

## PERCHÉ IL CODICE PENALE

*Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione* (\*)

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. L'inattualità di una ricodificazione penale. – 2. L'espansione del penale come costante dalla fine dell'Ottocento: una descrizione per soli addetti ai lavori? – 3. La mancata percezione del fenomeno da parte dell'opinione pubblica. – 4. Le disavventure punitive del *quisque de populo*. Un approccio agnostico al processo penale, da "sportivo" a "combattente", e la sdrammatizzazione coscienziale delle pene. – 5. La crisi di rappresentanza della legislazione penale. Il paradigma vivente della legittima difesa domiciliare. – 6. La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) e la sua prima attuazione concreta in forza di una mera consolidazione di leggi e regole preesistenti, anziché di una vera (ri)codificazione penale. – 7. Perché le consolidazioni, anziché le codificazioni. – 8. Le disillusioni dei chierici e l'art. 3-bis c.p. quale regola *giuridica* sub-costituzionale, anziché disposizione "meramente politico-programmatica". – 9. Risposta a Carlo Enrico Paliero. – 10. L'impossibile rinuncia all'idea di sistema (costituzionalmente orientato), ovunque esso si trovi.

### 1. L'inattualità di una ricodificazione penale.

Il tempo presente non appare adatto a una riforma del codice penale. In Italia siamo addirittura angosciati dall'idea che questi parlamenti possano mai partorire l'idea di costruire un nuovo codice penale. Che non avrebbe né rappresentanza scientifica, per la distanza della politica dal dialogo con l'accademia, né vera rappresentanza democratica, posto che la democrazia costituzionale non vive di soli colpi di maggioranza numerica parlamentare, ma di un dialogo con le diverse componenti politiche attorno a saperi condivisi. Tali saperi sono invece spesso gelosamente separati o resi incomunicabili da barriere divisorie. Ma per fortuna i diversi Parlamenti non sono in grado di attuare un simile progetto. Anzi, ciò non interessa veramente, perché non sarebbe un'operazione di cui la politica potrebbe facilmente appropriarsi, a differenza delle propagande diffondibili attorno a singole riforme settoriali, o addirittura a singole norme: le riforme puntiformi sono le più appetibili per un discorso massmediatico di piccolo raggio consensualista. L'assenza di un disegno generale e scientifico, che da almeno vent'anni rappresenta un dato costante delle politiche criminali<sup>1</sup>, appare un destino politico della prassi legislativa attuale, perché quel disegno stesso sarebbe "impolitico".

Questo è il nostro *Zeitgeist*.

---

(\*) Il contributo rielabora la relazione svolta a Roma, il 25 giugno 2018, al Convegno dell'Associazione Silva Sandano su "Politica criminale e riprogettazione del codice penale".

<sup>1</sup> M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003.

I differenti populismi politici post-Tangentopoli hanno posto continuamente all'attenzione singoli aspetti per lo più emotivi di politiche criminali sostanziali, riguardanti i diversi "nemici" della cosa pubblica, di volta in volta individuati: il contrario esatto di una politica criminale razionale, soprattutto in un quadro generale. Paradossalmente neppure la dottrina offre oggi un disegno politico di provenienza accademica<sup>2</sup>. È più la giurisprudenza delle alte Corti a tratteggiare con indici di ascolto maggiori alcune linee-guida, sul sistema sanzionatorio, sulla legalità dei precetti, sulla divisione dei poteri, su colpevolezza e irretroattività, ma a volte anche sugli obiettivi "di lotta" che Parlamenti e giudici sarebbero chiamati a condividere, soprattutto nel contesto europeo degli interventi punitivi.

In questo quadro ancipite e contraddittorio siamo chiamati oggi a riflettere sul senso di una "ricodificazione".

## 2. L'espansione del penale come costante dalla fine dell'Ottocento: una descrizione per soli addetti ai lavori?

Nel 1898 Reinhard Frank, uno dei più illustri penalisti tedeschi del tempo, pubblica nella *ZStW* un saggio sull'eccesso del potere punitivo ("Die Überspannung der staatlichen Gewalt"). Descrive come "infinita" l'area delle condotte punibili<sup>3</sup>, soprattutto per effetto delle numerosissime leggi particolari, anche di minor severità perché trasgressioni di polizia, e tuttavia capaci di estendere il diritto criminale in senso stretto.

La storia ha prodotto, come sappiamo, la depenalizzazione di quelle trasgressioni, e la scomparsa, in alcuni ordinamenti, della categoria delle "contravvenzioni". E tuttavia l'area di rilevanza penale delle violazioni conosce sempre nuovi ingressi, ed è costantemente presentata come in aumento: la percezione del rischio penale, presso gli addetti ai lavori, è altissima<sup>4</sup>. Molti Paesi hanno illeciti minori come categoria autonoma, e la scomparsa delle contravvenzioni, dove realizzata, non restituisce un senso di libertà acquisita.

Il fatto è che qualunque violazione minuscola, se commessa serialmente o in forme concretamente massicce, può diventare delitto o apparire meritevole di pena criminale.

---

<sup>2</sup> Una sfida non da poco è l'impresa di riscrivere almeno i reati contro la persona, affrontata dall'AIPDP. Ma questo aggiornamento tecnico e comparato non ha un vero disegno politico *condiviso* alla base, per l'eterogeneità dei suoi costruttori.

<sup>3</sup> R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in *ZStW*, 1898, Bd. XVIII, 733 ss., 737.

<sup>4</sup> Anche se un po' radicale nei due saggi che a distanza di un trentennio esprimono questa tendenza (uno più dedicato al rischio di impresa, l'altro più generale), F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990; ID., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019.

Ricordo in area tedesca le ricostruzioni “storiche” di Wolfgang Naucke<sup>5</sup> e Thomas Vormbaum<sup>6</sup>.

Ricordo il conteggio dei quasi 300.000 illeciti penali negli USA in un famoso saggio di John Coffee<sup>7</sup> e lo studio sulla “overcriminalization” di Douglas Husak<sup>8</sup>. Ricordo “Minima non curat praetor” di Paliero<sup>9</sup> e il saggio di Silva Sánchez sulla espansione del diritto penale<sup>10</sup>. Ricordo la ricerca sulla legislazione penale complementare in Italia che ho condotto con Massimo Pavarini e Gaetano Insolera<sup>11</sup>.

Generalmente parlando, è possibile constatare che queste diffuse e preoccupate censure si trovano presso gli addetti ai lavori, ma non incontrano per nulla il sostegno, la sponda, l’adesione della politica, dei *media* e della pubblica opinione. Perché mai?

### 3. La mancata percezione del fenomeno da parte dell’opinione pubblica.

C’è una distanza netta fra *élites* giuridiche e opinione pubblica riguardo al tema anticipato. La gente non percepisce questo allarmismo. Non si sente accerchiata e minacciata dal rischio di essere incriminata in un processo penale *al pari del rischio* di tumori e malattie cardio-vascolari. Per varie ragioni. In primo luogo perché il rischio penale è tenuto nascosto più della malattia: quando i reati, a livello di inosservanze dei precetti (a prescindere da risultati lesivi), sono commessi, o le persone stesse non si rendono conto di averli realizzati, o sono fortunate perché non si verificano gli eventi lesivi che rendono per lo più punibili certe violazioni, o non accadono i più temuti risultati di danno rispetto agli illeciti di pericolo, ovvero non sono comunque scoperte e perseguite. Tanto che non pensano di essere criminali, mentre assai spesso, invece, lo

<sup>5</sup> W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna, BUP, 2011, 79-89.

<sup>6</sup> T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW* 107 (1995), spec. 744 ss., 750 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, 2011, tr. it. [Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2015, 51 ss., ora anche in ID., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 145 ss., spec. 165 ss., e qui anche la sintesi: *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, *ivi*, 9 ss.

<sup>7</sup> J.C. COFFEE, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done about It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, 1875 ss., 1880 ss. Questa era all’epoca una stima delle *regulatory offences*, mentre a 4.500 ammonterebbe secondo un successivo conteggio il numero dei *reati federali* in senso stretto: J. S. BAKER, *Revisiting the Explosive Growth of Federal Crimes*, in *The Heritage Foundation*, 16 June 2008, cifra che anche più recenti informative attesterebbero sui 5000 reati.

<sup>8</sup> D. HUSAK, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

<sup>9</sup> C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985.

<sup>10</sup> J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999<sup>1</sup>. 2001<sup>2</sup>. Anche in traduzione italiana *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>11</sup> M. DONINI, a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000; ID., a cura di, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena del 14-15 dicembre 2001, Milano, Giuffrè, 2003; D. BERTACCINI – M. PAVARINI, *L’altro diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

sono o lo sarebbero una volta identificati i fatti e gli autori. E quando le persone avvertono il rischio penale perché sono coinvolte nel processo o nella condanna, non amano certo rendere pubblica la notizia.

Eppure non c'è nessuno che non abbia commesso un reato. Questo fatto rende evidente che la legislazione penale è divenuta una emergenza: lo è il diritto, ormai, non la criminalità.

Il *quovis de populo*, invece, pensa ancora che il reato riguardi gli altri, i criminali, e non "la gente perbene". O crede che possa riguardarlo soprattutto come possibile vittima o protagonista di un improbabile errore giudiziario. La stampa deve vendere e punta troppo sull'emotività delle masse, su temuti scandali, sulle disillusioni dei cittadini dalla politica, offrendo un'immagine deprimente della realtà. Col tempo, la crescita enorme degli argomenti penalistici nella stampa e nei *media* ha sensibilizzato molte persone alla percezione del diritto penale come materia di educazione ai valori che la legge intende promuovere (come "etica pubblica"), ma anche come "governo della paura", cioè strumento di lotta dello Stato contro forme di criminalità che richiedono politiche di "sicurezza", o perfino di lotta politica semplicemente, quale strumento per combattere avversari di partito.

