

L'ETÀ DELLA (APPARENTE) CODIFICAZIONE: BREVI RIFLESSIONI SUL D.LGS. 1° MARZO 2018, n. 21

di Siro de Flammineis

Abstract. *La novella introdotta con il d.lgs. n. 21 dell'1 marzo 2018 induce a riflettere sulla natura dell'operazione di codificazione e sugli effetti della stessa. L'accorpamento all'interno del perimetro del codice penale di fattispecie originariamente nate in testi normativi esterni a tale cornice, comporta per l'operatore un'attività di interpretazione sistematica più complessa per riportare ad unità l'intero sistema.*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'*intentio legis*. – 2. Codificazione formale, sostanziale e decodificazione. – 3. Il d.lgs. n. 21/2018 e l'interpretazione sistematica. – 4. Conclusioni.

1. Premessa: l'*intentio legis*.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 21 dell'1 marzo 2018, con cui il legislatore trasferisce nel rassicurante perimetro codicistico un variegato numero di fattispecie penali, può essere una fertile occasione per soffermarsi, in poche battute, sul tema dell'evoluzione dei modelli di giustizia penale e dei flussi normativi "in entrata ed in uscita" da e verso il codice penale.

Il titolo di queste brevi riflessioni è chiaramente evocativo della fondamentale opera del Professore Natalino Irti che si intitola "L'età della decodificazione"¹.

In quest'opera l'illustre Autore registra il moltiplicarsi delle leggi speciali (in materia civile) che sono andate a costituire nel tempo dei microsistemi normativi, con peculiarità autonome ed interne anche di tipo interpretativo. Si prospetta, quindi una neo-esegesi dell'intero ordinamento che, pur mantenendo la stabilità dell'apparato originale del codice in cui si contengano i presupposti e i principi normativi generali applicabili a tutte le discipline speciali extra-codicistiche, valorizzi le peculiarità dei microsistemi; questi ultimi, infatti, corrispondono ad esigenze di modernità ed esprimono un linguaggio tecnico rappresentativo di una crescita per l'intero sistema ordinamentale. La decodificazione, dunque, vista non necessariamente come una

¹ IRTI, *L'età della decodificazione*, 4^a ed., Milano, 1999.

deminutio culturale ma come acquisizione di coscienza che “l’unità del diritto, garantita dalle norme costituzionali, si svolge nella pluralità dei micro-sistemi”².

Ebbene, le riflessioni svolte dal Professore Irti sono adattabili anche nel modo penalistico nella misura in cui anche qui si è registrato negli ultimi decenni un esponenziale e vorticoso aumento della legislazione speciale, in uno con il disarticolante aumento delle fonti normative³. Gli spostamenti delle fattispecie con un moto centrifugo rispetto al codice penale rispondono alle medesime esigenze di politica evidenziate dal Professore Irti per quanto concerne il diritto civile: vengono promosse politicamente forme della società che si modellano assecondando singoli e variegati interessi ritenuti meritevoli di tutela⁴.

Questo “sgretolamento della sovranità centrale”⁵ del codice penale ha costretto i giuristi a confrontarsi nella ricostruzione dell’intero sistema con, per l’appunto, una pluralità di micro-sistemi (si pensi soprattutto ai “testi unici”), secondo una rilettura del metodo interpretativo sistematico più allargata, ovvero filologicamente comprensiva anche di tali micro-sistemi per raggiungere la comprensione dell’*intentio legis*. L’ipertrofia del diritto penale ha senza dubbio reso più complicato il lavoro interpretativo quotidiano degli operatori, che sono chiamati a districarsi per la risoluzione dei casi concreti in una congerie di testi normativi con caratteristiche diverse tra di loro.

In effetti, per riportare a razionalità l’intero sistema lo sforzo dell’interprete penalista deve essere oggi quello di valorizzare lo strumento indicato dall’art. 12 delle c.d. preleggi (art. 12, co.1, disp. prelim. c.c.) nel senso che l’interpretazione sistematica deve essere estesa anche ai “sistemi” delle leggi speciali, che, nei limiti del rispetto dei principi costituzionali, godono di logica autonoma.

Con l’adozione del d.lgs. n. 21/2018, purtroppo, si assiste ad un fenomeno legislativo di forza, si potrebbe dire, centripeta: l’inserimento nell’apparato codicistico di diverse fattispecie prima ricomprese e disciplinate all’interno di testi normativi separati dal codice penale e, per l’appunto, speciali⁶.

L’approccio è sicuramente alternativo a quello finora riscontrato e, anzi, esprime in concreto l’attuazione di un preciso principio inserito nel nuovo art. 3-bis del codice

² IRTI, *op. cit.*, p.137.

³ Sul tema, tra gli altri, MANES, *Il giudice nel labirinto, profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012. Più di recente parla di nuove forme di decodificazione DONINI, *L’art. 3bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2018, 429 ss.

