

coincida con un **diritto disponibile** da parte del titolare. La scriminante opera per delitti e contravvenzioni. Tuttavia, la stessa non trova applicazione ove il dissenso del titolare del bene sia un **elemento costitutivo** della fattispecie incriminatrice: in tali ipotesi il consenso determina infatti il venir meno della stessa tipicità. Si pensi, ad es., alla **violazione di domicilio** ex art. 614 c.p.

B) Requisiti e forma

Perché operi la scriminante ex art. 50 c.p. è necessario che il consenso sia:

- **attuale, libero, lecito, consapevole, specifico**. Non si ritiene necessaria una **forma** particolare per esprimere il consenso, il quale può dunque essere esternato mediante una **espressa manifestazione di volontà** (scritta od orale) o mediante un **comportamento concludente o tacito**. Il consenso dovrà comunque riguardare tutti gli **elementi essenziali** del reato.

C) Limiti

Il consenso scriminante incontra una serie di limiti.

a) Quanto ai **limiti soggettivi**, il consenso può essere prestato dal solo **titolare dell'interesse tutelato**, ossia dal **soggetto passivo** del reato. Il titolare del diritto, per poter validamente esprimere il proprio consenso, ne deve avere la **capacità**.

b) Sul versante dei **limiti oggettivi**, il consenso può essere prestato per i soli diritti **disponibili**, ovvero per quelle

posizioni giuridiche non contrassegnate dalla preminenza dell'interesse pubblico rispetto al privato. Si distingue tra:

- **diritti assolutamente disponibili**, quali il diritto alla **inviolabilità dei segreti privati** (di corrispondenza, industriali, ecc.); i **diritti sessuali e patrimoniali**;
- **diritti relativamente disponibili**, quali l'**integrità fisica**, la **libertà personale**, l'**onore** e la **dignità**. Ai sensi dell'art. 5 cod. civ., la menomazione dell'integrità fisica è consentita purché non si traduca in "**una diminuzione permanente**" (ciò che non accade in caso di trasfusione di sangue o trapianto di tessuti) e purché non risulti contraria "**alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume**".

La compressione di **libertà personale, onore e dignità** per volontà del soggetto è ammissibile solo per esigenze temporanee, e, comunque, per limitazioni circoscritte e secondarie. Sul consenso nell'attività medica, cfr. *infra*, par. 10.

- **diritti assolutamente indisponibili**, sui quali il singolo non ha alcun potere decisionale o interventistico. Vi rientrano:
 - gli **interessi dello Stato o di altri enti pubblici**, tutelati dai delitti contro la personalità dello Stato, l'amministrazione della giustizia, e la P.A.; i **beni della collettività indistinta**, protetti dai delitti contro l'economia pubblica, l'ordine pubblico, il buon costume, la fede pubblica, ecc.;
 - i **diritti della famiglia**, in quanto tutelati da norme di ordine pubblico;

- il **diritto alla vita**: del resto, l'ordinamento punisce l'omicidio del consenziente e l'istigazione o aiuto al suicidio ex artt. 579 e 580 c.p.

D) Consenso presunto

Mentre è indubbia la rilevanza del **consenso putativo** ex art. 59, co. 4 c.p., si discute in merito all'efficacia scriminante del **consenso presunto**, ricorrente quando il soggetto attivo, pur sapendo che l'avente diritto non ha prestato il consenso, ritiene che lo stesso avrebbe senz'altro assentito, se avesse potuto.

L'indirizzo tradizionale ne esclude la rilevanza, in base all'applicazione **obiettiva** delle cause di giustificazione ex art. 59, co 1, c.p. Un diverso orientamento ne riconosce invece l'efficacia **scriminante**, in caso di impossibilità materiale di consentire. Ciò secondo varietà di argomentazioni:

- per la *teoria soggettiva*, la presunzione di consenso inciderebbe sul **dolo**, elidendolo: tesi non condivisa da chi osserva che, a tenore dell'art. 59 c.p., il dolo è escluso solo nella diversa ipotesi del consenso putativo;
- per la *tesi oggettiva*, che invoca l'istituto della **negotiorum gestio** ex art. 2028 c.c., il consenso presunto sarebbe idoneo a scriminare le condotte che l'agente pone in essere nell'**interesse dell'avente diritto**.

5. Esercizio del diritto. L'art. 51 c.p., in coerenza con il

principio di non contraddizione, rende lecito il fatto di chi abbia realizzato una condotta sussumibile in una fattispecie di reato nell'esercizio di un **diritto riconosciuto dall'ordinamento**.

Tuttavia, la mera titolarità di qualsivoglia diritto non è in grado di determinare di per sé l'impunità per ogni reato compiuto. La fattispecie concerne un **conflitto tra la norma attributiva del diritto e la norma incriminatrice**, per la cui soluzione l'art. 51 non offre alcuna indicazione.

A) Definizione

La **nozione di diritto scriminante**, in passato circoscritta ai **diritti soggettivi**, è oggi estesa alla generalità delle situazioni soggettive protette, quali le **facoltà** e le **potestà**.

B) Fonti

Il diritto rilevante ex art. 51 c.p. può trovare fonte nella generalità degli atti normativi: la **Costituzione**, la **legge**, i **regolamenti** e tutti gli atti pubblici o privati ai quali la legge riconosce l'effetto di generare situazioni giuridiche soggettive attive, come taluni **provvedimenti giurisdizionali**, gli **atti amministrativi** e i **contratti**.

C) Limiti

L'esercizio del diritto esclude l'antigiuridicità di una condotta prevista come reato solo entro determinati limiti:

- **limiti interni**, fissati dalla **disciplina del diritto** medesimo o comunque derivanti dalla sua stessa natura;
- **limiti esterni**, derivanti da **altre norme** di pari dignità che

riconoscono **interessi** contrapposti, rispetto ai quali va operato un bilanciamento.

6. L'adempimento del dovere: 51 c.p.

A) Fonti: la legge

Tra le fonti impositive del dovere, rientrano innanzitutto le **norme giuridiche** espresse dalle **leggi formali** e dagli **atti aventi forza di legge**, ma anche dalle **leggi regionali** e dalle fonti normative di **rango secondario**, posto che la riserva di legge opera in misura attenuata per le norme a vantaggio del reo.

Non rilevano i **doveri di carattere religioso o morale**, in quanto appartenenti ad ordinamenti diversi da quello giuridico (come nel caso genitore che leda l'integrità fisica o la libertà personale della figlia adducendo il rispetto di precetti religiosi).

B) Fonti: l'ordine

Fonte del dovere scriminante può essere anche l'**ordine legalmente dato dall'Autorità**. Il co. 2 dell'art. 51 fa riferimento più specificamente al "**pubblico ufficiale**", ma prevale l'orientamento volto a ricomprendere anche gli **incaricati di pubblico servizio**, sia pure nei soli limiti in cui esercitino una potestà d'imperio.

La **formulazione letterale** della norma, riferendosi solamente all'Autorità, induce ad escluderne l'applicazione nel caso di **ordine dato dal privato**.