

Il conflitto tra norma scriminante e norma incriminatrice: un conflitto di valori

Argentina De Angelis

“Lo maggior dono che Dio fesse creando fu della voluntate la libertate”¹.

Da questo dono discende la dignità della libertà dell'uomo, che non può essere condizionata se non dalla propria coscienza che trova il suo fondamento nella legge naturale².

Poiché l'uomo non “è un'isola” il suo vivere nella società richiede anche una legge esterna regolatrice dei suoi atti, da qui deriva il potere legislativo concesso all'autorità costituita.

Questo potere però non potrà mai ledere la fondamentale libertà dell'uomo: ecco perché, nell'ordinamento giuridico penale italiano viene inserito l'articolo 51 c.p., quale causa di giustificazione del reato, che serve come “tutela” di libertà quando nasce un conflitto tra la lettera e la vita, tra l'essere ligio e l'essere libero.

Certamente l'articolo 51 c.p. non è la porta aperta ad ogni abuso, ma come si avrà modo di vedere, è una strada, sebbene angusta, per raggiungere una tutela giuridica di fronte ad un Giudice che vorrebbe esaminare “il fatto in sé” senza tener conto di alcune scriminanti, come per esempio azioni che vengono effettuate in piena coscienza e deliberato consenso sono indispensabili per il conseguimento di un determinato fine, da cui nasce l'atto dell'uomo. Oppure azioni che vengono effettuate come atto primo primo da cui nasce l'atto umano (es. un atto istintivo che provoca un danno).

Senza la codificazione di questa norma non si spiegherebbero altrimenti alcune assoluzioni in processi, che l'opinione pubblica condanna.

Anche se l'eccessivo ricorso all'articolo in esame, oggi, produce abusi, ciò non toglie che la libertà individuale deve essere sempre salvaguardata, non come pretesto per ogni azione disonesta ma come diritto della persona umana.

A questo riguardo si è voluto affrontare la problematica della portata applicativa dell'istituto dell'esercizio del diritto (art. 51 c.p.), polarizzando l'attenzione su un fondamentale nucleo concernente il conflitto tra norma scriminante e norma incriminatrice al fine di far emergere come il conflitto *de quo* sia prima di tutto un conflitto di carattere assiologico, non normativo.

Parafrasando Seneca potremmo affermare che i “*veri valori non sono dei metalli vili che si trovano in superficie ma sono i metalli più ricchi, quelli la cui vena si nasconde nel profondo della terra*”.³

Quest'entità concettuale dall'apparente inafferrabilità è stata nei tempi ripugnata e denigrata dalle teorie neoempiriste che le hanno negato “la cittadinanza” nel mondo del diritto. Secondo il

¹ Dante Alighieri: Divina Commedia, *Paradiso* canto XI, V, 32 – Ed. La Scuola, Brescia, 2000, pag.245

² Commissione Teologica Internazionale, *Alla ricerca di un'etica universale: nuovo sguardo sulla legge naturale*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2009.

³ Seneca, *Consigli per vivere felici*, Rizzoli, Milano, 1992, pag. 37.

neopositivismo, infatti, i valori non essendo suscettibili di percezione né di sperimentazione, non possono essere accolti nella scienza del diritto.⁴

Oggi, invece, un processo di sensibilizzazione ha investito il mondo giuridico: da un lato, il ritorno al centro del dibattito penalistico della funzione critico garantista del bene giuridico come entità preesistente⁵; dall'altro la purificazione del diritto da suddette contaminazione ideologiche, hanno schiuso le porte ad una realtà imprescindibile, soprattutto per il giurista. I valori sono la ragion d'essere del diritto, sono una delle sue dimensioni essenziali. Essi sono il sostrato imprescindibile della norma e costituiscono quanto le norme intendono tutelare o promuovere; di fronte a loro, si pongono sia altri valori, apprezzabili ma meno importanti dei primi, sia disvalori che le norme si propongono di impedire.⁶

Da ciò si evince come alla base del conflitto tra norme dell'esercizio di un diritto ex art. 51 c.p., e delle cause di giustificazione in generale, esista primariamente un conflitto e un bilanciamento fra i valori sostanziali riconosciuti dall'ordinamento giuridico, e poi fra le norme che li tutelano.

Compito del giurista_ come si osserva - non è quello di limitarsi a conoscere questa o quella norma; egli deve considerare la legge un valore riportandola all'esperienza da cui nasce e resta condizionata dalle altre implicazioni assiologiche che sono contenute nell'esperienza stessa.

Queste riflessioni sull'attività del giurista, inesorabilmente, investono quella ermeneutica del giudice non molto dissimile, sotto questo aspetto, se non per l'oggetto della valutazione: il giudice si trova davanti il fatto concreto che porta in sé un valore condizionante l'interpretazione della legge; il giurista "teorico", invece, ha dinanzi a sé la legge che - potremmo dire - è "un'idea del fatto" o meglio la previsione di un giudizio di valore che si attuerà attraverso l'opera del giudice.

