

DAL CODICE PENALE “SCHEUMORFICO” ALLE *PLAYLIST*. CONSIDERAZIONI INATTUALI SUL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI CODICE

di Michele Papa

SOMMARIO: 1. Che cos'è lo scheumorfismo? – 2. La natura metaforica dello scheumorfismo. – 3. La riforma Orlando e la riserva di codice: il d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21. – 4. Riserva di codice e principio rieducativo: la costruzione del codice come “città ideale” del diritto penale è davvero un indispensabile strumento perché si realizzi la rieducazione del condannato? – 5. Dal codice come “città-ideale” al codice come “centro di accoglienza”: sta nascendo un oggetto scheumorfico? – 6. Riserva di codice e decodificazione. – 7. L'attuazione della riserva di codice nel decreto legislativo 21 del 2018. – 7.1. La proclamazione del principio della riserva di codice nel nuovo art. 3 bis c.p. – 7.2. Il trasferimento di fattispecie incriminatrici dalle leggi speciali al codice. – 8. Bisogna rassegnarsi al fatto che il codice sia diventato un oggetto scheumorfico? – 9. Un passo indietro: di che materiale era fatto il codice penale tradizionale? Dobbiamo ancora subire il condizionamento (epistemologico e ideologico) del codice come oggetto cartaceo? – 10. Preliminari per una nuova riflessione sulle modalità organizzative della legislazione penale. – 11. Oltre il modello della città-ideale: organizzare e sistematizzare la legislazione come “villaggio globale”. – 11.1. Il *network*. – 11.2. Dal *network* alle *playlist*.

1. Che cos'è lo scheumorfismo?

Vorrei tranquillizzare subito il lettore: “scheumorfico” è parola inconsueta, di cui molti sono autorizzati a non conoscere il significato. È un neologismo (con un doppio etimo greco¹) apparso, qui da noi, abbastanza di recente²; evoca qualcosa di nuovo, anzi... d'antico: lo “scheumorfismo” è il fenomeno per cui la forma, la struttura fisica di un oggetto viene “copiata” e poi usata nella elaborazione di un altro oggetto; un oggetto diverso e, per lo più, cronologicamente successivo. Qualche immagine farà immediata chiarezza:

¹ Il termine scheumorfismo si ricollega, infatti, da un lato alla parola “*skeuos*” (σκεῦος), che vuol dire vaso, recipiente, contenitore, guscio (*skeuos* è talora addirittura il corpo, inteso come “contenitore dell'anima”); dall'altro, a “*morphé*” (μορφή), che, come si sa, è la forma.

² Il lemma non risulta ancora presente nei principali dizionari della lingua italiana. Esiste tuttavia una breve voce di Wikipedia (<https://it.wikipedia.org/wiki/Scheumorfismo>). Nella lingua inglese, l'uso del termine “*skeuomorph*” è più diffuso e risalente, essendo stato introdotto, nella letteratura sull'arte decorativa, sin dalla fine del secolo XIX.

Rimando, per gli essenziali riferimenti, a <https://en.wikipedia.org/wiki/Skeuomorph>.



La struttura fisica del legno cessa, nei fogli di *linoleum*, di essere vera materia (con la sua consistenza e struttura) e diviene, coi suoi tratti morfologici, un “disegno” della plastica. Lo stesso può dirsi per la forma della tradizionale caffettiera “*Moka express*” rispetto alla più moderna macchina del caffè elettrica; e così per la sagoma del naso che caratterizza il sostegno porta-occhiali. Tutti questi sono appunto “oggetti scheumorfici”.

Come si può cogliere nel confronto tra gli oggetti richiamati, l’uso della forma “scheumorfica” può collegarsi con maggiore o minore “pertinenza” all’oggetto che la riceve. Alcune volte, come negli esempi qui richiamati, la pertinenza è intensa: il richiamo morfologico si collega cioè ad una chiara analogia funzionale tra l’oggetto originario (il parquet in legno, la *Moka*, il naso) e quello su cui viene traslata la forma. Altre volte, il legame è più tenue: sino a evaporare laddove la forma scheumorfica abbia funzione meramente decorativa.

Nella storia dell’arte, l’uso di forme scheumorfiche è noto sin dall’antichità: dal richiamo di finti ornamenti metallici nelle ceramiche minoiche, ai fregi marmorei che nei templi greci erano mutuati dalle forme dei precedenti templi in legno. Innumerevoli gli esempi nell’arte figurativa:

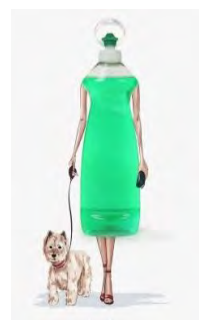


Figura 1 Hieronymus Bosch, L' "uomo albero", particolare del Giardino delle delizie (1480 circa); Figura 2 Giuseppe Archimboldo, L'imperatore Rodolfo II vestito da Vertumno, (1591); Figura 3 Composizione dell'artista contemporaneo Diego Cusano.

2. La natura metaforica dello scheumorfismo.

Il fenomeno dello scheumorfismo ha natura essenzialmente metaforica. Esso determina infatti una trasposizione simbolica di significato. La venatura del legno si trasforma da oggetto in simbolo. Così pure, negli esempi sopra citati, la forma della *Moka* o quella del naso.

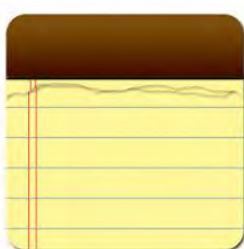
Proprio per tale sua caratteristica essenziale, lo scheumorfismo è molto più diffuso, e antico, di quanto lo sia il neologismo che lo denota.

Non sorprende dunque constatare come lo scheumorfismo investa in proporzioni veramente eclatanti il mondo digitale e informatico. L'uso di icone scheumorfiche è stata a lungo, e continua in buona misura ad essere, la caratteristica stilistica dell'interfaccia Apple. Da Apple, lo scheumorfismo è da tempo transitato, pur con diversa intensità, ad altri ambienti, quali ad esempio Windows o Google.

È vita di tutti i giorni: quando vogliamo cancellare un file lo gettiamo nel "cestino", utilizzando l'apposita icona; una icona, appunto, "scheumorfica".



Le figura scheumorfiche di uso quotidiano sono, nel mondo digitale, innumerevoli:



Le forma e la struttura dei vecchi *block notes* cartacei, della tradizionale libreria in legno, del disco con cui si "faceva il numero" negli antichi telefoni, diventano l'interfaccia (un'icona o qualcosa di più complesso) che ci consente di svolgere, nel mondo informatico, operazioni equivalenti (più o meno...) a quelle che un tempo si svolgevano nel mondo materiale.

Non è questa, ovviamente, la sede per approfondire in termini generali il tema dello scheumorfismo, discutendo ad esempio la questione dei suoi rapporti con la metafora; oppure i suoi alterni destini nell'estetica del design, ove le icone scheumorfiche (tradizionalmente usate, come si diceva, dai sistemi Apple) si

contrappongono, recentemente, al c.d. “flat design” (sviluppato da Microsoft a partire da Windows 8, e in parte seguito anche dalle più recenti interfacce Apple), cioè a stili che utilizzano immagini più minimaliste, stilizzate, astratte.



Accontentiamoci di aver richiamato un fenomeno semiotico che nella nostra quotidianità è veramente pervasivo. E sottolineiamo innanzitutto tre ordini di considerazioni:

A) Innanzitutto, bisogna rilevare come, e in specie nella realtà digitale, lo scheumorfismo non sia solo recupero *ornamentale* di una forma già nota (come accade in talune espressioni dell’arte figurativa). Assai spesso il recupero della vecchia forma svolge pure, se non soprattutto, una *funzione che potremmo dire “cognitiva”*³.

Come nel caso della metafora, l’uso semiotico di “un qualcosa” al posto di “qualcos’altro” (“sei il sole della mia vita”; “le spighe di grano ondeggiavano”; “il leone è il re della foresta”) non ha dunque solo una funzione ornamentale, retorica, di abbellimento (del discorso o dell’oggetto). Ma serve per comprendere meglio qualcosa. Per relazionarsi con un oggetto o un concetto che, ad esempio per la sua novità, facciamo fatica a mettere a fuoco o a gestire.

Come la metafora, lo scheumorfismo può avere, dunque, una *funzione cognitiva*: può aiutarci a capire meglio la cosa (o il concetto) che chiamiamo con il nome di un’altra cosa (o di un altro concetto). Talora, come si diceva, lo scheumorfismo può aiutarci ad interagire con qualcosa di nuovo, che comprendiamo e governiamo meglio usando una forma (anche solo la forma-nome) diversa. ma nota, familiare.

La odierna fortuna dello scheumorfismo è dunque dovuta non solo alle sue risorse stilistico-ornamentali (di cui anzi -pensiamo al “finto legno” del *linoleum*- si può dubitare); ma piuttosto al fatto che, di fronte ad oggetti e operazioni nuovi, di cui non conosciamo la meccanica e la precisa modalità di funzionamento, chiamiamo in soccorso le forme (o i concetti, o i nomi) del vecchio mondo materiale. “Copiamo” e riutilizziamo queste forme in versione ornamentale, ma anche – questo è il punto – in funzione

³ Sul potere cognitivo della metafora, si veda il fondamentale lavoro di G. LAKOFF e M. JOHNSON, *Metafora e vita quotidiana*, (1980), Milano, 1998, spec. 21 ss. Tali autori sviluppano l’idea che la metafora sia qualcosa di ben più importante che un mero ornamento del discorso, un artificio retorico. La metafora è, piuttosto, un meccanismo fondamentale del linguaggio quotidiano, e, soprattutto, del nostro stesso orientamento cognitivo: è difatti praticamente impossibile pensare senza far uso di meccanismi metaforici. Sull’argomento, rinvio anche a M. PAPA, *Fantastic Voyage, Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 38 s., 141.

cognitiva. Le vecchie forme, recuperate e riciclate, sono strumenti di un utile, forse indispensabile, *mediazione*; nel caso del mondo digitale, sono “interfacce amiche”, che, richiamando il mondo cosale, fanno da ponte tra noi e un nuovo mondo informatico la cui struttura profonda ci è ignota.

