

CAPITOLO XII

LA QUALIFICAZIONE OGGETTIVA

1. L'antigiuridicità

1.4 Dall'antigiuridicità alla qualificazione oggettiva

1. L'antigiuridicità

«Antigiuridicità» significa, letteralmente, «contrarietà all'ordinamento giuridico» e, come tale, è un concetto generico. Nel diritto penale esso, tuttavia, ha assunto un valore specifico, sicché per la sua definizione è preliminare l'inquadramento nel sistema.

In tal senso, l'antigiuridicità è il frutto della qualificazione operata dal diritto penale sul versante oggettivo del fatto di reato.

La qualificazione oggettiva è dominio del diritto, vertendo sulle condizioni ulteriori per cui il fatto di reato sia suscettibile di generare responsabilità penale, oppure di essere giustificato dalla situazione in cui si realizza.

La matrice epistemologica dell'antigiuridicità non è scientifica, essa consistendo in un giudizio di valore che raffronta la componente oggettiva del reato all'intero ordinamento giuridico. È ben vero che, nella misura in cui la qualificazione opera pur sempre attraverso fatti (l'esercizio di un diritto, la legittima difesa, ecc.), essi non si sottraggono alle leggi scientifiche, tuttavia tali fatti sono concetti per lo più giuridici, in cui il «fatto» è solo il necessario presupposto di una figura giuridica. Ciò pone il problema del rapporto tra la qualificazione e le leggi scientifiche, che invece governano – ovviamente con il filtro dell'ordinamento penale – la fase dell'incriminazione: la qualificazione del fatto di reato avviene sulla base di principi logici, che hanno ingresso nell'ordinamento tramite l'art. 3 Cost. ed il cui fondamento è individuato nel principio di non contraddizione¹.

Da un punto di vista prettamente dogmatico la definizione dell'antigiuridicità è intimamente connessa alla concezione formale o sostanziale del reato. Poiché il reato è un fatto antigiuridico imputabile ad un soggetto, l'antigiuridicità è formale o sostanziale a seconda che si assuma come fonte del diritto penale la sola legge positiva o anche altre fonti extralegali².

Precisamente, l'antigiuridicità formale indica il rapporto di contraddizione tra il fatto e la legge.

¹ Si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale - Parte generale*, 2007, 233. L'Autore conclude che il fondamento logico-giuridico delle scriminanti è dato dal principio di non contraddizione, per cui uno stesso ordinamento non può imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare sé stesso e la sua pratica possibilità di attuazione.

² MANTOVANI, *op.cit.*, 103 ss.

L'antigiuridicità intesa in senso sostanziale postula, invece, il contrasto del fatto con il diritto materiale o, secondo la migliore dottrina, tra il fatto e gli interessi tutelati dal diritto, legislativo o extralegislativo che sia.

La categoria dell'antigiuridicità sostanziale è figlia della concezione sostanziale del reato, secondo cui è reato ogni fatto che offende un interesse socialmente rilevante. Essa, sebbene sia respinta dall'adozione negli ordinamenti moderni di un modello formale di reato (consacrata dalla riserva di legge), secondo la dottrina³ assume una qualche rilevanza ai fini della definizione del reato; infatti la configurabilità di un illecito penale postula sia un rapporto di contraddizione tra fatto e norma (antigiuridicità formale), sia un conflitto tra fatto umano e valori sostanziali compatibili con la Costituzione. Ne deriva l'affermazione di una concezione formale-sostanziale del reato, che, attraverso l'impiego del principio di offensività, quale complemento di quello di tipicità, si prefigge il fine di colmare i vuoti lasciati dal modello formale del reato⁴.

Ciò posto sul piano dell'inquadramento nel sistema, la collocazione dell'antigiuridicità nella teoria generale passa attraverso le due principali concezioni analitiche del reato.

