. 3124 “*In tema di omesso versamento delle ritenute fiscali operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, la situazione di difficoltà finanziaria dell'impresa non esclude la responsabilità per il reato previsto dall'art. 10 bis d.lgs. n. 74 del 2000. (Fattispecie nella quale la S.C. ha giudicato immune da censure la decisione impugnata nella parte in cui aveva ritenuto che, per effetto della conoscenza della situazione di irreversibile indebitamento e di gravissima mancanza di liquidità al momento dell'assunzione della carica di amministratore della società, il mancato pagamento si configurava come il risultato di una consapevole decisione dell'agente)”*.

¹¹⁹ La scelta consapevole del contribuente in crisi finanziaria di dar precedenza al pagamento dei dipendenti rispetto all'adempimento degli obblighi tributari, così, *non solo non esclude ma è la conferma della volontà di omettere il versamento per destinarlo altrove*.

¹²⁰ Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424, Romano.

¹²¹ Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato.

presa di posizione ‘repressiva’, reazioni preoccupate nel mondo economico¹²². La Cassazione si è infatti mostrata ancora una volta decisa nel ritenere *irrilevante* lo stato di insolvenza del contribuente ai fini dell’accertamento della responsabilità penale per l’omesso versamento, poiché dal punto di vista dell’integrazione del fatto tipico della fattispecie “*non è giustificabile*” il contribuente che, anziché versare periodicamente le somme incassate dall’Erario o di accantonarle in vista del successivo pagamento, se ne serva come forma di “*auto-finanziamento*”. La giurisprudenza di legittimità sottolinea come, da un lato, il sostituto sia tenuto a ripartire le risorse a propria disposizione al momento della corresponsione delle retribuzioni, in modo da poter adempiere all’obbligo tributario anche a costo di rinunciare al pagamento dei compensi nel loro intero ammontare, e come, dall’altro lato, il contribuente debba accantonare, nel corso dell’anno, le somme dovute al Fisco e riscuotere l’IVA dagli acquirenti dei beni o dei servizi, “*organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all’obbligazione tributaria*”¹²³.

Dunque, seppure sia indubbio che i soggetti in situazioni di dissesto economico siano privi, in via tendenziale, di finalità evasive (scaturendo, il mancato versamento, non da un intento doloso, bensì da esigenze di liquidità), la giurisprudenza ritiene in ogni caso integrato il reato, non potendosi invocare, “*per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta*”¹²⁴.

¹²² Cfr. Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424, in *Diritto Tributario*, 2013, fasc. 11, con nota di CARACCIOLI I. “*Le sentenze in commento hanno, com’era comprensibile, suscitato per lo più reazioni preoccupate nel mondo economico e critiche nella dottrina specialistica, sollevando anche fondati timori per l’evoluzione in senso “repressivo” della materia penaltributaria a seguito delle soluzioni adottate, le quali non tengono nel dovuto conto, da un lato, le esigenze di certezza e di stabilità che il mondo economico attende, anche di fronte alla serrata competizione straniera, nonché le speranze di un adeguamento della normativa di settore allo standard comune del diritto penale tributario degli altri Paesi dell’Unione europea evidenziate dall’attesa approvazione della “Delega fiscale” da parte del Parlamento, la quale tende ad una migliore sistemazione dei rapporti tra sanzioni tributarie e sanzioni penali*”.

¹²³ Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424, Romano. “*Ogni qualvolta il sostituto d’imposta effettua tali erogazioni, insorge, quindi, a suo carico l’obbligo di accantonare le somme dovute all’Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all’obbligazione tributaria*”.

¹²⁴ Cass. pen., 14 maggio 2014, n. 23532. Quanto detto è stato confermato anche dalla sentenza in citazione, secondo la quale “*per la commissione di tali reati, basta, in altri termini, la coscienza e volontà di non versare all’Erario le ritenute effettuate nel periodo considerato, con la precisazione che tale coscienza e volontà deve investire anche la soglia dei cinquantamila Euro (secondo la formulazione precedente della norma, la cui soglia di punibilità è stata poi elevata a centocinquantamila Euro), che è un elemento costitutivo del fatto, contribuendo a definirne il disvalore*”. Ancora, è confermato anche dalla Cass. pen., 3 settembre 2022, n. 30628 secondo cui “*Per escludere la punibilità per il reato di omesso versamento*

La Cassazione attribuisce inoltre un ruolo fondamentale al *comportamento dell'imputato precedente al termine lungo per il versamento* e, proprio sulla base di esso, ribadisce l'impossibilità di configurare la crisi di liquidità come scusante. La condotta del reo nei reati in parola, sostiene, si articola in più momenti progressivi, tali per cui risulta abbastanza esigua la possibilità di ritenere sussistente l'assenza del dolo generico o la scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. dovuta alla crisi economica. Infatti, il comportamento illecito comincia con il mancato accantonamento delle somme trattenute ed il mancato versamento delle stesse secondo le scadenze normative e prosegue nell'omissione fino al termine ultimo di pagamento determinato dalla legge. Una successione troppo periodicamente lunga per poter ammettere una scusante¹²⁵.

La Corte avvalora questa posizione, specificando che neppure le situazioni esposte nei motivi dedotti in ricorso¹²⁶, seppure provate, possono integrare lo stato di necessità. Dopotutto, è pacifico nella giurisprudenza di legittimità che con l'espressione "danno grave alla persona" (contenuto all'art. 54 c.p.), il legislatore abbia inteso riferirsi ai soli beni morali e materiali che costituiscono l'essenza stessa dell'essere umano ma non anche quelli che, pur essendo costituzionalmente rilevanti, contribuiscono al completamento ed allo sviluppo della persona umana; pertanto, la perdita del diritto al lavoro non può integrare un danno grave alla persona sotto il profilo dello stato di necessità. Ma di ciò si dirà più approfonditamente in seguito.

dell'Iva, non può essere invocata la "crisi di liquidità" del soggetto attivo al momento della scadenza del termine previsto per il pagamento, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta. Al riguardo, per escludere la colpevolezza, sarebbe necessario che siano comunque assolti, sul punto, precisi oneri di allegazione che devono investire non solo l'aspetto della non imputabilità al contribuente della crisi economica che improvvisamente avrebbe investito l'azienda, ma anche la circostanza che detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso a idonee misure da valutarsi in concreto. Occorrerebbe cioè la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse economiche e finanziarie necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili".

¹²⁵ Cfr. RADESCO F., *La crisi di liquidità non costituisce ex se scusante del reato di omesso versamento di ritenute od IVA*, in *Diritto e Giustizia*, 6 giugno 2014 e VALSECCHI A., *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

¹²⁶ Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424, "a) l'aver ritenuto di privilegiare il pagamento delle retribuzioni ai dipendenti, onde evitare dei licenziamenti; b) l'aver dovuto pagare i debiti ai fornitori, pena il fallimento della società; c) la mancata riscossione di crediti vantati e documentati, spesso nei confronti dello Stato".

Negli ultimi anni, anche la giurisprudenza di merito si è ampiamente occupata della rilevanza *latu sensu* esimente della crisi di liquidità in tema di reati di omesso versamento e si è mostrata, sul punto, assai variabile: accanto ad una maggioranza di sentenze favorevoli alla non punibilità fondata sulla crisi aziendale, altre sono rimaste invece fedeli all'indirizzo della Corte di cassazione.

In questo secondo senso si pone anzitutto il Tribunale di Milano¹²⁷ che, specie in tema di omesso versamento dell'IVA, afferma l'inefficacia della crisi finanziaria richiamando il fatto che l'imposta sul valore aggiunto è prima riscossa per conto dello Stato e solo successivamente viene versata; pertanto, essendo il soggetto Iva *percusso ma non inciso* dal tributo, egli non può rimanere incapiente per una somma che ha già precedentemente incassato; e non potendone mutare la destinazione non può essere scusato.

Anche il Tribunale di La Spezia afferma che la difficoltà finanziaria non può escludere l'elemento soggettivo, specialmente quando il contribuente sceglie di dar precedenza a debiti privatistici rispetto a quelli tributari; difatti, la scelta di utilizzare la liquidità disponibile per pagare i dipendenti a scapito dell'adempimento delle obbligazioni tributarie non assume le vesti di una circostanza oggettivamente impeditiva del versamento, quale sarebbe, invece, la causa di forza maggiore¹²⁸.

Infine, ha confermato tali conclusioni anche una importante decisione del Tribunale di Roma, secondo cui l'imprudenza gestionale eliminerebbe in radice la stessa valenza oggettiva dello stato di crisi come possibile esimente; difatti, non può qualificarsi come causa di forza maggiore, né può escludere il dolo, l'impossibilità di adempiere all'obbligo di versamento che consegua a *operazioni commerciali e scelte gestionali avventate e imprudenti, fermamente volute dall'imputato e denotanti per lo meno l'accettazione del rischio del verificarsi dell'evento omissivo addebitatogli*¹²⁹.

Senza soffermarvisi troppo, è utile spendere qualche parola anche sulla giurisprudenza di merito che si è posta in senso contrario rispetto a quella di legittimità.

¹²⁷ Trib. Milano, 2 luglio 2013, in *DeJure*, che richiama la giurisprudenza di Cassazione in ordine al concetto di buon contribuente.

¹²⁸ Trib. La Spezia, 6 dicembre 2012, n. 784.

¹²⁹ Trib. Roma, 7 maggio 2013: nel caso in esame, l'illiquidità sarebbe stata generata non da gravi e imprevisi inadempimenti da parte della pubblica amministrazione (o di contraenti privati) ma da operazioni finanziarie ritenute ampiamente rischiose. L'imputato, in sostanza, avrebbe preferito il rischio di commettere il reato alla rinuncia a operazioni imprudenti da lui programmate, organizzate e realizzate.

