

1336 *REQUIEM* PER IL CODICE PENALE? (SCIENZA PENALE E POLITICA DINANZI ALLA RICODIFICAZIONE) (*)

Sommario 1. Anniversari e funerali. — 2. Dignità del codice. — 3. Breve storia repubblicana del codice. Il ventennio della mancata riforma. — 4. Il ventennio delle turbolenze. — 5. Il ventennio dei grandi progetti. — 6. Ripiegamento su un'idea "debole" di codice. — 7. In attesa di tempi migliori.

1. ANNIVERSARI E FUNERALI

Il titolo del nostro convegno, "Gli ottant'anni del Codice Rocco", potrebbe rivelare un implicito od involontario tono celebrativo, specie a confronto con quello che sempre i penalisti bolognesi dettero al precedente e memorabile seminario del 1980: "Il codice Rocco cinquant'anni dopo". Ma celebrativo di che cosa?

Forse celebrativo di una comunque ragguardevole *longevità*. A dire il vero, non mancano esempi di codici che in Europa hanno raggiunto e superato, o almeno sfiorato, il traguardo del secolo: a parte il codice Napoleone, che si è avvicinato addirittura ai due secoli, anche i codici tedesco e spagnolo si sono attestati sui cent'anni di vita. Il primo, dal 1871 è arrivato alla grande riforma del 1969-75; il secondo, risalente al 1870, seppure formalmente sostituito nel 1944, è nella sostanza durato sino alla riforma del 1995. Tuttavia, la longevità del nostro codice Rocco si apprezza non tanto sul piano puramente cronologico, quanto piuttosto per la sua capacità di sopravvivere a più d'un rivolgimento istituzionale, politico o anche solo sociale. Il codice del '30 è sopravvissuto innanzitutto alla trasformazione istituzionale dalla monarchia alla repubblica e soprattutto all'avvento della nuova Costituzione; è transitato dalla prima alla seconda Repubblica; è rimasto in vita nella trasformazione da una società prevalentemente agricola e proprietaria, qual era l'Italia prebellica, ad una società industriale capitalistica e poi finanziaria, com'è ormai quella attuale.

A fronte di queste imponenti mutazioni, la longevità del codice ha significato, da un lato, una sua evidente capacità di adattamento al nuovo e, dall'altro, ha comportato l'assunzione da parte della magistratura di un ruolo particolarmente attivo e talora suppletivo. Un codice, la cui disciplina del concorso di persone ha potuto essere agevolmente piegata, pur tra tante discussioni, alla repressione di fenomeni di contiguità mafiosa capaci di inquinare alcune fasce del ceto politico-amministrativo; un codice, che ha saputo rivalorizzare talune delle più autoritarie fattispecie di delitti contro la personalità interna dello Stato fascista per colpire il terrorismo e la sua carica eversiva.

(*) Testo della relazione svolta al Convegno su "Gli ottant'anni del Codice Rocco", tenutosi a Bologna nei giorni 19-20 marzo 2010 in memoria di Giuliano Vassalli.

va del nuovo Stato democratico; un codice, che ha potuto subire il processo, quanto mai lento ed esitante e incompleto ma comunque esistente, di penetrazione del principio di colpevolezza fino alla recente pronuncia sull'art. 586 c.p.; un codice, la cui ambigua disciplina della causalità ha però consentito alla giurisprudenza di sviluppare una varietà di paradigmi causali che, da uno stretto naturalismo, giungono ad eccessi di normativismo nel tentativo di tener dietro alla complessità ed incertezza scientifico-cognitiva della moderna realtà.

O forse un titolo celebrativo di un *funerale*, anzi di un doppio funerale. Il funerale, innanzitutto, di un codice che durante tutta la sua storia repubblicana ha subito un duplice processo, di ridimensionamento dall'esterno e di svuotamento dall'interno. Quanto al primo, in questa sede non occorre più di un cenno al fenomeno della proliferazione delle leggi *extra codicem*: e se dal punto di vista teorico e formale l'art. 16 c.p. dovrebbe continuare ad assicurare la predominanza codicistica — la famosa "centralità" —, è ben noto come in realtà le leggi complementari si pongono per lo più in rapporto derogatorio rispetto ai principi e alla disciplina del codice. Ma soprattutto le leggi complementari, nel rompere la monoliticità del codice, frantumano il canone della tipicità della tutela mediante la frequente utilizzazione della fattispecie penale in chiave sanzionatoria di minuti ed eterogenei obblighi extrapenalici, rendendo evanescente una delle principali caratteristiche codicistiche: cioè quella di costituire un sistema di tutela attestato su un catalogo definito e chiuso di precetti tipici. Così che risulta messa in forse la stessa "mentalità" codicistica, per così dire.

Quanto al secondo, svuotamento dall'interno significa non tanto lo smantellamento della struttura codicistica in sé e per sé, quanto la trasformazione confusionaria dell'architettura ideale e dell'architettura ideologica del codice Rocco. Già si cominciò negli anni Sessanta, in particolare e ad esempio con la riforma della liberazione condizionale; ma fu poi la svolta del 1974 a travolgere gli assi portanti del codice fascista, fino ad arrivare ad una rivisitazione lenta e progressiva addirittura di numerosi settori della parte speciale, al punto che forse solo il titolo dei delitti contro la fede pubblica non ha subito rimaneggiamenti significativi.