⁴ Sul tema della legislazione speciale in materia penale, tra gli altri, si veda PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985; ID., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. It.*, 1997, 694; MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1995. Sui sottosistemi penali LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizioni e ridefinizione*, in *Indice pen.*, 2005, 7 ss. Si veda anche FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello “policentrico” a un modello “piramidale”*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001, a cura di DONINI, Milano, 2003.

⁵ MISSIROLI, *Trasformazioni della democrazia*, Bologna, 1964, 53 ss.

⁶ Per un commento si veda BERNARDI, [Il nuovo principio della ‘riserva di codice’ e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa](#), in questa *Rivista*, 9 aprile 2018; CISTERNA, *Un’operazione necessaria da rendere stabile*, in *Guida al Diritto*, 14 aprile 2018.

penale; il principio di riserva del codice penale afferma, infatti, che: *“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”*. La riforma, quindi, si proietta al futuro con la finalità di contrastare la decodificazione proliferante; l’idea è quella di provocare – come si legge nella relazione illustrativa al decreto in commento⁷ – *“un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell’area dell’intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale”*.

Il principio suddetto è ulteriormente specificato nella legge delega n. 103 del 23 giugno 2017⁸ cui si è ritenuto di dare seguito con l’adozione del testo normativo in commento; all’art.1, comma 85, lettera q) della medesima legge, si prevede in effetti il seguente obiettivo: *“l’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”*.

Dunque: la centralità del codice penale per garantire una *migliore conoscenza* dei precetti al fine di accrescere l’effettività della tutela dei valori costituzionali e della funzione rieducativa della pena⁹.

Se l’obiettivo enucleato nelle formulazioni di principio sopra riportate risulta senza dubbio condivisibile, resta da comprendere cosa si debba intendere precisamente con il riferimento alla *migliore conoscenza* dei precetti resa attraverso la ritrovata centralità del codice penale. Se, cioè, la ragione dell’introduzione del decreto n.21/2018 quale esemplificazione attuativa dei principi e degli obiettivi sopradetti fosse solo quella di tagliare un numero variegato di testi normativi speciali per ricompattarli *“geograficamente”* nel perimetro codicistico, l’innovazione risulterebbe monca e

⁷ Per la lettura della relazione illustrativa si veda [Principio della riserva di codice: in G.U. il decreto attuativo](#), in questa *Rivista*, 26 marzo 2018.

⁸ **GU Serie Generale n.154 del 04-07-2017.**

⁹ Sul principio di riserva di codice si veda DONINI, *L’art. 3bis, cit.*; 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.; si veda anche FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 142; GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di Curi e Palombarini, Roma, 2002, 99 ss.; da ultimo, PAPA, [Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2018, p. 136 ss. Secondo cui *“fondare il principio della riserva di codice su di un nesso così stretto con la rieducazione del condannato non convince”*.

lacunosa; l'obiettivo di miglioramento rischierebbe cioè di essere vano se frutto di un'operazione meccanica di *reductio ad unum*. Il miglioramento della conoscenza di un precetto, in effetti, non può passare solo e soltanto dal suo posizionamento all'interno di un determinato testo normativo, in tal caso lo spostamento della fattispecie avrebbe a che vedere piuttosto con la sua *conoscibilità*. In effetti, la relazione illustrativa al decreto in esame individua lo scopo del testo nel rendere *maggiormente conoscibile e comprensibile* la normativa penale; in questa relazione si mettono insieme dunque due distinte finalità. I concetti di conoscibilità e comprensibilità non sono infatti due sinonimi, la conoscibilità ha a che vedere soprattutto con l'individuazione "fisica" della norma e quindi con la sua fruibilità; la comprensibilità riguarda invece il contenuto e conseguentemente la corretta applicazione del precetto. Il riferimento al miglioramento della comprensione (nella relazione illustrativa al decreto) e della conoscenza (nella legge delega) dei precetti, pertanto, sembrerebbe consentire un'interpretazione più ampia dello scopo dell'innovazione normativa in esame, nel senso che l'obiettivo del legislatore dovrebbe essere quello del sostanziale miglioramento della cognizione reale ed effettiva dei precetti e non solo quello della conoscibilità formale.

Se questa lettura degli scopi fosse corretta, la scelta legislativa – in aderenza alla reale portata del principio di riserva del codice penale – dovrebbe portare in seno una valutazione di politica criminale, che includa una seria riflessione sulle conseguenze interpretative dell'operazione di accorpamento e sulla conseguente categorizzazione delle fattispecie accorpate. Abrogando le norme contenute nelle leggi speciali e riportandole all'intero del codice penale, infatti, si facilita il compito dell'operatore non solo nell'individuazione materiale della norma ma anche, e questo è il punto nodale, nella sua corretta interpretazione sulla scorta della sua collocazione. La portata costituenti del principio di riserva di codice¹⁰, dunque, verrebbe correttamente rispettata se favorisse anche l'attuazione del principio di tipicità penale, spesso depotenziato dalla presenza di modelli *extra codicem* di norme penali in bianco.

Occorre verificare se il risultato è adeguato agli scopi prefissati.

