

CONVEGNI

ANTONIO FIORELLA

La codificazione penale in Italia e le sue prospettive di riforma*

Lo scritto approfondisce i fattori e le prospettive del rinnovamento del sistema penale italiano alla luce delle trasformazioni del codice Rocco e dei principali progetti di riforma elaborati con l'obiettivo di ridefinire complessivamente il sistema, segnando un suo "volto attualizzato" che rappresenti lo specchio fedele in cui la società del nostro tempo possa riconoscere i propri valori.

Criminal codification in Italy and its reform perspectives

The paper explores the factors and perspectives of the Italian penal system renewal in light of the transformations of the Rocco code and of the main reform projects elaborated with the aim of redefining the system as a whole, marking an "updated side" that represents the faithful mirror in which the society of our time can recognize its own values.

SOMMARIO: 1. Il codice penale italiano del 1930 nella sua perdurante vigenza. - 2. Le trasformazioni del codice Rocco e del sistema penale. - 3. Segue. I fattori del rinnovamento. - 4. La c.d. supplenza giurisprudenziale. - 5. La centralità del codice penale: prospettazioni critiche. - 6. I progetti di riforma. Il loro significato. La 'riserva di codice' nella recente riforma Orlando. - 7. L'apporto dei progetti ministeriali al possibile ulteriore sviluppo dell'aggiornamento per un nuovo codice penale. - 8. Segue. Ancora sulla 'decarcerizzazione' e sulla 'depenalizzazione'. - 9. Le tendenze del sistema e la politica penitenziaria nella riforma Orlando. - 10. La parte speciale del codice penale. - 11. Dal diritto penale tradizionale al diritto punitivo. Sui rapporti tra codici, in particolare tra il codice penale e il codice civile. - 12. Segue. Prospettive di un nuovo sistema generale degli illeciti.

* Relazione tenuta al Sesto Congresso Internazionale su Diritto Romano, Diritto Cinese e Codificazione del Diritto Civile, su "Il sistema scientifico dei codici civili del XXI secolo", in Cina, presso l'Università CUPL di Pechino il 10 ottobre 2018.

1. *Il codice penale italiano del 1930 nella sua perdurante vigenza.* Il nostro attuale codice penale risale al 1930 (c.d. *codice Rocco*, dal cognome del Ministro Guardasigilli dell'epoca, Prof. Alfredo Rocco). Si sono manifestate ripetute resistenze ai tentativi di riformarlo integralmente, nel corso dei quali il sistema penale complessivo - formato dallo stesso codice penale e dalla legislazione penale c.d. complementare - è assai mutato, per una serie nutrita di interventi correttivi di portata più o meno limitata. Alcuni hanno modificato parti del codice, altri hanno inciso sulla legislazione complementare; ma nell'un caso e nell'altro le riforme, pur talora profonde, non sono state sempre adeguatamente coordinate con il pre-esistente. Le ragioni dei molteplici interventi, ma solo parziali, sono rinvenute da politici o commentatori nei più diversi fattori contingenti, ma, in una proiezione storica più ampia, si tende ad enfatizzare in particolare l'idea che il contesto storico, istituzionale e sociale, italiano e sovranazionale, non avrebbe consentito né consentirebbe una modifica dell'intero codice per la mancanza di uniformità di valori dominanti, tali

da permettere un consenso diffuso in Italia verso un edificio così complesso e impegnativo qual è un 'codice', soprattutto ove si tratti di materia 'penale'. Sicché è parso a molti che fosse il tempo non dell'alta ingegneria normativa, ma solo di rimedi circoscritti e pragmatici, in ossequio alla cosiddetta politica dei 'piccoli passi'. Chiariamo subito: il pragmatismo non sembra possa esser posto in discussione. Esso si presta a severe censure se lo si concepisce come "pressapochismo", un andare avanti 'a tentoni', senza una guida sistematica sicura. Tuttavia il pragmatismo, se lo si intenda nel senso giusto, vale a dire come un metodo che esclude che l'uomo possa essere soffocato dalla pura forma di categorie generali non controllate, sacrificato a idee vuote e astratte, rivela un potenziale costruttivo straordinario nel concepire un edificio normativo. Non dimenticando simile esigenza 'pragmatica', si è espresso in Italia un movimento che, respingendo la sfiducia in una riforma globale, incoraggia la formazione di un codice penale interamente nuovo. Tale istanza affonda le sue radici proprio nel maestoso processo di trasformazione sociale e politico che ha portato in Italia all'affermazione di nuovi valori, o almeno a loro nuove gerarchie o prospettive di valutazione, verso le quali si è dell'avviso che occorra far maturare una precisa consapevolezza. È questo il quadro in cui in Italia si avverte di dover cogliere tutta l'importanza di una ridefinizione della "contemporaneità" anche nella formazione di un rinnovato codice penale, con una riforma complessiva di sistema che, nel segnare con nitore un "volto attualizzato" del diritto penale, rappresenti lo specchio fedele nel quale la società italiana del nostro tempo non faccia fatica a riconoscersi.

2. *Le trasformazioni del codice Rocco e del sistema penale.* Può sorprendere la longevità del codice Rocco, il cui concepimento ed entrata in vigore si legò storicamente all'assetto statutale voluto e forgiato dal regime fascista, crollato con la seconda guerra mondiale; ed è dalle ceneri di quel regime che ha preso corpo, in netta antitesi, lo Stato democratico scolpito dalla Costituzione repubblicana del 1947, entrata in vigore nel 1948. Non può allora non farsi viva la domanda come si spieghi una così straordinaria longevità. È vero: mentre il regime fascista esprimeva in estesi settori della legislazione, anche penale, l'intollerabile volto della repressione politica e della discriminazione sociale - espressioni normative del passato regime ormai da tempo cancellate dalla nostra legislazione repubblicana - il codice Rocco si manifestava al contempo portatore di importanti valori liberali consolidatisi nell'800 e ai primi del '900. Non dobbiamo dimenticare che il codice Rocco confermò, e, se si vuole, ulteriormente valorizzò il *principio di stretta legalità*, che imponeva una previsione della norma incriminatrice, e della relativa fattispecie, che fosse

'determinata' per legge, 'tassativamente' applicata dal giudice, con esclusione di incriminazioni 'non chiare', cioè di dubbia deducibilità alla stregua di un corretto procedimento interpretativo. Presa di posizione radicalmente diversa da quella assunta, in Germania, dal sistema penale nazional-socialista che ammetteva un'applicazione delle norme incriminatrici decisamente più estesa. È altresì vero che il codice Rocco in Italia si caratterizzò per una raffinatissima sapienza tecnica nella formazione della norma e della fattispecie penale con un'analitica precisione estranea ad altri codici penali. Occorre però chiedersi se la matrice liberale e la precisione tecnico-legislativa siano sufficienti a giustificare il permanente vigore del codice del '30. A me non sembra si possa dare una risposta positiva all'interrogativo.

Né a me pare che la mancanza di una riforma complessiva del codice penale in Italia sia dovuta alla sopravvenuta sfiducia generalizzata nella importanza della 'pena' quale strumento di governo della società civile. È vero: in Occidente si è parlato anche, talora, del "declino" del diritto penale; prospettandosi un diritto delle misure di reinserimento sociale senza più la pena, ritenuta da alcuni ormai anacronistica. Tuttavia una tale idea può indicare propriamente solo la crisi che attraversa attualmente il diritto penale, non solo in Italia, per le difficoltà in cui si dibatte il legislatore nel tentativo di renderlo effettivo ed efficace; non può avere certo il senso di mettere a nudo una volontà sociale e/o politica di rinuncia all'intervento punitivo, a vantaggio di misure di diverso genere. La rinuncia è smentita dalla crescente e diffusa domanda di "pena" che si leva dai cittadini soprattutto per settori nevralgici della patologia sociale. Basti pensare alla criminalità organizzata ovvero alle distorsioni dell'economia, all'attenzione preoccupata di ognuno, con un rilievo che va ben oltre i confini nazionali. Tanto che il penalista è spesso costretto a pigiare sul freno della macchina dell'intervento punitivo, ribellandosi all'uso improprio dello strumento penale. Al quale troppo spesso la legge consegna uno scopo puramente simbolico, ignorando il principio di un impiego della pena quale *extrema ratio*, là dove ogni altro tipo di sanzione o disciplina praticabile sarebbe destinato all'insuccesso.

