

LA “RISERVA DI CODICE” MESSA ALLA  
PROVA: DEONTICA IDEALISTICA *VERSUS*  
DEONTICA REALISTICA\*

**Criminalia**  
*Annuario di scienze penalistiche*

*in disCrimen dal 9.3.2020*

*Carlo Enrico Paliero*

SOMMARIO 1. Introduzione. — 2. Bipolarità di letture del “nuovo” art. 3-*bis* c.p. e *chances* di una sintesi. — 3. Alle origini del problema: le funzioni del Codice. — 3.1. La funzione identitaria. — 3.2. La funzione sistematica. — 3.3. La funzione pedagogico-tabuistica. — 4. *Excursus*: una riflessione (scettica) sul “Codice” come *Idealtipo*. — 5. Sulla clausola di riserva di codice. — 5.1. La *natura* della nuova disposizione: norma “programmatica a contenuto tecnico”? — 5.1.1. L’ipotesi della *norma materialmente costituzionale*: negazione. — 5.1.2. L’ipotesi del *principio generale dell’ordinamento*: negazione. — 5.2. Le finalità *politico-criminali* della nuova disposizione: tra deflazione indiretta e riunificazione semantica.

## 1. Introduzione

1.1. L’oggetto della mia riflessione è limitato a scrutinare il possibile significato dell’attuata introduzione nel Codice penale, ad opera dell’art. 1 d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21, dell’art. 3-*bis*, rubricato «*Principio della riserva di codice*», ai sensi del quale:

- «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».

Tale enunciato normativo di fresco conio si pone, come noto, in attuazione dell’art. 1, comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017 n. 103, ai nostri fini particolarmente interessante, trattandosi di una norma che contiene in sé, in forma per così dire *aggregata*, una *sintetica relazione esplicativa*. La c.d. “riforma Orlando”, infatti, inseriva la previsione del principio in parola nel contesto di un più ampio comma (il comma 85 dell’art. 1, appunto) dedicato alla riforma dell’esecuzione penale, da attuarsi per il tramite di «decreti legislativi recanti modifiche all’ordinamento penitenziario», e annoverava la riserva di codice tra i «principi e [i] criteri direttivi» da osservare al riguardo.

Calata nella sequenza temporale *fisiologica* (o, quanto meno, tradizionale) della

---

\* Testo rielaborato sull’argomento della mia Relazione tenuta al Convegno dell’Associazione Silvia Sandano: “*Politica criminale e riprogettazione del codice penale*” (Roma, 25 giugno 2018).

dinamica della criminalizzazione – scolasticamente articolata in tre momenti: (i) la posizione del precetto penale; (ii) l’alternativa: “osservanza” vs. “violazione” del precetto; e, infine (iii) l’inflizione della pena costituzionalmente vincolata alla rieducazione del condannato – la *consecutio temporum* seguita dal legislatore della l. n. 103/2017 appare indubbiamente poco convenzionale<sup>1</sup>. Una *consecutio*, anzi, per certi versi *improvvida*, in quanto letteralmente dimentica di quella dimensione funzionale della norma penale e del relativo regime di effettività, che si declina sul terreno della *prevenzione generale*, ossia *ex ante* rispetto all’eventuale commissione di un reato<sup>2</sup>.

Ad ogni modo, presupposta la commissione del reato in una prospettiva appiattita sulla (parimenti centrale, ma notoriamente non esclusiva) dimensione *specialpreventiva* della pena, il legislatore della “riforma Orlando” poneva espressamente in relazione, nell’accennata appendice *endo*-esplicativa, il «principio della riserva di codice nella materia penale» (e anche tale ultima espressione – “materia penale” – avrebbe potuto forse essere sostituita da una dicitura meno equivoca, tenuto conto dell’attuale *humus* dottrinale e giurisprudenziale, ancora “in cerca di identità” sul punto) con gli obiettivi «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»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Una collocazione «[maldestra], ma con esito almeno utile in termini pragmatici» secondo M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 20 novembre 2018, p. 6. Cfr. altresì *ibi*, p. 10. In senso critico rispetto alla citata collocazione, pur pervenendo – come si dirà – a posizioni antitetiche rispetto a Donini sul senso da attribuire al nuovo art. 3-bis c.p., anche M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, p. 136 ss.

<sup>2</sup> Sulla centralità della prevenzione generale, depurata dalle sue strumentalizzazioni più marcata-mente ideologiche o iper-funzionalistiche, valgono ancora per tutti i saggi raccolti nel volume M. ROMANO – F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, il Mulino, 1980, mentre per una più recente rivisitazione del paradigma in un quadro critico della “attualità” del “punire” rinvio al mio *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 447 ss., spec. p. 459 ss. e alla più ampia bibliografia ivi citata. Nell’analisi dell’effettività del diritto penale, la dimensione della prevenzione generale corrisponde alla c.d. «effettività della norma», in relazione alla quale confermo le considerazioni svolte in C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 509.

<sup>3</sup> Così l’art. 1, comma 85, lett. q), l. 23 giugno 2017 n. 103. E proseguendo per così dire nel “*Ritorno al futuro*”, la norma in questione procedeva poi a una compilazione *anticipata* di un *catalogo* di beni giuridici *meritevoli* di *tutela penale codicistica*, in quanto «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».

Le perplessità legate alla giustificazione politico-criminale della disposizione all’epoca *in fieri* sollevate dalla l. n. 103/2017 non sembrano completamente fugate dalla successiva *Relazione illustrativa dello Schema di D.lgs. Disposizioni di attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale*<sup>4</sup>. Qui, con passaggi sui quali mi riservo di tornare nel prosieguo, l’intenzione del legislatore delegante viene auto-interpretata come rivolta:

- per un verso a «razionalizzare e rendere, quindi, maggiormente conoscibile e comprensibile la normativa penale» (alla ricerca dell’inveramento, per così dire, di una *ratio cognoscendi* del penalmente normato);

- per altro verso, a «porre un freno alla eccessiva, caotica e non sempre facilmente intellegibile produzione legislativa di settore» (in una prospettiva di intervento rivolta, dunque, alla *deflazione normativa*).

In tal modo,

- salvaguardando *in primis* «l’inserimento del precetto penale in un contesto di disposizioni omogenee per settore, spesso anche di minuziosa regolazione di fenomeni e ambiti molto specifici, [in quanto] esprime un bisogno di *razionalità legislativa*»<sup>5</sup> (con ciò rilasciando, evidentemente – in contraddizione con i punti precedenti – il lasciapassare per una *fisionomia* comunque *policentrica* e “a rete” del sistema penale)<sup>6</sup>;

- e riservando altresì «al codice penale la tutela soltanto dei beni e interessi di rilevanza costituzionale, nella prospettiva di un *diritto penale minimo o essenziale*»<sup>7</sup>.

Quanto all’impatto sulla legislazione penale esistente, quella contenente la riserva di codice è ritenuta dal legislatore delegato «*norma di principio*», anche se «*argine* alquanto *labile* all’espansione poco meditata del diritto penale, trattandosi di norma ordinaria e non di rango costituzionale»; ma la collocazione «nella parte generale del codice

---

<sup>4</sup> Reperibile a partire da <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5941-principio-della-riserva-di-codice-in-gu-il-decreto-attuativo>.

<sup>5</sup> Corsivi aggiunti.

<sup>6</sup> In altro passaggio della *Relazione illustrativa* il legislatore delegato dichiara espressamente di rinunciare a «una trasposizione dalla legge speciale al codice penale della relativa fattispecie incriminatrice, nei casi in cui sussista una *forte interrelazione* dei singoli precetti penali con la disciplina di base che già li contiene. È infatti *sconsigliabile esportare* precetti penali dal corpo originario che li contiene, quando già organico o di tipo anch’esso codicistico: per esempio, le disposizioni penali in materia di sicurezza nella circolazione stradale, anche se comunque preposte alla tutela della vita e dell’incolumità personale» (corsivi aggiunti). Del resto, nello stesso art. 1, comma 85, lett. q), l. n. 103/2017 l’«attuazione (...) del principio di riserva di codice nella materia penale» era prevista come «tendenziale».

<sup>7</sup> Corsivi aggiunti.

penale» la «eleva a *principio generale* di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto»<sup>8</sup>.

1.2. Con l'introduzione dell'art. 3-*bis* c.p. giunge, per vero, a compimento un percorso politico-criminale come noto alquanto risalente: già la proposta di articolato licenziata dalla c.d. "Commissione Pagliaro"<sup>9</sup> aveva, infatti, previsto nei primi anni Novanta del secolo scorso la *riserva di codice*, elevandola al rango di vero e proprio "*principio di codificazione*"<sup>10</sup>, anche se affidato a una fonte di livello ordinario.

Rilievo costituzionale era invece attribuito al principio di riserva di codice in campo penale nell'ambito del *Testo del Progetto di legge costituzionale* approvato nel 1997 dalla c.d. "Commissione bicamerale"<sup>11</sup>: in tale elaborato normativo, l'art. 129 comma 4 prevedeva, infatti, che:

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

Anche in tale contesto la riserva di codice veniva concepita dal legislatore come «rimedio all'effetto perverso determinato dall'*inflazione legislativa* in materia penale, a causa della quale, di fatto, l'obbligo di conoscenza di tali disposizioni posto in capo a tutti i cittadini dall'articolo 5 del codice penale (...) è obbligo del quale non si può ragionevolmente pretendere l'adempimento»; la riserva di codice, dunque, era pensata quale strumento funzionale alla «razionalizzazione della *tecnica legislativa*» e a una migliore «*conoscibilità* delle disposizioni penali» in un'ottica di «*garanzia* per il cittadino»<sup>12</sup>.

In allora, la norma – comunque criticata per la formulazione non sufficientemente

<sup>8</sup> Corsivi aggiunti.

<sup>9</sup> *Rectius*, «Commissione per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge di delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, sia nella parte generale che in quella speciale», nominata con d.m. 8 febbraio 1988 e presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro.

<sup>10</sup> Con riferimento ai lavori della Commissione Pagliaro occorre ricordare l'art. 2 (rubricato «*Principi di codificazione*») della Proposta di articolato, che assegnava al Codice penale il compito, tra gli altri, di «porsi come testo centrale e punto di riferimento fondamentale dell'intero ordinamento penale, in modo da contrastare il pericolo di decodificazione».

<sup>11</sup> *Rectius*, «Commissione parlamentare per le riforme costituzionali», istituita con l. cost. 24 gennaio 1997 n. 1.