L'opinione pubblica, peraltro, non è stata ancora educata dai *media* a rendersi conto dell'aumento del rischio penale non solo per alcune categorie di delinquenti professionisti od occasionali, criminali organizzati, imprenditori, pubblici amministratori etc., ma proprio per tutti, e non solo riguardo ai reati involontari, colposi.

L'idea di codificare nuovamente il diritto penale, in tale contesto, è quanto di più lontano dai dibattiti di interesse pubblico generale. È un tema per specialisti. Lo è parimenti il progetto di ridurre il numero dei reati perché sarebbero troppi. Questo 'problema' non viene per lo più compreso. Troppi sembra che siano invece i criminali che non sono assicurati alla giustizia. Il *quisque de populo* è stato educato piuttosto alla propria colpevolezza, a essere sempre un irregolare per qualche cosa, sempre almeno in peccato veniale. Non ha ricevuto un'educazione civica al «diritto di sentirsi libero da violazioni formali e minimali», e da persecuzioni giudiziarie "penali" per fatti obiettivamente modesti. In assenza di questa libertà, è in qualche modo sempre "sotto ricatto", di qualcosa o di qualcuno.

Il populismo penale degli ultimi anni ha invece supportato la persuasione di insicurezza rispetto a molte criminalità e i *media* non sono stati capaci di svolgere un'opera di controinformazione adeguata, che per arrivare alle masse che non leggono i quotidiani un po' di *élite* dovrebbe essere divulgata nei telegiornali e in trasmissioni nazionali-popolari tra uno sketch e una canzonetta: «Oblazione, sequestro preventivo o confisca allargata? I dubbi esistenziali del cittadino punito». Sembra una *pièce* surrealista. Occorrono studi di *marketing* penale.

I penalisti, anche professori, negli ultimi tempi scrivono (o "compaiono") sempre di più sulla stampa, svolgendo un'attività utile di informazione. Purtroppo questo impegno non è ancora riuscito a esprimere una collaborazione 'correttiva' con i giornalisti professionisti, dato che i quotidiani sono in conflitto di interesse nel descrivere l'inflazione penale, perché premia più le vendite l'immagine di una crescita della criminalità, e fa più paura e attrae i lettori o gli spettatori la notizia del crimine o

della scoperta di fatti gravi e oscuri, invece della narrazione delle centinaia di migliaia di processi che li coinvolgono in modo diffuso e poco eclatante.

#### **4. Le disavventure punitive del *quisque de populo*. Un approccio agnostico al processo penale, da “sportivo” a “combattente”, e la sdrammatizzazione coscienziale delle pene.**

Il consociato è stato educato alla paura della trasgressione, a vivere con angoscia la possibilità che la sua fedina penale resti macchiata. I suoi genitori forse andavano a messa e sapevano che bastava una confessione per ritornare in stato di grazia. Che miracoloso evento! Peccato davvero che da quando l’etica religiosa è stata sostituita da quella penale, questo mito meraviglioso incluso nel sacramento che allietava le domeniche di masse festanti sia crollato tristemente. L’etica pubblica penalmente promossa e protetta non è abituata al perdono, questo lo si sapeva da sempre, ma *sostituendosi* il diritto penale alla morale religiosa non troviamo più neppure una casa comune, una Chiesa amorevole disposta alla misericordia, a riaccogliere davvero la pecorella smarrita. Qui ci sono la sanzione pubblica, la retribuzione, il castigo, il disprezzo dei *media*, dei vicini e di tutta la società perbenista ed escludente. Ci sono quotidiani e personaggi pubblici che si sono costruiti una fama e una missione nello scopo di “sporcare per sempre” qualche politico o nemico del popolo. Il modello punitivo statale tollera e oggi promuove il perdono come una necessità opportunistica, risposta duttile e utilitaria a diversi parametri di meritevolezza di pena, come la “giustizia” riparativa, e talvolta come graziosa concessione sovrana. Se ti hanno beccato, resti però un delinquente. Il modello di giustizia-giurisdizione tradizionale è del resto religiosamente orientato (il rispetto tremebondo della Giustizia superiore), ma secondo una lettura più veterotestamentaria della *Tsedaqah*, che non dell’*agape* paolina<sup>12</sup>. C’è una legge che è *iussum et verbum Principis* (già *verbum Dei*) da applicare ossequiosamente *sine glossa*.

Tutto questo il cittadino punito l’ha compreso bene. È una società che non perdona, soprattutto certi tipi di autore. Magari poi non sanziona davvero, ma senza perdonare<sup>13</sup>. Ciò dipende da molte variabili che secondo i giustizialisti rendono incerta

---

<sup>12</sup> È una bella approssimazione, certo. Sulla *Tsedaqah*, la concezione veterotestamentaria della giustizia, comunque costruita sulla doverosa osservanza di precetti del Dio-giudice, non sulla volontaria e amorevole donazione del bene del Dio dell’*agape* cristiana, cfr. il tentativo “antiretribuzionista” di E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita*, Milano, Giuffrè, 1987, 11 ss., 72 ss. e *passim*. La tradizione cristiana ha sempre cercato, con molte difficoltà, di unificare e conciliare il Dio misericordioso del N.T. col Dio non solo giudice, ma anche sterminatore dell’A.T., bollando di eresia (dal *Contro Marcione* di Tertulliano in poi) la lettura estrema di Marcione dell’esistenza di due diverse idee, concezioni o figure divine, contrapposte e non evolute una dall’altra. Per tutti, v. ora il profondo studio di J. M. LIEU, *Marcion and the Making of a Heretic*, Cambridge Univ. Press, 2015, tr. it. *Marcione. Come si fabbrica un eretico*, Torino, Paideia, 2020.

<sup>13</sup> Cfr. L. EUSEBI, *Pena e perdono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1137 ss., e volendo M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Scritti in onore di Franco Coppi*, vol. II, Napoli, Jovene, 2011, 871-936.

la pena e dovrebbero essere eliminate in favore di un penale che castiga sempre. In ogni modo appare chiaro che l'aura religioso-sacrale che certe aule di giustizia e certe rappresentazioni pubbliche vorrebbero conferire al sistema penale<sup>14</sup> è fasulla, non ha credibilità. Il senso del punire è stato smarrito. C'è la vendetta privata sublimata in risposta pubblica, c'è la guerra a nemici reali o presunti, ci sono la strumentalizzazione giornalistica, partitica, della giustizia penale per scopi di lotta politica, l'uso della pena per scopi di classe (contro i colletti bianchi, gli sfruttatori di posizioni economiche o amministrative di privilegio, che da noi frequentano le case di reclusione con statistiche al ribasso "molto singolari" rispetto al resto d'Europa<sup>15</sup>); ci sono imputati prescelti perché amici di malavitosi veri e presunti, etichettati da un *labeling* preconfezionato da alcune Procure (prima ti rinvio a giudizio, poi si vedrà se sei innocente: intanto la tua carriera è compromessa), e ci sono decine di migliaia di cittadini incappati nella macchina da guerra che produce numeri seriali di rinvii a giudizio; i sequestri per equivalente veicolati da misure cautelari che durano anni prima della decisione di primo grado, perché licenziate da giudici non responsabilizzati per la durata dei meccanismi oppressivi del sistema: decine di magistrati che attorno a un medesimo fatto non decidono mai sulla sostanza, perché tutto è parcellizzato in subprocedimenti dove ognuno vede una piccola porzione dell'intero, senza poter rispondere mai del risultato complessivo. La litania dell'insuperabilità di un giudizio "allo stato degli atti", lo strapotere delle Procure per tutto il primo grado e la loro gestione autocratica della prescrizione, i giudizi per l'udienza preliminare inesistenti, la ricerca ossessiva dell'inammissibilità in Cassazione, e via scorrendo.

Preso atto di questa realtà, occorre che il cittadino punito elabori una diversa strategia di fronte al processo. Lo deve desacralizzare. Non può "collaborare", deve difendersi. Difendersi dal sistema, dai pubblici ministeri, dalla società punitiva ed escludente, anche dal processo. Non può difendersi solo "nel" processo, ciò che ovviamente è inevitabile: lo deve concepire come un luogo dove accade un evento bellico o sportivo, non meramente giustiziale e tanto meno sacrale. Ma lo deve vedere anche dall'esterno, non solo dall'interno. Già vedere il processo in modo sportivo significa che ha perduto ogni sacralità: c'è una componente fortuita e politica in questa *mise en scene*. E poi si partecipa sportivamente a un gioco se le regole sono *fair*. Ma se non lo sono, occorre guardarsi le spalle e capire che è diventato una battaglia, una contesa, a volte una guerra ad armi impari. Il luogo dell'amministrazione della giustizia, pertanto, appare qui una macchina capace di distruggere vite oltre che di salvare. Di distruggere senza verità<sup>16</sup>.

Anche il difensore vede il suo ruolo esaltato da un lato, ma anche posto in crisi, se si è concepito sempre come un ossequioso collaborante della giustizia. Nel rispetto

---

<sup>14</sup> Ho cercato di descriverne origine e sviluppi in *Populismo penale e ragione pubblica*, Modena, Mucchi, 2019.

<sup>15</sup> Ricorda V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, nota 117, che secondo le statistiche Istat del 2016-2017, a fronte di una media europea di presenza in carcere di condannati per reati economici e finanziari nell'ordine del 6,3%, in Italia tale percentuale è dell'1% circa.

<sup>16</sup> Molto più radicale F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit.

delle forme, egli diventa un lottatore dentro alla contesa, dove dal fioretto si passa ormai al sumo. Anche il sumo, del resto, ha le sue regole.

