

Stefano Preziosi

Introduzione all'ordinamento penale

La parte speciale



Giappichelli



Parte I

Profili generali della parte speciale

1. L'oggetto del diritto penale

L'ordinamento giuridico dello Stato è il corpo di norme valide in un determinato momento all'interno di un territorio sul quale insiste un'autorità sovrana che ne determina le condizioni di validità e ne assicura l'applicazione e l'unità.

Il diritto penale – che è una branca dell'ordinamento giuridico – è costituito innanzitutto (ma non solo, come si vedrà) dalle regole di condotta rivolte ai consociati sanzionate con pena.

Che cosa è la pena?

La pena è una sanzione giuridica, ossia una sanzione prevista dall'ordinamento giuridico (vigente, nel nostro caso, poiché studiamo il diritto penale vigente nel presente momento storico all'interno di un determinato territorio che possiamo identificare – anche se non vi è totale coincidenza – nel territorio dello Stato italiano: artt. 6-10 c.p.).

La pena, inoltre, ha una precisa connotazione formale e contenutistica: l'art. 1 c.p. stabilisce che nessuno può essere punito per un **fatto** che non sia previsto dalla legge come reato **né con pene che non siano da essa stabilite**. Dunque, la pena può essere stabilita soltanto da una **legge**; la sanzione tipica del **reato** è la **pena**; i reati sono di **due specie**: delitti e contravvenzioni, che si distinguono in ragione della specie di pena principale per essi applicabile.

Le pene principali sono: **l'ergastolo, la reclusione e la multa per i delitti, l'arresto e l'ammenda per le contravvenzioni** (art. 17) e nel seguente art. 18 troviamo una classificazione delle pene principali, che si distinguono in **pene de-**

tentive o restrittive della libertà personale (ergastolo, reclusione, arresto) e in **pene pecuniarie** (multa e ammenda); negli artt. 22 ss. viene specificato il contenuto di tali pene (in che cosa consistono).

Pertanto, sappiamo che le regole di condotta sanzionate con pena sono **fattispecie di reato** e che l'oggetto del diritto penale è in primo luogo lo studio di esse. Conseguentemente il **reato** appartiene al *genus* degli illeciti nel mondo del diritto (non necessariamente in quello della morale) e, più precisamente, è **l'illecito penale**.

Chiediamoci ora qual è la caratteristica delle pene: ossia come si denotano dal punto di vista contenutistico, cosa hanno in comune fra loro.

L'art. 18 ci informa, come si è visto, che sono pene detentive o restrittive della libertà personale l'ergastolo, la reclusione e l'arresto; sono pene pecuniarie la multa e l'ammenda. Ma, in realtà, tutte **incidono in via attuale o potenziale sulla libertà personale**. Le prime direttamente (almeno nella previsione edittale e salvo i "correttivi" che possono intervenire in sede di sostituzione delle pene detentive "brevi" in giudizio, o in relazione a fenomeni estintivi del reato o della pena), le seconde solo eventualmente. Le pene pecuniarie, in quanto pene, infatti, sono soggette al meccanismo della **conversione**, per mancato pagamento (art. 102, L. n. 689/1981) o per mancato pagamento per insolvibilità del condannato (art. 103, L. n. 689/1981), nel primo caso nella semilibertà sostitutiva, nel secondo nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo (che consiste nella prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività) ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva e l'inadempimento delle prescrizioni inerenti alle pene conseguenti alla conversione della multa o dell'ammenda ne comporta la revoca e la conversione della parte residua in uguale periodo di reclusione o di arresto (art. 108, L. cit.). Come si vede, allora, solo le pene pe-

cuniarie, a differenza delle altre sanzioni pecuniarie non penali (ancorché a carattere punitivo), possiedono un contenuto potenzialmente restrittivo della libertà personale, poiché possono convertirsi in pene detentive o in pene sostitutive delle pene detentive brevi, pure a carattere limitativo della libertà personale.

2. L'ordinamento penale come limite della libertà di azione dei consociati

La norma penale, perciò, funziona come **limite della libertà personale** e l'insieme delle norme penali, quindi l'ordinamento penale nel suo complesso, stabilisce, in negativo, il perimetro/limite della **libertà di azione** dei consociati. Quest'ultima risulta limitata dalle norme che sanzionano determinati comportamenti con la privazione o la limitazione della libertà personale. La norma che contempla un comportamento sanzionandolo con la pena, opera come limite alla libertà di azione, poiché, a differenza degli altri illeciti, dove la sanzione ha carattere riparatorio/ripristinatorio o compensativo, la pena incide direttamente o indirettamente sulla sfera della **libertà individuale**.