Insomma, pochi di noi sanno come davvero si produce, nel computer, la cancellazione di un file, ma tutti comprendiamo l’analogia scheumorfica; dunque, quando ci vogliamo sbarazzare di “documento”, lo trasciniamo – senza troppo pensare – nel “cestino”.

B) Vero ciò, occorre subito sottolineare un’altra importantissima circostanza: come nel caso delle metafore, le immagini scheumorfiche *non vanno prese alla lettera*.

La trasposizione simbolica non implica una equivalenza vera: nessuna metafora vale al 100%; e così lo scheumorfismo. Le spighe del grano “ondeggiano”, ma non c’è mai rischio di *tsunami*; al “re della foresta” non si applica il divieto di matrimonio morganatico. Parimenti, i *files* “cestinati” sembrano sì fogli appallottolati, ma nessuno penserebbe di svuotare il “cestino” nei cassonetti per la raccolta differenziata della carta; e se ci trovassimo d’inverno in una gelida soffitta (tipo quella di *Bohème*), non potremmo mai pensare di utilizzare i *files* cestinati per accendere un fuoco e scaldarci (in attesa che venga Mimì).

È una precisazione forse ovvia, ma, ripetiamo, non bisogna rimuovere dalla nostra attenzione questo limite (che è anche la ricchezza) della metafora: un conto è usare ancora, per comodità o per scelta estetica, le forme del vecchio mondo per operare nel nuovo; altra cosa è ignorare o negare la radicale diversità del nuovo in cui interagiamo.

C) Quanto si è appena detto ha delle immediate conseguenze. L’oggetto scheumorfico si avvantaggia certamente delle risorse cognitive (ed estetiche) dovute all’uso metaforico della vecchia forma; al tempo stesso, tuttavia, ne viene anche “danneggiato”; esso risente cioè dei limiti cognitivi (ed estetici) dipendenti proprio dalla metafora su cui si appoggia. In altre parole: se è vero che la forma nota (ad esempio, il cestino, o la calcolatrice) giova, in prima battuta, nell’interazione cognitiva con una realtà inedita (la distruzione di un file, ovvero un calcolo da effettuarsi tramite il software di un computer), è anche vero che la forma nota, proprio perché concernente un altro, più vecchio, oggetto, può divenire anche una prigione: l’interazione con il “nuovo” sarà difatti condizionata fortemente dal “vecchio”. Insomma, la cognizione del nuovo sarà marcatamente “conservatrice”, tenderà a sottovalutarne, a sottoutilizzarne, a mortificarne le potenzialità (funzionali, estetiche etc.).

Riprendiamo i nostri esempi di scheumorfismo: se interagiamo con i nuovi materiali plastici (ad esempio, il *linoleum* per pavimenti) attraverso lo schema cognitivo dei parquet in legno, ci troveremo limitati da tale schema. Finiremo per non comprendere appieno le inedite caratteristiche (impermeabilità, resistenza etc.) dei nuovi materiali; finiremo per non sfruttare le loro potenzialità, anche estetiche: il *linoleum* è molto più che “finto legno”.

Questi rilievi sono ancor più veri nel contesto digitale, ove le forme scheumorfiche (si pensi al “cestino”, o alla “calcolatrice” scheumorfici) possono

veramente mortificare le potenzialità del nuovo strumento: la “distruzione” di un file potrebbe risultare, nel contesto informatico, operazione molto più complessa, graduale, discreta, rispetto alla “cestinazione” del cartaceo; e ciò potrebbe interessarci (ad esempio, il file “cestinato” si può generalmente recuperare, il foglio appallottolato e cestinato no). Ancora: le operazioni effettuate tramite il software del computer potrebbero offrirci possibilità di calcolo ed elaborazione dati molto più complesse e fruttuose rispetto alle operazioni che riusciamo ad impostare tramite l’uso scheumorfico dei pulsanti delle vecchie calcolatrici.

Insomma, un uso eccessivo di oggetti scheumorfici può essere limitante e controproducente: c’è il rischio di rimanere in una condizione di ignoranza rispetto alla inedita realtà del nuovo; e di rinunciare a priori ad utilizzarne al meglio le spesso dirompenti potenzialità.

Fermiamoci per ora qui e passiamo all’attualità giuridica. Sullo scheumorfismo, e sulle sue possibili proiezioni penalistiche, torneremo tra qualche pagina.

3. La riforma Orlando e la riserva di codice: il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 marzo 2018 è stato pubblicato il d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, *“Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell’art. 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”*⁴. Il decreto, entrato in vigore dal 6 aprile 2018 ed accompagnato da una articolata Relazione illustrativa⁵, dà attuazione ad una previsione della legge delega con cui è stata varata, lo scorso anno, la c.d. “Riforma Orlando”. Viene introdotto, nel codice penale, un nuovo art. 3 bis, secondo il 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.”* Oltre a questa novità, il decreto 21 del 2018 provvede direttamente a spostare dentro il codice una serie di fattispecie incriminatrici già dislocate all’interno di varie leggi complementari.

La pubblicazione del decreto che introduce la riserva di codice rappresenta certamente un traguardo nell’azione politica promossa dal governo Gentiloni nell’ambito della giustizia penale⁶. Era un frutto, d’altro canto, tanto zuccheroso quanto di facile raccolta: politicamente non problematico; lontano dal dibattito delle persone comuni; difficilmente strumentalizzabile in campagna elettorale;

⁴ Sul decreto legislativo 21 del 2018, segnalò, M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 429 ss.; nonché S. BERNARDI, [Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al codice penale](#), in questa Rivista, 9 aprile 2018.

⁵ La Relazione è consultabile sul sito del Ministero della giustizia, per il link si rimanda alla scheda di S. Bernardi citata supra, nota 3. Il testo del decreto legislativo è stato redatto utilizzando lo studio sviluppato da una Commissione istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal magistrato Gennaro Maresca. Dettagli sulla Commissione in: M. DONINI, *L’art. 3 bis*, cit., 431 nota 11.

⁶ L’importanza di questa parte della riforma è stata segnalata dal ministro Andrea Orlando nell’articolo *Riserva di codice. L’importanza di un principio che guarda al futuro*, ne *Il Manifesto* del 23 luglio 2017.

probabilmente compatibile con il potere decisionale di chi è in carica per gli “affari correnti”.

Un frutto, dobbiamo dirlo, ben diverso da quelli, politicamente ed elettoralmente “avvelenati”, che stavano appesi a un altro ramo della riforma Orlando. Il più controverso: la riforma dell’ordinamento penitenziario⁷; ma anche l’altro, tutt’altro che marginale: l’estensione della perseguibilità a querela. Anche il decreto legislativo sulla perseguibilità a querela ha visto, negli ultimi giorni, la luce (si tratta del decreto legislativo n. 36 del 10 aprile 2018); ed è un peccato, perché la modestia delle novità delude chi sperava in una importante occasione deflattiva, peraltro sinergica rispetto alla introduzione del nuovo istituto della estinzione per condotte riparatorie, di cui all’art. 162 *ter* c.p. Tale nuova causa di estinzione difatti presuppone la perseguibilità a querela del reato cui si applica.

L’angustia degli spazi di manovra, determinatosi a fronte della campagna elettorale e poi del mutato orizzonte politico, avrebbe consigliato, nel caso della perseguibilità a querela, di lasciare la mela sull’albero, non affossando le importanti potenzialità della riforma (che ad esempio, avrebbe potuto comprendere, come raccomandato dalla Commissione giustizia della Camera in data 6 dicembre 2017, l’iper-inflattivo reato di lesioni stradali ex art. 590 *bis* comma 1 c.p.), e rinviando l’esercizio della delega ad un governo davvero responsabile sul piano politico.

Ricordiamo che le decisioni finali concernenti la perseguibilità a querela sono state prese dal governo Gentiloni, teoricamente in carica per i soli affari correnti, il 21 marzo 2018: a Camere sciolte e ad elezioni politiche già celebrate. Che tale modo di procedere sia pienamente legittimo dal punto di vista del diritto costituzionale è quantomeno dubbio⁸; ma una questione è chiara anche al cittadino comune: *chi risponde politicamente* per scelte così significative assunte il 21 marzo 2018? Scelte assunte – questo lo aggiungiamo da giuristi – disattendendo le indicazioni formulate dalla Commissione giustizia della Camera nel dicembre 2017 e senza riceverne, al termine della procedura, il parere finale. Ricordiamo, infine, che l’approvazione del decreto sulla perseguibilità a querela ha avuto luogo prima che cominciasse ad operare (23 marzo 2018) la *Commissione speciale per l’esame degli atti urgenti presentati dal governo*, istituita nella nuova legislatura proprio per far fronte ai problemi della lunga e sofferta transizione istituzionale.

⁷ Per tutti, G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), in questa Rivista, 9 aprile 2018.

⁸ Sul punto, si veda E. CATELANI, *I poteri normativi del Governo dopo lo scioglimento delle Camere e prima della formazione di un nuovo governo fra prassi e direttive: il caso della legge delega n. 103 del 2017*, in corso di pubblicazione in Arch. pen., 2/2018.

4. Riserva di codice e principio rieducativo: la costruzione del codice come “città ideale” del diritto penale è davvero un indispensabile strumento perché si realizzi la rieducazione del condannato?