3. *Segue. I fattori del rinnovamento.* Pur non sempre garantendo in misura adeguata il necessario coordinamento del 'nuovo' con il 'vecchio', certamente il legislatore italiano dopo la seconda guerra mondiale non ha demeritato mostrando spirito operativo; concependo aggiustamenti che si sono rivelati molto ampi e significativi. Interventi che hanno reso il sistema penale concepito nel 1930 più flessibile, pronto a ricevere gli stimoli della società del nostro tempo e in ogni caso hanno modificato nella sua essenza il tetragono sistema sanzio-

natorio del codice Rocco e dunque la fisionomia del sistema nel suo complesso. Allammodernamento del diritto penale hanno contribuito anche altre riforme salienti tipo quella legata al movimento per la *depenalizzazione*, alla previsione di *sanzioni sostitutive* delle pene detentive brevi e alla modifica dell'*ordinamento penitenziario*, con la mira di impiantare, anche con le misure alternative alla detenzione, un sistema punitivo che non dimenticasse, nella fase esecutiva, di realizzare i principi costituzionali orientati alla *umanizzazione della pena* e al *reinserimento sociale* del condannato.

Né possono dimenticarsi gli *interventi della Corte costituzionale* che hanno corretto gli anacronismi del codice Rocco, nella sua parte generale e speciale, rendendo l'illecito penale più conforme alla nuova figura che al medesimo ha voluto imprimere la Costituzione repubblicana del 1948.

Ogni adattamento alla nuova realtà costituzionale, sociale e politica, ha reso meno urgente la riforma integrale del codice Rocco.

4. *La c.d. supplezza giurisprudenziale.* A fronte di una realtà che dal 1945 in poi ha spinto tumultuosamente in avanti, il sistema originario del codice Rocco è stato sottoposto a continui aggiornamenti, anche per il mutamento degli scenari globali e le conseguenti scelte richieste al legislatore italiano per adeguarsi al *quadro di riferimento normativo sovranazionale e internazionale, di rilevanza anche penale o peculiarmente penale.*

È in tale quadro che meglio si comprende un importante (e imponente) fenomeno che va sotto il nome della *c.d. supplezza giurisprudenziale*; dovendo stabilire in qual misura un sistema costituzionale come l'italiano, fondato sull'osservanza della legge, emanata dal Parlamento, consenta la creazione della norma incriminatrice e l'inasprimento della pena per via giudiziale.

L'opera di supplezza giurisprudenziale, se da una parte può apparire un intervento ispirato a ineludibili esigenze pratiche, non compiutamente soddisfatte dal legislatore (una sorta di stato di necessità normativo), per definizione, oltre a collidere con la riserva di legge, costituzionalmente garantita, non si presta a stabilizzare l'equilibrio complessivo dell'ordinamento. In un sistema come quello italiano che non si fonda sull'autorità vincolante del precedente giudiziario, è impossibile pensare che la decisione del giudice possa garantire la necessaria certezza. Per definizione, quel punto di riferimento oscilla, una nuova pronuncia giudiziale modifica la precedente, sicché si è assistito e si assiste ad un continuo oscillare dei precedenti giurisprudenziali. La variazione di essi entro alcuni limiti è fisiologica e ad essa non sono rimaste estranee neppure le *Sezioni unite* della Cassazione, organo più elevato della nostra

giurisdizione ordinaria. Ma, se la giurisprudenza prescindesse dal costante richiamo alla legge, si genererebbe un fattore di più radicale insicurezza dell'intero sistema; che lo priverebbe perciò di ogni conoscibilità e calcolabilità.

In un certo senso, *a chiusura del sistema*, di recente, il comma 66 dell'art. 1 di una riforma del 2017 (la c.d. riforma Orlando) mira a 'stabilizzare' il sistema stesso, consolidando i principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione; ciò almeno nel senso che la singola Sezione di tale Corte Suprema deve rimettere alle Sezioni unite la decisione del ricorso, ove non ne condivide i principi. Quindi solo le Sezioni unite possono tornare sui propri passi; soluzione, questa, che non ha mancato di sollevare perplessità, perché consacrerebbe in qualche misura il diritto penale di formazione giurisprudenziale, a danno dell'osservanza della legge. In ogni caso a mio avviso tale principio 'processualistico' consacra l'idea che *non si può rinunciare al 'sistema'*: esso richiede una netta definizione dei principi che non possono lasciarsi a scelte occasionali, nemmeno nel momento applicativo, per opera della giurisprudenza. *Nel suo significato più rilevante, ciò vuol dire che si consolida l'idea che l'ordinamento penale deve essere 'conoscibile' per il suo destinatario, garantendo l'uguaglianza di trattamento, quale primo passo per garantire il rispetto dei valori tutelati*, contrastando per quanto possibile le incertezze interpretative e applicative.

Rimanendo al contempo fermo che gli interventi giurisprudenziali, per quanto virtuosi, non possono esser valorizzati, nel sistema italiano, al punto da essere fonti istituzionali sostitutive della correzione del sistema per mano 'legislativa'.

5. *La centralità del codice penale: prospettazioni critiche.* Contro l'idea di «una centralità della normazione penale *codificata*», alcuni hanno opinato che, al contrario, la cosiddetta "decodificazione", cioè la 'diaspora' delle particolari materie penalistiche, sia assolutamente immanente al nostro tempo e necessitata da ragioni storiche costringenti, sicché la soluzione dei problemi starebbe nella edificazione dei cosiddetti *sotto-sistemi* penali.

Il tema della 'decodificazione' è stato posto autorevolmente e in modo convincente in Italia da Natalino Irti in relazione al ruolo attuale del codice civile a fronte di una legislazione civilistica che divarica sempre più dal 'centro' codicistico del relativo sistema. Nel 'civile' - è stato detto da alcuni - il centro tende a essere sempre più la Costituzione, mentre il codice è da molti considerato solo una sorta di 'paradigma' da cui muovere per ricostruire la logica e la portata esegetica tutta fondamentalmente consegnata ai singoli corpi extra-

codicistici e ai relativi microsistemi. Altri rilevano più specificamente come non sia superata l'idea in sé di 'codice' in civile; quanto sia piuttosto mutata la prospettiva definitoria dello stesso che dovrebbe essere meglio individuata in un corpo dei 'Principi' della materia civile.

Comunque sia, per l'ordinamento penale, pare meno condivisibile l'idea che vengano concepiti sotto-sistemi, se per tali si intendano – come sembra – settori di disciplina che in misura più o meno estesa prescindano dai principi fondamentali, costitutivi dell'ossatura basilare dell'attuale e, a maggior ragione, di un futuro codice penale. Sono invero, essi, principi muniti anche di rilevanza costituzionale, che il codice stesso 'specifica' e 'deve' specificare a garanzia delle libertà dell'uomo. Il vero problema al riguardo è 'allora' diverso e sta nel definire il tasso di 'divaricazione' dei (pretesi) sotto-sistemi dai principi codicistici. Se la divaricazione fosse 'essenziale', colliderebbe anche con principi costituzionali. Nel porre il problema dei sotto-sistemi, rischia di profilarsi in definitiva una frattura insanabile e inammissibile; almeno nel senso di voler far apparire accettabili particolarità proprie di una normativa illegittima costituzionalmente. Altro sarebbe se, nell'ipotizzare o concepire un'organizzazione della materia penale per sotto-sistemi, si volesse semplicemente porre l'accento sulle peculiarità di singoli settori; peculiarità disciplinari che possono rivelarsi anche forti, ma di per sé non estranee all'idea di un sistema complessivo conforme a Costituzione; rimanendo in ogni caso il tema della scelta di una corretta tecnica della legislazione penale di cui parleremo a breve (*infra*, n.7) e che mai dovrebbe essere trascurata, ovunque il 'penale' venga alla luce.