Emerge, dunque, come sia l'interpretazione scientifica sia l'interpretazione giudiziale porti in sé la formazione di giudizi di valore, seppur i termini di questa operazione mentale siano capovolti e diversa sia la logica ivi sottesa: il giurista "teorico" si limita ad interpretare la legge che evoca un fatto, mentre il giudice deve giudicare un fatto che evoca la legge.

E allora proprio perché un *momento della legge* è un *momento del valore* si può comprendere l'imprescindibilità di essa dal mondo "etereo" dal quale essa scaturisce, vive e ne risulta condizionata: solo questo costante richiamo può guidare all'esatto significato della *ratio legis* quale ragion d'essere della norma; espressione che non designa - come alcuni erroneamente credono

⁴ Si veda a questo riguardo: L. Bagolini, *Giudizi di valore e neopositivismo*, in appendice a *Visioni della giustizia e senso comune*, Bologna, 1979, pag. 422-423; F. Cavalla, *Sul fondamento delle norme etiche*, in AA.VV., Padova 1990; *Problemi di etica: fondazione, norme e orientamenti*, a cura di E. Berti, Gregoriana, Padova, 1990, pag. 159-160.

⁵ Si tratta della concezione di ispirazione liberale del Liszt che emerge con particolare forza alla fine dell'ottocento dalla preoccupazione di escogitare una teoria del bene giuridico, idonea a limitare la potestà punitiva dello Stato e che valorizza l'idea di scopo nel diritto penale più in generale teorizzata da Jhering. Si veda l'opera di V. Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, in ZStW, 1888, 138ss. L'impostazione listziana ritorna sulla scena del dibattito penalistico a partire dagli anni settanta in Italia. Si veda a tal proposito: Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in "Riv.it.dir.proc.pen.", 1973, 1ss.; Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in Noviss. Dig.it. Torino, XIX, 1973; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 77 ss.

⁶ N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, a cura di Tommaso Greco, Torino 2009; P. Piovan, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, a cura di Fulvio Tessitore, Liguori Editore [1961], 2000; S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano 1991; G. Fassò, *Società, legge, ragione*, Milano 1974.

- la volontà del legislatore, bensì la realtà ontologica a cui la norma corrisponde: sono, cioè, quelle istanze sociali che si cristallizzano in un dato momento di vita.

Pertanto è comprensibile come l'attività dell'interprete è tanto più valida quando più sia vicina alla *ratio legis* perché la ricerca della ragion d'essere della norma equivale alla ricerca della verità della legge.⁷

Posto, quindi, che il riferimento alla *ratio* sia essenziale per l'interpretazione di ogni legge, ne consegue che essa non debba mai assurgere a parametro di regolamentazione immutabile, traendo, invece, la propria vita dall'esperienza in continuo divenire oltre la quale sarebbe incomprendibile.

Di qui si spiega l'intolleranza nei confronti del dogma "*in claris non fit interpretatio*", poiché si fonda sulla presunzione della legge come creazione esclusiva del legislatore e annienta, quindi, le funzioni dell'interprete.

Sottile, in questo senso, è la filosofia greca: "*la legge come intoccabile monumento divino che balza fuori dalla testa di un immortale uomo di Stato come la Dea della leggenda greca*"; Atena (dea della giustizia) che nasce dalla testa di Zeus e, quindi, la giustizia che nasce dalla sede del ragionamento e della logica di un uomo.⁸

Insomma per non dimenticare che la legge è uno strumento di vita si potrebbe affermare - mutuando il concetto dalla teoria generale - che un ordinamento è sì un sistema di norme ma non statico bensì un ordine in divenire che incessantemente "si fa". Come è noto, "la dinamica del diritto" costituisce parte essenziale del sistema kelseniano e non è un caso che il tempo sia considerato da Kelsen come un "elemento dello Stato". La temporalità, quindi, è implicitamente alla base della concezione dell'ordinamento normativo di tipo dinamico-produttivo, quale è l'ordinamento giuridico.⁹

Il problema di fondo, quindi, riposa nella razionalizzazione dei giudizi di valore, nella loro graduazione e scelta. E' questa una realtà che il giurista non può più accantonare se non vuole mutare l'oggetto della ricerca giuridica.

Alla luce del raffronto valutativo nell'incontro tra la lettera del diritto e la vita è possibile concludere ribadendo quanto affermato sin dall'introduzione: un aspetto essenziale dell'intero diritto - e non solo dell'esercizio del diritto, quale oggetto di studio - deve essere la capacità del mondo normativo di adeguarsi ai mutamenti che, col trascorrere del tempo, si verificano nella società e in particolare nella scelta dei valori da proteggere e dei disvalori da combattere: ciò anche se le parole delle leggi rimangono immutate.

Come l'antico adagio sentenziava: "primum esse deinde philosophari."

⁷ G. Tarello, *Diritto, interpretazione ed usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974.

⁸ Ovidio, *Le metamorfosi*, Sonzogno 1998.

⁹ H.Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr.it. di Renato Treves, Torino 2000, pag.47