Nella legge delega della riforma Orlando (l. n. 103/2017), il principio della riserva di codice compare all’art. 85, lett q), una norma dedicata alla riforma dell’ordinamento penitenziario. La riserva di codice, di cui si dispone l’attuazione *tendenziale*, viene collegata all’*esigenza di assicurare una migliore conoscenza dei precetti* e dunque l’effettività della *funzione rieducativa* della pena. La riserva costituirebbe, addirittura, presupposto indispensabile perché l’ordinamento penitenziario possa risultare conforme ai principi costituzionali: di qui l’indicazione di inserire nel codice “*tutte le fattispecie criminosi previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell’ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell’integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato*”.

È una prosa un po’ enfatica, pur giustificabile nel quadro di una legge delega. Ci sono indubbiamente “*echi bricoliani*”⁹; ma il rischio è ormai quello che l’insegnamento del grande Maestro bolognese, Franco Bricola, ridotto in pillole ed evocato a spizzichi nei contesti più disparati, diventi come la sinfonia n. 40 di Mozart: un capolavoro che suonerie e musiche telefoniche d’attesa hanno ridotto ad un consueto *refrain*.

Ma al di là dello stile: fondare il principio della riserva di codice su di un nesso così stretto con la rieducazione del condannato non convince.

Che il nesso tra la centralità del codice e la rieducazione del reo sia alquanto lasco è dimostrato, sul piano empirico, dall’esperienza dei sistemi penali che un codice non ce l’hanno (ad esempio l’Inghilterra, il sistema federale USA, molti sistemi australiani), sistemi che hanno per primi creduto nella rieducazione, implementandola seriamente per decenni. Sempre ragionando sul piano empirico/intuitivo, ci si può chiedere, per altro verso, se davvero, in assenza della riserva di codice, un condannato per traffico di stupefacenti non possa rendersi conto dell’ingiusto che sta dietro al suo reato e dei diversi valori verso cui deve ri-orientare la sua vita. E quanto all’evasore fiscale: neanche per lui c’è speranza di rieducazione se i reati tributari non vengono portati dentro il codice?

Certo, a tutti piace pensare che il peggior dei delinquenti, contemplando il diritto penale splendidamente racchiuso nel prisma cristallino di un codice, possa, come per miracolo, convertirsi al Bene. E che dunque proprio per costoro, per i condannati, valga la pena costruire il diritto penale come codice e solo come codice. Un codice che, sulla scia della migliore tradizione illuministica, si ponga come sintesi mirabile, come “città ideale” del diritto penale: perfettamente costruito e perciò capace di indicare, con

⁹ Così, M. DONINI, L’art. 3 bis c.p., cit., 444.

i suoi contenuti e con la sua struttura, i valori fondamentali della società e le più gravi modalità della loro lesione¹⁰.

Realisticamente, tuttavia, un percorso complesso come quello della rieducazione difficilmente si compie grazie alle epifanie che illuminano il condannato quando cade in estasi davanti al codice penale “città ideale”.

Si può concedere che la funzione rieducativa sia collegata alla determinatezza delle fattispecie incriminatrice e alla riconoscibilità dei valori ad essa sottesi, ma vincolare la rieducazione alla riserva di codice pare eccessivo. Si tratta, nella migliore delle ipotesi, di una immagine poetica, della metafora di un rapporto politico: lo Stato “buono” mostra al condannato il codice, la “città ideale” ove sono mirabilmente sintetizzati i valori e regole alla cui stregua rieducarsi.

Nella peggiore delle ipotesi, invece, questo nesso così stretto tra riserva di codice e rieducazione è il segno di un credo rieducativo semplicistico, riduttivo; poco dialogico nel suo mostrare al condannato un mondo di valori predefiniti, unilateralmente professati, astratti, cartacei e dunque privi di vita. Un mondo di valori “*on the books*”: perfetto e alienante, verosimile ma non vero. Pensare che il codice possa costituire il “sussidiario” da adottare nelle aule dove, in carcere, si insegna “rieducazione”, vuol dire concepire la “rieducazione” secondo modelli scolastici di sapore ottocentesco.

Nel proporre la riserva di codice come *essenziale strumento della rieducazione* c’è, addirittura, al di là delle intenzioni della legge delega (che sono probabilmente solo retoriche), qualcosa di sottilmente autoritario. D’altronde, le città-ideali, immaginate dai filosofi (da Platone a Tommaso Campanella) o dagli architetti-urbanisti (molti gli esempi: dall’egizia El Lahun alla greca Thurii, dalle cinquecentesche Pienza, Sabbioneta, Palmanova, Terra del Sole, alle città simbolo del razionalismo fascista, come Littoria, e poi all’ancora, più di recente, Zingonia, diretta proiezione ideologica del “boom” italiano) hanno sempre qualcosa di autoritario¹¹. E sono insidiosamente autoritarie, a ben vedere, anche le città ideali rappresentate nell’iconografia rinascimentale.



Figura 4 Questo celebre dipinto della “città ideale”, conservato al museo del Palazzo ducale di Urbino, è stato talora attribuito a Piero della Francesca. Oggi si tende tuttavia ad ammettere che l’autore sia anonimo.

¹⁰ Nel dibattito sulla codificazione/decodificazione le metafore urbanistiche non sono nuove: già Fiandaca aveva parlato, anni fa, del codice come “centro storico” contrapposto alle periferie delle leggi speciali. Con particolare efficacia, F. Mantovani ha assimilato queste ultime alle *favelas* delle metropoli brasiliane.

¹¹ È un giudizio forse un po’ drastico, ma una decisa motivazione ideologica (morale, religiosa, o politica) è sempre alla base dei singoli progetti di città ideale. Sul tema della città ideale, specie rinascimentale, per tutti, *La città ideale nel Rinascimento*, a cura di Gianni Carlo Sciolla, Torino, 1985, spec.

Lo sono perché lo spazio stesso è rappresentato in modo assertivo e ideologico. Lo spazio è rappresentato secondo i canoni della c.d. prospettiva scientifica o lineare (quella nata nel Rinascimento appunto), che rende l'“effetto di realtà” assumendo per la fuga delle linee un punto di vista unico, centrico, monopolistico ed apparentemente esterno al dipinto. La scelta non è priva di conseguenze, e difatti si è da tempo constatato come anche la “prospettiva lineare” sia una forma di rappresentazione dello spazio *fortemente simbolica*¹². Simbolica perché in quella rappresentazione apparentemente oggettiva e fotografica c'è una imposizione ideologica di significato, c'è una scelta “autoritaria” di senso; c'è, ma è nascosta, con sapienza, dietro la forza soggiogante della verosimiglianza e della razionalità.

Di fronte alla rappresentazione prospettica rinascimentale, l'osservatore si trasforma – come è stato acutamente osservato – da persona vivente in uno “*spettatore paralizzato, come avvelenato dal curaro*”¹³.

Lo stesso si potrebbe dire, *mutatis mutandis*, per chi osserva la scenografia della forma-codice, contemplando, senza alcun possibile dialogo, la perfezione stucchevole di una “città ideale”.

Intendiamoci: che il codice penale possa svolgere, nel comunicare i precetti penali *alla comunità generale*, una funzione assertiva, imperativa e ideologica è del tutto normale¹⁴. La forza soggiogante di tale comunicazione è, dal punto di vista preventivo, perfino da auspicare. Ma che questo tipo di comunicazione costituisca una condizione essenziale perché si realizzi la rieducazione del condannato pare essere, per le ragioni dette, fortemente discutibile. Obiettivi e metodi della rieducazione sono, come abbiamo sottolineato, sociologicamente e psicologicamente molto più complessi.

Non credo corrisponda ai valori fondanti del principio rieducativo immaginare che il condannato sia oggetto di un trattamento che lo riduca a “spettatore paralizzato dal curaro”, cui non resta che contemplare passivamente la raffigurazione perfetta del diritto penale offerta dal codice “città-ideale”.

¹² Fondamentale, E. PANOFSKY, *La prospettiva come “forma simbolica” e altri scritti*, trad. it, Milano 1961. Ulteriori riferimenti in, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 27.

¹³ Riporto qui una efficacissima espressione usata dallo scienziato e filosofo russo P. FLORESKIJ, nel suo saggio del 1919 *La prospettiva rovesciata*, pubblicato in italiano in, *La prospettiva rovesciata e altri scritti*, a cura di N. Misler, Roma, 1990, 83.

¹⁴ La forma-codice, è noto, svolge il suo ruolo fondamentale sia nel rapporto con la comunità generale, sia in quello con chi è tenuto ad *applicare* il diritto penale: polizia, pubblici ministeri, i giudici etc. Si indirizza alla comunità generale per orientarne, culturalmente e tramite deterrenza, i comportamenti; si indirizza agli altri soggetti qualificati per condizionare il processo di applicazione-interpretazione del diritto penale. Tutto ciò in via preventiva, o al più nel processo. Ma, a cose fatte, a reato eseguito e a condanna pronunciata, è difficile ipotizzare che, per la rieducazione del reo, sia indispensabile che l'universo legislativo penale venga tutto stipato all'interno della forma-codice.

5. Dal codice come “città ideale” al codice come “centro di accoglienza”: sta nascendo un oggetto scheumorfico?

Vere le preoccupazioni profilate, pare tuttavia si possa stare, oggi e in Italia, abbastanza tranquilli. Il codice a favore del quale la legge delega ha introdotto il principio della riserva ha poco a che vedere con la perfezione architettonica e le scientifiche geometrie delle “città-ideali” immaginate nel Rinascimento. Nei suoi oltre ottanta anni di vigenza, lo sappiamo bene, il codice Rocco è diventato un luogo di norme stratificate e incoerenti; eterogeneo nello stile e disordinato nei contenuti (e massimamente nei livelli sanzionatori). Insomma, credo siano in pochi coloro che, guardandolo, rimangono “paralizzati, come fossero avvelenati dal curaro”.