Nel rispetto delle delega ricevuta, il legislatore non è intervenuto sul contenuto delle fattispecie da ricollocare, che non sono state modificate (salvo alcune eccezioni) ma il punto è che la scelta allocativa non può essere casuale o meramente topografica: nel momento in cui si inseriscono i precetti all'interno di un titolo del codice penale, inevitabilmente gli stessi devono essere interpretativi anche alla luce delle altre norme che sono collocate nello stesso titolo secondo la già invocata regole interpretativa sistematica.

Le norme extra-codicistiche sono geneticamente dense di un connotato tecnico che richiede, dunque, un preciso linguaggio interpretativo; pertanto, se la scelta del *topos* non fosse stata ragionata preventivamente, l'operazione di inserimento nel contesto del codice penale, ricco di norme e principi generali, di fattispecie prettamente tecniche, potrebbe determinare frizioni ovvero vere e proprie antinomie interpretative facendo perdere di razionalità il sistema. La nuova collocazione delle norme speciali non le

¹⁰ Così DONINI, *L'art. 3bis*, cit., 438.

spoglia improvvisamente delle loro caratteristiche e della ragione tecnica alla base della loro creazione; pertanto, se il luogo di “immigrazione” fosse stato scelto in modo non ponderato si potrebbero creare distonie applicative rispetto alle fattispecie originarie del codice penale poste nel medesimo titolo e capo.

2. Codificazione formale, sostanziale e decodificazione.

Prima di poter affrontare più nel dettaglio il tema circa l'esistenza di eventuali disarmonie derivanti dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore del d.lgs. n. 21/2018, le premesse devono arricchirsi di ulteriori ragionamenti di carattere più generale.

Formalmente, lo spostamento geografico di fattispecie extra-codicistiche all'interno del codice penale configura un intervento di codificazione; dal punto di vista prettamente letterale non si potrebbe definire diversamente questa manovra legislativa.

E però, ciò che viene da chiedersi nelle riflessioni da svolgere sul nuovo testo normativo è se si possa parlare o meno di *reale codificazione* ovvero di semplice incorporamento di fattispecie nate altrove all'interno del codice penale. Le conseguenze a seconda della risposta che si trova possono essere sensibilmente diverse, ed il riferimento contemporaneamente alla conoscibilità ed alla comprensibilità dei precetti contenuto nei testi che promuovono il d.lgs. n. 21 del 2018 non semplifica la ricerca di questa risposta.

Se la *voluntas legis* sottesa all'intervento legislativo in commento fosse solo quella di semplificare per gli operatori la ricerca delle norme, senza un ragionamento di politica criminale cui far seguire la scelta del titolo e del capo del codice penale in cui collocare la singola fattispecie, si dovrebbe parlare di codificazione *formale*; in caso contrario si potrebbe ritenere essersi realizzata una codificazione anche di tipo *sostanziale*.

Nel primo caso, l'intervento legislativo potrebbe determinare solo una forma più complessa ed articolata di aggregazione normativa e di specializzazione descrittiva delle norme, con conseguenti problematiche di sovrapposizione interpretativa.

Invece, quella di codificare *sostanzialmente* è un'operazione ragionata sui contenuti e sulle finalità delle norme¹¹. Il nuovo principio della riserva di codice penale presuppone che la collocazione di una fattispecie *fuori il perimetro codicistico* possa operare solo in caso di modifica del medesimo codice: quindi una differenza sostanziale con le fattispecie ivi contenute, che sottintende regole e logiche interpretative del tutto peculiari. Viceversa, la scelta di collocare fattispecie di origine differente *all'interno del codice* deve comportare, nel rispetto del principio sopra detto, una valutazione di compatibilità sostanziale delle stesse fattispecie con le norme del codice; solo in questo

¹¹ Sul tema della codificazione nel diritto penale, si veda, tra gli altri, AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci e Dolcini, Milano, 1985; MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996; VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 10 ss.; MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984.

modo la ricollocazione può quindi consentire un miglioramento della comprensione e della conoscenza del precetto come voluto dal legislatore.

Per cogliere a pieno il tema della codificazione sostanziale non si può fare a meno di confrontarsi con la storia: in questo modo è possibile riconoscere o meno l'esistenza nel presente di alcuni tratti di continuità con le scelte legislative del passato.

Di certo, il richiamo storico non può avvenire con l'epoca del passaggio dallo *ius gentium* o dalla giustizia sacrale alla giustizia laica scritta, quando la cultura occidentale iniziava a sperimentare l'utilizzo dei primi testi normativi scritti¹²; il richiamo può invece essere fatto al periodo storico di sviluppo del pensiero liberale, da cui deriva la cultura giuridica moderna. Questo movimento culturale, che gemmava negli ultimi anni del '700, pose i pilastri per le codificazioni europee nel diritto penale ed in Italia influenzò consistentemente la formazione dei diversi codici preunitari¹³. In particolare, la dottrina giuridico-penale sentiva l'esigenza di una rottura con la tradizione e la necessità del passaggio ad un diritto penale moderno e secolarizzato. Caratteristica essenziale dell'illuminismo giuridico-penale è l'affermazione del principio della certezza del diritto (in origine incardinato nel brocardo *nulla poena sine lege*¹⁴), svilto dalle divisioni politiche (e quindi giuridiche) insistenti nel territorio italiano prima dell'unità (*ancien régime*) e foriere di arbitri giudiziari¹⁵. Questa rivoluzionaria impostazione ha prodotto la spinta alle codificazioni e alla riforma del diritto penale da attuarsi attraverso la creazione di formule giuridiche di diritto positivo¹⁶.

