

ATTUALITÀ

GIUSEPPE LOSAPPIO

**Riserva di codice penale.
La ri-codificazione che decodifica
(*codex reloaded*)***

Il “Principio della riserva di codice”, sancito dall’inedito art. 3-bis del c.p., evoca la metafora del film *Matrix Reloaded*: un codice (la città di Zion) per sopravvivere ingloba le “forze” della “distanza assiologica” (il virus Smith) trovando un armistizio (provvisorio, senza l’avallo costituzionale) con le spinte della decodificazione (le macchine), lungo il crinale che separa il versante del *fiat codex et pereat iustitia* (o *codex*) da quello del *fiat codex ne pereat iustitia*.

Codex reloaded

The “codification principle”, given by the new art. 3-bis of the penal code, evokes the Matrix Reloaded’ screenplay: the “forces” of “axisological gap” (the Smith virus) were incorporated by a code (the city of Zion). So they find a not definitive armistice (without the Constitution bless) with the thrust of decoding (the machines). Is a sort of agreement along the ridge that separates the side of the fiat codex et pereat iustitia (or codex) from that of the fiat codex ne pereat iustitia.

SOMMARIO: 1. Una metafora. - 2. I versanti del cambiamento della parte generale dopo la Costituzione e la novella dell’art. 117 Cost. - 2.1. Ri-descrizione. - 2.2. La restrizione. - 2.3. Estensione e flessibilizzazione. - 2.4. Pluralizzazione. - 2.4.1. Dalla parte generale alle parti generali. - 2.4.2. ‘*Matière pénale*’ a doppia velocità. - 3. La decodificazione della distanza assiologica. - 4. La decodificazione neutra. - 5. L’art. 3-bis c.p. (la riserva relativa di codice). - 6. *Codex reloaded*. - 6.1. *Codice in*. Le nuove incriminazioni. - 6.2. *Segue*. Profili sanzionatori. - 6.3. *Codice out*. - 7. Conclusioni.

1. *Una metafora. Matrix reloaded* racconta (anche) che l’avamposto degli uomini-ribelli è oramai prossimo alla resa. Zion è cinta dall’assedio di migliaia di “seppie” ed alcune gigantesche trivelle. La resistenza a bordo di esoscheletri antropomorfi e pesantemente armati è allo stremo. L’arrivo di Niobe, che riesce a disattivare le macchine con un impulso elettromagnetico, tuttavia, provoca un’eterogenesi dei fini, perché paralizza tutte le apparecchiature della città compresi i dispositivi di difesa. La situazione è disperata quando Neo propone alle macchine la fine delle ostilità e la pace con gli uomini in cambio dell’annientamento dell’agente Smith, divenuto un virus fuori controllo che minaccia le stesse macchine dalle quali era stato “creato” per contrastare la resistenza degli umani. Così, mentre a Zion tra le parti in conflitto si instaura un armistizio, Neo rientra in Matrix e trova l’avversario. È un combattimento dove nessuno

sembra in grado di prevalere. L'eletto ha l'illuminazione comprendendo che l'unico modo per sconfiggere Smith è permettergli di eliminarlo. La città di Zion è salva e le macchine si ritirano pur non essendo battute.

2. *I versanti del cambiamento della parte generale dopo la Costituzione e la novella dell'art. 117 Cost.* Carlo Enrico Paliero si accostò al progetto - per il momento tramontato - di una codificazione penale, nella «prometeica visione» chiamata ad esprimere la «koinè giuridico-penale»¹ europea, evocando l'alternativa tra un codice Frankenstein, risultato del macabro «assemblaggio di membra esauste», e l'opera del rabbino di Praga, Leon Giuda, che forgiò il Golem emulando il primo creatore². Matrix reoladed (può) allude(re) al diverso scenario delineato dal “Principio della riserva di codice” sancito dall'inedito art. 3-bis del c.p.: un codice (la città di Zion) che per sopravvivere ingloba le “forze” della “distanza assiologica” (il virus Smith) trovando un armistizio (provvisorio) con le spinte della decodificazione (le macchine), lungo il crinale che separa il versante del *fiat codex et pereat iustitia* da quello del *fiat codex ne pereat iustitia*.

Proviamo ad intenderci. Nel contesto degli anni “trenta” in cui venne alla luce, il codice penale italiano presentava una esplicita connotazione teorico-filosofica. La “Parte Generale” «può essere definita come la pura positivizzazione di una concezione dommatica consolidata e dominante all'epoca»³. Si trattava, in realtà, solo di un manifesto di canoni, fondamentali e flessibili, che, a partire dalla stessa riserva di legge, ogni fonte di legge poteva derogare. Come la legge indicava che la legge fosse la fonte esclusiva del sistema penale, la legge poteva individuare altre fonti. Il diritto penale era coerente alla legge, finché la legge non stabiliva una misura(/fonte) della coerenza differente.

* Il presente contributo è stato pubblicato negli *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di Piergalini-Mannozi-Sotis-Perini-Scoletta-Consulich, Milano, 2023.

¹ PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 467.

² PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 488.

³ PALIERO, *op. cit.*, 493.

Con la Carta del '48 cambia tutto. L'originario orientamento dogmatico del codice Rocco evolve in «orientamento dommatico-costituzionalistico»⁴. Dall'essere si passa al dover essere o, meglio, l'essere si integra con il dover essere. Al netto degli innesti dell'autoritarismo fascista, il codice Rocco corrispondeva alla filosofia e alla dommatica giuridico-penali di Beccaria, Carrara, Feuerbach, Klein, Binding, Welzel (del primo finalismo), von Liszt, Delitala, Bettiol⁵. La cifra saliente era la integrazione tra la legge e il principio di materialità, quale momento di massima espressione delle istanze di garanzia che lo stesso pensiero aveva posto alla radice di quella costruzione teorica. Con la Costituzione la legge *deve* essere la fonte - pressoché universale - del diritto penale (quello *contra reum* soprattutto), pena l'illegittimità dell'incriminazione (o comunque della disposizione "sfavorevole").

Il processo di europeizzazione e la novella dell'art. 117, co. 1, della Cost. hanno segnato un'altra trasformazione, in apparenza meno netta ma non meno rilevante, registrando un ulteriore salto in avanti del processo evolutivo verso una parte generale di principi più che di regole, con tutto il corteo di conseguenze correlato⁶. Nel complesso - come dire - il codice ha letteralmente cambiato "codice": il codice, che costituiva la misura allo stesso tempo flessibile ed esclusiva di "tutte le cose" nel campo del diritto (penale, ma non solo), ha ceduto lo scettro a fonti sovra-legislative - la «Costituzione» ed i «vincoli derivanti

⁴ PALIERO, *op. loc. ult. cit.*

⁵ PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1225.