Ai fini della nostra disamina, in ogni caso, è sufficiente affermare che i percorsi motivazionali dei Tribunali, spesso poco approfonditi e in alcuni casi anche tecnicamente erronei, si snodano attorno a situazioni circoscritte che vedono gli imprenditori: a) a loro volta creditori per somme ingenti nei confronti di enti pubblici; b) vittime dell'inadempimento improvviso e inabilitante dei clienti; c) privati dell'accesso al finanziamento da parte degli istituti bancari; d) posti di fronte all'assoluta impossibilità di onorare i debiti tributari perché ormai in stato di insolvenza; e) ovvero costretti ad utilizzare le insufficienti risorse finanziarie privilegiando il pagamento delle retribuzioni o di altri debiti propedeutici al proseguimento dell'impresa economica.

Accanto alla giurisprudenza più scettica, appena esposta, una considerevole parte della dottrina e, come vedremo, anche della giurisprudenza ha prospettato diverse soluzioni, seppure non del tutto omogenee, in cui si attribuisce alla crisi di liquidità la natura di causa di esclusione ora dell'elemento oggettivo, ora di quello soggettivo.

Tra le prime si riportano gli orientamenti di coloro che intendono escludere la coscienza e la volontà della condotta, facendo ricorso alla causa di forza maggiore (art. 45 c.p.), ovvero assente la tipicità del reato omissivo proprio ovvero ricorrendo agli estremi per la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.).

Tra le seconde si richiamano le ricostruzioni che propongono l'esclusione del dolo del reato e quelle che propendono, da ultimo, per il ricorso alla categoria sovraleale dell'inesigibilità.

3.2. Tentativo di fare leva sulla forza maggiore. La forza maggiore nella lettura della CGUE

Nonostante la sua tendenziale assoluta chiusura al riconoscimento di natura di esimente alla crisi di liquidità, la Cassazione nella sentenza n. 10813 del 6 febbraio 2014 (sent. *Servida*)¹³⁰ sembra non escludere che astrattamente possano rinvenirsi dei casi (il cui apprezzamento è devoluto al giudice del merito ed è dunque insindacabile in sede di legittimità, se congruamente motivato) in cui si possa invocare l'assoluta impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria. Tuttavia, perché questo in concreto si verifichi, è necessario l'assolvimento di precisi oneri di allegazione che, per quanto attiene alla lamentata crisi di liquidità, dovranno investire non solo l'aspetto della *non imputabilità a*

¹³⁰ Cass. pen., 6 febbraio 2014, n. 10813, *Servida*.

*chi abbia omesso il versamento della crisi economica che ha investito l'azienda o la sua persona, ma anche la prova che tale crisi non sarebbe stata altrimenti fronteggiabile tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, a idonee misure da valutarsi in concreto*¹³¹. In questa ricostruzione può cogliersi chiaramente, come anche confermato dalla Cassazione, il riferimento alla forza maggiore, che integra la forma più radicale di non punibilità oggettiva per omesso versamento dovuto a crisi di liquidità.

La forza maggiore, infatti, elimina coscienza e volontà della condotta, essendo il soggetto attivo mosso da forze esterne invincibili e incontrollabili. Come si evince dall'art. 45 c.p., che recita “*non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*”, l'esimente è integrata da una forza irresistibile che si colloca su un piano distinto e logicamente antecedente alla configurabilità dell'elemento soggettivo, ossia quello delle situazioni che escludono la cd. “*suitas*” della condotta. Si parla, per questo motivo, di *vis maior cui resisti non potest* a causa della quale l'uomo *non agit, sed agitur*.

Si ha forza maggiore, dunque, solo laddove la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antigiuridica siano dovute all'assoluta e incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al precetto (e non alla mera difficoltà di attuare il comportamento omesso).

L'illiquidità dell'impresa in virtù della quale non è possibile fare fronte agli obblighi tributari, secondo questa impostazione, potrebbe dunque discendere da *circostanze imprevedibili e inevitabili*, integrando la forza maggiore che, in taluni casi, esclude il dolo richiesto dalle norme tributarie¹³².

In ogni caso, i giudici di legittimità assoggettano tale possibilità a oneri probatori piuttosto stringenti, richiedendo al contribuente che si voglia giovare in concreto

¹³¹ Come si deduce dalla Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 45427, secondo la quale “*Per escludere la colpevolezza (...) sarebbe necessario che siano comunque assolti, sul punto, precisi oneri di allegazione che devono investire non solo l'aspetto della non imputabilità al contribuente della crisi economica che improvvisamente avrebbe investito l'azienda, ma anche la circostanza che detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso ad idonee misure da valutarsi in concreto, come il versamento di capitale o l'effettuazione di una ristrutturazione aziendale. Occorre cioè la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse economiche e finanziarie necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di un'improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili*”.

¹³² Cfr. CUOMO L., *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell'imprenditore*, in *Gazzetta Forense*, 2014.

dell'esimente, di dare prova che *non gli sia stato altrimenti possibile reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie*, pur avendo posto in essere *tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, atte a consentirgli di recuperare la necessaria liquidità, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili*¹³³. Quanto detto emerge sempre dalla sentenza *Servida*, ma viene confermato, in termini sostanzialmente analoghi, anche in altre pronunce in cui la Corte ribadisce, per la dimostrazione della assoluta impossibilità di provvedere ai pagamenti omessi, le necessarie allegazione e prova della *non addebitabilità all'imputato della crisi economica che ha investito l'impresa e della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità che ne sia conseguita tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto*¹³⁴. Per escludere la volontarietà della condotta è, dunque, necessaria la dimostrazione della riconducibilità dell'inadempimento alla obbligazione verso l'Erario a fatti non imputabili all'imprenditore, che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico.

Nonostante astrattamente sembrerebbe essersi ricavato uno spazio per la configurabilità dell'esimente in parola, bisogna fare sempre i conti con la realtà concreta: difatti la forza maggiore, intesa come forza esterna della natura che determina in modo irresistibile il soggetto a tenere un comportamento attivo o omissivo, non sembra aderire perfettamente alle ipotesi in esame. A rendere impraticabile la strada del ricorso a tale causa, che pure è ritenuta sussistente in tutti i casi in cui l'agente abbia fatto quanto era in suo potere per uniformarsi alla legge ma, per cause indipendenti dalla sua volontà, non poteva impedire l'evento o la condotta antigiuridica, è la considerazione che la scelta (*protrattasi nel tempo*) di non accantonare e non versare periodicamente le somme *non può assumere le vesti di un fatto imponderabile imprevisto e imprevedibile che esula*

¹³³ Cfr. MARITATO C.G., *La "crisi" "di liquidità e i presupposti per l'operatività dell'esimente della forza maggiore alle sanzioni tributarie*, in *NJus*, 3 giugno 2021.

¹³⁴ Cass. pen., 13 ottobre 2020, n. 30626. Richiama, allo stesso modo, l'assoluta impossibilità di adempiere il debito erariale quale causa di esclusione della responsabilità penale anche la Cass. pen., 29 maggio 2023, n. 23299, in cui si richiede l'assolvimento degli "oneri di allegazione concernenti sia il profilo della non imputabilità a lui medesimo della crisi economica che ha investito l'azienda, sia l'aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee, da valutarsi in concreto, occorrendo in definitiva la prova che non sia stato altrimenti possibile per il contribuente reperire le risorse necessarie a consentirgli il puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà e a lui non imputabili".

completamente dalla condotta dell'agente, rendendo ineluttabile il verificarsi dell'evento che quindi non può in alcun modo ricollegarsi ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente¹³⁵.

Insiste su questo punto anche la pronuncia del 9 settembre 2015, n. 43599¹³⁶, in cui la Cassazione penale ribadisce che “Ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria. L'introduzione della norma penale, stabilendo nuove condizioni e un nuovo termine per la propria applicazione, estende evidentemente la detta esigenza di organizzazione su scala annuale. Non può, quindi, essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla esigenza predetta”¹³⁷.

In conclusione, seppure la giurisprudenza di merito si mostri talvolta aperta alla configurazione della forza maggiore, la giurisprudenza di legittimità¹³⁸ è (quasi) unanime nel contemplare solo in astratto tale possibilità, in ogni caso vincolandola ad una “diabolica comprovazione”¹³⁹.

È interessante, a questo punto della trattazione, inserire una breve digressione in relazione al tema dell'omesso versamento di imposte connesso all'emergenza pandemica

¹³⁵ Cass. pen., 6 febbraio 2014, n. 10813, Servida.

¹³⁶ Cass. pen., 9 settembre 2015, n. 43599, Rv. 265262.

¹³⁷ Cass. pen., 9 settembre 2015, n. 43599, Rv. 265262.

¹³⁸ In questo verso si pongono anche le seguenti sentenze: Cass. Pen., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 37528, Corliano, secondo cui “Nel reato di omesso versamento delle ritenute certificate, la situazione di difficoltà finanziaria dell'imprenditore non costituisce causa di forza maggiore che esclude la responsabilità prevista dall'art.10 bis d.lgs. n. 74 del 2000”; Cass. Pen., Sez. III, 7 marzo 2015, n. 8352, secondo cui, quanto alla incidenza della situazione finanziaria dell'impresa ai fini dell'esclusione della colpevolezza “è irrilevante la crisi di liquidità del debitore alla scadenza del termine fissato per il pagamento, a meno che non venga dimostrato che siano state adottate tutte le iniziative per provvedere alla corresponsione del tributo (...), anche attingendo al patrimonio personale (...). Né la mancata riscossione di crediti costituisce circostanza idonea ad escludere il dolo, posto che si tratta di eventi che rientrano nel normale rischio di impresa”; infine, Cass. pen., Sez. III, 4 settembre 2019, n. 50007, secondo cui “Poiché la forza maggiore postula la individuazione di un fatto imponderabile, imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente, sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente, la Corte di Cassazione ha sempre escluso che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante”.

