

LA DIMENSIONE PENALE

ALBERTO CISTERNA

Appunti in materia di “riserva di codice”, legislazione speciale ed azione penale nello Stato di diritto.

Il breve contributo qui pubblicato si propone di indicare alcune tra le più profonde correlazioni che corrono tra il principio della riserva di codice, introdotta dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, la funzione politico criminale assolta dalla legislazione speciale penale nello Stato di diritto ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'intento è quello di offrire una pur sintetica valutazione delle complesse ragioni che hanno portato al costituirsi ed al consolidarsi di un diritto penale policentrico ed extracodicistico di cui sembra debole la corrispondenza ai principi costituzionali.

The short contribution published here aims to indicate some of the deepest correlations that co-exist between the principle of the reserve of Code, introduced by the D. L.G.s. March 1, 2018, No. 21, the criminal political function acquitted by the Special criminal law in the rule of law and the principle of compulsory criminal action. The intent is to offer a concise assessment of the complex reasons that have led to the building up and the consolidation of a polycentric and Extracodicistico criminal law which seems weak correspondence to the constitutional principles.

È un coro di critiche, inutile tacerlo. Man mano che gli interpreti volgono lo sguardo al decreto legislativo n. 21/2018 sulla «riserva di codice», è un crescendo di obiezioni, rilievi e contestazioni¹. Se la montagna avesse partorito il topolino, almeno ne avremmo apprezzato il profilo genetico, le nobili origini, ma qui siamo alla gemmazione in cui forme di vita elementare si riproducono senza seguire alcuna traiettoria evolutiva. C'è una sproporzione evidente tra i fini enunciati nella legge delega (art. 1, co. 85, della L. 23 giugno 2017, n. 103 c.d. “Riforma Orlando”) ed il provvedimento che doveva darle attuazione; una sproporzione che irride e scontenta sia i sostenitori della “centralità” codicistica sia quanti avevano puntato l'indice verso i connotati *retrò*, neoilluministici dell'operazione legislativa.

Sia chiaro i danni recati al sistema penale sono, in effetti, modesti. L'enfasi

¹ Cfr. sul punto 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.; S. BERNARDI, *Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al codice penale*, in www.penalecontemporaneo.it; S. DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione. Brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, *ivi*; R. BORGOGNO, *La “riserva di codice” e le altre modifiche al codice penale introdotte con il D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, in questa *Rivista*; L. DELLA RAGIONE, *Riserva di codice*, in *La riforma Orlando e nuovi decreti*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2018, 73 ss..

SPECIALE RIFORME

programmatica del nuovo art. 3-*bis* c.p. («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») è stata smentita dal medesimo Governo, poche settimane dopo la pubblicazione del d.lgs. 21/2018, con l'approvazione del d.lgs. 51/2018 che, al capo VI, reca un nugolo di nuovi reati a presidio del trattamento «dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati». Le nuove fattispecie si potevano/dovevano inserire almeno nel Codice privacy che si offriva quale più immediata ed appropriata legge organica² che regola la materia, ma così non è stato.

La questione si potrebbe concludere sulla scorta di questa mera constatazione: non solo l'art. 3-*bis* c.p. era, per la sua stessa natura di precetto sub-costituzionale, inidoneo a condizionare il legislatore futuro, ma addirittura non è stato capace di imporre alcun *self-restraint* alla medesima compagine governativa che l'aveva solennemente approvata³.

Il fatto che qualche reato e qualche disposizione in materia di confisca siano state traslate dalla massa plebea delle leggi speciali che ne avevano segnato i natali al perimetro nobile del codice penale è meritorio senz'altro, ma insomma c'era chiaramente in gioco altro. Se la decodificazione è stata la più robusta e condivisa linea di tendenza delle scienze giuridiche privatistiche e pubblicistiche della fine del secolo scorso, la ricodificazione affonda interamente le proprie radici nell'ideologia del cd. diritto minimo⁴. Un'opzione poli-

² Le cc.dd. *leyes organicas* di cui all'art.81 della Costituzione spagnola del 1978.