Così riletto il sistema penale, il cittadino punito deve ripensare anche al senso del punire.

Essere puniti non è più un dramma coscienziale individuale, un atto di “giustizia”, un evento processuale doveroso, ma un problema sociale: la sua drammaticità, la sua emergenza è nel sistema stesso, sostanziale e processuale. Chi entra in questa dimensione deve essere protetto, perché resti “diritto” e non violenza di Stato ciò che in essa accade.

Eppure il sistema non prevede una protezione “esterna” al processo, ma solo interna ad esso. Non ci si può difendere “dal” processo secondo il rito accettato e corretto. Ogni verità e giustizia si consuma al suo interno. Noi sappiamo invece che qualunque discorso scientifico attorno a una realtà è tale perché si basa su elementi di conoscenza esterni al sistema osservato.

Tutto questo discorso rischia di apparire dunque *praeter legem*, se non addirittura *contra legem*: ma ciò è un *paradosso*, perché se è il sistema stesso a essere deviante, quale contributo di verità si deve offrire a chi ne resta coinvolto? Può il “contropotere critico” della dottrina continuare a produrre opere di mera legittimazione?

La stessa pena perde qui la sacralità della giustizia giusta. Perde la capacità di essere un “dramma coscienziale” (un vero appello alla coscienza), restando solo un dramma esistenziale (un male subito). La pena da sempre non ha una giustificazione razionale sufficiente per lo studioso. Una “ragione sufficiente”<sup>17</sup>. Infatti, essa può essere così o altra, dipendere da un’azione esercitata o non esserci per il prevalere della cifra oscura delle denunce mai pervenute; può essere sempre diversa a parità di eventi e condotte e tipi d’autore, può sfociare in un nulla di fatto, nella estinzione del reato per molte cause eterogenee, nel simbolismo punitivo di vario genere, in misure alternative alla detenzione, in sanzioni patrimoniali distruttive, e anche nel carcere duro. La pena criminale non ha consistenza commisurativa già nella stessa base proporzionalistica della millenaria retribuzione, per l’eterogeneità dei valori e dei beni raffrontati. Si consideri che vorrebbe addirittura “misurare” gli stati soggettivi (*sic*) quale base di tutta la commisurazione: ciò che sarebbe parso un nonsenso a Beccaria. Può invece risultare comprensibile a società e vittima perché capace di riparare e risarcire, senza raddoppiare il male che sanziona: ma quando accade ciò, di fronte alle migliaia di *reati senza vittima e senza danno*?

Da tutto questo il cittadino punito deve sapersi difendere anche quando è colpevole, perché il sistema non è più (se mai lo sia stato) un sistema di (sola) giustizia.

È questa consapevolezza che ci ha condotti a vedere nel garantismo un modello di ispirazione sia politica e sia scientifica per il diritto penale nel suo complesso<sup>18</sup>: la necessità di riduzione complessiva del male per società, vittima e autore quale prodotto virtuoso di un penale davvero utile e benefico, non maligno, un penale il cui saldo sociale

---

<sup>17</sup> Nel significato di G.W. LEIBNIZ, *Monadologia* (1720), § 31-32.

<sup>18</sup> M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, anticipato in *disCrimen*, 16.12.2019, 1 ss.

sia positivo, anziché il raddoppio del male, attraverso la prospettiva di una pena agita, e non semplicemente subita<sup>19</sup>.

## 5. La crisi di rappresentanza della legislazione penale. Il paradigma vivente della legittima difesa domiciliare.

Quando i destinatari del codice penale e delle leggi punitive non conoscono neppure il rischio penale reale, a livello di massa, che incombe su di loro, a che cosa serve celebrare la conoscibilità della legge penale quale presupposto della colpevolezza? quale rappresentanza ha veramente la legge penale, se serve ad alimentare paura e rassicurazione, senza informare davvero i suoi destinatari?

La crisi di rappresentanza della legislazione penale, oggi, è peraltro ben più seria e grave. Gli stessi addetti ai lavori non sanno chi fa le leggi, quali scopi persegue, ed apprendono a posteriori il risultato di ingegnerie legislative elaborate *in occultis*. La democrazia penale<sup>20</sup> non esiste, o meglio è solo quella massmediatica che deve produrre propaganda e consenso artificiali, per il popolo-beota, oggetto di mille attenzioni come il grosso animale platonico descritto nella Repubblica.

La legge penale non nasce razionale, non “rappresenta” la razionalità, la ragione pubblica: deve essere razionalizzata *ex post* dall’interprete. Conta dunque più il *ius* della *lex*, con pieno ribaltamento dell’ideale illuministico. Poco importa che questo *ius* sia mutuato e supportato dai *doctores*, pronunciato dall’interpretazione giudiziale *de plano*, o dal giudice delle leggi.

Prendiamo l’esempio della legittima difesa domiciliare, che è paradigmatico.

Viene elaborata dal governo giallo-verde, nel 2019, un’ennesima riforma dell’istituto, già inquinato nel 2006. La politica si rivolge al popolo, e al cittadino (forse più che al consociato) per tranquillizzarlo che se si difende sparando al rapinatore entrato in casa sua o nel suo domicilio non verrà processato, ma subito archiviato, a meno che non gli abbia sparato mentre fuggiva (art. 52, u.mo co. c.p.). Si parla di uso di armi, non certo del diritto di uccidere. Se poi c’è stato un eccesso di difesa (la cosa più facile è che possa accadere, perché la difesa non è un atto di bilanciamento razionale a tavolino, non è un “fatto oggettivo”, ma nasce da uno “stato soggettivo” di costrizione psichica), salvo che l’eccesso sia stato “voluto per giustiziare” l’intruso, esso è scusato per legge se dovuto a una condizione di “minorata difesa”, o a un “grave turbamento” derivante dalla situazione di pericolo in atto (art. 55, co. 2, c.p.), e lo Stato paga le spese di difesa del cittadino indagato, ma poi prosciolto o archiviato<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> M. DONINI, [Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, 236 ss.; ID., *Compliance, negozialità e riparazione dell’offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2018, 579 ss.

<sup>20</sup> Per una riflessione recente al riguardo cfr. M. DONINI, [Populismo penale e ruolo del giurista](#), in *Sistema penale*, 7 settembre 2020.

<sup>21</sup> Art. 8 l. n. 36/2019.

Vari “esperti” sono chiamati per audizioni parlamentari. Uno specchietto per le allodole: vanno a loro spese, si sentono onorati dell’invito; ciò che dicono è irrilevante, basta che non si sognino di affermare che non sono stati neppure sentiti, così la “democrazia penale” è assicurata.

Perché questa riforma è un emblema della crisi di rappresentanza della legge penale?

Perché gli esperti esterni al ponte di comando del progetto governativo non contano nulla, la riforma nasce senza saperi condivisi, senza discussione *reale*. La comunicazione massmediatica prevale su tutto: la difesa è sempre legittima, questo il proclama. L’opposizione dei *doctores* è forte, ma non produce una doverosa verità: nessuno dice che è una riforma che per vari aspetti allinea l’Italia a Germania e Stati Uniti, e un po’ anche alla Francia<sup>22</sup>. Prevale su tutto la critica politica. Ma soprattutto nessuno dice che non è vero che sia una riforma che autorizza a sparare al ladro. È scritta contro i rapinatori. Ciò è imposto almeno da una lettura “conservativa” della legge<sup>23</sup>, oltre che costituzionalmente conforme (art. 3 Cost.).

La legge considera ‘legittima’ la reazione difensiva armata (si richiama il comma 2, che la prevede) “*per respingere l’intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone*”.

Non si può equiparare la violenza alle persone alla violenza sulle cose, che resta doverosamente esclusa da una lettura che non voglia disonestamente tradire la razionalità che ancora resta nella disposizione.

Dunque la norma è contro i rapinatori, non contro i ladri. O meglio: è a favore della resistenza armata ad aggressioni la cui violenza è incompatibile col semplice furto, anche con scasso, dal quale è escluso quel tipo di violenza. Come già l’art. 376 del codice Zanardelli, precedente italico “liberale” (in un codice che aveva ristretto la legittima difesa in generale solo ad aggressioni violente).

Questo il punto, troppo sottovalutato dai commenti, che hanno irriso la riforma come licenza di uccidere chi entra in casa per rubare.

Resta certo un problema di fondo. Un pacifista non può accettare l’*escalation* della violenza ipotizzabile dal messaggio massmediatico e “generalpreventivo” di questa legge, una *escalation* per fortuna non verificatasi: tuttavia il pacifismo non è l’ideologia dominante, neppure nella Costituzione, che ripudia la guerra, ma non le armi.

Ciò premesso occorre valutare se sia comunque ragionevole la presunzione che l’art. 52, co. 4, contiene: “*agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere etc.*”.

Qui si innesta il tema della *razionalità esterna alla lex*.

È una legge che non basta a se stessa. Così come scritta è irragionevole. Non si può presumere “sempre” neppure la sola proporzione, e ancor meno l’intera legittima

---

<sup>22</sup> V. peraltro M. DONINI, *Critica dell’antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d’interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2016, spec. 722 ss.; F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, Giappichelli, 2020, cap. II e IV.

<sup>23</sup> Chi estende il concetto di violenza a quello di violenza sulle cose attua una lettura non conservativa della legge, conducendola cioè a un contenuto irragionevole, molto più irragionevole di quanto essa non sia.

difesa. La “necessità” (art. 52, co. 1, c.p.), peraltro, può essere tenuta fuori dalla presunzione del comma 4, perché si richiama il comma 2, che non viene modificato ed è già pacificamente interpretato nel senso che la necessità della difesa va comunque provata in concreto, assorbendo anche il giudizio di proporzione in una prospettiva di concretezza. La nuova presunzione, dunque, che non modifica il comma 2, ma lo richiama, può intendersi riferita alla sola *proporzione dei mezzi*, di per sé insufficiente da sempre – essendo richiesta una proporzione *tra i beni* nella costruzione basilica dell’art. 52 c.p. –, con l’effetto di apprezzarla (correggendo la legge) come *relativa*; si presume proporzionato l’uso delle armi fino a prova contraria: una correzione ermeneutica che depotenzia molto le derive criminogene della disposizione.