6. *I progetti di riforma. Il loro significato. La 'riserva di codice' nella recente riforma Orlando.* Ma sulla perdurante necessaria centralità di un nuovo codice sembra ormai maturata in Italia una rilevante consapevolezza, lievitando al contempo una nuova sapienza riformatrice. Dal 1945 ad oggi sono stati predisposti numerosi progetti di riforma generale del sistema; tra i quali i più recenti partono dalla fine degli anni '80¹. A tali progetti, i più di matrice ministe-

¹ Nel 1988 il Prof. Giuliano Vassalli, allora Ministro di Grazia e Giustizia, che si era illustrato nel dopoguerra quale eminente protagonista del movimento riformatore, nominò una Commissione per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro, che rese i suoi lavori nel 1992 (riguardanti sia la parte generale che la parte speciale). Il progetto ebbe il merito di rappresentare il paradigma fondamentale per molte riforme realizzate successivamente, nonché per ogni altro posteriore progetto di riforma. Il 2 agosto 1995 fu predisposto un progetto di iniziativa del Sen. Roland Riz e altri; un ulteriore progetto fu varato nel 2001 da una Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso (nominata dal Ministro della Giustizia del tempo, Prof. Giovanni M. Flick); e nella legislatura seguente (la XIV) il Ministro della Giustizia Roberto Castelli ha nominato una Commissione presieduta dal Dott. Carlo Nordio che ha lavorato molto intensamente, presentando un progetto comprensivo

riale, ricordati in nota 1, varati a partire dal 1991, deve intendersi che faccia riferimento il presente scritto là dove richiamerà *tout court* i progetti di riforma. I quali sono da considerare del massimo rilievo, perché concepiscono con decisione un codice del tutto nuovo quale *centro qualificante ed "effettivo" dell'intero sistema*; rispettando la solida ed estesa piattaforma normativa del codice Rocco, ma riscrivendolo integralmente con tutti gli aggiornamenti necessari; con particolare attenzione al volto costituzionale del reato e della pena. E, nonostante le differenze che li caratterizzano, essi paiono il frutto non di scelte divaricanti di politica generale, quanto di propensioni tecniche o di specifiche convinzioni di politica penale, sulle quali una larga o larghissima intesa non sembra difficile.

Non è un caso che dagli stessi progetti il legislatore italiano ha attinto e continua ad attingere nel concepire le riforme, per il momento parziali, di cui abbiamo parlato, e la recentissima (c.d.) riforma Orlando del 2017 (L. n. 103), è la migliore dimostrazione che, dai risultati dei progetti, si è attivato un importante percorso alla luce del quale perfezionare 'anche' *un nuovo sistema complessivo* sempre più allineato ai principi costituzionali di *stretta legalità, offensività, personalità del fatto di reato, nonché di rieducatività (e umanità) della pena*. La riforma Orlando respinge una 'disarticolazione' degli interventi legislativi, muovendo da una dichiarata volontà 'razionalizzatrice' connessa alla previsione, almeno tendenziale, di una 'riserva di codice'. Il comma 85 lett. q) (art. 1) della legge 103/2017, con una delega al Governo, concepisce infatti tale riserva nella prospettiva di agevolare la conoscenza della legge penale, garantendo in tal modo la funzione educativa della pena già nel momento della sua comminatoria e, da ultimo, l'art. 1 decreto legislativo n. 21 del 2008, dando seguito alla delega, immette nel codice penale, (art. 3-bis), *il principio della riserva di codice*². Si tratta di una prospettiva di sviluppo particolarmente pregevole per chi, come lo scrivente, ritiene fondamentale edificare il sistema partendo da *un'idea della legge penale quale veicolo essenziale di 'orientamento' del destinatario*.

Ci si potrebbe certo chiedere quale significato abbia la riserva di codice nella gerarchia delle fonti. Al riguardo, mentre deve escludersi che possa avere l'efficacia di una fonte in qualche modo o misura direttamente sovraordinata alla legge ordinaria, nessuno può ignorare che *la riserva medesima si collega alla garanzia costituzionale della 'conoscibilità' della norma penale*, secondo

della parte generale (nel 2005) e speciale (nel 2006).

² Stabilendo che "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".

l'esplicito dettato della delega contenuta nel citato art. 1 co. 85 lett. q) L. 103/2017. La riserva di codice ripropone sotto tale profilo una propria, corrispondente e consequenziale rilevanza costituzionale, *sia pur mediata*, con effetti non insignificanti in rapporto alla verifica del rispetto dei principi costituzionali di rieducatività e personalità della pena. La riserva di codice, al contempo, costituendo una riaffermazione e un potenziamento della centralità del codice nel definire la disciplina penalistica, conferma il suo ruolo di polo di "riferimento e coordinamento" dell'intero sistema; in ciò sviluppando anche la portata dell'attuale art. 16 c.p., là dove quest'ultimo prevede la tendenziale applicazione dei principi codificati a definizione e superamento delle incertezze sistematiche della legislazione complementare³.

L'immissione nel codice penale delle nuove disposizioni incriminatrici comporta immediatamente il loro adattamento al sistema codicistico e la consequenziale modifica e assestamento del medesimo nella sua parte speciale se non altro per i nuovi rapporti differenziali tra le figure di reato⁴.

A conferma del generale vincolo al principio della riserva di codice, il nuovo art. 3-*bis*, introdotto nel codice penale nel 2018, non distingue tra norme incriminatrici sottoposte al principio medesimo se non sotto il profilo del consentire l'alternativo collocamento di alcune norme in «leggi che disciplinano in modo organico la materia», nell'evidente finalità di salvaguardare comun-

³ Art. 16 c.p. «Leggi penali speciali - Le disposizioni di questo codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti.»

⁴ La riaffermazione della centralità del codice nel sistema penale costituisce un'aspirazione già manifestata - come accennato - dai citati progetti di riforma, in particolare dai progetti Pagliaro (1991), Grosso (2001) e Pisapia (2007). Il progetto Pagliaro prevedeva che il codice penale si ponesse «come testo centrale e punto di riferimento fondamentale dell'intero ordinamento penale, in modo da contrastare il pericolo di decodificazione»; conteneva poi una clausola finale della parte generale, introducendo specificatamente, nello schema di legge delega, una disposizione del seguente tenore: (art. 13: *Leggi speciali*) «Al fine di assicurare la centralità del codice penale, nei casi in cui il fatto è preveduto come reato dal codice e da leggi speciali preesistenti, stabilire la non applicabilità di queste, salvo che siano state confermate con legge delegate, da emanare nel tempo indicato per l'entrata in vigore del codice medesimo». In tal modo un nuovo codice farebbe 'pulizia' delle incertezze rivenienti dal passato, garantendo la trasparenza complessiva del "sistema", una volta riformato; e, collegandosi al Progetto Pagliaro, i progetti Grosso e Pisapia conferivano una forma ancor più compiuta alla riserva di Codice. Il progetto Grosso (art.3, co.1) riprendeva il filo logico dell'ultima disposizione citata del progetto Pagliaro, sancendo che «le disposizioni del presente codice non possono essere abrogate o modificate da leggi posteriori se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate»; poi stabilendo (co.2) che «nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono». Il progetto Pisapia (art. 5) stabiliva che: «a) le nuove disposizioni penali siano inserite nel codice penale ovvero nelle leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti; b) le disposizioni penali non possano essere abrogate o modificate da leggi posteriori se non per dichiarazione espressa del legislatore con specifico riferimento alle singole disposizioni abrogate o modificate».

que la comune logica di fondo della conoscibilità della norma incriminatrice e dunque dei presupposti di offensività e personalità del fatto di reato e della pena.