3. La materia penale dal punto di vista sostanziale

Se volessimo così individuare, dal **punto di vista sostanziale**, la materia penale, ossia il suo contenuto e non soltanto la sua forma giuridica, potremmo dire che essa è costituita

dall'insieme dei limiti posti dall'ordinamento alla libertà di azione di ciascuno e che si definisce in relazione sia alla misura che alla natura di tali limiti. Alla **misura**, poiché tanto maggiore è il numero delle norme penali, cioè delle regole di condotta sanzionate con pena, tanto più circoscritta risulta la libertà dei consociati; alla **natura**, poiché le norme penali possono essere distribuite fra i più diversi settori dell'agire sociale e individuale degli esseri umani e, quindi, può darsi il caso che un ordinamento risulti poco restrittivo della libertà individuale mediante l'impiego di sanzioni penali in campo economico, ma molto restrittivo in materia di libertà di manifestazione del pensiero e di libertà politiche e associative, o il contrario.

Le norme penali, inoltre, producono attualmente – e non soltanto nel momento della loro applicazione – il predetto risultato limitativo della libertà di azione, poiché stabiliscono divieti all'indirizzo di tutti i consociati (non solo di coloro che le violeranno), generando così un effetto di intimidazione volto a prevenire la commissione di reati (**prevenzione generale**) e determinando sin dal momento della loro introduzione nell'ordinamento una **limitazione (legittima) del perimetro della libertà di azione**. La norma penale, infatti, nel momento della sua posizione non produce una limitazione o privazione della **libertà personale** – che è invece l'effetto tipico che si realizza in capo al reo con la (accertata) violazione di essa – ma determina una limitazione del perimetro della libertà, ossia dell'area entro la quale la **libertà di azione** di ciascuno è limitata dal rispetto di norme che assicurino la **pace sociale**. Per dirla con le parole di Montesquieu: *“È dunque dalla bontà delle leggi penali che dipende principalmente la libertà del cittadino”* (*Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952, XII, 1, p. 320).

Tutto ciò ha come correlato una visione antropologica ben precisa, in cui il destinatario della legge penale è un soggetto

libero, capace di controllare le sue azioni e di proiettarle verso il futuro, secondo aspettative che siano in grado di distinguere fra un vantaggio immediato ma destinato a svanire e un beneficio duraturo rappresentato dalla sua propria libertà. L'esercizio del potere punitivo, infatti, è finalizzato ad assicurare la pace sociale **prevenendo** comportamenti che la minacciano (**funzione generalpreventiva**) o prevenendo la reiterazione dell'illecito da parte di chi lo abbia commesso (**funzione specialpreventiva**) e, pertanto, la sua efficacia dipende dalla capacità dei cittadini di **motivarsi** secondo i dettami della legge penale: in ultima istanza, da quelle proprietà che connotano l'uomo-cittadino nella sua concezione moderna, di essere libero e capace di autodeterminarsi secondo un calcolo razionale.

La tenuta dell'ordinamento penale come sistema regolativo fondamentale nei rapporti fra autorità e libertà individuale è condizionata dalla tenuta di questo modello antropologico. Laddove la legge penale non riesca nel suo complesso – come **ordinamento** di determinati rapporti giuridici – a rappresentare un fattore motivante dei comportamenti individuali, il diritto penale perde di effettività e, infine, entra in una crisi sistemica destinata a farlo evolvere (o involvere) in qualcos'altro.

Le ragioni della perdita di efficacia motivante sui consociati possono essere di varia natura, sia normativa che sociale o economica. Tra le ragioni di carattere normativo può esservi l'inefficacia del sistema sanzionatorio, o perché troppo frammentato e non in grado di rappresentare un indirizzo univoco o perché fortemente carente di certezza applicativa.

4. Pena e libertà personale

Ora dobbiamo chiederci: in che modo si connota peculiarmente la limitazione o privazione della libertà personale che va sotto il nome di pena?

La libertà personale (giuridica) che viene in considerazione nel diritto penale è la libertà fisica (prevalentemente, ma non esclusivamente, come nel caso delle sanzioni interdittive) della persona, che può venire limitata o privata con l'esercizio della forza (**coazione**), secondo le forme e i presupposti stabiliti dalla legge (**legittima**), in virtù di un potere conferito allo Stato quale suo attributo sovrano ed esclusivo (**potestà punitiva**), in conseguenza di un fatto vietato dall'ordinamento (**illecito penale**). Altre limitazioni della libertà personale, infatti, possono venire in considerazione anche al di fuori della materia penale, cioè non in virtù della potestà punitiva dello Stato. Così, ad esempio, in relazione ai trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, cpv., Cost.); oppure riguardo agli obblighi militari, circa la leva obbligatoria (art. 52, cpv., Cost.). In tali ipotesi, che pure sono sottoposte a riserva di legge dello Stato (art. 120, cpv., Cost.), come qualsiasi prestazione personale o patrimoniale (art. 23, Cost.), la limitazione della libertà non inerisce alla **commissione di un illecito**, ma a situazioni che richiedono un intervento coattivo dell'autorità in chiave sostitutiva dell'interessato (trattamenti sanitari obbligatori) o a doveri del cittadino nei confronti dello Stato stabiliti dalla Costituzione (leva obbligatoria, ove sia prevista con legge) che non presuppongono alcuna violazione di legge.