⁶ Alla radice di questo processo - come osserva PALIERO (*Il diritto liquido*, cit., 1099-1100) ripercorrendo gli snodi essenziali del pensiero di Mireille Delmas Marty - si pone il concetto di "liquidizzazione" del diritto, compendiata dall'espressione, in apparenza ossimorica "*diritto flou*": le «trasformazioni che caratterizzano il diritto penale» suggeriscono «di aprire il campo dell'osservazione sino ai confini estremi - e *flous*, per l'appunto - della politica criminale, impiegando il metodo dell'*analyse systémale* e sperimentando nuove forme di razionalità. Più in particolare, la concorrenza, sulla scena penale, di sistemi normativi diversi ma simultaneamente applicabili deve essere letta secondo una logica nella specie definita della internormatività giuridica». In questa prospettiva gli studi penalistici si aprono al «passaggio dall'unico al molteplice», che ha caratterizzato le scienze matematiche e la fisica del '900 e devono confrontarsi con «l'esigenza di ricomporre le interazioni e le indeterminatezze che accompagnano questo mutamento di paradigma» (la «*mutation de la logique binaire à la logique du flou qui remplace le principe d'appartenance (1) ou de non-appartenance (0) (la règle A appartient, la règle B n'appartient pas à l'ensemble E) par la degré d'appartenance (la règle A appartient pour 0,9 et la règle B pour 0,2 à l'ensemble E), plus apte à ordonner la pluralité des ensembles normatifs simultanément applicables, sans en supprimer la diversité*»).

*dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*⁷. In questa prospettiva l'*allgemeiner Teil* ha subito una quadruplica trasformazione: in senso ri-descrittivo (§ 2.1.), restrittivo (§ 2.2.), estensivo-flessibile (§ 2.3.), plurale (§ 2.4.).

2.1. *Ri-descrizione*. Questo effetto corrisponde alla prospettiva dell'interpretazione costituzionalmente orientata che trova "tangibile" riscontro nel test di ammissibilità⁸. Una norma è illegittima non quando è possibile un'interpretazione difforme ma quando non è possibile alcuna interpretazione conforme, nel senso (perlomeno) che risulti «*improbabile o difficile*» prospettarne un significato coerente al dettato della Carta. A cavallo tra parte generale e parte speciale, un esempio emblematico è costituito dalla sentenza delle SS.UU. c.d. Ronci (n. 22676 del 2009) che - in scia alla giurisprudenza costituzionale - ha plasmato il combinato disposto degli artt. 42-43 e 584 c.p. all'insegna del principio *nulla poena sine culpa*.

2.2. *La restrizione*. Oltre la soglia dell'interpretazione costituzionalmente orientata (e delle sentenze manipolative di rigetto), la parte generale è stata "ristretta" quando le norme del codice sono state dichiarate illegittime come nel caso delle sentenze (nn. 149 del 1971 e 131 del 1979) che colpirono l'art. 136 c.p. prima della sua riscrittura ad opera della l. n. 689 del 1981, ovvero della celebre pronuncia c.d. "Dell'Andro" (n. 364 del 1988) che incise l'art. 5 c.p. in nome dell'effettivo dispiegamento del principio di colpevolezza.

2.3. *Estensione e flessibilizzazione*. La dinamica dell'estensione corrisponde alla integrazione con i precipitati delle disposizioni costituzionali e delle fonti regionali e convenzionali, la CEDU e la giurisprudenza della Corte di

⁷ Già l'art. 5 dei Principi di delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice penale, allegato all'articolo della delega legislativa elaborato dalla Commissione Pagliaro prevedeva che «Il codice penale si conforma ai principi e ai valori della Costituzione, si adegua alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia».

⁸ La consolidazione di questo indirizzo viene convenzionalmente riferita alla sentenza della Consulta n. 356 del 1996.

Strasburgo, in particolare. A differenza delle precedenti, non è una dimensione dai confini circoscritti (anche) perché esprime più livelli tanto dogmatico-assiologici quanto politico-criminali aprendosi su entrambi i versanti ad assetti in tutto o in parte inediti rispetto all'indice originario del primo libro del codice penale. Si pensi, sotto il primo profilo, alla (sia pure incerta) evoluzione del *ne bis in idem* "sostanziale" e all'integrazione del principio di legalità con la lettura europea della *rule of law* in chiave di "prevedibilità" del precetto, oppure, a cavallo tra entrambe le linee, all'offensività, alla proporzionalità, alla ragionevolezza. Si delinea un mosaico al quale partecipano, senza un'apprezzabile soluzione di continuità, elementi di ordine "ontologico", "assiologico" e "deontologico" ma anche meri criteri direttivi la cui declinazione è rimessa, entro certi limiti, alla discrezionalità del legislatore. «Dalla *proliferazione* delle fonti alla loro *de-gerarchizzazione* il passo è breve». La «conseguenza del *processo di diversificazione delle fonti*» e «il correlato *declino* del tradizionale modello legicentrico»⁹ producono una sorta di ritorno alle origini del sistema "flessibile" ante-1948, nel quale la misura della "coerenza" rischia di assumere valenze spiccatamente ermeneutiche, ancora una volta elastiche e instabili, che concorrono a porre in discussione le categorie fondamentali del sistema.

2.4. *Pluralizzazione*. La moltiplicazione della parte generale si manifesta nella formazione di plessi di disciplina muniti di una propria "dotazione" di regole generali (§ 2.4.1.) e nelle articolazioni della "materia penale" (§ 2.4.2.).

2.4.1. *Dalla parte generale alle parti generali*. La configurazione originaria del sistema penale italiano prevedeva che codice e parte generale integrassero un binomio indissolubile, come dimostra(va) soprattutto la disposizione dell'art. 16 c.p., il *deus ex machina*, dietro le quinte, destinato a risolvere l'aporia, l'*impasse* intollerabile dell'*antinomia*, piuttosto che della *lacuna*, o, addirittura, dell'*anomia* (in senso durkheimiano)¹⁰. Una parte generale era concepita (e

⁹ PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1110-1111

¹⁰ Così pressoché testualmente PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1011.

concepibile) solo in un codice (o nei codici, volendo considerare quelli militari), dal quale i reati traevano i principi e le regole di disciplina. Sotto questo profilo, a ben vedere, non si registravano differenze significative nemmeno tra parte speciale (II e III libro) e leggi penali speciali, come illustra l'alternativa classificatoria tra circostanze generali e speciali¹¹.

