



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

## **“Gli ottant’anni del Codice Rocco” Bologna 19 - 20 marzo 2009**

### *1. Premessa.*

Nel 2010 il codice “Rocco” compie ottanta anni. Il “*compleanno*” del codice penale che - nonostante le amputazioni e i rimaneggiamenti subiti - è tutt’ora in vigore, ha suggerito il tema del nostro prossimo convegno.

L’incontro non mira a una nuova, ennesima rassegna più o meno completa di contenuti “da riformare”. L’obbiettivo è piuttosto quello di interrogarsi sullo stato attuale del sistema penale con riferimento al problema della codificazione: sulla possibilità, la plausibilità, e sull’attualità permanente, o irreparabilmente superata, di quel progetto. Muovendo dalla “situazione spirituale” del legislatore penale italiano, o eventualmente europeo, oggi, cerchiamo risposte e soluzioni a quesiti di fondo, quasi preliminari rispetto al tema complessivo e anche molto tecnico della ricodificazione in materia penale oggi.

### *2. Le ragioni forti della necessità “costituzionale” di un codice.*

Può forse ritenersi che, in realtà, il codice Rocco non ci sia più; che viva ormai nelle paure retrospettive e tra i fantasmi che coltiviamo per conservare un qualche idolo polemico diverso dagli innominati costruttori delle leggi attuali. Un idolo molto più grande, più potente, che corrisponde al mito del legislatore forte e coerente. Il costruttore di un vero “sistema”, pensato e redatto in un laboratorio dove operavano giganti. Noi, che sediamo sulle spalle di quei giganti, dovremmo solo per questo avere una visione più profonda ed estesa. Invece, navighiamo a vista.

Pensare artificialmente che sia ancora in vita, come idolo, il codice Rocco, anche quando sappiamo che ha vissuto sotto il fascismo solo 13-15 anni, e 65 sotto la Repubblica, conoscendo trasformazioni ormai radicali e irreversibili, svolge forse una funzione più profonda di legittimazione giuridica: serve a mantenere viva l’idea del sistema, come se un sistema, in effetti, ci fosse ancora.

Ma forse lo stesso sistema non c’è più. Ce ne sono tanti, e tutti in cerca non diciamo di un autore che li coordini, ma almeno di una base o di una prospettiva armonizzatrice. Quella base può essere in parte la Costituzione, insieme, oggi, a tanti altri principi sovranazionali di diversa origine e applicazione. E’ sempre più chiaro, però, che la sua costruzione è un obiettivo, anziché una premessa. Ne supponiamo l’esistenza, perché esso giustifica il nostro ruolo di interpreti del sistema stesso. Ciò vale per tutti: legislatore, magistrature, studiosi, operatori. A questo serve, forse, il conservare l’idea di un codice Rocco ancora vivente, magari rinnovato e anzi “novato” dalla Costituzione e dai valori attuali.

Certo. Del Codice Rocco l’Italia repubblicana e democratica ha accettato molte eredità, sì che esso non è più il codice dell’Italia fascista, se mai lo è stato per quei larghi settori del tutto indifferenti all’ideologia dell’epoca, spesso più

autoritaria, che fascista. Si potrà tentare di redigere un nuovo inventario di quelle eredità indiscusse per decenni e anche di alcune a lungo criticate e avversate, e magari oggi nuovamente in voga. Già lo si è fatto tante volte, anche rispetto alla “continuità” tra autoritarismo liberale e fascista.

Ma altrettante e più numerose, nella sostanza, sono state le trasformazioni: a cominciare dal sistema sanzionatorio e penitenziario, dai rapporti con le sanzioni amministrative, per continuare con le mini e mega riforme interne al libro secondo (dei delitti), dove molti titoli sono oggi profondamente riscritti e altri attendono la medesima sorte, e per concludere con lo svuotamento sostanziale del libro terzo (delle contravvenzioni) per una parallela opera di gigantesca crescita di fattispecie extracodicistiche.