Il decreto legislativo 21 del 2018 non fa che accelerare la trasformazione di un modello. Non più da tempo “città ideale” del diritto penale, il codice assume sempre più le sembianze di un “centro di accoglienza”: uno spazio destinato a raccogliere migranti di ogni etnia e provenienza geografica; fuor di metafora: un contenitore di reati del tipo più disparato: siano essi di nuova creazione o in arrivo dagli angoli più remoti della galassia *extra codicem*. Di fronte a queste linee evolutive, che rivelano movimenti assai profondi nelle modalità organizzative del materiale normativo, viene da chiedersi – direi: serenamente – se l’espressione “codice penale” possa essere ancora utilizzata in senso proprio e letterale. Se dunque, quando di parla di “riserva di codice”, si intenda quello che avrebbero inteso i penalisti di qualche decennio fa.

L’impressione è che le cose siano davvero molto cambiate e che ci si stia avviando ad usare il termine “codice” non in senso proprio, ma metaforico. *Intelligenti pauca*: il lettore ha già capito dove andremo a parare. Dobbiamo prendere atto che il c.d. “codice penale” è ormai diventato.... un oggetto scheumorfico?

6. Riserva di codice e decodificazione.

Ma andiamo per gradi. E torniamo alla riserva di codice: un principio di cui si parla oggi¹⁵, sulla scia di un dibattito risalente¹⁶. Si ricorderà che il riconoscimento di un

¹⁵ In argomento, da ultimo, M. DONINI, *L’art. 3 bis c.p., cit.*, e S. BERNARDI, *Il nuovo principio della riserva di codice*, cit.; F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2016, spec. 59 ss. Il tema della riserva di codice offre lo spunto iniziale con cui si apre il recente e interessantissimo saggio di C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss. SOTIS torna poi sull’argomento nel prosieguo del lavoro, sostenendo i benefici effetti che la nomina dei reati potrebbe sortire anche rispetto alla implementazione della riserva di codice e comunque alla riorganizzazione del rapporto tra codice e leggi complementari: ivi, 1371 ss.

V. anche AA.VV., *Gli Ottant’anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni – G. Insolera, Bologna, 2012, in particolare i contributi di A. CADOPPI, *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant’anni del codice Rocco alla luce dell’esperienza comparatistica*, ivi, 83 ss; G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, ivi, 207 ss. e F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, ivi, 39 ss.

¹⁶ Quanto al dibattito sviluppatosi a partire dalle fine degli anni Novanta, riferimenti essenziali sono: L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le*

analogo principio era prevista dal progetto di riforma costituzionale della c.d. Bicamerale D'Alema operante nella XIII legislatura¹⁷. La questione della riserva di codice si colloca, d'altronde, nell'ormai pluridecennale dibattito sulla c.d. decodificazione penale¹⁸.

La questione si pone, come noto, a partire dagli anni '50-'60 del Novecento, quando inizia il "big bang" della parte speciale del codice penale, con la progressiva dispersione delle norme incriminatrici nel cosmo delle leggi speciali *extra codicem*¹⁹. Di fronte a tale fenomeno, maturano, e si sono ormai consolidate, varie opinioni. Per semplicità, possiamo qui ridurle a due fondamentali orientamenti: da un lato, quello di coloro che, biasimando il legislatore delle leggi speciali, difendono ad oltranza il valore della forma-codice, continuando ad indicarla come insostituibile garanzia di razionalità e conoscibilità del diritto penale²⁰. Dall'altra parte, quella di chi, non contestando l'obiettivo disfunzionalità della decodificazione penale, si interroga sulle sue cause profonde, rilevando come il fenomeno non possa essere ricondotto unicamente alla incuria e sciatteria del legislatore²¹. La decodificazione, si sostiene, è dovuta alla crisi della fattispecie incriminatrice "classica", crisi a sua volta dipendente dalla crescente complessità delle società contemporanee. La vita contemporanea è caratterizzata da trasformazioni inedite, che vanno dalla crescente "artificiosità" di molti settori della vita

garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro, Padova, 2001, 27 ss.; C.F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, Roma, 2002, 99 ss.; S. SENESE, *La riserva di codice*, ivi, 79 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Crit. dir.*, 1998, 155 ss. C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1011 ss.

Il principio della riserva di codice è legato, come noto, anche al dibattito sul c.d. "diritto penale minimo", particolarmente vivo verso la fine degli anni Novanta. Per tutti, A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA (numero monografico di *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985), Napoli, 1986.

¹⁷ Il testo approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali prevedeva all'art. 129 della Costituzione che «Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività. Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo. Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono».

¹⁸ Per aggiornati riferimenti bibliografici in argomento, M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p.*, cit., 420 ss.; AA. VV., *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, cit.; V. anche, M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.; F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013, 53 ss., 251 ss.

¹⁹ Per tale terminologia e per una analisi del fenomeno, rinvio a M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.; con riferimento alle esperienze straniere, il tema della decodificazione fu affrontato già a partire dall'inizio di questo secolo nel volume, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Padova, 2000; *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, 2003; V. anche, F. PALAZZO - M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3° ed., Torino, 2013, 251 ss.

²⁰ Per tutti, F. MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss.

²¹ V., per tutti, i fondamentali lavori di G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit. 142 ss.; F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 271 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1223 ss.

economica e sociale, alla smaterializzazione dei rapporti, alla proliferazione quantitativa e qualitativa degli interessi meritevoli di tutela.

Tutto ciò comporta, tra l'altro, la difficoltà di forgiare nuove fattispecie, scolpendole iconicamente come si fece con gli antichi reati. In un mondo in cui, per così dire, scarseggia ormai la materia (molti dei nostri rapporti sono ormai smaterializzati), occorre pure costantemente bilanciare una serie variegata di interessi in conflitto²². Questo bilanciamento non riesce a trovare un assetto accettabile se non facendo riferimento ad una regolazione disciplinare, ad una procedimentalizzazione delle questioni, operata in gran misura dalla legislazione extrapenale che tali interessi individua, pesa, modula, ordina in un certo rapporto. Con riferimento all'ambiente, ad esempio, come contemperare le ragioni del diritto d'impresa, del diritto al lavoro, della tutela della salute, della tutela del paesaggio, di quella dell'ecosistema etc.? L'unica via per comporre un conflitto altrimenti ingestibile è quella di prevedere una disciplina amministrativa che contemperi i vari interessi in gioco, trovando, proprio attraverso un procedimento, il difficile punto di equilibrio tra i beni in conflitto.

Pertanto il fenomeno è in continua evoluzione. Si è sottolineato, recentemente, come si siano sviluppate, negli ultimi tempi, due nuove direzioni della decodificazione: da un lato quella collegata alle reti di norme multilivello (locali, nazionali, sovranazionali); dall'altro quella "ermeneutica"²³. La "decodificazione ermeneutica" deriva dal sovrapporsi, al tradizionale "codice-decalogo", di una magmatica glossa giurisprudenziale, che, grazie soprattutto alle sentenze della corte di cassazione a sezioni unite, trasforma il codice tradizionale in una sorta di codice-enciclopedia²⁴. Si tratta di una prospettiva d'analisi molto interessante ed acuta, anche perché collegata, da un lato, al ruolo della "casistica" nel sistema delle fonti, dall'altro ad un tema oggi di grande attualità e cioè quello del precedente vincolante²⁵. Pure su quest'ultimo incide, peraltro, la riforma Orlando, che ha modificato l'art. 618 c.p.p., stabilendo il vincolo delle sezioni unite sulle sezioni semplici.

Si tratta di verificare, tuttavia, se le tematiche della "decodificazione ermeneutica" appartengano davvero al tema specifico della *decodificazione* o non riguardino piuttosto la più generale questione delle fonti del diritto penale.

Resta il fatto che, se quanto sostenuto in merito alla natura non contingente della decodificazione ha un minimo di fondatezza, non sembra agevole invertire con un tratto di penna, sia pure quella virtuosa del più competente dei legislatori, un processo storico complesso e travolgente. Forzare la ricodificazione penale, obbligare il legislatore a trasferire di nuovo tutto dentro le mura del codice, vuol dire voler mettere indietro le lancette della storia, negando la novità e unicità del nostro tempo.

²² Rimandiamo ancora a M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 105 ss.

²³ M. DONINI, L'art. 3 bis c.p., cit., 443.

²⁴ M. DONINI, op. cit., 443.

²⁵ Da ultimo, G. FIDELBO, [Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto](#), in questa *Rivista*, 29 gennaio 2018, e bibliografia ivi riportata, spec. p. 2 nota 2. Sul tema, ricordo per tutti, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità penale*, 2° ed., Torino, 2014, spec. 303 ss.

Il conflitto tra l'inarrestabile *trend* della decodificazione e il tentativo di riportare il diritto penale dentro il codice penale è, insomma, forte e irrisolvibile. Lo è tuttavia nella misura in cui, quando si parla di codice penale, si abbia in mente, più o meno, il modello illuministico di codice penale: quella "città-ideale" del diritto penale che, almeno come modello teorico, conosciamo da duecento anni in qua: un corpo legislativo tendenzialmente esaustivo, razionale, sistematico, omogeneo nello stile, architettonicamente coerente e quantitativamente contenuto.

Ma se per "codice penale" dobbiamo ormai intendere qualcos'altro; se il classico modello di codice è già morto, e anziché alla città ideale si pensa al codice come una sorta di "*centro di accoglienza*", allora il progetto che sta dietro il principio della riserva diviene, paradossalmente, fattibile²⁶. Fattibile: stipare tutto dentro il "codice" è qualcosa che certamente si può fare. Resta da vedere quanto risulti utile e politicamente condivisibile. Che senso ha la riserva di codice quando il "codice" non è più il codice inteso come modello di legislazione razionale, sistematico, architettonicamente coerente?

