

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIV - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

4/2018

 edicolaprofessionale.com/DPP

**L'avvocato in Costituzione
per i 30 anni del Codice
di procedura penale**

Il whistleblowing

Ne bis in idem sostanziale

RIFORMA

LEGGE ORLANDO

- Riserva di codice
- Dibattimento a distanza
- Requisiti della sentenza e forma dell'impugnazione

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



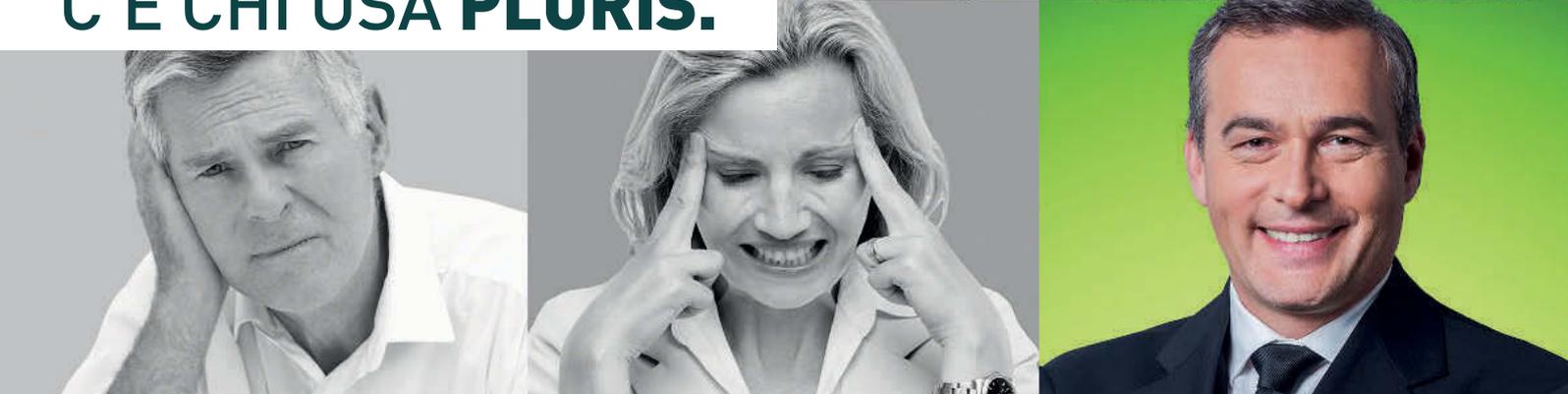
Wolters Kluwer



GLI AVVOCATI NON SONO TUTTI UGUALI,



C'È CHI USA PLURIS.



CHI USA PLURIS SI DISTINGUE PERCHÉ OFFRE AI PROPRI CLIENTI LE RISPOSTE MIGLIORI, LAVORANDO CON SICUREZZA E VELOCITÀ.

Pluris è il sistema di informazione e aggiornamento giuridico online più innovativo e completo.

Quotidianamente al tuo fianco per:

- ✓ **risolvere** ogni problematica grazie all'interpretazione d'autore degli unici **Codici Commentati** costantemente aggiornati e all'ampio catalogo di **Riviste** e **Libri** realizzati con il contributo dei maggiori esperti per ogni materia;
- ✓ **orientarsi** nella più ampia raccolta di legislazione, giurisprudenza e prassi grazie all'efficace e semplice sistema di ricerca;
- ✓ **aggiornarsi** ogni giorno con news, commenti e approfondimenti sui temi di maggiore attualità del **Quotidiano Giuridico**;
- ✓ **gestire** ogni caso tramite formule, schemi dinamici e modelli che ti guidano in tutte le fasi dell'attività.



Consultabile su PC e Tablet

FAI LA SCELTA GIUSTA, SCEGLI PLURIS.

RICHIEDI LA TUA PROVA GRATUITA SU WWW.PROVAPLURIS.IT

Con i contenuti d'autore di



EDITORIALE

Riforma Costituzione	L'AVVOCATO IN COSTITUZIONE PER I 30 ANNI DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE di <i>Giorgio Spangher</i>	425
---------------------------------	---	------------

SPECIALE - RIFORMA ORLANDO (III)

La riserva di codice	L'ART. 3 <i>BIS</i> C.P. IN CERCA DEL DISEGNO CHE LA RIFORMA ORLANDO HA FORSE IMMAGINATO di <i>Massimo Donini</i>	429
Artt. 546 e 581 c.p.p.	MOTIVAZIONE E FILTRI DI AMMISSIBILITÀ di <i>Clelia Iasevoli</i>	446
Partecipazione a distanza	VIDEOCONFERENZE E PARTECIPAZIONE DELL'IMPUTATO AL DIBATTIMENTO di <i>Alessandro Diddi</i>	458