Nell'insieme e in linea generale si evince che in uno stato di diritto le limitazioni della libertà personale devono sempre essere previste per legge e se riguardano un soggetto particolare in funzione di una situazione specifica e concreta e non

una categoria di consociati astrattamente prevista, godono altresì della riserva di giurisdizione: le restrizioni della libertà personale possono avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria (art. 13, Cost.). In particolare, poi, quelle restrizioni o privazioni della libertà personale che sono previste quali conseguenze (sanzioni) di fatti illeciti sottostanno all'insieme di garanzie e regole costituzionali (e non solo) che definiscono la materia penale, sia nel quadro del diritto sostanziale che in quello del diritto processuale penale: artt. 24-27 Cost.

Possiamo affermare che nello stato liberale moderno le limitazioni della libertà personale trovano la loro causa in linea assolutamente prevalente nell'illecito penale, non essendo consentite altre limitazioni che non abbiano origine in un fatto illecito, come arresti preventivi (in mancanza di provvedimento giurisdizionale basato su elementi indizianti di un reato), limitazioni alla libertà di circolazione nel territorio dello stato, lavori forzati. Per tale ragione il diritto penale, con la sua estensione e i suoi contenuti, costituisce il **fondamentale strumento giuridico con cui lo stato agisce sulle libertà dei cittadini e, al contempo, la fondamentale garanzia degli individui rispetto allo Stato.**

5. Definizione formale di materia penale e teoria del diritto penale come modo di disciplina: confutazione. Carattere autonomo e non accessorio del diritto penale

Constatiamo, allora, che la materia penale si definisce come quel ramo dell'ordinamento che ha ad oggetto i **rapposti fra Stato e consociati nell'esercizio della potestà punitiva**

mediante sanzioni che, direttamente o indirettamente, privano o limitano la libertà personale.

Questa definizione ci può far comprendere perché siano state mosse obiezioni radicali alla possibilità stessa di individuare una “materia penale”.

Si è sostenuto, infatti, che questa non avrebbe un suo proprio oggetto come le altre materie giuridiche, poiché non disciplina rapporti definiti da determinati beni (ad esempio pubblici o privati), oppure definiti in relazione ai soggetti che li intrattengono (soggetti privati o pubblici), o in relazione al carattere sovrano di tali soggetti (rapporti fra stati, come per il diritto internazionale). Il diritto penale, in altri termini, non avendo un suo proprio oggetto e potendo disciplinare **rapporti di qualsiasi tipo**, ossia intervenire in qualsiasi materia (dall’economia all’incolumità individuale, ad esempio), difetterebbe di un proprio originario ambito di materia; o, al più, si definirebbe per il **modo di disciplina**, ossia per il fatto di intervenire sempre con la sanzione penale.

In tale prospettiva il diritto penale – si sostiene ulteriormente – non sarebbe dotato di autonomia e ne risulterebbe così evidenziato il **carattere accessorio**. Con ciò si vuole dire che il diritto penale e la norma penale interverrebbero unicamente in **campi di materia che trovano la loro disciplina originale in altri settori dell’ordinamento** (il diritto privato, l’amministrativo, il tributario, etc.). Di qui si perviene ad affermare che il diritto penale avrebbe addirittura carattere **meramente sanzionatorio**, ossia che esso si limiterebbe a stabilire le sole sanzioni rispetto a precetti formati altrove.

Facciamo degli esempi per verificare la fondatezza di questo assunto. Esaminiamo innanzitutto l’art. 575 c.p.: “*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*”. Nella norma incriminatrice che prevede e punisce l’omicidio (art. 575 c.p.), il cagionare la morte di un uomo ha un significato normativo preciso che

viene dato dalle disposizioni (artt. 40 e 41) della **parte generale** del Codice (Libro Primo) e dai principi costituzionali della materia penale (in particolare dall'art. 27, Cost., che stabilisce il principio di personalità della responsabilità penale), i quali plasmano l'illecito in questione (come qualsiasi altro illecito penale) **in quanto penale** e non sarebbero applicabili se l'omicidio intenzionale, per assurdo, non fosse un illecito penale e, comunque, non trovano necessariamente applicazione quando la lesione della vita umana sia posta a fondamento, ad esempio, di una domanda di risarcimento del danno. Inoltre, l'art. 575, cit., contempla l'omicidio doloso, ma questa definizione (doloso) ci viene data pure da disposizioni della parte generale (artt. 42 e 43 c.p.) che riguardano l'illecito penale e, quindi, la responsabilità in quanto responsabilità penale e, anche in questo caso, le stesse disposizioni potrebbero non trovare applicazione in altri rami dell'ordinamento, ovverossia al di fuori della materia penale.

6. Parte generale e parte speciale. Il reato come struttura normativa e il carattere non meramente sanzionatorio del diritto penale

Sappiamo, così, che il diritto penale non si esaurisce nell'insieme delle fattispecie penali (**parte speciale**), ma consta, in primo luogo, della **parte generale**, cioè di quell'insieme di disposizioni che si applicano a ogni reato o in relazione alle diverse forme in cui il reato può manifestarsi (forme di manifestazione del reato) e che costituiscono i diversi **istituti** della parte generale del diritto penale.