<sup>12</sup> *Relazione sul Sistema delle Garanzie* del Deputato Marco Boato, in <https://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/docapp/relas6.htm>, p. 106. (Corsivi aggiunti).

precisa<sup>13</sup> – era stata ipoteticamente (nelle more del percorso di riforma costituzionale, mai giunto a compimento) accostata a due letture contrapposte, che in ragione della segnalata assonanza testuale tra le norme possono riproporsi oggi nella vigenza dell'art. 3-*bis* c.p. Da un lato, si prospettava «una lettura massimalista», volta «a restituire al codice penale un ruolo primario e paradigmatico» con il «“corollario”» rappresentato da «un grande, sempre più doveroso progetto di decriminalizzazione» al contempo affrontando il – non eludibile – problema di predisporre *al di fuori* del penalmente rilevante «un sistema giuridico di tutela adeguato sul piano dell'efficienza e delle garanzie»<sup>14</sup>. Dall'altro lato, in chiave “minimalista”, ci si attestava su di «una lettura più realistica» funzionale «quanto meno, [a] *una razionalizzazione dei sottosistemi*, non già [alla] loro scomparsa»<sup>15</sup>. Tale seconda direttrice interpretativa è parsa<sup>16</sup>, fra l'altro, in linea con quanto tratteggiato in passato dalla citata proposta di articolato della “Commissione Pagliaro” per realizzare una forma di coordinamento tra Codice penale e normativa penale complementare, che riassegnasse al primo l'auspicata «centralità» nel sistema penale<sup>17</sup>.

Come noto, dopo il *Progetto* licenziato dalla “Commissione bicamerale” l'impulso all'introduzione di una riserva di codice in campo penale, ma di nuovo con rango di *legge ordinaria*, venne ribadito – sia pure in modo indiretto – dal c.d. “Progetto Grosso”<sup>18</sup>, che all'art. 3 comma 2 prevedeva:

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

---

<sup>13</sup> Cfr. M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, p. 108.

<sup>14</sup> *Ibi*, p. 106 s.

<sup>15</sup> *Ibi*, p. 108.

<sup>16</sup> Sempre a M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 108.

<sup>17</sup> Cfr. al riguardo l'art. 13 delle *Disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie* in calce alla *Proposta di articolato* della Commissione Pagliaro, datata 25 ottobre 1991, ai sensi del quale: «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» (corsivi aggiunti).

<sup>18</sup> Progetto approvato il 12 settembre 2000 dalla «*Commissione per la riforma del codice penale*» presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso, nominata con d.m. 1° ottobre 1998, reperibile in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?facetNode\\_1=4\\_57&facetNode\\_3=0\\_10\\_17&facetNode\\_2=0\\_10&previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS31488](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=4_57&facetNode_3=0_10_17&facetNode_2=0_10&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS31488).

E analogamente, in seguito, il c.d. “Progetto Pisapia”<sup>19</sup>, sulla stessa lunghezza d’onda dell’attuale art. 3-*bis* c.p., faceva comparire *esplicitamente* la “riserva di codice” nella stessa rubrica dell’art. 5 della proposta di articolato per una legge delega di riforma del Codice Penale, declinandola nei termini seguenti:

- «1. Prevedere 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» (art. 5 comma 1 lett. a).

La Commissione Pisapia qualificava una riserva di codice così concepita come *attenuata*, poiché non attribuiva al Codice penale – comunque definito quale «*testo esaustivo e, per quanto possibile, esclusivo dell’intera materia penale*» – una portata *onnicomprendiva*, sottolineando però al contempo l’esigenza di coordinare il dettato codicistico con le «*disposizioni penali inserite in leggi disciplinanti organicamente l’intera materia cui si riferiscono*»<sup>20</sup>. L’impianto sistematico tracciato della Commissione Pisapia assegnava nondimeno alla riserva di codice un ruolo *preminente*: in continuità con quanto proposto in precedenza dalla Commissione Pagliaro, essa era infatti annoverata tra i «*principi di codificazione*» al pari del principio di legalità, del principio di offensività, del principio di colpevolezza, etc. Non solo: l’art. 2 (rubricato, appunto, «*Principi di codificazione*») dello Schema di disegno di legge, al quale sarebbero stati allegati i “*Principi di delega al Governo per l’emanazione del nuovo codice penale*” veri e propri<sup>21</sup>, recitava con evidente riferimento alla “riserva di codice”:

- «Il codice penale si conforma ai principi e ai valori della [C]ostituzione[,] si adegua alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall’Italia e *si pone come testo centrale e punto di riferimento dell’intero ordinamento penale*»<sup>22</sup>.

In simile contesto, l’affermazione della riserva di codice era correlata all’esigenza

<sup>19</sup> Progetto licenziato in prima bozza il 14 maggio 2007 dalla «*Commissione per la riforma del codice penale*» presieduta dall’Avv. Giuliano Pisapia, nominata con d.m. 30 luglio 2006 con l’incarico di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del Codice Penale.

<sup>20</sup> *Relazione Commissione Pisapia*, 17 novembre 2007, reperibile in [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_12\\_1.wp?facetNode\\_1=0\\_10&facetNode\\_5=0\\_10\\_17&facetNode\\_4=4\\_57&facetNode\\_3=3\\_1\\_3&facetNode\\_2=3\\_1&facetNode\\_6=3\\_1\\_3\\_1&previousPage=mg\\_1\\_12&contentId=SPS47445](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_5=0_10_17&facetNode_4=4_57&facetNode_3=3_1_3&facetNode_2=3_1&facetNode_6=3_1_3_1&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47445).

<sup>21</sup> Si sarebbe trattato di un vero e proprio Allegato I, all’interno del quale sarebbe comparso l’art. 5 già citato.

<sup>22</sup> Corsivi aggiunti.

della deflazione normativa e della riduzione del penalmente rilevante<sup>23</sup>, nonché alla ricerca di una maggiore efficienza del sistema penale e al recupero delle garanzie, essendo considerata strumento di rinforzo del principio di legalità penale, funzionale alla creazione dei «presupposti di una effettiva possibilità di conoscibilità delle norme penali» con conseguente potenziamento della «capacità regolatrice» del testo codicistico e «della certezza e della credibilità del diritto penale»<sup>24</sup>.

Ebbene, al di là dei nessi tracciati tra riserva di codice e principi costitutivi del sistema in simile pluridecennale gestazione normativa (la legalità, da un lato, ma dall’altro lato – per il tramite dell’evocata “conoscibilità” della legge penale – evidentemente anche la colpevolezza), appare rilevante nella prospettiva autoassegnatami il legame stabilito, sin dai primi tentativi di formulazione, tra *nuove incriminazioni*, *Codice penale* e *legislazione extra-codicistica* (anche) *penale*, ossia *legislazione penale complementare*. Posto che quest’ultima (unitamente, è ovvio, ai Libri II e III del Codice penale) concorre a incarnare *naturalmente* la c.d. “Parte speciale” del sistema penalistico, emerge con chiarezza l’implicazione, direi, *genetica* tra (affermazione della) riserva di codice da una parte e, appunto, progettazione – o *ri*-progettazione – della Parte speciale del diritto penale, in uno (*paradossalmente*, vista la critica ricorrente all’inflazione penalistica) con il previsto *ingresso* di *nuove* norme penali.

## 2. Bipolarità di letture del “nuovo” art. 3-bis c.p. e *chances* di una sintesi

La “bibliografia” di partenza di questa mia riflessione è allo stato rappresentata dai recenti contributi di due studiosi, *Massimo Donin*<sup>25</sup> e *Michele Papa*<sup>26</sup>, che “a caldo” – ma con l’acribia che contraddistingue il loro metodo di ricerca – si sono confrontati

<sup>23</sup> «La riforma del codice deve ad avviso della Commissione, porsi l’obiettivo di un diritto penale “minimo, equo ed efficace”, in grado di invertire l’attuale tendenza “panpenalistica” che mostra, ogni giorno di più, il suo fallimento.

L’inserimento, nel nostro ordinamento, di sempre nuove fattispecie penali (soprattutto contravvenzionali) – che puniscono condotte per le quali sarebbe ben più efficace una immediata sanzione amministrativa – ha contribuito in modo rilevante a determinare l’attuale stato della nostra giustizia penale, unanimemente considerata al limite del collasso, con milioni di procedimenti penali pendenti e conseguente quotidiana violazione di quella “ragionevole durata del processo”, sancita dall’art. 111 della Costituzione e dall’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo» (*Relazione Commissione Pisapia*, cit.).

<sup>24</sup> *Relazione Commissione Pisapia*, cit.

<sup>25</sup> Cfr. M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 431 ss. Successivamente, cfr. ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist*, cit., p. 129 ss.

su questa tematica rilasciando, del *topos*, due letture che io colgo come *antitetiche*.

In estrema sintesi.

(a) Definirei la prima – quella di *Donini* – come una posizione di tipo *utopistico*, o *idealistico*, nella misura in cui, se ben colgo, attribuisce alla formula un carattere *costitutivo, costituente*, forse addirittura *performativo*<sup>27</sup>. In questa prospettiva, l'affermazione della riserva di codice non solo traccia un piano di riforme legislative “a doppio binario”, «trattandosi di rivedere contemporaneamente sia il “malato” decodificato e sia i luoghi normativi privilegiati dalla politica criminale di decodificazione, non più periferici, che hanno messo in crisi il corpo centrale del diritto punitivo»<sup>28</sup>; ma impatta altresì sui rispettivi parametri di legittimazione, giacché sdogana definitivamente la presenza di leggi complementari collocate accanto al Codice penale, ma non per questo caratterizzate da una «“specialità” deteriore»<sup>29</sup>.

Perspicuamente *Donini* ci ricorda la posta in gioco, e cioè la «riconoscibilità del sistema (...) come *precondizione* della conoscibilità delle singole norme»<sup>30</sup>. Nell'attualità non saremmo infatti chiamati a confrontarci soltanto con il paradigma “*classico*” di *decodificazione*, di irtiana memoria<sup>31</sup>, *versus* il quale hanno cercato di reagire tutti i progetti di riforma dell'impianto codicistico<sup>32</sup>; la marginalizzazione, di più, l'*attacco destrutturante* in atto al Codice penale assumerebbe *anche* connotati nuovi e imprevedibili negli esiti, spesso agevolati dall'affermazione di «sistemi penali differenziati autonomi, esterni al corpo centrale del codice, anche se non sempre organicamente concentrati in un testo unitario»<sup>33</sup>. Da un lato, sarebbe (obiettivamente, è) in atto un

<sup>27</sup> Cfr. M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 433: «è ormai palese che è stato intravisto un percorso di ricodificazione “costituente”».