LEGISLAZIONE

	NOVITÀ NORMATIVE	474
Whistleblowing	IL WHISTLEBLOWING: LA "SCOMMESSA ETICA" DELL'ANTICORRUZIONE di <i>Fabio Coppola</i>	475

OSSERVATORIO

	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	486
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	491
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	497
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	501

GIURISPRUDENZA

Criminalità informatica	LA CONDOTTA DEL PUBBLICO UFFICIALE FRA VIOLAZIONE DELLA <i>VOLUNTAS DOMINI</i> , "ABUSO" DEI PROFILI AUTORIZZATIVI E "SVIAMENTO DI POTERE" <i>Cassazione Penale, SS.UU., 8 settembre 2017 (ud. 18 maggio 2017), n. 41210</i> di <i>Roberto Flor</i>	506
Funzione deflat- tiva della Cassazione	CASSAZIONE E DEFLAZIONE: IL CASO DELLA SENTENZA PREDIBATTIMENTALE D'APPELLO DI PROSCIoglimento PER PRESCRIZIONE PRONUNCIATA <i>DE PLANO</i> <i>Cassazione Penale, SS.UU., 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28954</i> di <i>Giovanni Niccolai</i>	516

OPINIONI

Concorso di norme e di reati	TRACCE DI <i>NE BIS IN IDEM</i> SOSTANZIALE LUNGO I PERCORSI DISEGNATI DALLE CORTI di <i>Antonio Vallini</i>	525
Rinnovazione prova in appello	PRIMA CONDANNA IN APPELLO TRA RIFORMA ORLANDO E RECENTE GIURISPRUDENZA di <i>Pierpaolo Dell'Anno e Angelo Zampaglione</i>	539

Diritto penale e processo

Sommario

Legittimazione dell'imputato

LA ESCLUSIONE DELLA LEGITTIMAZIONE DELL'IMPUTATO A RICORRERE PERSONALMENTE PER CASSAZIONE È COSTITUZIONALMENTE LEGITTIMA?

di *Barbara Nacar*

550

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Carlotta Conti*

561

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO

564

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

telefono 02 82476.015
redazione.dirittopenaleeprocesso.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. Servizio Clienti
telefono 02 824761 – telefax 02 82476.799
e-mail servizio.clienti@wolterskluwer.com

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/DPP

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Stefania Banfi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Service Pvt. Ltd.

STAMPA

GECA S.r.l.
Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)
Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it

Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3
20142 Milano, Italia

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635
del 5 dicembre 1994

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. Via dei Missaglia n. 97 - data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/DPP. L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/DPP

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 252,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 235,00 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 504,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: € 235,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Via dei Missaglia n. 97, 20142 Milano, Italia o via fax al n. 0282476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761. Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo dell'arivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Via dei Missaglia n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.799.

Riforma Costituzione

L'avvocato in Costituzione per i 30 anni del codice di procedura penale

di Giorgio Spangher

Al fine di rafforzare il diritto di difesa e il contraddittorio, appare necessario inserire nell'art. 111 Cost. la presenza dell'avvocato.

In order to strengthen the right of defence and the right to be heard seems necessary to add the presence of the lawyer in the article 111 of Constitution.

Il diritto di difesa

In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario da parte dell'Avvocatura, il Consiglio Nazionale Forense ha presentato una proposta per l'inserimento dell'"avvocato" nell'art. 111 Cost., attraverso una proposta di legge elaborata dal prof. Massimo Luciani, così formulata:

"Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale" (comma 3); "L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense" (comma 4).

"La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione" (comma 5).

La proposta si presta ad alcune riflessioni, inevitabilmente collocate in un panorama ove non mancano le riserve e le perplessità, unite alle condivisioni della proposta di riforma costituzionale.

Il primo elemento di perplessità riguarda la presenza in Costituzione dell'art. 24 a mente del quale "la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

Indubbiamente l'art. 24 Cost., nel garantire il diritto di difesa consente di ricomprendere nel suo raggio operativo anche un riferimento alla difesa tecnica.

Tuttavia, la previsione, per un verso, si articola in una dimensione più ampia di quella della sola presenza di un legale; per un altro, si colloca in una dimensione diversa da quella prospettata con la riforma.