Una soluzione più lineare, invece, ma più impopolare, sarebbe di dichiararla illegittima *in parte qua* eliminando il “sempre” e con tale avverbio l’intera regola.

La relativizzazione ermeneutica della regola (riducendola a presunzione semplice) la trasformerebbe in indice normativo di valutazione: una interpretazione costituzionalmente conforme (art. 3, co. 1, Cost.) – le presunzioni assolute sono vietate in diritto penale<sup>24</sup> – può tentare questa strada<sup>25</sup>. La sua eliminazione secca produrrebbe invece un effetto più radicale, valorizzando il solo aspetto soggettivo residuale nella riforma, cioè la scusabilità dell’eccesso dovuto a grave turbamento (art. 55, co. 2, c.p.).

C’è comunque un *doppio difetto di rappresentanza*: la *lex parlamentaria* è scritta per il consenso, e non ha tenuto conto delle osservazioni dei penalisti più accorti. Ma *gli stessi esperti* hanno continuato a difendere letture oggettivistiche della legittima difesa, senza valorizzare quella componente soggettiva (la dimensione scusante dell’eccesso dovuto a colpa non grave) che da sempre è interna all’istituto e che altri sistemi rispettano espressamente. Occorre dunque un *ius* correttivo che il prodotto dei canali ordinari della “democrazia penale” non ha assicurato in modo congruo.

Che esso venga dall’ermeneutica o dalla Corte costituzionale importa meno per il nostro discorso. Occorre ridimensionare e depotenziare l’art. 52 a favore dell’art. 55 c.p.<sup>26</sup>

Una situazione come questa non è peraltro infrequente: la legge ordinaria ha la sola razionalità che l’interprete riuscirà a ricomporre. Il *ius* prevale sulla *lex oltre la misura fisiologica* che esprime questa prevalenza millenaria e universale del diritto sulla legislazione<sup>27</sup>.

Figuriamoci allora questi Parlamenti a riscrivere tutto il codice penale.

---

<sup>24</sup> F. CARRARA, *Mai presunzioni juris et de jure in penale*, Osservazione XX in *Lineamenti di pratica legislativa penale* (1874), Bologna, Il Mulino, 2007, 361 ss., 365.

<sup>25</sup> Nella sostanza è la lettura di Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 49883.

<sup>26</sup> V. anche in tal senso la lettura di F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa*, cit., 106 ss.

<sup>27</sup> *Amplius* M. DONINI, [Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto](#), in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/19, 45 ss., anche in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2019, 62 ss.

## 6. La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) e la sua prima attuazione concreta in forza di una mera consolidazione di leggi e regole preesistenti, anziché di una vera (ri)codificazione penale.

Torniamo dunque, dalla realtà delle riforme di uno o due articoli, all'idea inusitata di riscrivere un intero codice penale: chi ha di fronte la realtà parlamentare odierna capisce subito l'inimmaginabilità di questo evento. Di che cosa si discute, allora?

Il quesito è legittimo e va affrontato partendo da un dato legislativo oggi imprescindibile: l'art. 3-bis c.p. (*riserva di codice*). "Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti *organicamente l'intera materia* cui si riferiscono"<sup>28</sup>.

Non può stupire che, quando nel 2018 l'allora Ministro Andrea Orlando ha "riesumato" dal funerale dei lavori della Bicamerale del 1997 l'istituto della riserva di codice, a qualcuno sia parso di vedere uno *zombie*.

I *civilisti* discutono da almeno quarant'anni non più di mera "decodificazione"<sup>29</sup>, ma della possibilità di *identificare il "sistema"* non più nel residuo codice, ma a prescindere dal codice stesso<sup>30</sup>, della possibilità che la codificazione sia una *forma legislativa superata*<sup>31</sup>, e infine persino della attualità stessa della categoria del "sistema" quale *essenza, ratio cognoscendi*, parametro o anche solo luogo argomentativo del diritto<sup>32</sup>.

L'esplosione del *diritto giurisprudenziale*, del resto, si colloca in antitesi diretta con quella mitologia del codice che vedeva in questo il compendio della "esaustività" e "completezza" delle soluzioni giuridiche.

È evidente che per il penalista e per lo stesso legislatore, al di là del processo storico in atto, le cose non stanno così, o meglio: non sono adeguatamente risolte rassegnandosi a questi processi di decodificazione, a-sistematicità, pluralismo delle fonti, regno del diritto giurisprudenziale.

---

<sup>28</sup> M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 429-445; ID., [La riserva di codice \(art. 3-bis c.p.\) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito](#), in *Legisl. Pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28. V. pure C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica*, in *Criminalia*, anticipato in *disCrimen*, 9.3.2020, spec. 24 ss.; M. PAPA, [Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice](#), in *Dir. pen. cont.*, n. 5/2018, 136 ss.; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss.

<sup>29</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

<sup>30</sup> Il sistema, nella riflessione dei giuristi, è esistito del tutto a prescindere da un codice ben prima della Pandettistica. L'esempio dei Commentatori è di per sé illuminante. V. pure A. MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, in *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, a cura di F. Liotta, I, Bologna, Monduzzi, 1999, 213 ss. L'idea che il sistema si possa identificare solo con quello del codice è un mito autoritario dell'Ottocento. Cfr. P. SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico e i suoi satelliti*, in *Il codice civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1994, 231 ss.

<sup>31</sup> R. SACCO, *Codificare: un modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civile*, I, 1983, 117 ss.; P. RESCIGNO, *Il 'compleanno' del codice civile*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, Giuffrè, 1994, 19.

<sup>32</sup> *Amplius* su questo movimento di crisi e riflessione collettiva dei civilisti U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 72 ss.

Sappiamo che il codice non può più essere visto come il dominio incontrastato della *lex sul ius* – un mito illuministico antistorico – ma ciò non è sufficiente per l’abbandono della forma codice<sup>33</sup>.

Può essere che nel 2018 sia stata introdotta *la riserva di codice penale* per conservare il nucleo codicistico del primo Novecento (qualcuno osava chiamarlo codice fascista) e aggiungervi di contorno ulteriori innesti, estrapolati dalle tante novelle complementari, con l’intento, per il futuro, di allocare la nuova legislazione penale o nel codice o in testi unici. Mera razionalizzazione dell’esistente, ma razionalizzazione tuttavia.

Un dato però emerge sovrano: gli unici prodotti che i vari “lodi” parlamentari possono realisticamente confezionare attorno a qualche comma senza sconvolgere quel poco che è rimasto del “sistema” penale sono *singole leggi di riforma inserite per addizione*.

La trasformazione delle novelle in codice è apparsa da subito una *mission impossible*. Si sarebbe dovuto riscrivere tutto. Un’impresa oggi titanica. E infatti nell’attuare la riserva di codice il primo esempio di “ricodificazione” operato dalla Commissione Marasca (che ha reintrodotto nel corpo codicistico una quindicina di materie extravaganti) è consistito (in ossequio al mandato ricevuto) nel riportare quasi sempre fedelmente alcune regole sparse all’interno del corpo con un atto di trascrizione pedissequa, senza riscriverle.

Un’opera di consolidazione, dunque, non di ricodificazione<sup>34</sup>.

## 7. Perché le consolidazioni anziché le codificazioni.

Nella storia del diritto, come noto, esistono *le consolidazioni e le codificazioni*<sup>35</sup>.

Le consolidazioni sono compilazioni di leggi o di consuetudini<sup>36</sup>. Registrano l’esistente e lo riassettano in raccolte più ordinate, per iniziativa privata o pubblica; nell’età romana ci furono compilazioni di *leges* e anche di *iura* (commenti dottrinali). Ma quando dai codici-compilazioni come il codice Gregoriano (291 d.C.) o quello Teodosiano (438 d.C.) si passa a una vera “codificazione”?

Lo è il *Corpus iuris* di Giustiniano perché contiene sia *iura* (Digesto) e sia *leges* (Codice e Novelle) e sia una manualistica (le Istituzioni)? Anch’esso costituisce un’opera straordinaria di compilazione “consolidatrice”, eppure contiene *iura* e non solo *leges*: i moderni codici, invece, sono solo legislazione, cioè comando, non *ius*<sup>37</sup>. Che cosa dovrebbe dunque differenziare i codici dell’età delle “codificazioni” (dal XVIII secolo in

---

<sup>33</sup> A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002, 507 ss.

<sup>34</sup> Su questi lavori rinvio a M. DONINI, *L’art. 3-bis c.p. in cerca del disegno*, cit.

<sup>35</sup> M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 1 ss., 41 ss., 46 ss.; ID., voce *Consolidazioni*, in *Enc. it.*, 1931 (versione on-line).

