

LA RISERVA DI CODICE (ART. 3-BIS CP) TRA DEMOCRAZIA NORMANTE E PRINCIPI COSTITUZIONALI. APERTURA DI UN DIBATTITO

di Massimo Donini

(Professore ordinario di Diritto penale, Università degli studi di Modena e Reggio Emilia)

SOMMARIO: 1. L'art. 3-bis Cp introdotto dal d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21. I temi politici di fondo. – 2. Il concetto di riserva di codice. Perché non codifica l'idea del diritto penale minimo, ma l'esistenza di un doppio binario legislativo “di sistema” per l'allocazione delle norme penali. – 3. Il doppio binario legislativo come inizio di un nuovo ordine “tra codice” e leggi complementari, non solo “all'interno di queste”. – 4. La portata del nuovo art. 3-bis Cp come regola che legifica principi costituzionali (di determinatezza e *ultima ratio*), e le sanzioni per la sua inosservanza. – 5. Segue. Una ri-codificazione “costituente” quale contenuto implicito, strumentale, della legge-delega e dell'art. 3-bis Cp e risposta autentica contro la decodificazione. – 6. La deludente ri-codificazione attuata per trasferimento geografico, in forza di una quindicina di norme penali, tra le migliaia esistenti, rientrate nel codice. – 7. L'alternativa (in realtà il complemento) dei *quorum* legislativi speciali di approvazione delle leggi penali vuoi come mera riserva di legge rafforzata, vuoi come “leggi costituzionali” (T. Vormbaum). – 8. Realismo politico e futurismo tecnico della rassegnazione a un preteso movimento storico di decodificazione permanente, topografica e digitale (M. Papa). – 9. I ‘luoghi’ dell'ordinamento e il nodo gordiano di un “ordine pensante collettivo”, immanente al sistema, e non delegabile a un attore non legislativo. – 10. La decodificazione del passato e le nuove decodificazioni: fenomeni contro i quali la riserva di codice non è destinata a porre un valido contrasto. – 11. Perché il penale, anche se non è un sistema *top-down* di soli principi, ma *bottom up* di democrazia normante, ha bisogno della codificazione. L'esempio di Savigny. – 12. I beni di rilevanza costituzionale dopo la riforma Orlando.

1. Il d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 introduce la regola della riserva di codice nell'art. 3-bis del codice penale:

«Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono».

L'innesto legislativo attua l'art. 1, comma 85, lett. q), legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), così concepito:

«q) attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di

tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

Il testo della norma codicistica riproduce alla lettera l'art. 129, co. 4, del Progetto costituzionale del 1997 della Commissione Bicamerale¹, recepito in modo quasi identico dal Progetto Grosso del 2001². Anche il Progetto Pisapia prevedeva una disposizione analoga³, con una precisazione rilevante ora non recepita, a cui faremo cenno.

Tutto il dibattito attorno tra il progetto della Bicamerale e il progetto Grosso aveva riguardato la “debolezza” di una previsione solo codicistica e la “eccessiva forza” di una previsione costituzionale della riserva di codice.

Ingessare la storia che ha prodotto i sottosistemi come una tendenza insuperabile con un tratto di penna (tanto più se del solo legislatore ordinario), o contrastare la

¹ Sugli aspetti penalistici del Progetto della Bicamerale F. Palazzo, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale, B) diritto penale sostanziale*, in *DPP* 1998, 37 ss.; M. Donini, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale» dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *CrD*, 1998, 95 ss., poi in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulla riforma delle leggi penali in Italia*, Padova, 2003, 126-132, e qui un'ampia analisi dell'articolato.

V. pure i commenti di N. Mazzacuva, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *CrD*, 1998, 155 ss.; A. Castaldo, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1104 ss., nonché gli interventi di G. Fiandaca, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *CrD* 1998, 143-145; e quelli di Pagliaro, Mazzacuva, Cadoppi, Colombo, Spangher in *IP* 1998, 305 ss., 318 ss.

² Sull'art. 3, co. 2, del Progetto Grosso (“Nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono” in *RIDPP*, 2001, 661), cfr. la *Relazione 2001* al testo finale dell'articolato (sempre in *RIDPP* 2001, 582) e, più ampiamente, la *Relazione 1999* in C.F. Grosso, a cura di, *Per un nuovo codice penale. II, Relazione della Commissione Grosso*, Padova, 2000, 86 ss. V. quindi Aa.Vv., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003; Aa.Vv., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. de Maglie e S. Seminara, Milano, 2002.

³ Il Progetto Pisapia, nella Proposta di articolato del 27 luglio 2006 (reperibile sul sito del Ministero della Giustizia), disponeva all'Art. 2 (Riserva di codice) dei Principi di delega: “Prevedere che le nuove disposizioni penali siano inserite nel Codice Penale ovvero in leggi che disciplinano organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti”. La norma è poi confluita nell'art. 5 del successivo “Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un novo codice penale” del luglio 2007. V. in generale sul progetto Aa.Vv., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli, 2009.

decodificazione e le derive della legislazione speciale, attraverso un atto di fortissimo impegno costituzionale? Tutti i progetti di codice penale hanno indicato nella decodificazione il primo avversario della progettata restaurazione di una centralità del codice, proponendo la ricerca di un ordine concettuale e legislativo, un rinascimento della legalità e del sistema, la riduzione del caos delle leggi disperse, la riconquista di numeri conteggiabili, il ritorno a una sistematica, al primato del Parlamento e della “parte generale” sui tecnici delle leggi e sugli interpreti “stravaganti” dei sottosistemi.

Eppure, a livello internazionale non conosciamo atti di forza costituente così impegnativi per i Parlamenti, al punto da sancire l’illegittimità di norme extracodicistiche, se non in casi eccezionali.

A questo dato non trascurabile si aggiungono le riserve scettiche di chi osserva da decenni la crisi delle codificazioni e la “fisiologica” crescita di leggi complementari e di sottosistemi⁴, la insuperabile acquisizione di un dato di scienza della legislazione costituito dalla coesistenza di codice e leggi speciali⁵, l’esperienza comparata dove la schiacciante presenza di leggi complementari non è contraddetta dalle isolate esperienze di sistemi penali quasi monocodistici, perché in quegli ordinamenti l’entità delle incriminazioni (l’area penale) non è minore, ma solo nascosta in leggi generali o in bianco⁶.

⁴ Il superamento di un ideale codicistico (a favore di uno sviluppo per sottosistemi) può essere descritto rimandando il lettore a vari interventi di G. Fiandaca sul tema. Ricordo per tutti G. Fiandaca, *Concezioni e modelli*, cit. (da *QuestG*), 39 ss., 50 ss. (anche in *La riforma del diritto penale*, a cura di Pepino, Milano, 1993, 37 ss., 47 ss.); G. Fiandaca/E. Musco, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *RIDPP*, 1994, spec. 28 ss., 38 ss., 59 ss.; Id., *Relazione introduttiva* (1993) a *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto* (Atti del Convegno di Firenze, 19-20 novembre 1993), Padova, 1995, 19 ss., 23, 37-39; Id., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *DPP*, 2001, 137 ss., 141; Id., *Relazione introduttiva*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001, a cura di M. Donini, Milano, 2003, 1 ss., spec. 18 ss. V. anche, avvolti nello stesso “mood” di disincanto, numerosi interventi nel volume più recentemente dedicato agli Ottant’anni del codice Rocco che raccoglie gli Atti del Convegno dell’Associazione F. Bricola sul tema: Aa.Vv., *Gli Ottant’anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012. Tra questi segnalo F. Palazzo, *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, ivi, 39 ss.; A. Cadoppi, *Il crepuscolo del codice. Gli ottant’anni del codice Rocco alla luce dell’esperienza comparatistica*, ivi, 83 ss; G. Fiandaca, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, ivi, 207 ss.

⁵ C.E. Paliero, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *RIDPP*, 1994, 1223.

⁶ M. Donini, *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo valore costituente per la riforma del codice*, in Id., a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 3 ss., 46-59; Id., *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *DPP* 2000, pp. 1652-1657; Id., *Oltre il tecnicismo e l’ideologia: per una costruzione più scientifica delle leggi penali*, Presentazione a *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., VII-XXX, e gli scritti contenuti nei due volumi

Queste iniezioni di realismo hanno chiaramente neutralizzato da tempo l'idea che l'introduzione di una riserva di codice possa eliminare il dualismo tra codice e leggi complementari, per consentire il progetto di un "diritto penale minimo" solo codicistico⁷: perché semmai fosse possibile realizzare un diritto minimo, esso sarebbe *tecnicamente* ripartito su quei due binari.

Eppure, questa riforma crea vincoli sintattici, costruisce logiche sistematiche, ed esprime un primato. La realizzazione della regola della riserva da parte della stessa riforma Orlando, che andiamo ad illustrare, potrà avvenire solo attraverso un processo lungo di riequilibrio della "materia penale" tra questi binari, perché la loro coesistenza è vista come fisiologica, ma a condizione che si mantenga un primato direttivo del codice – e non solo della Costituzione – sul sistema penale.

Questo è il vero tema politico, ma anche giuridico, di fondo che impegna da ora anche scientificamente legislatore, accademia e interpreti. Il fatto che si sia introdotto un vincolo normativo a livello di legge ordinaria rende possibili *diverse politiche*, ma *non qualsiasi politica* legislativa, come è stato finora. Infatti una *interpretatio abrogans* della nuova regola, suggerita da chi volesse enfatizzarne la derogabilità, renderebbe trasparente una incoerenza di sistema che potrebbe essere mantenuta solo in presenza di un programma di ordine penalistico *alternativo* a quello codicistico (di una "cabina di regia" delle regole penali) che fino a oggi non è ancora stato inventato.

Quali vincoli politici, giuridici o costituzionali si oppongono ad una prassi o ad una teoria abrogatrice di fatto della nuova regola sarà oggetto di riflessione, ma certo *not anything goes* perché la riserva di codice segna uno spartiacque rispetto al passato.