Vengono quindi compiuti i primi passi per la costruzione di un'autentica scienza penale e per una trattazione sistematica dei relativi istituti di parte generale; è una questione di metodo: si attribuisce alla legge un valore preminente attraverso un processo di tecnicizzazione e separazione dalla ideologia politica, che troverà compiutezza nel XX secolo con le teorie kelseniane¹⁷ ed una rigorosa espressione nel c.d.

¹² RAMACCI, *I modelli della giustizia penale, tra mito e storia. Una crisi di trasformazione?*, in *Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, Torino, 2008.

¹³ A partire dal codice veronese del 1797 fino al codice penale del Granducato di Toscana del 1853.

¹⁴ Formulato per la prima volta da FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1812, (I ed. 1801), nn. 13-15, 17-18.

¹⁵ Tra gli illuministi, sostenitori del principio della certezza giuridica in particolare MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XI, 1748; VOLTAIRE, *Idées républicaines*, in *Oeuvres complètes*, Paris, 1817, vol. VI, n. XL, 12; BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, III, 167 ss.

¹⁶ Sostenitore della codificazione, voce isolata anche nel panorama anglosassone, BENTHAM, *Works*, ed. Bowring, Edimburg, 1843, vol. V, 231; per RAMACCI, in *Corso di diritto penale*, IV ed., Torino, 2007, 54 "L'ideale della certezza del diritto trova nella codificazione il suo strumento di realizzazione e la formulazione di un corpo di leggi di agevole consultazione e comprensione, sembra essere la risposta tecnico-giuridica più acconcia per troncare la possibilità di arbitri".

¹⁷ In particolare Kelsen, in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, ed. 2000, afferma che il diritto (in generale e quindi anche il diritto penale) "come scienza si ritiene obbligata soltanto a comprendere il diritto positivo secondo la sua essenza e di intenderlo mediante una analisi della sua struttura. Essa si rifiuta di specialmente di servire a qualsiasi interesse politico fornendo ideologie mediante le quali l'ordine sociale esistente possa venir legittimato o squalificato". Si veda anche BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza penale*, Milano, 1965. Per orientamenti differenti si veda ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico della scienza nel diritto penale*, in *Riv. It.*, 1937, 121; BETTIOL, *Sistemi e valori nel diritto penale*, in *Scritti giuridici*, Padova, 19080, 491.

indirizzo tecnico-giuridico inaugurato da Rocco nello stesso periodo¹⁸. Peraltro, la neutralità progressivamente affermata del diritto penale come scienza giuridica ne ha poi consentito l'utilizzo strumentale dalle dottrine politiche di inizio '900, che hanno influito nella definitiva codificazione del 1930¹⁹.

Questa età della codificazione, distante dunque non solo cronologicamente ma anche sostanzialmente dai più attuali modelli di decodificazione normativa, affonda le proprie radici dapprima nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino elaborata dalla Francia rivoluzionaria del 1789 e poi nei codici penali rivoluzionari del 1791 e 1795, di seguito trasfusi nel *Code pénal* napoleonico del 1810. Tali testi hanno influenzato tutta l'Europa ottocentesca; i singoli Stati europei coinvolti dall'ondata riformista, pertanto, hanno avviato la propria riflessione sulla scienza penale da istituti di parte generale in gran parte comuni, una medesima base di partenza culturale diventata poi anche giuridico-penale, esemplificazione di un diritto penale europeo le cui tracce sono ancora evidenti²⁰.

Dunque, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento si sono sviluppati i ragionamenti di politica criminale, anche a livello internazionale²¹, che poi si sono riversati nei lavori preparatori alla formazione dei codici penali²². La formazione del codice attuale (e dei codici precedenti) è quindi stata accompagnata costantemente dal dibattito culturale e scientifico tra correnti di pensiero contrapposte, in particolare tra la scuola classica e quella positiva, tra indirizzi formalistici ed indirizzi sostanzialistici, con la definitiva affermazione del metodo giuridico-positivo.

La codificazione "sostanziale" presuppone quindi precise scelte di politica criminale²³ che sottendono valutazioni interpretative sui singoli istituti giuridici: che

¹⁸ Si vedano soprattutto ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giur.*, III, Roma, 1933; anche MASSARI, *Lezioni di Diritto Penale*, Pisa, 1923, anche MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1908, ed. del 1984, vol. I, 1 ss. e PETROCELLI, *I limiti della scienza penale e la nuova legislazione*, in *Arch. giur.*, 1931, 203.