<sup>36</sup> Per una amplissima rassegna delle consolidazioni cfr. ancora M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. R. ZIMMERMANN, *Codification: the Civilian Experience reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, in WEN-YEU WANG (Ed.), *Codification in international Perspective. Selected papers from the 2<sup>nd</sup> IACL Thematic Conference*, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, Springer, 2014, 15.

avanti) dalle precedenti “mere” consolidazioni di leggi e compendi di dottrine? E che pure si autodefinivano *codex*?<sup>38</sup>

Tradizionalmente si è detto che *le consolidazioni* non hanno una autonoma forza di legge, perché ripetono dalle ‘fonti’ in esse raccolte la loro forza, senza contribuire davvero a una sistematizzazione di quelle fonti e al superamento del particolarismo, potendo la prassi continuare ad attingere alle più varie matrici originarie di leggi, decreti, ordinanze, usi etc. Invece *le codificazioni* avrebbero un carattere spiccatamente *innovativo*: sia perché la raccolta del passato avviene in una prospettiva futura e organica di riorganizzazione della materia, sia perché le novità dei codici sono cospicue, e toccano spesso la stessa formulazione complessiva di tutto il corpo normativo, che realizza *un sistema giuridico nuovo*. Le leggi o le regole preesistenti vengono dunque “riscritte”, non semplicemente “copiate” o trascritte, e si tagliano le radici con le fonti primigenie: da ora in poi vale solo la nuova fonte, riscriva o meno i vecchi materiali. Già questo solo fatto, unito all’autorità pubblica statale che emana il codice, varrebbe a contrassegnare uno spartiacque fondamentale rispetto alle consolidazioni pre-rivoluzionarie.

Pur riconoscendo le differenze idealtipiche, gli storici oggi sono divisi, e la stessa distinzione è messa in dubbio<sup>39</sup>, per la sua astrattezza classificatoria che costringe a ipotizzare discontinuità e separatezze storiche tra forme legislative di maggiore commistione tra componenti compilative e innovative.

Tuttavia la demarcazione concettuale resta suggestiva e illumina momenti tipici dei processi legislativi.

Qualcosa si può affermare in modo almeno approssimativo: ci può essere un sistema giuridico senza un codice, ma il codice suppone *ideologicamente* un ‘sistema’ attorno al quale il suo linguaggio, i suoi contenuti, le sue logiche interne sono costruiti<sup>40</sup>. Completo o meno che sia il suo raggio definitorio e applicativo, il codice possiede autonomia logico-concettuale, autorità e visione politica determinanti di carattere generale per la materia regolata. Esso presenta una forza normativa che gli deriva dal potere politico che lo ha emanato, ma anche dalla sua intima coerenza e capacità di orientamento teorico-pratico. Il codice determina le future applicazioni con lessico e categorie formanti: non ricostruisce (quanto meno, in termini espliciti, dichiarati, programmatici) il passato, non è retrospettivo rispetto a fonti pregresse. È il prodotto di

<sup>38</sup> Sul semplice ma anche grandioso significato del termine *codex* applicato paradigmaticamente al *corpus iuris* giustiniano e poi transitato nella cultura giuridica mondiale, v. M. ASCHERI, *I diritti del Medioevo. Secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2003, 30 ss. e *amplius* tutto il cap. I.

<sup>39</sup> Cfr. le diverse posizioni di U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., 92 ss., 97 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Vol. 2, Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 2005, 33 ss., 44 ss.; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, Giappichelli, Torino 2002, 540 ss.

<sup>40</sup> Forse eccessivo e idealizzante (sol che si rammenti che il maggior numero delle consolidazioni storiche si autodefinirono “*codex*”), ma comunque suggestivo, sulla categoria “moderna” del codice, F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, 513 ss.: “il codice postula una matematica dell’intelligenza legale nonché tecniche verbali estranee all’universo romanistico: presuppone Cartesio, Spinoza, Grozio-Pufendorf-Tomasio, Leibniz, professori tedeschi dediti a lunghe fatiche nomenclatorio-deduttive, un filone giansenistico intellettualmente alto, curiali dalla testa chiara educati *more gallico*”. Muovendo da questo idealtipo verrebbe davvero da chiedersi se il codice, *questo* tipo di codice, non sia ormai definitivamente scomparso dalle modellistiche viventi. E se probabilmente ciò non sia neppure un male.

un pensiero forte, a volte anche autoritario. La forma-codice certo non è l'immagine di un debole post-moderno<sup>41</sup>. La sua messa in crisi, dall'età della decodificazione in avanti, è il precipitato di un clima culturale e politico complessivo, ma non ha mai condotto alla scomparsa dei codici. Indeboliti e decodificati, essi restano insostituibili e comunque non sostituiti<sup>42</sup>.

Certo che, se un progetto di riserva di codice comincia la sua attuazione con una attività di mera consolidazione codicistica, esso dimostra la grande incertezza 'originaria' del disegno.

Appare allora legittimo chiedersi se sia un mero *progetto politico* o se abbia *sostanza giuridica*.

La risposta a tale quesito dovrebbe aiutarci a capire perché si sia cominciata un'impresa di riscrittura normativa con una mera consolidazione.

## **8. Le disillusioni dei chierici e l'art. 3-bis c.p. quale regola giuridica sub-costituzionale, anziché disposizione "meramente politico-programmatica".**

I chierici, la dottrina, sono da tempo disillusi. Sanno che esistono *varie decodificazioni*: sia per gli interventi del legislatore del secondo Novecento in numerosi settori nevralgici attraverso leggi complementari e speciali che hanno declassato categorie e istituti codicistici a un ruolo residuale o integrativo; sia per l'alluvionale concentrarsi della politica criminale delle incriminazioni in sottosistemi o anche solo in regole sparse di settore extravaganti; sia per il riassorbimento di logiche "speciali" della criminalità mafiosa o terroristica od organizzata addirittura nella parte generale, così devastata rispetto al suo assetto primigenio, paradigmatico, se non anche garantista; sia per la riscrittura delle leggi attraverso la giurisprudenza, che toglie alla legalità del Parlamento la centralità che il codice suppone e impone: sì che vale ormai più il commentario del codice stesso<sup>43</sup>. E sia, infine, per la possibilità 'tecnica' di allocare qualunque regola nelle leggi sparse per ogni dove, potendola ritrovare in un secondo con un click attraverso un *software* (almeno se si sa dove e come cercarla), e riorganizzare la materia grazie a queste ricomposizioni informatiche<sup>44</sup>.

Ma c'è di peggio. È lo stesso linguaggio basico del codice del 1930, sul quale formiamo gli studenti e ancora ci sforziamo di costruire grammatica e sintassi, che non rispecchia più la realtà legislativa. Quale 'codice' contiene questo codice senza sintassi?

Un esempio per tutti, i reati di pericolo.

---

<sup>41</sup> Cfr. P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 11 ss., 31 ss.

<sup>42</sup> Ricordava a suo tempo che l'età della decodificazione aveva prodotto quaranta (40) codici civili R. SACCO, *Codificare?*, cit., 118 ss. Il dato è commentato anche da A. GAMBARO, *Codici e diritto giurisprudenziale*, cit., 516 ss.

<sup>43</sup> Rinvio anche per ampi richiami bibliografici ai lavori cit. a nota 28.

<sup>44</sup> È il modello 'inventivo' descritto da M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, cit., 136 ss.

Il modello basico del codice del 1930, della sua parte generale, è il delitto di evento. Omicidio e lesioni, per capirci. Il codice suppone perfino un evento in ogni reato. Un evento dannoso o anche pericoloso, ma un evento tuttavia. Sembra che esistano solo reati davvero lesivi, che i reati si possano osservare *a posteriori* per vedere un interesse protetto che appare compromesso o quanto meno “scampato” al danno.

Accade invece che oggi la maggior parte dei reati sia di pericolo, non certo di danno. Spesso di pericolo astratto, e come tali sono puniti a titolo di dolo e spesso anche di colpa. La cultura penale usa dire che la soglia minima di punibilità è il tentativo di delitto, che il codice fa gestire al giudice. Ma la politica criminale ha compiuto scelte molto precise accontentandosi assai meno degli atti idonei e diretti in modo non equivoco del tentativo. Bastano condotte astrattamente pericolose, cioè ben più anticipate, senza dolo intenzionale di evento (come esige il tentativo). Il modello basico più frequente, attorno al quale ricostruire tutte le categorie, dolo, colpa, danno, offesa, causalità, è perciò il reato di pericolo. Il super-bene di categoria è dunque la sicurezza, che il reato di pericolo mette a repentaglio. Reati “concernenti” la prevenzione *di qualcosa* erano le contravvenzioni, nel libro terzo. Ora molti delitti sono di fatto costruiti così.

È questo un diritto penale non della lesione, ma della sicurezza.

Appare evidente che tutto il ‘sistema’ penale dovrebbe essere riscritto e riletto se non si fingesse di continuare ad applicare una sua parte generale scritta e pensata nel 1930.

La decodificazione è allora di tipo basico, una ricombinazione genetica.

Se a tutto ciò aggiungiamo l’espansione internazionale del penale che solo cursoriamente abbiamo tratteggiato in apertura (§ 2), il quadro della centralità del codice, magari immaginata attraverso il paradigma del “diritto penale minimo”, risulta disorientante; anche a uno studente dei primi corsi di giurisprudenza verrebbe da chiedere: ma che cosa è dunque rimasto del codice penale che ci insegnate a lezione? Quale “sistema” viene oggi trasmesso? Quale “grammatica” possiamo apprendere dallo studio della parte generale, che voleva essere la quintessenza di un sistema?

È presto detto. Una grammatica costituzionale e sovralegislativa. Un *ius* che non si identifica con (ma non delegittima certo, e anzi in parte rilegittima, finché non sia rivisto davvero) il codice penale, ma che, restando ancorato al suo dettato legislativo, tuttavia lo riscrive, come del resto lo ha continuamente riscritto (mentalmente, culturalmente, operativamente) dal 1948 in poi.

La riserva di codice è espressione di questa consapevolezza culturale, che il sistema va continuamente ripensato e riscritto non deducendolo da un atto di imperio originario (una qualsiasi *lex antiqua*), ma dal diritto (*ius*) ricostruito sull’intero ordinamento.

La riserva di codice attua dunque un diritto superiore al codice.