7. *L'apporto dei progetti ministeriali al possibile ulteriore sviluppo dell'aggiornamento per un nuovo codice penale.* Nell'ottica del perfezionamento della parte generale del codice penale, nel rispetto dei principi costituzionali, i progetti ministeriali si sono preoccupati di rafforzare la *stretta legalità* di figure-cardine, con benefici evidenti nella definizione delle *condotte* rilevanti, in ossequio al *principio di materialità* del reato⁵.

Ma non è soltanto la struttura formale che essi hanno voluto rendere più determinata: hanno mirato altresì a garantire pienamente la corretta, ragionevole *struttura sostanziale* del reato, proprio per 'giustificare' l'intervento punitivo, volgendo al destinatario, alla sua conoscenza o conoscibilità il senso dei detti valori che, se offesi, motivano la pena e la rieducazione del reo.

Così i progetti ministeriali di riforma si son curati di dar piena attuazione al principio illuministico e liberale che si esprime icasticamente nella formula:

⁵ Valgano tre esempi fra tutti. Il primo: i progetti citati si sono occupati della delicatissima fattispecie del reato omissivo improprio. Il render consapevole il destinatario del disvalore dell'omissione e dei suoi presupposti comporta attenzione nella struttura della relativa fattispecie, per evitare il pericolo di indeterminatezza del comando e dunque di incomprensione del medesimo. Il codice Rocco sotto questo profilo era ed è manchevole, perché con una sola clausola, viziata da "genericità", quella impiegata dall'articolo 40 co. secondo, risolve per tutto l'ordinamento il problema della definizione del reato commissivo mediante omissione. Su quella disposizione occorre intervenire. E con la massima consapevolezza i progetti Pagliaro, Grosso, Nordio e Pisapia hanno definito bene, sia pur in modi diversi, che sono però conciliabili, gli obblighi, soltanto in violazione dei quali dovrebbe scattare la responsabilità penale per l'omissione. Altro esempio di una ricerca di maggiore determinatezza in fattispecie fondamentali è rappresentato dalla significativa disciplina del concorso di persone contenuta nei progetti ministeriali. Con quello che ne segue nella applicazione delle figure associative. Specificando l'esempio in relazione al progetto Nordio, esso ha creato una disciplina che pare pregevole; muovendo finalmente da una fattispecie molto determinata del concorso eventuale di persone, con tutti gli effetti sistematici corretti che sul piano pratico essa comporta anche rispetto alla comprensione delle fattispecie associative, per la cui disciplina il progetto dispone esplicitamente l'applicabilità delle regole che valgono per il concorso eventuale (art. 47). Né può trascurarsi l'altro esempio del passaggio dall'una all'altra centralità del sistema: dal singolo, visto in sé e per sé, al singolo considerato nelle formazioni sociali e in particolare nelle organizzazioni pluripersonali. Con il conseguente problema della ripartizione delle responsabilità nelle imprese e in ogni altra organizzazione complessa. Anche in questo ambito il codice Rocco è sprovvisto di una disciplina *ad hoc*. La materia, di grande e notorio impatto pratico, abbandonata originariamente all'empirismo giurisprudenziale, poi studiata a fondo e risistemata dalla dottrina, è stata oggetto di pregevole attenzione da parte dei progetti di riforma che ne predispongono una disciplina convincente e compiuta; sempre a tutela del principio di personalità della responsabilità penale (e dunque nel rispetto del diritto penale visto nella sua finalità rieducativa). Quanto alla delega di funzioni, essa è attualmente oggetto di normativa specifica, che dà seguito alle sollecitazioni dei progetti ministeriali, con l'art. 16 del d.lgs. 81 del 2008 in materia antinfortunistica sul lavoro.

“non c’è reato senza offesa” (*principio di offensività*). Si son quindi occupati dei limiti dell’anticipazione della tutela penale, escludendo che il diritto penale possa intervenire a fronte di comportamenti che in realtà ancora non implicano una vera ricaduta sui beni dell’uomo a livello di danno o almeno di pericolo ‘concreto’. In particolare, prendendosi carico dei problemi della modernità, i progetti di riforma non hanno voluto indulgere ad una “visione tecnocratica” dell’uomo, chiarendo al destinatario che la legge penale non lo vuol concepire come l’ingranaggio di una macchina i cui scopi egli più non vede. Il destinatario del precetto penale deve poter comprendere il senso ‘sostanziale’ dell’intervento punitivo che certo mancherebbe se il reato scattasse a prescindere da una qualunque offesa concreta; per pericoli che l’imputato avrebbe astrattamente o presuntivamente generato, ma che si rivelassero in concreto puramente immaginari⁶. Non basta: l’offesa deve anche riflettersi nella sfera di conoscenza o conoscibilità del destinatario del precetto.

I progetti ministeriali si sono perciò preoccupati di consolidare i contenuti del *principio di colpevolezza*, anche dal punto di vista ‘sostanziale’, sui presupposti di un giudizio sulla ‘dominabilità’ e sulla ‘rimproverabilità’ del fatto, commisurate al particolare soggetto nello specifico contesto. La società del rischio porta, tra l’altro, uno smistamento dell’accento della incriminazione dal dolo alla colpa. La quale mostra perciò di rappresentare in molti settori della materia penale la nuova centralità dell’elemento psicologico del reato. Ma la colpa, per i criteri del suo accertamento, rischia spesso di apparire una forma strisciante di quella responsabilità oggettiva che fortemente connotava il codice Rocco. Ecco un limite del vecchio sistema che assolutamente andava e va superato con chiarezza e senza incertezze; in tutti i suoi profili, anche quelli meno visibili. Da un simile angolo visuale i progetti di riforma si sono preoccupati di fondare la colpa su criteri strettamente personali (formula impiegata dal progetto Pagliaro); e i progetti Grosso e Nordio chiariscono che non basta la violazione oggettiva o puramente formale della regola per costituire in colpa penale, ma occorre che si accerti la prevedibilità dell’evento (e la sua evitabilità, aggiunge il progetto Grosso). È nella prevedibilità dell’evento che si rinviene il supporto del rimprovero, Detto altrimenti, senza “prevedibilità” nessun addebito per colpa può esser formulato dallo Stato all’individuo ove si tratti di responsabilità penale; per ciò stesso personalissima. È inutile dire che è questa un’angolazione ‘essenziale’ per stabilire un’idea del diritto penale che

⁶ Nella prospettiva di una compiuta circoscrizione dell’offesa rilevante i progetti ministeriali si sono preoccupati altresì di meglio definire le *cause di giustificazione*, distinguendole nettamente dalle *cause soggettive di esclusione della responsabilità* (v. in particolare gli artt. 16 e 17 del Progetto Pagliaro).

sia rispettosa dei limiti dell'intervento punitivo. Che è legittimo solo se fondato su un'effettiva esigenza di 'rieducazione', la quale presuppone un soggetto da rieducare e che tale può essere solo se abbia violato la norma rappresentandosi (dolo) o *potendo rappresentarsi (colpa) gli effetti pregiudizievoli del proprio comportamento*; quindi il loro contrasto con i valori dell'ordinamento.