¹⁹ In proposito MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, 29. Recentemente peraltro si assiste ad un rinnovato interesse per la scienza penale integrata, soprattutto sotto l'aspetto della politica criminale e della criminologia, ispirato al modello di inizio novecento della *gesamnte Strafrechtswissenschaft* di Von Liszt; sul tema MANTOVANI, *op. cit.*, 39 e RAMACCI, *op. ult. cit.*, 62.

²⁰ Invero, le tracce delle radici comuni ai sistemi penali europei possono essere individuate in tempi ancora precedenti all'interno dei modelli culturali greco, giudaico e romano come messo in luce da RAMACCI, *I modelli della giustizia penale, tra mito e storia. Una crisi di trasformazione?*, cit., 1316 ss.

²¹ Ci si riferisce, in particolare, alla Conferenza internazionale per l'unificazione del diritto penale, tenutasi a Varsavia nel novembre del 1927. Si pensi, tra gli altri, ai codici penali austriaco, ceco-slovacco e tedesco del 1925.

²² *Lavori preparatori del codice penale, Relazione introduttiva del Presidente Appiani della Commissione ministeriale incaricata di dare un parere sul progetto preliminare del nuovo codice penale*, Roma, 1929, volume IV, parte 1, 91 ss. Volume IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare del nuovo codice penale*, parte 11a, Roma, 1929, 329 ss.

²³ La scienza della "politica criminale", come definita dai padri fondatori, in particolare VON LISZT, *Kriminalpolitische*, I, Berlin, 1970, 291; si veda anche HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg, 1974, 142; ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1986; per gli autori italiani BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *La questione criminale*, 1975, 221

questi siano descritti ed elencati in modo coerente e conforme con le ragioni di tutela sottese a ciascun istituto e che le categorie possano formare un microcosmo interpretativo chiaro e riconoscibile. Come accennato in premessa l'ordinamento penale è anch'esso, come quello civile, costituito ormai da diversi micro-sistemi che vivono anche di logiche interpretative tipiche ed auto-formanti; alla stessa stregua anche gli istituti del codice penale sono stati pensati e collocati nel testo del 1930 con precise e peculiari logiche di tutela degli interessi pubblici, ricostruibili attraverso un'interpretazione sistematica. La classificazione codicistica delle fattispecie e degli istituti, in definitiva, non deve interpretarsi dal punto di vista politico-culturale come il portato di uno sterile nozionismo; il metodo positivo sposato dal codice penale, confermato nelle legislazioni successive e nella valorizzazione costituzionale della finalità rieducativa della pena – cara ai positivisti e richiamata anche nei testi normativi in commento – è frutto di elaborazioni dogmatiche che permeano l'intera dottrina generale del diritto penale.

Anche il d.lgs. n.21/2018 esplica la scelta di un metodo positivo; occorre tuttavia non cedere ai limiti del positivismo inteso come eccessivo formalismo o mera categorizzazione di istituti e, invece, restare aderenti ad una metodologia scientifica e normativa moderna, aderente ai principi costituzionali, che si concentra sul fatto e sulla sua interpretazione.

3. Il d.lgs. n. 21/2018 e l'interpretazione sistematica.

Attraverso l'interpretazione sistematica, come detto, si coglie la ragione legislativa alla base delle fattispecie e la logica di connessione reciproca e di collocazione delle stesse in un determinato titolo del codice penale. Con l'inserimento nel codice penale delle nuove fattispecie il legislatore ha inteso escludere qualsivoglia carattere di eccezionalità o di deroga di tali fattispecie rispetto all'apparato codicistico (in aderenza al principio di riserva del codice), pertanto occorre applicare alle nuove norme la regola interpretativa indicata.

Di conseguenza, le nuove fattispecie, oltre il senso ad esse letteralmente attribuito "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", ovvero oltre al significato derivante dall'applicazione delle regole di interpretazione "auto-integrative" cioè legate alle peculiarità del "microsistema" originario, devono essere interpretate alla luce delle altre fattispecie penali appartenenti al medesimo titolo del codice penale (oltre che alla luce delle norme generali del medesimo testo ed ancor prima nel rispetto delle norme costituzionali).

Ad una prima lettura di alcune di queste nuove fattispecie sembrano emergere aspetti di problematicità interpretativa, che si determinano proprio dalla scelta di allocazione geografica operata dal legislatore. Si può provare a delineare alcuni esempi.

ss.; VASSALLI, *Politica criminale e sistema penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 1006 ss.; PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 73 ss.

Innanzitutto, la scelta di collocare il nuovo art. 289^{ter} c.p. che sanziona il reato di sequestro di persona a scopo di coazione nell'ambito del titolo relativo ai delitti contro lo Stato potrebbe, ad esempio, generare dubbi interpretativi sulla esatta portata del disvalore della condotta nell'ipotesi in cui questa si rivolga esclusivamente ad una persona fisica o giuridica: viene difficile, cioè, pensare ad un'aggressione allo Stato in presenza di una condotta di sequestro di una persona al fine di costringere una terza persona fisica (o giuridica) a compiere (o ad astenersi dal compiere) un qualunque atto, che potrebbe essere di natura prettamente privatistica. Nella stessa relazione illustrativa al d.lgs. n. 21 del 2018, peraltro, si sostiene che il reato in esame realizza una *significativa limitazione personale e compressione della libertà di auto-determinazione del singolo individuo*.