Le modellistiche internazionali ci hanno insegnato che dove quasi non esistono le leggi speciali, i codici regolano per lo più la stessa estensione della materia penale, solo celata in regole in bianco, che rinviano a troppe fonti extracodicistiche, in violazione della riserva di legge: sì che riserva “assoluta” di codice e riserva “assoluta” di legge appaiono entità antinomiche.

Ecco che sono in gioco plurime garanzie.

Chi scrive ha già diffusamente sostenuto la necessità di una lettura “costituzionalmente orientata” dell’art. 3-bis c.p., nel senso che la *riserva di codice* non “esprime” semplicemente, ma “legifica” – conferendo a essi la *forma* di legge, ma anche il *contenuto* giuridico *minimo*, necessari perché esistano in un determinato campo applicativo – i *principi di legalità-determinatezza e di ultima ratio* rispetto (non al sistema sanzionatorio, al rapporto con le sanzioni amministrative, alle clausole generali etc., ma) alla “costruzione del sistema” penale: il primo (*determinatezza e legalità-riconoscibilità*), perché un sistema decodificato e acefalo (“decostruito”) produce incoerenza, particolarismo giuridico, irriconoscibilità e in conoscibilità delle regole, violando in definitiva la sufficiente determinatezza e il requisito della riconoscibilità dei precetti; il secondo (*ultima ratio*), perché la decodificazione è un moltiplicatore di fattispecie oltre la necessità, causando quell’inflazione di sistema che è l’opposto del diritto penale come *extrema ratio*.

Un legislatore ordinario che disattendesse sistematicamente la regola dell’art. 3-bis c.p. potrebbe incorrere in una censura di illegittimità costituzionale nella costruzione del sistema penale. Questo è l’esito *giuridico* della lettura dell’art. 3-bis c.p. come regola sub-costituzionale.

Il progetto della riserva di codice è dunque un’idea di sistema ancora accentrato attorno al codice. Ma non è ingenuo o “utopistico”<sup>45</sup>. Infatti la regola dell’art. 3-bis c.p. rende costante la dialettica *in corso* tra codice e leggi speciali, pensandola come definitiva e non certo in termini di alternatività: basta che le leggi speciali siano costruite in testi unici, in sottosistemi aventi carattere di organicità.

È una prospettiva *soft*, in realtà, ma ragionevole, che razionalizza *una tendenza in atto*: i reati fallimentari, societari, tributari, in materia di stupefacenti, prostituzione, ambiente, sicurezza del lavoro, alimenti, sanità, armi, stranieri, privacy, t.u.l.p.s., circolazione stradale, navigazione, mercati finanziari, diritto d’autore, trapianti, genocidio, edilizia e urbanistica etc., esprimono già *il dualismo legislativo penale*, secondo la *ratio* della riserva di legge approvata; sono già, in parte, legislazioni attente sia al modello costituzionale e sia all’idea di sottosistema organico, anche se hanno bisogno di ampi *restyling* conformi a una nuova “parte generale” adatta al doppio binario legislativo<sup>46</sup>, e anche se qualcosa di quelle discipline potrebbe rientrare nel corpo codicistico.

Non abbiamo ancora risposto al quesito iniziale: se questo disegno sia compatibile con una ricompilazione codicistica che si riduca a una mera consolidazione. *La soluzione è chiaramente negativa*, anche se nessuna legge può costringere il legislatore ad avere un disegno, una grammatica e un lessico che devono ancora essere inventati. È un’esigenza immanente, che, se non viene attuata dal Parlamento, conosce una realizzazione vicaria e sostitutiva da parte dell’interprete. *Ius vs. lex*, dunque: se la

---

<sup>45</sup> La lettura che ne abbiamo proposto, secondo Carlo Enrico Paliero, sarebbe invece utopistica o idealistica: C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica “idealistica” versus deontica realistica*, cit., 8.

<sup>46</sup> Sulle “tecniche costruttive” della prospettata ricodificazione, v. a titolo di esempio quanto scritto in M. DONINI, *L’art. 3-bis c.p. in cerca del disegno*, cit., § 8.

riscrittura non è linguistica e testuale, sarà concettuale ed ermeneutica. Come sempre nella storia del diritto.

## 9. Risposta a Carlo Enrico Paliero.

In senso critico rispetto a questa lettura sub-costituzionale della riserva di codice si è espresso di recente uno studio istruttivo di Carlo Enrico Paliero<sup>47</sup>.

In una ricostruzione post-moderna della dialettica tra codice e leggi speciali, come già sostenuto da Michele Papa, il codice non potrebbe più ritrovare una vera centralità, e soprattutto non potrebbe recuperare “per legge” ciò che ha perduto per effetto della storia.

Questa premessa di disincanto condiziona peraltro la lettura giuridica della disciplina<sup>48</sup>: si parte dall’essere, non dal dover essere della norma, perché si pensa che l’essere la sovrasti dappprincipio. Vediamo perché potrebbe non essere così.

Da un punto di vista normologico si distingue tra una lettura performativa e una semplicemente normativo-cognitiva<sup>49</sup>.

La prima assegna alla regola (ma in realtà allo stesso codice) uno statuto e una funzione diversi dalle normali disposizioni codicistiche, imponendosi dall’alto al sistema giuridico. La seconda rimane al livello delle regole ordinatorie note.

Paliero ammette che l’art. 3-bis c.p., letto in chiave performativa (di mero dettato deontologico legislativo “sovraordinato”), può essere classificato come norma costituzionale in senso materiale oppure come un principio generale dell’ordinamento. “Tertium non datur”, dice Paliero.

Già questo riconoscimento mi pare importante, perché la riflessione sulle regole ordinarie materialmente costituzionali o anche soltanto sub-costituzionali appartiene a un discorso poco praticato dai penalisti e suscettibile di sviluppi non marginali.

Una doverosa premessa alla alternativa ipotizzata (norma costituzionale materiale o principio generale dell’ordinamento) è che in realtà non siamo in presenza di un principio, ma di una regola.

Infatti, per come scritto, l’art. 3-bis c.p. ha un campo definitorio dettagliato e preciso che si impone al legislatore come norma di condotta in sé compiuta, che non ha bisogno di disposizioni di attuazione: le nuove incriminazioni o saranno nel codice o fuori di esso e organicamente allocate in corpi normativi omogenei per la materia di riferimento. In caso contrario questa regola sarà violata. Il problema è la sanzione, non certo il precetto.

---

<sup>47</sup> C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica “idealistica” versus deontica realistica*, cit. Paliero in termini prescrittivi depotenzia l’art. 3-bis a mera regola politico-programmatica (v. *infra* nel testo), mentre sul piano descrittivo condivide la lettura realistica della decodificazione permanente di M. PAPA, *Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist*, cit., 136 ss. Rinvio sulla posizione di Papa a quanto osservato in *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., 18 ss.

<sup>48</sup> C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 22 ss. (§ 4).

<sup>49</sup> C.E. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 13 ss.

Escluso che sia principio generale (è infatti regola, non principio) vista anche la novità della riserva di codice, e la evidente assenza del suo contenuto normante da pregresse fonti allocate nel sistema<sup>50</sup> – è norma *top-down*, non *bottom up* come sono invece i principi generali dell'ordinamento –, Paliero esclude anche che sia una norma materialmente costituzionale<sup>51</sup>.

Egli sostiene infatti, con affermazione del tutto apodittica e chiamando a sostegno Kant sull'imperativo categorico<sup>52</sup> e Dworkin sulla distinzione tra principi e regole<sup>53</sup>, che solo un principio potrebbe essere norma costituzionale in senso materiale, non una regola<sup>54</sup>.

Ma perché mai?

Proviamo a ragionare senza Kant e Dworkin, che riprendiamo poi.

La Costituzione è piena di principi e di regole, ma anche di principi che contengono o esigono regole: i principi richiedono sempre regole che li attuino. La causalità, la colpa e il dolo sono regolabili/regolati per legge (potrebbero non esserlo, e allora sarebbe l'interprete a definirli senza la legge ordinaria, introducendo un *ius senza lex*) e *nel loro nucleo* legificano i principi di responsabilità per fatto proprio e di responsabilità penale personale<sup>55</sup>. Una responsabilità che non rispetti (in quel nucleo) le regole su causalità, dolo e colpa violerebbe il principio superiore dell'art. 27 Cost. Se però quelle regole (art. 40, 41, 42, 43, 47 c.p.) sono contenute nel codice, esse hanno una copertura costituzionale e anzi attuano principi superiori. La loro violazione è dunque *anche* una violazione di quei principi. Non possono esserci dubbi.

Il resto sono questioni definitorie: norme materialmente costituzionali, sub-costituzionali etc. importa relativamente. Certo non hanno bisogno di essere "principio" per attuare la Costituzione: sono soprattutto le regole che la attuano. E se la attuano, in una certa misura la contengono. Ci possono essere numerose formule alternative per regolare la causalità, il dolo, la colpa, o gli altri stati soggettivi tipici. Non tutto è

<sup>50</sup> *Op. ult. cit.*, 26 ss.

<sup>51</sup> *Ivi*, 25 ss.

<sup>52</sup> Trascrivo le citazioni di Paliero: I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi* (1785), trad. it. a cura di G. Vidari, Torino et aliae, G. B. Paravia, 1934, p. 43; I. KANT, *Critica della ragion pratica* (1788), trad. it., a cura di F. Capra, Bari, Laterza, 1972, pp. 24-25; ID., *Critica della ragion pura* (1781), trad. it. a cura di G. Gentile, Bari, Laterza, 1972, Vol. II, p. 438: tutti richiami a classiche pagine sull'imperativo categorico.

<sup>53</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna, il Mulino, 1982, 90 ss.