Nella configurazione odierna del sistema, la corrispondenza codice parte generale ha perso univocità ed esclusività. Lo stereotipo è superato sotto due profili: il rimodellamento delle regole¹², nell'ambito dei sottosistemi ad opera di input positivi; il rimodellamento ermeneutico, che di fatto introduce una faglia nel tabernacolo più riposto della stessa unitarietà del sistema.

Si diffondono "conglomerazioni" di reati (o comunque di illeciti) corredate di una propria "parte generale" o, quantomeno, di un asset di regole generalispecifiche, alternative (o meglio speciali) rispetto all'*allgemeiner Teil*: si pensi al progetto del *Corpus Juris*, allo Statuto della Corte penale internazionale, alla responsabilità da reato degli enti, alla competenza penale del giudice di pace, al diritto penale tributario¹³. Mentre la parte generale del codice tende a diventare un coagulo di principi più che di discipline, il ruolo delle regole, depotenziato lì dove un tempo fu l'epicentro del sistema, viene riscoperto nelle sue costellazioni.

Un filo rosso sembra legare queste variazioni sul tema codicistico a quelle di matrice giurisprudenziale che insistono soprattutto sui paradigmi interpretativi

¹¹ Le evoluzioni della responsabilità penale del medico offrono un terreno di esemplificazione meno vistoso ma meno banale e di maggiore attualità. All'epoca della giurisprudenza che correlava il parametro della responsabilità colposa del medico all'art. 2236 c.c. si poteva individuare in questo riferimento (che rispetto al codice assumeva, non senza qualche forzatura, il significato di legge penale speciale) un raro caso di esplicitazione della clausola di riserva dell'art. 16 c.p. Il diritto vivente successivo avrebbe superato questa impostazione riconducendo l'ambito della "colpa sanitaria" al perimetro del combinato disposto degli artt. 43-589-590 c.p. La disarticolazione tornò con il primo intervento - c.d. decreto Balduzzi (n. 158 del 2012) - che come l'art. 2236 c.c. *nella prospettiva del c.p.* (c.s.) delineava una "legge penale speciale". Con l'art. 590-*sexies* c.p. (introdotto dalla c.d. legge "Gelli-Bianco" n. 24 del 2017) la peculiare definizione della colpa professionale del medico è stata reintrodotta nel codice ma nella parte speciale, mentre ancora una volta "leggi penali speciali" (c.s. possono essere considerati i criteri di valutazione/punibilità) della responsabilità sanitaria previsti dagli artt. 3 e 3-*bis* del d.l. n. 44 del 2021.

¹² PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., 1011 e 1018.

¹³ L'evoluzione «della parte speciale è in grado di produrre vere e proprie mutazioni genetiche della parte generale, moltiplicando, così, gli statuti penali che vi afferiscono, a fronte di un unitario paradigma condiviso (apparentemente) al livello generalizzante superiore»: PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1125.

(l'esplicito e disinvolto riconoscimento della interpretazione estensiva), da un lato, e, dall'altro, "colpiscono" l'assetto dell'imputazione personale plurisoggettiva e non. L'obiettivo è in parte comune: soddisfare esigenze processuali, segnatamente di ordine probatorio, che i "vecchi" paradigmi di diritto sostanziale non sono in grado di intercettare¹⁴.

2.4.2. 'Matière pénale' a doppia velocità. Questo input - com'è noto - ha trazione europea. Il vettore sono le giurisdizioni continentali cui si deve l'elaborazione di una «nozione di *'matière pénale'* «onnicomprensiva» - inclusiva cioè, in funzione garantistico-omologante, sia del diritto criminale che del diritto penale-amministrativo» ben oltre «le griglie rigide» (un desueto letto di Procuste) «non solo dell'essenziale *'Kernstrafrecht'* (il 'diritto penale nucleare')» ma anche «del *'Kriminalrecht'* ('diritto penale-criminale') complessivamente considerato»¹⁵. Si tratta di una dimensione estremamente problematica dell'incessante e travagliato «travaso osmotico» tra la CEDU, l'Unione europea, - quelli che avrebbero dovuto essere - i "principi costituzionali europei"¹⁶, le Costituzioni e i diritti "locali". Limiti, controlimiti, condizioni di vincolatività (si pensi alla questione delle sentenze pilota), ripartizione di competenze definiscono rapporti *ad extra* (tra Curie europee e nazionali) ed *ab intra* (tra giudici nazionali, diritto regionale e convenzionale) carichi di potenzialità "tensive", rese esplicite dai casi più paradigmatici (scontato il riferimento alle vicende "Taricco" e "Contrada"), quotidianamente all'"ordine del giorno" fluido dei confini tra interpretazione, non applicazione, questione di costituzionalità¹⁷.

Nonostante tutte queste difficoltà, dai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali/convenzionali emerge in modo inequivocabile la rottura del paradigma - *one way racket* - di definizione formale, "certa"

¹⁴ Questa è la tesi di PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., p. 1018.

¹⁵ PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., 475-476.

¹⁶ PALIERO, *op. ult. cit.*, 495, nota 82.

¹⁷ È una filigrana che fatica a reggere il peso di un "diritto di diritti", per l'omotetia tra i documenti costituzionali europei, la refrattarietà agli steccati di una competenza definita da un diritto di diritti "trasversale" pregno di valenze espansive, l'incertezza dei "criteri di collegamento", che dovrebbero regolare i rapporti tra le giurisdizioni continentali e, quindi, determinare, rispetto ad ogni specifica ipotesi di applicazione del diritto europeo, l'opzione che il giudice dovrà utilizzare.

ma sostanzialmente tautologica del diritto penale (che fonda ancora l'insegnamento di molti manuali): il reato è l'illecito punito con la pena e la pena è la sanzione del reato. Una correlazione circolare, tra termini legati tra loro in modo reciprocamente esclusivo. Questo rapporto monogamico, senza alternative - non esiste pena per un illecito diverso dal reato e reato che non contenga una pena - non è stato stravolto dalla sentenza Engel e dalla giurisprudenza successiva della stessa Corte Edu e della CGE, che non pongono in discussione la natura penale delle sanzioni che il legislatore locale considera tali. La novità fondamentale è che le Corti, al fine di rendere i diritti¹⁸ della Convenzione e della Carta "pratici ed efficaci, non teorici e illusori", hanno formulato una criteriologia (in parte consolidata in parte instabile) per riconoscere la natura penale di quelle sanzioni che nei diritti nazionali sono qualificate diversamente. Sarebbe persino ingenuo pensare che i giudici continentali proponessero integrazioni organiche del sistema della parte generale. Il vettore casistico di queste giurisdizioni - quella della CEDU, in particolare - implica ambiguità, cambi di direzione, contraddizioni che nuocciono (inevitabilmente) alla linearità descrittiva e alla selettività delle indicazioni sulla materia penale. È andata emergendo una faglia tra "un nocciolo duro", cui si applicano tutte e per intero le garanzie della corrispondente "materia", e un diritto penale di peso minore¹⁹, soggetto ad una differente, meno pregnante, geometria "assiologica". Al di là del rischio di una (contro-)truffa delle etichette, risulta evidente che questo indirizzo introduce un tratto divergente con la vocazione (apparentemente) universalistica inaugurata dalla sentenza Engel e condotta alle sue più estreme (forse troppo) conseguenze da quella Öztürk. Mentre queste pronunce dichiaravano una sorta di "all in" della *matière pénale*, la "dottrina" delle distinzioni tra diritto penale *heavy* e *light* - echeggiando la dialettica di matrice tedesca tra *Kernstrafrecht* ed *Interventionsrecht* - delinea la prospettiva di un problematico "spin off" che, come ha segnalato in una vibrante opinione dissenziente Paulo Pinto