¹³⁹ Cfr. BOLIS S., Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea, in Sistema Penale, 04 Marzo 2021.

degli ultimi anni, che ha riaperto il dibattito sulla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile”¹⁴⁰.

Le ripercussioni della pandemia da Covid-19 sull’economia e sulla finanza pubblica hanno avuto una drammatica portata, generando, alla scadenza dei termini per il versamento delle imposte, il rischio per gli imprenditori di non disporre della capacità finanziaria adeguata a farvi fronte.

Poiché l’art. 10 *ter* d.lgs. 74/2000 si pone a presidio di un tributo (l’IVA) che rappresenta anche una delle risorse proprie del bilancio dell’Unione, si apre il dubbio sull’applicabilità, nel caso di grave crisi di liquidità, di una nozione “europea” di forza maggiore, ossia interpretata dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, la quale ha superato il brocardo *vis cui resisti non potest*.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea, in particolare, ha affermato come tale causa di esclusione della *suitas* determinerebbe l’assoluzione non solo in presenza di eventi imprescindibili caratterizzati da un’assoluta incapacità di adempiere agli oneri tributari, come avviene con la nozione “nostrana”, ma anche nel caso in cui l’assolvimento degli stessi comportamenti un *sacrificio eccessivo* per l’agente (come potrebbe accadere qualora un’azienda in grave crisi di liquidità devolva le poche somme possedute al Fisco e non al mantenimento di una continuità aziendale).

Una simile interpretazione sarebbe, di per sé, sufficiente a scalfire la granitica posizione della giurisprudenza italiana, la quale richiede la sussistenza della scriminante in questione solo quale *vis cui resisti non potest* che viene meno ogni qual volta l’agente ometta il versamento delle imposte non per un’incoercibile forza esterna ma come conseguenza della scelta di preferire la liquidazione di altri creditori rispetto all’Erario. Tuttavia, paradossalmente, la Corte di cassazione italiana ha recepito l’orientamento ermeneutico dell’Unione Europea in materia amministrativa, ma fatica a garantirgli corretta applicazione in sede penale¹⁴¹.

¹⁴⁰ Cfr. BOLIS S., *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea*, in *Sistema Penale*, 04 Marzo 2021.

¹⁴¹ Sul punto, appare significativa la recente sentenza Cass., III sez., 7.9.2021 (dep. 26.10.2021), n. 38177, in cui il Supremo Collegio statuisce che “*poiché la forza maggiore postula la individuazione di un fatto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell’agente, si esclude che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante*”.

3.3. Tentativo di fare leva sullo stato di necessità

Merita richiamare, seppure rappresenti essa un'ipotesi del tutto residuale, la prospettata configurabilità della scriminante dello stato di necessità ai sensi dell'art. 54 c.p. tramite un'interpretazione estensiva, quindi *in senso lato*, del dato letterale, nonché requisito centrale, del “*danno grave alla persona*”. Difatti, attraverso l'estensione del “*danno grave*” si andrebbe a ricomprendere anche il licenziamento, quindi il possibile stato di indigenza dei lavoratori dipendenti qualora il versamento dell'IVA determini il fallimento dell'impresa; invece, l'estensione del concetto di “*persona*” permette di abbracciare anche la persona giuridica danneggiata dal dissesto economico.

Come sostiene la dottrina¹⁴², la causa di giustificazione in esame consente di formulare un “*giudizio soggettivo di non rimproverabilità dell'agente per aver agito in circostanze tali da non potersi pretendere un comportamento diverso che, in concreto, si rivela capace di alterare il normale processo di formazione motivazionale, per cui il contribuente agisce in presenza di una situazione talmente coercitiva da far perdere alla norma tributaria la sua efficacia precettiva e da rendere impossibile il rispetto della condotta doverosa*”¹⁴³.

Tuttavia, seppure possa riconoscersi un'applicabilità del concetto di danno grave nei confronti della persona giuridica, pare assai difficile immaginare il perfezionamento degli altri elementi della scriminante, ovvero la non volontaria causazione del pericolo e l'inevitabilità altrimenti. Infatti, se anche astrattamente si potesse ritenere applicabile, concretamente l'istituto in parola si applicherebbe nei pochissimi casi in cui il pericolo non può ricondursi a una precedente scelta dell'imprenditore o in cui la violazione della norma penale non può essere evitata proponendo per tempo un piano di ristrutturazione o una vendita dell'attività.

Inoltre, lo stato di necessità pone il problema delicato dei confini della categoria dei beni suscettibili di tutela. L'interpretazione più restrittiva addirittura qualifica come danno grave alla persona solo il pregiudizio alla vita o all'integrità fisica, circoscrivendo la fattispecie ai soli fatti offensivi di interessi personalissimi. In ogni caso, non può ritenersi determinante neppure l'interpretazione più estensiva della giurisprudenza di

¹⁴² Cfr. CUOMO L., *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell'imprenditore*, in *Gazzetta Forense*, 2014.

¹⁴³ Cfr. CUOMO L., *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell'imprenditore*, in *Gazzetta Forense*, 2014.

legittimità, la quale afferma che con l'espressione "danno grave alla persona" il legislatore intenda riferirsi *ai soli beni morali e materiali che costituiscono l'essenza stessa dell'essere umano, come la vita, l'integrità fisica (comprensiva del diritto alla salute), la libertà morale e sessuale, il nome e l'onore, lasciando esclusi i beni che, seppure assoggettati ad una tutela costituzionale, contribuiscono al completamento e allo sviluppo della persona umana*. Di conseguenza, pur dovendosi affermare che *il diritto al lavoro è costituzionalmente garantito e che il lavoro contribuisce alla formazione ed allo sviluppo della persona umana, deve escludersi che la sua perdita costituisca un danno grave alla persona rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p.*¹⁴⁴.

3.4. Tentativo di fare leva sull'assenza del dolo

Spostandosi nel versante degli orientamenti che fanno leva sull'assenza dell'elemento soggettivo, la tesi più accreditata in dottrina depone nel senso dell'assenza di dolo, sostenendo che la *non volontarietà* del mancato versamento costituisca l'elemento centrale della fattispecie criminosa¹⁴⁵. L'*insolvenza* rappresenterebbe, pertanto, una situazione che non permette di muovere un rimprovero penale al soggetto obbligato, anche qualora lo stesso avesse tenuto precedentemente una condotta colposa avendo gestito le risorse dell'azienda con imprudenza, imperizia o negligenza.

Il reato, infatti, è punito quando viene integrato il dolo, a nulla rilevando la natura colposa della condotta dell'agente; non potrebbe, per questo motivo, punirsi l'imprenditore che abbia distratto i fondi destinati al versamento delle ritenute o dell'IVA in quanto egli ha semplicemente gestito le somme in modo imprudente e inappropriato.

Tendenzialmente, invero, nell'atteggiamento dell'imprenditore non c'è preordinazione, ossia rappresentazione, volontà di creare una situazione di incapacità finanziaria, ma solo ed esclusivamente la volontà di salvare l'azienda.

Nel senso finora rappresentato, depone la sentenza della Cassazione Penale, n. 6737/2018, la quale segna un interessante punto di svolta nella materia penal-tributaria e,

¹⁴⁴ Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416, secondo cui "nessuna valenza può essere attribuita alla circostanza che il mancato pagamento dei creditori diversi dall'Erario sarebbe stato necessario per scongiurare il fallimento della società. E ciò sia perché il fallimento avrebbe ben potuto essere richiesto dallo stesso Erario proprio in relazione ai crediti tributari, sia perché la semplice necessità di scongiurare il fallimento non è sufficiente ad integrare l'ipotesi di forza maggiore".

¹⁴⁵ Cfr. LANZI A., ALDROVANDI P., *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, 300; CARDONE, PONTIERI, *L'incidenza dell'illiquidità*, cit., 23.

soprattutto, circa le modalità con cui debba valutarsi l'elemento soggettivo nei reati di cui agli artt. 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000, rispetto alla granitica visione giurisprudenziale del Supremo Collegio, sempre orientata a “*confermare l'automatismo, per cui la scelta di non pagare l'IVA provi di per sé il dolo, appena temperato dalla previsione di un poderoso e, a tratti, diabolico onere di allegazione difensiva volto a dimostrare l'adozione di tutte le iniziative per la corresponsione del tributo*”¹⁴⁶.

Il punto nevralgico delle argomentazioni della Corte parte dal presupposto – ricavato dai precedenti giurisprudenziali – che l'omesso versamento in una situazione di crisi possa, a certe condizioni, non integrare il reato o sotto un profilo dell'elemento soggettivo o sotto il profilo della esimente rappresentata dalla forza maggiore. Criticando la pronuncia della Corte d'appello, impugnata appunto con ricorso, gli Ermellini sottolineano come la corte territoriale abbia (erroneamente) giustificato l'esistenza dell'elemento soggettivo del dolo sul fatto che l'imputata avesse, nel caso di specie, pagato i propri dipendenti. Su tale fondamento, la Corte prosegue¹⁴⁷ riconoscendo che nelle fattispecie criminose *de quibus* “*il dolo non viene integrato dall'omesso pagamento di per sé, ma da una scelta consapevole, appunto, della illiceità della condotta rappresentata dall'omesso pagamento*”¹⁴⁸. In altri termini, il dolo è integrato dalla condotta omissiva attuata nella consapevolezza della sua illiceità, non richiedendo la norma anche un atteggiamento antidoveroso di volontario contrasto con il precetto violato.