<sup>28</sup> M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 433.

<sup>29</sup> *Ibi*, p. 434; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 3 s.

<sup>30</sup> M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit. p. 434; anche se è lo stesso A. a porre in merito un *caveat*: «neppure la presenza topografica di tutte [le] norme nel codice restituisce di per sé al sistema una identità» (ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 7).

<sup>31</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1999.

<sup>32</sup> Cfr. M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 3.

<sup>33</sup> *Ibi*, p. 7.

processo di «“decodificazione” ermeneutica»<sup>34</sup>, che come tale non si consuma più necessariamente *all'esterno* del Codice penale, ma – per il tramite del c.d. “diritto giurisprudenziale”<sup>35</sup> – riscrive e deforma le istruzioni operative *del* sistema (e dunque la “Parte generale”), per di più *ex post* rispetto al momento normativo (teoricamente centrale nella cornice della legalità penale). Dall'altro lato, la «rete delle fonti multilivello»<sup>36</sup> rappresenta un ulteriore *fattore e processo* di “decodificazione”, non solo perché plasma più o meno direttamente – sempre per via giurisprudenziale – la traduzione *in action* di categorie penalistiche (di “Parte generale”), ma anche perché veicola meccanismi di “eterodirezione” dei contenuti della legislazione penale<sup>37</sup>.

Allora, pur nella debolezza segnata dal rango ordinario della riserva di codice, che ne sancisce inevitabilmente il carattere *flessibile*, secondo *Donini*, «questa riforma crea vincoli sintattici, costruisce logiche sistematiche, ed esprime (...) un primato direttivo del codice – e non solo della Costituzione – sul sistema penale»<sup>38</sup>. La lettura che ne fa questo Autore assegna dunque all'art. 3-*bis* c.p. una funzione *costituente*, nella misura in cui rintraccia in siffatta disposizione una *valenza legificante* rispetto ai principî costituzionali di determinatezza e di *extrema ratio*, viceversa conculcati in uno scenario “decodificato”<sup>39</sup>:

- «La *riserva di codice* infatti non “esprime”, ma “legifica” – conferendo a essi

<sup>34</sup> M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 442.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. *ex multis* G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, Cedam, 2002, con particolare riferimento ai saggi raccolti nella Sezione Prima; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1722 ss. e ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008; A. GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.; W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, *ibi*, 2007, p. 73 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014 e - più risalente - AA. VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, Cedam, 1997. In una prospettiva più ampia, con riguardo anche al ruolo delle Corti dei diritti nel panorama sovranazionale, cfr. infine G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

<sup>36</sup> M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 442.

<sup>37</sup> Cfr. con riferimento all'art. 83 TFUE M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit. p. 445, nota 60.

<sup>38</sup> M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 4.

<sup>39</sup> Su questi profili mi permetto di rinviare al mio saggio: *Pragmatica e paradigmatica della Clausola di “Extrema Ratio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1447 ss.

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 (...) alla “*costruzione del sistema*” penale<sup>40</sup>.

La riserva di codice, dunque, sarebbe, ossimoricamente, una “*regola-principio*” in quanto «regola che legifica principi»<sup>41</sup>; e nell’aggancio ai principi di determinatezza ed *extrema ratio* risiederebbe anche la possibilità di controllare – rispettivamente, ex art. 25 comma 2 Cost. e art. 3 Cost. – eventuali violazioni della stessa<sup>42</sup>.

(b) Agli antipodi, la seconda chiave di lettura qui considerata – quella di *Papa* – vira verso un paradigma che definirei *nichilistico*, giungendo a negare l’attualità del concetto stesso di “Codice”, nonché la funzione del Codice come pietra angolare del sistema penale.

*Papa* sviluppa la propria analisi sottoponendo a verifica la tesi per la quale ciò che oggi appelliamo “*Codice penale*” sia diventato in realtà «*un oggetto scheumorfico*»<sup>43</sup>: un “oggetto” cioè *nuovo e diverso* rispetto al Codice penale tradizionalmente inteso, ma che copia la *forma* dell’archetipo, essenzialmente perché presenta alcune *analogie funzionali* rispetto ad esso ed evocare *metaforicamente* il *passato* aiuta a comprendere – anche se non a fondo – il *presente*<sup>44</sup>. Il Codice penale attuale si distanzerebbe molto, infatti, dal complesso normativo che «sulla scia della migliore tradizione illuministica, si [poneva] come sintesi mirabile, come “città ideale” del diritto penale»<sup>45</sup>; questo Idealtipo sarebbe invece gradualmente mutato trasfigurandosi – per mantenersi nell’espressività metaforica – in un «“*centro di accoglienza*”», ossia in «un

<sup>40</sup> M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 8 s.

<sup>41</sup> *Ibi*, p. 9.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist*, cit., p. 139.

<sup>44</sup> Cfr. M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist*, cit., p. 129 ss., ove l’A. descrive lo scheumorfismo come «fenomeno semiotico» quotidiano e pervasivo, sottolineandone – appunto – la *funzione cognitiva*, la fisiologica *imperfezione dell’equivalenza* tra i termini della relazione scheumorfica, nonché la *riduttività* intrinseca all’approccio scheumorfico sul piano epistemologico: «la forma nota, proprio perché concernente un altro, più vecchio, oggetto, può divenire anche una prigioniera (...) la cognizione del nuovo sarà marcatamente “conservatrice”, tenderà a sottovalutarne, a sottoutilizzarne, a mortificarne le potenzialità» (*ibi*, p. 133); «un uso eccessivo di oggetti scheumorfici può essere limitante e contro produttore: c’è il rischio di rimanere in una condizione di ignoranza rispetto alla inedita realtà del nuovo» (*ibi*, p. 134).

<sup>45</sup> *Ibi*, p. 136.

contenitore di reati del tipo più disparato: siano essi di nuova creazione o in arrivo dagli angoli più remoti della galassia *extra codicem*»<sup>46</sup>.

Ad avviso di questo secondo Autore, l’amletico dilemma è chiedersi se sia ragionevole reagire «con un tratto di penna» a un processo di decodificazione iniziato negli anni ’50-’60 del Novecento e tuttora in corso – dunque di «natura non contingente» –, o se piuttosto «forzare la ricodificazione penale (...) [voglia] dire voler mettere indietro le lancette della storia, negando la novità e unicità del nostro tempo»<sup>47</sup>. Continuando a considerare il Codice penale nell’accezione ad esso tradizionalmente attribuita, ossia come «una ben strutturata, armonica, razionale forma organizzativa della legislazione»<sup>48</sup> penale, l’attrito tra la strutturale tendenza alla decodificazione e la *perorazione* per una irrealistica riserva di codice non potrebbe che produrre effetti distruttivi proprio per il sistema, che si vorrebbe preservare: «ciò che chiamiamo codice è in realtà una interfaccia semiotica che serve per riferirsi a qualcosa di completamente diverso (...) un insieme di norme informi ed eterogeneo»<sup>49</sup>. Paradossalmente, anzi, il d.lgs. n. 21/2018 – nel disporre il trasferimento di un ridotto numero di fattispecie incriminatrici e delle disposizioni in tema di confisca dalla normativa complementare alla sede codicistica – non farebbe che «accentuare la trasformazione del codice stesso (...) da “città ideale” del diritto penale» a «mero “centro di accoglienza” per reati migranti»<sup>50</sup>.

Nell’analisi di *Papa*, si coglie purtroppo la consapevolezza che la natura “*scheumorfica*” di ciò che oggi chiamiamo “Codice” si pone in attrito con il fondamento sostanziale (politico-ideologico) sotteso all’idea *tradizionale* di “Codice” e alle istanze che ancora si orientano in tale direzione (la c.d. «ideologia della codificazione»)»<sup>51</sup>.

La *pars construens* dell’analisi di *Papa* muove dalla constatazione del fatto che «l’oggetto-codice», ossia il «piccolo librettino rilegato», che assegna alle norme un luogo (o *vincolo*) fisico, non è più né necessario, né utile: la tecnologia informatica consente all’interprete di «scomporre e riaggregare le norme del codice penale» e delle leggi complementari *a proprio piacimento* nel c.d. processo di *sorting*<sup>52</sup>, dando forma a sequenze di disposizioni (*playlist*) compilate sulla base di criteri di selezione contingenti e mutevoli. Tutto ciò si riflette inevitabilmente sull’idea di codice attualmente concepibile:

<sup>46</sup> *Ibi*, p. 139.

<sup>47</sup> *Ibi*, p. 141.

<sup>48</sup> *Ibi*, p. 142.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibi*, p. 148.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> *Ibi*, p. 150.

senza mettere in dubbio «il valore, etico e pratico, di una legislazione sistematica, razionale, stilisticamente omogenea»<sup>53</sup>, «un progetto di riorganizzazione e razionalizzazione del sistema del diritto penale non può che essere, oggi, globale, policentrico, a rete»<sup>54</sup>. In questo nuovo scenario, il collante tra le singole norme – considerate alla stregua di “dati” (nel senso informatico del termine) al netto del procedimento di *produzione* delle stesse, che rimarrebbe ovviamente di competenza legislativa – sarebbe allora rappresentato dal *network*, ossia da «regole [che] disciplinino le relazioni tra i dati»<sup>55</sup>, anch'esso pur tuttavia rimesso al legislatore in ossequio al principio di riserva di legge<sup>56</sup>.

(c) A tali, antitetiche, letture voglio qui accostare – non certo come *tertium comparationis*, ma come “medio” di correlazione discorsiva – il recente scritto di *Carlo Sotis* in tema di “*obbligo di rubrica*”<sup>57</sup> che a mio avviso introduce un concetto “intermedio”, forse utile, se non a una sintesi costruttiva tra i due precedenti paradigmi, per lo meno alla massima valorizzazione dei contenuti propositivamente più praticabili di entrambi.