Sotto il primo profilo, va sottolineato come la previsione abbia un contenuto più ampio. Nella sua lettura evolutiva, la dottrina vi ha ricondotto, fra gli altri contenuti, l'autodifesa, il contraddittorio, i diritti linguistici, il tempo - adeguato - per l'esercizio dei diritti e le relative facilitazioni, le sanzioni processuali in caso di violazione. Il quadro si completa con le previsioni di cui al gratuito patrocinio (art. 24, comma 3) ed alle condizioni per la riparazione degli errori giudiziari (art. 24, comma 4).

Sotto il secondo profilo, quello sistematico, la previsione si colloca nel contesto dei diritti individuali del cittadino, unitamente ad altri diritti, come quelli attinenti alla libertà personale, al domicilio, alla riservatezza delle comunicazioni.

Indubbiamente la saldatura di questi diritti, con quelli della legalità, della irretroattività della legge penale, del giudice naturale precostituito per legge, della presunzione di innocenza, della funzione rieducativa della pena delineano certamente un reticolo significativo idoneo a connotare in senso garantista il modello della giurisdizione, tuttavia sempre riconducibile entro lo schema dei poteri dell'autorità giudiziaria (pubblico ministero e giudice) di cui ai citati articoli che prevedono in quali limiti i riferiti diritti possono essere compresi.

Non casualmente la prospettiva di un diritto alla prova, del diritto di difendersi provando, rivendicato

Editoriale

Processo penale

da Vassalli fin dal 1953, non ha trovato, fino all'approvazione del Codice del 1988, una adeguata risposta.

La struttura ordinamentale

Quanto sin qui detto è ed è stato chiamato a confrontarsi con quanto previsto nella parte della Costituzione - il Titolo IV - ove è disegnata la Magistratura, nelle due sezioni dell'Ordinamento giudiziario e delle Norme sulla giurisdizione.

A tale proposito, i dati normativi ivi contenuti si saldano con l'art. 1 della Costituzione ove si dispone che la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

La legge posta dal Parlamento definisce l'ambito dei poteri dei giudici che sono subordinati soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Il vincolo alla legge nell'esercizio della giurisdizione si attua attraverso la motivazione delle decisioni (art. 111, comma 1, testo originario) la cui verifica è affidata dalla Cassazione attraverso i ricorsi, per violazione di legge, attuati dalle parti (art. 111, comma 2, testo originario). Attraverso la verifica dell'osservanza alla legge, la Cassazione, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, assicura l'uniforme interpretazione.

La circolarità di queste previsioni permette di richiamare il comma 1 dell'art. 101, in forza del quale la giustizia è amministrata in nome del popolo e le sentenze sono emesse in suo nome.

Rispetto al tempo dell'entrata in vigore della Costituzione l'impostazione della giurisdizione è cambiata. All'impostazione della funzione unitaria della giurisdizione, di cui era unico garante il giudice, è subentrata quella per la quale la garanzia della funzione giudiziaria non può prescindere dalla partecipazione delle parti e conseguentemente del contraddittorio. La crisi dell'efficacia *erga omnes* del giudicato ne è la testimonianza più marcata. Restano tracce di quell'impostazione: l'implicazione delle ricadute penali e civili del reato, con conseguente presenza della parte civile nel processo penale e la conseguente autorità del giudicato penale nel processo civile.

Ma è in ordine al modello processuale penale - legato al rapporto tra autorità statale e individuo - che si sono segnalate le novità più significative culminate dal 1988 nell'approvazione del nuovo codice di procedura penale.

In questo contesto risultava significativo il ruolo della difesa, del contraddittorio come metodo di formazione della prova e della centralità del dibattito corredato dall'oralità. Il tutto accompagnato da specifiche tutele per la difesa tecnica: garanzie di

libertà per il difensore; atti di obbligatoria presenza e conseguenti invalidità rinforzate; professionalità e specializzazione; strategie processuali, con superamento delle superate arranghe; spiccato tecnicismo. Non è questa l'occasione per ricordare - essendo a tutti nota - la modifica di modello processuale che quella riforma ha attivato sotto vari profili. È altrettanto noto - ed anche in questo caso non appare necessario approfondire il tema - come quel modello di giurisdizione, cioè, di processo, non abbia retto all'impatto con l'idea di giurisdizione penale che - a torto o a ragione - è stato ritenuto dalla Corte costituzionale non conforme alle scelte della nostra Carta fondamentale.