Al contrario, si è scelto di inserire tra i delitti contro la personalità individuale, in un'apposita neo-sezione I *bis* intitolata ai "Delitti contro l'eguaglianza" la fattispecie di cui all'art. 604^{bis} c.p. relativa al reato di propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa. L'intitolazione della sezione ed il contenuto precettivo della norma appaiono richiamare esigenze di tutela in egual misura individuali e meta-individuali, dal forte connotato collettivo ed alla base della convivenza sociale; tanto più questo è evidente con riferimento alle condotte punite al secondo comma della medesima norma ove si fa riferimento alla costituzione di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi. Di questa implicazione "collettiva" della tutela insita nella previsione di reato in esame non si potrà non tener conto al momento della applicazione della stessa, e cioè al momento della verifica in concreto della sussistenza dei requisiti della propaganda, dell'istigazione o della commissione dei atti di discriminazione²⁴.

Ed ancora, la scelta di inserire nel codice il reato di utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti con l'art. 586^{bis}, ossia in successione con la fattispecie prevista all'art. 586 c.p. di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, può provocare dubbi interpretativi con riferimento alla previsione di cui al terzo comma, lettera a) della nuova fattispecie, che sancisce un aumento di pena *se dal fatto deriva un danno alla salute*. La costruzione di tale previsione, invero, come derivazione oggettiva di un evento dalla condotta principale, sembra attagliarsi meglio alla previsione del secondo comma dell'art. 588 c.p. relativo al reato di rissa piuttosto che alla formulazione della derivazione dell'evento lesivo come conseguenza non voluta di cui all'art. 586 c.p. E tuttavia, la qualificazione della circostanza della derivazione del danno alla salute come circostanza aggravante, con la conseguente applicazione della regola interpretativa di cui all'art. 59, co. 2, c.p., consente di raggiungere il medesimo risultato interpretativo raggiunto con riguardo all'art. 586 c.p. sotto il profilo del nesso soggettivo dell'autore con l'evento ulteriore²⁵.

In materia di confische, invece, il legislatore ha inteso riportare nel nuovo art. 240^{bis} c.p. intitolato "Confisca in casi particolari" la previsione già contenuta nell'art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, convertito nella l. 356/1992²⁶. Con questa scelta il legislatore ha

²⁴ Critico sulla collocazione della fattispecie anche PAPA, op. ult. cit., 147.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. 4, sent. n. 8058 del 23/09/2016, Rv. 269127.

²⁶ Per un commento, vedi anche, DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. Le ricadute in tema di riserva di codice*

definitivamente accolto e convalidato l'orientamento giurisprudenziale prevalente formatosi negli anni che ha qualificato la natura giuridica della confisca *ex art. 12 sexies* come misura di sicurezza patrimoniale atipica²⁷. Ora, dunque, questa ipotesi di confisca viene tipizzata come misura di sicurezza patrimoniale con tutte le conseguenze in tema di applicazione della disciplina generale delle misure di sicurezza patrimoniali, tra cui soprattutto la norma sulla retroattività (secondo il combinato disposto degli artt. 236 e 200 c.p.)²⁸. Resta, tuttavia, un dato normativo possibile foriero di dubbi interpretativi: in effetti, al comma secondo del nuovo art. 240*bis* c.p. viene riportata l'ipotesi, già prevista in precedenza, della confisca di valore o confisca *per equivalente* adottabile quando non sia possibile la confisca diretta del denaro, dei beni e delle altre utilità.

Ora, mentre la scelta allocativa dell'ipotesi particolare di confisca risulta coerente con la natura di misura di sicurezza patrimoniale della confisca diretta prevista al primo comma dell'attuale art. 240*bis* c.p., meno coerente, per non dire antinomica, risulta la scelta allocativa della previsione di cui al secondo comma del medesimo nuovo art. 240*bis* c.p., che descrive un'ipotesi di confisca per equivalente.

Invero, secondo le più recenti pronunce giurisprudenziali e l'orientamento maggiormente condiviso, il provvedimento ablatorio per equivalente ha natura sanzionatoria: la confisca per equivalente, infatti, assolve una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza²⁹. La logica strutturalmente sanzionatoria della confisca di valore deriva quindi dal fatto che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche e non la cosa in quanto derivante dal reato.

La previsione di cui al comma secondo del nuovo art. 240*bis* c.p. rappresenta, dunque, un'eccezione rispetto alle previsioni del capo II, Titolo VIII del codice penale e,

nella materia penale, in *Arch. pen.*, marzo 2018.