Ripetiamo: se davvero si pensa di poter forzare tutte le nuove leggi penali ad entrare dentro il codice; e se da subito si prefigura – come fa il decreto 21/2018 – un significativo "rastrellamento" di fattispecie, da trasferire dalle leggi speciali al codice; allora vuol dire che si sta utilizzando il termine "codice" pensando a qualcosa di nuovo. Il termine "codice" non è più adoperato in senso proprio, letterale, alludendo cioè ad una ben strutturata, armonica, razionale forma organizzativa della legislazione. Siamo passati ad un uso metaforico, scheumorfico, della parola. Il nome e la forma del codice penale sono diventati, cioè da oggetto, simbolo; ornamento, predicato di qualcosa d'altro. Ciò che chiamiamo codice è in realtà una interfaccia semiotica che serve per riferirsi a qualcosa di completamente diverso, qualcosa che vogliamo denominare e gestire con i nomi e le forme del vecchio mondo.

Nel caso del diritto penale, questo "qualcosa" di nuovo è l'agglomerato caotico di norme che, appunto, ha preso e prenderà sempre di più solidamente il posto del codice che conosceamo. Un insieme di norme informe ed eterogeneo: privo di struttura, disarmonico nello stile, architettonicamente inguardabile; al suo interno vi sono precetti tipologicamente diversi, tra loro slegati; redatti con la stessa consonanza linguistica con cui gli uomini parlavano nei giorni di un'altra celebre "città-ideale": la torre di Babele.

Insomma, la "forma-codice" è diventata come la forma del "finto legno" stampata sui rotoli di *linoleum*; come la "Moka", dietro la cui sagoma si nasconde la nuova macchina elettrica a cialde; come il "cestino" che troviamo sul desktop del

²⁶ Come nota F. PALAZZO (*La riforma penale alza il tiro?*), cit., 60: "[...]l'ampiezza dell'elenco delle materie le cui fattispecie incriminatrici dovrebbero traslocare nel codice lascia intravedere il pericolo che quest'ultimo assuma proporzioni mostruose: carattere, questo, che insieme agli insopprimibili collegamenti delle novelle fattispecie codicistiche con la disciplina di provenienza, finirà per rendere il codice di difficile consultazione, costringendo il "lettore" a faticose ricerche e ad acrobatici salti tra codice e legislazione di provenienza. Purtroppo gli strumenti per realizzare l'apprezzabile proposito manifestato con questa delega sono assai più complessi e impegnativi di quanto il legislatore delegante mostra di credere". M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p.*, cit., 435 ss., pur favorevole alla riserva di codice, paventa la possibile costruzione di un "libro-ripostiglio", destinato a raccogliere, nel codice penale, dove raggruppare norme ogni sparse e raccoglietiche.

computer. Sono icone scheumorfiche: *simboli e non più oggetti*. Un agglomerato caotico di norme può essere chiamato codice; ma è *codice* nella stessa misura in cui è *legno* il finto legno stampato sul *linoleum*; oppure è una *Moka* quella macchina elettrica a cialde che pesa 5 kg; o è *cestino* il “cestino” dove spostiamo, sul desktop del computer, i *files* che vogliamo cancellare.

Conoscevamo una forma, un materiale, un concetto; ne facciamo ora un uso “scheumorfico”: sono ormai solo metafore, asservite al compito di gestire qualcosa di nuovo che con quel vecchio mondo ha poco a che fare. Ciò che possiamo intuire, riguardo al nuovo agglomerato di norme che ancora chiamiamo (scheumorficamente) “codice”, è che, proprio come il *linoleum*, il suo materiale normativo può essere prodotto “al taglio” e senza limiti di metraggio.

Ma forse questa nostra metafora, al di là del suo colore, esprime solo la parte più vecchia e nota del problema. Ne ripareremo tra qualche pagina.

7. L'attuazione della riserva di codice nel decreto legislativo 21 del 2018.

7.1. La proclamazione del principio della riserva di codice nel nuovo art. 3 bis c.p.

È tempo di vedere più da vicino che cosa prevede il decreto 21 del 2018. Il provvedimento si compone di 9 articoli. Il primo introduce espressamente nel codice penale un nuovo articolo 3 bis, dedicato appunto alla riserva di codice. Secondo tale norma: *“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.”*

A differenza della soluzione proposta a suo tempo dalla Commissione Bicamerale D'Alema, non si tratta dunque di un vincolo costituzionale, cioè di un vincolo destinato a condizionare davvero il legislatore. Il principio viene, in sostanza, meramente professato: a livello di legge ordinaria.

Nonostante la nobiltà dei propositi, la scelta di affidare al codice penale il principio della riserva di codice sa di “restaurazione”, ha qualcosa di “reazionario”. Come al Congresso di Vienna del 1815, il legislatore prova a “rimettere sul trono” un vecchio monarca: con l’art. 3 bis il codice penale viene investito di un ruolo costituzionale. È una cosa che sa di “prima della rivoluzione” (costituzionale) del 1948; sa del tempo in cui, mancando una Costituzione rigida, era la parte generale del codice (che nel nostro caso è quella del codice Rocco e che comunque può sempre essere plasmata dalla maggioranza parlamentare di turno) a fungere da catalogo dei principi fondamentali.

Quale potrà essere, nella realtà effettuale delle cose, il condizionamento che il nuovo art. 3 bis c.p. eserciterà sul futuro legislatore è difficile dirlo: si tratta di verificare se gli intenti comunicativo-simbolici della norma siano in grado di alterare la tradizionale gerarchia delle fonti. Secondo la Relazione illustrativa, la previsione dell’art. 3 bis c.p. sancirebbe un principio «di cui il futuro legislatore dovrà necessariamente

tenere conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto»; ed è ferma la convinzione che si tratti di una «norma di indirizzo, di sicuro rilievo, in grado di incidere sulla produzione legislativa futura in materia penale».

Non so su cosa riposi un tale ottimismo circa la cogenza effettiva di una fonte, la legge ordinaria, che per il nostro legislatore (che ha sopra di sé solo una costituzione rigida), non dovrebbe essere altro che *soft law*. Ma considerando che chi fa le leggi procede spesso – per dirla con Baudelaire – “à travers des forêts de symbols”, non si può escludere che funzioni: vedremo.

7.2. Il trasferimento di fattispecie incriminatrici dalle leggi speciali al codice.

Passiamo adesso alla parte, per così dire, “performativa” del decreto legislativo n. 21/2018 cioè a quella che trasferisce sin da subito alcune fattispecie vigenti dalle leggi speciali al codice. Si tratta di quattro complessi articoli (artt. 2-5). Ad essi si collega l’art. 7 che stabilisce la contestuale abrogazione del testo delle leggi speciali corrispondente ai reati che vengono divelti e trasportati nel codice. È una previsione importante, che determina la traslazione fisica delle norme in questione: i reati elencati si spostano, armi e bagagli, dalle leggi speciali al codice e nella prima non rimane più nulla di loro. Ciò esclude che da noi possa verificarsi la soluzione francese, che ammette la contemporanea, effettiva, ubiquità delle norme incriminatrici. In Francia, una fattispecie incriminatrice può essere presente, veramente presente, in più testi normativi²⁷.

Va infine menzionato l’art. 6, che si occupa di un importante fenomeno migratorio di parte generale: vengono condotte dentro al codice una pletora di norme sulla confisca disseminate nelle leggi speciali.

Considerando complessivamente la pianificazione di questa significativa migrazione di fattispecie, occorre dare atto le scelte sono state elaborate in modo meditato e tenendo presenti criteri rigorosi, di cui si è tentata una puntuale applicazione.

Essa ha portato immediatamente ad escludere dal trasferimento ampi settori della legislazione speciale, quali la materia della circolazione stradale, della sicurezza sul lavoro, delle armi, della prostituzione, della tutela dell’ambiente, del gioco e scommesse. Le considerazioni che hanno guidato la scelta non dare attuazione massiva alla legge delega appaiono sagge e convincenti. Si capisce che chi ha scritto materialmente il decreto sa quanto le deportazioni delle norme siano problematiche. Ciò pare confermato anche nella Relazione tecnica, che si premura di dar conto di un mancato “*aliud agere*” a cui il lettore neppure penserebbe: apprendiamo che è stata considerata anche l’“opzione zero”, cioè l’opzione di un non intervento, di stop totale

²⁷ Nel sistema francese, come noto, è prevista e diffusamente applicata la codificazione c.d. “a diritto costante”. Si tratta di una modalità organizzativa della legislazione alla cui stregua le medesime fattispecie possono comparire in più testi normativi: da un lato c’è il “*code pilot*” e dall’altro un “*code suiveur*”. Per tutti, R. CABRILLAC, *Les enjeux de la codification en France*, in *Les Cahiers de droit*, 2005, 533 ss. V. anche, V. DERVIEUX, *Dall’inflazione penale ai testi unici. L’esempio francese*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 169 ss.

alla migrazione di norme vigenti dalle leggi speciali al codice; leggiamo tuttavia che tale opzione è stata scartata... per la necessità di dare comunque attuazione alla legge delega e al perseguimento degli obiettivi di razionalizzazione promossi dalla stessa.

Non intendo soffermarmi nel dettaglio sulle varie fattispecie oggetto della traslazione. Basterà richiamarne qualcuna a titolo esemplificativo. Per una illustrazione analitica dell'elenco completo si rimanda alla Relazione illustrativa e, ovviamente, ai lavori scientifici dedicati ad una analisi puntuale della riforma.