2. Il concetto di riserva di codice non è stato definito nella previsione del citato art. 1, comma 85, lett. q) della legge delega. Solo lo schema del decreto presidenziale attuativo della delega lo formula. In effetti, il suo vero significato doveva essere completato con l'idea e la regola secondo la quale il diritto penale nel suo complesso deve trovare una collocazione in primo luogo e soprattutto codicistica, perché come stabilisce il nuovo art. 3-bis Cp appena introdotto: «Nuove norme penali sono *ammesse solo se* modificano il codice penale *ovvero se* contenute in leggi disciplinanti *organicamente l'intera materia* cui si riferiscono». Si tratta di una regola-principio la

collettanei ora cit.; Id., *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *QuestG* 2004, 487-533.

⁷ A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo*, a cura di A. Baratta (numero monografico di *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985), Napoli, 1986, 443 ss.; L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, *ibidem*, 493 ss.; Id., *Per un programma di diritto penale minimo*, in *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, cit., 57 ss.; Id., *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *FI* 2000, V, 125 ss. (con esaurienti richiami ai numerosi interventi di Ferrajoli sul tema).

quale impone o una destinazione codicistica, che di per sé pare sia presunta costituire o inserirsi in un “sistema organico” di incriminazioni; oppure riforme organiche e sistematiche “per materia”, e quindi consente proprio solo ed esclusivamente sottosistemi integrati: quelle discipline settoriali, spesso corredate di normative a un tempo processuali, penitenziarie, penali, amministrative o privatistiche *ad hoc*, il cui *corpus* normativo esige che la materia penale sia concentrata, per esigenze soprattutto tecniche di interferenza con la disciplina extrapenale o extragiuridica, nel contesto per così dire naturale di origine e di durevole applicazione delle sanzioni, i cui precetti troppo risentano della specializzazione e complessità delle fonti non penalistiche, o facilmente cangianti, comunque presupposte o richiamate, ma non “in bianco”, a costante integrazione delle fattispecie incriminatrici.

Nuove norme penali isolate *extra codicem* sono quindi da oggi vietate, ma solo per legge ordinaria.

Come anticipato (§ 1) già il fatto di regolare per legge ordinaria, anziché costituzionale, questa disciplina “di sistema”, significa accettare la necessaria flessibilità di un doppio binario: occorre sperimentare le modalità di attuazione di questa impegnativa riallocazione di tutti i reati.

Lo attesta senza alcun dubbio la stessa prima attuazione della “riallocazione” del penale extracodicistico attuata dal governo delegato, che come vedremo ha riportato nel codice solo una quindicina di incriminazioni o discipline esistenti nelle leggi complementari.

Il concetto di *riserva di codice*, così precisato, non attua né indica dunque come obiettivo di fondo il programma politico di quel *diritto penale minimo* nella lezione di Luigi Ferrajoli⁸, per il quale vale il principio: “*tutto il penale nel codice, nulla di esso*”

⁸ Cfr. nel quadro del programma per un diritto penale minimo, L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014, 215 ss., 224: intendendosi per riserva di codice il principio per cui “nessuna norma può essere introdotta in materia di reati, pene e processi penali, se non attraverso una modifica o un’integrazione, da approvarsi con procedura aggravata, del testo del codice penale o di quello processuale”. E quindi (ivi, 227): “*tutto il penale nel codice, nulla di esso fuori del codice*”. Sempre Ferrajoli riassume così in una intervista del 2014 la sua posizione sulla riserva di codice: Id., *Per una ricodificazione del diritto penale: la proposta della riserva di codice*, Intervista su “Un diritto penale minimo” in *Una Città*, marzo 2014, n. 211: «lo propongo da anni l’introduzione nella Costituzione della “riserva di codice” in materia penale, cioè un rafforzamento dell’attuale riserva di legge: tutte le norme in materia di reati, di pene e processi penali dovrebbero essere incluse nel codice, attraverso modifiche o integrazioni del codice medesimo. Solo così si può porre termine all’inflazione delle norme penali che si contano ormai in molte migliaia, sparse nelle leggi più disparate, con la conseguenza della loro incertezza, inconoscibilità e talora contraddittorietà; al punto che una sentenza della Corte costituzionale del 1988 ha dovuto archiviare il classico principio che “l’ignoranza della legge non scusa”, affermando - vera dichiarazione di bancarotta della giustizia penale - che l’ignoranza della legge è una scusante allorché è inevitabile. È chiaro che la riserva di codice porrebbe fine a questa deriva, costringendo il legislatore a farsi carico, ogni volta che intende emanare una norma penale, della coerenza e della sistematicità del sistema. Ma rafforzamenti analoghi della legalità potrebbero essere introdotti anche in altre materie, istituendo la figura delle “leggi organiche”

fuori del codice”; o nella realizzazione più cangiante e storica dell’esperienza *pancodicistica* spagnola⁹: ideali o modelli che vorrebbero veramente riportare pressoché tutte le incriminazioni nel codice, ma non come mero spostamento geografico, quanto, secondo il modello teorico del diritto penale minimo, come recupero drastico attraverso una forte depenalizzazione di un assetto nucleare elementare di incriminazioni: poche, chiare, tassative, conoscibili; e secondo il modello legislativo spagnolo, in vista di una esclusione di leggi speciali e derogatorie, sostituite da tecniche legislative codicistiche assai più generali e astratte, che contengano il rinvio a fonti specializzanti esterne al codice.

Il nuovo art. 3-bis Cp, invece, eleva a sistema la legittimità del *doppio binario legislativo* penale composto dal codice e dalle leggi complementari, e tende ad escludere la “specialità” deteriore di queste leggi, che ha qualificato spesso la loro eccezionalità rispetto alle regole comuni, quando non anche la loro devianza dai principi del sistema. Infatti, *la vera politica criminale mediante il diritto penale*¹⁰ la si è spesso realizzata *al di fuori del codice*, e attraverso discipline anche processuali, penitenziarie, amministrative-di settore, emergenziali, di bilancio, sanzionatorie di precetti di fonte europea, etc.

Orbene, la riserva di codice approvata, lungi dal delegittimare le leggi speciali, ne impone solo l’organicità ed esaustività, vincolandole alla riconoscibilità del sistema, che è *precondizione* della conoscibilità delle singole norme¹¹, delle stesse sanzioni, della ragionevolezza e della legittimazione dell’intervento punitivo: premessa, anche, per la riaffermata tendenza rieducativa della pena al cui obiettivo la riforma riconduce la stessa riserva di codice inserendola maldestramente, ma con esito almeno utile in termini pragmatici, dentro alle regole attinenti alla riforma penitenziaria.

disciplinanti interi settori il lavoro, l’ambiente, la sanità, l’istruzione e simili nelle quali dovrebbero sempre essere incluse le modifiche o le integrazioni volta a volta introdotte» Anche secondo questa più aggiornata lettura le leggi organiche non parrebbero poter contenere leggi penali. V. già a suo tempo le repliche a Ferrajoli, a confronto con le tesi già presenti in *Diritto penale e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), di G. Fiandaca, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di “concordia discors” con Luigi Ferrajoli*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, 1993, 263 ss., 267; T. Padovani, *Un percorso penalistico*, *ibidem*, 307 ss., 318 s.

⁹ Al riguardo basti qui il rinvio agli interventi di F. Muñoz Conde, *Luci e ombre del modello spagnolo*, 101 ss. e J. Terradillos Basoco, *Per un modello pancodicistico: l’esperienza spagnola*, 113 ss., in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit.

¹⁰ La politica criminale non penale, invece, dovrebbe di per sé attuarsi, ovviamente, al di fuori del codice penale, in ossequio al principio di sussidiarietà o *ultima ratio*.

¹¹ È un’esigenza “costituzionale” scolpita in modo fondante dalla sentenza 364/1988 della Corte cost. sull’art. 5 Cp.

3. Ciò premesso, cominciano soltanto a profilarsi i primi problemi nella lettura della nuova regola. E il più rilevante di tutti riguarda il coordinamento tra codice e leggi complementari, cioè il destino dello stesso codice una volta che fosse “ingolfato” dal rientro di migliaia di incriminazioni extravaganti, perché nessuno può illudersi su un dato di cui siamo tutti oggi coscienti: *neppure la presenza topografica di tutte norme nel codice restituisce di per sé al sistema una identità.*

Infatti la riserva di codice non è solo il prodotto di un movimento culturale e politico di contrasto alla classica decodificazione delle leggi speciali e alle nuove decodificazioni ermeneutico-giurisprudenziali e delle fonti multilivello: è anche figlia del progredire di veri e propri “sotto-sistemi” penali o sistemi penali differenziati autonomi, esterni al corpo centrale del codice, anche se non sempre organicamente concentrati in un testo unitario¹².

Oggi è in atto *una decodificazione a doppio effetto*, che non è solo nelle (in parte ineliminabili) leggi speciali rispetto al codice, ma anche *interna a ciò che ritorna o resta nel codice*, dove solo le ermeneutiche giurisprudenziali (ri)scrivono *ex post* un sistema acefalo (*infra*, § 10).

Del resto, una disciplina originariamente compatta può disgregarsi in un lasso di tempo non troppo ampio, come noto, ad es. per effetto dell’ingresso di nuove normative eurounitarie di tipo non penale, o di interventi operati da fonti multilivello. Sarebbe teoricamente possibile anche la costruzione di una sorta di *libro-ripostiglio nel codice penale* dove allocare tante norme penali oggi sparse e raccoglieticce, frutto di estemporanee politiche contingenti,

Un’opzione che potrebbe sembrare osservante della *forma* del nuovo art. 3-bis Cp: ma non la si potrebbe definire davvero conforme alla *logica sostanziale* della riserva di codice.

Ecco che si chiarisce meglio il problema di tutto il “non detto” da parte di questa norma che meglio sarebbe stata realizzata con l’aggiunta specificata nella versione a suo tempo redatta dal Progetto Pisapia, e che tuttavia non è stata esplicitamente recepita come sarebbe stato opportuno: [leggi che disciplinano organicamente l’intera materia cui si riferiscono] «*coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti*».

Ovvio, si dirà. Ma per il giurista neppure ciò che è esplicito diventa veramente ovvio.

¹² In generale, sul concetto di sottosistema, cfr. G. Losappio, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizioni e ridefinizione*, in *IP*, 2005, 7 ss. Per l’illustrazione deontologica di un modello “piramidale” (Costituzione-codice-testi unici penali e amministrativi in sequenza), e non “policentrico”, di sottosistema, L. Foffani, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*, in *Aa.Vv., Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., 300 ss.