Ma i tempi appaiono anche tristemente maturi per celebrare — come dicevamo — anche un secondo funerale: non già quello del codice Rocco, bensì quello della sua riforma. Il primo preoccupante referto sulla salute e vitalità del processo riformatore del codice penale fu stilato nel 1974, quando la "novella" su reato continuato, recidiva, ecc. testimoniò la evidente resa di fronte alle difficoltà di mettere mano alla riforma organica del codice e soprattutto della sua parte speciale, al fine di trarre fuori il sistema da quella cappa di pesante repressivismo stesa dal fascismo e dalla sua ideologia. Oggi, poi, il certificato di morte del processo riformatore sta scritto, con paradosso solo apparente, in quella successione di ben cinque progetti organici (Pagliaro, Riz, Grosso, Nordio, Pisapia) che meglio non potrebbe attestare il fatto ormai acquisito che la riforma del codice è un ricorrente quanto innocuo esercizio accademico più che un reale impegno politico. Le voluminose carte prodotte dalle commissioni ministeriali che hanno tutte lavorato egregiamente alla riforma pesano come una pietra tombale sulla stessa.

2. DIGNITÀ DEL CODICE

Che lo spirito del nostro convegno sia quello improbabile del festeggiamento di un compleanno oppure quello della celebrazione di esequie, rimane il fatto che il codice - specie penale - continua ad esprimere, o anche solo ad evocare, un'idea ancora capace di esercitare una sorta di fascinazione su di noi. In effetti, il codice sembra corrispondere ad un'ansia ed appagare un'esigenza profonde nella coscienza di molti penalisti: il bisogno, cioè, di vedere coniugate le due dimensioni antitetiche dell'*authoritas* e della *voluntas legis*, da un lato, e della *ratio* od *ordo iuris*, dall'altro. Ed inverso: massimo prodotto ed oggi retaggio del legalismo illuministico, il codice non cessa per contro di esercitare la suggestione di porsi quale espressione di una razionalità ordinante sopralegale: una forma legale capace, quasi misteriosamente (o "mitologicamente"), di tradurre la sostanza razionale dello *ius puniendi*.

Soprattutto da quando il potere punitivo divenne appannaggio esclusivo dei grandi Stati moderni, la costruzione dei *generalia delicti* intrapresa da Tiberio Deciani, anticipando la successiva opera di codificazione, non aveva solo il senso di un'opera ancorché razionale ed ordinante di sistemazione ed economizzazione della disciplina normativa delle molteplici e disperse figure incriminatrici, ma cominciava a porre le fondamenta per il trionfo codicistico in chiave di garanzia e di libertà.

Nel sistema penale, soprattutto la parte generale del codice finisce per rappresentare quella specie di "patto costituzionale" tra potere punitivo pubblico ed individuo (sia esso suddito o cittadino) in cui si mettono in chiaro i confini tra autorità e libertà. Ma, a ben vedere, la parte generale del codice ha un ulteriore motivo di dignità al suo attivo. Essa non concerne solo il problema tutto politico della libertà individuale di fronte al potere punitivo, ma ancor prima e più le sue norme sui presupposti e limiti della responsabilità toccano il problema addirittura antropologico e culturale del male sociale rappresentato dalla criminalità. Sono in fondo le norme generali del codice penale che formalizzano la sempre difficile risposta che l'uomo quale essere sociale deve dare al male presente nella società. In questo senso, noi difficilmente potremo fare a meno (della parte generale) di un codice penale, che si pone appunto come "codice" di decifrazione del senso sociale del male.

Se queste sono le più lontane e profonde cause della fascinazione tutt'oggi esercitata dal codice penale, non mancano però anche altre ragioni capaci di accreditarlo come strumento irrinunciabile dell'esperienza giuridico-penale.

In primo luogo, e con riferimento prevalente questa volta alla parte speciale, il codice adempie alla funzione, in una certa misura simbolica ma non per questo meno rilevante, di esprimere un ordine stabile e consolidato di valori, una trama di orientamenti valoriali essenziali in cui si riconosce quasi identitariamente una determinata comunità sociale e politica. In tale prospettiva, nuovamente il codice - nella sua parte speciale - viene ad assolvere una funzione quasi costituzionale di fondazione e testimonianza del patrimonio socio-culturale identificativo di un popolo. Con la conseguenza che tale funzione codicistica è particolarmente congeniale alle fasi di passaggio da un ordine socio-giuridico ad un altro: un codice di rottura, più che di continuità (a prescindere dalla lunghezza dei tempi concretamente necessari a realizzare l'opera). È questo il caso, ad esempio, del nuovo codice spagnolo del 1995, tutto impegnato com'è dall'intento politico - ben visibile nei lavori preparatori - di marcare il pas-

saggio dal regime autoritario franchista al nuovo Stato di diritto e sociale, come delineato dalla Costituzione del 1978.

In secondo luogo, il codice può adempiere alla funzione di introdurre e garantire la coerenza sistemática dell'ordinamento penale non solo dal punto di vista puramente estrinseco e formale di un ordine espositivo della materia, ma da quello ben più pregnante e sostanziale dell'eguaglianza di trattamento. Un'eguaglianza sostanziale di trattamento, che può essere pregiudicata specie nel lungo periodo dalle sopravvenute discipline penali dei diversi ed emergenti ambiti sociali. In questa prospettiva, la funzione codicistica di ordine sistemático e consequenziale eguaglianza di trattamento è coerente più alle trasformazioni di lungo periodo che alle fasi di rottura o di passaggio. Particolarmente congeniale si presenta la codificazione, o la ri-codificazione, allorché i tempi lunghi della persistenza codicistica abbiano fatto registrare un attivismo legislativo e giurisprudenziale fatalmente sprovvisi della necessaria visione d'insieme. È questo probabilmente il caso del codice francese del 1994, che senza voler marcare una fase di rottura nella storia di quel Paese faceva invece seguito ad un lungo e lento processo di adeguamento dell'esperienza giuridica giurisprudenziale ai mutamenti sociali sopravvenuti.