Se è – innegabilmente – vero che il vincolo a una rubrica caratterizza identitariamente la semantica della codificazione penale, e viceversa la rinuncia a “nominare” i reati è il *signum* rivelatore del *modus legiferandi* inaugurato e legittimato dall’“età della decodificazione” (costante assoluta delle norme topograficamente ambientate nella legislazione penale complementare), l'imposizione, almeno *tendenziale*, della riserva di codice propugnata dalla “Riforma Orlando” apre la possibilità di sviluppare virtuosamente il sistema in due innovative direzioni. Su di un fronte, “importando” nel territorio codicistico (parte del)la legislazione complementare (e così ha già iniziato a operare il d.lgs. n. 21/2018). Su altro fronte, utilizzando il Codice – *rectius*, la semantica sua propria e il *modus legiferandi* che *ab ovo* lo hanno caratterizzato – come “prodotto di esportazione” da introdurre nelle lande sconfiniate, brulle e prive di vie scandite da pietre miliari e stele indicatrici, del “penale *extra codicem*”; operazione

<sup>53</sup> *Ibi*, p. 151.

<sup>54</sup> *Ibi*, p. 152.

<sup>55</sup> *Ibidem*, nonché p. 153, nota 34.

<sup>56</sup> Critico sulla posizione espressa da Papa è M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., p. 20 s.: si tratterebbe di un «discorso futurista» che «mentre taglia fuori radicalmente l'oggetto codicistico classico, che è il passato, (...) dice al consociato, esposto alla “rete normativa”, che sarà il potere 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 alcune (non è ben chiaro quante) norme di parte generale»; «Una *deregulation* generale verso un nuovo Medioevo, o verso il particolarismo del diritto comune».

<sup>57</sup> Cfr. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1346 ss.

questa di mediazione culturale nella quale appunto un "obbligo rubricatorio" svolgerebbe – in applicazione dell'aforisma giustiniano "nomina sunt consequentia rerum" – un'importante funzione, tanto espressiva dei contenuti quanto semplificatoria della materia<sup>58</sup> (l'*Appelfunktion* tradizionalmente assegnata al *Tatbestand* si coniugherebbe in tal modo al criterio epistemologico wittgensteiniano secondo cui è inibito parlare di ciò che non si è in grado di definire)<sup>59</sup>.

### 3. Alle origini del problema: le funzioni del Codice

È rintracciabile un *fil rouge* che colleghi le diverse letture fomentate, nella dottrina, dal testo del progettato art. 3-*bis* c.p.? Personalmente, lo colgo nell'urgenza di interrogarsi sulla *funzione* – o *le funzioni* – di ciò che continuiamo a indicare, noi giuristi continentali, con il lessema "Codice penale" ("Code pénale", "Strafgesetzbuch"). Nell'analisi di *Donini*, il Codice non è solo un "luogo" in cui (come in altri) dimorano norme penali, ma è una "patria" che rilascia a chi risiede nei suoi territori una *identità statutaria* che funge da criterio di *riconoscibilità* del sistema che tali norme costituiscono, distinguendole da ogni altro sistema strumentalmente affine. Nell'approccio di *Papa*, invece, il *topos*-Codice non è altro, se ben comprendo, che una *metafora, anticamente performativa*, ma fornita *ora* di una funzione (solo *parzialmente*) *cognitiva* (in termini "esemplificatori") della legislazione punitiva del *presente*.

Prendo allora le mosse dal *focus* così interpretato della diatriba fomentata dalla introduzione della norma potenzialmente rivoluzionaria oggetto della nostra riflessione odierna, per immaginare, *in limine*, quale possa essere il ruolo del Codice come *topos* e come *istituzione*.

Uso qui il termine "topos" in senso letterale, e cioè sia quale *indice topografico* ("luogo", appunto), sia in senso metaforico, quale *modello narrativo* riproducibile in contesti diversi, ma dotato di una propria riconoscibile e identitaria unità. Con il lessema "istituzione" alludo, invece, in termini non più descrittivi, ma *funzionali*, al fatto

---

<sup>58</sup> Cfr. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, cit., p. 1365, che sottolinea anche l'effetto indirettamente deflattivo della previsione del vincolo di rubrica.

<sup>59</sup> «Il metodo corretto della filosofia sarebbe propriamente questo: nulla dirsi se non ciò che può dirsi (...) ogni volta che altri voglia dire qualcosa di metafisico, mostrargli che, a certi segni delle sue proposizioni, egli non ha dato significato alcuno»; «D'una risposta che non si può formulare non si può formulare neppure la domanda»: così L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1922), trad. it. a cura di A. G. Conte, Torino, Einaudi, 1989, rispettivamente, § 6.53, p.175 e § 6.5, p. 173.

che il Codice *in quanto tale* (come struttura, o, se vogliamo usare un linguaggio filosofico, come *Gestalt*) incarna plasticamente una ben precisa *scelta di metodo* operata dall'ordinamento giuridico che decide di avvalersene, con ricadute *anche performative* sulla materia così confinata: a queste condizioni, il Codice viene a costituire a tutti gli effetti l'«*ossatura*» e al contempo la «*fisionomia*» del sistema<sup>60</sup>.

\* \* \*

Poste queste premesse, cerco di contribuire al dibattito indicando *tre funzioni* che il codice può tuttora proficuamente svolgere:

- (a) *identitaria*;
- (b) *sistematica*;
- (c) *pedagogico-tabuistica*.

### 3.1. - (a) *La funzione identitaria*

Come ha perspicuamente dimostrato *Giovanni Tarello*, il termine «codice» – nell'accezione per noi consueta di «libro di regole giuridiche organizzate secondo un sistema (un ordine) e caratterizzate dall'unità di materia corrispondente ad un settore dell'organizzazione giuridica»<sup>61</sup> – è frutto di una *specializzazione* del vocabolo (rispetto al latino *codex*) all'esito di «un processo, prima ideologico e politico che linguistico, destinato a compiersi nei primi decenni dell'Ottocento»<sup>62</sup>.

Dal punto di vista storico, la «struttura a diritto codificato» si abbina allo Stato liberale, del quale realizza gli scopi *politici* tanto nel settore civilistico-commerciale, quanto nel settore penale, mentre le «tecniche “promozionali” [stanno] fuori dal diritto codificato (...) nel diritto amministrativo»<sup>63</sup>. Il Codice penale, nello specifico, era visto come «il più breve ed economico sistema di guida dei comportamenti», posto che «si limitava alla tutela dell'assetto esistente della distribuzione del potere e della distribuzione dei beni, reprimendone con sanzioni negative il turbamento» e consentiva

<sup>60</sup> Cfr. G. TARELLO, Voce *Codice. I) Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, p. 6 s.

<sup>61</sup> G. TARELLO, Voce *Codice. I) Teoria generale*, cit., p. 1. Come ulteriori caratteristiche qualificanti la nozione di “codice”, l'A. menziona l'essere «vigente per tutta l'estensione geografica dell'area di unità politica (per tutto lo Stato), rivolto a tutti i sudditi o soggetti all'autorità politica statale, da questa autorità voluto e pubblicato, abrogante tutto il diritto precedente e non integrabile con materiale previgente, nonché destinato a lunga durata» (*ibi*).

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> G. TARELLO, Voce *Codice. I) Teoria generale*, cit., p. 6.

una «*semplificazione* della repressione»<sup>64</sup>, sia perché procedeva appaiato all’affermazione del monopolio punitivo nelle mani del potere sovrano, sia perché riduceva i beni meritevoli di tutela penale a due soltanto, e cioè «lo Stato (organizzazione e ordine pubblico) e il privato (vita, salute e proprietà)»<sup>65</sup> con effetti largamente *depenalizzanti* rispetto alla legislazione penale preesistente.

Fin dalla sua genesi, dunque, in una fase dello sviluppo legislativo che definirei *centripeta*, il Codice rappresenta uno strumento di organizzazione del diritto funzionale alla *deflazione* – piuttosto che all’*inflazione* – del penalmente rilevante, nonché alla *semplificazione* della materia criminale grazie all’implementazione di una sistematizzazione *unitaria*, che esclude l’*etero*-integrazione. Una costruzione giuridica, quella del Codice, che è al tempo stesso *conseguenza* e *causa* di una *identità*:

- è *conseguenza* di una *identità* in quanto il Codice è il portato *unitario* di una *omogeneità politico-sociale* di fondo (quella dello Stato liberale), e in ciò si rinviene la dimensione *politica* della codificazione;

- è *causa* di una *identità* poiché, quando *esiste* in un dato sistema, il Codice – come “*istituzione*”, appunto – lo *costituisce* quale sistema “a struttura codificata” (per riprendere la terminologia di *Tarello*) e lo *identifica* in quanto tale.

È questo un concetto che si coglie facilmente oggi, sol che si consideri l’effetto di *dicotomizzazione* che l’adozione del (di un) Codice determina, portandoci a distinguere – almeno tendenzialmente, e con qualche semplificazione – i sistemi di *civil law*, tradizionalmente ancorati a un Codice, da quelli di *common law*, viceversa (forse, adesso sempre meno)<sup>66</sup> slegati da tale forma giuridica. Ma assistiamo anche a un secondo effetto “dicotomizzante” che coinvolge i *poteri* dello Stato: all’interno del nostro stesso sistema “a struttura codificata” distinguiamo infatti, da un lato, il connubio di potere legislativo e potere giudiziario come *orientato* tradizionalmente *da* un Codice, di cui evidentemente questi due *formanti* si scambiano la “gestione”, in contrapposizione al potere esecutivo, dall’altro lato, viceversa conformato da un (mero) *raggruppamento frastagliato di leggi* amministrative.

Ora, anche volendo soffermarsi sui soli fattori “tradizionali” di decodificazione (senza sondarne i nuovi, limpidamente messi in luce dall’analisi di *Donini* di cui sopra) e

<sup>64</sup> *Ibidem*, corsivi aggiunti.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> In generale, rinvio in tema a due “classici”: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, UTET, 1992 e A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, II ed., Padova, Cedam, 2004.

riecheggiando quindi il noto paradigma di *Irti*<sup>67</sup>, è chiaro che la stessa esigenza di affermare espressamente una *riserva* di codice per il tramite dell'art. 3-*bis* c.p., non è che il portato di una *fase centrifuga* dello sviluppo legislativo, e in stadio ampiamente avanzato.

Sono note le parole con le quali *Irti* fotografava già qualche decennio fa lo “scenario decodificato”; parole, notoriamente riferite all’ambito civilistico, ma che suonano come un sinistro vaticinio per la riserva di codice testé propagandata in campo penale:

- «Il nostro tempo non rinnova la disputa sulla codificazione. Ne sono spenti o caduti i termini ideali: l’utopia di un diritto segnato dalla ragione a tutti gli uomini ed a tutti i paesi; la fiducia nella spontanea creatività della coscienza popolare. Il problema del codice civile oggi è null’altro che il problema del potere, che la stessa dialettica tra lo Stato ed i gruppi sociali. La crisi della “centralità” del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell’emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto»<sup>68</sup>.