I citati progetti ministeriali di riforma guardano naturalmente al destinatario del precetto, anche nella veste di eventuale imputato, che la Costituzione presume non colpevole e se ne occupano nella possibile veste di condannato. Lo impone già il *precetto di umanità della pena* fissato dalla nostra Costituzione. Il nuovo sistema delle sanzioni non può perciò confermare la originaria rigidità e severità del codice Rocco. Incrinatasi la fiducia nelle misure di sicurezza (che i progetti di riforma generale dal 1991 in poi escludono per il soggetto imputabile, abbandonando in tal senso e in questi limiti il sistema del c.d. 'doppio binario'⁷; il progetto Nordio prevede misure di controllo, cura e sostegno rieducativo), superata la visione meccanica o persino deterministica che in parti significative governava il codice Rocco, il nuovo sistema sanzionatorio si preoccupa della persona umana, non sottraendosi ad una riflessione critica sulla "rieducazione".

Al qual proposito deve considerarsi ormai sfatata una illusione: che la sanzione penale sia sempre e senz'altro capace di *rieducare*. La rieducazione - stabilisce la nostra carta costituzionale - rappresenta una finalità della pena; ma, al di là delle diverse interpretazioni del principio, va attentamente valutato il rischio di violare la personalità individuale, per realizzare, con una forzatura, l'ideale della rieducazione. Il proposito è quindi, sì, almeno tendenzialmente, quello della rieducazione, ma più pragmaticamente esso può essere concretizzato mirando al reinserimento sociale: il che significa che dobbiamo preoccuparci almeno di escludere, nei limiti del possibile, ogni sanzione desocializzante per favorire il ritorno alla legalità del condannato.

Una sentenza della Corte EDU (Corte europea dei diritti dell'uomo), la 'Torreggiani' del 2013, censurando alcuni difetti del sistema carcerario italiano, ha finito col sollecitare indirettamente una adeguata (c.d.) "decarcerizzazione", del resto già concepita dai progetti ministeriali di riforma; congegnando sistemi flessibili che concepiscano davvero la pena detentiva solo come ipotesi residuale. L'idea di un'opportuna trasformazione del sistema è iniziata con il progetto Pagliaro (1991); il Progetto Grosso (2001) ha poi proposto di intro-

⁷ Sistema che prevede la 'pena' quale reazione al *fatto di reato* e la 'misura di sicurezza' quale risposta alla *pericolosità dell'autore*.

durre nel codice penale misure molto significative quali la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità; il Progetto Nordio (2005) ha concepito un articolatissimo «sistema delle sanzioni», facendo dissolvere l'idea del carcere quale vero e totalizzante contenuto della sanzione penale, cogliendo anche le indicazioni provenienti dalle riforme già attuate. Il progetto Pisapia, varato nel 2007, si è avvalso dei progetti precedenti, sintetizzandone, valorizzandone e riordinandone l'assetto, rendendo sempre più chiaro come nel nuovo sistema delle sanzioni la pena restrittiva della libertà personale debba occupare uno spazio soltanto residuale: nella più fedele interpretazione del canone della *extrema ratio*, secondo il progetto Pisapia la pena detentiva va comminata e applicata soltanto là dove ogni altra sanzione si riveli insufficiente; presupponendo in ogni caso che il fatto commesso e la relativa figura criminosa esprimano componenti adeguate di disvalore.

In breve può dirsi che, il *principio di rieducatività* (come quello *di umanità*) della pena, fissato dalla Costituzione italiana (art. 27 co. 3), ha governato larga parte degli sviluppi dei lavori per i progetti di riforma dal 1988 in poi, consacrando un forte movimento per la decarcerizzazione quale fattore fondamentale per il reinserimento sociale del condannato.

8. *Segue. Ancora sulla 'decarcerizzazione' e sulla 'depenalizzazione'*. Per quanto detto, acclarata l'improponibilità della rinuncia al codice e alla sua centralità, anche nella definizione del sistema delle pene, lo scopo è come concepire l'idea di «codice» innovandola e rendendola più adatta al nostro tempo, promuovendo la conoscenza della legge penale, il controllo dell'effettiva gravità sostanziale dell'illecito, con la previsione del carcere solo quando strettamente necessario; comunque cercando di contrastare gli effetti desocializzanti della detenzione. Ma, al contempo e al riguardo, si è formata un'estesa convinzione che il movimento per la 'decarcerizzazione' *dovrebbe nascere da una adeguata, preventiva, depenalizzazione*, che 'ripulisca' il sistema penale dalle innumerevoli figure criminose prive di quel tasso sufficiente di gravità (oggettiva e/o soggettiva) occorrente per considerarle, non arbitrariamente, appropriate espressioni di rilevanza penale.

Il sistema penale italiano effettivamente si è arricchito di misure di c.d. depenalizzazione 'in concreto'⁸, che non possono non apprezzarsi; ma tentativi di depenalizzazione già 'in astratto', con ultimativa abrogazione delle fattispecie

⁸ Mi riferisco a misure quali l'estensione della perseguibilità a querela di parte, la previsione della non punibilità per la 'tenuità' del fatto, la estinzione del reato per il successo della 'messa in prova' o per le condotte riparatorie da parte del reo verso la vittima.

di reato prive di sufficiente gravità - tentativi che dovrebbero segnare l'effettiva e più efficace inversione di tendenza - finiscono con l'essere soffocati. *Per mille ragioni nulla è più difficile di una 'vera' e 'soddisfacente' depenalizzazione* delle attuali figure di reato. In complesso, dunque, tutte le spinte verso la depenalizzazione hanno condotto a risultati non confortanti sul piano della deflazione. I penalisti si stanno concentrando sulle ragioni di questo fenomeno; convinti che, superate le difficoltà, *la capacità di depenalizzare in misura significativa accrescerebbe fortemente la spinta volta alla razionalizzazione del sistema*. In ogni caso, molti passi in avanti hanno segnato il cammino, oltre che del diritto penale, delle scienze criminali e delle strutture carcerarie; cui va dato seguito per far fronte al fenomeno per come è venuto evolvendosi.

La Corte costituzionale italiana ha considerato centrale nel nostro sistema la funzione rieducativa della pena; al quale principio potrebbe darsi attuazione almeno nella forma di un reinserimento sociale, o, se si vuole, di un ritorno alla legalità. Occorre chiedersi tuttavia se già l'idea di *re-inserimento*, non sia un punto di partenza equivoco, se non compresa nel migliore dei suoi significati. Perché *re-inserire* può anche significare il tener "fuori" la persona per poi reimmetterla nel contesto sociale. In realtà molti di coloro che abbiano violato la legge penale potrebbero aver commesso reati del tutto occasionali, senza con ciò dover concludere che si tratti di persone, per così dire, "decontestualizzate". No, il condannato va considerato quale parte del contesto sociale e si deve far di tutto perché non ne esca; soprattutto che non venga 'cacciato' da esso a causa di un sistema carcerario non in sintonia con i tempi, visto che nessuno può ignorare come il carcere risulti, allo stato, a rischio di un incisivo effetto di 'desocializzazione', in mancanza di strutture e programmi di trattamento davvero all'altezza.

La pena di morte non è più prevista nel sistema italiano. Quanto all'ergastolo, si è convinti che non si riuscirebbe a far accettare all'opinione pubblica una riforma complessiva che prevedesse la sua abolizione. Tuttavia, si tende ad inquadrare il problema in un sistema sanzionatorio che non si incentri nel carcere. In altri termini, potrebbe al riguardo apparire necessario perseguire un sistema compiutamente articolato, con sanzioni che rappresentino forme di soluzione del conflitto sociale estranee all'idea pura e semplice della pena quale sanzione repressiva. In conclusione e in sintesi, sembra confermarsi in Italia un movimento di pensiero, secondo cui un nuovo sistema sanzionatorio penale non dovrebbe avere quale epicentro il carcere ma sanzioni diverse, il più possibile rieducative, con esclusione tendenziale dell'ergastolo.