In Italia, ad onta dell'immobilismo della riforma codicistica, non mancherebbero per la verità motivi riformistici sia nella prima che nella seconda direzione. Se, come già detto, la svolta della nuova Costituzione repubblicana avrebbe potuto e dovuto spingere per dare espressione penalistica ai nuovi valori, oggi l'esigenza di una coerenza sistemática dell'ordinamento penale si pone energicamente. Per quale motivo, ad esempio, l'imputazione soggettiva delle circostanze è sostanzialmente colposa, mentre permane l'incertezza su quella dei tanti eventi aberranti od ulteriori? Per quale motivo un'imputazione dolosa può reggersi sulla mera conoscibilità di un elemento essenziale del fatto tipico, come l'età della vittima di reati sessuali, senza che vi sia stato un ripensamento generale dei presupposti e contenuti della colpevolezza? È davvero possibile piegare il dolo eventuale alle esigenze repressive di attività rischiose lecite allorché il tasso di pericolosità sia stato consapevolmente elevato dall'agente (imprenditore, guidatore)?

3. BREVE STORIA REPUBBLICANA DEL CODICE. IL VENTENNIO DELLA MANCATA RIFORMA

La nostra prima sessione di lavoro, essendo dedicata all'"età repubblicana" del codice Rocco, introduce opportunamente un elemento di necessaria storizzazione nell'analisi del senso assunto da quel codice nell'esperienza giuridica italiana. Ed in questa linea potrebbe forse aiutare una più dettagliata periodizzazione di questo sessantennio di vita del codice, pur con l'ovvia e consueta avvertenza della relativa arbitrarietà ed approssimazione di tutte le periodizzazioni. Ebbene, non sarebbe del tutto infondata una divisione dell'arco di tempo che va dal 1948 ad oggi in tre periodi di durata pressoché eguale, sostanzialmente tre ventenni.

Il primo periodo è quello che avrebbe dovuto essere e non fu del rigetto del codice Rocco per adeguare l'ordinamento penale alla nuova Costituzione. Ma lo spirito riformatore dei tempi non riuscì ad andare oltre l'allestimento di una serie di progetti per lo più parziali e comunque tutti confermativi dell'impianto generale originario del

codice vigente. Così si ebbero il progetto del 1947, il progetto Petrocelli del 1949-50, il progetto Moro del 1956, il primo progetto Gonnella del 1960, il secondo progetto Gonnella del 1968, su tutti e ciascuno dei quali non è qui più il caso di indagare. Piuttosto, con una notazione di sintesi, mi limiterò al riguardo a fare mia la meditata conclusione di Emilio Dolcini, che — riferendosi proprio all'esito fallimentare di questi tentativi riformatori — testualmente annota: «[T]ale epilogo non suscita per la verità grossi rimpianti: carattere comune a tutti i progetti è l'assenza di una linea di politica legislativa autonoma rispetto al codice del 1930, del quale si mirava semplicemente a smussare taluni caratteri di eccessivo rigore, con l'effetto di rilegittimarne, tra l'altro, il catalogo delle incriminazioni contenute nella parte speciale».

Se oggi ci si interroga ancora una volta sulle ragioni di questo impantanarsi della riforma, di questa vistosa incapacità dello spirito riformatore di librarsi sulle ali della lungimirante ("presbite" ...) Costituzione repubblicana, si deve probabilmente concludere che le cause siano state più culturali che politiche, e dunque assai radicate nello *Zeitgeist* di allora. Era in primo luogo forte, nonostante tutto, l'idea della cosiddetta "continuità liberale" del codice Rocco, il quale non avrebbe rotto con i principi garantistici fondamentali, ed in particolare con la legalità, che costituivano l'eredità dello spirito liberale del grande Ottocento penalistico italiano. In secondo luogo, il codice fascista era circondato da una fama — che qui ora non interessa verificare quanto reale od usurpata — di perfezione tecnica, quasi si trattasse di un monumento imperituro di sapienza legislativa che sarebbe stato azzardato mandare temerariamente al macero.

Ma sopra ogni altra ragione prevaleva, in terzo luogo, la scarsa consapevolezza e la timida interiorizzazione della portata innovativa, in generale ed in particolare per il penale, esercitata dalla Costituzione "presbite". E qui viene in gioco non solo la generale e nota tendenza a qualificare come "programmatiche" le più innovative norme costituzionali, lasciando così alla convenienza politica del legislatore la loro concreta incidenza sull'ordinamento. Viene anche e soprattutto in questione una certa riluttanza, propria del pensiero penalistico in particolare, a cogliere la portata fortemente trasformativa se non rivoluzionaria del nuovo assetto normativo rispetto al vecchio tessuto codicistico. Salvo talune significative eccezioni di grandi Maestri, come il Vassalli e il Nuvolone in particolare, l'eco della Costituzione arrivò assai debole alla scienza penale di allora. Il che, del resto, è del tutto coerente con il ruolo non particolarmente rivoluzionario svolto dai penalisti che sedevano alla Costituente. Forse solo della legalità si può dire che fu colto il suo riannodarsi al principio democratico quale asse politicamente portante del nuovo assetto complessivo delle fonti. Per quanto riguarda invece il principio di personalità della responsabilità penale, a parte le penose riflessioni in proposito di Aldo Moro, esso venne assai riduttivamente — anche se comprensibilmente — inteso quale divieto di responsabilità per fatto altrui. Per non dire infine del principio rieducativo della pena, che fu voluto — nella diffidenza od ostilità dei penalisti — da due non penalisti quali erano Giorgio La Pira e Lelio Basso.

4. IL VENTENNIO DELLE TURBOLENZE

Il secondo periodo, che va grosso modo dal 1970 al 1988, è caratterizzato da forti turbolenze politiche e da grande vivacità legislativa nonché da radicali contraddizioni.

Complessivamente, volendo schematizzare, si potrebbe dire che, al contrario di quello precedente, questo ventennio è caratterizzato dalle ragioni politiche che fanno premio su quelle culturali nel processo di emarginazione del codice — si tratti di quello vigente o di quello futuro mai nato — nell'esperienza giuridica del periodo.