²⁷ Cfr. Cass. Sez. Un., sent. n. 33451 del 29 maggio 2014, in dottrina, per un commento, tra gli altri, TRINCERA, [La sentenza delle sezioni unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione](#), in questa *Rivista*, 23 settembre 2014. Sul tema anche MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012; FIANDACA *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, 2016, p. 16; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, 144 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1277.

²⁸ In dottrina si parla, con riferimento all'introduzione del 240*bis* c.p. di "cavallo di Troia nel sistema delle garanzie", così DONINI, *L'art. 3bis*, cit., 437.

²⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. 5, sent. n. 1012 del 29/11/2017, Rv. 271923; Cass., SSUU, sent. n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264434; Cass. SSUU, sent. n. 18374 del 31/01/2013, Adami, Rv. 255037; Cass., Sez. 3, n. 18311 del 06/03/2014, Cialini, Rv. 259103; Sez. 3, n. 23649 del 27/02/2013, D'Addario, Rv. 256164.

sebbene non espressamente previsto, non sarà ad essa applicabile la disciplina generale rivolta alle misure di sicurezza patrimoniali. Ciò appare contrastare con le *ragioni di ordine sistematico e di coordinamento* che nella stessa relazione illustrativa al d.lgs. n. 21 del 2018 sono state ritenute a fondamento della scelta allocativa della fattispecie di cui all'art. 240bis c.p. (che avrebbe, anzi, *lo scopo di dettare la disciplina unitaria della confisca allargata*).

Infine, per completare queste brevi battute meramente esemplificative, si deve registrare la scelta del legislatore di collocare la previsione di reato già contenuta nell'art. 55, co. 9, del d.lgs. n. 231 del 2007 nel nuovo art. 493ter c.p. (indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e pagamento). Con questa allocazione il legislatore ha ritenuto prevalente nella fattispecie di reato in esame l'aspetto della tutela della fede pubblica, benché nello stesso d.lgs. n. 21/2018 questa innovazione venga presentata come modifica in materia di "tutela del sistema finanziario".

Nella relazione illustrativa al d.lgs. n. 21 del 2018 si legge che la norma in esame è del tutto estranea al testo originario relativo alla prevenzione al riciclaggio ed è posta *non a tutela del bene del patrimonio, ma dei valori riconducibili all'ambito dell'ordine pubblico, economico e della fede pubblica*.

Contrariamente a quanto ritenuto si possono formulare alcune osservazioni: il nuovo art. 493ter c.p. (come già il superato art. 55, co.9) descrive una variegata tipologia di condotte illecite, tutte queste condotte sono finalizzate al raggiungimento di un *profitto* e le ipotesi di falsificazione o alterazione sono collocate all'interno della stessa fattispecie in posizione secondaria rispetto alle principali condotte di indebito utilizzo del documento che abilita al prelievo di denaro.

Inoltre, la *ratio excludendi* della tutela patrimoniale nel delitto in esame poco si allinea con l'opzione giurisprudenziale che ha ritenuto la plurioffensività dei reati contro la fede pubblica, sia con riferimento agli atti pubblici che agli atti privati³⁰. Si è sostenuto, infatti, che nei delitti contro la fede pubblica, il reato di falso, oltre l'interesse pubblico, lede anche i diritti della parte lesa; non si individua quindi alcuna valida ragione per affermare, si soggiunge, che l'interesse pubblico sia tale da giustificare anche l'azzeramento, sempre ed in assoluto, dell'interesse privato nel caso di falso in atto pubblico.

La collocazione legislativa in esame, poi, non tiene in debito conto che l'oggetto della falsificazione sanzionata è un documento di natura privatistica; con la riforma operata dal d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016 sono state depenalizzate le ipotesi di falsificazione in scritture private o comunque riconducibili ad atti privati.

Per tali ragioni non appare del tutto indovinato il posizionamento della fattispecie in esame all'interno del titolo relativo ai delitti contro la fede pubblica; sarebbe stato preferibile un maggior approfondimento della riflessione sui rapporti tra la medesima fattispecie e le condotte di riciclaggio (in effetti non appare così fuori luogo la collocazione originaria della norma nell'ambito delle norme relative alla prevenzione del riciclaggio) con cui, nella prassi giudiziaria, tali condotte spesso si associano.

³⁰ Cfr. Cass., SSUU, sent. n. 46982 del 18 dicembre 2007 (c.c. 25 ottobre 2007). Per un commento sia consentito rinviare a DE FLAMMINEIS, *La plurioffensività dei reati di falso tra normativa attuale e prospettive di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, n. 9, 2008, pp. 1128 ss.

4. Conclusioni.

Se da un lato risulta sicuramente apprezzabile l'operazione di semplificazione alla base del d.lgs. n. 21 del 2018 e la ricerca di una risistemazione di fattispecie sparse nell'universo delle discipline specialistiche, non appare tuttavia del tutto realizzata un'opera di codificazione sostanziale delle norme, come invece sarebbe stato non solo più aderente agli obiettivi dello stesso legislatore con riferimento all'auspicio di migliore comprensione e conoscenza dei precetti ma anche più opportuno per la razionalità dell'intero sistema.