Nella commisurazione della pena non dovrebbe sfuggire il valore permanente della giusta distinzione tra *fattori endogeni* e *fattori esogeni* del reato con rilievo aggravante dei primi e attenuante dei secondi. Non dovrebbe sfuggire altresì che i fattori oggettivi di aggravamento possano operare solo se “riflessi nella colpevolezza” (progetto Pagliaro, art. 39, co. 2); che dovrebbe valutarsi “il grado di capacità di commettere nuovi reati solo ai fini di attenuazione della pena (progetto Pagliaro, articolo appena *cit.*). Occorre recuperare su questo piano il meglio dell’idea del condizionamento subito dalla condotta umana. Se è vero che il singolo non può deresponsabilizzarsi è altrettanto vero che neppure la società può farlo. Nessuno può ignorare che il reato è co-determinato da fattori ambientali, familiari e sociali senza i quali il singolo non avrebbe commesso il reato; né si può ignorare che quegli stessi fattori avrebbero potuto trasformare in rei persone altrimenti rispettose della legge penale. Una valutazione onesta di quanto appena detto dovrebbe far riflettere su quella che potremmo chiamare ‘mistica dell’afflittività’, per aprire la mente alla concreta considerazione di sanzioni commisurate all’effettiva responsabilità individuale, il più possibile concepita per il recupero del reo.

9. *Le tendenze del sistema e la politica penitenziaria nella riforma Orlando.* La riforma del 2017 (riforma Orlando) rappresenta una prova significativa che il passaggio essenziale al sistema della c.d. post-modernità può *tendere in realtà verso la ricomposizione di un nuovo e meritevole sistema del diritto penale*; evoluzione che dovrebbe svolgersi in armonia con i principali progetti di riforma definiti nel recente passato, in ossequio ai principi costituzionali. In un processo di riforma, in cui la normativa sull’esecuzione della pena deve occupare un posto centrale. Uno dei profili che si propone come da valutare con la massima attenzione sta nell’esigenza di definire meglio la detenzione ‘domiciliare’, respingendo l’idea spesso risorgente che essa urti contro il principio di uguaglianza, consentendo al ricco prigionieri ‘dorate’. La detenzione ‘domiciliare’, che forse meglio potrebbe definirsi quale detenzione ‘non-carceraria’, invece, sviluppando la logica dell’art. 1, lett. a) della legge n. 67 del 2014, dovrebbe concepirsi come ‘detenzione in luoghi tendenzialmente *concordati*’ diversi dal carcere; luoghi in cui possa maturare al meglio, per le caratteristiche dei luoghi medesimi, il processo rieducativo, permettendo anche attività ‘solidaristiche’. Si consideri ad esempio la presa in affitto o utilizzazione da parte del condannato, *concordata con il giudice*, di un domicilio adatto ad attività di volontariato o alle attività di giustizia riparativa.

Comunque sia, di certo, occorre che la detenzione in carcere sia drasticamente contenuta nei limiti dell’assolutamente necessario; mentre, al contempo, il

principio di rieducatività (ed umanità) della pena deve permeare l'intero sistema, imponendo di collegare all'esigenza di un effettivo orientamento del destinatario, verso i beni e i valori tutelati, la posizione di norme conoscibili, nonché la piena realizzazione dei principi di offensività e di personalità della responsabilità penale, prestando la massima attenzione nel fondare correttamente la struttura dell'illecito penale nelle sue peculiari 'componenti sostanziali'; irrogando la pena sul solo presupposto di un fatto offensivo realmente dominabile e per ciò stesso voluto e rappresentato (dolo) o almeno rappresentabile (colpa) negli effettivi contenuti di disvalore sociale.

Nella rifondazione del sistema complessivo la Riforma Orlando del 2017 sembra interpretare il 'migliore spirito del tempo' per la linea di sviluppo della politica penitenziaria che persegue. Eminentemente sono le sue prospettive di un'esecuzione penale extracarceraria, dell'eliminazione di automatismi e preclusioni verso percorsi rieducativi e benefici penitenziari, dell'incentivazione di attività di giustizia riparatoria, dell'opportunità di lavoro retribuito, di collegamenti audiovisivi per mantenere rapporti familiari e riconoscimento del diritto all'affettività, dell'integrazione dei detenuti stranieri, di nuove misure rieducative per i minori⁹. Un'autonoma menzione merita la revisione delle pene accessorie, prevista dalla riforma Orlando del 2017, *con l'apposizione di un limite massimo corrispondente a quello della pena principale*. La innovazione appare quanto mai opportuna, per evitare che la pena accessoria rischi di rappresentare la più diretta negazione del processo di risocializzazione del reo, con chiaro sospetto di illegittimità costituzionale.

Tra i più importanti, sin dal progetto Pagliaro (1988-1991), si prospetta - come accennato - il problema della riforma della disciplina delle misure di sicurezza, che nel codice Rocco e nella nostra Costituzione (art. 25 co.3) rappresentano la risposta dell'ordinamento, non al fatto di reato, ma alla 'pericolosità' del reo¹⁰. Qui il sistema ormai è evoluto anche per interventi della Corte Costituzionale; oltre che per interventi della legge, in alcuni casi molto incisivi. Ma il sistema va chiarito e razionalizzato, come si propone meritoriamente la riforma Orlando del 2017. *Fondamentale è registrare che l'idea di abbandonare le misure di sicurezza viene esclusa*. Le misure di sicurezza potrebbero essere viste oggi quale espressione del c.d. "diritto penale della sicurezza" concepito nei termini di una disciplina generale delle misure di cura e/o controllo del soggetto pericoloso. Scopo di tutela che tuttavia va persegui-

⁹ Ai fini della conoscenza delle linee di sviluppo degli indicati principi posti dalla L. 2017, n. 103 va considerato lo *Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario* (Atto del Governo n. 501, gennaio 2018, n. 200).

¹⁰ C.d. sistema del 'doppio binario': pena per il *fatto*, misura di sicurezza per l'*autore pericoloso*.

to garantendo un intervento applicativo che si fondi su misure che *debbono davvero diversificarsi dalla pena*, escludendo per quanto possibile dalle stesse i contenuti afflittivi, come impone il nostro sistema costituzionale.

10. *La parte speciale del codice penale.* La parte speciale del codice penale si è arricchita di figure proprie della contemporaneità, quali i reati di terrorismo, le nuove fattispecie dei reati dei pubblici agenti contro la pubblica amministrazione (con forte inasprimento delle pene per i delitti di corruzione), i reati ambientali, i reati contro il sentimento per gli animali, i reati contro la maternità, le nuove fattispecie contro la libertà individuale (tra le quali le fattispecie di schiavitù, prostituzione minorile e in materia di pornografia, tratta di persone e traffico di organi, sfruttamento del lavoro, i reati di discriminazione razziale, etnica e religiosa), l'estensione dei reati sessuali, la tortura, i reati contro la riservatezza, i reati informatici e telematici, la nuova figura dell'usura, i delitti di riciclaggio e autoriciclaggio.

Molte delle nuove incriminazioni sono allocate nella legislazione complementare, secondo quanto detto, mentre dovrebbero essere riassorbite nel codice penale, se non altro, per dare oggi piena applicazione al ricordato principio di riserva di codice (introdotto dall'art. 3 *bis* c.p. nel 2018)¹¹.