Nella consapevolezza di semplificare grossolanamente la portata del problema e dell’analisi irtiana, vorrei sottolineare un nesso, che traspare con chiarezza nel passaggio appena citato e riconferma per altro verso l’intuizione di *Tarello*: il processo di codificazione (e la sua crisi) sono strettamente avvinti al *coagularsi* (e, rispettivamente, allo *sfaldarsi*) del tessuto socio-politico di riferimento, cioè, a ben vedere, degli *assetti di potere* in base ai quali si ordina – in una certa fase storica – la stessa platea dei destinatari delle norme codificate.

Vien da chiedersi, allora, se l’innesco rappresentato dall’art. 3-*bis* c.p., che ha riacceso sul versante penalistico la disputa sulla codificazione, rappresenti una mera forzatura “tecnica” – senz’altro animata da nobili intenti, *ça va sans dire* – o trovi reale corrispondenza, sul piano *sostanziale*, in un omologo processo parallelo di matrice socio-politica: solo in questa seconda eventualità, mi sembra, il futuro della riserva di codice potrà andare oltre la mera petizione di principio (per di più, “di rango ordinario”).

Sul punto, mi sento di condividere un certo pessimismo, posto che – anche se osservato negli anni più recenti – il processo di decodificazione in realtà parte da lontano, come ho già avuto modo di osservare, nel periodo bellico e dalle ragioni sostanzialmente economiche ispiratrici della legislazione di allora<sup>69</sup>; difficile attualizzarne le

<sup>67</sup> N. IRTI, *L’età della decodificazione*, cit.

<sup>68</sup> *Ibi*, p. 49.

<sup>69</sup> Cfr. C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, p. 58 ss., 65 ss.

dinamiche rivitalizzandone le forze motrici in un così mutato quadro socio-economico prima ancora che politico.

### 3.2. - (b) La funzione sistematica

La seconda funzione propria del “Codice” è di tipo *sistematico*: come ci ricorda ancora Tarello, infatti, la forma «codice» pertiene a un *corpo organizzato* di regole, eretto a *sistema, autosufficiente e unitario* sotto il profilo *interpretativo*<sup>70</sup>. In ciò risiede, a mio avviso, la primaria dimensione *tecnica* del (di un) *Codice*.

Riferendoci specificamente al versante penalistico, il perno di tale unitarietà è rappresentato dal collegamento *funzionale* tra Parte generale e Parte speciale, posto che le *regole* della Parte generale (*imputative*, in senso lato e in senso stretto) non sono che lo strumento per leggere e sistematizzare le singole incriminazioni (o “*imputazioni*”).

In proposito, scorgo un altro elemento fondamentale, che è di natura tecnico-*semantica*: condizione per l’unitarietà di un Codice (penale, nel nostro caso) è l’utilizzo di un *lessico*, di una *semantica comune*: condivisi cioè *sia* dal sistema in quanto tale, *sia* dalle singole fattispecie giuridiche che il sistema compongono. Si tratta, per un verso, della *sintassi* del *Tatbestand* inteso hassemerianamente<sup>71</sup> come *Fattispecie-Tipo*: del “Tipo *chiuso*”, cioè, così come “chiuso” è il sistema nel suo complesso, ossia *non etero-integrabile*. Per altro verso, si tratta della *sintassi* del *Fatto* – cui rimanda tradizionalmente il principio di *determinatezza* e, in ottica più recente, il *vincolo di rubrica* prospettato da *Sotis* –; il Fatto inteso, cioè, come *tranche de vie*, precipitato dell’*empiria*, che impone l’adesione del modello giuridico (della *Fattispecie-Tipo*), attraverso il *dispiegamento* dell’uno sull’altra (e viceversa), alla *realtà*, ossia – nel nostro caso – alle “costanti criminologiche” preesistenti alle regole, e che le regole stesse descrivono o performano (a seconda che si abbia a che fare, secondo la felice dicotomia geigeriana, con norme penali *dichiarative* piuttosto che *proclamative*)<sup>72</sup>.

Ma la funzione sistematica del Codice si sgretola, quando – accanto o addirittura *all’interno* del Codice inteso in senso topografico – s’insinuano *Generalklauseln* o modelli integrati/plurifattoriali di disciplina (anche se non esclusivamente sanzionatori, ma

<sup>70</sup> G. TARELLO, Voce *Codice. I) Teoria generale*, cit., p. 1.

<sup>71</sup> W. HASSEMER, *Fattispecie e Tipo* (1968), trad. it. a cura di G. Carlizzi, Napoli, ESI, 2007, spec. p. 132 ss.

<sup>72</sup> T. GEIGER, *Studi preliminari di sociologia del diritto* (1947), trad. it. a cura di L. Schröder, Milano-Udine, Mimesis, p. 144 ss. In proposito rinvio anche al mio: *L’indifferenza costruttiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 705 ss.

attratti nel territorio penalistico da meccanismi “a catena” di etero-integrazione tecnica o normativa di settore)<sup>73</sup>, che con evidenza disestano il modello del *Tatbestand* e la *chiusura costitutiva e costituente* della “forma Codice”. E s’inceppa di conserva lo stretto rapporto tra Parte generale e Parte speciale, che si regge sul collegamento *piramidale* e *a tenuta stagna* tra *criteri* d’imputazione e *modelli* imputativi: le clausole generali e la proliferazione *orizzontale* di schemi sanzionatori, prони a principî ispiratori e a istanze di tutela (e di potere) propri di settori *altri* rispetto a quello penalistico, determinano più che sporadicamente, infatti, *connessioni nuove* fra criteri d’imputazione e modelli imputativi, *per se* deformanti rispetto alla regola codicistica tipica.

### 3.3. - (c) *La funzione pedagogico-tabuistica*

Individuo, infine, in questa mia cursoria rassegna una terza possibile funzione propria del Codice, cui mi sembra particolarmente si orienti la novità normativa di cui discutiamo: alludo alla funzione *pedagogico-tabuistica*.

Dopo quella *politica* e quella *tecnica*, si esprime qui la dimensione, per così dire, *comunicativa* del Codice (inteso come *topos*), ossia la capacità propria di quest’ultimo di trasmettere e rendere riconoscibili le “regole di base” costitutive del modello di società che – come si è detto – il Codice stesso contribuisce a identificare: quella società *omogenea* che ha prodotto, con la rivoluzione borghese e la conseguente, almeno temporanea, costituzione dello Stato liberale monoclasse, il socio-politicamente sintonico schema unitario di regolamentazione dei comportamenti.

Nella dottrina in lingua tedesca, a tale proposito si utilizza, relativamente al *Tatbestand*, il termine *Appellfunktion*<sup>74</sup>, per indicare la “funzione di richiamo” insita nel Tipo penale: in altre parole, chiunque, “leggendo” il Codice come un *vademecum* di vita sociale, è in grado di capire quali sono i comandi da seguire, quali le conseguenze in caso di trasgressione, ma soprattutto, in sintesi, quali sono il quadro e la gerarchie dei *valori* cui l’ordinamento è improntato e ai quali deve uniformarsi. Ed è nella *valenza comunicativa* del Codice che si rintraccia correlativamente una garanzia *anticipata* dello stesso principio di colpevolezza.

<sup>73</sup> Si pensi in particolare si settori caratterizzati da una forte “amministrativizzazione” tecnocratica dei contenuti dell’enunciato deontico penale: per tutti valga l’esempio dei reati di “*Market Abuse*” (in merito cfr., per tutti, F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, Milano, Giuffrè, 2010, spec. p. 209 ss.).

<sup>74</sup> Per il concetto è d’obbligo il rinvio a chi spetta la primazia della sua formulazione: Y. NAKA, *Die Appellfunktion des Tatbestandsvorsatzes*, in *JZ*, 1961, p. 210 ss.

E al contempo, accanto a questa funzione dichiaratamente comunicativo-pedagogica, una riserva di codice così concepita potrebbe servire (forse, inevitabilmente, *vorrebbe* servire) a rinsaldare *vecchi* tabù o a costituirne di *nuovi*, risultando servente appunto alla spirale, in questo caso a base eminentemente *culturale*, di stabilizzazione sociale mediante rassicurazione sulla *assolutezza*, ancorché controfattualmente affermata, dei divieti penali come *Kulturnormen*<sup>75</sup> selettive della fedeltà ai valori consolidati della società costituita.

Al riguardo, ritengo però necessarie due annotazioni critiche.

(i) La prima riguarda il collegamento tracciato nell’art. 1, comma 85, lett. q), l. n. 103/2017 tra la funzione rieducativa, quale scopo della pena, e la riserva di codice, che – nella prospettiva del legislatore *in progress* – sarebbe in grado di assicurare di per sé il presupposto indispensabile della conoscenza dei precetti. Al di là dei rilievi già espressi, è un’affermazione che, a mio avviso, pecca di ingenuità: una *fallacia naturalistica* che da un dato descrittivo pretende di derivare un dato prescrittivo, confondendo così i due piani (l’*essere* e il *dover essere*), da mantenersi viceversa ben distinti secondo la nota “legge di Hume”. Sulla falsariga del famoso *calembour* attribuito a *Max Ernst Mayer* circa la c.d. “teoria del ponte d’oro” che legittimerebbe l’esonazione da pena per la desistenza nel tentativo (secondo il quale si tratterebbe di una spiegazione che «sopravaluta di molto il numero di cittadini che hanno studiato giurisprudenza»)<sup>76</sup>, in quel passaggio avverto l’illusione che un testo comunque ad alto tasso di *tecnicità*, solo in quanto coeso ed edito in veste “monovolume” assolve in quanto tale a una siffatta funzione conoscitiva/comunicativa.

(ii) La seconda annotazione critica concerne una contraddizione interna alla stessa “riforma Orlando”: da un lato, s’introduce – come s’è visto – la riserva di codice; dall’altro lato, col nuovo comma 1-*bis* aggiunto all’art. 618 c.p.p. si prevede il carattere vincolante del precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale sulle Sezioni semplici, replicando una disposizione già introdotta nel processo civile pochi anni addietro,<sup>77</sup> per cui:

<sup>75</sup> Il riferimento è ovviamente alla nota teoria di M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Berlin, Schletter, 1903.