¹⁸ Quelli processuali del giusto processo prima, poi quelli sostanziali del *nullum crimen sine praevia lege quae cognosci potest*.

¹⁹ Così Jussila v. Finland, 23 November 2006, application n. 73053/01, §§ 4: «There are clearly "criminal charges" of differing weight. ... Tax surcharges differ from the hard core of criminal law; consequently, the criminal-head guarantees will not necessarily apply with their full stringency».

de Albuquerque, minaccia di «nascondere una politica repressiva dilagante»: «una corrente pericolosa», appunto, che rischia «di trasformarsi in una rapida»²⁰ non arginabile.

3. *La decodificazione della distanza assiologica.* È una prospettiva da scansare «ovunque» - osserva Paliero - ma non nel diritto penale dell'impresa dove, «forse, eccezionalmente, il generico *Sanktionsrecht* può tradursi in un più sofisticato e preciso modello di controllo sociale - in prevalenza - preventivo», animato «da una solida griglia di codici etici e protocolli comportamentali normativizzati e coattivamente imposti. Un fronte nuovo di tutela da giustapporre in sinergia al diritto penale-criminale», che, a sua volta, «deve restare “classico” solo nelle garanzie»²¹.

Il cambio di codice del codice, la corrispondenza onto-deontologico tra parte generale e sistema della “materia penale”, sotto l'egida della legittimità costituzionale(/europea e convenzionale) implica, nei limiti e con i rischi già accennati, che ogni «parte della parte speciale» deve essere in tutto e per tutto soggetta alla parte generale (ri-descritta, estesa e ristretta, delimitata) cui si è fatto cenno in precedenza. Con la svolta del 1948, la *Grundnorm* del diritto penale è il principio che i principi sono inderogabili. È una cornice dove non c'è spazio per i sottosistemi della eterodossia e della distanza assiologica con un sistema di garanzie affievolito: gli «*stessi principi, gli stessi criteri di imputazione, gli stessi topoi interpretativi* fondamentali che vigono *all'interno* del codice, *devono vigere anche all'esterno* di questo»²². Anche in questo senso vale la fulminante intuizione che «il problema della parte generale» è «un problema di parte speciale»²³.

4. *La decodificazione neutra.* La relazione tra parte generale e parte speciale dev'essere, quindi, sempre e comunque indissolubile. La perentorietà dell'affermazione indica l'esigenza che le articolazioni dello statuto penale non

²⁰ PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1250.

²¹ PALIERO, *op. loc. ult. cit.*

²² PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., 1014.

²³ PALIERO, *op. ult. cit.*, 1016.

trascendano in una decodificazione che traghetta alcuni settori del sistema al di fuori di tale quadro. L'assunto non implica affatto – come sembrano vagheggiare talvolta alcuni ambiti dell'esperienza giuridico-penalistica – “rimuovere” l'esigenza di cambiamento prospettico impressa nella trasformazione del codice del codice. All'opposto si tratta di implementare «il pluralismo senza precipitare nel relativismo, ordinare il molteplice senza annullarlo». Queste «coordinate» impongono di prendere atto di una realtà che risulta e resterà (oggi più che mai) caratterizzata da un'insuperabile distanza²⁴ rispetto al paradigma di un sistema tanto effettivo quanto plasmato da una concezione “tirannica” delle garanzie fondamentali²⁵. Un ideale che ha svolto energicamente la *pars destruens* nell'Europa continentale teocratica e(/o) degli *ancien regimes* ma non si è mai inverato in un codice che corrispondesse a quel modello. A maggior ragione, il sistema deve «comunque modernizzarsi, se non vuole davvero correre il rischio di vedersi soppiantato ovunque da un generalizzato – e questo sì angosciante – “diritto dell'intervento sociale” che si accollì per successione forzosa tutti i conflitti». Per «sfuggire definitivamente a queste rapide, un nuovo codice deve saper rinnovare la sua materia bruciandosi molti ponti alle sue spalle»: deve farlo su terreni «in cui il nostro vecchio, buon, sano diritto penale ha davvero il fiato corto»²⁶.

I quasi trent'anni che ci separano da questa importante presa di posizione non hanno scalfito la gittata politico-criminale dell'assunto. Una registrazione è stata necessaria quanto all'epicentro della riforma, che – è lo stesso Paliero a notarlo – più che manifestare “idealismo”, esprime una «mera utopia» se non si tratta «addirittura» di «un fondamentalismo distopico» e «paradossale»: un corpus di enunciati deontici «non può essere perfetto al contempo sia sotto il profilo della coerenza che sotto il profilo della completezza (assenza di lacune, nella specie,

²⁴ PALIERO, *Il diritto liquido*, cit., 1103.

²⁵ PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430; ID., *L'economia della pena* (un work in progress), *ivi*, 2005, 1336; ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011; ID., *L'agorà e il palazzo: quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95; ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447; ID., *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021.

²⁶ PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1250.

di tutela)». La coerenza esige rigore e chiusura, la completezza spazio ed elasticità. Breve: quanto maggiore sarà la coerenza, tanto minore sarà la completezza, e viceversa²⁷. È una quadratura del cerchio impossibile, salvo rifugiarsi «con fanciullesca “buona coscienza” nell’“isola che non c’è” del “diritto penale minimo”, forse unico ma utopico modello in grado di coniugare coerenza e completezza»²⁸. Quel rinnovamento del sistema su terreni nuovi, diversi dal “vecchio, buon, sano diritto penale”, non può compiersi solo nel recinto della codificazione. Il dilemma finale della riforma del sistema penale, quindi, non è se il sistema deve trascendere il *Kern* ma in che modo *Kern* e *Nebenstrafrecht*, intra ed extra-codice, devono correlarsi, «come due cerchi concentrici o come due sfere separate»²⁹. Se non si deve addirittura prefigurare uno scenario più articolato recuperando la corrispondenza biunivoca ed esclusiva tra codice e parte generale in un sistema più complesso di sottosistemi e codici per i reati (più comuni), per un verso e per l’altro, per il diritto penale dell’impresa. Così da consentire che la «fenomenologia radicalmente diversa da quella sottesa al diritto penale classico», propria dei “reati economici”, possa esprimersi senza per ciò porre «sotto *stress* i principi costituzionali»³⁰.