Iniziamo dai reati a tutela della persona.

a) Il primo tra i reati trasferiti è il "Sequestro di persona a scopo di coazione", già previsto dalla l. del 1985, legge con cui il nostro ordinamento ha recepito la convenzione di New York sulla presa di ostaggi. Sequestro a scopo di coazione entra nel codice come art. 289 ter. La sua prosa ha uno stile inconsueto; è una lingua scomposta e incerta. La norma punisce chiunque "sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione".

Concetti come il "tenere in potere"; minacciare di "ferire" (e perché non di percuotere?); "compiere un qualsiasi atto o astenersene" sono parte di una prosa ancora semilavorata, come può essere quella delle convenzioni internazionali. Destinate a mettere d'accordo gli interlocutori più disparati, le convenzioni propongono testi che vanno raffinati nel momento della ricezione all'interno dei sistemi nazionali. Quasto non è successo, evidentemente, nel caso della convenzione sulla presa di ostaggi; ma sinché la fattispecie di sequestro dimorava nelle borgate *extra codicem*, quel tratto un po' burino passava inosservato. Ora che vive nel codice, il nuovo art. 289 ter c.p. palesa una chiara differenza di stile rispetto ai vicini di casa.

b) C'è poi il nuovo art. 586 bis: "Utilizzo o somministrazione di farmaci o altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche di atleti". È una fattispecie presa dalla l. n. 376 del 2000, relativa alla *Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*.

In nuovo articolo si compone di quasi 500 parole²⁸. 500 parole sono, più o meno, la metà di un canto della Divina Commedia. Ebbene, nel nuovo art. 586 bis c.p. troviamo

²⁸ «Art. 586-bis (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, È punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze.

La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si

500 parole strappate al paese natio, la legge 376 del 2000, e riversate nel cuore del codice penale. Siamo nella zona più elegante ed esclusiva della “città-ideale” (fossimo a Roma saremmo dalle parti di via Panama). Le 500 parole della nuova fattispecie trovano, come vicino di casa, l’art. 586 (morte come conseguenze di altro delitto), una norma asciutta e aristocratica, nota per la sua assidua presenza nei salotti dell’alta dogmatica. Con il suo profluvio di parole, il nuovo 586 bis, sembra invece un *habitué* dei *talk show* sportivi: parla con linguaggio da bar, discute del campione dopato, biasima gli apparati collusi e compiacenti.

c) Sempre in virtù dell’art 2 del decreto 21/2018 è inserito nel Titolo XII del codice penale un nuovo Capo I bis denominato: Dei delitti contro la maternità. Vengono qui accolti, in arrivo dalla l. 194 del 1978 i nuovi artt. 593 bis e ter, rispettivamente rubricati come *Interruzione colposa di gravidanza* e *Interruzione di gravidanza non consensuale*.

La migrazione sembrerebbe in questo caso aver senso, da momento che tali reati possiedono una tipicità autonoma, che prescinde dal procedimento che disciplina, nella legge 194, l’interruzione lecita della gravidanza. Sono, quelle dei nuovi artt. 593 bis e ter, condotte lesive indipendenti dall’osservanza delle procedure tramite cui si accede all’interruzione.

Resta tuttavia una perplessità di fondo, concernente proprio il ritorno dei reati di aborto all’interno del codice e dunque la possibile assimilazione tra il bene giuridico vita/integrità fisica tutelato nel Capo I e quello facente capo alla donna in gravidanza e al “prodotto del concepimento” che dentro di lei cresce. Inoltre, i reati in questione

sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche.

La pena di cui al primo e secondo comma È aumentata:

a) se dal fatto deriva un danno per la salute;

b) se il fatto È commesso nei confronti di un minorenne;

c) se il fatto È commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un’associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

Se il fatto È commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l’interdizione temporanea dall’esercizio della professione.

Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l’interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano.

Con la sentenza di condanna È sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.

Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell’organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull’uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468».

vengono scardinati da un complesso normativo, quello della legge 194, che aprì all'interruzione della gravidanza con una svolta liberalizzatrice che relegava in posizione marginale le residue ipotesi di illecito penale. Da lì scardinati e portati in un contesto ambientale totalmente illecito, quello dei reati contro la vita e l'incolumità, i reati degli artt. 593 bis e ter potrebbero colorarsi di un disvalore assai più inteso e grave rispetto al disegno originario del legislatore del 1978.

d) Problematico pare essere anche l'inserimento al capo III del titolo XII, dopo l'art. 604 c.p. di una intera nuova sezione, la I bis, dedicata ai Delitti contro l'uguaglianza. Vengono qui raccolte fattispecie provenienti dalla 654 del 1975 con cui l'Italia ha ratificato la Convenzione ONU contro il razzismo del 1966, così come modificata e integrata sia dalla c.d. legge Mancino del 1993 (l. n. 205/1993) sia dalla c.d. legge sul negazionismo, del 2016 (l.n. 115/2016). La sezione I bis si compone dell'art. 604 bis, "Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa"²⁹ e l'art. 604 ter, che contiene una analoga circostanza aggravante. I problemi di questa innovazione riguardano, innanzitutto, la natura della nuova oggettività giuridica creata: l'"uguaglianza", bene di per sé onnicomprensivo, con cui si cerca di dare una risposta ad un dibattito molto problematico che aveva visto in primo piano la questione concernente l'offesa alla "dignità delle vittime". Criticabile pure la collocazione della nuova sezione I bis nel quadro dei delitti del Capo III, "delitti contro la libertà individuale", ove compaiono fattispecie radicalmente diverse dai reati di opinione: ad esempio, la riduzione in schiavitù, la tratta e il sequestro di persona.

²⁹ Art. 604-bis (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa). - Salvo che il fatto costituisca più grave reato, È punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, È punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

8. Bisogna rassegnarsi al fatto che il codice sia diventato un oggetto scheumorfico?

Potremmo continuare, ma come s'è detto, non ci proponiamo qui una analisi di dettaglio dei singoli reati che il decreto 21/2018 ha trasferito dalle leggi speciali al codice penale.

Proviamo, piuttosto, a formulare qualche considerazione di sintesi, propedeutica allo sviluppo delle nostre riflessioni.

Per le ragioni che abbiamo cercato di esporre, il principio della riserva di codice pare indirizzarsi ad un agglomerato di norme che "codice" in senso proprio più non è. Deportando nel codice alcune fattispecie prima collocate nelle leggi speciali, il decreto 21/2018 finisce per accentuare la trasformazione del codice stesso, che da "*città ideale*" del diritto penale diviene un mero "*centro di accoglienza*" per reati migranti.

Vero tutto ciò, potremmo limitarci a concludere che la "forma codice" è diventata una forma scheumorfica; in altre parole: dietro al nome "codice", c'è un qualcosa di radicalmente nuovo e diverso. Il legno pregiato è diventato un disegno stampato sulla plastica del *linoleum*. Quello che chiamiamo "codice penale" è solo una forma scheumorfica, un simbolo, una icona da cliccare: dietro quel nome, dietro quella interfaccia "amica", troviamo un aggregato di norme che col tradizionale modello illuministico ha poco a che fare.

Si tratta di capire se le premesse politico-ideologiche che stanno dietro all'idea tradizionale di codice possano dirsi soddisfatte da questo "aggiustamento" semiotico. Possiamo rallegrarci della trasformazione del codice penale in "oggetto scheumorfico"? La risposta negativa a me sembra evidente. Nascosto dietro la forma scheumorfica c'è un ripostiglio ove si stipa di tutto: un ammasso senza struttura di norme malamente collegate e stilisticamente eterogenee.

9. Un passo indietro: di che materiale era fatto il codice penale tradizionale? Dobbiamo ancora subire il condizionamento (epistemologico e ideologico) del codice come oggetto cartaceo?

Vorrei dunque sviluppare qualche considerazione ulteriore che vada oltre la triste conclusione secondo cui il codice sarebbe diventato ormai un oggetto scheumorfico.

Parto da una constatazione ovvia: la forma codice, così come tradizionalmente intesa, è figlia di una serie di opzioni ideologiche e politiche sviluppate a partire dalla svolta illuminista della seconda metà del Settecento.

Ma, ci si può chiedere, cos'era allora e cosa è stato per tanto tempo l'oggetto-codice? Su quale oggetto fisico, con riferimento a quale "cosa", a quale referente materiale, è stata costruita l'ideologia della codificazione?

Ebbene, il codice era allora, e lo sarebbe stato per secoli, un libro; un libro ovviamente cartaceo, un volume, anzi un volumetto, composto da fogli stabilmente rilegati; e contenente un testo. Tale testo, a sua volta, contemplava, e contempla, una selezione ragionata e organizzata di norme. Nel tradizionale codice cartaceo, tali norme erano, e sono, stabilmente incastonate in una precisa posizione fisica del testo.

Le norme del codice sono collocate in una struttura: assumono, al suo interno, una collocazione topografica fissa, che è quella ove il legislatore le ha inchiodate. Il furto, art. 624 c.p., sta prima del furto domiciliare (624 bis c.p.), cui segue il furto aggravato (art. 625 c.p.). Poco più in là c'è l'estorsione, e poi la truffa e così via. Sappiamo che la struttura sistematica è costruita attorno ai beni giuridici: ciascun bene costituisce il centro di una sottostruttura, un "quartiere", ove abitano, e non a caso, le fattispecie incriminatrici deputate alla sua tutela. Le fattispecie sono inserite in una rete che configura relazioni di maggiore o minore prossimità; e queste relazioni sono fortemente condizionate sia dalla incastonatura della singola norma, sia dalla sottostruttura, dal "quartiere", dove essa è, assieme ad altre norme, collocata. Sappiamo inoltre che fuori da questa "città ideale", ci sono le periferie caotiche e spesso le *favelas*, le *banlieues* delle leggi speciali.