1.4 Dall'antigiuridicità alla qualificazione oggettiva

La categoria dell'antigiuridicità oggettiva ha il pregio di recuperare alla struttura del reato gli elementi di giudizio⁵, emarginati dalla concezione bipartita, valorizzando sul piano dogmatico la distinzione tra «*imputatio facti*» e «*imputatio iuris*» che è alla base del sistema penale.

La parte generale del codice penale indica che all'imputazione del fatto, segue la sua qualificazione. Precisamente, da una piana lettura del Libro I, Titolo III ("Del reato") è possibile individuare una progressione degna di rilievo:

- articolo 39: classificazione del reato;
- articoli 40 e 41: disciplina primaria dell'imputazione oggettiva del fatto;
- articoli 42 e 43: disciplina primaria dell'imputazione soggettiva del fatto;
- articolo 44: disciplina dell'imputazione di ulteriori elementi di fatto;
- articoli 45 e 46: disciplina secondaria dell'imputazione oggettiva del fatto;
- articoli 47 e 48: disciplina secondaria dell'imputazione soggettiva del fatto;
- articolo 49: disciplina del reato putativo e del reato impossibile;
- articoli 50-54: esimenti.

³ MANTOVANI, *op.cit.*, 106.

⁴ Volendo spingere la trattazione ad un livello ancora più astratto, si può mettere in evidenza come il principio di offensività costituisce il ponte tra il principio di tipicità e la categoria dogmatica dell'antigiuridicità.

⁵ In questo caso di stampo oggettivo, ma estesi della concezione normativa della colpevolezza a quelli di stampo soggettivo.

Emerge chiaramente che il legislatore ha optato per l'inserimento delle esimenti nella disciplina del reato quali elementi autonomi, con la conseguenza che esse debbono essere analizzate ed inquadrare all'interno della teoria generale del reato distintamente dal fatto.

Dal punto di vista metodologico non vi è alcuna preclusione a considerare come elementi di struttura di un ente razionale concetti eterogenei, purché collegati.

Riconosciuta la legittimità di arricchire la struttura del reato con categorie valutative, si tratta di fissarne la definizione.

Nell'impostazione del *Sistema* non è appropriato parlare di elementi del reato come l'antigiuridicità o la colpevolezza normativa, perché sono metafore, prive di consistenza logica. Il reato ha una dimensione empirica fondamentale, che è il fatto e la sua doppia imputazione all'agente, le esimenti operano sul versante della valutazione di questa dimensione empirica. È incongruo operare delle trasfigurazioni per esprimere e materializzare in un elemento quasi sensibile – come si configurano l'antigiuridicità e la colpevolezza – quello che è un giudizio.

Si tratta né più e né meno di qualificazioni: l'una oggettiva, l'altra soggettiva.

La portata della qualificazione oggettiva si evince dal contenuto delle fattispecie scriminanti, costruite con elementi esclusivamente normativi, desunti dall'ordinamento civile (consenso dell'avente diritto ed esercizio del diritto) e da quello amministrativo (adempimento del dovere), o prevalentemente normativi (legittima difesa, uso legittimo delle armi e stato di necessità).

L'impiego di elementi normativi extrapenali sta indicare come il legislatore intenda assoggettare il fatto di reato ad una valutazione complessiva, e l'esito di tale valutazione è una qualifica, che può essere positiva o negativa. Se poi si vuol chiamare tale ultima qualifica con il termine antigiuridicità obiettiva nulla si aggiunge, ma si rischia di sovrapporre il giudizio a quello di tipicità, come d'altra parte sostiene la concezione bipartita.

La collocazione delle cause di giustificazione nella teoria del reato può essere così descritta:

giudizio di fatto

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto
Fatto Causalità Elemento soggettivo	Disposizione incriminatrice	Fatto di reato

giudizio di valore

PREMESSA MINORE Fatto	PREMESSA MAGGIORE Norma	CONCLUSIONE Effetto

Fatto di reato	Disposizione scriminante	Qualificazione oggettiva
----------------	--------------------------	--------------------------

Lo schema evidenzia plasticamente la duplice qualificazione: la prima operata sulla base della singola norma penale, preordinata all'incriminazione del fatto; la seconda preordinata alla valutazione (in questo caso oggettiva) dell'illecito.