Come l'ordine di sistema non è di per sé presente in un codice-ripostiglio, così non si recupera in una normativa organica al proprio interno, ma scoordinata rispetto al codice.

Anche il concetto di “materia” quanto deve essere generale e in quale misura può venire parcellizzato in tanti sotto-argomenti in sé “organicamente disciplinati”? I reati tributari possono riguardare testi unici distinti sulle dogane, sull'Iva, sulle Imposte dirette? Si possono dividere le fonti normative, riportando nel codice alcune discipline nucleari “da codice”, e lasciando fuori di esso parti in realtà ormai disorganiche senza quel nucleo, ma costruite secondo tecniche legislative “da leggi speciali”? Per es. alcuni reati alimentari e societari nel codice, ma vari altri fuori, con un risultato complessivo di parzialità e provvisorietà *sopravvenuta* del corpo normativo speciale?

E poi, in definitiva, anche a voler censurare alcune deviazioni palesi, quale sarebbe la sanzione per un legislatore che contravvenisse non solo allo “spirito” della legge, ma anche alla sua “lettera”?

4. I redattori della riforma hanno scritto, nell'analisi tecnico-normativa del Progetto, che esso «costituisce un argine alquanto labile all'espansione poco meditata del diritto penale», data la fonte non costituzionale della riserva, rappresentando essa una “norma di indirizzo” per il futuro legislatore. Questa debolezza, del resto, era proprio oggetto della critica mossa da molti, a suo tempo, alle analoghe previsioni dei Progetti Grosso e Pisapia, per il rango non costituzionale della norma.

Devo dire peraltro che mi parrebbe un *suicidio di sistema* una pratica legislativa che, a fronte della regola della riserva di codice, si limitasse a considerarla derogabile, continuando le prassi delle leggi penali di occasione.

Infatti, questa regola *legifica due principi costituzionali* – determinatezza ed *extrema ratio* – e come la disciplina sul rapporto di causalità (art. 40 Cp) legifica – nel senso che dà contenuto legislativo a – il principio di responsabilità per fatto proprio nel suo più basilico e insuperabile significato¹³, così la regola sulla riserva di codice legifica il contenuto implicito di norme costituzionali *altrimenti non operative nel sistema ordinario*.

L'art. 1, co. 85, lett. q) della legge delega prevede che la riserva di codice sia introdotta «al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena». Ma la finalità rieducativa non è il *fondamento* della riserva di codice. La *riserva di codice* infatti non “esprime”, ma

¹³ *Amplius* sul rango costituzionale del principio di responsabilità per fatto proprio oggi, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in corso di pubblicazione in *RIDPP* 2018.

“legifica” – conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il necessario *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato campo applicativo – i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla “*costruzione del sistema*” penale: il primo (*determinatezza*), perché un sistema decodificato e acefalo (“decostruito”) produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e in conoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente *determinatezza*; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione moltiplica le fattispecie, causando quell’inflazione di sistema che è l’opposto del diritto penale come *extrema ratio*.

Questo il fondamento, mentre il “fine” contingente del legislatore delegante è scopo ulteriore e diverso.

Si tratta altresì di *norma che non interessa la mera topografia legislativa*: essa regola *tutte* le norme incriminatrici, non singoli istituti o elementi di fattispecie, perché le norme possono entrare o nel codice o in leggi complementari “organiche”, ma non è che se stanno nel codice non debbano obbedire a un ordine organizzativo: il fine dei due binari – codice e leggi complementari – è comunque quello di assicurare *insieme* un ordine, una coerenza, un raccordo assiologico, semantico e politico-criminale.

La domanda sulle sanzioni possibili in caso di violazione di questa regola-principio (regola che legifica principi) mette in gioco la possibilità di un controllo ai sensi degli art. 25 cpv. Cost. (principio giuridico-costituzionale cui è ancorata la *determinatezza*) e 3 Cost. (principio giuridico-costituzionale che consente alcune forme di controllo dell’*ultima ratio*).

Si tratta di controlli sostanziali di problematica gestione, perché *l’extrema ratio* appare un principio più politico-criminale che dimostrativo, mentre la *determinatezza*, già di difficile giustiziabilità quando si riferisce in modo diretto e concreto al testo di legge e dunque al suo *drafting*, appare assai meno stringente quando si tratti di individuare un limite di intollerabilità di scelte di allocazione extracodicistica di norme che *di per sé* potrebbero essere del tutto tassative.

Nondimeno, la violazione della riserva di legge, proprio in quanto legifica principi, potrebbe essere consumata da una prassi legislativa, o da una ripetuta o ennesima violazione della regola, producendo risultati di sistema configgenti con l’assetto dei principi costituzionali richiamati. Rimarrebbe altrimenti la rilevanza meramente politica della violazione, che può suggerire l’affidarsi alle più mutevoli sensibilità legislative. La riserva di codice, così inattuata, si ridurrebbe in definitiva a una norma di indirizzo. Tutto resterebbe come prima, con la sola “sanzione” codicistica, lo stesso art. 3-bis Cp, “icona” di un inadempimento permanente.

5. Altre soluzioni, a questo punto, incalzano. Come può il malato grave, il codice penale, curare se stesso, se si dà spazio alla malattia che l'ha debilitato, cioè a leggi complementari disorganiche? Può una ricodificazione evitare perenni e costanti fughe della politica criminale da risposte organizzate in un contesto sistematico ordinato? La scommessa della riserva di codice è esattamente questa.

La vera risposta sarebbe una ricodificazione, salvo che poco dopo il vecchio male non risorga. Ma la ricodificazione è esattamente ciò che l'art. 3-bis Cp esige: perché la riserva di codice, senza una ricodificazione, non è nemmeno pensabile attuarla. Infatti, il primo precetto della riforma Orlando, al riguardo, è quello dell'art. 1, comma 85, lett. q), legge 23 giugno 2017, n. 103: «*attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile* perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, *attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminoso previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale*».

Anche questa "norma di indirizzo", che ricollega la ricodificazione alla stessa funzione rieducativa, impone tale ricodificazione come **condizione** per realizzare un "presupposto indispensabile" della finalità rieducativa. Giudizio legislativo ben discutibile, ma non discutibile nel contenuto precettivo della legge delega.

Sennonché, la legge delega è già stata attuata! Ma senza la ricodificazione richiesta, ovvero con una ricodificazione minimale, e non certo «*di tutte le fattispecie criminoso previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale*». Dobbiamo ora cercare di comprendere questo paradosso.

6. Che cosa è successo, è presto detto.

L'attuazione della riserva di codice ha iniziato a essere preparata già prima dell'approvazione della legge Orlando dalla Commissione di studio istituita con decreto del 3 maggio 2016 il Ministero della Giustizia per la elaborazione dello schema legislativo per un riordino della parte speciale del codice penale in attuazione della previsione di legge delega sul principio di una *tendenziale riserva di codice in materia penale* contenuto all'epoca nel *disegno di legge delega* approvato dalla Camera dei Deputati il 23 settembre 2015 ed all'esame del Senato della Repubblica (A.S. n. 2067) al tempo della nomina della predetta Commissione.

Tale Commissione, presieduta dal dott. Gennaro Marasca, e che concluse i propri lavori già nel marzo 2017, prima dell'approvazione della c.d. riforma Orlando, cioè della l. 103/2017, aveva un incarico ben circoscritto.

Il decreto istitutivo della Commissione¹⁴, infatti, prescriveva di redigere una trasposizione meccanica di singole regole delle leggi speciali dentro al codice penale, *senza riscriverle*: «il progetto di tendenziale riserva di codice consiste in un riordino della materia penale, ferme restando le scelte incriminatrici già operate dal Legislatore».

Evidenti i *limiti del mandato*: disporre l'inserimento nel codice penale delle fattispecie che tutelino direttamente beni ed interessi di rilevanza costituzionale, lasciando nella legislazione speciale quelle incriminazioni che presentino o una compattezza e organicità di settore non trasferibile automaticamente nella struttura del codice, o una problematica rilevanza costituzionale molto "indiretta", o una tecnica redazionale, una specializzazione di materia o una precettistica che si pongono in stretta connessione con la disciplina amministrativa o extrapenale di riferimento, non poteva aver senso senza riscrivere buona parte delle disposizioni da trasferire, per non parlare delle esigenze di armonizzazione ma anche di profonda revisione sanzionatoria che sono alla base dell'attuale caos assiologico della stessa materia codicistica e non solo di quella penale speciale.

La Commissione ha ritenuto di poter svolgere un compito in ogni caso utile di rassegna, inventario e individuazione dei settori e delle materie che avrebbero potuto fin da subito rientrare e di quelle che invece non sarebbero comunque risultate suscettibili di un inserimento codicistico, quanto meno in assenza di una nuova redazione del loro tessuto normativo. *Il testo della bozza di legge delega* – si noti bene – corrispondente a quello poi divenuto la vigente legge 23 giugno 2017, n. 103, *non imponeva una trasposizione meccanica delle leggi speciali nel codice senza riscriverle*. Era però il *decreto ministeriale* istitutivo della Commissione a stabilirlo.

¹⁴ Con il decreto ministeriale del 3 maggio 2016 venivano nominati componenti della Commissione il dottor Gennaro Marasca, presidente, il dottor Alessandro Maria Andronio, il dottor Gaetano De Amicis, la professoressa Ombretta Di Giovine, il professor Alberto Di Martino, il professor Luigi Ferrajoli, il professor Vittorio Manes, la professoressa Annamaria Maugeri, il professor Marco Pelissero, il dottor Luca Pistorelli, il professor Carlo Ruga Riva, il professor Luigi Stortoni, il professor Antonio Vallini. La Commissione, con successivo decreto, veniva integrata con il dottor Alfredo Guardiano e la dottoressa Maria Vessichelli. Il Comitato scientifico era composto dal dottor Paolo Scotto Di Luzio, dalla dottoressa Lucia Guaraldi e dal dottor Giulio Gorla.

I componenti professori Marco Pelissero e Luigi Ferrajoli rinunciavano all'incarico e non partecipavano ai lavori della Commissione.