5. *L’art. 3-bis c.p. (la riserva relativa di codice)*. Una chiave di lettura di questa alternativa che trascende l’apparenza di una dialettica in termini di aut/aut tra un centro codicistico del sistema “criminale” e l’universo sanzionatorio esterno emerge nel dibattito – forse meno maestoso di quello che in altri tempi una disposizione simile avrebbe suscitato – sull’art. 3-*bis* c.p., introdotto dall’art. 1, d.lgs. n. 21 del 2018³¹. Il punto di discussione, che assume rilievo in questa prospettiva, non riguarda tanto la natura da riconoscere al nuovo articolo: regola/principio? quale principio? costituzionale in senso formale, in senso materiale o sub-costituzionale? Non è decisiva nemmeno la funzione della nuova

²⁷ Cfr. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, 52-53.

²⁸ Cfr. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, *loc. ult. cit.*

²⁹ Cfr. PALIERO, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., 1020.

³¹ «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».

disposizione salva, in ogni caso, la positività, astratta e virtuale, della tensione oppositiva in essa inscritta rispetto all'energia oscura (dell'inflazione penalistica), che sembra(va) irreversibilmente condannare il sistema al destino del *big rip*. Decisivo è il perimetro della futura tendenziale *reductio ad unum*.

Escludiamo, innanzitutto, l'ipotesi di una "codificazione assoluta": sarebbe un'impresa antistorica, superflua e persino controproducente.

Un codice che contenga «l'intero scibile penalistico» corrisponde ad «un'utopia giusnaturalistica, di grande *pathos* culturale», oramai «smentita dalla realtà degli ordinamenti positivi». Che piaccia o meno, un «ordinamento penale» si sviluppa «per 'crescita naturale' - attraverso formalizzazione - del substrato criminologico che lo alimenta; una 'creazione artificiale' di moduli penalistici 'di sistema' (di 'dogmi', per usare una terminologia alquanto *démodé*) è invece improbabile, e anzi, improponibile, trattandosi di materia che non può esser immediatamente trasfusa 'per formalizzazione' in paradigmi universali: quantomeno, perché difetta quel *consolidamento dei valori* su cui un codice in sé, e persino ogni singola norma di parte speciale 'a vocazione codicistica', deve assolutamente contare»³².

Oggi globale dev'essere la parte generale a prescindere dalla questione della sede (il codice o meno), che, all'esito dell'evoluzione registrata a partire dal 1948, ha smarrito persino significato allo stesso modo in cui non ha senso domandarsi dove si trova il centro di un universo omogeneo e isomorfo. Fuor di metafora, se le garanzie sovrastano il codice sul piano della gerarchia delle fonti, le residue (e non per questo insignificanti) funzioni (accessorie) della codificazione devono essere cercate altrove. Un versante è quello degli effetti "indiretti", come la già evocata sollecitazione, tipo moral suasion³³, al *self restraint* del legislatore; un altro è il versante degli effetti "diretti", riconducibili in ottica benthamiana alla migliore "*accessibility*" dei precetti penali che la forma codice potrebbe concorrere ad assicurare³⁴.

³² PALIERO, *op. ult. cit.*, 1015.

³³ Cfr. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova*, cit., 52.

³⁴ PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., p. 471. È opportuno sottolineare che Bentham (in *The works of Jeremy Bentham*, a cura di Bowring, vol. IX, sez. V, art. 11, Edimburgo, 1843, 552) non mancò di essere consapevole che i vantaggi in termini di accessibilità/(conoscibilità) della codificazione postulavano

La codificazione assoluta sarebbe persino controproducente inglobando nel *codex* plessi di “penalità” che, in funzione delle garanzie e delle stesse “potenzialità” positive della forma-*Gesetzbuch*, devono, invece, restare satelliti. Si pensi – esemplifica Paliero – alle discipline ancorate ad uno “statuto personale speciale”, come quello della «lotta contro la criminalità organizzata», che presenta «motivazione e logica politico-criminale autonome» ed è «caratterizzato da una sistematica e da una semantica sue proprie» coerente in sé «ma affatto indipendente ed esorbitante (un aliud!) la morfologia genetica del Codice penale inteso sia come sistema, sia come metodica»; si pensi – l’esempio è sempre dello stesso Autore – ai «segmenti normativi» a «multidisciplinarietà necessaria». Il riferimento riguarda «quei sub-sistemi integrati», come il diritto alimentare, il diritto ambientale, il diritto dei mercati finanziari, nei quali lo «schema di tutela dei beni in gioco» «non consente di scindere le diverse “discipline” coinvolte (quella amministrativistica, quella civilistica, etc.)», che – in prospettiva di riforma – dovrebbero essere destinati ad inedite compartimentazioni del *Sanktionsrecht* (*Interventionrecht* o altre opzioni para-meta penali), forse comunque riferibili alla *matière pénale* unitario-europea, ma comunque estranei ad un «Codice come *topos* sistemico e come valore di garanzia»³⁵.

6. Codex reloaded. Di sottosistemi si può parlare anche in termini più positivi, evitando declinazioni (o forse solo inflessioni) del discorso, come dire, “rimozionali” che rischiano di essere complementari ad una concezione tirannica, comunque molto – forse – troppo forte e selettiva se non del diritto penale quantomeno del *Kernstrafrecht*. Resta necessario, piuttosto, che la letteratura penalistica si confronti con la sfida imposta dal cambio di paradigma. L’impresa

un’integrazione della forma codicistica con alcune condizioni “nomografiche” (come diremmo oggi): «(1) Avoid all technical or legal terms wherever possible; (2) if technical terms must be used, define them carefully in the body of the law; (3) define technical terms in “common and known words”; and (4) if the same idea is to be expressed more than once, express it in exactly the same words. Solo a «code formed upon these principles would not require schools for its explanation, would not require casuists to unravel its subtleties. It would speak a language familiar to everybody: each one might consult it at his need. It would be distinguished from all other books by its greater simplicity and clearness. The father of a family, without assistance, might take it in his hand and teach it to his children, and give to the precepts of private morality the force and dignity of public morals».

³⁵ Cfr. PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 58.