Tutto ciò significa che l'impronta della sanzione penale non si limita a definire formalmente e sostanzialmente la conse-

guenza giuridica (sanzione) dell'illecito, ma sta anche nel definire la struttura stessa dell'illecito quale **struttura peculiare** costituita da precise regole e contenuti delineati dagli **istituti della parte generale del diritto penale**.

È chiaro che la norma penale può operare in contesti che, in misura maggiore o minore, si riferiscono ad altre discipline e intersecarsi così con norme di altri rami dell'ordinamento. Ad esempio, in materia di abusi edilizi o di reati tributari e societari, o della disciplina penale dell'ambiente.

Ma è proprio vero che questa elementare constatazione può portare ad affermare il carattere meramente sanzionatorio della nostra materia?

Abbiamo visto sopra quali sono i connotati formali e sostanziali della pena e che la regola di condotta (il **precetto penale**) la cui inosservanza è accompagnata dalla pena, non rimane, per così dire, neutrale rispetto alla sanzione penale. In altri termini, la condotta che forma oggetto di divieto e di riprovazione giuridico penale, ha una sua specifica connotazione in quanto sia contenuta in una norma penale. Il fatto che un precetto sia munito di sanzione penale ha rilievo sulla condotta tipica, plasmandola in un determinato e specifico modo rispetto agli altri illeciti. Non v'è dubbio, cioè, che la sanzione penale imprima all'illecito così qualificato una peculiare struttura e un peculiare significato normativo e sociale, sia perché la norma penale non è soltanto regola di condotta ma anche **struttura normativa**, sia perché dal punto di vista sociale e applicativo la previsione di un fatto come reato (sanzionato, cioè, con pena) determina numerosissimi e importantissimi effetti anche al di fuori dell'ordinamento penale.

Tutto ciò dovrebbe rendere evidente che il diritto penale appare tutt'altro che accessorio, mostrando uno spiccato carattere autonomo e non meramente sanzionatorio. Anche laddove la norma penale si presenti come accessoria rispetto a precetti situati in altri settori dell'ordinamento – come negli

esempi che abbiamo fatto prima – in realtà non si tratta di accessorietà ma soltanto di una **tecnica di costruzione della fattispecie penale** che ricorre a meccanismi di **integrazione e rinvio a disposizioni extrapenali**.

Non bisogna confondere, infatti, la tecnica di costruzione della fattispecie che può utilizzare elementi normativi extrapenali, con il carattere accessorio o sanzionatorio del diritto penale.

Prendiamo, ad esempio, l'art. 624 c.p. È chiaro che in questa fattispecie risuonano numerosi elementi non penali, ma chi vorrebbe mai sostenere che il furto ha un carattere accessorio rispetto ad essi? Come dimostra la storia stessa di questa fattispecie (e di molte altre) essa è modellata in base ad una elaborazione interna al diritto penale, per ricavarne una struttura che risponda al meglio agli scopi della norma penale stessa, ossia di prevenire con maggiore efficacia e di sanzionare (con la pena, appunto) quelle condotte di aggressione al patrimonio altrui che destano maggiore allarme sociale o che appaiono maggiormente meritevoli di una reazione estrema da parte dell'ordinamento giuridico o che risultano più insidiose o più dannose e, per questo, maggiormente lesive degli interessi che devono essere preservati per garantire la pacifica convivenza dei consociati.

Tutto questo, evidentemente, non ha nulla a che fare con l'accessorietà, sebbene la tecnica di costruzione della fattispecie faccia abbondantemente ricorso a norme extrapenali e sebbene il patrimonio trovi una tutela molto più estesa in altri rami dell'ordinamento, in particolare nel diritto privato.

In sintesi, sanzionare un fatto con pena significa anche conferirgli una struttura normativa peculiare e non soltanto stabilire una sanzione fra le altre in caso di violazione della regola di condotta.

7. Fattispecie penale e norma penale

Possiamo a questo punto estendere l'oggetto del diritto penale, che non è dato soltanto dalle regole di condotta rivolte ai consociati e sanzionate con pena, ma anche da tutte le altre norme e dai principi aventi ad oggetto tali regole e di cui si deve fare uso per la loro applicazione.

In altre parole, oggetto del diritto penale sono le **norme incriminatrici**, ossia le fattispecie penali che contengono una regola di condotta sanzionata con pena (parte speciale) e **le norme e i principi indispensabili per la loro applicazione**, che definiscono la **struttura dell'illecito penale nelle sue caratteristiche generali** e, con terminologia molto in voga attualmente, il suo formante (parte generale).

Sanzionare un fatto con pena, pertanto, ancorché utilizzando tecniche di costruzione della fattispecie che si avvalgono di numerosi elementi extrapenali e finanche nel caso in cui la norma penale si sostanzia in una sanzione per l'inosservanza di precetti stabiliti in altri rami dell'ordinamento, significa in ogni caso generare una fattispecie di illecito che possiede contenuto e finalità suoi propri, sia come struttura normativa, sia come finalità che con essa il legislatore intende perseguire.