Nella specie, dunque, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto come non si possa a priori escludere che la convinzione dell'imputata, secondo cui i dipendenti necessitassero l'immediata corresponsione di ‘*mezzi di sostentamento necessari*’, fosse stata concretamente compatibile con il dolo del reato in questione, ossia con la contestuale consapevolezza di illiceità.

¹⁴⁶ Cass. pen., Sez III, 9 settembre 2020, n. 25433.

¹⁴⁷ E così conferma anche nella sentenza Cass. Pen., Sez. III, 2015, n. 8352, Schirosi, dove afferma che “*la scelta di non pagare prova il dolo*”.

¹⁴⁸ Cfr. FLORA G., ‘*Non avrai altro creditore all'infuori di me!*’ *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *disCrimen*, 2020. il soggetto incapiente ha sì la consapevolezza di non versare quanto dovuto, ma, difettando la possibilità di scelta tra pagare e non pagare, in realtà “*non decide*” di non pagare e quindi “*non vuole non pagare*”. Essenzialmente, secondo l'autore, laddove il soggetto si sia trovato incolpevolmente, per le più varie ragioni, in una situazione imprevedibile di illiquidità, non c'è dubbio alcuno sull'assenza del fatto tipico descritto nella norma o, quanto meno, del dolo.

Anche la successiva sentenza della Cassazione penale, n. 42522, 5 giugno 2019¹⁴⁹, assume analogo atteggiamento nei confronti dell'elemento soggettivo del reato, assolvendo il legale rappresentante di una s.p.a. sulla base che *il fatto non costituisce reato* per assenza del dolo. La pronuncia risponde ad un ricorso dichiarato inammissibile per genericità, in cui si era sollevato in primo luogo che, ai fini dell'integrazione della fattispecie delittuosa di cui al 10 *ter* d.lgs. 74/2000, è sufficiente il dolo generico integrato dall'omissione consapevole, non rilevando i *motivi* alla base di tale condotta, e in secondo luogo che, per affermare che la condotta omissiva non costituisce reato, bisogna integrare una causa di giustificazione o esclusione della colpevolezza.

Nel caso di specie, in particolare, l'imputato aveva preferito pagare fornitori e dipendenti piuttosto che fare fronte al debito tributario ed era stato assolto sull'idea che non fosse esigibile la condotta antidoverosa omessa. Difatti, i soci di controllo della società capogruppo avevano *“adottato le iniziative idonee a tentare di fronteggiare la crisi finanziaria”* che aveva colpito anche la stessa società amministrata dall'imputato, *“facendo ricorso anche a beni personali allo scopo di reperire la liquidità necessaria per assolvere alle obbligazioni sociali”*¹⁵⁰.

Inoltre, si è ritenuto insussistente l'elemento soggettivo del reato in quanto la scelta dell'imputato era avvenuta in una *“prospettiva di continuità aziendale, nella convinzione che tale opzione avrebbe consentito la prosecuzione dell'attività d'impresa, il conseguimento di ricavi e la produzione di utili e, quindi, anche l'adempimento alla scadenza della obbligazione tributaria”*¹⁵¹, difettando quindi la rappresentazione della mancanza delle risorse necessarie per assolvere a tale adempimento al momento della scadenza dei termini.

Nella sentenza successiva, n. 41602/2019¹⁵², la Cassazione ha aggiunto che l'imputato per delitto di omesso versamento dell'IVA che intenda invocare, quale causa di esclusione della responsabilità penale, l'assoluta impossibilità di adempiere il debito erariale, è tenuto ad assolvere gli oneri di allegazione concernenti *“sia il profilo della non imputabilità a lui medesimo della crisi economica che ha investito l'azienda, sia l'aspetto della impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee,*

¹⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 42522.

¹⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 42522.

¹⁵¹ Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2019, n. 42522.

¹⁵² Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2019, n. 41602.

da valutarsi in concreto". In sostanza, occorre la prova che non sia stato altrimenti possibile, per il contribuente, reperire le risorse necessarie a consentirgli il corretto e puntuale adempimento delle obbligazioni tributarie, *"pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale"* dirette a consentirgli di recuperare, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, le somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per *"cause indipendenti dalla sua volontà e ad egli non imputabili"*¹⁵³.

Quanto alla giurisprudenza di merito, merita passare rapidamente in rassegna alcune pronunce in cui si è assistito all'assoluzione dell'imputato proprio sulla base dell'assenza del dolo. Nella prima sentenza il Tribunale di Firenze (10 agosto 2012)¹⁵⁴ ha riconosciuto l'assenza del dolo dell'imprenditore il cui stato di insolvenza e conseguente inadempimento delle obbligazioni tributarie era stato causato dai numerosi inadempimenti contrattuali di soggetti privati terzi; in altra pronuncia il Tribunale di Trento (12 dicembre 2012)¹⁵⁵ aveva assolto, sempre per assenza di dolo, il titolare di una ditta che aveva subito gravi inadempimenti da parte di alcuni clienti; infine, si citano le due sentenze assolutorie del Tribunale di Milano¹⁵⁶ nei cui casi di specie i sostituti d'imposta si erano scoperti incapaci di fare fronte ai debiti verso il Fisco a causa dei ripetuti ritardi nei pagamenti da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

3.5. *L'omesso versamento e l'inesigibilità*

Siamo giunti, a questo punto, all'ultimo orientamento, che rinviene nella crisi di liquidità un fenomeno riconducibile all'istituto dell'*inesigibilità*. Tendenzialmente, le opinioni maggioritarie militano nel senso dell'esclusione della rilevanza di tale categoria sulla base, essenzialmente, della considerazione che la "provvista" di cui il trasgressore dispone antecedentemente all'illecito fa sì che le sopravvenute difficoltà finanziarie non consentano di escludere la rimproverabilità della condotta omissiva; infatti, l'obbligato non può scegliere di omettere il versamento di somme che sono assoggettate ad un *vincolo di destinazione* privilegiato e penalmente presidiato.

¹⁵³ Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2019, n. 41602.

¹⁵⁴ Trib. Firenze, sez. uff. indagini prel., 10 agosto 2012.

¹⁵⁵ Trib. Trento, 12 dicembre 2012, n. 908.

¹⁵⁶ Trib. Milano, 7 gennaio 2013 e Trib. Milano, 22 maggio 2013.

Dopotutto, la dottrina ha, quasi unanimemente, negato validità ad un istituto che, essendo extralegale, potrebbe entrare in contrasto con i principi fondanti il diritto penale e, d'altro canto, la giurisprudenza di legittimità è sempre stata riluttante nell'attribuire efficacia esimente alle omissioni imputabili a crisi di liquidità per difetto dell'elemento psicologico.

Tuttavia, in giurisprudenza e in dottrina non manca chi rinviene, nell'omesso versamento in caso illiquidità, proprio una delle ipotesi in cui, a fronte di una disposizione di legge rigorosa o disarmonica rispetto al mutevole contesto sociale (come quello del mondo economico e finanziario), si renda necessario uno "smussamento" delle rigidità del diritto a evitare ingiustizie e iniquità o colmare vuoti di tutela. È indubbia la consapevolezza che operazioni ermeneutiche di questo calibro non siano prive di rischi, in quanto potrebbero forzare i limiti degli istituti giuridici violando il principio di legalità e i suoi corollari; tuttavia, è anche vero che il Legislatore resta frequentemente silente, lasciando alla giurisprudenza lo spazio per assumere un ruolo che non gli compete.

Quanto detto si traduce nella necessità di un contemperamento tra due esigenze altrettanto importanti: da un lato, le istanze di giustizia sostanziale, che non devono passare in secondo piano rispetto ad una rigida applicazione delle norme, posto che lo scopo alla base dell'attività di interpretazione del giudice è proprio quello di tenere conto delle peculiarità del caso concreto alla luce dei valori sanciti dalla Carta costituzionale; dall'altro lato, il principio di legalità, fondamentale per garantire un sistema giuridico equo, ugualitario e giusto, evitando irragionevoli disparità di trattamento.

La categoria dell'inesigibilità assume rilevanza penalistica sulla base dell'idea che tanto il dolo quanto la colpa sono sempre esclusi quando il soggetto agente si sia trovato nell'impossibilità di tenere un comportamento conforme al precetto penale, per essersi trovato in condizioni tali da non potersi umanamente pretendere una condotta diversa da quella in concreto tenuta.

Questa ricostruzione permette di annoverare la categoria in parola tra le cause di esclusione della colpevolezza in grado di escludere la punibilità per impossibilità di muovere un rimprovero all'agente, lasciando intatta l'antigiuridicità del fatto (elemento che verrebbe meno solo con la dimostrazione del fatto che il contribuente non ha versato il tributo non perché non ha voluto (dolo diretto) o perché ha accettato il rischio della

impossibilità di versarlo (dolo eventuale), bensì in quanto davvero non ha potuto provvedere per cause indipendenti dalla sua volontà).

In questo modo si riesce a risolvere la *vexata quaestio* oggetto della trattazione, chiamando in causa una categoria giuridica pacificamente acquisita nella dottrina penalistica, ossia la colpevolezza nella sua accezione normativa e, come appena detto, nella specifica categoria dell'inesigibilità¹⁵⁷.