è appunto ri-costruire il sistema con le mani nel “fango” degli idealtipi moderni³⁶ senza indulgere alla tentazione del lavacro esorcistico: la recita delle formule sante/sacre – diritto penale minimo, offensività, afferrabilità “sensoriale” del bene giuridico – per scacciare la “Legione” dei reati “impuri”, che non corrispondono all’*hauptform* dell’omicidio doloso monosoggettivo di propria mano, forse l’unico crimine che (da Caino in poi) il penalista “sente” di poter punire senza troppe remore, magari con la legge del taglione³⁷.

È uno sguardo al quale – tacendo qualsiasi ulteriore rilievo – rischiano di sfuggire altre e non meno consistenti “impurità”.

Tra le altre possibili fonti di contaminazione occorre considerare la chiave di lettura della stessa disposizione che trova riscontro negli interventi più recenti sul sistema penale.

Basta seguire la triplice traccia degli «*articoli aggiuntivi*»³⁸ (§ 6.1.) delle cornici editali oltre che delle alternative sanzionatorie (intese in senso lato) (§ 6.2.) e, infine, delle depenalizzazioni (§ 6.3.).

6.1. *Codice in. Le nuove incriminazioni.* Queste interpolazioni, già numerose nella parte generale, nella parte speciale del codice negli ultimi anni sono diventate pressoché innumerevoli. Articoli n.-bis, n.-ter, n.-quater (fino al

³⁶ PALIERO, *L'autunno del patriarca*, cit., 1250.

³⁷ PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 513.

³⁸ Cfr. l'art. 6 del documento del SENATO DELLA REPUBBLICA, *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi* (www.senato.it/sites/default/files/media-documents/regole_testi_legislativi.pdf) prescrive che le “novelle” «*da inserire ... in testi legislativi previgenti*» devono essere contrassegnate «*con il numero cardinale dell'articolo dopo il quale devono essere collocati, integrato con l'avverbio numerale latino (bis, ter, quater, eccetera)*». «*Gli articoli da inserire in testi legislativi previgenti, e che si renda indispensabile collocare in posizione intermedia tra articoli aggiunti successivamente al testo originario, sono contrassegnati con il numero dell'articolo dopo il quale vengono inseriti, integrato da un numero cardinale (l'articolo inserito tra l'1-bis e l'1-ter diviene quindi 1-bis.1). L'articolo inserito tra l'1 e l'1-bis è denominato 1.1. Un ulteriore articolo inserito tra l'1.1 e l'1-bis, successivo all'1.1, è indicato come 1.1.1, e così di seguito*».

XIV!!!)³⁹ si sprecano, mentre incominciano a “riprodursi” gli art. n.-*bis*.1 ed n.-*bis*.2⁴⁰.

³⁹ Si considerino (salvo errori/omissioni), con limitato riferimento alle previsioni di autonomi delitti/contravvenzioni (alla data del 30 gennaio 2022), gli artt. 270-*bis*. Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico; 270-*ter*. Assistenza agli associati; 270-*quater*. Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale; 270-*quinquies*. Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale; 280-*bis*. Atto di terrorismo con ordigni micidiali o esplosivi; 270-*sexies*. Condotte con finalità di terrorismo; Art. 280-*ter*. Atti di terrorismo nucleare; 289-*bis*. Sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione; 289-*ter*. Sequestro di persona a scopo di coazione; 316-*bis*. Malversazione a danno dello Stato; 316-*ter*. Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato; 319-*ter*. Corruzione in atti giudiziari; 319-*quater*. Induzione indebita a dare o promettere utilità; 322-*bis*. Peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri; 337-*bis*. Occultamento, custodia o alterazione di mezzi di trasporto; 341-*bis*. Oltraggio a pubblico ufficiale; 346-*bis*. Traffico di influenze illecite; 353-*bis*. Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente; 371-*bis*. False informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale; 371-*ter*. False dichiarazioni al difensore; 374-*bis*. False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale; 374-*bis*. False dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale; 377-*bis*. Induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria; 379-*bis*. Rivelazione di segreti inerenti a un procedimento penale; 387-*bis*. Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; 388-*bis*. Violazione colposa dei doveri inerenti alla custodia di cose sottoposte a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo; 391-*bis*. Agevolazione delle comunicazioni dei detenuti sottoposti alle restrizioni di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354. Comunicazioni in elusione delle prescrizioni; 391-*ter*. Accesso indebito a dispositivi idonei alla comunicazione da parte di soggetti detenuti; 414-*bis*. Istigazione a pratiche di pedofilia e di pedopornografia; 416-*bis*. Associazione di tipo mafioso; 416-*ter*. Scambio elettorale politico-mafioso; 423-*bis*. Incendio boschivo; 433-*bis*. Attentato alla sicurezza delle installazioni nucleari; 452-*bis*. Inquinamento ambientale; 452-*ter*. Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale; 452-*quater*. Disastro ambientale; 452-*quinquies*. Delitti colposi contro l'ambiente; 452-*sexies*. Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività; 452-*septies*. Impedimento del controllo; 452-*terdecies*. Omessa bonifica; 452-*quaterdecies*. Attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti; 495-*bis*. Falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri; 495-*ter*. Fraudolente alterazioni per impedire l'identificazione o l'accertamento di qualità personali; 497-*bis*. Possesso e fabbricazione di documenti di identificazione falsi; 497-*ter*. Possesso di segni distintivi contraffatti, 501-*bis*. Manovre speculative su merci; 512-*bis*. Trasferimento fraudolento di valori; 513-*bis*. Illecita concorrenza con minaccia o violenza; 517-*ter*. Fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale; 517-*quater*. Contraffazione di indicazioni geografiche denominazioni di origine dei prodotti agroalimentari; 518-*bis*. Furto di beni culturali; 518-*ter*. Appropriazione indebita di beni culturali; 518-*quater*. Ricettazione di beni culturali; 518-*quinquies*. Impiego di beni culturali provenienti da delitto; 518-*sexies*. Riciclaggio di beni culturali; 518-*septies*. Autoriciclaggio di beni culturali; 518-*octies*. Falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali; 518-*novies*. Violazioni in materia di alienazione di beni culturali; 518-*decies*. Importazione illecita di beni culturali; 518-*undecies*. Uscita o esportazione illecite di beni culturali; 518-*duodecies*. Distruzione, dispersione, deterioramento, deturpamento, imbrattamento e uso illecito di beni culturali o paesaggistici; 518-*terdecies*. Devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici; 518-*quaterdecies*.