Qualora al fatto di reato si aggiunga un fatto scriminante la qualificazione non è negativa, e il reato non sussiste.

La qualificazione oggettiva mette a confronto la lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice con gli altri valori riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento. Due sono le questioni che si pongono al riguardo:

- come si coordina la seconda qualificazione con la prima;
- qual è la regola di accertamento della qualificazione oggettiva.

La prima questione sottintende il problema fondamentale, cioè come può un fatto di reato non costituire illecito penale.

La dottrina, utilizzando come modello dell'analisi la scriminante dell'esercizio del diritto, descrive il problema come un'ipotesi di conflitto tra norme, precisamente tra la norma incriminatrice e la norma scriminante⁶. Tuttavia, questa ricostruzione non è corretta, perché la norma scriminante non è la causa del conflitto, ma piuttosto il suo esito: solo se il sistema penale ravvisa l'esistenza di un interesse prevalente rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, allora istituisce una scriminante. Tecnicamente non è la scriminante a prevalere, ma è l'interesse sotteso alla norma di liceità: la giustificazione del reato presuppone – e non già prevarica – la norma incriminatrice.

Dunque, tra norma incriminatrice e norma scriminante vi è concorso e non conflitto: il fatto viene privato del suo connotato di illiceità, ma resta in piedi come fatto tipico e lesivo di un bene giuridico, ragion per cui non c'è violazione dei principi di legalità e offensività. Ad esempio, l'omicidio commesso in stato di legittima difesa resta un omicidio, in quanto sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 575 c.p., solo che non viene qualificato negativamente dall'ordinamento penale.

Il meccanismo del concorso di norme traduce nel dominio giuridico la valutazione sottesa alla causa di giustificazione e il rapporto esistente tra norma incriminatrice e norma scriminante, ma non

⁶ MANTOVANI, *Enciclopedia del Diritto*, voce *Esercizio del diritto*, XV, 1966, § 2 (Il conflitto tra norma scriminante e norma incriminatrice. Necessità di individuazione dei criteri risolutivi).

Successivamente (§ 4. Applicabilità di tali criteri al conflitto tra norma incriminatrice e norma scriminante) l'Autore precisa che il conflitto è derivato da quello tra norma incriminatrice e norma extrapenale: «Presupposti essenziali perché si versi in materia di scriminante sono innanzitutto la sussistenza di un conflitto tra norma incriminatrice e norma che afferma il diritto, nel senso che entrambe appaiano riferirsi ad un medesimo fatto, e, inoltre che tale conflitto vada risolto a favore di quest'ultima. Allorché il conflitto non sia, per diverse ragioni, configurabile, un problema di scriminante non può neppure porsi».

spiega come il fatto scriminante possa rendere lecito il fatto incriminato, il quale appartiene al dominio naturale.

Dunque, non è sufficiente fare riferimento alla *ratio* della norma scriminante, essendo non meno rilevante la legge epistemologica che la governa, la quale illumina il profilo conoscitivo del problema e spiega sul piano logico-scientifico il fenomeno – squisitamente giuridico – della prevalenza di una norma su un'altra.

Così come per le fattispecie incriminatrici esistono principi costituzionali che fondano la gnoseologia dell'incriminazione, per le fattispecie scriminanti c'è un principio matematico che fonda la gnoseologia della giustificazione: la non contraddizione.

Tale principio, come noto, trova riconoscimento nell'art. 3 Cost. ed è immanente nel carattere di «sistema» di un ordinamento giuridico, vieppiù quello penale.