Le obiezioni avanzate dai sostenitori degli orientamenti più severi appaiono, dopotutto, superabili. Difatti, limitare le ipotesi di inesigibilità ai casi espressamente previsti dalla legge (ossia essenzialmente gli articoli 54 c.p. e 384 c.p.), significherebbe sì rispettare il principio di legalità, sminuendo però quello di colpevolezza. Quanto detto, tuttavia, non vuol nemmeno significare estendere a dismisura la categoria dell'inesigibilità extralegale, che andrebbe confinata nelle sole ipotesi di conflitti tra doveri nomativi (pagamento dell'IVA invece che degli stipendi), oppure nelle ipotesi in cui difettino le esigenze general e special preventive che dovrebbero legittimare l'inflizione della sanzione penale.

Questo rende, naturalmente, l'inesigibilità una categoria che, seppure nata per esigenze apprezzabili e come espressione del principio di colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., va calibrata con cura, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di evitare risultati opposti a quelli idealmente perseguiti.

Tutte queste considerazioni richiedono di essere calate nei casi concreti e a tal fine è stato determinante il Tribunale di Milano che nella sua pronuncia n. 13701/2015¹⁵⁸ ha esposto una serie di argomentazioni che possono dirsi integrare una vera e propria affermazione del principio di inesigibilità. Per tale motivo, è opportuno soffermarvisi con meticolosa attenzione.

Nel caso di specie, l'imputato-amministratore di una società veniva accusato di aver integrato il reato di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000, non avendo versato, entro il termine previsto, le imposte per un ammontare ben superiore alla soglia di punibilità. Tale condotta si basava però su una serie di circostanze fattuali particolarmente imperative, individuate nel fatto: che la società stesse attraversando una seria crisi di mercato che aveva determinato un grave calo della produzione e del fatturato, facendo registrare

¹⁵⁷ Cfr. RUSSO L., *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, in *Archivio Penale* 2018.

¹⁵⁸ Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701.

ingenti perdite; che molti clienti della società fossero falliti, comportando l'inadempimento di importanti crediti; che gli istituti di credito avessero revocato le loro linee di credito alla società; che le autorità regionali avessero imposto spese significative per la protezione dell'ambiente e la realizzazione di modifiche all'impianto di deputazione, pena il blocco della produzione; che fosse stato necessario regolarizzare la posizione della società con il fisco, a causa di ingenti illeciti fiscali commessi da precedenti amministratori; infine che si fosse continuato a pagare le retribuzioni di tutti i lavoratori impiegati nell'azienda, senza fare ricorso a misure assistenziali a carico dello Stato. In ogni caso, l'aver destinato prioritariamente le proprie risorse verso questi urgenti crediti piuttosto che quelli verso il Fisco veniva "tamponato" dall'imputato, il quale provvedeva al versamento tributario che, successivamente, aveva iniziato a versare con regolarità le rate concordate con l'Agenzia delle entrate nel piano di ammortamento relativo all'anno d'imposta in contestazione.

Sulla base di queste premesse il giudice di merito riconosce come i fatti oggetto del processo siano, nella loro *oggettività*, assolutamente incontestati. Afferma il Tribunale, invero, come nella specie non siano neppure ravvisabili spazi per ritenere che l'imputato versasse in una situazione di *inesigibilità oggettiva* della condotta doverosa omessa, ossia che abbia agito in uno stato di forza maggiore tale da escludere l'elemento oggettivo del reato. Infatti "*l'amministratore che non accantona le ritenute operate, non le versa mensilmente e, conclusivamente, omette di versarle nel termine previsto dalla legge incriminatrice, viola l'obbligo giuridico, così perfezionando il reato omissivo*"; dopotutto "*per escludere l'oggettiva esigibilità della condotta, sono necessarie situazioni davvero eccezionali di mancanza assoluta di liquidità per ragioni imprevedibili e non imputabili all'imputato*" (che integrino, quindi, il brocardo latino "*ad impossibilia nemo tenetur*")¹⁵⁹.

Considerato integrato l'elemento oggettivo del reato, dunque, l'argomentazione difensiva centrale si fonda sull'idea che l'imputato vada assolto per carenza dell'elemento

¹⁵⁹ Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701, "*Un esempio può essere quello del legale rappresentante della società che, intervenendo a ridosso della scadenza del termine, si trovi in una situazione in cui altri (il precedente amministratore) abbia violato quegli obblighi; in cui non abbia materialmente la disponibilità delle somme necessarie per adempiere nel termine conclusivo indicato dalla norma penale; e in cui non abbia la possibilità o il tempo (a causa della presa di funzioni a stretto ridosso della scadenza) per ottenere crediti o finanziamenti da destinare al versamento dell'imposta*".

soggettivo, in quanto la condotta dello stesso non sarebbe coperta da dolo, avendo egli agito senza alcuna volontà di violare il precetto penale.

La pronuncia prende le distanze dall'indirizzo giurisprudenziale più rigoroso, che esclude la natura di esimente della crisi di liquidità e si sofferma sull'opposto orientamento giurisprudenziale, sostenuto soprattutto dalla giurisprudenza di merito ma avallato anche in alcune pronunce della Corte di cassazione, secondo il quale la colpevolezza può escludersi qualora siano assolti precisi oneri di allegazione concernenti sia la non imputabilità della crisi economica all'imputato, sia l'impossibilità di fronteggiare la stessa tramite il ricorso a misure idonee da valutarsi in concreto. Per questo motivo è essenziale che il giudice compia una *valutazione complessiva della vicenda nel cui contesto la condotta incriminata fu tenuta*, perché l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato "non può limitarsi ad un riscontro decontestualizzato della volontarietà dell'azione o dell'omissione", dovendo invece comprendere una "generale valutazione di esigibilità soggettiva del comportamento doveroso". Il punto forse più interessante della sentenza è quello in cui il Tribunale di Milano "smaschera" la vera ragione alla base degli esiti assolutori dell'orientamento giurisprudenziale di riferimento, che, pur motivando la decisione con l'assenza del dolo, in realtà sta fondando la propria conclusione non sull'esistenza di una condotta dell'agente inconscia e inconsapevole, bensì *volontariamente tenuta e, piuttosto, imposta al soggetto dalle circostanze contingenti eccezionali che questo si trovò ad affrontare*. Questo, giova ripeterlo, non è esplicativo dell'assenza di dolo, ma dell'inesigibilità soggettiva di una condotta diversa, quindi dell'impossibilità di muovere un rimprovero all'agente e ritenerlo, cioè, colpevolmente responsabile per quel fatto.

Insomma, la rilevanza esimente che la giurisprudenza riconosce a situazioni di crisi di liquidità che determinano una situazione di *incolpevole anormalità delle circostanze concrete concomitanti al fatto tipico* sembra esplicativa di un "implicito riconoscimento nel diritto vivente dell'esistenza di un principio generale di inesigibilità. Una regola generale insita nel nostro ordinamento, in base alla quale l'inflizione della sanzione penale ad una persona deve ritenersi preclusa ogniqualvolta le risultanze istruttorie nel processo facciano emergere elementi di fatto da cui il giudice desuma che l'agente si trovò ad operare in circostanze concrete tali da impedire di pretendere un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto".

Sul punto, la sentenza richiama le parole della Suprema Corte di cassazione in relazione al (seppur diverso) reato di cui all'art. 3 *bis* 1.575/65, consistente nell'omesso versamento della cauzione entro il termine fissato dal Tribunale. In sostanza, il canone dell'*esigibilità* funge da "*importante misuratore della legittimità dell'inflizione di una pena ad una persona nel caso concreto*"; si tratta infatti una regola generale discendente direttamente dai principi costituzionali di colpevolezza (art. 27 comma 1 Cost.), di rieducazione cui deve tendere la pena (art. 27 comma 3 Cost.), di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di dignità dell'uomo (art. 2 Cost.), i quali informano l'intero ordinamento penale e devono essere direttamente applicati (così come avviene per quello di offensività).

L'ostacolo della carenza di un puntuale fondamento normativo per l'affermazione del principio di inesigibilità è superato, in quanto è sufficiente che questo riposi su *norme e principi costituzionali*, come tali *sovraordinati al diritto positivo di legge ordinaria*, informando così l'intero sistema penale. Del resto, questo accade ormai da molti anni, sul terreno del principio di offensività, in relazione al quale è ormai pacificamente accolta, malgrado la mancanza di uno specifico fondamento normativo anche costituzionale, la necessità di un'interpretazione teleologica delle disposizioni incriminatrici volta a escludere dalla sfera della punibilità condotte conformi al tipo e, in ipotesi, anche soggettivamente rimproverabili, che in concreto non abbiano posto in pericolo il bene giuridico oggetto di tutela.

Dopotutto, la stessa Corte di cassazione ha dato prova di non ritenere "tassative" le ipotesi scusanti previste dalla legge, allorché ha applicato al convivente *more uxorio* la scusante di cui all'art. 384 comma 1 c.p.

Il Tribunale conclude che un tale giudizio di esigibilità e rimproverabilità non può mai dipendere da "*una soggettiva valutazione del giudice, che si sostanzierebbe in un'illegittima arbitrarietà*", ma deve fondarsi su "*elementi di fatto e circostanze concrete che siano, nella loro oggettività, tali da far apparire la condotta dell'imputato umanamente non rimproverabile agli occhi di qualunque osservatore medio, di qualunque persona, e anche del giudice stesso*"¹⁶⁰. Tali circostanze, anormali ed eccezionali, sono ritenute ampiamente dimostrate nel caso di specie e, pertanto, hanno condotto ad un'assoluzione sul fondamento che "il fatto non costituisce reato", in quanto commesso in assenza di "colpevolezza".

¹⁶⁰ Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701.