Ma si trattava di mandato restrittivo comprensibile, perché riscrivere quelle disposizioni avrebbe richiesto un *mandato diverso* e cioè riformare l'universo di codice penale e leggi complementari insieme.

Quando si riscrivono codice e leggi complementari insieme e a 360°, è chiaro che siamo davanti a *un'impresa costituente* e che non si possa promuoverla come un compito di riordino meramente topografico, scrivendone il mandato in un comma 85^{mo} lett. q)¹⁵.

Questa impresa costituente, del resto, in attuazione di quel comma 85, lett. q) nascosto tra le più varie discipline della riforma Orlando, si è fermata a *una quindicina di disposizioni*, sostanzialmente quelle che la Commissione di studio, *ante litteram*, aveva potuto redigere secondo i limiti del mandato.

Lasciamo alle annotazioni un rapido elenco di questa operazione di *trasferimento quasi solo topografico*¹⁶.

¹⁵ I lavori della Commissione per tutto questo tempo non sono stati pubblicati sul sito del Ministero. Essi occupano circa duecento pagine di documentazione e hanno toccato moltissime materie poi di fatto escluse dalle proposte finali e dal testo del vigente decreto. La segretezza è stata raggiunta sul piano sostanziale, perché la quasi totalità degli studiosi della materia (esterni alla Commissione) non ne conoscevano fino a oggi i contenuti. L'iter successivo fino all'approvazione del decreto delegato è egualmente rimasto estraneo a procedure controllabili di democrazia penale. Ed è lì, solo col decreto delegato, che viene formulato il testo dell'art. 3-bis c.p. Sulla problematicità di questo metodo per le esigenze della "democrazia penale" si consenta di rinviare al più ampio commento, sul punto, redatto in M. Donini, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in DPP 2018, n. 4, 429 ss., spec. 432 ss.: la *democrazia penale possibile* è sempre quella di un *pluralismo oligarchico*, ma controllabile da terzi, non semplicemente *ex post* e al prezzo di qualche desecretazione.

¹⁶ "Quasi solo", perché in alcuni casi la riscrittura ha operato scelte nuove implicite o esplicite. Nuovo art. 289-ter c.p. (Sequestro di persona a scopo di coazione). Modifica dell'art. 388, co. 2, c.p., con previsione delle *elusioni dell'ordine di protezione giudiziale contro gli abusi familiari ex art. 342-ter c.c.* Inserimento dell'art. 570-bis c.p. relativo alle violazioni degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio. *Doping*. Incriminazione qui trasferita dalla l. 9 agosto 2000 n. 376: dopo l'art. 586 è inserito il seguente articolo: «Art. 586-bis (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti)». Nuovi commi 3 e 4 dell'art. 601 c.p., con previsione del *reato del comandante della nave e dell'equipaggio in caso di tratta e commercio di schiavi*. Nuovo secondo comma dell'articolo 601-bis c.p., con previsione del *reato di mediazione della donazione di organi da vivente per scopi di vantaggio economico*. In tema di *Aborto*: inserimento nel codice penale di alcune incriminazioni in materia di interruzione della gravidanza. Dopo il capo I del Titolo XII del libro II del codice penale è inserito il seguente capo: «Capo I bis (*Dei delitti contro la maternità*). Artt. Da 593-bis a 593-ter», che comprendono le forme di aborto colposo, non consensuale e preterintenzionale, diverse da quelle di inosservanza procedurale della legge che rimangono nella l. 194/1978. In materia di *discriminazione razziale, etnica o religiosa*. Nel capo III del Titolo XII del libro II del codice penale, dopo l'articolo 603-ter è inserita la seguente sezione: «Sezione I-bis (*Delitti contro l'eguaglianza*). Articolo 603-quater (*Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa*)», cioè le incriminazioni della legge Mancino sulla discriminazione razziale. Quindi le *attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti*, disciplina che introduce nel codice penale, all'art. 452-quaterdecies, il reato già previsto all'art. 260 d. lgs. n. 152/2006. *L'indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento*. Nuovo art. 493-ter c.p., che riproduce l'art. 55 comma 9 d. lgs. n. 231 del 2007. *Il trasferimento fraudolento di valori*, nuovo delitto

Poiché fuori dal codice si sono conteggiate numerose migliaia di incriminazioni¹⁷, l'impatto pratico di quest'operazione legislativa appare prossimo allo zero, mentre quello estetico non è certo esaltante: abbiamo nel codice un nuovo e lunghissimo art. 240-bis che ricompatta tutte le forme di confisca allargata, disciplina ben lontana dal volto costituzionale dell'illecito, ma anche dallo stile costruttivo del codice del '30; e parimenti un nuovo art. 586-bis in materia di *doping*, la cui lunghissima articolazione sintattica e provenienza extracodicistica lo rende inconfondibile con le disposizioni accanto alle quali si inserisce¹⁸.

Innesti *kitsch* che rischiano di travolgere l'impianto sintattico-costruttivo dell'edificio, accogliendo elementi di ben diversa provenienza e costruzione stilistica.

Del resto, presa alla lettera quella disposizione della delega, era una *mission impossible*: l'inserimento "**di tutte le fattispecie criminose**" speciali aventi a oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, ma con attuazione "*sia pur tendenziale*" della riserva introdotta, rivelava dall'origine limiti che lo stesso legislatore non sapeva

previsto dall'art. 512-bis c.p., che inserisce nel codice penale l'art. 12-*quinquies* del D.l. n. 306/1992 conv. da L. n. 356 del 1992 - Provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa. L'art. 61-bis c.p. nuova circostanza aggravante del reato transnazionale, recepita dalla L. n. 146 del 2006, art. 4. L'art. 69-bis c.p. Casi di esclusione del giudizio di comparazione tra circostanze, ora inseriti nel codice penale. L'art. 270-bis.1 c.p., che compendia le circostanze aggravanti e attenuanti in materia di reati con finalità di terrorismo, riportando nel codice penale la disciplina degli aggravamenti per i reati di terrorismo e quella delle diminuenti della dissociazione dal terrorismo di cui al D.L. n. 625 del 1979, conv. da L. n. 15 del 1980, art. 1, 4 e 5. L'art. 416-bis.1 c.p., che compendia le circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose, dove pure rientra nel codice penale la disciplina delle aggravanti e della dissociazione per i reati di mafia. E infine, ma *not least*, la confisca allargata, ora riscritta con dignità di disciplina di parte generale, inserita nel nuovo art. 240-bis c.p. Confisca in casi particolari, che compendia in unica disposizione codicistica le varie forme di confisca allargata sul modello dell'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. da l. 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁷ Sul computo delle norme nelle leggi speciali ricordo che in una ormai risalente (ma non superata) ricerca ministeriale del 1997-2001, abbiamo conteggiato, al 1999, 5431 norme-precetto contenute nella legislazione penale complementare (con l'esclusione dei codici penali militari). Di queste, 4557 erano contravvenzioni, cioè l'84% della legislazione c.d. speciale. Oltre il 90% di tali contravvenzioni erano punite con pena alternativa, e quindi obblazionabili. Non solo. I delitti erano 874 e più del 60% del totale dei delitti risultava sanzionato con pena detentiva inferiore ai 3 anni. Solo 300 fattispecie si collocavano in una fascia superiore ai 3 anni. Ciò significa che il 95% del diritto penale complementare era un diritto penale non del carcere. Sul punto cfr. M. Pavarini, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare. Prime elaborazioni e riflessioni*, in *Modelli ed esperienze*, cit., 39; M. Pavarini, D. Bertaccini, *L'altro diritto penale*, Torino 2004. Più di recente nel Rapporto del 17 settembre 2012 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Nils Muiznieks, vengono riportate fonti dalle quali emergerebbero oltre 35.000 fattispecie criminose previste nell'ordinamento italiano (p. 8 del, n. 22, documento pubblicato sul sito istituzionale www.coe.int). Il fatto che si tratti di fonti incontrollate e di cifre sicuramente esagerate, nulla toglie al dato preoccupante dell'assoluta ignoranza ufficiale del numero (anche approssimativo) delle incriminazioni.

¹⁸ Insuperabile ed esilarante descrizione di questo accostamento in M. Papa, *Dal codice penale "schemorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *DPenCont* 2018, n. 5, 145 s.

definire. E che, d'altro canto, dipendevano dal concetto non definito di organicità dei corpi normativi extravaganti.

7. La *riserva di codice*, come detto, mirando a eliminare o a controllare la decodificazione, non può che operare su codice e leggi speciali insieme e aggredisce *un problema davvero costituzionale*: i limiti che il Parlamento si autoimpone nel decodificare le leggi penali e la definizione dei criteri di organicità, coerenza e leggibilità di tutto il corpo normativo penalistico. È questa un'operazione profondamente frammista di politicità e di tecnicismo, equamente ripartita fra la democrazia della politica e l'aristocrazia degli esperti.

È già un risultato rilevante che il Parlamento accetti un limite come questo alla sua libertà legislativa. Ma lo ha fatto in modo molto *soft*, tutto sommato. La legge Orlando ha sicuramente intravisto un percorso di ricodificazione "costituente", senza tuttavia poterlo o volerlo percorrere, se non in forma del tutto iniziale.

Il problema della coesistenza dell'attuazione di una legge-delega esaurita e di un art. 3-bis Cp formalmente incapace di incidere sull'ordinamento pre- e co-esistente, rende oggi palese che *ci troviamo di fronte a un dato di illeggibilità del sistema vigente*: abbiamo una regola nata insieme a una legge di attuazione che l'ha di fatto depotenziata in misura drastica, tanto da fare pensare che il legislatore ritenga di avere già fatto tutto, quanto al passato-presente, perché i conti con la riserva di codice si considerino rispettati. Ma così non è.

Il futuro legislatore penale dovrebbe "costruire su queste basi"?

O non si ritrova piuttosto, nella parte generale, una regola-principio che lo vincola *tecnicamente*, e non solo politicamente, a rivedere tutti i rapporti, anche presenti, fra codice e leggi speciali? E ciò non solo per le leggi nuove, ma anche per "fare posto" all'inserimento delle leggi nuove in un contesto assiologicamente conforme al significato profondo della riserva di codice, che risulta palesemente inattuata dal legislatore che l'ha introdotta?