³ L'importanza annessa a questa riforma era stata segnalata dal ministro Andrea Orlando nell'articolo *Riserva di codice. L'importanza di un principio che guarda al futuro*, ne *Il Manifesto*, 23 luglio 2017.

⁴ Sul tema della riserva di codice sono numerosi i contributi della dottrina, per tutti si veda G. FORTASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it; 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.; C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.; AA. VV., *Gli Ottant'anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni - G. Insolera, Bologna, 2012, ed ivi in particolare i contributi di A. CADOPPI, *Il crepuscolo del codice. Gli Ottant'anni del codice Rocco alla luce dell'esperienza comparatistica*, 83 ss.; di G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico culturale*, 207 ss. e di F. PALAZZO, *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, 39 ss.. Mentre sulla relazione della riserva di codice con la nota teorica del diritto penale minimo imprescindibile il rinvio a L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementa-*

SPECIALE RIFORME

ticamente e culturalmente provvista di ampi consensi e di plausibili architetture costituzionalistiche, anche se invero resa necessaria dal collasso del sistema processuale e dall'evidente necessità di contenere l'espansione del numero dei procedimenti.

In un ragionamento che si muove a spanne si impongono almeno alcuni chiarimenti. La «fabbrica dei reati» non conosce periodi di crisi nel nostro Paese. Non v'è legislatura che non si cimenti nella creazione di dozzine e dozzine di nuove fattispecie nei più disparati settori (dalle produzioni equine agli anabolizzanti, dai pesticidi alle scritte sui muri). Lo scopo è evidente dovendosi accompagnare l'esercizio delle funzioni amministrative con un plesso di reati che assicuri efficacia all'azione pubblica e imponga comportamenti conformativi ai consociati. La progressiva erosione dell'efficienza degli apparati di amministrazione attiva ha sospinto il legislatore, costantemente, a munire la sequela procedimentale di presidi penali che ne scandiscano la forza dissuasiva. Non ci sono più beni giuridici minacciati o anche solo messi in pericolo dalle condotte divergenti, ma esclusivamente architetture organizzative pubbliche da tutelare e da presidiare. Le leggi penali di parte speciale sono così in senso proprio agglutinate come «leggi complementari», le cui la posizione vicaria non si misura in relazione alla distanza dal nucleo duro del codice penale, ma si determina piuttosto rispetto al complesso delle istanze di regolazione amministrativa relative ad una certa materia⁵.

Una piovra legislativa tentacolare ad alta entropia, mossa disordinatamente dalla sola intenzione di sorvegliare i varchi della disobbedienza ai *dicta* dell'autorità. Quando la più attenta dottrina⁶, alcuni decenni or sono, scandagliava il tema apparentemente marginale della «tutela penale degli ordini amministrativi» non avrebbe certo potuto immaginare che la legislazione penale si sarebbe espansa in ogni settore della pubblica amministrazione con l'intento di tutelarne non i singoli provvedimenti, ma l'intera azione.

Il fenomeno è talmente ampio ed ha prodotto tali effetti distorsivi che, in

re, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142; C.E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1011 ss.; 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, Napoli, 1986.

⁵ Sui sottosistemi penali cfr. G. LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizioni e ridefinizione*, in *Ind. pen.*, 2005, 7 ss.; L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello "poli-centrico" a un modello "piramidale"*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001, a cura di M. Donini, Milano, 2003.

⁶ M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.

SPECIALE RIFORME

questa sede, possono esserne segnalati solo alcuni profili in attesa di una più compiuta analisi. In prima approssimazione, comunque, un dato deve essere rilevato: alla moltiplicazione delle fattispecie delittuose ha corrisposto un'espansione incontrollata del numero di funzionari pubblici cui compete la qualifica di agente o ufficiale di polizia giudiziaria. E questo senza considerare il proliferare delle polizie locali (ad esempio provinciali) e settoriali, debolmente contrastato dalla sola annessione del Corpo forestale dello Stato all'Arma dei carabinieri per effetto della legge 7 agosto 2015, n. 124. Un nugolo di impiegati pubblici ha progressivamente assunto la doppia veste di *regolatore amministrativo* delle competenze e delle funzioni del proprio apparato di appartenenza e di *controllore* della correlativa legalità penale approntata da norme *ad hoc* più o meno emergenziali.