Alle stesse conclusioni è giunto ancora una volta il Tribunale di Milano nel 2021 con la pronuncia n. 6254¹⁶¹, nel cui caso di specie l'imputato veniva assolto dal reato di omesso pagamento di ritenute d'acconto di cui all'art. 10 *bis* d.lgs. 74/2000, in quanto il fatto non costituiva reato a fronte dell'*inesigibilità di una condotta alternativa a quella tenuta*¹⁶². Risultano di nuovo fondamentali, ai fini dell'esito assolutorio, le oggettive condizioni imprevedibili e avverse che circostanziavano la vicenda, nonché le modalità cui l'imputato ha fatto ricorso per far fronte alla crisi finanziaria. Sul primo versante, si richiamano la contrazione del fatturato avvenuta tra il 2012 e il 2015 e la concorrenza del mercato sud-est asiatico sullo stesso prodotto; sul secondo, la rinuncia dell'imputato al proprio compenso in favore della società e, ancora una volta, la rateizzazione accordata con (e approvata da) l'Agenzia delle Entrate per rientrare nel debito senza incidere eccessivamente sui costi dell'azienda.

Poiché i fattori anzidetti sono *esogeni e assolutamente estranei alle scelte imprenditoriali*, dunque, riprendendo le parole della pronuncia precedentemente analizzata, si è ritenuto nuovamente che la condotta di omesso versamento delle imposte "*se pur volontariamente tenuta, è stata 'imposta' al soggetto dalle circostanze che aveva dovuto fronteggiare*" le quali hanno "*inciso sulla colpevolezza dell'imputato che si ritiene insussistente stante la inesigibilità della condotta doverosa omessa*"¹⁶³.

A completamento, il giudice di merito richiama la Cassazione, statuendo che l'imputato può invocare l'assoluta impossibilità di adempiere a condizione che assolva gli oneri di allegazione già ampiamente richiamati nei paragrafi precedenti.

Passando ora alla posizione della giurisprudenza di legittimità, non sono mancate occasioni in cui anche la Cassazione si è mostrata possibilista nel riconoscere applicabile il principio di *inesigibilità* alle ipotesi in cui l'imputato abbia tenuto concretamente e oggettivamente una condotta omissiva, ma le circostanze in cui ha agito ne escludono la responsabilità sul piano soggettivo.

¹⁶¹ Trib. Milano, 2021, n. 6254.

¹⁶² Trib. Milano, 2021, n. 6254, "*Risulta evidente che la condotta di omesso versamento delle imposte da parte dell'imputato, se pur volontariamente tenuta, è stata 'imposta' al soggetto dalle circostanze che aveva dovuto fronteggiare; tali circostanze hanno inciso sulla colpevolezza dell'imputato che si ritiene insussistente stante la inesigibilità della condotta doverosa omessa*".

¹⁶³ Trib. Milano, 2021, n. 6254.

Questo è quanto avviene nella pronuncia n. 15176/2014¹⁶⁴ e, in termini analoghi, nella n. 9264/2014¹⁶⁵, in cui la Cassazione conferma integralmente le posizioni assunte dalla Corte di Appello contro la cui sentenza era stato mosso il ricorso, ritenendo quest'ultima assolutamente priva di censure. Il giudice di merito ha ritenuto inesigibile, sulla base di precisi oneri di allegazione e prova rispettati dall'imputato, una condotta alternativa rispetto a quella tenuta; la non rimproverabilità del comportamento dell'agente discende dal fatto che la gravissima carenza di liquidità non è ascrivibile a sua colpa, derivando essa dalla *“micidiale combinazione”* di due fattori indipendenti dalla sua volontà, identificabili nei *sistematici, gravissimi ritardi dei fornitori nel pagamento delle fatture* e nell'*aggravamento degli oneri passivi determinati dalle percentuali trattenute dalle banche per lo sconto delle fatture*. Di conseguenza, l'imputato era costretto a non pagare il debito erariale a causa del *comportamento omissivo e dilatorio di coloro che avrebbero dovuto saldare fatture per forniture e prestazioni ricevute per ingenti importi*¹⁶⁶.

Pare opportuno segnalare, a questo punto, che il 16 aprile del 2021 la Camera dei deputati ha avanzato la proposta per un disegno di legge n. 3024/2021 che reformi gli articoli 10 *bis* e 10 *ter* del d.lgs. 74/2000 introducendo una disciplina espressa per le ipotesi in cui l'omesso versamento abbia a consumarsi per le condizioni di crisi di liquidità in cui versi il contribuente. In particolare, l'ipotizzato intervento si sostanzierebbe in una modifica (identica e parallela) delle due disposizioni incriminatrici, richiedendo per la loro integrazione il dolo specifico e introducendo una causa di esclusione della punibilità per le condotte derivanti dalla crisi di liquidità e dalle conseguenti scelte dell'imprenditore, al fine di riconoscere, quale presupposto per l'incriminazione, la *finalità di evadere l'obbligazione tributaria*.

Dalle intenzioni del Legislatore, descritte nella proposta di legge, si ricava la consapevolezza della grave crisi di liquidità del mercato e in cui versano molte partite IVA italiane, aggravata anche dall'emergenza pandemica. In tale scenario, l'attuale formulazione delle suddette fattispecie incriminatrici come reati omissivi propri, a consumazione istantanea e a dolo generico, consistente nella *mera consapevolezza e volontà di omettere il versamento dovuto*, le rende incapaci di adattarsi efficacemente alla

¹⁶⁴ Cass. pen., Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176.

¹⁶⁵ Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2014, n. 9264.

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176.

diffusa crisi di liquidità, che dà invece origine a numerosi casi di omesso versamento di imposte nei quali è dubbia la necessarietà della sanzione penale. Nella proposta di legge si riporta, in particolare, l'esempio dell'imprenditore insolvente che omette il versamento prediligendo invece i pagamenti degli stipendi ai dipendenti (Cass. Pen., n. 50007/2019).

L'intervento normativo auspicato reciterebbe *“Non è punibile chi ha commesso il fatto di cui al comma 1 per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile”*¹⁶⁷ e avrebbe il pregio, da un lato, di ricondurre in sede legislativa una disciplina che, ad oggi, ha derivazione per lo più pretoria e, dall'altro lato, di *“collocare definitivamente al di fuori dell'ambito della punibilità le due categorie della totale impossibilità di adempiere le obbligazioni erariali per incolpevole assenza di liquidità, sinora maldestramente ancorata al caso fortuito, e – al precipuo fine della continuità aziendale – della preferenza nel pagamento dei fattori produttivi, collegato in modo precario alla forza maggiore ed allo stato di necessità”*.

In questo modo, si fornirebbe finalmente ai tecnici uno *“strumento scriminante ad hoc centrato sulla inesigibilità della condotta doverosa omessa”*, in modo da ricomprendere tutti i casi in cui l'imprenditore virtuoso si fosse trovato nell'impossibilità di versare, per cause a lui non imputabili e, in una logica di continuità aziendale e salvaguardia della realtà produttiva, avesse destinato le risorse ai fattori produttivi con preferenza sul pagamento dello Stato, creditore privilegiato.

Secondo quanto illustrato nella proposta di legge, dunque, i presupposti operativi dell'esimente sarebbero l'esigenza di un'*incolpevole impossibilità di adempiere* all'obbligazione tributaria e il compimento di una *meritoria scelta* di anteporre a tale pagamento quello di dipendenti e fornitori, in un'ottica di continuità aziendale.

Bisogna precisare, tuttavia, che non mancano opinioni che rinvergono una inutilità nel sanzionare penalmente l'omesso versamento di un tributo da parte di un imprenditore e, addirittura, che individuano nella proposta di legge analizzata il difetto stesso di mantenere nell'ordinamento queste fattispecie di reato, che rappresentano

¹⁶⁷ La proposta di legge è formulata come segue: *“1. Al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 10-bis: 1) al comma 1, dopo la parola: «chiunque» sono inserite le seguenti: «, al fine di evadere l'obbligazione tributaria,»; 2) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «1-bis. Non è punibile chi ha commesso il fatto di cui al comma 1 per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile»; b) all'articolo 10-ter: 1) al comma 1, dopo la parola: «chiunque» sono inserite le seguenti: «, al fine di evadere l'obbligazione tributaria,»; 2) è aggiunto, in fine, il seguente comma: «1-bis. Non è punibile chi ha commesso il fatto di cui al comma 1 per impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile»”*.

un'infelice parentesi aperta all'interno del d.lgs. 74/2000 a metà degli anni Duemila ed in contrasto con l'iniziale disegno politico criminale del decreto. Si tratta, secondo coloro che sostengono questo orientamento, di reati privi di qualunque concreto disvalore penale, meri strumenti di riscossione, come testimonia l'esistenza di una causa di non punibilità (art. 13 comma 1 d.lgs. 74/2000) che fa prontamente retrocedere la minaccia della sanzione penale nel momento in cui il debito tributario venga estinto.

Ebbene, un intervento concretamente vantaggioso per le aziende italiane che versano in una situazione di crisi sarebbe quello di abolire *tout court* le fattispecie *de quibus* dall'ordinamento, essendo sufficienti le sanzioni amministrative per l'omesso o ritardato versamento di tributi correttamente autoliquidati dal contribuente in dichiarazione.