In altri termini, l'art. 24 Cost. e le altre garanzie soggettive richiamate e il modello di giurisdizione di cui all'originario art. 111 Cost., unito agli artt. 1 e 101 Cost., non sono stati una barriera sufficiente rispetto alle modifiche della legge ordinaria.

Il giusto processo

È stato allora necessario ricercare un diverso modello di giurisdizione che non apparteneva alla nostra tradizione ma che aveva trovato estrinsecazione nella riforma che a quei principi si richiamava (in tal senso il preambolo della delega per la riforma del Codice di procedura penale). Il riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed al Patto internazionale dei diritti civili e politici.

Si è così modificato l'art. 111 Cost. definendo i contenuti ai quali deve ispirarsi la giurisdizione (tutta) e quella penale in particolare.

Si tratta ora di rafforzare queste garanzie con la prevista riforma costituzionale.

Indubbiamente il ruolo dell'avvocato è venuto incrementandosi attraverso significativi riconoscimenti, attraverso la partecipazione allo svolgimento delle attività giudiziarie: si pensi, per tutte, alla presenza nei consigli giudiziari.

Si tratta di un profilo diverso rispetto a quello qui considerato. Questi dati, al pari della stipula di accordi, protocolli, convenzioni, partecipazione alle attività organizzative, attengono alla struttura della "magistratura" e dell'ordinamento giudiziario che trova un preciso riferimento nell'art. 108 Cost., regolabile con legge ordinaria e nei casi della *c.d. soft law* anche senza copertura legislativa.

Il tema della riforma attiene alla tematica della giurisdizione, cioè al ruolo dell'avvocato dentro il processo, ricordando che l'avvocato non è solo l'avvocato dell'imputato ma anche della vittima del reato.

Indubbiamente, anche a seguito della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost., il ruolo processuale dell'avvocato si è rafforzato attraverso la L. n. 63 del 2001 che ha significativamente inciso, non senza riflesso, sul modo di formare la prova, nonché con la L. n. 196 del 2003, attraverso le previsioni delle indagini difensive. Ancora, da ultimo, il ruolo tecnico-professionale dell'avvocato ha visto l'eliminazione della possibilità per l'imputato della possibilità di proporre personalmente ricorso per Cassazione (art. 613, ex L. n. 103 del 2017).

Ci sono state - con luci e ombre - riconoscimenti sul ruolo dell'avvocato da parte delle Sezioni Unite.

Anche al fine di evitare riflussi - non escludibili - si tratta di consolidare a livello costituzionale queste (ed altre) garanzie per cristallizzarle "definitivamente" e se possibile svilupparle.

Si può proprio escludere che nel concetto di assistenza non sia implicita una nozione di vicinanza e di prossimità, capace di mettere in discussione gli

eccessi e la discrezionalità della smaterializzazione dei dibattimenti, realizzata dalla riforma Orlando, con la previsione dei giudizi a distanza?

Con il riconoscimento dell'avvocato a livello costituzionale si pone altresì a livello superiore, rispetto alla collocazione quali norme interposte - delle stesse garanzie convenzionali, dando loro quel consolidamento che superando la particolarità delle situazioni costituisca una garanzia ormai consolidata, come richiesto da Corte cost. n. 49 del 2016.

Molto opportunamente per evitare fraintendimenti o surrettizie finalità la proposta colloca il riferimento all'avvocato nel contesto di tutti i procedimenti, ancorché sia nel processo penale che l'avvocato vede esaltato il suo ruolo, teso alle difese dell'assistito. Se il Parlamento vorrà raccogliere la proposta di riforma qui indicata, che potrà essere anche ripensata in qualche profilo (v. l'ipotizzato comma 3), sarebbe un bel modo per celebrare i trent'anni del Codice di procedura penale.

COMMENTARIO AL NUOVO CODICE DELLA STRADA

di PASQUALE CIALDINI, POTITO IASCONI

Il Commentario al Nuovo Codice della strada

propone approfonditi commenti, oltre che al testo degli articoli del Codice e del Regolamento, anche alle principali leggi speciali.

Tra le novità più significative, si segnalano le disposizioni in tema di patenti di guida, la classificazione dei veicoli per usi particolari, le modalità di applicazione e di procedura delle sanzioni, il reato di omicidio stradale (legge 23 marzo 2016, n. 41).

L'Opera approfondisce sia gli **aspetti giuridici**, sia gli **aspetti tecnici**, affrontando, nel commento degli articoli:

- la costruzione, manutenzione e gestione delle strade
- le caratteristiche dei veicoli e dei loro equipaggiamenti
- le regole tecniche di circolazione e di sicurezza stradale, alla luce delle numerose Direttive europee emanate in materia.