Una falange agguerrita che ha tendenzialmente favorito due spinte sostanzialmente illiberali: per un verso ha puntato a soggiogare ampi settori sociali ed economici, sottoposti alla regolazione pubblica, al rischio della doppia sanzione amministrativa e penale, per altro ha inevitabilmente espanso la rilevanza delle funzioni inquirenti del pubblico ministero. Sia l'uno che l'altro fenomeno hanno prodotto effetti strutturali cospicui e durevoli nell'assetto dello Stato di diritto. La prima spinta sta causando la progressiva moltiplicazione delle problematiche connesse alla crisi del *ne bis in idem* (emblematicamente raccolte nel cono d'ombra dell'*affaire* Grande Stevens), come noto, innescata dal sinergico convergere verso la medesima condotta delle prescrizioni amministrative e dei precetti penali. La seconda ha determinato l'interferenza e l'ingerenza del pubblico ministero in molti gangli dell'azione amministrativa, costruendo una delle più formidabili strutture di controllo della storia moderna. La doppia titolarità in capo ai dipendenti pubblici della veste, *propria*, del funzionario dell'amministrazione e di quella, *complementare*, di ufficiale di polizia giudiziaria ne ha definito una correlativa doppia soggezione, gerarchica (*ab intra*) e processuale (*ad extra*). Il tutto sorretto dalle stimmate del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale che consegna al pubblico ministero un perimetro illimitato d'iniziativa in direzione di qualsivoglia settore in cui può valersi di uno qualunque dei *rassemblement* di queste neocostituite polizie giudiziarie.

In questo scenario la riconduzione delle fattispecie penali all'interno del codice è solo un profilo, e neppure il più importante, di un'operazione di manutenzione costituzionale che dovrebbe almeno tentare il ripristino della linea di demarcazione tra la funzione amministrativa e quella giurisdizionale. La pletorica legislazione speciale - che la riserva di codice vorrebbe mitigare e, addirittura, annullare nella prospettiva del nuovo art. 3-*bis* c.p. - è invero

SPECIALE RIFORME

l'emblema del modo anomalo, ma straordinariamente efficace, con cui si sono strutturati e reciprocamente correlati potere amministrativo e potere giudiziario nel nostro Paese. Le stringenti interlocuzioni tra gli apparati della regolazione pubblica ed i soggetti della repressione non sarebbero consentiti facendo leva sulle fattispecie contenute nel codice penale. La spinta autonomistica del 1990 e del 1995 che aveva pesantemente circoscritto il controllo giurisdizionale sulla pubblica amministrazione con la modifica dell'art. 328 c.p. e, soprattutto, dell'art. 323 c.p. è stata aggirata e, poi, postergata dalla proliferazione delle fattispecie complementari le quali - in virtù della spinta espansiva e moltiplicatrice delle regole del concorso di persone nel reato (art.110 c.p.) - sono riuscite a riconsegnare alla funzione inquirente una collocazione centrale nella forma di Stato *in action*.

Una critica a questo riguardo deve essere svolta alla stessa impostazione della legge Orlando che vorrebbe riservare al codice penale il compito di delimitare l'*inner circle* dei *serious crime*. Si legge che l'intervento riformatore dell'ordinamento penitenziario, nel cui alveo si collocava la delega sulla riserva di codice, avrebbe dovuto ispirarsi, fra l'altro, al criterio direttivo della «*attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato*»⁷. L'impostazione punta a risolvere solo una delle molteplici criticità sollevate dall'espansione della legislazione penale speciale, quella commessa alla conoscibilità delle previsioni incriminatrici e alla

⁷ In linea con le istanze provenienti da una parte della dottrina cfr. F. MANTOVANI, Sulla perenne esigenza della ricodificazione, in *Arch. Giur.*, 1994, 263 ss. 21; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1223 ss.; 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..