Sul piano culturale, infatti, la scienza penale italiana — per merito in particolare di Franco Bricola — dispiega un compiuto e pregevole sistema di costituzionalismo penale, idoneo a costituire la trama fitta e coerente di una nuova moderna codificazione. Ma la politica non riesce ad andare oltre la "novella" del 1974 che, pur dando corpo ad un adeguamento ormai indispensabile, consacra ad un tempo lo stato agonico del codice Rocco e l'impossibilità della sua riforma. Sotto il primo profilo, ovvero, la "novella" tocca non casualmente i gangli più vitali del vecchio sistema, ponendo peraltro le premesse per acute contraddizioni interne che troveranno in seguito la loro esplosione (così per la disciplina del concorso di circostanze, della recidiva, del reato continuato, ecc.), priva com'era di una vera visione di fondo che non fosse quella "disimpegnata" del potenziamento della discrezionalità giudiziale. Sotto il secondo profilo, il ricorso allo strumento novellistico, a confronto della delicatezza dei punti nevralgici novellati, dà la prova certa dell'ormai consolidatasi impossibilità di portare a termine la tanto inseguita riforma "organica".

Poi la scena della politica legislativa penale si anima di contraddizioni. La prima contraddizione si consuma interamente fuori dal codice. Sotto la spinta delle varie "emergenze" (della criminalità organizzata, terroristica, mafiosa) si innesta la spirale della legislazione prima dell'ordine pubblico e poi di contrasto alle varie forme di criminalità che insanguinano il Paese. Appena licenziata, la "novella" del 1974 comincia ad essere ben presto smentita qua e là. Ma soprattutto i tempi truci degli anni Settanta e in parte anche Ottanta condannano all'archivio i conati di riforma del codice: quello penale, prima di tutto, di cui più non si parla; ma poi anche i lavori per il nuovo codice processuale subiscono una lunga battuta d'arresto sul finire degli anni Settanta.

D'altro lato, per contro, è questo anche il periodo in cui i semi gettati dalla cultura penalistica per un rinnovamento del sistema cominciano a dare i loro primi e più significativi frutti, a condizione però che essi vengano coltivati *al di fuori* del codice e della prospettiva del suo rinnovamento. Sono infatti questi gli anni delle "grandi" leggi di riforma. La legge penitenziaria del 1975, in primo luogo, che veicola finalmente la forte idea rieducativa, sebbene la sua collocazione extracodicistica e il suo improprio innesto nel vecchio edificio pongano le premesse per la successiva degenerazione dei "benefici" penitenziari in strumenti indulgenti per la gestione del problema carcerario. La legge del 1981, poi, non per caso intitolata alle "modifiche del sistema penale", che ispirandosi alla fondamentale idea dell'*ultima ratio* realizza per la prima volta un articolato tentativo di razionalizzazione della politica criminale italiana coerente con le linee di tendenza emergenti in sede internazionale. Ma sono anche gli anni in cui gli oggetti e gli scopi di tutela si moltiplicano e si dilatano, riconoscendo dignità di protezione penale ad interessi di rango costituzionale o comunque emergenti nella nuova complessità sociale: cominciano a delinearsi il diritto penale dell'ambiente e il diritto penale tributario, ad esempio. È questa una linea di tendenza, che circonda per così dire il codice di grandi leggi complementari extra codice ma "di sistema", assicu-

rando una vitale modernità al nostro complessivo ordinamento penale sebbene non senza qualche difficoltà di coordinamento. È questa una linea di tendenza che, raccogliendo in qualche modo le sollecitazioni della scienza penale alla razionalizzazione del sistema, è destinata a prolungarsi oltre il ventennio considerato fino ed oltre il nuovo millennio: basti qui ricordare la legge sulla competenza penale del giudice di pace (2000), tanto interessante nella sua ispirazione di fondo quanto fragile nella sua attuazione, ma soprattutto il decreto legislativo sulla responsabilità da reato degli enti (2001), una riforma di grande respiro politico e culturale che sicuramente non avrebbe mai visto la luce se non fosse stata imposta dalle istanze internazionali e soprattutto se ne fosse stata affidata la realizzazione al nuovo codice.

L'altra grande contraddizione del periodo rasenta, almeno in apparenza, il paradosso. Intendiamo alludere al fatto che, mentre la riforma del codice sostanziale viene consegnata all'oblio, quella del codice di rito riesce a vedere la luce nel 1988. Si perfeziona così quell'inversione logica per cui, iniziate le "grandi" riforme da quella penitenziaria senza reimpostare nel codice sostanziale la filosofia e il catalogo delle pene, si procede ora alla riforma dello strumento processuale inalterato rimanendo il quadro di riferimento degli obiettivi e delle condizioni della tutela penale delineato dal legislatore del 1930. È del tutto plausibile interrogarsi sulle ragioni per cui le "sensibilità" della politica siano state alla fine recettive rispetto alle istanze riformistiche del processo, mentre siano rimaste diuturnamente inattuabili da quelle concernenti il diritto sostanziale.