Ecco che a fronte di questa *impasse*, si profilano di sicuro interesse le proposte, di recente arricchite di nuove argomentazioni, a sostegno della previsione di riserve di legge rafforzate in materia penale¹⁹, o di *quorum* qualificati per le leggi penali da intendersi come leggi costituzionali²⁰.

La prima prospettiva è quella di rinforzare la riserva di legge in materia penale. Una legge approvata con maggioranze qualificate. Tesi che da tempo riaffiora in

¹⁹ G. Fornasari, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 maggio 2018.

²⁰ T. Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, in *Juristenzeitung*, 2018, 53 ss.

dottrina, in Italia (anche sull'esempio del modello spagnolo)²¹ come pure in Germania, dove si propongono da ultimo i *quorum* tipici, ma anche i modelli sostanziali, delle leggi costituzionali²².

In questa ulteriore e forte autolimitazione dei propri poteri, la maggioranza parlamentare governativa si troverebbe in un conflitto di interessi insuperabile: perché mai il legislatore, composto da una classe politica che, di destra, di centro o di sinistra non importa, usa da sempre il diritto penale quale strumento di propaganda politica e di consenso elettorale a costo zero, dovrebbe infliggersi una sorta di sacrificio di Origene, deliberando una legge costituzionale con cui si autoimporrebbe di introdurre le norme penali con procedimenti legislativi aggravati che gli precluderebbero l'uso strumentale, solo generalpreventivo, declamatorio, simbolico, propagandistico del diritto di punire al quale è da sempre aduso? Una prospettiva che costringerebbe il governo proponente a concordare con l'opposizione una scelta penale che a questo punto non sarebbe più "premiante" in termini elettorali o di consenso finalizzato?

Io non vedo attualmente una sola *chance* per ipotizzare la praticabilità di questa ragionevolissima e nobile proposta. Dovrebbe escogitarsi *un argomento di rango costituzionale*?

Un simile argomento, in effetti, è solo implicitamente impiegato da Thomas Vormbaum, che propone di costruire le leggi penali come vere "Verfassungsgesetze", da considerare un allegato alla Costituzione se prevedono pene detentive, con maggioranza di due terzi come per le leggi costituzionali in Germania²³. Idea

²¹ Per es. L. Foffani, *Codice penale e legislazione complementare*, cit., 304 s., nel senso di una riserva di legge rafforzata sull'esempio della "ley orgánica" spagnola, la cui Costituzione del 1978 (art. 81.2) richiede in materia di sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche (non per la sola materia penale, né per tutta la materia penale) modifiche con maggioranza assoluta del Congresso in una votazione finale sopra il progetto nel suo insieme; E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 185 (maggioranza dei due terzi, come per le leggi di amnistia); G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *IP*, 2007, 51 ss., 61 (maggioranza qualificata). V. pure le analoghe posizioni di C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi a attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 321 ss.; M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 146 ss. Queste posizioni e prospettive sono ora ampiamente commentate nel citato studio di G. Fornasari, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata*, cit. In ogni caso, anche nella proposta più radicale di L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, cit., 224, la riserva di codice sarebbe da accompagnarsi a una (congiunta) "procedura rafforzata" di approvazione delle leggi penali.

²² Il menzionato saggio di T. Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 53 ss., che cita conformi posizioni di U. Kindhäuser e R. Zaczyc, oltre che di K. Amelung, va ben oltre queste dottrine, per sviluppare un autentico "progetto di riforma penale-costituzionale" del sistema, in due grandi codici, un *Kriminalgesetzbuch* che accorperebbe gli attuali crimini e i delitti con pena detentiva, e un codice "delle contravvenzioni", o *Übertretungsgesetzbuch*, così facendo rivivere questa categoria (abolita in Germania nel 1975) per tutti i reati "minori", che non prevedono pene detentive, ma pecuniarie, da approvare con maggioranza parlamentare ordinaria (*ivi*, 59).

²³ T. Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 58.

fortissima, ma davvero problematica²⁴. L'elevazione di tutto il diritto penale detentivo a diritto costituzionale, non discenderebbe da una norma costituzionale (della Costituzione tedesca) che ne imponga l'introduzione, ma da una rilettura *politica* dell'impatto del penale sul bene fondamentale della libertà. Questa lettura trasmette del codice penale un'immagine biblica, come se si trattasse dei dieci comandamenti la cui violazione costa la vita eterna. Tuttavia il penale esistente riflette più il libro dei "Numeri", che non i precetti mosaici, e si dovrebbe tecnicamente arrivare, secondo la prospettiva suggerita, all'equiparazione in chiave "costituzionale" della tutela penale dei marchi o dei diritti d'autore, ma anche degli additivi alimentari, a principi fondamentali sulla dignità umana e l'eguaglianza.

Salvo una drastica depenalizzazione, sarebbero per noi migliaia le leggi penali costituzionali. Anzi: le leggi costituzionali penali, da "riapprovare" tutte a colpi di super-maggioranza di due terzi.

Si consideri che l'idea, sopra esposta, che la riserva di codice sia una regola che legifica principi costituzionali avvicina sì l'art. 3-bis Cp, *ma non tutte le incriminazioni*, alla categoria delle normazioni "costituenti" (ma non costituzionali), siano regole o principi non importa. È la riserva di codice ad avere valore costituente, non qualsiasi norma penale.

L'esigenza, invece, affermata dalla riforma Orlando e dalla legge-delega, che le norme penali *codicistiche* debbano tendenzialmente tutelare beni di rilevanza costituzionale attrae sempre questa materia in un "campo di rilevanza costituzionale", ma non rende costituzionali le leggi penali stesse solo per questo.

Tutto ruota attorno al bisogno di mettere il legislatore in condizione di *pensare* davvero alle *norme penali come norme che "attengono a" materie costituzionali*. Ma la disciplina dell'usucapione non la rende norma costituzionale solo perché la proprietà (sacrificata da quell'istituto) è bene di rango costituzionale. E il discorso non può essere diverso se si tratta del bene della libertà quale "prezzo" dell'illecito: la libertà è di rango fondamentale e richiede uno statuto costituzionale di garanzie per il diritto penale, ma non la allegazione di tutte le sue norme al testo della Carta fondamentale perché di pari livello legislativo.

Al di là del carattere estremo della proposta di Vormbaum, che lo stesso Autore qualifica consapevolmente come un po' "fuori dal mondo"²⁵, resta un *rimedio di maggior consenso e anche più insuperabile* contro le leggi poco meditate, d'occasione o emotive, che sarebbe semplicemente costituito da uno sbarramento formale che introducesse una *diversa riserva, neppure di codice*, ma in termini di *maggioranza qualificata* o di *procedimento aggravato* per approvare le leggi penali, o quelle più

²⁴ Per una critica puntuale G. Fornasari, *Argomenti*, cit., 9 ss.

²⁵ T. Vormbaum, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 63: «ein wenig „aus der Welt“».

incidenti sulla libertà personale²⁶, senza arrivare necessariamente a richiedere i *quorum* più proibitivi delle leggi di amnistia, né la loro costituzionalizzazione²⁷.

Questo secondo indirizzo, che ancora di recente, dopo l'entrata in vigore dell'art. 3-bis Cp, è stato riproposto con dovizia di argomenti²⁸, non tocca in realtà direttamente il tema della riserva di codice, non è ad esso alternativo, ma complementare, e potrebbe perfino sdrammatizzarlo, con una soluzione che indurrebbe *di fatto* a una diversa ponderazione delle leggi penali, per la necessità anche del compromesso parlamentare, e dunque senza poter vantare guadagni di consensi attraverso una propaganda solo governativa.

Lo scarso *appeal* politico-partitico e dunque lo scarso “realismo” politico in vista del suo accoglimento²⁹, non appare tuttavia un argomento decisivo: la legge penale “merita” una maggioranza qualificata, per la serietà complessiva del suo impatto sulla vita di tutti noi, per l'estensione comunque profonda del rischio penale oggi e l'importanza culturale dei suoi precetti, *tale da non poter essere lasciata a una maggioranza di governo qualsiasi. O senza il (normale) coinvolgimento dell'opposizione*³⁰. Il penale non è “cosa nostra” di una qualunque raccoglietta maggioranza di governo, perché la scelta di incriminare o anche di abolire i reati non è davvero meno importante di quella di «eliminarli» temporaneamente per ragioni di clemenza: opzione che beneficia oggi del *quorum* dei due terzi degli eletti in Parlamento³¹.

Argomenti politici, non costituzionali, ma che appaiono *più convincenti* di tante “operazioni deduttive” dai commi della Carta fondamentale. Sopra tutti questi argomenti, però, campeggia a mio avviso l'esigenza che non si concepisca la *riserva di legge* in senso semplicemente *formale*. La riserva di legge formale non garantisce nulla circa il contenuto di razionalità, di discussione e di controllo democratico (sia pur mediato da oligarchie e da tecnici) sulle decisioni: la semplice maggioranza ha prodotto ogni tipo di inflazione e decodificazione, il diritto penale di lotta e del nemico, con un uso costantemente strumentale della libertà e dell'uomo come mezzo

²⁶ V. gli Aa. cit. *retro*, nota 18.

²⁷ V. in particolare il citato scritto di Enzo Musco.

²⁸ In particolare, da G. Fornasari, *Argomenti*, cit., 12 ss., che propende per una maggioranza qualificata dei tre quinti dei parlamentari eletti, e della metà più uno in caso di reati puniti solo con pena pecuniaria.

²⁹ V. anche le osservazioni critiche a tale prospettiva (a commento della sua valorizzazione da parte di E. Musco al riguardo) in G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, tomo II, Milano, 2007, 1269 ss.

³⁰ V. ancora, in senso analogo G. Fornasari, *Argomenti*, cit., 9.

³¹ Tale essendo, l'eliminazione temporanea delle conseguenze penali di fattispecie, l'effetto delle leggi di amnistia e indulto, sottoposte al noto vincolo della maggioranza dei due terzi ex art. 79 Cost. V. in senso conforme M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 146 ss.

per qualche scopo. Il problema è quello della *riserva di legge in senso sostanziale*³², e dunque del controllo pubblico sul contenuto delle leggi più invasive dei diritti fondamentali, sulla loro originaria motivabilità. Orbene, un controllo di questo tipo è consentito al meglio, sul piano sostanziale, dal requisito di una maggioranza qualificata.