Possiamo, a questo punto, distinguere concettualmente la nozione di **fattispecie penale**, costituita dall'insieme delle note caratteristiche di un singolo reato (illecito penale), da quella di **norma penale**, che consta delle **note caratteristiche di una singola fattispecie nel formante strutturale che ad essa riviene dalle disposizioni della parte generale**.

8. Il “panpenalismo” attuale

Se scendiamo dal livello dell’analisi normativa a quello empirico e prasseologico, possiamo vedere che il diritto penale non solo non ha carattere accessorio per le ragioni ora illustrate, ma addirittura in pratica molto spesso si manifesta come regolatore principale e del tutto autonomo rispetto agli altri rami dell’ordinamento.

Ed infatti, chiunque abbia esperienza forense sa che quando una controversia investe diverse sedi giudiziarie (penale, civile, amministrativa, contabile), è quasi sempre quella penale a “farla da padrona”. Si può, cioè, notare una sorta di tirannia del giudizio penale sugli altri giudizi. Così, ad esempio, nel caso in cui vi sia un procedimento o un processo penale per truffa ai danni dello Stato o per il conseguimento di pubbliche erogazioni (artt. 640, 640 bis c.p.), ove pendano contemporaneamente anche un giudizio civile promosso dalla parte pubblica per la revoca di benefici erogati a favore del privato, o un giudizio amministrativo su impugnazione del privato di un provvedimento di revoca avente ad oggetto quei benefici, ovvero ancora un’azione esercitata davanti alla Corte dei conti a titolo di responsabilità erariale, ebbene la cosa più frequente che possa verificarsi è che si attenda la definizione del giudizio penale per definire anche gli altri giudizi, ossia che si aspetti il “verdetto” penale il quale condizionerà e, presumibilmente, determinerà l’esito anche degli altri.

Ciò dipende da vari fattori, sia di carattere normativo processualistico (l’efficacia esterna del giudicato penale sugli altri giudizi: artt. 651 ss. c.p.p.), ma soprattutto di altra natura più sociologica che giuridica, per una sorta di panpenalismo che investe l’epoca presente, in particolare in Italia, in ragione del quale è diffuso convincimento che tutto possa essere risolto (e nel migliore dei modi ...) ricorrendo al penale e al

giudice penale; ed è ancora più diffusa abitudine delle classi politiche, di ricorrere sovente allo strumento penale introducendo nuove fattispecie di reato per conquistare consenso nella base elettorale.

Ciò porta il diritto penale (ed il giudice penale) ad “imprimere la rotta”, a funzionare come regolatore fondamentale di molti conflitti sociali e di molti problemi complessi che dovrebbero trovare la loro soluzione in altra sede, non in quella giudiziaria e tantomeno in quella penale. Recenti, note vicende, come quella dell'acciaieria di Taranto, sono la rappresentazione plastica di questo scenario, in cui l'azione degli organi giudiziari, in forza dell'apparato repressivo penale, diviene l'ago della bilancia di ogni controversia e di ogni decisione, anche di carattere economico/sociale, che coinvolge le linee politiche e le strategie industriali dell'intero Paese.

9. La parte speciale

La parte speciale del diritto penale è costituita dall'insieme di norme che prevedono i singoli reati, cioè specifici fatti sanzionandoli con pena (**fattispecie incriminatrici**) e da altre disposizioni concernenti aspetti peculiari (non generali) della disciplina di singoli reati o di un numero circoscritto di essi.

Da questa definizione discendono alcuni corollari.

In primo luogo, una distinzione tendenzialmente netta, fra parte generale e parte speciale, nel senso che alla prima compete la disciplina generale, cioè riguardante tutte le fattispecie di reato e il reato in quanto tale, alla seconda la previsione delle singole fattispecie penali con le corrispondenti sanzioni e ogni altra disposizione applicabile specificamente a

talune ipotesi di reato o che richiami disposizioni di parte generale in funzione della loro applicazione a specifiche ipotesi di reato (ad es. art. 576, primo comma, n. 1 e 577, primo comma, n. 4).

Questa distinzione, se risulta netta ad un'analisi sincronica delle codificazioni contemporanee vigenti, non lo è altrettanto dal punto di vista storico-diacronico, come è stato correttamente rilevato. Gli istituti della parte generale nascono spesso dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di singole fattispecie di reato, in particolare di quelle che in modo pressoché costante nel corso dei tempi hanno rappresentato il fulcro attorno al quale ha per lo più ruotato la materia penale: l'elaborazione di istituti fondamentali come il nesso causale e il dolo hanno la loro matrice nelle problematiche ricostruttive ed interpretative dell'omicidio, ad esempio. Nondimeno, gli istituti della parte generale sono il prodotto del lavoro incessante della scienza giuridica, volto a dare al reato una fisionomia unitaria rispondente a principi generali di carattere politico costituzionale assolutamente irrinunciabili nel giure penale.