Contraffazione di opere d'arte; 544-*bis*. Uccisione di animali; 544-*ter*. Maltrattamento di animali; 544-*quater*. Spettacoli o manifestazioni vietati; 544-*quinquies*. Divieto di combattimenti tra animali; 558-*bis*. Costrizione o induzione al matrimonio; 570-*bis*. Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio; 574-*bis*. Sottrazione e trattenimento di minore all'estero; 583-*bis*. Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili; 583-*quater*. Lesioni personali gravi o gravissime a un pubblico ufficiale in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive, nonché a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie ad essa funzionali; 583-*quinquies*. Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; 586-*bis*. Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti; 589-*bis*. Omicidio stradale; 589-*ter*. Fuga del conducente in caso di omicidio stradale; 590-*bis*. Lesioni personali stradali gravi o gravissime; 590-*ter*. Fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali; 590-*sexies*. Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario; 593-*bis*. Interruzione colposa di gravidanza; 596-*bis*. Diffamazione col mezzo della stampa; 600-*bis*. Prostituzione minorile; 593-*ter*. Interruzione di gravidanza non consensuale; 600-*ter*. Pornografia minorile; 600-*quater*. Detenzione o accesso a materiale pornografico; 600-*quinquies*. Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile; 600-*octies*. Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio; 601-*bis*. Traffico di organi prelevati da persona vivente; 603-*bis*. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; 604-*bis*. Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa; 609-*bis*. Violenza sessuale; 609-*quater*. Atti sessuali con minorenni; 609-*quinquies*. Corruzione di minorenni; 609-*octies*. Violenza sessuale di gruppo; 609-*undecies*. Adescamento di minorenni; 612-*bis*. Atti persecutori; 612-*ter*. Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti; 613-*bis*. Tortura; 613-*ter*. Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura; 615-*bis*. Interferenze illecite nella vita privata; 615-*ter*. Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico; 615-*quater*. Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, codici e altri mezzi atti all'accesso a sistemi informatici o telematici; 615-*quinquies*. Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico; 617-*bis*. Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche; 617-*ter*. Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche; 617-*quater*. Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche; 617-*quinquies*. Detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche; 617-*sexies*. Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche; 617-*septies*. Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente; 624-*bis*. Furto in abitazione e furto con strappo; 633-*bis*. Invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica; 635-*bis*. Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici; 635-*ter*. Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità; 635-*quater*. Danneggiamento di sistemi informatici o telematici; 635-*quinquies*. Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità; 640-*bis*. Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; 640-*ter*. Frode informatica; 648-*bis*. Riciclaggio; 648-*ter*. Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita; 663-*bis*. Divulgazione di stampa clandestina (depenalizzato); 669-*bis*. Esercizio molesto dell'accattonaggio; 707-*bis*. Possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli; 727-*bis*. Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette; 733-*bis*. Distruzione o deterioramento di habitat all'interno di un sito protetto.

⁹⁰ Cfr. artt. 270-*quater*.1 (Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo; 270-*quinquies*.1. Finanziamento di condotte con finalità di terrorismo; 270-*quinquies*.2. Sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro; 648-*ter*.1. Autoriciclaggio; 600-*quater*.1. Pornografia virtuale

Si tratta di un “campionario”, pressoché sconfinato, che riflette modulazioni politico-criminali variegata non riconducibili ad un filo conduttore comune, sotto nessun profilo. E lo stesso vale per la vera e propria “marea” di disegni e progetti di legge che vengono presentati ad ogni legislatura. Nell’ultima, la XVIII, ad esempio (il campionario completo è assai più vasto), per lo più inseguendo questo o quel fatto di cronaca, è stato prospettato l’inserimento nel codice dei delitti contro il diritto di proprietà sulla casa, di nudo falsificato, di violazione del divieto di macellazione, commercio e consumo delle carni di cane e gatto, di lesioni personali e omicidio preterintenzionale in danno di arbitri o di altri soggetti che assicurano la regolarità tecnica delle manifestazioni sportive.

Impossibile estrarre una “morale” da questo indice così affollato, ramificato e disorganico (*de iure condito e condendo*). Nell’insieme dei reati (ri-)codificati non emerge alcun modello prevalente: non quello classico⁴¹, né quello moderno⁴² e nemmeno il centauresco paradigma sincretistico⁴³. Il modello è l’assenza di un modello tanto che sono le dimensioni e le caratteristiche stesse del fenomeno l’insegnamento più significativo. Nulla a che vedere – ad ogni modo – con l’ideale di una ristrutturazione del codice giocata lungo il triplice asse di un «co-sistema integrato»: l’impossibilità di racchiudere il sistema penale nel perimetro di un codice di soli delitti di evento o di pericolo concreto; l’ineluttabile dato della sopravvivenza costante di strumenti di anticipazione della tutela collocati al di fuori del codice penale stesso; una direttrice di ri-codificazione limitata «alle fattispecie finali orientate sull’evento, di danno o di pericolo concreto, ovvero, quando – ma solo quando – il dato processuale lo impone ineluttabilmente»⁴⁴.

⁴¹ Il diritto penale che si snoda lungo le direttrici di marcia rigidamente segnate dai postulati di laicità, protezione dei beni giuridici, garanzie del diritto penale come limite invalicabile della politica criminale: PALIERO, *Metodologia de lege ferenda*, cit., 520.

⁴² Il diritto penale che privilegia gli scopi piuttosto ovvero a discapito dei limiti, valorizzando in questa nuova dimensione esclusivamente ‘funzionalista’ soprattutto l’orientamento a risultati’: PALIERO, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ PALIERO, *op. ult. cit.*, 522.

⁴⁴ PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., 1019.

6.2. Segue. *Profili sanzionatori*. La “riserva di codice”, per sua stessa natura, non considera né la dimensione delle sanzioni e nemmeno quella della depenalizzazione, che, tuttavia, sotto profili diversi, esprimono trend convergenti con le osservazioni appena delineate (sorvolando la marea di nuove incriminazioni che ha inondato le coste della parte speciale, non senza minacciare all’orizzonte ulteriori diluvi).