Forse è possibile individuare una pluralità di spiegazioni concorrenti di tale apparente contraddizione. In primo luogo, una ragione di tipo per così dire tecnico-sistemico può essere vista nel fatto che nel codice di rito si avverte con particolare urgenza l'esigenza di quella coerenza sistematica che già era stata pesantemente pregiudicata dalle riforme precedenti: essendo in fondo il processo uno strumento, un "meccanismo" come tale unitario per l'applicazione della norma sostanziale, le innovazioni a macchia di leopardo sono lì più intollerabili che nel codice sostanziale, dove i guasti della incoerenza sistematica sono forse meno immediatamente avvertibili proprio perché non incidono sulla funzionalità complessiva del meccanismo applicativo. In secondo luogo, si può ipotizzare che il processo sia il "luogo normativo" in cui il patto costituzionale tra autorità e libertà alla base del sistema di giustizia penale viene in più diretta evidenza. Così, mutati i riferimenti di fondo di quel patto, la massima urgenza di adeguamento si avverte proprio nel processo. Istruttiva in tal senso è, ad esempio, la lettura del *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* del 1° settembre 2009 dove si dice chiaramente che «considerando che la giustizia e la libertà dipendono meno dalla definizione del crimine che dalla natura delle procedure amministrative e giudiziarie previste per sottoporre un delinquente alla Giustizia, noi abbiamo deciso di cominciare prendendo posizione sugli aspetti più significativi della procedura penale». Infine, ma soprattutto, si può ritenere che nel periodo considerato fosse già interamente spiegato quel fenomeno di trasformazione del processo penale da servo a protagonista della scena della giustizia penale, da strumento per la realizzazione delle funzioni di tutela svolte dalla norma/responsabilità penale a luogo privilegiato di sostanziale esaurimento di quelle funzioni. Con la conseguenza in un certo senso

naturale della maggiore sensibilità ed attenzione della politica nei confronti del processo piuttosto che del diritto sostanziale: in definitiva, le vere battaglie della politica della giustizia penale si giocano sul terreno processuale più che su quello sostanziale dei delitti e delle pene.

5. IL VENTENNIO DEI GRANDI PROGETTI

Il terzo ed ultimo periodo, che comprende l'ultimo decennio del secolo scorso per giungere fino ai nostri giorni, vede una contraddizione che si sviluppa questa volta interamente intorno al codice.

Da un lato, la politica criminale quotidiana lascia infatti le leggi *extravagantes* per intervenire sempre più massicciamente nello stesso tessuto codicistico. A parte taluni interventi di adeguamento ai principi dovuti prevalentemente alla Corte costituzionale (da quello sull'art. 5 c.p. a quelli concernenti i delitti contro la religione o l'*eror aetatis* nei delitti sessuali, ed altri ancora), per il resto le opzioni legislative politicamente più significative si fanno ormai sul codice: da quelle sui nuovi delitti contro le nuove forme di schiavitù a quelle - ripetute - sui delitti contro la pubblica amministrazione, a quelle ancora in materia di prescrizione e di recidiva. In sostanza, la politica è giunta ormai ad appropriarsi anche del codice, che dunque non costituisce più quella sorta di nocciolo duro del sistema, tendenzialmente immune dalle oscillazioni, dagli eccessi e finanche dalle emotività della politica quotidianamente contingente o addirittura elettoralistica. Il fenomeno raggiunge il suo acme quando la politica penale italiana, dopo le fasi dell'ordine pubblico e del contrasto alla grande criminalità, diventa schiettamente politica "sicuritaria". E ad un certo punto la politica securitaria esce dai recinti delle leggi speciali sull'immigrazione e fa il suo ingresso nel codice, sia toccando istituti di parte generale come la recidiva, il bilanciamento delle circostanze, le attenuanti generiche, ecc., sia immettendo un numero inverosimile di nuove fattispecie criminose o circostanzianti che sembrano più uno zibaldone di ritagli di giornali di cronaca nera che efficaci tipizzazioni di fatti dotati di un loro specifico ed autonomo disvalore. Una vera e propria contaminazione del codice che, senza perdere del tutto la sua originaria filosofia autoritario-statalistica, subisce ora l'innesto di quella populistico-securitaria.

Dall'altro lato, il periodo considerato è anche quello della fioritura dei grandi progetti, due di essi addirittura correlati della parte speciale, che si susseguono nell'arco del ventennio tutti senza alcuna fortuna politica. Si tratta di progetti che, pur riflettendo diverse intonazioni di fondo, sono sostanzialmente tutti di pregevole fattura, e nei quali la scienza penale ha potuto riversare - in misura diversa ma sempre significativa - la maturità politico-legislativa acquisita nel ventennio precedente. Questa contraddittoria coesistenza tra il dispiegarsi di un impegno ricodificatorio generosamente profuso nella consapevolezza della sua vanità e lo stabile innesto delle politiche penali contingenti ma realmente significative nel vecchio tessuto codicistico, pone un dilemma acuto ed inquietante proprio sul significato attuale di codice e sul ruolo della scienza penale.

Non par dubbio che la spinta ricodificatoria nasca dalla diffusa consapevolezza che l'originaria trama codicistica non esiste più e che molti sono gli istituti codicistici affetti da incoerenza o inadeguatezza. Ma difficile è anche negare un'altra, sovente taciuta

ta, consapevolezza o, nella migliore delle ipotesi, una illusione non si sa se più generosa od ingenua: e cioè la consapevolezza che un legislatore, che ormai può disinvoltamente far penetrare le proprie politiche di governo securitario nel vecchio edificio codicistico, ben poco interesse può avere al gravoso e rischioso impegno legislativo per un nuovo codice. La situazione si trova ormai in una *impasse* che non appare facile sbloccare.

Al fondo, volendo tentare di collocare lo stato attuale della "questione codice" nel più generale quadro di riferimento della politica legislativa italiana, si potrebbe dire che la vicenda del codice penale come è venuta sviluppandosi negli ultimi anni riflette la più vasta trasformazione dalla democrazia costituzionale alla democrazia maggioritaria. Non ci sono più i presupposti né politici né culturali per una concezione "forte" del codice penale, quale espressione di un ordine stabile e compatto di valori intorno al quale si realizzi un consenso vasto, generale, duraturo ed identitario: un codice, cioè, che partecipi sostanzialmente di una funzione costituzionale fondativa di un ordinamento in cui stabilmente si riconosca la comunità. Al contrario, anche il codice penale è divenuto un campo percorso dalla maggioranza parlamentare al potere, che si serve dell'intervento punitivo penale quale strumento di governo continuato del sociale, da usare con l'arrogante disinvoltura del potere delle maggioranze di volta in volta dominanti.