SPECIALE RIFORME

prevedibilità della sanzione penale. Ma i margini di incertezza tra i consociati non si registrano in relazione alle ipotesi inglobate nel codice penale, anche per effetto del d.lgs. 21/2018, quanto con riferimento a tutta la restante legislazione penale *extra codicem* che ha assunto, obiettivamente, i contorni di una normazione domestica, ossia governata all'interno di microcircuiti interpretativi ed applicativi, fortemente condizionati da elaborazioni specialistiche ed ultrasettoriali. È stato osservato, con straordinaria lucidità, come recentemente si siano sviluppate due nuove direzioni della decodificazione, da un lato, quella collegata alle reti di norme multilivello (locali, nazionali, sovranazionali) e, dall'altro, quella "ermeneutica"⁸. Ora, mentre la prima direttrice – soprattutto per effetto dell'intervento delle Corti convenzionali – può contenere la polverizzazione del precetto penale in centinaia di leggi in virtù dei principi della prevedibilità e della ragionevole tipizzazione delle condotte illecite, la seconda spinta – quella proveniente dalla cd. "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-enciclopedia. 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 vincolante. 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»⁹. È del tutto evidente che questa seconda tendenza ha connotati centripeti rispetto ad un ordinato ed armonico assetto del sistema poiché punta a dissolvere i precetti in micro-segmenti provvisti di una propria distinta vitalità e vincolatività che – tuttavia – resta occulta alla maggioranza dei consociati e viene adoperata *case by case* per adattare la

⁸ M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. cit.*, 443.

⁹ Così M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in *Dir. pen. contem.*, 2018, 5, 141; sul punto cfr. solo da ultimo, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. contem.*, 29 gennaio 2018; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, *ivi*, 6 febbraio 2017; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità penale* Torino, 2014; sul punto, invece, della riforma del giudizio di Cassazione a seguito della Legge Orlando cfr. C. IASEVOLI, *La "metamorfosi" efficientista della Cassazione penale*, in *questa Rivista*; G. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, *ivi*.

SPECIALE RIFORME

norma incriminatrice alla specificità repressive che la concreta vicenda porta in evidenza (si pensi solo alla correlativa problematica dell'*overruling* giurisprudenziale). Il “precedente” assurge, così, a fonte occulta o occultata del sistema penale e colloca l'ermeneutica delle aule di giustizia e delle curie professionali in una posizione centrale nel controllo delle condotte devianti. Il tutto secondo protocolli affatto diversi da quelli del sistema di *common law* in cui, come noto, l'interprete è vincolato al precedente condiviso e non assurge al ruolo di solitario demiurgo che si frappone tra la norma generale ed il caso concreto. L'entropia a-codicistica sviluppa, viceversa, tendenze policentriche del tutto opposte e trasforma il precedente ermeneutico nell'oggetto, manipolabile ed instabile, di una conoscenza elitaria, altamente specializzata e, come tale, difficilmente controllabile. Studi professionali specializzati, consulenti specializzati, pubblici ministeri specializzati, finanche giudici specializzati (v. l'art.7-bis della legge 161/2017 di riforma del Codice antimafia) contribuiscono a delimitare lo spazio incerto di operatività di norme speciali e delineano una frontiera insicura tra condotte lecite e condotte vietate, in cui è agevole reprimere le devianze comportamentali meramente formali. La tutela penale della funzione amministrativa, la discrezionalità delle decisioni degli apparati organizzativi, la correlativa punizione penale in caso di violazione (v. sul punto le fattispecie di cui al citato d.lgs. 51/2018) segnano, forse, il nuovo *limes* di un diritto penale costituzionalmente orientato, anche, verso il rispetto del principio di separazione dei poteri che proprio la legislazione speciale minaccia quotidianamente. Ben venga la riserva di codice penale, se al contempo si punterà ad un vero diritto sanzionatorio minimo con un'azione massiccia, capillare e coraggiosa di depenalizzazione dei molti reati che allignano nella palude insidiosa collocata fuori dal perimetro codicistico.