<sup>54</sup> Testuale: "con l'ulteriore avvertenza – che mi sento di formulare per la quale solo un "principio" – in ragione della sua "assolutezza"/"categoricità" di marchio kantiano – può assurgere al rango di norma materialmente costituzionale" (così PALIERO, *Op. cit.*, 25). D'altro canto, una medesima regola potrebbe essere costituzionalizzata e inserirsi in un contesto costituzionale di principi; e allora perché, qualora diventi invece legge ordinaria, non potrebbe esprimere qualche principio costituzionale? L'art. 3-bis riproduce quasi testualmente l'art. 129, co. 4, del Progetto di revisione costituzionale della Bicamerale del 1997 (per il commento che ne scrissi a suo tempo rinvio a *Alla ricerca di un disegno*, cit., 106 ss.). Ma già allora, a livello di progetto costituzionale, quell'articolo attuava i principi di *ultima ratio*, determinatezza e riconoscibilità dei precetti. Che sia stato declassato a legge ordinaria non modifica questo dato.

<sup>55</sup> Sulla distinzione di questi principi e la loro riconducibilità all'art. 27, co. 1, Cost., si consenta il rinvio a M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss.

“costituzionalizzato”, ovvio. Ma il rispetto basilico del contenuto costituzionale di quelle discipline ha un valore materialmente costituzionale.

Per la riserva di legge, rispetto a determinatezza e *ultima ratio*, il discorso è analogo: una sua sistematica violazione tradisce quei principi. Molto semplice.

Se da ciò passiamo alle citazioni di Kant e di Dworkin, questi Autori non affermano nulla di conclusivo o pertinente rispetto a questa problematica.

Il richiamo dell'imperativo categorico non appare pertinente: *le norme costituzionali di principio non sono imperativi categorici*<sup>56</sup>. Sono principi (quando non sono

<sup>56</sup> Al massimo sarebbero concretizzazioni desunte dall'imperativo categorico (nelle due forme generali di esso inventate da Kant), ma anche così l'esemplificazione non regge per quanto detto di seguito nel testo. Si rammenti che l'imperativo categorico è una categoria del tutto formale in Kant, non presenta nessun contenuto. Come tale non dice nulla di concreto, non obbliga di per sé a nulla. Tuttavia obbliga: tutta la sua natura è nel "Tu devi", cioè nell'obbligazione. La legge morale, per Kant, comanda non ciò che si deve volere, bensì *come* si deve volere quel che si vuole: ordina dunque non il contenuto, ma la forma del volere. Il *dovere per il dovere* deve motivare l'azione. La volizione di questa forma è ciò che rende moralmente *buono* il nostro volere. Buono perché "autonomo" dagli scopi contingenti (per es. diminuire i reati, evitare la pena), e dunque non eteronomo. La "purezza" del comando lo rende moralmente ineccepibile. In tal senso esso vincola lo stesso legislatore penale: *l'uso dell'uomo sempre come fine e mai come mezzo* (questa la prima 'forma' dell'imperativo) giustifica i doveri e i comandi (i loro 'contenuti') che si uniformano a tale massima, ma *esige* anche *che la misura dei delitti, la pena, non sia, nella sua essenza costitutiva, strumentale ad altri scopi*; altrimenti il comando diventerebbe eteronomo, si punirebbe per un prezzo, per uno scopo esterno, per un vantaggio. Di qui, secondo l'impostazione kantiana, *la legge del taglione come base "epistemologica" del diritto penale*: una retribuzione la più vicina possibile al *valore del bene offeso* dal reato, senza arbitrarie misure dei delitti dettate da contingenze di scopo, vero *prohibiting*, non *pricing*. In realtà, l'idea di un *imperativo ipotetico* è l'unico criterio che possa rispecchiare il diritto penale vigente: l'incriminazione è veramente *un mezzo per uno scopo*. Come del resto lo stesso Kant aveva sostenuto in alcuni passi delle opere "pre-critiche", cioè precedenti le *tre Critiche (della Ragion pura: 1781; della Ragion pratica: 1788, del Giudizio: 1790)*. Per una interpretazione penalistica di Kant bifasica o binaria: a base generalpreventiva per gli obiettivi del legislatore, ossia l'intimidazione mediante la minaccia della pena, e a base retributiva per la funzione del giudice, dove la retribuzione limiterebbe la prevenzione generale, impedendo che l'uomo sia usato mezzo per fini a lui estranei, B. S. BYRD, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in S. BYRD, J. HRUSCHKA (Ed.), *Kant and the Law*, Aldershot, Ashgate Publishing, 2005, spec. 274 ss., spec. 278 ss. (orig. in *Law and Philosophy*, 1989, 8, 151 ss., spec. 156 ss.); v. pure similmente A. MOSBACHER, *Kant's präventive Straftheorie*, in *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 2/2004, 210 ss. Sennonché questa è una lettura di Kant attraverso Feuerbach, lettura che ascrive al primo la teoria del secondo (si consenta il semplice rinvio a A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. I, Erfurt, in der henningschen Buchhandlung, 1799, 48, 59 ss.). Ma ci pare un'indebita sovrapposizione di piani, perché Kant pare avere avuto una posizione cronologicamente bifasica contrastante (prima più generalpreventiva per il legislatore, poi coerentemente retribuzionista anche per il legislatore), e non binaria. Dettagliata analisi del dibattito sulla contraddizione kantiana nel definire imperativo categorico la legge penale in M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1970, 415 ss., 423. Sarà Hegel a svelare in modo efficace come già sul piano dei contenuti l'imperativo kantiano, preso sul serio, consenta di essere riempito in modo del tutto arbitrario: l'imperativo è puramente formale e sotto la pretesa di essere puro e universale non può comunicare nessuna concreta decisione etica – un musulmano, un comunista e un liberale del XXI secolo riempiranno quell'imperativo di massime del tutto differenti –. Altro che autonomia della morale! Questo soggettivismo affida all'individuo un potere arbitrario: è "un'eteronomia dell'arbitrio" (G.W.F. HEGEL, *Le maniere scientifiche di trattare il diritto naturale*, tr. it. di *Über die neuzeitlichen Behandlungsarten des Naturrechts, 1802-1803*, a cura di C. SABBATINI, Milano, Bompiani, 2016, 277 [§ 92]; e poi ID., *Fenomenologia dello spirito* [tr. it. di *Phänomenologie des Geistes, 1807*], Firenze, La Nuova Italia, 1976, vol. II, 136 ss., 150 ss. ["un vespaio di contraddizioni prive di pensiero", relativamente al rapporto

regole: ci sono moltissime regole nella Costituzione) assai bilanciabili, in genere. Kant sarebbe inorridito all'idea che una libertà "inviolabile" venisse pesata per ogni reato secondo criteri di scopo, di politica criminale etc., ciò che infatti rende quell'imperativo del tutto *ipotetico*, e *non categorico*. Per questo Kant era retribuzionista e non utilitarista. Dworkin, invece, lo sa benissimo, e afferma che i principi sono suscettibili, a differenza delle regole, di una attuazione maggiore o minore e per l'appunto si bilanciano. D'altro canto, come è stato ben osservato da Habermas, la ragion pratica dell'età contemporanea non può essere *a priori* come era nell'imperativo categorico kantiano: essa vive solo nella comunicazione intersoggettiva<sup>57</sup>. Anche se sono universali i diritti, non è universale la legge che li definisce, come se fosse un *nomos* estrinseco: la loro fondazione è discorsiva e suppone un'autolegislazione dei cittadini, che non sono meri destinatari sottomessi a un imperativo<sup>58</sup>.

Che le norme-principio costituzionali siano dunque imperativi categorici, cioè *a priori* e assoluti, indipendenti da considerazioni finalistiche e di scopo, non è sostenibile.

E ancor meno ci pare accoglibile il corollario che ne desume Paliero: che norme costituzionali in senso materiale, cioè allocate fuori dalla Costituzione, ma espressive dei principi costituzionali, possano essere a loro volta solo principi, cioè imperativi categorici (in quella lettura). Non è così. Gli artt. 1 e 2 c.p. legificano l'art. 25 cpv. Cost. (anche se scritti prima, non importa), ma *sono regole*. Invece l'art. 25 cpv. Cost. contiene tanti principi inespressi (tassatività e determinatezza, riserva "assoluta", offensività, riconoscibilità) che non sono affatto categorici, come ben sappiamo osservando la loro evoluzione e il loro reale contenuto.

Il vero è che Paliero non crede alla riserva di codice come regola sovraordinata di sistema ("performativa" nella sua definizione) per ragioni storiche e sociologiche legate alla prassi legislativa e culturale in atto che sarebbe contraria all'idea stessa di codice (*ivi*, §§ 3-4). Contro questo convincimento che emana da una certa reazione emotiva di fronte alla realtà, non c'è molto da opporre, se non che un codice ancora esiste e non è annullato dalle varie decodificazioni, *ivi* compresa quella del diritto giurisprudenziale, e che nessuno, a cominciare da Paliero, propone di abolirlo. Dunque occorrerà gestire al meglio la sua futura in parte inevitabile ricompilazione.

Del resto, qual è la conclusione "normativa" di Paliero sull'art. 3-bis? Esso sarebbe "una norma programmatica a contenuto tecnico, ma con finalità politico-criminale"<sup>59</sup>. Ma con questa singolare circonlocuzione l'illustre penalista ci dice che la norma in questione non è *cogens* per il Parlamento, e dunque egli ce ne fornisce una declinazione non giuridica, ma politica. Tutt'altro che categorica una norma solo perché senza sanzione? Piuttosto è una *lex imperfecta* perché priva di sanzione giuridica: la sua sanzione sarebbe solo politica. È questo tuttavia il punto di partenza di tutta la

---

contraddittorio tra l'imperativo categorico e le leggi naturali che gli danno il contenuto]).