Ed è proprio questo "scempio", che ormai non si esita più di tanto a fare del codice vigente, che fa ripiegare la scienza su un'accezione debole del codice futuro pur di non rinunciare un po' illuministicamente a quell'idea. Difficile dire quanto in questo atteggiamento vi sia di illusorio o peggio di tatticamente autoreferenziale, oppure di lungimirante strategia per salvare il codice in vista di tempi migliori. Fatto sta che il codice "degrada" la sua funzione da quella forte di ordine sostanzialmente fondativo della comunità a quella debole di strumento prevalentemente di coerenza e ricomposizione razionale del sistema. Certo, in questo senso, non vanno trascurati gli appelli che giungono dalla magistratura perché si torni ad una semplificazione razionale e ordinata di molti istituti, come - per citare un esempio tra i tanti - quello delle circostanze e del loro bilanciamento. E in questo senso Giuliano Vassalli, proprio qui a Bologna in questa stessa aula, nel 2002, dava prova della sua grande saggezza quando, con quel misto di amara consapevolezza e di forza ideale che gli era proprio, dichiarava che: «[I]a riforma del codice - iscritta al dodicesimo ed ultimo posto del programma dell'attuale governo in materia di giustizia - è ormai prevalentemente, almeno a mio avviso, questione di ordine, di chiarezza, di serietà, nell'intento di contribuire anche su questo versante alle esigenze di un miglioramento complessivo della giustizia. Un compito che potrebbe anche apparire modesto rispetto a taluni grandi disegni del passato, alla lotta tra le scuole penalistiche, alla ricerca di uscite dal diritto penale tradizionale. Un compito tuttavia che è doveroso svolgere senza perdere inutilmente del tempo nell'inseguire fantasie, per non dire fantasmi, o in continui rimaneggiamenti parziali che troppo spesso hanno contribuito ad accrescere incertezze e disordine».

6. RIPIEGAMENTO SU UN'IDEA "DEBOLE" DI CODICE

Ma chi potrebbe avere l'interesse e le capacità per condurre in porto un simile progetto? Come trovare le condizioni necessarie per una siffatta operazione che, quan-

tunque di ripiegamento, rimane pur sempre altamente impegnativa? Certo, non sarà la classe politica a smaniare per una revisione del codice al fine di recare maggiore ordine, chiarezza e coerenza al sistema. Non solo perché si tratterebbe di operazioni politicamente svantaggiose, dato che all'alto impegno legislativo che essa comporta non corrisponderebbe un proporzionato ritorno elettorale. Ma anche perché, a ben vedere, quell'esigenza di ordine e sistematicità è proprio del tutto estranea all'*habitus* mentale di legiferazione dell'attuale classe politica, che ha fatto dell'estemporaneità e dell'improvvisazione legislativa il suo ordinario - e conveniente - *modus operandi*.

Ma anche la scienza penale non sembra trovarsi nelle condizioni spirituali e culturali adatte per realizzare neppure l'idea "debole" del codice. E ciò nonostante che, con un paradosso non infrequente sotto il cielo dell'accademia, non manchi chi non sa ammirevolmente rinunciare all'idea che proprio il nuovo codice possa finalmente essere il cavallo di Troia attraverso il quale reinserire nel sistema penale l'antico e nobile spirito illuministico del diritto penale; addirittura immaginando una sorta di processo di costituzionalizzazione del codice attraverso ad esempio la formulazione di una vera e propria "riserva di codice" in materia penale. A parte ciò, pare però che quella "liquidità", di cui Zygmunt Bauman cosparge ormai a piene mani ogni fenomeno sociale, abbia pervaso anche la scienza penale e soprattutto il suo atteggiamento spirituale dinanzi alla riforma del codice.

Con insistenza gli ultimi progetti di nuovo codice sottolineano come, pur con le naturali diversità, essi si collochino tutti lungo una linea di assoluta continuità, essendo tutti e ciascuno espressione di un patrimonio culturale ormai comune e diffuso: legalità, colpevolezza, offensività, *ultima ratio* sono divenuti *leitmotiven* imprescindibili per qualunque lavoro di riforma del codice. E in effetti i progetti di cui si parla sono davvero cosa ben diversa da quelli più scialbi del primo ventennio repubblicano: oggi domina il retroterra del costituzionalismo penale quale imprescindibile *humus* da cui si alimenta la riforma. Vero tutto ciò, non è però possibile ignorare che la solidità di questo compatto patrimonio culturale si scioglie quasi come neve al sole al cospetto di una scienza penale tuttora incapace di trovare l'unità - o almeno un consenso generalizzato - su molte questioni nodali di un'ipotetica riforma. Contribuendo così a sviare l'attenzione delle forze di governo da un impegno che, politicamente poco gratificante, non vede nemmeno la cultura penalistica capace di esprimere quella unitaria "forza di volontà" necessaria per superare diffidenze politiche e obiettive difficoltà strutturali.

Ed in effetti una prima causa di possibile impantanamento consiste nella disputa, non sopita e degna di miglior causa, sul rapporto tra dogmatica e codificazione: ancora oggi è presente il rischio di quell'accademismo molto autoreferenziale per cui addirittura le grandi opzioni dogmatiche - una volta messe in luce le loro riposte valenze politico-criminali - non potrebbero essere ignorate dallo stesso ordinamento del nuovo codice penale. Ma, a parte ciò, i problemi reali si pongono sul piano delle più specifiche opzioni di disciplina dei singoli istituti, ove il catalogo delle contrapposizioni o quantomeno delle divergenze di opinioni è ancora lungo e soprattutto tuttora caratterizzato da una certa rigidità dalle parvenze appunto molto accademiche. E, d'altra parte, l'esperienza storica insegna che - nonostante tutto -

la partecipazione accademica è assolutamente imprescindibile, almeno per ora, per l'opera ricodificatoria.