Ciò non è avvenuto perché la *certezza del diritto* che costituisce, come visto nell'analisi storica, il traguardo del lavoro di qualunque codificazione, difficilmente si accompagna ad un accrescimento esponenziale delle fattispecie disciplinate in un testo; anzi, la storia ed il linguaggio tecnico di una fattispecie di origine extra-codicistica possono far entrare in tensione interpretativa quest'ultima con le altre fattispecie con cui si è deciso di costruire un dialogo stabile, se non adeguatamente calibrato.

Nella relazione illustrativa si afferma che: *“è sconsigliabile esportare precetti penali dal corpo originario che li contiene, quando già organico o di tipo anch'esso codicistico”*; tuttavia, anche in assenza di testi normativi speciali di tipo organico ogni singolo precetto nato fuori dal codice penale ha una propria particolare fisionomia, per l'appunto, specialistica³¹.

Il limite di una codificazione meramente formale – come quella che in definitiva appare essere avvenuta con l'innovazione legislativa in esame – è quello del rischio della tenuta del sistema e della coerenza architettonica del codice³²: la razionalità dell'insieme si raggiunge valutando in concreto la compatibilità delle fattispecie anche dal punto di vista interpretativo perché nell'applicazione in concreto delle norme l'operatore è obbligato ad applicare le regole interpretative sancite dall'art. 12 delle preleggi e dunque, come detto, non si può far a meno di interpretare una norma anche sulla base dell'insieme di fattispecie di cui fa parte.

La prospettiva di un diritto penale minimo che si auspicava raggiungere anche attraverso l'adozione del d.lgs. n.21 del 2018³³ rischia di venire mortificata da questi aspetti problematici: ad un diritto penale essenziale deve corrispondere un codice penale minimo. Tale non può essere un codice penale che contiene una quantità sempre maggiore di norme penali ancillari rispetto ad altri rami del diritto – si pensi, ancora, alle nuove fattispecie introdotte con il testo in commento di cui al secondo comma dell'art.

³¹ Per una valorizzazione del significato politico e scientifico della legislazione complementare, ripensata in un ordine costituente, in sinergia con il principio di riserva di codice, laddove alle leggi complementari venga preservato il compito di prevedere reati ad offensività cumulativa, DONINI, *L'art. 3bis*, cit., 441 ss.

³² In dottrina si afferma che il codice penale è diventato un agglomerato caotico di norme che prenderà sempre più il posto del codice tradizionalmente inteso, così PAPA, op. ult. cit., 142.

³³ Vds. la relazione illustrativa citata. Sul tema del diritto penale minimo, si veda sub nota 9) ed anche 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 BARATTA, Napoli, 1986.

388 c.p. ed all'art. 570^{bis} c.p. – ed un codice penale che contiene norme in progressione descrittiva eccessiva tali da raggiungere l'ipotesi del “*quaterdecies*” (come avviene con l'introduzione del nuovo art. 452^{quaterdecies} c.p. in materia di tutela dell'ambiente, che punisce le attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti).

Contrariamente a quanto avvenuto, una riduzione quantitativa delle norme del codice penale produrrebbe un'esaltazione qualitativa dei contenuti delle stesse norme che diventerebbero il faro interpretativo della galassia delle discipline speciali³⁴; l'allargamento a dismisura invece dei perimetri del codice ne può snaturare la funzione di centralità del sistema e creare disarmonie interpretative come quelle segnalate³⁵.

In definitiva, anche se non poteva essere questa del d.lgs. n. 21/2018 l'occasione, in assenza di una delega ampia in tal senso, l'effetto innovativo dell'introduzione di queste norme non fa che rafforzare e rinnovare l'auspicio di un ripensamento del sistema penale con una risistemazione aggiornata delle fattispecie e delle categorie del codice penale e dei rapporti tra codice e leggi complementari³⁶.

³⁴ Nel corso degli anni diverse Commissioni ministeriali per la riforma del codice penale hanno elaborato una riorganizzazione complessiva degli istituti ispirata a criteri di modernità ed efficienza. Il progetto PAGLIARO è rinvenibile in *Doc. giust.*, 1992, III, 1 ss.; il progetto GROSSO è rinvenibile in *Doc. giust.*, 1999, 845; il progetto Nordio è rinvenibile in *Cass. pen.*, 2005, 250 ss.; infine, il progetto PISAPIA è rinvenibile a questo [link](#).

Sull'argomento della ricodificazione si veda anche VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996; INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 1997, 31.

³⁵ Sulle antinomie nel sistema penale, tra gli altri, BETTIOL, *In tema di antinomie penali*, in *Scritti*, cit., II, 1028 ss.

³⁶ Si afferma in dottrina che dopo questo intervento legislativo parziale la questione generale della riforma del codice non è più rinviabile, così DONINI, *L'art.3bis*, cit., 432. Secondo altri, un progetto di riorganizzazione del sistema del diritto penale deve essere oggi policentrico, così PAPA, op. ult. cit., 152.