In difetto, se anche si volesse ritenere tali reati inamovibili dal d.lgs. 74/2000, una modifica delle fattispecie incriminatrici in senso mitigante dovrebbe necessariamente basarsi su criteri non già soggettivi, quale il perseguimento della continuità aziendale in luogo dell'adempimento degli obblighi di versamento, bensì su elementi di carattere obiettivo. Ad esempio, andrebbe definitivamente acquisito e, se necessario, positivizzato quanto la giurisprudenza stenta invece a riconoscere, ossia che non può essere dovuto da parte del contribuente il versamento di un'imposta sul valore aggiunto contenuta in fatture che il suo cliente non abbia mai pagato: tale IVA non è mai entrata a far parte del patrimonio del contribuente ed a lui non può dunque esserne addebitato l'omesso versamento. La modifica dell'art. 10-*ter* d.lgs. 74/2000 potrebbe allora consistere nel punire solo chi non versi oltre la soglia di punibilità l'imposta sul valore aggiunto dovuta in base alla dichiarazione "ed incassata". Se si assume che questo reato debba continuare a far parte del panorama penaltributario italiano, solo questo dato obiettivo potrebbe costituire la ragione per un'equa esclusione della tipicità del fatto¹⁶⁸.

Una specifica questione che si è posta in relazione ai reati di omesso versamento dell'IVA e delle ritenute d'acconto riguarda l'ipotesi in cui l'imprenditore abbia proposto domanda di ammissione al concordato preventivo.

La posizione maggioritaria della giurisprudenza di legittimità, formatasi in relazione alla previgente legge fallimentare (r.d. 267/1942), nega rilevanza alla mera

¹⁶⁸ Cfr. LUCEV R., *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2022.

presentazione della domanda di ammissione ai fini dell'esclusione della configurabilità del reato, sia sul piano dell'elemento soggettivo, sia su quello della esigibilità della condotta.

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato come la domanda di concordato non impedisca il pagamento dei debiti tributari che scadano successivamente alla sua presentazione, ma prima dell'adozione di provvedimenti da parte del tribunale e come il successivo decreto di ammissione e gli effetti retroattivi alla data della domanda che esso determina non valga ad escludere rilevanza penale dell'omesso pagamento scaduto in epoca precedente e costituente reato.

A tali conclusioni la giurisprudenza penale è pervenuta a partire dall'esame delle norme civilistiche che disciplinano il concordato preventivo e della relativa interpretazione datane dalla Cassazione civile, con l'intento dichiarato di operare un coordinamento tra la disciplina civilistica e quella penalistica in un'ottica di sistema e di non contraddizione dell'ordinamento.

È stato evidenziato come la disciplina di settore consente comunque all'imprenditore che abbia presentato domanda di ammissione al concordato di effettuare il pagamento del debito tributario, laddove non ci sia un provvedimento che lo abbia espressamente vietato o che abbia negato l'autorizzazione in tal senso richiesta dall'imprenditore, ipotesi nelle quali ricorrerebbe la causa di giustificazione, di cui all'art. 51 c.p., dell'adempimento di un dovere legalmente dato. Neppure è stata ritenuta decisiva la considerazione della possibile conseguenza dell'inammissibilità della proposta derivante dal pagamento non autorizzato di un debito scaduto, essendo stato evidenziato che andrebbe comunque valutato se il pagamento costituisca comunque un atto di straordinaria amministrazione e se sussista la violazione della *par condicio creditorum* tale da pregiudicare la possibilità di adempimento della proposta.

Vi è peraltro anche un diverso orientamento, seppur minoritario¹⁶⁹, secondo cui il provvedimento di ammissione alla procedura di concordato priva di rilevanza penale le condotte di omesso pagamento di obbligazioni tributarie anche ad essa precedenti, ma successive alla domanda, sostenendo che tali condotte non possano essere considerate *contra ius* in quanto legittimate, a posteriori, dall'ammissione alla procedura.

¹⁶⁹ Cass. pen., Sez. III, 22 agosto 2019, n. 36320.

Viene inoltre rimarcata la possibilità di scelta di una condotta alternativa da parte dell'imprenditore, a cui spetta ponderare la migliore soluzione della crisi d'impresa e valutare anche le conseguenze penali dell'eventuale omissione del pagamento del debito, non essendo sufficiente ad escludere la sua personale responsabilità il solo fatto di aver dato corso a una procedura di risoluzione della crisi, non essendo la stessa di ostacolo al pagamento.

CONCLUSIONI

A conclusione dell'esposizione svolta, volendo trarre delle brevi considerazioni finali, riteniamo che si possa a ragione riconoscere al principio di inesigibilità quel ruolo - come icasticamente definito da un Autore - di "valvola di respirazione" del diritto, essendo volto ad un'estensione delle cause di non punibilità codificate ad altre ipotesi, non previste, nelle quali, considerate le circostanze concrete in cui l'agente si è trovato ad operare, non si poteva umanamente pretendere un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto.

Tale principio, d'altro canto, come altrettanto efficacemente è stato detto, non può diventare un 'grimaldello' utilizzabile in sede interpretativa per giungere a generalizzati ed incontrollabili esiti di deresponsabilizzazione, al di fuori delle scusanti specificamente riconosciute dal legislatore.

Il nostro ordinamento, basato sui principi di legalità e tassatività, è del resto già ricco di cause di esclusione della pena, espressamente codificate e tipizzate nei loro confini, per cui, ancora una volta, le ipotesi che andrebbero desunte in via di applicazione di un tale principio generale di inesigibilità, sarebbero comunque limitate a casi limitati ed estremi, come evidenziato da altro Autore.

Ciò detto, resta evidente che un uso responsabile e ponderato del principio di inesigibilità è possibile, ed anzi assai utile, in quanto permette di "*collegare il mondo del diritto a quello della realtà umana e dell'etica*", secondo la felice espressione del Vassalli.

Indicativa in tal senso è invero anche la genesi storica del principio, se è vero, come evidenziato dalla dottrina, che esso nacque quale strumento di adeguamento del diritto, e in particolare dei codici, alla mutevolezza della realtà, caratterizzata dalla emersione di nuove voci nella vicenda socio-politica e, di conseguenza, di nuove e diverse esigenze, che determinavano un'inattualità delle norme ed una scissione tra la coscienza popolare e l'ordinamento giuridico. Seppure il contesto di riferimento fosse quello assai lontano del codice tedesco del 1871, e le 'nuove voci' emerse fossero quelle della borghesia burocratica, intellettuale e progressista, nonché del proletariato, non si può negare che, tuttora, la realtà contemporanea produca processi di accelerazione storica pari a quello dell'esperienza tedesca, e che ogni ordinamento giuridico rappresenti il risultato

di un compromesso tra più forze politiche e sociali che partecipano alla gestione del potere, sicché può dirsi che uguale è rimasta anche oggi l'esigenza, in certi casi, di trovare delle interpretazioni maggiormente confacenti ai mutamenti della società.

Sotto tale profilo ci pare emblematico e significativo l'impiego che di tale principio è stato fatto dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza Fialova, in relazione alla scusante di cui all'art. 384 c.p. ed alla sua estensibilità al caso del convivente more uxorio, che chiaramente non era contemplato dal codice Rocco, ma che nella realtà odierna ha assunto notevole frequenza statistica e, di riflesso, elevata rilevanza sociale, pur se in un quadro normativo che non ne ha ancora compiutamente preso atto.

La Corte nomofilattica ha nell'occasione superato lo scoglio del divieto di analogia in materia penale, affermandone per un verso il carattere relativo, e non assoluto, in quanto rivolto alle sole norme incriminatrici, ed escludendo per altro verso che tale divieto possa farsi discendere dall'art. 14 delle preleggi al c.c., sulla base della considerazione che le scusanti non possono ritenersi norme eccezionali laddove siano espressione di un principio generale dell'ordinamento, com'è, in questo senso, quello di inesigibilità, il quale è espressione dei principi generali *nemo tenetur se detegere* e *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al principio di colpevolezza ai sensi dell'art. 27 comma 1 Cost.

Analoga situazione di conflitto tra le norme e la realtà sociale si ritrova nelle diverse altre fattispecie da noi prese in esame, in tema di immigrazione, di obblighi vaccinali, di crisi familiare e di crisi di impresa, tutte accomunate dal fatto di richiedere all'interprete, e soprattutto al giudice, la soluzione di questioni spesso nuove e oggetto di vivo dibattito nell'opinione pubblica, misurandosi con un diritto ed una realtà sociale entrambi mutevoli, senza rinunciare alla personalizzazione ed umanizzazione del giudizio, ma evitando di cadere nel soggettivismo e nell'arbitrio dell'applicazione della legge.

Elenco bibliografico delle fonti citate

- ALAGNA R., *Crisi di liquidità dell'impresa ed evasione da riscossione: itinerari di non punibilità per i reati di omesso versamento*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013, 215
- BADALAMENTI V., *Il dibattito sull'omesso versamento delle ritenute d'acconto in caso di insolvenza, tra inesigibilità e prospettive di riforma - Commento alla sentenza del Tribunale di Milano, II Sez. penale, del 4 giugno 2021 (dep. 11 giugno 2021), n. 6254*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2022
- BASILE E., *Omesso versamento IVA e obblighi nascenti dal concordato preventivo: la Cassazione dirime il conflitto di doveri*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018
- BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, 2005
- BISCEGLIA F.P., *Dove il legislatore porta le parole e l'interprete adduce il senso: le Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio*, in *Sistema Penale*, 2021
- BOLIS S., *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di una esimente di forza maggiore "vincibile" di derivazione europea*, in *Sistema Penale*, 2021
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo I*, 2022
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale - Tomo II*, 2022
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Diritto penale dell'economia*, 2016
- CALTABIANO S., *La condizione di illiquidità dell'impresa in crisi può prevalere sull'interesse dello Stato al contrasto dell'evasione fiscale?*, in *Rivista penale*, 2012, 1262 ss.
- CANNIZZARO S., *Omesso versamento di tributi e crisi di liquidità: l'orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, 249 ss.
- CARDONE, PONTIERI, *L'incidenza dell'illiquidità*, 23.
- CASTELLANI M., CRISO P., FARNETI G., GHIANDONI D., *Tributi e fiscalità*, 2021.
- CATULLO F.G., *Diritto penale della famiglia*, 2012, 275.
- CIPOLLA G.M., *Crisi economica e configurabilità del reato di omesso versamento IVA*, in *Giur. Comm.*, 2020
- COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, 2017
- COCCO G., AMBROSETTI E.M., *Il reato*, 2023

COLOMBO D., *La crisi di liquidità nei reati di omesso versamento di imposte: due recenti pronunce sulla valenza esimente*, in *DisCrimen*, 2021

CONSIGLIO M., CIRRINCIONE M., *Omesso versamento IVA: esimente della crisi di liquidità e assenza del fine di evadere*, in *Filodiritto*, 2020

CRIMI S., *Scudo penale per chi vaccina: causa di non punibilità o inesigibilità di una condotta alternativa lecita?*, in *Wolters Kluwer – Il Quotidiano Giuridico*, 2021.