In secondo luogo, le norme di parte generale trovano un'applicazione estesa a tutti i reati senza eccezioni, salvo che le stesse disposizioni di parte generale prevedano la possibilità di deroghe ad opera di singole disposizioni contenute nella parte speciale o che disposizioni di parte speciale non derogano espressamente quelle della parte generale. Ad esempio, l'art. 115 c.p. stabilisce: "*Salvo che la legge disponga altrimenti*, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo" (primo comma) e le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso (terzo comma). Ebbene, numerose disposizioni incriminatrici di parte speciale prevedono e

puniscono la sola istigazione in ‘deroga’ all’art. 115, cit.: ad esempio, l’art. 414 c.p. punisce l’istigazione a delinquere. In tal caso, tuttavia, si tratta di una deroga soltanto apparente, poiché nel citato delitto previsto dall’art. 414, l’istigazione penalmente rilevante deve essere *pubblica* e, inoltre, deve avere efficacia lesiva del bene tutelato, che è l’ordine pubblico. Dunque, tale deroga, in realtà, è soltanto apparente ed è la conseguenza di un principio generale, poiché l’art. 414, cit., è disposizione speciale rispetto a quella generale di cui all’art. 115, cit., e, pertanto, si rende applicabile la regola stabilita da altra disposizione di parte generale, quella dell’art. 15 c.p., che codifica il principio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*).

Autentiche deroghe sono invece rappresentate da altre disposizioni di parte speciale – come pure attenta dottrina ha rilevato (Padovani-Stortoni): in materia di concorso di reati (art. 301, c.p.), di prescrizione (art. 557 c.p.), di elemento soggettivo e di errore (art. 609-*sexies*, c.p., anche nella versione introdotta con L. n. 172/2012), solo per richiamarne alcune.

L’aspetto di maggiore interesse per i suoi risvolti sistematici è stabilire se simili deroghe siano ammissibili e legittime e, soprattutto, che implicazioni abbiano in un sistema penale che prevede una parte generale tendenzialmente completa e ‘chiusa’, in particolar modo quando esse siano di fonte giurisprudenziale e non legale. È il caso, ad esempio, della sentenza dichiarativa di fallimento nei delitti di bancarotta prefallimentare (definita dalla giurisprudenza quale elemento costitutivo del reato *sui generis* che non seguirebbe la disciplina valevole per gli elementi essenziali del reato, non essendo previsto né disciplinato nella parte generale del Codice) o di molte altre torsioni che istituti della parte generale subiscono in sede applicativa per non meglio spiegate esigenze di “funzionalità”.

In linea di principio le disposizioni della parte generale non dovrebbero tollerare deroghe nella parte speciale, se non in modo estremamente limitato e solo quando la deroga si presenti come *assolutamente necessaria* per garantire *ragionevolezza* alla norma di parte speciale (dunque non laddove la deroga si presenti semplicemente ragionevole alla stregua dei criteri elaborati dalla Corte costituzionale in merito al sindacato di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3, Cost.), oppure per introdurre **norme eccezionali**. Non pare ammissibile, in altre parole, che la norma di parte speciale con un illecito penale con caratteristiche e struttura distoniche o addirittura del tutto in contrasto con quelle che, *in generale*, il reato deve avere. Ma nella realtà, a causa del profluvio di norme penali che negli ultimi anni hanno letteralmente inondato la legislazione italiana e delle prassi giurisprudenziali non sempre ispirate ad ortodossia ermeneutica, gli istituti della parte generale subiscono spesso e volentieri numerosissime deroghe o applicazioni del tutto disomogenee. Ciò rappresenta un drammatico aspetto (non l'unico, peraltro) del **processo di decodificazione** in atto del diritto penale. Anche su questo crinale, dunque, l'ordinamento attraversa una grave crisi, che ne mina alle fondamenta il suo funzionamento e la sua ragion d'essere.

10. Efficacia delle norme di Codice e “riserva di codice”

L'art. 16, c.p., stabilisce che le disposizioni del Codice penale “si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti”. Con ciò viene affermata per espresso dettato l'applicazione a tutto

il sistema penale delle norme del Codice e, in primo luogo – se ne desume – di quelle contenute nel Libro I. A rigor di interpretazione, anzi, si dovrebbe riconoscere una prevalenza, seppure relativa, alle norme del Codice rispetto a tutte le altre (di rango ordinario), in quanto derogabili solo ove non sia “stabilito altrimenti”.

Inoltre, con un relativamente recente intervento legislativo (D.Lgs. n. 21/2018, in attuazione della L. n. 103/2017), è stata contemplata la **riserva di codice**. A tenore dell’art. 3 *bis*, c.p., nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia. Conseguenzialmente, con lo stesso provvedimento, il legislatore ha trasferito nel Codice una serie di disposizioni concernenti sia la parte generale (ad es. gli artt. 61 *bis* e 240 *bis*) sia la parte speciale (ad es. art. 570 *bis*).