Non è qui ovviamente possibile scendere in dettagli, ma non possiamo però esimerci dal dare un'idea, almeno in forma eleniativa, dei punti di maggior contrasto od incertezza ancora esistenti. E così, permane aperta la disputa se mantenere o meno la distinzione tra delitti e contravvenzioni. Non pienamente appagante appare ad alcuni la tassativizzazione legale nel codice delle posizioni di garanzia. La responsabilità da rischio totalmente illecito continua ad essere proposta da taluno come una soluzione logicamente autoevidente mentre altri ne negano la compatibilità con il principio di colpevolezza. Il dolo eventuale non riesce ad uscire dall'alternativa tra rappresentazione e volontà, così da non escludere addirittura l'idea di una sua possibile estromissione dal sistema. E anche per quanto concerne il sistema sanzionatorio, ove più imperiosamente s'impone la necessità di una riforma razionalizzante anche in ragione delle immediate ricadute pratiche applicative di una disciplina ormai "disintegrata" e ove in fondo l'idea dell'*ultima ratio* della pena detentiva può dirsi acquisita, i punti di vista divergono non poco. C'è infatti una prima tendenza (propria del progetto Pagliaro in particolare) a valorizzare la sospensione condizionale della pena detentiva facendone il "luogo" privilegiato per l'ingresso delle sanzioni alternative. C'è poi una seconda tendenza (caratteristica del progetto Grosso) a costruire una ampia tipologia di sanzioni non detentive come autonome *species* sanzionatorie in linea di principio sottratte alla sospensione condizionale. C'è ancora una terza tendenza (espressa dal progetto Nordio) a riaffermare il ruolo centrale della detenzione quale "criterio" generale di misurazione del disvalore dei reati, con conseguente abbandono della pena pecuniaria e previsione però di sanzioni sostitutive. C'è infine l'aspirazione (presente nel progetto Pisapia) ad un rilancio dell'idea riabilitativa con conseguente generalizzato potenziamento dei contenuti trattamentali e notevole moltiplicazione delle specie sanzionatorie.

7. IN ATTESA DI TEMPI MIGLIORI

Dunque, nonostante il ventennio di pregevoli lavori preparatori e nonostante il consenso sui principi di fondo ispiratori, non ce la sentiremmo di scommettere sull'attuale esistenza di un orientamento culturale che sappia rinunciare a certe rigidità accademiche per rendersi disponibili alle condizioni favorevoli ad un'efficace progettazione normativa del nuovo codice. Ma, a parte ciò, sono le condizioni culturali di contesto e strutturali ad essere sempre più ostili a quell'impegnativo lavoro di progettazione.

In primo luogo, nel clima politico-legislativo attuale non è più dato scorgere un orientamento realmente condiviso sulla stessa funzione della pena: la lunga e martellante campagna securitaria ha infatti diffuso una logica di *esclusione* del tutto antitetica all'idea riabilitativa del *reinsediamento*, che d'altra parte continua nonostante tutto a non essere abbandonata da alcune anime generose, oltre a far bella mostra di sé in Costituzione. Così che alla fine l'arco delle convinzioni in materia si tende tra estremi davvero opposti.

In secondo luogo e più in generale, sembra profilarsi una sorta di preoccupante

ambiguità nel rapporto tra codice e democrazia e tra codice e società del rischio. Sotto il profilo del rapporto con la democrazia, non c'è dubbio che il codice continua ancor oggi ad assolvere il ruolo di strumento prima di tutto conoscitivo dei confini di liceità, corrispondendo così ad una forte istanza "sostanzialmente" democratica di accessibilità ed evidenza del patto sociale e costituzionale incarnato nella penalità. Un'istanza viepiù confermata e ribadita dalle istituzioni internazionali di tutela dei diritti dell'uomo. Ma, per contro, proprio nella sua valenza di strumento di consolidazione di un sistema compatto e tendenzialmente stabile di valori fondativi, il codice si pone in potenziale antitesi con un'idea e una realtà di democrazia fatta più che altro di pluralità e mobilità dei valori sociali.

Sotto il profilo, poi, del rapporto con la società del rischio, il codice può forse contribuire ad appagare quell'esigenza di certezza regolativa dei limiti del rischio caratterizzante le principali attività della modernità, quali - per fare qualche esempio significativo - l'attività d'impresa, quella di utilizzazione delle fonti energetiche, quella medico-sanitaria: è noto come i soggetti agenti in tali attività insistentemente chiedono, più che riduzioni dell'area di responsabilità, certezza nella delimitazione dell'area del rischio consentito. Per contro, non manca però la consapevolezza che l'efficace gestione del rischio nella postmodernità presuppone più conoscenze che regole, con la conseguente necessità di formule normative che, per dare effettivo ingresso alle conoscenze tecniche e scientifiche, finiscono per essere tendenzialmente vuote o almeno aperte. Con l'ulteriore conseguenza di un sostanziale ridimensionamento del problema definitorio di molti istituti cruciali, quali ad esempio la causalità e la colpa, che tradizionalmente hanno sempre costituito l'impegno più appassionante del lavoro ricodificatorio.

Infine, e su un piano ancor più generale, che dire delle condizioni di contesto ordinamentale e politico-istituzionale in cui dovrebbe inquadrarsi il progetto di un nuovo codice? Allo stato attuale, il quadro complessivo della giustizia penale è talmente disastroso che la riforma del codice dei delitti e delle pene sarebbe come una gemma gettata in un mare di povertà e desolazione: nessuna proporzione sussisterebbe tra l'arduo lavoro intellettuale e politico necessario a redigere il nuovo codice e le sue pratiche conseguenze in termini di miglioramento della giustizia quotidianamente amministrata nelle aule giudiziarie. E ancora: lo stato di conflittualità che si è raggiunto - e fomentato - nel campo della giustizia penale è talmente acuto e virulento che l'improbabile lavoro di riforma del codice finirebbe per essere fatalmente condizionato dal generale clima di reciproca diffidenza, sospetto se non addirittura di intolleranza ed aggressione; così che, ammesso per assurdo che si arrivasse a produrre qualcosa, il prodotto non potrebbe che risentire di quel clima, risultandone pertanto snaturata la natura di strumento di consolidazione e quasi fondativo di una data comunità sociale.