Rimane il fatto che i Governi (che hanno la maggioranza parlamentare) devono essere indotti *con ogni mezzo giuridico consentito* a una cultura della legislazione penale che esprima e rispetti la serietà, razionalità, ed organicità costituzionale, non meramente repressiva, del sistema che costruiscono. E queste proposte, per quanto lontane dallo spirito dei tempi, perseguono un obiettivo condivisibile.

Vediamo quale sarebbe, invece, l'alternativa del "futurismo" tecnico di chi muove da alcune linee tendenziali del presente normativo.

8. Il legislatore italiano, come noto, è l'unico in Europa che si è rivelato veramente *incapace* di riscrivere per intero ed *ex novo* il codice penale nel secondo dopoguerra, se si tiene presente la numerosità e l'impegno dei progetti di riforma tentati³³.

Dopo le profonde delusioni generazionali dei penalisti per tutti i progetti di codice falliti – una vicenda che a stento si riesce a spiegare a un collega straniero –, da vario tempo alcune voci hanno cavalcato le onde della decodificazione permanente, facendo proprio lo scetticismo che alberga in altri rami dell'ordinamento contro la stessa idea di codice, come prodotto ottocentesco superato e irrecuperabile³⁴: l'abbandono del modello codicistico viene così percepito come acquisizione storica, ed antistorico appare un movimento contrario, anche se di fonte legislativa.

L'espressione più "modernista" di questo indirizzo è dato rinvenirla in un recente scritto di Michele Papa³⁵. Premessa la facile messa alla berlina della legge-delega, là

³² *Amplius*, sulla riserva di legge in senso sostanziale, M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, § 4.3.

³³ Per una storia "spirituale" dell'incessante e defatigato processo riformatore del codice penale, v. G. Vassalli, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 5 ss.; ID., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *RIDPP*, 2002, 10 ss.; F. Palazzo, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano, 1997, 320 ss.; ID., *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, in *Aa.Vv., Gli Ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, 2012, 39 ss., 49 ss.; G. Insolera, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*⁴, Torino, 2006, 32 ss., 38 ss.

³⁴ V. gli Atti del convegno interdisciplinare e internazionale di fine millennio sulla crisi della formacodice, nel volume collettaneo *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, 2002. Ma cfr. pure il cap. IV di U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002.

³⁵ M. Papa, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist*, cit., 129 ss.

dove vorrebbe fondare la riserva di codice sulla funzione rieducativa della pena³⁶ – la riserva di codice si radica sulla determinatezza e conoscibilità, sull'*extrema ratio*, mentre la funzione rieducativa, pur espressamente evocata dal comma 85 q), è davvero un *posterius* di queste premesse penalistiche – si ricorda che «non più da tempo “città ideale” del diritto penale, il codice assume sempre più le sembianze di un “centro di accoglienza”: uno spazio destinato a raccogliere migranti di ogni etnia e provenienza geografica; fuor di metafora: un contenitore di reati del tipo più disparato: siano essi di nuova creazione o in arrivo dagli angoli più remoti della galassia extra codicem»³⁷. Da questa premessa “descrittiva”³⁸ si anticipa subito che il codice penale pare ormai un oggetto “scheumorfico”³⁹, un oggetto che ne indica un altro, vero, ma ormai superato dalla nuova rappresentazione e tecnologia: come l’immagine del cestino sul desktop o quello della figura della macchina Moka usata per rappresentare una macchina automatica per il caffè a cialde. Il codice penale cartaceo oggi sarebbe la vecchia moka o il vecchio cestino, ma nella realtà normativa reale il codice penale vigente sarebbe un oggetto tecnologicamente del tutto diverso, che reca solo l’immagine del vecchio codice.

Mutate le fonti, le tecniche di costruzione delle fattispecie, individuata da decenni una crisi della fattispecie incriminatrice classica sostituita da nuove e diversissime discipline extra codicem, la conclusione è presto tratta: in questo contesto «forzare la ricodificazione penale, obbligare il legislatore a trasferire di nuovo tutto dentro le mura del codice, vuol dire voler mettere indietro le lancette della storia, negando la novità e unicità del nostro tempo»⁴⁰. E ancora: «Che senso ha la riserva di codice quando il “codice” non è più il codice inteso come modello di legislazione razionale, sistematico, architettonicamente coerente?»⁴¹ «Insomma, la “forma-codice” è diventata come la forma del “finto legno” stampata sui rotoli di linoleum; come la “Moka”, dietro la cui sagoma si nasconde la nuova macchina elettrica a cialde; come il “cestino” che troviamo sul desktop del computer. Sono icone scheumorfiche: simboli e non più oggetti»⁴².

Ma se questo codice sta diventando un ripostiglio, un “centro di accoglienza”, e non è più l’oggetto classico che si conosceva sino a qualche lustro passato, è vero quanto conclude questa brillante analisi, che ormai non serve neppure più quel vecchio oggetto, la vecchia Moka, perché «le norme (anche quelle penali, ovviamente)

³⁶ *Op. ult. cit.*, 136-138. In realtà, come detto *ante*, la riserva di codice non si “fonda” sulla funzione rieducativa, ma la contempla come scopo ultimo.

³⁷ *Ibidem*, 139.

³⁸ Descrittiva o interpretativo-valutativa?

³⁹ Per l’esegesi e il commento v sempre Papa, *Op.cit.*, 129 ss.

⁴⁰ *Ibidem*, 141.

⁴¹ *Ivi*, 142.

⁴² *Ivi*, 142 s.

sono “dati”; dati che possono essere gestiti con programmi informatici o addirittura con “applicazioni” scaricabili sui nostri smartphone»⁴³? E che «avendo tutto il materiale legislativo a diretta disposizione, è possibile scomporre e riaggregare le norme del codice penale, ma anche delle leggi penali speciali, secondo la modalità che più ci aggrada», secondo un procedimento selettivo di “sorting”⁴⁴? Il sistema – se si vuole ancora chiamarlo così! – sarebbe appunto policentrico, a rete, un “villaggio globale” la costruzione del cui *network*, tutto da reinventare e sempre riservato al legislatore⁴⁵, ovviamente, si dovrebbe affidare a nuovi saperi informatici, che ci consentano di “estrarre le liste di norme”, le *playlist*, e da esse le norme, secondo criteri di aggregazione e lettura adattati alla complessità topografica, e anzi “a-topica” del sistema.

Il *network* a base legislativa sembra riguardare una serie di regole che disciplinano i rapporti tra norme, qualche connessione forte indicativa di scopi di tutela, ma non presenta “un’unica rigida fisionomia”⁴⁶. Soprattutto l’assoluta prevalenza del legislativo, che rimane nel regolare il *network*, non è il potere legislativo (ovvio) di costruzione delle incriminazioni, ma quello che riguarda solo alcune regole o metaregole per i rapporti tra norme: «Quando parliamo del *network*, alludiamo esclusivamente alle regole di sistema, alla disciplina delle relazioni tra norme»⁴⁷. Non è dunque la parte generale che conosciamo, perché il legislatore interviene in modo puntiforme.

Invece, la ben più ampia libertà interpretativa di creare liste di norme e aggregazioni tra di esse sarà poi inesorabilmente vagliata dal potere giudiziario: «starà al giudice, ovviamente, valutare la plausibilità di ogni *playlist*, o meglio: la plausibilità dell’argomentazione formulata postulando la significatività della *playlist* stessa»⁴⁸.

Questo discorso futurista, mentre taglia fuori radicalmente l’oggetto codicistico classico, che è il passato, e ammette che sarà “difficilissimo” procedere a ricomporre un ordine, dice al consociato, esposto alla “rete normativa”, che sarà il potere

⁴³ *Ivi*, 150.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ “la presenza di una regolazione del *network* non implica che il modello complessivo assuma un’unica rigida fisionomia, ben potendo i dati essere collegati in base a molteplici regole di connessione. La creazione e la regolazione di un vero e proprio *network* legislativo, in particolare di quello comprendente la legislazione penale, è impresa straordinariamente complessa, ma non impossibile”: *Op. cit.*, 153.

⁴⁶ *Ibidem*. «Possiamo ipotizzare regole fondate sulla gerarchia, sulla datazione, ma soprattutto sulla natura di alcune relazioni tra norme: regole, dunque, sul concorso e conflitto di norme; rinvii e clausole di riserva; regole concernenti l’interazione tra norme di parte generale e di parte speciale; regole che costituiscano “connessioni forti” tra norme, costituendo “sotto-reti” basate su specifici criteri di sorting, quali l’omogeneità del bene giuridico o un comune scopo di tutela (lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione, al terrorismo etc.)»

⁴⁷ *Ibidem*, nota 34.

⁴⁸ *Ivi*, 154.

giudiziario a ricostruire *ex post* regole e contenuti di questo universo pur sempre penalizzante, le *playlist*, anche se il legislatore continuerà a disciplinare un più elementare “network”, e dunque anche alcune (non è ben chiaro quante) norme di parte generale. Ci si chiede dunque che cosa del vecchio passato sopravviva se il legislatore, incapace ormai di costruire un codice (questa rimane la premessa di tutto il discorso) disciplinerà un “atopico” sistema di regole, che pare destinato a valorizzare sempre più solo il potere giudiziario.

Il Parlamento, in questa visione, che se fosse vera dovrebbe valere anche per tutti i numerosi Paesi che hanno davvero riformato e aggiornato i codici penali, può solo delegare tutto ad altri, perché non sa più costruire, scrivere, coordinare un sistema penale. Una *deregulation* generale verso un nuovo Medioevo, o verso il particolarismo del diritto comune. Vediamo ora di uscire da questo “viaggio della fantasia” nel futuro⁴⁹ per tornare a un diverso tipo di realismo costruttivo.

9. Riprendo un concetto già espresso in altra occasione riadattandolo al contesto argomentativo qui svolto.

Poco importa in ipotesi *dove* siano allocate le norme. Potrebbero in teoria stare in cento ‘luoghi’ diversi e venire comunque accorpate d’incanto da una macchina semipensante, cioè mediante un algoritmo, in un testo mobile, con vari ipertesti, e confezionato alla bisogna per l’uso pratico o teorico contingente di chi utilizza il *software*.