Nella logica classica il principio di non contraddizione afferma la falsità di ogni proposizione implicante che una certa affermazione (A) e la sua negazione (non-A), siano entrambe vere allo stesso tempo e nello stesso modo: «È impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo»⁷. Più semplicemente, la proposizione “A è anche non-A” è falsa.

Un sistema logico dove siano valide le comuni [regole di inferenza](#) e dove sia anche presente una [contraddizione](#), ossia sia vera una affermazione e anche la sua negazione, è privo di [logica](#), di [struttura](#) e di [informazione](#), poiché tutte le affermazioni sono vere (comprese le loro negazioni). E quindi non può essere interessante poiché non comunica informazione. Questo risultato è anche noto come principio di esplosione.

Tale principio connota a maggior ragione l'ordinamento giuridico, il quale deve comunicare informazioni attendibili, poiché tali informazioni sono, in realtà, il volano di regole, cioè di comandi.

Ciò posto, si tratta di capire come tale principio operi in materia di scriminanti. Lasciando all'analisi delle singole fattispecie gli approfondimenti, qui occorre indicare il meccanismo di fondo.

Se l'ordinamento legittima – tramite l'assegnazione di un potere, l'imposizione di un dovere, la previsione di una facoltà – una condotta umana, quella condotta non può essere punita dall'ordinamento medesimo: dato il comportamento A come lecito, non può esistere il comportamento A come illecito, perché, se così fosse, sarebbe “A è anche non-A”.

⁷ ARISTOTELE, [Metafisica](#), Libro Gamma, cap. 3, 1005 b 19-20.

Se, ciò nondimeno, l'ordinamento penale ammettesse una situazione siffatta (ad esempio punendo un omicidio commesso per legittima difesa), le relative norme sarebbero incostituzionali. In tal senso il giudizio di costituzionalità appare il rimedio per evitare l'implosione del sistema.

Il fondamento della non contraddizione appare assai evidente nell'ipotesi di esercizio del diritto o adempimento del dovere: sono situazioni nelle quali l'ordinamento autorizza un soggetto, o addirittura gli impone, di realizzare una condotta che un'altra norma incrimina. Se, naturalmente, entrambe le disposizioni di legge devono essere mantenute ferme, perché la norma incriminatrice deve poter funzionare in tutti gli altri casi, ma al tempo stesso colui che ha il diritto di esercitare quella condotta incriminata deve poterla esercitare, ecco che il principio di non contraddizione opera nel senso di scriminare la condotta illecita ogniqualvolta essa è autorizzata o imposta dall'ordinamento giuridico.

Ciò fa comprendere meglio come l'individuazione nel bilanciamento degli interessi della *ratio* delle scriminanti non implichi il riconoscimento di un conflitto tra di esse e le norme incriminatrici, in quanto, se la scriminante è motivata dal principio di non contraddizione, essa rappresenta proprio la soluzione dell'antinomia nella valutazione del fatto che ricade sotto entrambe le norme.

Nell'ipotesi di legittima difesa il richiamo al concetto di autodifesa privata non è sufficiente a far emergere il principio di non contraddizione, non spiegando di per sé come l'autodifesa possa mettere in equilibrio un fatto aggressivo con un fatto difensivo. La soluzione del problema è data dal principio di sussidiarietà orizzontale, che permette ai cittadini di sostituirsi, in mancanza di alternative, allo Stato nell'esercizio di funzioni di sicurezza.

Meno nitida è l'operatività del principio di non contraddizione nello stato di necessità, che però ne costituisce pur sempre espressione, in quanto disegna una sfera di azione lecita, corrispondente all'inevitabilità del pericolo, calibrata su una fonte straordinaria di poteri (la necessità).

Passando alla seconda questione, cioè la regola processuale cui è soggetta la qualificazione oggettiva, si pone il non facile problema dell'applicazione del principio *b.a.r.d.* all'accertamento delle scriminanti.