<sup>57</sup> V. in termini F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005, 8 luglio 2005, § 4.

<sup>58</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1992), tr. it. *Fatti e norme*, Roma, Guerini e Associati, 1996, 146 ss.

<sup>59</sup> C.E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova*, cit., 27.

discussione: il Parlamento può derogarvi; ma la questione è: potrebbe derogarvi *sempre*? Così vanificando la regola e i principi che essa esprime?

La fedeltà dell'interprete ai principi sovralegislativi che la regola attua, impone a nostro avviso la lettura che ne abbiamo dato e che né Kant, né Dworkin mettono in crisi. Lo può fare la nostra debolezza, però, certamente.

È un atto di "resistenza costituzionale" vedere in questa riserva l'espressione di un vincolo superiore alla *lex parlamentaria* a ripensare tutto il sistema secondo criteri di ordine assiologico. Il cinismo ermeneutico del giurista "ortodosso" (e non è il caso di Paliero) vede invece nell'assenza di una riserva formalmente costituzionale solo un lasciapassare per logiche puramente maggioritarie, dove i modelli e i vincoli sovraordinati restano alla fine solo i *paletti dello slalom*: quelli che il Parlamento discesista deve evitare per alluvionare l'ordinamento, senza intoppi "costituzionali", con tutte le leggi pluriallocate nella galassia-web delle fonti, espressione della democrazia "consensualista".

#### **10. L'impossibile rinuncia all'idea di «sistema in fieri» (costituzionalmente orientato), ovunque esso si trovi.**

Siamo abituati ormai al "codice" dell'antimafia e dubitiamo del codice penale. Questo il nostro *selfie*.

Ma allora non abbiamo dismesso il concetto di codice: l'abbiamo differenziato e moltiplicato. Ci sono più codici. Ma esiste sempre un codice generale e comune. Vero è, peraltro, che il codice comune, il nucleo del sistema penale, non si identifica *tout court* con il codice penale, dovendo trarre da fonti superiori vincoli pregnanti per il ius vigente anche "dentro" al codice penale.

Ecco la nuova immagine: la centralità della Costituzione va recuperata davvero dentro al codice, "ricostituzionalizzandolo", sì che risulterà *vietato decodificarlo* "in parte qua".

Certo questa operazione deve essere consapevole che non esiste una Costituzione-codice, un testo del 1948 che contenga un codice penale privo di mediazione parlamentare e democratica, fatto cioè di imperativi categorici a(nti)storici. Tuttavia, il codice-Costituzione contemporaneo, rivisitato e storicizzato sulla Carta fondamentale, non è in tante sue regole una qualunque legge ordinaria: non lo è ogni volta che un istituto sia la concretizzazione legislativa di un principio costituzionale. Non lo è quando i principi del garantismo abbiano fondato o ispirato la sua disciplina, tra i quali l'*ultima ratio* e la riconoscibilità dei precetti, oggi riflesse nell'art- 3-bis c.p. per non apparire una *fictio iuris*, o un mito delle origini.

I cultori della libertà da vincoli giuridici sulla storia vedono con soddisfazione la liberazione dal modello autoritario del codice-tiranno, del codice eterno, del codice "filosofico" tutto chiuso, completo e totalizzante, del codice dove non c'è spazio per il

ius perché sarebbe tutto *lex*<sup>60</sup>. Siamo con loro, ma sono in genere dei civilisti. Non hanno il problema delle garanzie.

Per questo oggi la centralità del garantismo porta in primo piano il ius (costituzionale, sovralegislativo e di costruzione ermeneutica) rispetto alla *lex* (ordinaria) quale vincolo sulla *lex*, mentre la *lex* in quanto tale appare sì una garanzia ma ancora debole o incompleta.

Il Parlamento potrebbe non avere la capacità di una ricodificazione, e accontentarsi di varie consolidazioni progressive. Ma questo non significa che il codice non rimanga un centro di attrazione per la ricerca dell'ordine del sistema, che fuori dal codice sarebbe ancor più il prodotto di consolidazioni *di sentenze*. Non meno importante è il sistema, rispetto al quale un codice penale rinnovato sarebbe comunque strumentale: il sistema, certo non chiuso in una gabbia definitoria, ma "aperto" e in evoluzione, si ricostruisce su vari livelli normativi. È un dover essere ermeneutico, più che una premessa ontologica ed epistemologica<sup>61</sup>. Un dover essere perché senza coerenza di sistema possono moltiplicarsi solo l'approssimazione e l'arbitrio. Ma non è più il *systema iuris* di Leibniz e di Wolff, e neanche quello di Savigny, di Puchta e di Adolf Merkel<sup>62</sup>. Questi sistemi supponevano una entità precostituita all'interprete che oggi abbiamo difficoltà a postulare come *reale e soprattutto completa*. E neppure esso può più identificarsi semplicemente con i sistemi concettuali pre-europei e pre-costituzionali di larga parte dell'Ottocento e del Novecento penalistico di matrice tedesca, che da Feuerbach a dopo Welzel hanno rinnovato le basi per una parte dell'analisi delle categorie penalistiche<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Si legga al riguardo, come un inno alla storia e alla libertà, la requisitoria contro la codificazione di C. PETERSON, *Le implicazioni metodologiche della codificazione*, in *Codici*, cit., 431 ss., e naturalmente, tra le decine di suoi interventi, P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, *ibidem*, 579 ss.

<sup>61</sup> L'impegno di questo assunto merita, ma non richiede, una trattazione dedicata, oggi. Esso appare conforme alla *communis opinio*. Il carattere sistematico della penalistica è solo una componente del suo statuto epistemico. *Amplius* il nostro *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, Giuffrè, 2011, cap. IV. Discute oggi (in prospettiva di teoria giuridica generale) di un „bewegliches System“ T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2 Aufl., München, Beck, 2019, 284 ss. (§ 8/1 ss.), che riconduce le origini della teorizzazione a Walter Wilburg (1950).

<sup>62</sup> Il *paradigma kantiano della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema* sostiene l'episteme dei pandettisti (nessun paradigma baconiano di origine esperienziale, o galileiano di verifica sperimentale, ne fa parte): P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, 7 ss., 145 ss.; e per gli sviluppi verso la *allgemeine Rechtslehre*, ID., *Systema iuris*, vol. II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985, 302 ss., 345 ss. Sul concetto di sistema in prospettiva attuale v. pure C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*<sup>2</sup>, Berlin, Duncker & Humblot, 1982. Sulla concezione della scienza come sistema nell'Ottocento giuridico tedesco v. J. RÜCKERT, *Thibaut-Savigny-Gans: der [sechsfache] Streit zwischen „historischer“ und „philosophischer“ Rechtsschule*, in ID., *Savigny-Studien*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2011, 461 ss., con vari richiami.

<sup>63</sup> *Amplius*, sull'eredità e il superamento di questa stagione, M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2020. Il significato del concetto di sistema, del resto, non è per nulla pacifico. Esso non viene solitamente fatto oggetto di trattazioni definitorie o di dibattiti attuali. Cfr., oltre alle citate monografie di Cappellini e di Canaris, sulle origini kantiane, gli sviluppi e le esigenze di scientificità "sistematica", all'inizio dell'Ottocento, tra le elaborazioni del penalista Paul Anselm v. Feuerbach e Friedrich Carl v. Savigny, quanto esposto in J. RÜCKERT, *Thibaut-Savigny-Gans*, in ID., *Savigny-Studien*, cit., 461 ss. In prospettiva attuale rinvio, sempre in area tedesca – è una passione *deutsch*, ma è anche

L'antiorità storica rispetto a premesse comparate e costituzionali faceva anche di questi sistemi modelli in qualche misura aprioristici o al massimo cripto-giusrazionalistici, non discorsivi e autoreferenziali. Nessun attore giuridico oggi è *dominus* del sistema giuridico: non il legislatore che produce *leges* anziché *ius*, non il giudice, che non fa le leggi, ma le applica, non la dottrina (accademica o professionale) che manca di potere decisorio, anche se illumina l'evoluzione dell'ordinamento e controlla criticamente le applicazioni giudiziali.

Tutti, perciò, ne sono i costruttori. Il sistema non ha un unico luogo di nascita o di residenza, ma resta una casa comune.

Ecco perché il codice penale non vogliono abolirlo neppure quelli che non ci credono più.

Per chi desidera che non sia più il codice-decalogo del passato (i dieci comandamenti), ma uno strumento di politica criminale, ogni nuova norma dovrebbe avere (oggi, se di progettazione governativa) una sua "relazione AIR", cioè un protocollo di analisi di impatto della regolamentazione, e una successiva "relazione VIR" (Verifica di impatto della regolamentazione)<sup>64</sup>: ciò che appare *di improbabile difficoltà per un intero codice* costituito di varie centinaia di incriminazioni che dovesse essere emanato tutto insieme.

Se questo fa capire la maggiore praticabilità di modifiche "settoriali" per aggiunta e sottrazione, rende ancor più importante una visione, anziché una dissoluzione, di quello che a tutti gli effetti è oggi un «sistema *in fieri*».

---

un luogo argomentativo (un 'topos') molto frequentato nel *nostro* discorso penalistico –, a C. ROXIN, L. GRECO, *Strafrecht*, AT, Bd. I, München, Beck, 2020, § 7. 38 ss., e a T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., cit., 284 ss. (§ 8/1 ss.).

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 14, l. 28 novembre 2005, n. 246 "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005" e il DPCM 15 settembre 2017, n. 169 "Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione", che innova il precedente dpcm del 2008. Nell'UE, come noto, la motivazione della legge è imposta a livello di fonti superiori (l'art. 296, par. 2, TFUE), non con mero dpcm. Cfr. A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione europea letta attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, n. 3/2018.