Tuttavia l’ordinamento giuridico non è atemporale, e se dipende dal tempo ha bisogno di suoi spazi; l’ordinamento giuridico è storia; non è quindi un “non luogo” in cui disseminare e riassemblare segni liquidi, senza prima né dopo, ricomponibili a intermittenza; soprattutto non è una raccolta di dati privi di pensiero interno⁵⁰. Posso

⁴⁹ Il saggio descritto di Michele Papa trasmette *inputs* e soprattutto immagini più ampiamente emergenti da un interessantissimo libro di diversa portata descrittiva: M. Papa, *Fantastic Voyage*, Torino, 2017. Scritto dal taglio fortemente decostruzionista, esso vede nelle fattispecie penali classiche micro-narrazioni oggi obsolete della realtà; ne emerge in modo potente l’esigenza di non ridurre la fattispecie né ad immagine conchiusa e analogica (icona) di un illecito scolpito (*mala species*) (*ivi*, p. 62 ss.) dove realtà e reale vorrebbero artificiosamente, ma senza scampo, coesistere (*ivi*, p. 70 s.), né a premessa di un sillogismo (ciò che peraltro deve rimanere dopo l’interpretazione): ma a specie di un male (*species mali*) il cui illecito (e “giudizio d’illecito”) affonda le radici in una realtà più complessa, cui magari è possibile rinviare in modo denotativo con richiami sistematici di varia allocazione (tecniche di rinvio e non solo elementi normativi). Certo quanto questo fantastico viaggio rappresentativo sia utile alla costruzione di un ordine legislativo, rimane un interrogativo aperto a riflessioni ancora incompiute.

⁵⁰ Ciò lo riconosce in realtà anche Papa: *Op. cit.*, 153: “È necessaria una rete, ove alcune regole di connessione tra norme diano un ordine, anche elementare, al sistema”. Ma il sistema di cui vagheggia un qualche ordine, non è più quello del codice, ma delle leggi speciali. Sono tutte leggi speciali ormai, in questa *vision*, e anziché riportare tali leggi nel codice, si pensa di rimodellare il codice stesso (ormai

leggerne il testo su un codice di carta o su *kindle*, con una continua modifica dell'impaginazione, del carattere e della grandezza dei segni; posso affidarmi, se la mente me lo consente, a una cultura orale di memorizzazione e ricomposizione delle semantiche: tuttavia l'ordinamento deve esprimere *un ordine pensante collettivo immanente al sistema*, richiedendo stabilità concettuali, fissazione, anche se non permanente, di categorie. Esse non vagolano nel *web*, e non hanno la consistenza dei sogni al risveglio: devono fissarsi in un *ius "positum"* in un deposito normativo stabile, così come anche le sentenze più importanti devono stabilizzarsi, da noi come già in *common law*, in *leading cases* e in raccolte di decisioni delle Sezioni Unite. Questi depositi – si può anche pensare di commentare il codice con le sentenze delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale, di riunirli insieme – sono 'luoghi' dove si consolidano le *norme* insieme alle *disposizioni*. C'è un *narrative chain* tra questo materiale non solo "letterario".

L'idea della riserva di codice dà spazio e ospitalità a tutto questo. E se un luogo esiste da cui cominciare, o ricominciare la costruzione del sistema, per non esporci al baratro di un orizzonte particolaristico come quello pre-codificazione, quello delle "grida" che avevano dinnanzi i personaggi manzoniani nei capitoli primo e terzo dei Promessi Sposi⁵¹, esso non è la raccolta delle massime della Corte di Cassazione o delle sentenze della Consulta, e certo non il manuale privato di qualche studioso. È un testo pubblico, è il codice, rivisto come *negativo costituzionale*, cioè *codice-Costituzione*, attualizzazione della Carta costituzionale oggi⁵². Ma il codice non è solo un luogo di accoglienza. Noi, con le regole sulla riserva di codice, stiamo cercando un ordine, che non possiamo delegare a un attore privilegiato diverso dal legislatore: ciò che dovremmo fare necessariamente se venisse meno l'unità concettuale e topografica della raccolta dei testi.

Per continuare a credere a un ordine *ex post* riconducibile alla legge, e non all'interprete, e dunque allo stesso principio di legalità, dobbiamo insistere e persistere in questa ricerca costituente, a dispetto del post-illuminismo che ci circonda. Più che una fede, è un'esigenza di garanzia.

Ci piace riportare qui alla memoria la considerazione che qualche anno fa, proprio sulla riserva di codice, traeva Luigi Ferrajoli, nel riconoscere la distanza delle sue proposte dallo spirito del tempo: «La cultura penalistica assiste in silenzio allo scempio

mera icona) su quelle leggi.

⁵¹ Per una istruttiva rappresentazione del particolarismo prima delle codificazioni cfr. U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., 169 ss. e cap. V.

⁵² Per il concetto rinvio a M. Donini, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, cit., 487 ss., § 1.

del proprio oggetto, cullandosi nella fallacia “realistica” in forza della quale il diritto penale non può essere diverso da quello che è»⁵³.

La prospettiva qui sostenuta, invero, non riporta il diritto penale a quello che è, ma quello che da tempo ha dimenticato di dover essere.

10. Esaurite le stagioni del diritto penale della margarina e del burro, raccolto già ora buona parte del diritto penale complementare in testi unici, il restante diritto penale “disseminato e disperso” si potrà estinguere da solo per effetto del progredire del modello dei sottosistemi e delle leggi “organiche”: un modello da tempo avviato.

La nuova riserva di codice, dunque, non è un fotogramma del passato, ma disciplina un fenomeno già ampiamente in atto di razionalizzazione dei rapporti tra codice e leggi speciali.

Sarebbe però una visione di retroguardia quella che volesse vedere solo la vecchia decodificazione come problema attuale, quando essa rappresenta un passato in corso di trasformazione “naturale”.

Come scritto in altra occasione, altre sono le “decodificazioni” del presente, alle quali la riserva di codice non pare destinata a porre rimedio.

L'europismo giudiziario, il diritto giurisprudenziale, la rete neo-medievale delle fonti costituiscono oggi fattori formidabili di una diversa *decodificazione strutturale permanente*: legislativa ed ermeneutica.

Rinvio all'analisi compiuta in altre occasioni⁵⁴. Mi limito qui a ricordare che la *decodificazione ermeneutica*, quella che ci fa vedere oggi come qualsiasi disposizione abbia sotto di sé un universo mobile, un diritto che respira nell'ordinamento, che è un essere vivente e non una premessa sillogistica maggiore, interagisce sia con le fonti multilivello, dalla *soft law* alla giurisprudenza europea, e che sempre più chiaro è il livello di complessità di un sistema penale pensato anche per risolvere problemi e non per stigmatizzare e castigare soltanto.

Tutto ciò ha trasformato lo stesso codice penale, ma ancor più le leggi complementari, da codice-decalogo, con le sue definizioni a dizionario, a strumento di politica criminale, dove l'enciclopedia dei fenomeni integra le definizioni astratte. Ciò implica che lo stesso stile di redazione delle regole penali può adattarsi a questi nuovi

⁵³ L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, cit., 228.

⁵⁴ Per es. M. Donini, *L'art. 3-bis c.p.*, cit., 442 ss.; Id., *Un nuovo Medioevo penale? «Vecchio» e «nuovo» nell'espansione del diritto penale economico*, in *CP* 2003, n. 6, 1808 ss.; Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; Id., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPenCont* 2016, n. 3, 13-38, e anche in A. Cadoppi, a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 77 ss.

bisogni, abbandonando il *drafting* “classico” e “rotondo” delle disposizioni eleganti, che in poche parole credevano davvero di avere afferrato, ma anche rinchiuso, un universo, che è irrimediabilmente sfuggito alla comprensione di ogni legislatore: basti confrontare il deposito dei materiali dei commentari con quanto potevano avere in mente i redattori dei testi originari. Oggi lo verifichiamo meglio, ma è *sempre* stato così, *in nuce*, in potenza o in atto.

Forse questa non è “decodificazione”, si potrebbe obiettare, ma normale storia ermeneutica di ogni testo di legge. Eppure, è proprio rispetto al concetto-codice che il fenomeno del diritto giurisprudenziale si profila come antitesi storica idealtipica, di fronte ai modelli classici, da Giustiniano a Napoleone. E non ne cogliamo l’autoritarismo oggi, come subito diremo, ma la razionalità, l’uguaglianza, la prevedibilità. Così come il neo-particolarismo delle fonti definisce e rinnova una forma di antagonismo primigenio rispetto a quel concetto ordinatore.

Chi scrive sa bene che si è concluso il ciclo dell’illuminismo penale, e un altro ciclo è iniziato⁵⁵. Ma non accade mai che un’epoca che non fonda sul crimine la propria affermazione, cancelli quella che sta superando. L’idea di codice, del resto, è ben più antica dell’illuminismo penale.

11. Nella cultura giuridica esistono da sempre movimenti anticodificatori, segnatamente in diritto civile. La classica disputa tra Savigny e Thibaut sulla necessità o meno della codificazione civile, trasmette con forme e attori diversi un messaggio di liberalismo vs. autoritarismo che ancora oggi divide le menti.

Il civile non può essere autoritario, imporsi ai contraenti e ai cittadini dall’alto in modo “sanzionatorio”; deve rispecchiare la società, sorgere da questa. Il diritto appunto è storia, non “uso dogmatico delle Pandette”, Ma la lotta per la codificazione ha segnato un progresso straordinario, lasciandosi alle spalle secoli bui di privilegio, disuguaglianza, particolarismo, inconoscibilità delle leggi, sopraffazione⁵⁶.

Il penale è autoritario per definizione – chi non lo accetta non frequenta tribunali, procure e stazioni o caserme di polizia giudiziaria, per non parlare del carcere – e anche a volerlo, come giusto, migliorare, non potrà perdere quei tratti più di tanto. Peraltro, proprio il fatto che il sistema penale debba basarsi su un modello costituzionale, che è di per sé “dall’alto”, lo rende più umano. Molto più “dal basso” sono l’autoritarismo e la spinta repressiva della legislazione penale ordinaria, i movimenti *law and order*.