Completa ed arricchisce l'Opera un'appendice all'interno del servizio on line "La mia biblioteca" che comprende la **segnaletica a colori** e la rassegna di tutta la **documentazione attuativa** e del codice della strada citata nel Commentario.

€ 130

Cod. 00150528



UTET Giuridica è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

La riserva di codice come principio costituente

L'art. 3 *bis* c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato

di Massimo Donini (*)

Lo studio analizza il concetto di riserva di codice, recepito dalla riforma Orlando, che insieme alla categoria delle norme penali codicistiche come regole a tutela di beni di rilevanza costituzionale, introduce un nuovo art. 3 *bis* c.p., principio costituente che mira a rendere sistema la dialettica tra codice e leggi complementari. L'importanza dell'organizzazione futura delle leggi speciali in testi unici che disciplinano organicamente l'intera materia è illustrata muovendo dalle poche, ma rilevanti norme inserite per mera trasposizione nel codice dal D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 e alla luce delle tecniche di redazione e riscrittura del sistema penale che questa riforma sollecita a elaborare per il futuro.

The study analyzes the concept of the code reservation, implemented by the Orlando reform, together with the category of the penal code rules which are meant as norms to protect interests of constitutional rank. The reform also introduces a new art. 3-bis c.p., a constituent principle that aims to systematize the dialectic between code and supplementary criminal laws. The importance of the future organization of special laws in unique texts that organically govern the whole subject is illustrated by moving from the few, but important, offences and rules introduced by mere transposition into the code by D.Lgs. 1° marzo 2018, n. 21 and in the light of the techniques of drafting and rewriting the penal system that this reform urges to develop for the future.

La riforma Orlando e la Commissione sulla "riserva di codice". Una rivoluzione timida

L'aspetto apparentemente più incerto, perché timidamente rivoluzionario, della riforma Orlando per il diritto penale sostanziale riguarda la riserva di codice, disciplinata dall'art. 1, comma 85, lett. q), L. 23 giugno 2017, n. 103, e ora introdotta nell'art. 3 *bis* c.p. insieme a una modestissima attuazione quantitativa di quel principio: il "rientro" di una quindicina di norme penali su alcune migliaia di reati *extra codicem*.

Dispone la legge-delega:

"q) 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".

È un progetto che, preso sul serio, potrebbe ancora impegnare una generazione di penalisti: e tante ne sono già trascorse senza vedere raggiunto l'obiettivo

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, a procedura di revisione a doppio cieco (*double blind*).

“costituente”, al punto che molti, rimasti fermi alle archiviate stagioni del disincanto riformatore (1), potrebbero avvertire come inatteso questo colpo di coda di una cultura penalistica fine-Novecento, dopo che lo stesso Progetto di riforma costituzionale del 1997 (2) fu archiviato e accolto, insieme alle istanze per un “diritto penale minimo” (3), con una certa tiepidezza dalla stessa dottrina penalistica. Perché è

vero che l’idea di una riserva di codice in esso contenuta (4), fu poi recepita dai Progetti Grosso (5) e Pisapia (6), nel segno di una razionalizzazione del “doppio regime legislativo penale”, suddiviso fra codice e leggi complementari (7), alla luce di varie ricerche comparate che hanno supportato tali formulazioni (8). Tuttavia dopo di allora tutto tacque, e per quanto forse minoritarie, sono rimaste significative e

(1) Per una storia, anche “spirituale”, dell’incessante e defatigato processo riformatore del codice penale, basti ricordare G. Vassalli, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 5 ss.; Id., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 10 ss.; F. Palazzo, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano, 1997, 320 ss.; Id., *Requiem per il codice penale? (scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, in *Aa.Vv., Gli Ottant’anni del codice Rocco*, a cura di L. Stortoni - G. Insolera, Bologna, 2012, 39 ss., 49 ss.; G. Insolera, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, in *Aa.Vv., Introduzione al sistema penale*⁴, Torino, 2006, 32 ss., 38 ss.