<sup>76</sup> M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg, Winter, 1915, p. 370, nt. 7, argutamente chiosato da L. MONACO, *Sul recesso dal delitto tentato*, Rimini, Maggioli, 1981, p. 240

<sup>77</sup> Mi riferisco al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha novellato il comma 3 dell’art. 374 c.p.c.

- «Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»<sup>78</sup>.

Sul punto, peraltro, occorre evidenziare come, secondo taluno, una previsione siffatta introdurrebbe nel nostro ordinamento non tanto un vero e proprio “vincolo *del precedente*”, quanto piuttosto di un “vincolo *di procedimento*”, limitandosi il legislatore a individuare un *iter* processuale *ad hoc* per il caso in cui la Sezione semplice non condivida un principio di diritto già enunciato dalle Sezioni Unite<sup>79</sup>.

Nello specifico, secondo questa impostazione, il nuovo *iter* procedimentale non si tradurrebbe in un vincolo “di contenuto” propriamente inteso, poiché alle Sezioni semplici non sarebbe imposto di «emettere una pronuncia di contenuto conforme; ben diversamente [sarebbe] loro impedito emettere una pronuncia di contenuto difforme, dovendo esse convalidare il loro dissenso in un’ordinanza, che investa della decisione le Sezioni Unite»<sup>80</sup>.

A mio avviso, tuttavia, al di là della ben evidenziata dimensione procedurale, alla disposizione in discorso non può non riconoscersi *anche* una valenza (o, se si preferisce, un *impatto*) di tipo prettamente sostanziale, riguardante il sistema delle fonti del diritto penale.

La nuova previsione, infatti, mi sembra che introduca di converso un vero e proprio obbligo “di risultato” (che, se mi è concesso l’utilizzo “libero” di categorie tratte dal diritto privato, contrappongo a un obbligo soltanto “di mezzi”), poiché, attraverso il già menzionato *iter* processuale, mi pare che il legislatore cerchi soprattutto di garantire l’agognato<sup>81</sup> esito finale di *conformità* delle decisioni delle Sezioni semplici

<sup>78</sup> Sulla nuova disposizione v. F. R. DINACCI, *La riforma del giudizio di Cassazione tra pragmatismi operativi ed. accentuata nomofilachia*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 591 ss., il quale sottolinea come l’accentuazione dei poteri nomofilattici si inserisca nelle modifiche apportate dalla riforma «con finalità di decongestione», per «liberare una Corte assediata»; nonché P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 10, p. 1265 ss., il quale evidenzia invece il rischio di sopprimere la dialettica tra i giudici; in termini altrettanto critici, anche A. DE CARO, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle Sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Arch. pen.*, 11 maggio 2018, p. 749 ss..

<sup>79</sup> F. LUISO, *Il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2003, p. 821, con riguardo alla proposta formulata dallo stesso Autore, prima dell’intervento legislativo, di prevedere il vincolo menzionato.

<sup>80</sup> *Ibi*, p. 821.

<sup>81</sup> Specialmente rammentando taluni contrasti interpretativi che, soprattutto, in passato «hanno trovato nella Cassazione un’occasione di legittimazione piuttosto che la sede di risoluzione» (V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1578). Sul

della Cassazione (e, *en cascade*, dei giudici comuni) ai principi di diritto enunciati (o *enunciandi*, laddove il dissenso motivato produca effettivamente un *revirement* della giurisprudenza) dalle Sezioni Unite.

Condivido, quindi, l’opinione di chi ha sottolineato come la disposizione in discorso valga a ribadire, seppur «indirettamente», il dovere di tutti i giudici «di tener conto dei principi di diritto enunciati dalla Cassazione» («e di discostarsene, se del caso, solo motivatamente»<sup>82</sup>), assegnando al precedente delle Sezioni Unite, un «valore legale»<sup>83</sup> e, più propriamente, in quanto concorrente alla definizione stessa del Tipo legale, «paranormativo»<sup>84</sup>.

Come è stato rilevato, in questo modo si «legittima il diritto giurisprudenziale»<sup>85</sup> e si mina alla base la stessa “idea” di Codice, il quale – proprio perché non etero-integrabile – non può essere modificato *in itinere* da un *quid* che assume un contenuto, per così dire, di legislazione *materiale*. Si arriverebbe – se mi è consentita la *boutade* – al paradosso della riserva non già di codice, ma... di codice *commentato*!

Qui il legislatore è, evidentemente, a un bivio che assume le forme dell’alternativa del diavolo, o, se si vuole vederla diversamente, del “dilemma del prigioniero”<sup>86</sup>: implicante cioè perdite inevitabili, reali o pronosticabili, sull’uno o sull’altro versante, della legalità-certezza *versus* la legalità-garanzia; così scomponendo in una dialettica ostile i due versi, viceversa sinottici, del *nullum crimen*.

---

punto v. anche G. LATTANZI, *La Corte di cassazione tra nuovo e vecchio processo penale*, in *La Cassazione penale: problemi di funzionamento e di ruolo*, in *Foro it.*, 1988, p. 454 che evidenziava come il caso dei contrasti «consapevoli ed addirittura irriducibili, quando, come accade sempre più spesso, deliberatamente vengono disattese decisioni delle sezioni unite chiamate appositamente ad intervenire per l’esistenza di difformi orientamenti giurisprudenziali» sia «il caso che più preoccupa, perché manifesta scarsa attenzione per le decisioni delle sezioni unite e disattenzione per il ruolo istituzionale della Corte di cassazione» (l’A. ricorda a titolo esemplificativo la nota “vicenda interpretativa” del reato continuato, rispetto alla quale rimanda a V. ZAGREBELSKY, *La continuazione senza pace e le sezioni unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 927 ss.).

<sup>82</sup> Con riferimento all’identica previsione contenuta nel codice di rito civile, R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, p. 283.

<sup>83</sup> *Ibi*, p. 284.

<sup>84</sup> G. SPANGHER, *Nomofilachia “rinforzata”: serve trasparenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 8, p. 985.

<sup>85</sup> Cfr. M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 443.

<sup>86</sup> Mi riferisco ovviamente al problema di teoria dei giochi proposto da *Albert W. Tucker* (in proposito rinvio a R. AXELROD, *Giochi di reciprocità. L’insorgenza della cooperazione*, Milano, Feltrinelli, 1985).

#### 4. *Excursus*: una riflessione (scettica) sul “Codice” come *Idealtipo*

Per intendersi meglio sulla questione, in termini generali.

Quella di cui stiamo trattando è un’accezione del *topos* “Codice” che lo propone come *Idealtipo*, e con duplice valenza: *contenutistica*, e, rispettivamente, *semantica*.

Così concepito, tale *Idealtipo* assume, per un verso, valore *eidetico* (in senso husserliano, in quanto contrapposto a *empirico*)<sup>87</sup>, per altro verso, valore *idealistico*, quale *locus* onnicomprensivo e iconico, ove si ha l’ambire di stipare l’intero catalogo dei valori socialmente condivisi meritevoli della “tutela *maxima*”. In questi termini, il “Codice” assurge al rango di *paradigma* (in senso proprio, kuhniano)<sup>88</sup> con funzione didascalica, nella misura in cui sia *semanticamente idoneo* a comunicare efficacemente il compendio delle convinzioni assiologiche condivise che rappresentano il fondamento di una data società in un dato momento storico.

Più in dettaglio.

(a) Sotto il profilo *contenutistico*, nella narrazione che ne veicoliamo in questo contesto dialogico, il “Codice” assume la veste di “*Summa Criminalis*”; parafrasando il noto aforisma manziniiano<sup>89</sup>, esso funge da “manuale sociale (*non* minimo, ma) *standard* dell’etica” comunitaria (della *Collettività* in senso parsonsiano)<sup>90</sup>. E dico “*standard*” nel senso di soglia generale, di *plafond di valore/i* invalicabile rispetto a una correlata – enumerata e “geneticamente” marcata – tassonomia di *offese* socialmente intollerabili. A queste condizioni a siffatto *Idealtipo* può essere (ed è) attribuita, nelle funzioni di pedagogia sociale, una potenzialità (controfattualmente) stabilizzatrice

<sup>87</sup> Cfr. E. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, Vol. I, (1950), trad. it. a cura di V. Costa, Torino, Einaudi, 2002: «Il senso di una scienza eidetica esclude per principio ogni intrusione dei risultati delle scienze empiriche» (p. 18); «Il geometra che non esplora delle cose reali, ma delle possibilità ideali, non degli stati di cose reali, ma degli stati eidetici, utilizza come atto fondante non l’esperienza, ma il vedere eidetico» (p. 17).

<sup>88</sup> T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), trad. it., Torino, Einaudi, 1978 (v. in particolare la perspicua sintesi dell’approccio kuhniano resa dallo stesso A. nell’appendice: *Poscritto 1969*, p. 211 ss.).

<sup>89</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Torino, UTET, 1981, Vol. I, pp. 30 ss., 35-37. Aveva viceversa preso a suo tempo le distanze da questa riduzione eticizzante (a critico commento della sentenza della Corte costituzionale tedesca sull’aborto), M. KRIELE, *Anmerkung a BVerfG* 25.1.1975, n. 1, in *JZ*, 1975, p. 222, stigmatizzando la visione del diritto penale come «manuale popolare del minimo etico» (corsivo mio). Su tale tipo di approccio è tornato, criticamente, in un perspicuo saggio, F. BASILE, *Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale “sotto tensione” per effetto dell’immigrazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale - Rivista telematica (www.statochiese.it)*, Settembre 2008, spec. p. 34 ss.

<sup>90</sup> T. PARSONS, *Il sistema sociale* (1951), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1965, spec. pp. 47, 107 ss., 150 ss., 357-358.

(questa volta, in senso luhmanniano)<sup>91</sup>, come prontuario omologato dei valori *meritevoli di tutela* e come tali *effettivamente tutelati* nella misura in cui il catalogo di *offese* ivi costipato è (il solo) marchiato dallo stigma tabuistico della *pena criminale*.

(b) La componente a valenza *semantica* del *topos* per converso si collega alla funzione sopra enunciata come suo *strumento comunicativo*. Sotto questo profilo, l'Idealtipo-Codice è anzitutto *forma (e tecnica) espressiva tipica*, quale "medio" il più idoneo a garantire la massima penetrazione del messaggio assiologico/deontico nella collettività. "Codice", dunque, come *genere letterario*, forma espressiva orientata alla *percepibilità univoca* del suo *contenuto* da parte della platea dei destinatari. Con due caratteristiche precipue e irrinunciabili: (aa) *uniformità* dello *stile* della narrazione; (bb) *concretezza* della narrazione, intesa come massima adesione alla *realtà fenomenica* che i (singoli) valori il testo esprime<sup>92</sup>.