Uno degli aspetti più significativi è espresso, a mio avviso, dai progetti Pagliaro (1991) e Nordio (2005) molto impegnati anche in una significativa ristrutturazione della parte speciale del codice penale; nel cui sistema il centro che irradia luce è la «persona umana», al contempo immettendo nel codice penale materie fondamentali di estrazione civilistica, come quella dei reati contro l'economia imprenditoriale, nelle sue diverse espressioni, e dei reati fallimentari. Quanto alla "persona umana" - valore "finale" per eccellenza - esse viene posta al centro del sistema e tutelata nelle sue manifestazioni fondamentali: la vita, l'incolumità, la salute, la libertà, il patrimonio. La stessa persona umana trova una proiezione nelle formazioni sociali, nella collettività e nelle espressioni di quest'ultima: nella famiglia, nel lavoro, nell'economia, nell'ambiente; ed è sempre la persona umana a rinvenire una proiezione nella più alta delle formazioni collettive, cioè nello Stato e nelle sue articolazioni: lo Stato visto come ordine costituzionale, come potere legislativo, giudiziario, esecutivo e come pubblica amministrazione. È dunque la persona umana ad esser posta al centro del pensiero riformatore; ed è essa che ispira non solo la tutela della vittima, ma anche il modo in cui il diritto penale deve concepire il proprio rapporto con il destinatario del precetto.

¹¹ La legge del 2018 ha anche iniziato a riassorbire appunto nel codice materie extravaganti.

11. *Dal diritto penale tradizionale al diritto punitivo. Sui rapporti tra codici, in particolare tra il codice penale e il codice civile.* Il nuovo sistema dei reati e delle pene in Italia va inquadrato in un più esteso sistema sanzionatorio 'penale', che oggi si fonda su tre grandi pilastri: il primo, quello del diritto penale tradizionale, nel quale includo anche il diritto penale del giudice di pace¹²; il secondo pilastro, quello del diritto penale in senso ampio, è altrimenti definibile quale diritto para-penale o punitivo, di cui è parte notevole la disciplina della responsabilità da reato degli enti collettivi. Disciplina che dovrebbe essere immessa – a mio avviso – nel codice penale, come aveva già immaginato il progetto Grosso; e che costituisce un'acquisizione molto importante dell'attuale sistema penale italiano, trattandosi di una completa articolazione delle norme utili a definire i presupposti dell'illecito dell'ente da reato, con attenzione ai principi fondamentali del diritto penale, tra cui quelli dell'imputazione causale e soggettiva dell'illecito all'ente (mediante il sistema del c.d. modello organizzativo).

Nei rapporti tra codici, in particolare tra il codice penale e il codice civile, si tratta di decidere se sia opportuno concepire disposizioni preliminari all'uno che valgano anche per l'altro. Così, per le fonti e l'interpretazione, norme generali in Italia sono state introdotte in Italia nel 1942 (Regio decreto 16 marzo 1942, n. 262) da disposizioni preliminari al codice civile, con diretta rilevanza per il sistema penale, tra l'altro stabilendo il divieto di analogia nell'applicazione di leggi penali ed eccezionali (art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale).

Quanto a materie complementari del sistema delle incriminazioni vale la interdipendenza. Si pensi alle «Disposizioni penali in materia di società e di consorzi» immesse direttamente nel codice civile (artt. 2621 ss.) che prevedono i reati societari, con norme che finiscono con l'averne una portata assimilabile a quella propria delle disposizioni di parte generale del codice penale¹³

¹² D. L.vo 28 agosto 2000, n. 274, che prevede la competenza penale del giudice di pace per reati di minore rilievo, con un autonomo sistema sanzionatorio che, oltre le pene pecuniarie, contempla l'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità. Volendo ulteriormente specificare, va considerato altresì il diritto penale minorile e il codice penale militare, di pace e di guerra.

¹³ Si pensi all'art. 2639 c.c., nella misura in cui chiarisce il significato delle qualifiche normative del soggetto attivo nei reati societari con riflessi che appaiono più ampi, contribuendo all'interpretazione delle medesime qualifiche, più in generale, nei c.d. reati propri. Viceversa si era formata, ad esempio, in passato la convinzione che le norme sul nesso di causalità fissate dal codice penale (artt. 40 e 41) valessero pedissequamente per l'ordinamento generale, dunque anche per il diritto civile; acquisizione ormai superata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite Civili della Cassazione.

Si tratta qui di uno dei corpi normativi 'autonomi', ammissibili contenitori di norme incriminatrici, cui fa riferimento il citato art. 1 co. 85 lett. q) della Riforma Orlando del 2017. Ma per valutarne appieno il significato di tale allocazione come di altre più o meno simili occorre considerare un problema che riguarda nel complesso la *tecnica di formulazione della legge penale*. Volendo semplificare, le norme incriminatrici, che non sono contenute nel codice penale, possono teoricamente trovare collocazione: (a) sporadicamente ed episodicamente in leggi complementari, per così dire 'periferiche'; oppure (b) essere inserite in un complesso normativo che appaia un 'tutto-organico', teso a disciplinare 'per intero' una speciale materia. Può in questo secondo caso configurarsi un vero e proprio «testo unico», in qualche misura assimilabile nella sua struttura a quella di un codice, pur non caratterizzandosi per una precisa sistematica che nella normazione 'codificata' dovrebbe risultare assolutamente unitaria.

Una tecnica di sistemazione *extra codicem* della disciplina penale [del tipo (b)], sempre che fosse scelta per offrire una conoscenza più sicura e immediata dell'intero corpo di una speciale disciplina, vista dunque nei suoi riflessi pure penalistici, potrebbe essere considerata accettabile.

Tuttavia l'allocazione esterna al codice [del tipo a) e b)] potrebbe corrispondere semplicisticamente a una c.d. *tecnica sanzionatoria* nella formulazione della norma incriminatrice, facendo apparire quest'ultima come se si limitasse a stabilire la sanzione per l'inosservanza di precetti il cui contenuto fosse 'totalmente' determinato dalla norma extrapenale di riferimento¹⁴. Tale c.d. tecnica sanzionatoria non è da approvare almeno perché rischia di far concepire il diritto penale come se potesse applicarsi 'soltanto' secondo i mezzi e i fini propri di altri rami del diritto, senza il necessario coordinamento. Mentre l'interprete, che cercasse doverosamente di curare quest'ultimo, finirebbe col creare notevoli problemi applicativi, per l'esigenza di raccordare la logica della norma penale con quella extrapenale. Ne deriverebbero difficoltà, spesso notevoli, connesse all'inadeguata ricostruibilità 'testuale' della 'reale' disposizione incriminatrice, che sta al legislatore di garantire e non all'interprete di 'congetturare'; dovendo provvedere, il primo, a una redazione corretta della norma e della fattispecie penale, secondo la tecnica che ne definisca preventivamente al meglio gli effettivi e 'peculiari' contenuti; dovendo invece l'interprete avvalersi della chiarezza legislativa, dando applicazione a norme di contenuto de-

¹⁴ Si pensi ai moltissimi casi in cui, non solo nella legislazione italiana, a conclusione di un certo testo di legge, una parte finale di esso si limiti a prevedere soltanto sanzioni penali collegandole alla violazione di specifiche disposizioni extrapenali precedenti, senza apportare alcun ulteriore (e doveroso) aggiustamento delle fattispecie incriminatrici, in ossequio ai principi propri del sistema penale.

finibile con (sufficiente) certezza per l'adeguata formulazione del testo di legge.

Il collegamento tra codici è, come noto, multiforme e necessario per definire profili specifici di disciplina. Si considerino in generale, per il codice penale, i moltissimi casi in cui esso, nelle singole disposizioni, richiama norme o istituti civilistici¹⁵, pure per determinare gli elementi dell'incriminazione (c.d. *elementi normativi* della fattispecie penale). Il collegamento è di particolare rilievo per comprendere in qual misura una certa inosservanza o un abuso di natura civilistica possa concretare un reato. Tenendo conto che la norma penale fa variamente ruotare la sua disciplina attorno all'inadempimento o allo scorretto esercizio del diritto o di una facoltà legittima, con effetti generali altresì in ordine ai limiti di configurabilità delle cause di giustificazione.