⁵⁵ Alla dimostrazione storico-filosofica di questo assunto impegnativo, sarà dedicato uno studio in corso di ultimazione.

⁵⁶ U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, cit., 145 ss.

Per quanto nella teoria del diritto contemporanea si siano dunque contrapposti di nuovo sistemi autoritari e *top down* a sistemi democratici e *bottom up*⁵⁷, queste dialettiche hanno riguardato soprattutto il diritto civile, e non sono state pensate per il diritto penale. Anche Savigny, contrario alla codificazione del diritto civile perché antistorica se ignara delle consuetudini e del sentimento collettivo, si impegnò in prima persona, come Capo del Ministero per la revisione legislativa e penale dello Stato Prussiano, a redigere un progetto di codice penale⁵⁸. Ma non si trattò di contraddizione tra *Magisterium* e *Ministerium*⁵⁹. Il fatto è che il penale esprimeva già un “diritto politico”, come tale ben avvertibile dalla popolazione e dunque codificabile in quanto sentito capace di esprimere una adesione ai suoi valori: a differenza di materie tecniche come quelle civilistiche, la cui sedimentazione nel tessuto sociale richiedeva consuetudini e pratiche, non imposizioni dall’alto⁶⁰.

Oggi però il richiamo al sentimento popolare suona come *argumentum ad baculum*, è di regola espressione dei momenti più irrazionali del diritto penale, che conosce invece sempre più materie con tecnicismi estremi, e deve fondarsi sull’intero ordinamento, rispettando sì le precedenti discipline extrapenali, senza imporsi ad esse da una posizione tirannica – è il modello della sussidiarietà penale – ma questo dato, che giustifica totalmente l’esistenza di un secondo binario legislativo penale complementare *extra codicem*, non comporta nessuna distanza dall’idea della codificazione.

Il solo diritto costituzionale non può fungere, infatti, da “parte generale” senza un codice, che in un ordinamento di *civil law* deve restare la “cabina di regia”⁶¹ di un sistema legislativo pur differenziato e dualistico.

12. La legge delega, al comma 85 q) dell’art. 1 cit. (*retro*, § 1), prescrive «l’inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminoso previste da disposizioni

⁵⁷ Ricordo per tutti il modello di F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Orders*, Chicago, 1973, Chapt. 2 sulle organizzazioni di tipo “cosmos” e “taxis”.

⁵⁸ Analisi dettagliata della sua opera sul codice prussiano del 1851 in W. Class, *Der Einfluß des Ministeriums von Savigny auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851*, Dissertation, 1925. Ciò avvenne trent’anni dopo la famosa disputa con Thubaut e dello scritto su “La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza” (1814), nella fase in cui Savigny già pensava a ricostruire il diritto romano in chiave attuale, storicizzata.

⁵⁹ Ampiamente, su questa interessante pagina di storia, la dettagliatissima ricostruzione di W.-Ch. von Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker. Ministerium für die Gesetzesrevision (1842-1848)*, Baden-Baden, 2003.

⁶⁰ W.-Ch. von Arnswaldt, *Savigny als Strafrechtspraktiker*, cit., 94 ss.

⁶¹ Sul codice come “cabina di regia” cfr. i lavori cit. *ante*, nota 6, nonché problematicamente, ma non in senso contrario, G. Fiandaca, *Relazione introduttiva*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 1 ss., spec. 18 ss. Il concetto è comunque ben espresso e recepito nel citato art. 2 del Progetto Pisapia (*ante*, nota 3).

di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale», nel quadro di una «attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice».

Tale delega, come ricordato, è stata adempiuta in forma minimale e dunque iniziale.

L'impegno a realizzarla in profondità è oggi “nel sistema”, ma non riguarda “tutte” le fattispecie: riguarda tutte quelle che non siano armonizzabili in testi unici o sottosistemi.

Deve ritenersi che sia un impegno di rilevanza costituzionale: nel senso che i principi costituzionali che la riserva di legge esprime e legifica, esigono un permanente riordino congiunto di codice e leggi speciali, per il passato e per il futuro, nel significato già chiarito.

Non penso che gli echi bricoliani e del Progetto della Bicamerale, peraltro ripresi anche dal Progetto Pisapia (art. 2.1), sulla tutela penale di (soli) beni di rilevanza costituzionale, siano una maldestra evocazione di glorie teoriche circoscritte al maggior esponente del diritto penale costituzionale degli anni Settanta o a “quella stagione”: sono un impegno collettivo da tempo sedimentato nella cultura nazionale, nelle sentenze della Corte costituzionale, della Suprema Corte, in leggi-quadro comunitarie⁶². Tanto meno sono il patrimonio privato di qualche “scuola” penalistica. La debolezza “scientifica” di quella formula è da sempre a vantaggio della sua forza politica. Programma politico, non tecnicismo per giuristi logico-deduttivi.

Ma c'è un limite di ragione, oltre che estetico. Ben prima di questa stagione costituzionalistica, Francesco Carrara ha scritto che “un Codice penale deve essere il catechismo della coscienza cittadina...finché un Codice non può farsi tale, è vanità tentarne la prova; e se tale non vuol farsi per segrete ragioni che prevalgono presso coloro cui pertiene il reggimento della cosa pubblica, ella è una ipocrisia, è un tradimento darsi vanto di codicizzare le leggi di uno Stato. Si ripari allora con leggi provvisorie ai bisogni dei tempi nelle materie del diritto, le quali portino in fronte la dichiarazione della loro provvisorietà e rechino contemporanea alla propria nascita la speranza della loro abolizione»⁶³.

⁶² Cfr. la *legge-quadro 24 dicembre 2012, n. 234*, che all'art. 32, intitolato “Principi e criteri direttivi generali per l'attuazione del diritto dell'Unione europea”, che ha previsto testualmente alla lett. d): “al di fuori dei casi previsti dalle norme penali vigenti, ove necessario per assicurare l'osservanza delle disposizioni contenute nei decreti legislativi, sono previste sanzioni amministrative e penali per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi. Le sanzioni penali, nei limiti, rispettivamente, dell'ammenda fino a 150.000 euro e dell'arresto fino a tre anni, sono previste, in via alternativa o congiunta, solo nei casi in cui le infrazioni ledano o espongano a pericolo interessi costituzionalmente protetti”.

⁶³ F. Carrara, *Codicizzazione* (1869), in *Opuscoli di diritto criminale*⁵, vol. II, Firenze, 1898, 223.

Questo monito, che non è un lasciapassare per le decodificazioni, deve comunque guidare ogni opera di “ricompilazione” codicistica.

La riflessione sui beni di rilevanza costituzionale diretta o indiretta sembrava appartenere al passato e molti modernisti l'avrebbero volentieri lasciata in archivio.

Essendo stata attuata e conclusa – nei modi già detti – la delega legislativa, quel parametro non è più così vincolante, ma politicamente sembra un percorso obbligato, se si intende ancora legiferare. Le leggi complementari accolgono più facilmente le tutele indirette di beni primari. La *tutela indiretta* (ma quanto indiretta?) dell'ambiente e della correttezza e trasparenza del mercato, della sicurezza di imballaggi, trasporti e conservazione di alimenti, come anche di altri beni, come uguaglianza, salute, incolumità o sicurezza pubblica (sono migliaia le regole cautelari al riguardo nell'ordinamento intero), non appare di rilevanza costituzionale immediata e forse neppure mediata, salvo perdersi nelle convenzioni che tutto giustificano.

Beni strumentali, tecniche di tutela non codicistiche e rilevanza costituzionale indiretta sembrano dunque variamente assimilabili. Certo non bastano “*leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono*” per legittimare future incriminazioni a tutela di beni di rilevanza costituzionale troppo indiretta: funzioni procedimentali, regole di competenza, di organizzazione, di controllo o di condotta tecnicamente sicura, precauzioni. Tutela di norme, anziché di beni.

Si ripropone qui il tema della depenalizzazione. Tema politico, non tecnico-giuridico.

Secondo la legge-delega è giusto che esista una epistemologia differenziata delle offese, perché ci sono reati che sarebbe «tradimento darsi vanto di codicizzare», anziché lasciarli in leggi speciali⁶⁴.

Le stesse leggi penali speciali, tuttavia, devono oggi recuperare complessivamente la dignità assiologica del penale attraverso quel *collegamento funzionale*. L'organicità deve conservare i valori costituenti – orientarsi ad essi – anche nelle discipline più tecnologiche e cangianti, di eccezione e di lotta, di cui peraltro abbiamo esempi vistosi già nel codice (per es. le norme antiterrorismo).

Attualmente i reati fallimentari, societari, tributari, in materia di stupefacenti, prostituzione, ambiente, sicurezza del lavoro, alimenti, sanità, armi, stranieri, privacy, Tulps, circolazione stradale, navigazione, mercati finanziari, diritto d'autore, trapianti, genocidio, edilizia e urbanistica etc. restano nei loro sottosistemi.

E possono in buona misura rimanerci, perché – come detto – *il dualismo legislativo penale*, secondo la *ratio* della riserva di legge approvata, è *già in atto*. Sono già, in parte, legislazioni attente sia al modello costituzionale e sia all'idea di

⁶⁴ È sempre F. Carrara, *Op. loc. ult cit.*

sottosistema organico, anche se hanno bisogno di ampi *restyling* conformi a una nuova “parte generale” adatta al doppio binario legislativo⁶⁵.

Varie altre leggi e leggine sparse sono ancora troppe e messe nel codice lo rovinerebbero, invece di “completarlo”. Non ci devono proprio entrare, perché non è in gioco la topografia. Una legislazione stratificata in depositi pluridecennali non si smaltirà con un tratto di penna. Ma il percorso è avviato e potrà essere compiuto al meglio solo in un quadro di *ricompilazione* codicistica, non per atti di mero trasferimento. Speriamo che su questo problema costituente si apra, e non si chiuda, il dibattito, e non ci siano più oligarchie normanti occulte.

ILP

⁶⁵ Sulle “tecniche costruttive” della prospettata ricodificazione, v. a titolo di esempio quanto scritto in M. Donini, *L’art. 3-bis c.p. in cerca del disegno*, cit., § 8.