In tale prospettiva, da un lato, è soprattutto il paradigma ermeneutico hassemmeriano del "dispiegamento" – della Fattispecie sul Fatto, con il necessario supporto del Tipo come *medio*<sup>93</sup> – a esprimere siffatta semantica colta nel suo *dinamismo*; dall'altro lato, la segregazione dell'intera comunicazione assiologico-deontica in un *locus conclusus* (il "Codice", appunto) ne certifica la raggiunta *staticità*, indispensabile per conservare nel tempo la stabilizzazione sociale, così come sopra intesa.

Posta però in questi termini la questione, il nostro modello si espone inevitabilmente alla taccia, non solo di "idealismo", ma piuttosto di essere *mera utopia*, se non di sfociare addirittura in un fondamentalismo *distopico* che parafrasi il famigerato sillogismo – attribuito, forse falsamente, allo sceicco Omar – che decretò la distruzione della Biblioteca di Alessandria<sup>94</sup>. Fuor di metafora – e di celia – il paradosso sta nel fatto che un *corpus* di enunciati deontici non può essere *perfetto* al contempo sia sotto il profilo della *coerenza* che sotto il profilo della *completezza* (assenza di lacune, nella specie, di

<sup>91</sup> N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, IVAufl., Wiesbaden, VS Verlag, 2008, pp. 45 ss., 175 ss.

<sup>92</sup> Resta fondamentale, a questo proposito, la riflessione di K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* (1953), II Aufl., Heidelberg, Winter, 1968, p. 105 ss., circa l'indispensabilmente stretto collegamento - la tendenziale *simbiosi*, direi - fra *diritto* (*Recht*) e *realtà* (*Wirklichkeit*): meglio, circa la loro *reciproca sinergia* ("Wechselwirkung"), atta a fomentare il "circolo virtuoso" di «*eine ständige Wechselwirkung zwischen Wertüberzeugung* [convinzione assiologica] und *Handel* [azione/condotta]» (p. 111).

<sup>93</sup> W. HASSEMER, *Fattispecie e Tipo*, cit., p. 182 ss.

<sup>94</sup> Secondo la *vulgata*, infatti, al generale arabo Amr b. al-Āṣ che, dopo la conquista dell'Egitto nel 642 d.c., chiedeva istruzioni sul che fare dei libri della biblioteca reale, il Califfo Omar intimò: «In quei libri o ci sono cose già presenti nel Corano, o ci sono cose che del Corano non fanno parte: se sono presenti nel Corano sono inutili, se non sono presenti allora sono nocive e vanno distrutte».

*tutela*); la prima esige che il più possibile sia rigido e “chiuso”, la seconda, spazioso ed “elastico”. Breve: quanto più sarà coerente, tanto meno sarà completo, e viceversa.

È su questo terreno, allora, che si gioca la grande partita, ora nel segno di un ineludibile *realismo*, tra *Kern-* e *Nebenstrafrecht*, fra *intra-* ed *extra-*Codice.

Una partita che, già persa in partenza sul terreno *contenutistico* (per insuperabile anacronismo, salvo rifugiarsi con fanciullesca “buona coscienza” nell’“isola che non c’è” del “diritto penale minimo”, forse unico ma utopico modello in grado di coniugare coerenza e completezza<sup>95</sup>), può essere ancora a mio avviso giocata sul terreno della *semantica*.

E qui si giunge al dilemma finale: *Kern-* e *Nebenstrafrecht*, semanticamente, *sub specie* di *forma narrativa* sono rappresentabili come due cerchi concentrici o come due sfere separate?<sup>96</sup> Detto in altri termini: è pura utopia *anche pensare* di esportare la semantica tipologica (il “*dispiegamento*” hassemeriano)<sup>97</sup> del *Kern-* al *Neben-*, impositivamente omologandoli nella *Gestalt*, o quest’ultimo deve essere rinarrato (o continuare a essere narrato) con stilemi verbali e paradigmi deontici *altri* e disomogenei<sup>98</sup>?

## 5. Sulla clausola di riserva di codice

### 5.1. - *La natura della nuova disposizione: norma “programmatica a contenuto tecnico”?*

Nella cornice “decodificata” che sottopone a torsione tutte e tre le funzioni del Codice più sopra delineate (*identitaria, sistematica, pedagogico-tabuistica*), occorre ora interrogarsi sulle effettive possibilità di riuscita, sul piano normativo, dell’istanza restaurativa della centralità codicistica propugnata dal ‘nuovo’ art. 3-*bis* c.p.

In altri termini, alla luce delle finalità perseguite dal legislatore, mi domando quale sia la *natura* e il *potere conformativo-costitutivo* della tanto agognata riforma,

<sup>95</sup> Se ne veda un esercizio in L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Il diritto penale minimo* (fascicolo spec. *Riv. Delitti e pene*), Napoli, ESI, 1985, p. 493 ss. e A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, *ibi*, p. 443 ss.

<sup>96</sup> Una stimolante riflessione su possibili modelli di convergenza/interferenza (in questo caso fra diritto penale e cultura/e) è sviluppata, anche con visualizzazioni grafiche, da F. BASILE, *Localismo e non-neutralità culturale*, cit., p. 23 ss.

<sup>97</sup> W. HASSEMER, *Fattispecie e Tipo*, cit., p. 177 ss.

<sup>98</sup> In anni più risalenti, pessimismo della ragione e ottimismo della volontà, circa le *chances* di una declinazione comunque garantista e “tipofiliaca” della complessa e alluvionale “deontica penale complementare”, si sono confrontati nella splendida sintesi regalataci da K. TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, Mohr, 1969.

che – come detto – *Donini* accredita e *Papa*, viceversa, scredita.

Personalmente, per ciò che vale, mi trovo più vicino alla posizione di *Papa*, per due ragioni connesse al quesito circa la *natura* dell’art. 3-*bis* c.p.

Dal mio punto di vista, simile schema presenta infatti soltanto due reali *possibilità “performative”*: o si tratta di una norma *materialmente costituzionale*, oppure incarna un *principio generale* dell’ordinamento.

*Tetium non datur*: una terza possibilità di impatto diretto infatti non si intravede, posto che ovviamente, trattandosi di una legge ordinaria, qualsiasi legislatore potrà altrimenti derogare al meccanismo delineato nell’art. 3-*bis* c.p., come d’altronde già si è rimarcato.

#### 5.1.1. - L’ipotesi della *norma materialmente costituzionale*: negazione

La cornice teorica è in questo caso rappresentata dalla celeberrima distinzione dworkiniana tra *regole* e *principi*, con l’ulteriore avvertenza – che mi sento di formulare per la quale solo un “principio” – in ragione della sua “assolutezza”/”categoricità” di marchio kantiano<sup>99</sup> – può assurgere al rango di norma materialmente costituzionale.

Come noto, infatti, secondo *Dworkin*:

- «“principio” [è] uno *standard*, che deve essere osservato non perché provochi o mantenga una situazione (economica, politica, o sociale) desiderata, ma

---

<sup>99</sup> Cfr. E. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di G. Vidari, Torino *et aliae*, G. B. Paravia, 1934, p. 43 («un imperativo *categorico* (...) è la forma che la legge ha nell’uomo (...) [e] non contiene, oltre la legge, che la necessità per la sua massima di essere conforme alla legge, e la legge non contiene che la necessità per la massima di essere conforme alla legge, e la legge non contiene alcuna condizione alla quale essa sia soggetta, così non rimane null’altro fuorché l’universalità di una legge in generale, alla quale la massima dell’azione deve essere conforme, ed è soltanto questa conformità che l’imperativo rappresenta propriamente come necessaria»); I. KANT, *Critica della ragion pratica* (1788), trad. it., a cura di F. Capra, Bari, Laterza, 1972, pp. 24-25 («l’imperativo è una regola che viene caratterizzata mediante un dovere [*Sollen*] esprime la necessità oggettiva dell’azione (...) la regola è oggettiva e universalmente valida solo quando vale senza condizioni accidentali e soggettive»); ID., *Critica della ragion pura* (1781), trad. it. a cura di G. Gentile, Bari, Laterza, 1972, Vol. II, p. 438 («che la ragione (...) abbia una causalità (...) è chiaro dagli imperativi, che in tutto il dominio pratico noi poniamo come regole alle forze da esercitare. Il dovere [*Sollen*] esprime una specie di necessità e di rapporto con principi»). Trovo sorprendente l’assonanza delle proposizioni sopra riportate segnatamente con la prima delle citazioni di Dworkin che seguono. Per uno sviluppo riflessivo della concettualizzazione kantiana sulla materia penale, e in particolare sulla “filosofia della pena”, rinvio all’importante contributo di M. A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981.

in quanto è un'esigenza di giustizia, o di correttezza, o di qualche altra dimensione della morale»<sup>100</sup>;

e:

- «la differenza tra principi giuridici e regole giuridiche è di carattere logico. Gli uni e le altre orientano a particolari decisioni, in particolari circostanze, su questioni di obblighi giuridici; ma differiscono per il carattere dell'orientamento che suggeriscono. Le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente»<sup>101</sup>,

mentre

- «[i principi] non indicano conseguenze giuridiche, che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste»<sup>102</sup> e sono caratterizzati dal fatto di aver «una dimensione che le regole non hanno: quella del peso o dell'importanza»<sup>103</sup>.

Ricostruiti così i termini dworkiniani della dicotomia, ritengo che, sulla base della sua semplice applicazione, senza necessità di più pedanti chiose, possa concludersi che l'art. 3-*bis* c.p. *non può* considerarsi “principio” e quindi norma *materialmente costituzionale*. Si tratta piuttosto di una *regola* giuridica, e per di più di una regola *tecnica*, in sé (assiologicamente) neutra, con ogni probabilità prodromica rispetto ai principi – questi sì! – che hanno fondato il Codice originario quale *materializzazione* del *nullum crimen*.

### 5.1.2. - L'ipotesi del *principio generale dell'ordinamento*: negazione

La seconda possibilità “performativa” per l'art. 3-*bis* c.p. è che esso possa essere riconosciuto quale “*principio generale*” dell'ordinamento.

Anche in questo caso, le coordinate teoriche per una riflessione in merito appaiono solidissime, risalendo alle note analisi di *Del Vecchio*, prima, e di *Crisafulli*, poi<sup>104</sup>.