A prescindere dalla debolezza della riserva di codice così strutturata e di rango ordinario, quindi derogabile da altre leggi ordinarie, v’è da osservare che i citati artt. 16 e 3 *bis* affermano (o vorrebbero affermare) la centralità del Codice nell’ordinamento penale e porre un argine al processo di decodificazione in atto di cui si è detto. Tale centralità, tuttavia, è effettivamente concepibile a condizione che: 1) le regole e i principi della parte generale trovino indiscriminata e omogenea applicazione riguardo a tutte le leggi penali, tanto quelle contenute nel Codice quanto quelle *extra codicem*, altrimenti la creazione di sottosistemi (di fatto o di diritto) con proprie regole è evidente che mina alla radice la possibilità di concepire un diritto penale che abbia come fulcro il Codice; 2) la legislazione esterna al Codice dovrebbe essere residuale se non a carattere eccezionale; 3) le norme e i principi della parte generale, in quanto ispirati e modellati secondo il volto costituzionale dell’illecito penale, dovrebbero considerarsi di rango **materialmente costituzionale**, poiché traducono in impian-

to regolativo principi generali che hanno copertura costituzionale e imprimono all'illecito penale i caratteri che gli sono propri e che sono irrinunciabili (legalità, determinatezza, tassatività, personalità, ecc.).

Tali principi, infatti, perché non rimangano sulla carta o ad un livello troppo astratto di enunciazione, occorre che diano vita a strutture normative compiutamente formate, dotate, cioè, di un impianto normativo che ne descriva le caratteristiche strutturali. Per tale ragione alla disciplina del reato e delle pene, almeno nelle sue **caratteristiche fondamentali che si riallacciano ai precetti costituzionali**, dovrebbe riconoscersi pure un valore di rango materialmente costituzionale.

Inoltre, non sembra seriamente concepibile una riserva di codice se non nel quadro di un **sistema della parte speciale**. Sul punto è bene spendere alcune parole.

11. Frammentarietà del diritto penale e *sistema della parte speciale*

È affermazione ricorrente che la parte speciale rifletta il **carattere frammentario del diritto penale**. La frammentarietà è l'anima del diritto penale moderno nel suo insieme, non soltanto della parte speciale. Da tale carattere frammentario si vorrebbe far discendere l'impossibilità di costruire un *sistema unitario* che costituirebbe la negazione della frammentarietà stessa.

Invero, la frammentarietà del diritto penale non implica affatto che la parte speciale non possa costituire un *sistema*. Anzi, è proprio il carattere frammentario del diritto penale a suggerire che la parte speciale debba costituire un sistema.

E gli artt. 16 e 3 *bis* vanno innegabilmente in questa direzione, affermando la prevalenza del Codice, sia della parte generale che di quella speciale, su ogni altra legge penale. Con ciò non dovrebbe nemmeno parlarsi, ad esempio, del dolo di un singolo reato (il dolo della truffa, il dolo del furto, della rapina, etc.), o della colpa in materia di lesioni o omicidio colposi per inosservanza delle disposizioni antinfortunistiche, o in ambito sanitario, poiché il dolo e la colpa, come anche il nesso causale e ogni altro istituto del diritto penale hanno un'unica e unitaria struttura, onde il dolo o la colpa o il nesso causale devono presentare le stesse caratteristiche per qualsiasi reato. Esistono il dolo e la colpa, non il dolo e la colpa di questo o quel reato!

Dunque, non vi è nessuna contraddizione fra il carattere frammentario del diritto penale e quello sistematico della parte speciale, innanzitutto per la ragione testé richiamata, che si può riassumere nella seguente affermazione: tutte le fattispecie di parte speciale devono essere ricondotte ad un unico modello (il reato) che si articola in sotto-modelli (reato doloso, colposo, etc.) che trovano la loro compiuta disciplina nella parte generale e, a sua volta, anche la parte speciale *codicistica*, in chiave interpretativa e di ricostruzione sistematica, è prevalente sulle disposizioni del diritto penale *extra codicem*.

Inoltre, come si vedrà di qui a poco, la parte speciale è informata alla **tutela dei beni giuridici**. Questi possono essere concepiti come unità disseminate nell'ordinamento in modo caotico (*rectius*: senza un principio ordinante) e senza alcuna interrelazione. Al contrario, essi possono essere ordinati secondo principi normativi e avere al loro interno interrelazioni, ciò che ne fa un sistema. In questa seconda prospettiva non solo non è escluso il carattere frammentario della parte speciale del diritto penale, ma addirittura ne esce rafforzato.

Ed infatti, la proliferazione di norme penali negli ultimi

decenni (cui si è già fatto cenno), a tutela dei più svariati beni giuridici (o presunti tali), e senza che fra gli stessi beni tutelati da norme penali vi sia una relazione ispirata ad un principio ordinante, ha fatto sì che si smarrisse e la frammentarietà del diritto penale e la centralità del codice e la capacità euristica e critica della nozione di bene giuridico.

Parlare di **sistema della parte speciale significa stabilire dei criteri ordinanti riguardo alla gerarchia dei beni giuridici e alle interrelazioni correnti fra di loro**. Significa, cioè, una parte speciale elaborata come sistema.