Il codice resta irrimediabilmente “carcerocentrico”. Dopo l’abrogazione della pena di morte⁴⁵, l’art. 17 e il pressoché pleonastico art. 18 non hanno subito alcuna modifica, tanto che né la parte generale, ma nemmeno quella speciale e le leggi penali speciali sono riuscite a dare un volto a sé stante (diverso da quello detentive e pecuniarie) alle pene richiamate, a futura memoria, dall’art. 157, co. 5, c.p. Il catalogo delle “sanzioni accessorie” è in parte cambiato ma non quello delle sanzioni “principali”. A partire dal 1974, le “alternative” alla detenzione (o in senso stretto) dirette e indirette (o in senso lato, ovvero quelle che incidono sulla punibilità, come la messa alla prova) hanno vissuto le loro ondivaghe fortune, dislocandosi in ordine sparso nel sistema penale. Spesso sono state oscillazioni legate alla “seconda emergenza” – ovvero le ricorrenti emergenze carcerarie innescate (anche) dagli effetti del rigorismo sanzionatorio delle emergenze “primarie” più o meno auto-poieticamente fomentate dalle politiche criminali di stampo “populistico”. Sotto questo profilo la “profezia” che la storia della pena è la storia di una «continua abolizione» – si è in parte avverata. Il «carcere costituisce ... il primo termine dell’equazione complessa che negli auspici di molti dovrebbe dare come risultato la ‘formula sanzionatoria’ nuova»⁴⁶. Parole che hanno vent’anni ma restano perfettamente calzanti alla realtà attuale. Finora, infatti, non si è realizzato l’auspicio di quella che all’epoca appariva persino l’imminente e definitiva rottura del monopolio della detenzione e (soprattutto) della cultura carcerocentrica⁴⁷. Sotto questo aspetto, la storia ha convalidato la declinazione pessimistica del disincanto, dando torto a Rudolph von Jhering.

⁴⁵ Art. 1, d.lgs.lgt. n. 224 del 1944.

⁴⁶ PALIERO, *Metodologia de lege ferenda*, cit., 511.

⁴⁷ PALIERO, *op. ult. cit.*, p. 525.

La non scalfita polarità del carcere comporta effetti di ordine teorico generale e contro-misure di ordine politico-criminale che alimentano un ulteriore aspetto del fenomeno del codice che decodifica.

Sotto il primo versante emerge l'assenza di «autonomia categoriale» delle alternative (dirette o indirette) alla pena detentiva che permangono «avvinse sempre e comunque al carcere» da nessi inscindibili, non solo di «dipendenza storica e di implicazione concettuale» ma anche di disciplina positiva⁴⁸. Si pensi al non raro dispiegamento di una sorta di *cliff effect*, che introduce al secondo versante. L'art. 612-*bis* c.p. esemplifica efficacemente il concetto. L'art. 1-*bis* del n. 78 del 2013 portava il massimo edittale del delitto di atti persecutori (612-*bis* c.p.) da quattro a cinque anni. Successivamente il co. 3, della l. n. 69 del 2019 estendeva ulteriormente i lembi del “compasso” sanzionatorio innalzandoli rispettivamente ad un anno e a sei anni a sei mesi. Oltre ad inseguire, come spesso accade, i fatti della cronaca, l'escalation sanzionatoria è stata funzionale a precludere o comunque ostacolare l'accesso alle misure alternative alla detenzione, dirette o indirette.

6.3. Codice out. Nel contesto “riforme senza riforma” il codice, de-codifica anche dove – a turno o a ragione – pone un freno supplementare alla depenalizzazione, come emerge con evidenza nei lavori della c.d. “commissione Fiorella” e nella successiva l. n. 67 del 2014. Ancora una volta il legislatore propose un intervento “a macchia di leopardo”, combinando la soluzione della depenalizzazione “alla cieca” dell'art. 2, comma 1, a mo' di taglio lineare con quella (presbite) della depenalizzazione nominativa dell'art. 2, secondo comma, riservata appunto alle contravvenzioni del codice. In altri termini, la Commissione Fiorella, in larga parte seguita dal legislatore delegante e, con qualche defezione, dal legislatore delegato indicò specificamente i reati del codice da non depenalizzare⁴⁹. Per le contravvenzioni contenute nelle leggi penali speciali, invece, la decriminalizzazione seguiva criteri di portata generale salve le eccezioni

⁴⁸ PALIERO, *op. ult. cit.*, p. 512.

⁴⁹ Artt. 650, 651, 658, 660, 673, 674, 677, 679, 682, 683, 684, 685, 697, 703, 712, 720, 727, 727-*bis*, commi 1 e 2, 728, 733, 734 c.p.

relative ai campi di materia – l’ambiente, beni culturali, territorio e paesaggio – nei quali le qualificazioni penalistiche dovevano essere preservate.

7. *Conclusioni.* L’art. 3-*bis* declina uno strisciante “codicentrico” di facciata e senza bussola che non esprime né una contro-spinta dell’inflazione penalistica né quella rivitalizzazione della dimensione assiologica che il ritorno all’ideale “casa madre” del diritto penale dovrebbe essere in grado di assicurare⁵⁰.

L’osservazione della realtà evidenzia che la scelta del codice non è servita da «vasca di decantazione»⁵¹, né che la “pratica” della “riserva” sia coincisa con un check più consistente delle “*porte scorrevoli*” (“*rolling doors*”) del flusso ‘*in entrata*’ e ‘*in uscita*’ dal sistema penale⁵². Magari l’art. 3-*bis* segnerà un’inversione di tendenza, ma la storia recente della legislazione penale smentisce l’ipotesi che l’“inserimento” nel codice di un reato sia stato subordinato a verifiche – di meritevolezza, bisogno di pena, *extrema ratio* da un lato, e assiologiche (precisione del tipo, colpevolezza, soprattutto), dall’altro – più stringenti, più accurate di quelle svolte quando lo “sfogo” dell’opzione penale sono state le leggi speciali. All’opposto la scelta di codificare una nuova incriminazione sembra essere vissuta dal Parlamento come una sorta di *green pass*, una presunzione (relativa e transitoria) di immunità da vizi di razionalità e di distanza assiologica, che forse (!) in una dislocazione differente sarebbero stati vagliati con maggiore cura. E non mancano gli spunti per una lettura ancora più pessimistica quando «fattispecie geneticamente mutanti (dal ‘disastro ambientale’ all’‘omicidio stradale’), manipolate in vitro per inseguire l’emotività contingente del *moral panic* dell’istante» ma del tutto «aliene rispetto all’*extrema ratio*» (e non solo) sono state “elevate” nel codice per esaltare la «loro funzione prettamente simbolico-

⁵⁰ Entrambe le prospettive si sono sgretolate quando con i flussi periferia-centro del sistema nel codice sono sbarcati «*Generalklauseln* o modelli integrati/plurifattoriali di disciplina» provocando due effetti negativi: «dissestano il modello del Tatbestand e la chiusura costitutiva e costituente della “forma Codice”», inceppano «lo stretto rapporto tra Parte generale e Parte speciale, che si regge sul collegamento piramidale e a tenuta stagna tra criteri d’imputazione e modelli imputativi»: PALIERO, *La “riserva di codice” messa alla prova*, cit., 47.

⁵¹ PALIERO, *op. ult. cit.*, 1015.

⁵² PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti*, cit., 1014.

espressiva (tabuistica) di pura risposta a bisogni di pena collettivi»⁵³. *Fiat codex et pereat codex!*

⁵³ PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, cit., 1453.