Nel codice, ma lo stesso potrebbe dirsi per le leggi speciali, le norme abitano in luoghi precisi, con indirizzo e numero civico. Abitano solo ed esclusivamente nel luogo di loro, come dire, "ufficiale residenza". Sia esso l'art. 999 del codice penale o l'art. 888 della legge speciale n. 777. Una norma può stare solo ed esclusivamente in un luogo. L'ubiquità delle norme non è neppure immaginabile.

Ciò non vuol dire, ovviamente, che il codice cartaceo sia un testo assolutamente sequenziale; e che vada letto come un romanzo giallo, di cui non possiamo saltare neanche un rigo. Al contrario, anche il codice tradizionale è, in qualche misura, un *ipertesto*. La sua modalità abituale di lettura è difatti la "consultazione", una attività che comporta, lo sappiamo bene, la possibilità di "saltare" da una norma all'altra: in ragione di un rinvio o per scelta.

Nonostante questa sua caratteristica, tuttavia, il codice rimane un documento condizionato dalla sua fisicità, dalla sua struttura testuale rigida. Difatti, pur potendo il lettore "saltare" da un luogo all'altro, la *distanza e la difficoltà del salto* sono pregni di significato. Se si salta dal reato di furto ad una contravvenzione concernente il possesso ingiustificato di valori, oppure alla detenzione di armi o di sostanze stupefacenti, la misura del salto peserà eccome, potendosi sostenere, in caso di grandi balzi tra norme lontane (topograficamente e per bene tutelato), che non vi sono i presupposti per una interpretazione sintonica delle medesime parole, ad esempio del termine "detenzione".

10. Preliminari per una nuova riflessione sulle modalità organizzative della legislazione penale.

Riflettendo oggi sul principio della riserva di codice, e più in generale sulla forma codice, non possiamo trascurare il condizionamento dovuto, nei secoli passati, alla configurazione materiale dell'oggetto-codice. L'interazione con questo oggetto materiale ha costituito, per tanto tempo, un dato esperienziale di primaria importanza. Così importante da condizionare la stessa ideologia della codificazione. D'altra parte, proprio gli studi sulla metafora hanno dimostrato, su di un piano generale, l'estrema

rilevanza che l'interazione corporea con il mondo assume nello sviluppo delle strutture del pensiero e delle categorie concettuali³⁰.

Quando si è sviluppata l'idea tradizionale di codice, il condizionamento derivante dalla natura cosale, materiale, fisicamente rigida, strutturata, dell'*oggetto codice* fu decisiva. Allo stesso modo in cui, tre secoli prima, la città-ideale rinascimentale fu ideata e progettata avendo come riferimento lo spazio fisico *urbano* e non, ad esempio, le valli dell'Arcadia o l'eterea, informe, bellezza della "*civitas dei*".

Se tutto ciò ha un minimo di plausibilità, allora dovremmo tenerne conto anche nel dibattito sulla riserva di codice e sui futuribili della forma-codice nella società contemporanea. L'oggetto-codice che avevano in mente gli illuministi, quell'utilissimo piccolo librettino rilegato, che tutti noi usavamo sino a qualche anno fa, è in via di estinzione e comunque non è più diffuso come un tempo. Come oggetto, ripeto: *come oggetto*, non è più necessario; non è più utile. Come i nastri musicali o le videocassette VHS.

Le norme (anche quelle penali, ovviamente) sono "dati"; dati che possono essere gestiti con programmi informatici o addirittura con "applicazioni" scaricabili sui nostri *smartphone*. Nelle classi in cui insegno diritto penale, constato ormai da qualche anno che gli studenti il codice penale cartaceo non ce l'hanno; non lo comprano più; alcuni, forse, un codice non l'hanno mai neppure avuto tra le mani. Presto il codice cartaceo non sapranno più neanche usarlo, come già non saprebbero usare i telefoni a disco. Già oggi infatti, con la più semplice ed economica delle "applicazioni", scaricabile in rete, è possibile avere il testo del codice, e di molte leggi speciali (il numero dipende dalla qualità e dal costo dell'applicazione) a diretta portata sullo schermo degli *smartphones*.

Avendo tutto il materiale legislativo a diretta disposizione, è possibile scomporre e riaggregare le norme del codice penale, ma anche delle leggi penali speciali, secondo la modalità che più ci aggrada. Questo processo si chiama, come noto, "*sorting*" e consiste nell'ordinare dei dati secondo la loro sequenza o secondo una o più loro proprietà. Possiamo richiamare tutte le norme dove compare la parola "profitto", o "danno"; oppure "possessione", o "cagiona"; e farci sul momento, "in casa" e a secondo dei bisogni, il nostro "*instant-code*".

È verosimile pensare che tutto ciò non produca alcuna conseguenza sull'ideologia della forma codice?

Non credo. Sarebbe come pensare alla musica, immaginando che i brani siano ancora incardinati nelle sequenze rigide delle audiocassette o dei *Long playing* in vinile. Nella produzione dei Beatles, la canzone "*Help!*" stava – era il 1965 – nello stesso disco di "*Yesterday*"; ma oggi? Dove sta l'una e dove sta l'altra? Nessuno lo sa: sono come amanti che si sono perduti. Oggi, ciascuno di noi può fare, da solo, una o cento "*playlist*", riversandovi migliaia di canzoni e ordinandole nel modo che più aggrada (per rilassarsi, per correre, per condividere una serata). Oggi "*Help!*" non sta più vicino a *Yesterday* di

³⁰ L'approfondimento di questo nesso tra la struttura metaforica del pensiero e le fondamentali esperienze corporee, è centrale nello studio di G. LAKOFF e M. JOHNSON, citato *retro* alla nota 3.

quanto non stia vicina alla “marcia funebre” dell’Eroica di Beethoven o a “Ni**as in Paris” dei rappers Jay-Z e Kayne West.

Quando i dati si liberano dalla struttura rigida ove giacevano inchiodati, non c’è più alcun ordine; o meglio: l’ordine possiamo/dobbiamo deciderlo noi: con un atto di volontà. Ascolterò sempre la quarta sinfonia di Brahms, nell’ordine pensato dal suo compositore: come fosse la sera del 25 ottobre 1885 e stessi seduto in platea, nel teatro di Meiningen, durante la prima esecuzione diretta da Johannes in persona. Non romperò mai la meravigliosa sequenza di quei movimenti. Ma tutto questo non è più un destino: oggi è una scelta.

11. Oltre il modello della città ideale: organizzare e sistematizzare la legislazione come “villaggio globale”.

Discutere sul principio della riserva di codice dà oggi l’opportunità di tornare a riflettere sulla forma-codice. Nessuno contesta il valore, etico e pratico, di una legislazione sistematica, razionale, stilisticamente omogenea. Quello che merita una nuova riflessione è la proficuità del concepire questo progetto avendo ancora come riferimento la tradizionale configurazione fisica del codice: un piccolo testo stampato su fogli di carta rilegati. Un testo che sta *tutto assieme* in un *luogo* geografico del sistema giuridico: una piccola e nobile “città-ideale” circondata da anarchiche *banlieues* “dove neanche la polizia può entrare”.

È ancora fecondo pensare alle forme organizzative del diritto penale secondo questi modelli? Non credo. Difatti, non essendoci più una realtà fisica che vincola la struttura e la posizione delle norme, corriamo il rischio di rimanere intrappolati entro quella che non è altro che una *rappresentazione metaforica* del mondo normativo (penale, ma anche extrapenale). Come Dante tra le bolge dell’*Inferno*, finiamo per essere condizionati da una “realtà” la cui forma e la cui struttura materiale sono, a ben vedere, solo frutto della nostra immaginazione.

Le conseguenze sono rilevanti, dal momento che, nel diritto penale, è proprio sulla base di una geografia (ormai) immaginaria, che viene costruita la strategia della “*reconquista*”. Strategia di cui la riserva di codice è la più eclatante espressione. Si immagina cioè che da questa unica, nobile, “città-ideale”, appunto il codice, possa partire la riscossa che porti a liberare i territori “senza legge” che stanno fuori della città. E che, nel frattempo, la città-ideale possa accogliere, dentro le sue mura, ogni sorta di profugo o migrante.

Difficile pensare che tale strategia possa avere successo. Sarebbe come credere che Roma possa muovere, oggi, alla riconquista del suo Impero; accogliendo e “romanizzando”, nel contempo, sterminate moltitudini di barbari entro le sue mura. Non può succedere; e non è colpa di Roma. Semplicemente, nel mondo contemporaneo, le cose non vanno così: nessuna città, per quanto grande e nobile, può conquistare, oggi, il mondo da sola.

Torniamo al diritto penale. Si può davvero pensare che nella società post-moderna del XXI secolo il progetto riorganizzativo della legislazione penale possa

puntare unicamente, come fossimo nel mondo antico, sulla “riscossa” di una sola città, cioè della tradizionale forma-codice? Possiamo immaginare che solo a questa piccola e nobile città-ideale lo *Spirito della storia* abbia concesso il dono della razionalità, sistematicità e armonie delle forme?

La risposta a nostro avviso è negativa.

Un progetto di riorganizzazione e razionalizzazione del sistema del diritto penale non può che essere, oggi, globale, policentrico, a rete³¹. E riguardare probabilmente l'intero sistema legislativo.