CRISCUOLO J., *Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva offerta dai tribunali siciliani sulla tratta illegale di extracomunitari*, in *Archivio Penale*, 2020

CUOMO L., *Omesso versamento di imposte e crisi di liquidità dell'imprenditore*, in *Gazzetta Forense*, 2014

D'ANELLO A., LOMBARDI F., *Le Sezioni Unite sull'estensione dell'art. 384 c.p. al convivente more uxorio. Alcune note critiche*, in *Penale Diritto e Procedura*, 2021

DE GIORGI M., CALCIANO M.C., *Manuale pratico operativo del giudice di pace*, CEDAM, 2010, 445.

DE LISI G., *L'omesso versamento di ritenute al tempo del Covid. Un'ipotesi di inesigibilità "sopravvenuta"*, in *giurisprudenzapenale.com*.

FERRIANI C., *Omesso versamento iva e ritenute: escluso il dolo se non si ravvisa la concreta possibilità di adempiere al pagamento nei termini di legge*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019, 5

FINOCCHIARO S., *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e 'soggettiva inesigibilità' - Trib. Milano, III sez. pen., sent. 15 dicembre 2015 (dep. 18 febbraio 2016), n. 13701, Giud. Mannucci Pacini*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016

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

FLORA G., *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, in *Cass. Trib.*, 2014, 4, 915 ss.

FLORA G., *'Non avrai altro creditore all'infuori di me!'* *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *disCrimen*, 2020

FURIA F., *Lo "scudo penale" alla prova della responsabilità da inoculazione del vaccino anti SARS-CoV-2*, in *Archivio Penale*, 2021

GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951

GALANTI A., *Crisi di liquidità e inesigibilità alla luce di sez. u., n. 10381 del 26/11/2020 (Fialova), della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e del disegno di legge delega di riforma del sistema fiscale*, in *Sistema Penale*, 2023

GATTA G.L., *"Tregua fiscale" e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d'appello. E il PNRR?*, in *Sistema Penale*, 2023

GIANZI L. E CASATI A.P., *Crisi di liquidità e omessi versamenti IVA*, 2020

LANZI A., ALDROVANDI P., *Manuale di diritto penale tributario*, Padova, 2011, 300

LANZI A., ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, 2020

LARUSSA A., *L'incidenza della crisi di liquidità sulla fattispecie di omesso versamento IVA*, in *Altalex*, 2015

LOMBARDI F., *Omesso versamento di ritenute dichiarate o certificate: sulla rilevanza della crisi di liquidità come "forza maggiore"*, in *Giurisprudenza Penale*

LONGARI C., *Soglie di punibilità e diritto penale tributario*, 2020, 22.

LUCEV R., *Codificare un'esimente da crisi di liquidità nei reati di omesso versamento?*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2022.

MACCHIA A., *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sistema Penale*, 2021

MARITATO C.G., *La "crisi" di liquidità e i presupposti per l'operatività dell'esimente della forza maggiore alle sanzioni tributarie*, in *NJus*, 2021.

MAZZONE A., *Lineamenti della non punibilità ai sensi dell'art. 384 c.p.*, 1992

PARROTTA A., *Efficacia esimente da crisi di liquidità: stato dell'arte e proposta di legge n. 3024/2021*, in *Filodiritto*, 2022

PIRAS P., *Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica*, in *Sistema Penale*, 2021

PERINI A., *Crisi di liquidità e reati tributari: l'omesso versamento dell'IVA alla vigilia dell'entrata in vigore del codice della crisi*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 4, III, 129 ss.

PETRILLO G., *La "discrezionalità" dell'agente nella configurabilità dell'omesso versamento IVA a fronte dell'eccessivo rigorismo del giudice di legittimità*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2023

PRANDI S., *D.l. 30 marzo 2023, n. 34: una nuova causa di non punibilità per i reati di omesso versamento e indebita compensazione*, in *Sistema Penale*, 2023

PRUDENZANO L., *Riflessioni a margine di una recente estensione della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, co. 1 c.p. ai conviventi more uxorio*, *Nota a Cass. pen., Sez. II, 21-30 aprile 2015 (dep. 4 agosto 2015), n. 34147*, in *Diritto Penale Contemporaneo*

QUARANTA D., *Lo scudo penale per i vaccinatori: brevi riflessioni "a caldo"*, 2021

RADESCO F., *La crisi di liquidità non costituisce ex se scusante del reato di omesso versamento di ritenute od IVA*, in *Diritto e Giustizia*, 2014

ROMOLI F., *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità*, in *Archivio Penale*

RUSSO L., *Crisi d'impresa ed omesso versamento IVA alla luce delle neuroscienze*, in *Archivio Penale*, 2018

SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948

SOANA G.L., *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di iva (artt. 10 bis e 10 ter d.lgs. n. 74/2000)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013

TONON A., *La crisi di liquidità non è un'esimente per l'omesso versamento delle imposte*, 2014

TOMASINELLI E., *Omesso versamento delle ritenute fiscali e crisi di liquidità dell'imprenditore. La Cassazione alle prese con un'omissione necessitata, tra mancanza di dolo e causa di forza maggiore - Commento alla sent. Cassazione Penale, Sez. III, 12 gennaio 2018 (ud. 23 novembre 2017), n. 6737*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2018, 4

TROYER L. E INGRASSIA A., *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: "tout comprendre c'est tout pardonner?"*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 962 ss

URBAN M., *L'omesso versamento di ritenute: la prova da parte dell'accusa e le strategie di difesa - Commento a Cass. Pen., Sez. Un., 22 marzo 2018, n. 24782 (depositata il 1 giugno 2018)*, in *Il Tributo*, 2018

VALSECCHI A., *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'iva (artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014

VALSECCHI A., *Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA (artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00) per insolvenza del contribuente*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014

VECCE A., *L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Archivio Penale*, 2016

VASSALLI G., *Colpevolezza*, in *Enc. Giuridica Treccani*, VII, Varese, 1960.

Sintesi della giurisprudenza citata

Cass. pen, 7 luglio 2006, n. 30779
Cass. pen. SS.UU., 29 novembre 2007, n. 7208
Cass. pen., 11 marzo 2011, n. 29616
Cass. pen., 29 maggio 2011, n. 13100
Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37424, Romano
Cass. pen., SS.UU., 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato
Cass. pen., sez. III, 12 giugno 2013, n. 37528
Cass. pen., 6 novembre 2013, n. 2614
Cass. pen., 27 novembre 2013, n. 3124
Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416
Cass. pen., 6 febbraio 2014, n. 10813, Servida
Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176
Cass. pen., 14 maggio 2014, n. 23532
Cass. pen., 29 maggio 2014, n. 28212
Cass. pen., 10 giugno 2014, n. 37648
Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2014, n. 9264
Cass. pen., sez. III, 7 marzo 2015, n. 8352, Schirosi
Cass. pen., 9 settembre 2015, n. 43599, Rv. 265262
Cass. pen, 15 marzo 2017, n. 12400
Cass. pen., 12 marzo 2018, 18110
Cass. pen., sez. V, 30 novembre 2018, n. 6737
Cass. pen. 14 febbraio 2019, n. 15327
Cass. pen. 23 maggio 2019, n. 34543
Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2019, n. 42522
Cass. pen., sez. III, 6 giugno 2019, n. 41602
Cass. pen., sez. III, 22 agosto 2019, n. 36320
Cass. pen., sez. III, 4 settembre 2019, n. 50007
Cass. pen., 21 ottobre 2019, n. 51910
Cass. pen., sez III, 9 settembre 2020, n. 25433
Cass. pen. 23 settembre 2020, n. 34777

Cass. pen., 13 ottobre 2020, n. 30626
Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381, Fialova.
Cass. pen., III sez., 7 settembre 2021 (dep. 26.10.2021), n. 38177
Cass. pen., 20 settembre 2022, n. 38819
Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 2022, n. 45427
Cass. pen., 2023, n. 474
Cass. pen., 29 maggio 2023, n. 23299
Corte cost., 13 gennaio 2004, 5
App. Bologna, 28 novembre 1987
Trib. Firenze, sez. uff. indagini prel., 10 agosto 2012
Trib. La Spezia, 6 dicembre 2012, n. 784
Trib. Trento, 12 dicembre 2012, n. 908
Trib. Milano, 7 gennaio 2013
Trib. Roma, 7 maggio 2013
Trib. Milano, 22 maggio 2013
Trib. Milano, 2 luglio 2013
Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701
Trib. Palermo, 7 settembre 2016, n. 4114
Trib. Milano, 2021, n. 6254