Trattandosi di un principio che ha anche riflessi sostanziali, l'analisi non può non considerare, anzitutto, se le esigenze gnoseologiche sottese alla regola secondo cui la responsabilità penale è provata "oltre ogni ragionevole dubbio" sussistano anche per le cause di giustificazione. Come noto, il *b.a.r.d.* è la regola del rapporto tra diritto penale e scienza, sicché può apparire ragionevole escluderne l'applicazione alla materia delle scriminanti, che sono governate da leggi giuridiche. In tal senso l'argomento principale è dato proprio dal concetto di qualificazione oggettiva: poiché l'ordinamento qualifica negativamente un fatto di reato ogniqualvolta non risultino situazioni scriminanti, l'accertamento "oltre ogni ragionevole dubbio" è riservato alla sussistenza del fatto di

reato, mentre l'accertamento in ordine all'insussistenza di cause di giustificazione può avere natura probabilistica.

La conclusione appena esposta trova conferma nelle disposizioni del codice di procedura penale.

L'art. 533, comma 1 stabilisce che *“Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio...”*, senza distinguere tra i diversi elementi necessari per una sentenza di condanna.

Tuttavia, l'art. 530, comma 3 stabilisce che *“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”*.

Per il principio di specialità alle cause di giustificazione si applica quest'ultima norma, la quale statuisce l'assoluzione in caso di dubbio sulla loro esistenza. Ne consegue che la prova della loro inesistenza non deve essere data oltre ogni ragionevole dubbio, essendo sufficiente accertare che la loro esistenza è altamente improbabile, anche se non può escludersi *in toto* (il dubbio positivo postula una seria possibilità).

Questa impostazione è stata accolta dalla giurisprudenza: «È pacifico che, ai sensi dell'art. 530, comma 3, cod. proc. pen., l'assoluzione con la formula *«perché il fatto non costituisce reato»* va pronunciata non solo quando vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione, ma anche quando vi è dubbio sull'esistenza della stessa. In particolare, si ritiene che il concetto di dubbio sull'esistenza di una causa di giustificazione, sussistendo il quale il giudice deve pronunciare sentenza di assoluzione, va ricondotto a quello di «insufficienza» o «contraddittorietà» della prova, di cui agli artt. 529, comma 2, e 530, comma 2, cod. proc. pen., sicché, quando la configurabilità di cause di giustificazione sia stata allegata dall'imputato, è necessario procedere ad un'indagine sulla probabilità della sussistenza di tali esimenti: la presenza di un principio di prova o di una prova incompleta porterà all'assoluzione, mentre l'assoluta mancanza di prove al riguardo, o la esistenza della prova contraria, comporterà la condanna. Allorquando, nonostante tale indagine, non si sia trovata alcuna prova che consenta di escludere la esistenza di una causa di giustificazione, il giudizio sarà parimenti di condanna, qualora non siano stati individuati elementi che facciano ritenere come probabile la esistenza di essa o inducano comunque il giudice a dubitare seriamente della configurabilità o meno di una scriminante»⁸.

Questione diversa è il riparto dell'onere probatorio tra accusa e difesa.

Si tende a ritenere che, se si aderisce alla teoria bipartita, l'onere della prova grava sull'accusa, giacché ad essa spetta dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi del fatto incriminato, positivi e

⁸ Cass. sez. un., n. 40049 del 2008.

negativi; viceversa, se si opta per la concezione tripartita, l'onere della prova incombe sulla difesa, trattandosi di elementi estranei al fatto di reato, che ne escludono l'illiceità.

In tal ultimo senso sembra essere orientata la giurisprudenza sopra citata; tuttavia, le cause di giustificazione attengono pur sempre ad un requisito del reato (antigiuridicità o qualificazione oggettiva che dir si voglia), sicché appare preferibile ritenere che l'onere della prova in ordine alla loro insussistenza spetti all'accusa, con il temperamento che esso è limitato a quelle concretamente allegate dall'imputato.