Eccoci dunque alla conclusione. La progettazione di un nuovo codice dei delitti e delle pene rischia oggi, oltre e più che l'inerzia o l'insuccesso, il definitivo corrompimento dell'idea stessa e della funzione di questo strumento normativo che è stato vanto della cultura penalistica e ambizione della politica. Già s'è detto del ruolo del tutto secondario del codice sostanziale rispetto a quello di rito nello sciogliere i *realti nodi* del rapporto tra autorità e libertà. Già s'è detto di come l'invasione delle brutali

logiche securitarie e più in generale di politica contingente e populistica abbia aggredito il codice in una delle sue più intime connotazioni, quella della tipizzazione degli illeciti secondo modelli che sappiano "ordinatamente" dominare o almeno non subire la fenomenologia criminosa. Oggi si profila altresì il rischio di un corrompimento ancor più radicale e nello stesso tempo per nulla disdicevole. Non c'è invero nulla di disdicevole nella recente elaborazione e promulgazione di un *codice delle misure di prevenzione*: anzi, è istintivo un moto di compiacimento ed apprezzamento per il proposito di trarre questa materia dal vero e proprio caos normativo in cui deplorevolmente versa. Ma si sosti solo un attimo a riflettere più a fondo. Un *codice delle misure di prevenzione*. Il che val quanto dire che il monumento principe della nobile tradizione classica ed illuminista, lo strumento col quale si è inteso dare ordine razionale e costituzionale alla penalità in nome della libertà, viene ora piegato alle esigenze di quell'armamentario intrinsecamente illiberale, poliziesco ed estraneo alla dimensione vera della "responsabilità" e della "libertà" che è costituito dalle misure di prevenzione.

Non c'è niente da deplorare in questo recente prodotto legislativo, dicevamo. Ma prendiamo atto che, quasi senza accorgersene, il "codice" ha rovesciato la sua cifra culturale originaria.

1337 RESPONSABILITÀ DISCIPLINARI DEI MAGISTRATI E MISURE CAUTELARI

Il d.lg. n. 109/2006 ha riscritto la disciplina delle misure cautelari a carico dei magistrati, seguendo di sostanziale continuità con quella in precedenza dettata dagli artt. 30 e 31 della legge sulla magistratura. Fa eccezione l'introduzione del trasferimento provvisorio, in parziale sostituzione d'ufficio, prima riservato esclusivamente alla competenza amministrativa del CSA certamente positiva poiché amplia i casi in cui la deroga al principio costituzionale dell'insediamento in sede giurisdizionale. Tuttavia, l'incedere disordinato della produzione legislativa e le modifiche introdotte senza adeguato coordinamento dalla legge n. 269/2006, hanno reso i diversi punti incompleti o poco chiari.

Sommario 1. La nuova disciplina delle misure cautelari disciplinari. — 2. Il procedimento cautelativo obbligatorio. — 4. La sospensione facoltativa. — 5. Questioni comuni alle due ipotesi. — 6. Il trasferimento provvisorio ad altro ufficio (art. 22) ed il trasferimento ad altra sede o ad altra funzione in via cautelare e provvisoria (art. 13). — 7. Il trasferimento per incompatibilità. — 8. Il ricorso per cassazione. — 9. La cessazione delle misure.

1. LA NUOVA DISCIPLINA DELLE MISURE CAUTELARI DISCIPLINARI

Nelle more dell'inizio o della definizione del procedimento disciplinare gli artt. 13, 21 e 22 del d.lg. n. 109/2006 (le cui disposizioni saranno d'ora in poi citate col solo numero dell'articolo), come già gli artt. 30 e 31 del r.d.lg. n. 511/1946, prevedono la possibilità di misure cautelari, dirette ad evitare che, nel tempo necessario per l'accertamento della responsabilità disciplinare, il mantenimento del magistrato nella stessa sede o nelle stesse funzioni o, comunque, nell'esercizio di funzioni, in una situazione di menomata credibilità, possa compromettere o ulteriormente compromettere il prestigio e l'immagine dell'ordine giudiziario e «minare la necessaria fiducia che i cittadini debbono riporre nel magistrato»⁽¹⁾. Proprio in considerazione della loro funzione, le misure cautelari non partecipano della natura delle sanzioni disciplinari⁽²⁾, anche se la sanzione che potrebbe in concreto essere irrogata (*idest* pronosticata) resta normalmente nello sfondo e giustifica il tipo di misura applicabile⁽³⁾.

In particolare, indipendentemente dall'inizio del procedimento disciplinare, è prevista la sospensione cautelare obbligatoria dalle funzioni e dallo stipendio, con collocamento fuori dal ruolo organico, del magistrato sottoposto a procedimento penale ed attinto da una misura cautelare personale (art. 21, comma 1).

Inoltre, «anche prima dell'inizio del procedimento disciplinare», può essere dispo-

⁽¹⁾ CSM ord. n. 11/2009, ud. 19 gennaio 2009; CSM n. 3627, in *Foro it.*, 1973, I, c. 2542.

⁽²⁾ ord. n. 132/2002, ud. 17 dicembre 2002.

⁽³⁾ CSM ord. n. 4/2007, ud. 19 gennaio 2007.

⁽⁴⁾ In questo senso già Sez. un., 20 dicembre 1972.