Come procedere è difficilissimo a dirsi, anche perché il problema delle forme organizzative della legislazione si lega sempre a quello dei contenuti normativi e delle tecniche di redazione delle singole norme, problemi questi ultimi che non possiamo qui neanche sfiorare. Il fatto incoraggiante è che oggi disponiamo di strumenti informatici attraverso i quali possiamo provare a concepire e strutturare in modo razionale, accessibile, l'intero “villaggio globale” del diritto, e del diritto penale in particolare³². Le norme penali sono suscettibili di costituire *base di dati*, la cui struttura non è condizionata da alcun predeterminato assetto fisico, materiale. Nel mondo digitale, nessuna norma è inchiodata ad un luogo, nessuna è confinata ineluttabilmente in una determinata “residenza anagrafica”³³. La materia è fluida ed è solo chi organizza dati a stabilire le regole della loro gestione.

Un ovvio scrupolo metodologico impone di rimandare ad altra sede lo sviluppo di queste elementari premesse. Mi limiterò dunque a proporre un paio di riflessioni, assolutamente embrionali e interlocutorie rispetto ad una più meditata trattazione dell'argomento.

11.1. Il network.

Innanzitutto, possiamo ipotizzare che la “base di dati”, costituita dall'insieme del materiale legislativo, in particolare di quello penale, debba necessariamente possedere una struttura, una rete: un *network* le cui regole disciplinino le relazioni tra i dati, cioè tra le norme. Neppure nell'era digitale, infatti, è pensabile che la legislazione possa configurarsi come un insieme senza struttura, un *data base* in cui le norme esistano solo individualmente, slegate come coriandoli dentro un sacchetto.

³¹ Per una interessante proposta incentrata su di una “moderna” nozione di codificazione “piramidale”, che si sviluppa nella sequenza Costituzione-codice penale-leggi complementari, v. L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 300 ss.

³² Vorrei ricordare, con riferimento alla gestione delle leggi penali *extra codicem*, il lavoro di M. PAVARINI, *Sistema di informatizzazione del diritto penale complementare*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 39 ss.

³³ D'altra parte, questa circostanza è già tenuta in conto nel sistema francese, ove, è prevista e diffusamente applicata la codificazione c.d. “a diritto costante”, in cui le fattispecie compaiono in più testi normativi: da un lato un “code pilot” e dall'altro un “code suiveur”. Per tutti, R. CABRILLAC, *Les enjeux de la codification en France*, in *Les Cahiers de droit*, 2005, 533 ss. V. anche, V. DERVIEUX, *Dall'inflazione penale ai testi unici. L'esempio francese*, in *Modelli ed esperienze di riforma*, cit., 169 ss.

La base di dati deve essere, dunque, strutturata in un *network*. È necessaria una rete, ove alcune regole di connessione tra norme diano un ordine, anche elementare, al sistema³⁴.

Possiamo ipotizzare regole fondate sulla gerarchia, sulla datazione, ma soprattutto sulla natura di alcune relazioni tra norme: regole, dunque, sul concorso e conflitto di norme; rinvii e clausole di riserva; regole concernenti l'interazione tra norme di parte generale e di parte speciale; regole che istituiscano "connessioni forti" tra norme, costituendo "sotto-reti" basate su specifici criteri di *sorting*, quali l'omogeneità del bene giuridico o un comune scopo di tutela (lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione, al terrorismo etc.). Si può pensare, ovviamente, che tali sotto-reti connettano norme penali e norme extrapenali (amministrative, civili, processuali). Altrove le abbiamo chiamate "galassie nane"³⁵

È appena il caso di ripetere che la presenza di una regolazione del *network* non implica che il modello complessivo assuma un'unica rigida fisionomia, ben potendo i dati essere collegati in base a molteplici regole di connessione.

La creazione e la regolazione di un vero e proprio *network* legislativo, in particolare di quello comprendente la legislazione penale, è impresa straordinariamente complessa, ma non impossibile.

Quanto alla competenza a regolare il *network*, si può pensare ad un ruolo assolutamente primario del legislatore. E ciò nel solco del processo di sottoposizione alla riserva di legge che caratterizza, ormai da oltre un secolo, anche i principi e le regole di parte generale. Non si può escludere, tuttavia, che, così come avviene oggi con riferimento ad una parte significativa delle meta-regole del sistema penale (si pensi, ad esempio, ai criteri risolutivi del concorso apparente di norme diversi dalla specialità ex art. 15 c.p.) possano svolgere un ruolo significativo sia il formante dottrinario che quello giurisprudenziale.

11.2. Dal network alle playlist.

Una volta stabilite le regole fondamentali del *network*, si può ipotizzare che qualunque utente possa estrarre dal *network* le più svariate liste di norme. Queste "playlist" di norme sono formate, di volta in volta, in base a precise chiavi di selezione. Le abbiamo chiamate "playlist", immaginandole analoghe a quelle che formiamo per i brani musicali o i video, ma, volendo, potremmo anche usare espressioni come: "instant-codes", "snapchat codes" o "codici on demand".

Le playlist sono, essenzialmente, strumenti di consultazione della legislazione.

³⁴ Non stiamo qui parlando, ovviamente, della *produzione* delle norme penali (che nessuno vuole qui mettere in discussione e sottrarre alla competenza legislativa). La regolazione del *network* è dunque indipendente dalla generazione della base dei dati, cioè dall'attività di *law making* concernente, ad esempio, singole fattispecie incriminatrici. Quando parliamo del *network*, alludiamo esclusivamente alle regole di *sistema*, alla disciplina delle relazioni tra norme.

³⁵ M. PAPA, *Fantastic Voyage*, cit., 115 ss.

Non sono soggette, cioè, a differenza dal *network*, ad alcuna disciplina regolativa. Ciascun utente del sistema può formare le *playlist* a suo piacere. Così come oggi ogni interprete è libero di ipotizzare connessioni significative tra le norme più disparate del sistema. Resta il fatto, tuttavia, che al di là dei meri giochi combinatori, le *playlist* vengono formate, verosimilmente, al fine di elaborare una argomentazione da spendere in giudizio o comunque all'indirizzo di un interlocutore: sia esso il giudice, una controparte, ovvero, nel caso della dottrina, la comunità scientifica.

Le chiavi di ricerca consentono ovviamente di elaborare liste comprensive sia di norme penali che extrapenali. Per le ragioni dette sopra, la selezione non è aprioristicamente condizionata dalla posizione fisica delle norme all'interno di un testo cartaceo. Non ci sono insomma norme "più vicine" ad altre, a meno che, la vicinanza o altro tipo di connessione non siano creata da una delle sopramenzionate "regole del *network*". Le regole del *network*, infatti, come segnalato, possono disciplinare autoritativamente alcune relazioni tra norme e da tali regole l'interprete non può prescindere. Una *playlist* che raccogliesse, ad esempio, solo norme di parte speciale, ignorando quelle di parte generale che il regolatore del *network* ha invece sancito essere rilevanti (in tema di delitto tentato, di concorso di persone etc.), sarebbe sempre una *playlist* incompleta. L'interprete sarà liberissimo di formarla, a suo uso e consumo, ma non potrà mai argomentare utilmente in giudizio postulando l'irrilevanza di ciò che manca nella lista.

L'estrazione della *playlist* non sarebbe, insomma, attività diversa da quella che è già possibile oggi utilizzando le varie banche dati giuridiche. In concreto, come si accennava, possiamo ipotizzare di selezionare *playlist* contenenti norme in cui compaiano determinate parole testuali, quali "profitto", "cagiona", "detiene" etc. Ovvero, *playlist* concernenti reati lesivi di uno stesso bene giuridico: l'incolumità personale, il patrimonio, l'amministrazione della giustizia etc. *Playlist* di norme accomunate dalla identità di materia (lotta alla criminalità organizzata, alla corruzione etc.) e così via.

Starà al giudice, ovviamente, valutare la plausibilità di ogni *playlist*, o meglio: la plausibilità dell'argomentazione formulata postulando la significatività della *playlist* stessa. Se, ad esempio, l'omogeneità del bene tutelato sarà probabilmente accolta come fondante la persuasività di una *playlist* che comprende furto e appropriazione indebita e dell'argomentazione che interpreta la seconda fattispecie alla luce della prima, più controverso potrà essere il valore delle liste basate su parole testuali. Non è detto infatti che l'identità del termine (ad esempio, "profitto", o "detiene") sia risolutiva. La natura topica di ciascuna fattispecie potrebbe infatti suggerire, per ciascuna, una differente interpretazione della parola. Quando il contesto e le modalità di tutela sono diverse, infatti, il criterio della omogeneità semantica del singolo termine può venir meno: la "detenzione" che caratterizza la condotta del soggetto passivo del furto, ad esempio, non è necessariamente quella di chi detiene illecitamente prodotti industriali con i marchi contraffatti.

Le *playlist*, come dicevamo, possono essere formate in base ai criteri più disparati. Anche le *playlist* apparentemente senza senso, ad esempio quelle che raccogliessero norme il cui *nomen iuris* inizia con la medesima lettera dell'alfabeto (*Abbandono di*



5/2018

*incapace, Abigeato, Aborto; Associazione per delinquere, Attentato agli impianti di pubblica utilità, etc.; oppure: Calunnia, Caporalato, Circonvenzione di incapaci, Corruzione di minorenne etc.), potrebbero avere una utilità rispetto alle esigenze di rapida consultazione³⁶. Non si può escludere, inoltre, che l'acume degli interpreti porti alla scoperta di nessi – occulti ma significativi – tra norme in apparenza non connesse; che dunque si sviluppi una sorta di sapienza esoterica nel leggere, e ricostruire attraverso *playlist*, la trama nascosta del tessuto legislativo.*

Ci fermiamo qui. Sappiamo benissimo che gli argomenti di cui si è brevemente parlato vanno esplorati con appropriata metodologia scientifica. E poi meditati con prudenza.

³⁶ L'ordine alfabetico è il criterio adottato, ad esempio, dallo U.S. code, la raccolta della legislazione federale statunitense, ove nel Title 18, dove sono "codificati" in quella sequenza i reati federali.