Sotto il primo aspetto, è evidente che i beni giuridici non possono avere un medesimo rango gerarchico, poiché ve ne sono di più importanti e di meno importanti. Ma una simile gerarchia è possibile stabilire solo se i beni medesimi siano fra loro comparabili: non ha senso chiedersi quale debba considerarsi gerarchicamente superiore, ad esempio, fra i beni dell'ambiente e della libertà sessuale. Occorrerebbe, pertanto, che nella legislazione (e nella elaborazione dello studioso, anche nella prospettiva di una riforma del Codice) vi siano beni giuridici oggetto di tutela penale disposti secondo gruppi omogenei, suscettibili di comparazione e, quindi, di collocazione all'interno di una ideale scala gerarchica e anche topograficamente e normativamente accorpati. La mera classificazione deve lasciare il posto ad una **tassonomia dei beni giuridici**, basata su metodi e criteri di valutazione sufficientemente precisi.

Sotto il secondo aspetto, dovrebbe essere pure evidente che le interrelazioni fra beni giuridici presuppongono una visione complessiva del giure punitivo, in cui la relazione fra gli oggetti di tutela è data dal fatto di appartenere al novero di beni/interessi che si reputano imprescindibili per il mantenimento delle **condizioni essenziali della pace sociale**, ossia dell'ordinato svolgimento della vita sociale. In mancanza di una simile visione di insieme della parte speciale, il diritto

penale, mediante la proliferazione incontrollata delle norme incriminatrici e a causa della continua torsione dei principi generali che vengono ‘adattati’ a pretese esigenze di funzionalità, perde in primo luogo proprio il suo carattere di frammentarietà, per entrare in una crisi profonda che lo fa divenire qualcosa di diverso da ciò che dovrebbe essere, fino ad implodere in una rovinosa inflazione giudiziaria con la conseguente paralisi della macchina della giustizia e altri guasti, forse perfino più gravi, come la totale perdita di fiducia dei consociati in una giustizia degna di questo nome.

12. Il bene giuridico e la parte speciale

La genesi della norma penale incriminatrice, in cui è iscritto il DNA del reato, presuppone necessariamente un **quadrante valoriale** dell’esperienza umana, ossia un insieme di valori che rappresenta l’orizzonte di riferimento della produzione legislativa e il criterio guida della politica criminale. Non si tratta di affermare una dimensione ontologica dei valori, ma di qualificazioni assiologiche che scaturiscono dal comportamento umano nei contesti specifici in cui si svolge l’esperienza di una comunità, che confermano o negano l’assenso a determinati beni intramondani o ultramondani che siano. Beni della più svariata natura: biologica, antropologica, religiosa, culturale, ambientale, economica, etc. Nessun “bene” è scevro da questa connotazione assiologica all’interno di un discorso che abbia a che fare con la normatività. Anche la vita umana non è un *bene per sé* – ripeto: nel quadro di un discorso normativo, non in quello ontologico o metafisico –: in molti contesti e comunità umane la vita non ha nessun valore, non vale nulla, se non per il diretto in-

teressato, come dimostrano drammaticamente la storia di ogni tempo e la cronaca.

Un simile quadrante valoriale non ha a che fare, tuttavia, soltanto con il diritto. Anzi, sorge (anche) al di fuori del diritto e del diritto penale in special modo. Quando, allora, possiamo affermare che un bene-valore diviene suscettibile di considerazione nella sfera del diritto penale? Il patrimonio, la vita, la salute e molti altri ancora sono beni della vita, ma, come si è detto, senza una qualificazione assiologica (giudizio di valore) non possono entrare né nel mondo del diritto, né in quello della morale o di altri sistemi normativi.

Se è vero, come è stato condivisibilmente affermato, che “Il senso della domanda sul bene giuridico, ha a che fare innanzitutto con l’individuazione di problemi di tutela di beni o interessi, la cui consistenza o rilevanza sono indipendenti dal diritto penale. Partendo dai problemi di tutela (dagli interessi che interpellano il legislatore) ci attendiamo di poter meglio comprendere il senso degli interventi legislativi” (D. Pulitanò, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010), nondimeno non è possibile pensare ad un “bene” che preesista al diritto come ad un qualcosa che dalla natura transiti verso le norme. Ed è la nozione stessa di “bene” ad essere problematica ed ambigua nella sintassi giuridica.

Ciò che le norme recepiscono – e le norme giuridiche penali in particolare – sono qualificazioni assiologiche, valori, altrimenti detti (purché con questo termine non se ne ipostatizzi il significato), come la storia e l’esperienza dimostrano: nessun bene a noi oggi noto e meritevole di tutela per pacifico consenso, presenta le stesse connotazioni nel corso del tempo, tali che si possa dire che lo stesso consenso avrebbe ottenuto in altre epoche o lo otterrebbe in altri contesti.

E questo non in virtù di un preteso relativismo, ma perché i valori rappresentano il precipitato del farsi dell’uomo, del suo essere nell’esperienza di sé e del mondo alla luce della ragio-