Al riguardo, per segnalare la ricerca in Italia di una tecnica che riduca, per così dire, a 'ragione penalistica' il significato della legislazione extrapenale richiamata, è utile la lettura dei progetti ministeriali di riforma generale che possono dare il senso ultimo del 'nuovo'; in particolare sembra significativo il progetto Pagliaro che, pur nei suoi limiti di uno schema di legge delega, si avvale di una corretta tecnica di ricostruzione 'penalistica' della fattispecie anche là dove essa rinvia a settori diversi di disciplina per la definizione degli elementi del reato.

Il collegamento del codice penale con il codice civile (o con altre materie, a partire dal diritto amministrativo) si pone altresì quale problema generale di coordinamento e specificità delle *diverse espressioni della giurisdizione*. Si tratta cioè di decidere *chi* debba risolvere, ad esempio, i problemi propri della materia civilistica rilevanti per il diritto penale, a seguito di rinvii contenuti nelle singole disposizioni di quest'ultima materia alla prima. Tali richiami risultano per lo più dal fatto che dette disposizioni incriminatrici usano lo strumento linguistico e logico dei, già ricordati, c.d. *'elementi normativi' della fattispecie penale*, appunto definibili e accertabili esclusivamente per il tramite di un'interpretazione «coordinata» delle diverse norme giuridiche.

Soprattutto a partire dal 1989, data in cui è stato varato il nuovo codice di procedura penale, è il giudice penale che decide in Italia anche su questioni civilistiche e altre questioni rilevanti per il diritto penale, salve eccezioni: in

¹⁵ Si pensi, ad esempio, in riferimento all'azione civile per danni da reato, all'art. 185 c.p.: «Ogni reato obbliga alle restituzioni, *a norma delle leggi civili*. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o *non patrimoniale*, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, *a norma di leggi civili*, debbono rispondere per il fatto di lui». Il risarcimento del danno non patrimoniale da reato è richiamato dall'art. 2059 c.c. con la seguente formula: «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

Italia è stato cioè abbandonato il sistema delle 'pregiudiziali' vincolanti che imponeva al giudice penale di attendere la soluzione delle questioni (originariamente) non-penali raggiunta nella sede giurisdizionale propria, per poi uniformarsi alle relative decisioni¹⁶.

In definitiva è sempre il giudice penale che decide sul significato che ha il fatto nella prospettiva dei detti elementi 'normativi' di fattispecie; ma dovrebbe farlo nell'ottica della c.d. concezione 'autonoma' del diritto penale, che implica comunque un 'adattamento' del significato extrapenalistico degli elementi normativi della fattispecie alla 'specifica' volontà del legislatore penale, senza naturalmente ignorare il necessario coordinamento con la norma extrapenale richiamata per la definizione della fattispecie penalistica; il che ha riflessi, naturalmente, non solo sul piano dell'accertamento del fatto di reato, ma anche del suo elemento psicologico (art. 47 co. ult. c.p. italiano).

12. *Segue. Prospettive di un nuovo sistema generale degli illeciti.* La codificazione penale si pone oggi altresì come squisito problema di riassetto della legislazione sul sistema sanzionatorio dell'ordinamento generale, con sanzioni di diversa natura, secondo la diversa tipologia degli illeciti, dovendo anzitutto distinguere l'illecito penale (reato) dall'illecito civile e da quello amministrativo.

Lo stesso importante tema, prima ricordato, della depenalizzazione ripropone il tema della diversificazione degli illeciti. È a tutti noto che il sistema pe-

¹⁶ Vanno al proposito considerate le seguenti disposizioni del codice di procedura penale italiano: Art. 2 C.p.p. «Cognizione del giudice - 1-Il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito [3,30,263 c.3, 324 c.8, 479]. 2- La decisione del giudice penale che risolve incidentalmente una questione civile, amministrativa o penale non ha efficacia vincolante in nessun altro processo». Art. 3 c.p.p. «Questioni pregiudiziali - 1. Quando la decisione dipende dalla risoluzione di una controversia sullo stato di famiglia o cittadinanza, il giudice, se la questione è seria e se l'azione a norma delle leggi civili è già incorso, può sospendere il processo fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce la questione. 2. La sospensione è disposta con ordinanza soggetta a ricorso per cassazione. La corte decide in camera di consiglio. 3. La sospensione del processo non impedisce il compimento degli atti urgenti. 4. La sentenza irrevocabile del giudice civile che ha deciso una questione sullo stato di famiglia o di cittadinanza ha efficacia di giudicato nel procedimento penale. Art. 479 c.p.p. «Questioni civili o amministrative - 1- Fermo quanto previsto dall'art. 3, qualora la decisione sull'esistenza del reato dipenda dalla risoluzione di una controversia civile o amministrativa di particolare complessità, per la quale sia già in corso un procedimento presso il giudice competente, il giudice penale, se la legge non pone limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa, può disporre la sospensione del dibattimento, fino a che la questione non sia stata decisa con sentenza passata in giudicato. 2- La sospensione è disposta con ordinanza contro la quale può essere proposto ricorso per cassazione [606]. Il ricorso non ha effetto sospensivo [588, c.1]. 3 - Qualora il giudizio civile o amministrativo non si sia concluso nel termine di un anno, il giudice, anche di ufficio, può revocare l'ordinanza di sospensione». Altre disposizioni rilevanti al riguardo sono: artt. 30, 263 co. 3, 324 co. 8, 18^b, 467, 477; 246 Disp. trans., c.p.p.; 324 c.p.c.

nale si è formato, in particolare dal 1930, con il Codice Rocco, fondando la definizione dell'area penalistica sulla tipologia formale delle pene (art. 17 e 39 c.p.). Ormai tuttavia la stessa Corte Edu ha ridisegnato la materia sostituendo o integrando la definizione *formale* con altra di *natura sostanziale*: è *dall'effettivo scopo e contenuto afflittivo* della sanzione che va dedotta la natura della stessa, con le relative garanzie sovranazionali di rango anche costituzionale. Ciò ha fatto, per così dire, 'deflagrare' il problema, già esistente, confondendo le tradizionali linee di confine, dovendo perciò riprendere il filo di una precisa definizione per l'intelligenza del sistema complessivo; occorrendo concepire precise differenziazioni.

Il punto di riferimento più attuale, nella *cornice generale* del sistema penale è, come noto, offerto dalla legge n. 67 del 2016, là dove stabilisce una via per "la riforma della disciplina sanzionatoria *dei reati* e per la contestuale introduzione di sanzioni *amministrative e civili*" (art. 2, co. 1). Nel prevedere le sanzioni pecuniarie civili, per l'ipotesi di depenalizzazione, stabilisce anche le basi di una definizione delle stesse, disponendo che siano "proporzionate alla *gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione e attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche*". Dunque, sanzioni civili ma sostanzialmente ispirate alla logica della commisurazione propria della sanzione penale (artt. 132 e 133 c.p.) (v. anche la L. n. 7/2016, artt. 3 e 5 ss.) Tuttavia la sentenza delle Sezioni Unite n. 16601/2017 ha chiarito che non si determina, con ciò, un effetto generalizzato. Non può cioè prescindersi al proposito da norme specifiche che prevedano sanzioni civili 'punitive'. Tenendo conto che quest'ultimo tema, dei c.d. "danni punitivi" - che meglio va definito quale materia dei "risarcimenti punitivi" - rappresenta un profilo di assoluto rilievo nell'attuale evoluzione della dottrina e giurisprudenza, anche italiana, dell'illecito civile. È sotto questo eminente profilo delle sanzioni e della loro più precisa distinzione che dovrà soprattutto concepirsi un migliore coordinamento del codice penale e del codice civile (non dimenticando anche l'altro profilo dell'esigenza spesso avvertita di una più adeguata, corrispondente, meglio coordinata codificazione dell'illecito nel diritto amministrativo¹⁷).

¹⁷ Muovendo dall'attuale legge sull'illecito amministrativo, la L. 24 novembre 1981, n. 689.