Ciò che contraddistingue un *principio generale dell'ordinamento* è, anzitutto,

<sup>100</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, il Mulino, 1982, p. 90.

<sup>101</sup> *Ibi*, p. 93.

<sup>102</sup> *Ibi*, p. 94.

<sup>103</sup> *Ibi*, p. 96.

<sup>104</sup> Con riferimento alla prima, cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principi del diritto* (Prolusione al corso di Filosofia del diritto nella R. Università di Roma, letta il 13 dicembre 1920) in *Riv. It. Scien. Giur.*, n. 8/2017, p. 15 ss.; con riferimento alla seconda, cfr. V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, pp. 41 ss., 157 ss., 230 ss.

il processo di definizione dello stesso, che avviene per «generalizzazione crescente»: «dalle singole disposizioni di legge si risalirebbe, per via di astrazione, a determinazioni più comprensive»<sup>105</sup>. Con l'avvertenza, tuttavia, che i principi generali di diritto non possono essere circoscritti alle sole «norme particolari già formulate» stabilendo che «essi ricavano esclusivamente da queste», se non a costo di tradirne l'essenza funzionale, ossia «la loro propria virtù integratrice»<sup>106</sup>. Ciò che è, invece, fondamentale nel rapporto tra principi generali di diritto e specifiche disposizioni di legge è che «tra gli uni e le altre non sia alcuna disarmonia o incongruenza. È escluso a *priori* che da un principio generale possano trarsi applicazioni in contrasto con una norma particolare»<sup>107</sup>.

Ecco, dunque, in estrema sintesi, le ragioni che non consentono di riconoscere nella riserva di codice affermata dall'art. 3-*bis* c.p. un *principio generale dell'ordinamento*: da un lato, la genesi della norma dimostra chiaramente come essa sia il risultato di un processo *top-down* e non *bottom-up*, essendo stata, come da progetto, “calata nel” sistema – che, come noto, non prevedeva *alcuna regola* in tal senso – per effetto del d.lgs. n. 21/2018; dall'altro lato, il rango meramente ordinario della riserva di codice così stabilita porta inevitabilmente con sé la prospettiva che il (supposto) principio generale – *i.e.* l'art. 3-*bis* c.p. – possa venire contraddetto, nei fatti, da successive disposizioni di legge.

Siamo, allora, di fronte a una *norma senza impatto*? A una norma *puramente simbolica*?

Sulla “formula” prescelta dal legislatore per “veicolare” in campo penale le molteplici istanze che orbitano attorno all'aspirazione per una riserva di codice nutro qualche scetticismo, pur riconoscendo che l'art. 3-*bis* c.p. sarà comunque in grado di rilasciare un proprio significato politico, di *soft law* o di *moral suasion* (nonostante la – o, in definitiva, proprio in ragione della – forma di “legge ordinaria” privilegiata).

Breve. Il mio approdo definitorio (almeno provvisorio) sul punto è che si tratti, in definitiva, di una norma *programmatica a contenuto tecnico*, ma con *finalità politico-criminali*.

---

<sup>105</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi del diritto*, cit., p. 20.

<sup>106</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi del diritto*, cit., p. 25.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

5.2. - *Le finalità politico-criminali della nuova disposizione: tra deflazione indiretta e riunificazione semantica*

Più precisamente.

L'art. 3-*bis* c.p., a mio avviso, tradisce principalmente due fini politico-criminali, per una parte espressi, per altra parte "sottesi", o impliciti.

(a) Il primo fine è di *deflazione indiretta*, realizzata mediante uno strumento di tipo, per così dire, *defatigatorio*: il vincolo di codice obiettivamente accresce, infatti, la *fatica* del legislatore nel produrre normazione in materia *stricto sensu* penale, con un evidente obiettivo di *contenimento* dei suoi territori. Non a caso i sostenitori del "diritto penale minimo" propugnavano *anche* la riserva di codice proprio come strumento di deflazione normativa, unitamente alla necessità di prevedere maggioranze rafforzate per l'approvazione delle leggi penali<sup>108</sup>.

(b) Il secondo *telos* è riconoscibile nella *riunificazione semantica* della "precettistica penale". Non v'è dubbio, infatti, che il maggior problema che attualmente si riscontra nell'arsenale penalistico è legato alla coesistenza di due semantiche diverse: da un lato, quella del Codice, che si compone del relativo *lessico* e si costruisce "a sistema" grazie ai nessi di interpretazione *interna, endogena, chiusa* tracciabili in tale recinto; dall'altro lato, la semantica del sistema (sempre) *normativo* (ma) *esterno, extra-codicistico*, dotato di per sé di una propria legittimazione, di una propria "ragione", di una propria logica, però *estranea* e ad (ampi) tratti *antagonistica* rispetto a quella *endo-codicistica*.

Tutto ciò considerato, mi residuano ancora forti dubbi sulla "*razionalità rispetto allo scopo*" accreditabile al paradigma enucleato nel 'nuovo' art. 3-*bis* c.p.

Per un verso, il *surplus* di "*fatica legiferatoria*" indotto da un introdotto vincolo di riserva di codice potrà comunque essere agevolmente *bypassato* dal futuro legislatore ordinario, semplicemente derogando alla norma in questione in un (ennesimo) esercizio concreto di inflazione penalistica *extra codicem*.

<sup>108</sup> Cfr., in generale, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1998; specificamente, ID., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in AA. VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, Cedam, 2001, p. 27 ss. Con riferimento allo strumento del "rafforzamento" della maggioranza o del procedimento di approvazione delle leggi penali, cfr. da ultimo – all'interno di questo dibattito – M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., p. 439.

Per altro verso, rispetto all’obiettivo della riunificazione semantica – di per sé non criticabile – la semplice “traslazione” topografica di alcune disposizioni dall’*esterno* all’*interno* del Codice, come già attuato con il d.lgs. n. 21/2018, può rivelarsi persino disfunzionale: eventuali meticciami tra il sistema “*interno*” e il sistema “*esterno*” sono solo forieri di smottamenti sul fronte dei principî generali della Parte generale del diritto penale e sul piano delle garanzie. Lo dimostra emblematicamente il novello art. 240-*bis* c.p., che ha trasposto nel tessuto codicistico, volatilizzandone in questa sezione l’impianto garantistico, il barbarico modello di confisca “allargata” previsto all’art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, originariamente concepito per ragioni emergenziali legate al contrasto alla criminalità organizzata, dunque *contingente* ed *esorbitante* il paradigma e la semantica codicistica, ma atto a infettarne i tessuti, come ogni virus che si rispetti, una volta introiettato in un corpo privo di adeguati anticorpi.

Conclusione provvisoria, e prevalentemente scettica: una riunificazione semantica, realizzata *con il concorso* della riserva di codice, può avvenire a due sole condizioni, la cui realizzabilità resta tutta da verificare:

( $\alpha$ ) La prima condizione è che si estrapolino, o per lo meno si segreghino, i nuclei “sub-sistemici” che definisco a “*statuto personale speciale*”.

Penso, per tutti, proprio al complesso normativo fiorito per stratificazioni progressive per rispondere alle necessità legate alla lotta contro la criminalità organizzata: è un sub-sistema dotato di motivazione e logica *politico-criminale* autonome, ma soprattutto caratterizzato da una *sistematica* e da una *semantica* sue *proprie*; in sé, coerente, ma affatto indipendente ed esorbitante (un *aliud!*) la morfologia genetica del Codice penale inteso *sia* come *sistema*, *sia* come *metodica*.

( $\beta$ ) La seconda condizione è che si estromettano *tout court*, e definitivamente, dal diritto penale i segmenti normativi che definisco “*a multidisciplinarietà necessaria*”.

Si tratta di quei sub-sistemi *integrati*, nei quali lo schema di tutela dei beni in gioco (penso al diritto alimentare, al diritto ambientale, al diritto dei mercati finanziari) non consente di scindere le diverse “discipline” coinvolte (quella amministrativistica, quella civilistica, *etc.*). Qui la norma penale, per bene che vada, se non è relegata al ruolo servente di pura *clausola finale*, svolge una funzione meramente *sanzionatoria* comunque espressiva di una semantica *a-tipica*, *rectius tipo-fobica*, cioè *contraria* al Tipo come sopra inteso quale “*medio*” atto a *dispiegare* il fatto sulla fattispecie e non a *creare* la *norma* dal *caso* (v. *retro*, § 3).

Al riguardo, la scelta, nel segno appunto di una deontica *realistica*, deve essere drastica: o si rintraccia un sistema di *controllo sociale alternativo, esterno* al sistema penale (forse quell'*Interventionsrecht* hassemeriano con cui io per primo in dissenso mi sono confrontato)<sup>109</sup>; o si implementano modelli comunque alternativi e complessi (*meta-* o *para-*penali), forse rientranti nella *matière pénale* unitario-europea<sup>110</sup>, ma certamente alieni e *tout court* incompatibili con la semantica del “Codice” come *topos sistemico* e come *valore di garanzia*.

Si tratterebbe allora, in definitiva, di riconfigurare in questi settori la “geografia del ‘penale’”, nella quale, intorno alle disperse ‘isole’<sup>111</sup> rappresentate dai Tipi orientati sull’offesa *reale* (di lesione o di pericolo concreto: il paradigma *tipico* del Tatbestand codicistico!), si dispieghi un ampio specchio di *illeciti di rischio*<sup>112</sup> (*non penali stricto sensu*) votato a riempire i vuoti di tutela che i massi erratici dei Tipi penali a semantica codicistica inevitabilmente lasciano sopravvivere.

<sup>109</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 378 ss. Per la mia prima posizione sul punto, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasformazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1249 s.

<sup>110</sup> Sull’attuale struttura tecnica e sui possibili contenuti deontici della *matière pénale* unitario-europea v. ora, per tutti, C. PERINI, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Garbagnate M., Anthelios, 2018.

<sup>111</sup> Per lo sviluppo in chiave politico-criminale di questa metafora, la cui ideazione si deve a Francesco Palazzo (F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quad. fior. St. pens. giur. mod.*, n. 36, 2007, p. 1279 ss.) rinvio al mio *Pragmatica e paradigmatica della Clausola di “Extrema Ratio”*, cit., spec. p. 1464 ss.

<sup>112</sup> Su questo paradigma e sulla sua cautelativa praticabilità da parte della moderna dommatica criminal-politicamente orientata, v. le folgoranti intuizioni di C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 523 ss.