(2) Sugli aspetti penalistici del Progetto della Bicamerale F. Palazzo, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commissione bicamerale*, B) *diritto penale sostanziale*, in questa *Rivista*, 1998, 37 ss.; M. Donini, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale” dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. dir.*, 1998, 95 ss., poi in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulla riforma delle leggi penali in Italia*, Padova, 2003, 126-132, e qui un’ampia analisi dell’articolato. Sul punto cfr. altresì a favore di una riserva assoluta di codice L. Ferrajoli, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss.; Id., *Per una ricodificazione del diritto penale: la proposta della riserva di codice*, relazione presentata al Convegno di Teramo, 7-9 giugno 2001, su “Politica criminale e riforma della parte speciale tra ‘codificazione’ e ‘decodificazione’” (dattiloscritto), oltre che in numerosi interventi anteriori; v. pure S. Senese, *La riserva di codice*, in *Aa.Vv., Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, Roma, 2002, 79 ss. In senso favorevole alla riserva costituzionale (ma relativa) di codice, fra gli altri, G. Fiandaca, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in questa *Rivista*, 2001, 142; N. Mazzacua, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Crit. dir.*, 1998, 155 ss.; A. Castaldo, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1104 ss. Si cfr. anche gli interventi di G. Fiandaca, *Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale”*, in *Crit. dir.*, 1998, 143-145; nonché quelli di Pagliaro - Mazzacua - Cadoppi - Colombo - Spangher in *Indice pen.*, 1998, 305 ss., 318 ss. In senso contrario a una riserva “assoluta” di codice C.F. Grosso, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Aa.Vv., Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, cit., 99 ss.

(3) Per tutti, A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo*, a cura di A. Baratta (numero monografico di *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1985), Napoli, 1986, 443 ss.; L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, *ibidem*, 493 ss.; Id., *Per un programma di diritto penale minimo*, in L. Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale*, cit., 57 ss.; Id., *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125 ss. (con esaurienti richiami ai numerosi interventi di Ferrajoli sul tema); in senso variamente critico G. Fiandaca, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione*

giust., 1991, spec. 39 ss. (anche in Pepino (a cura di), *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, 37 ss.); G. Marinucci - E. Dolcini, *Diritto penale “minimo” e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 802 ss.; M. Pavarini, *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1998, 3, 125 ss.; Id., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, III, *Criminologia*, Milano, 2000, 563 ss.; M. Donini, *Per un codice penale di mille incriminazioni*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 224 ss. (e in questa *Rivista*, 2000, 1654 ss.); Aa.Vv., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi - G. Palombarini, cit., e specificamente, sul punto, gli scritti di Ferrajoli, Grosso e Eusebi.

(4) Questo il comma 4 dell’art. 129 del Progetto di legge costituzionale 1997: “Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l’intera materia cui si riferiscono”. V. a commento gli scritti di F. Palazzo e M. Donini, cit. a nt. 2.

(5) Questo l’art. 3, comma 2, del Progetto Grosso: “Nuove norme penali sono ammesse soltanto se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l’intera materia cui si riferiscono” (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 661. Sul punto cfr. la *Relazione 2001* al testo finale dell’articolato (sempre in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 582) e, più ampiamente, la *Relazione 1999* in C.F. Grosso, a cura di, *Per un nuovo codice penale. II, Relazione della Commissione Grosso*, Padova, 2000, 86 ss. V. pure al riguardo Aa.Vv., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2003; Aa.Vv., *La riforma del codice penale. La parte generale*, a cura di C. de Maglie - S. Seminara, Milano, 2002.

(6) Il Progetto Pisapia, nella Proposta di articolato del 27 luglio 2006 (reperibile sul sito del Ministero della Giustizia), così disponeva all’Art. 2 (Riserva di codice) dei Principi di delega: “Prevedere che le nuove disposizioni penali siano inserite nel Codice Penale ovvero in leggi che disciplinano organicamente l’intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti”. La norma transita poi nell’art. 5 del successivo “Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione della parte generale di un novo codice penale” del luglio 2007. V. in generale sul progetto Aa.Vv., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore - S. Moccia - A. Cavaliere, Napoli, 2009.

(7) Nel senso che “il (ri)codificatore moderno, in qualunque spazio giuridico operi, deve rassegnarsi all’idea di lasciar convivere la sua opera con la *legislazione speciale*” già C.E. Paliero, *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1223.

(8) Ampiamente, in questa direzione, i lavori di M. Donini, *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo valore costitutivo per la riforma del codice*, in Id., a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, 3 ss., 46-59; Id., *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in questa *Rivista*, 2000, 1652-1657; Id., *Oltre il tecnicismo e l’ideologia: per una costruzione più scientifica delle leggi penali*, Presentazione a *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena, 14-15 dicembre 2001, a cura di M. Donini, Milano, 2003, VII-XXX, e gli