Queste novelle complementari, peraltro, si sono sempre più allargate ai delitti là dove vi era necessità di legislazioni “moderne”, perché lì i reati non fanno bella mostra di sé in una passerella generale dentro al codice, magari destinati a “chiunque”, ma sono scritti in modo operativo insieme a norme extrapenali, amministrative, processuali, ordinamentali, che aggrediscono un fenomeno o un microsettore mediante sottosistemi giuridici di “intervento”, e talora dichiaratamente “di lotta”, indirizzati solo apparentemente a chiunque, ma spesso a tipologie ben qualificate di autori (reati propri) o di criminalità (tipologie criminologiche). E’ pure possibile che qualche fattispecie nasca da un intervento “integrato”, costruito in una legge *ad hoc*, e poi entri nel codice, staccata dalla sua origine. Ma l’origine (e la ‘funzione’) della fattispecie non muta.

Passando poi alla “parte generale” del codice Rocco, a dispetto del permanere di moltissimi degli articoli originari, basta leggere che cosa dicono e pensano giudici, avvocati e docenti dei corrispondenti istituti, rispetto a quello che sugli stessi si scriveva negli anni Trenta. Dovremo ammettere che tra legislatore, Corte costituzionale, approccio costituzionalistico, interventi europei e sovranazionali, modifiche extracodicistiche provenienti da numerose e importanti riforme quali quella in tema di circostanze del 1974 (controriformata nel 2005), quelle sull’ordinamento penitenziario del 1975 e del 1986, quella sulla depenalizzazione del 1981, quelle sulla competenza del giudice di pace, quella sulla prescrizione del 2005, quella sulla responsabilità delle persone giuridiche, etc., il “sistema del 1930” è solo lo scheletro del codice di oggi: quasi immutato nelle “forme di manifestazione” (tentativo e concorso di persone, in particolare) e in larghe parti delle circostanze, ma profondamente diverso nella lettura più centrale del reato, nei rapporti tra ‘fatto’ e autore’, tra ‘offensività’ e colpevolezza’, tra pena in astratto e pena in concreto. Il ruolo dei reati colposi e di quelli di pericolo, dei “sottosistemi” e delle stesse riforme di sistema extracodicistiche, sembra aver mutato l’identità del reato e della pena.

Certo, sopravvivono e, anzi, ricevono nuova linfa le norme che sanzionano i delitti contro lo Stato e la sua “sicurezza”. Rimangono le vecchie fattispecie di falso, o i delitti contro l’economia pubblica e l’ordine pubblico, quelli contro l’incolumità pubblica. Ma essi in parte sono stati riscritti “altrove”,

e in parte potrebbero essere ricuciti nel tessuto del “vecchio” codice, come è successo per il resto. Ciò può accadere già domani, non appena si presenti l’occasione politica contingente. Uno dei dati più incredibili riguarda, piuttosto – ed è fenomeno tutto italiano – l’incapacità politica di riscrivere i delitti contro la vita. Un esempio significativo dell’accidia parlamentare su una questione di fondo, dove le tensioni laici/cattolici rappresentano un blocco storico, più che una volontà di mediazione. Se la vita resta il bene più importante nella tavola dei valori si può pensare che, solo quando lo si potrà aggiornare saremo in grado di riscrivere tutto il codice che dal rango di quel bene trae la base assiologica delle gerarchie del sistema sanzionatorio e dei beni giuridici.

Anche qui, peraltro, non interessa tanto “chiunque cagiona la morte di un uomo”: interessano le morti bianche, quelle da circolazione stradale o da rischio industriale, quelle per droga, per abusi o patologie sessuali, quelle da maltrattamenti in famiglia, quelle di mafia e del crimine organizzato, ovvero per l’uso statale delle armi e le guerre di aggressione, i genocidi e i crimini contro l’umanità; interessano le morti negate, per i divieti di morire che discendono dal dovere di vivere soffrendo. Tutto questo è moderno, mentre il precetto generico, il non uccidere, è ancora troppo solo un comandamento. Eppure, da quel comandamento si origina tutto il resto, ed esso continua a riassumere il senso ultimo dei nostri valori. Dobbiamo assolutamente, perciò, saperlo collocare *di nuovo* in modo credibile dentro al codice, non solo in qualche legge speciale, e in un ordine dei valori attuale e condiviso.

Fatto quest’ultimo passo, potremmo essere davvero in grado di ripensare il tutto. Ma anche noi siamo cambiati nel frattempo, e non viviamo più nello “statu nascenti” del costituzionalismo penale degli anni Settanta.

L’approccio costituzionalistico rispondeva a una crisi del codice Rocco negli anni Settanta, però nel frattempo è entrata in crisi l’idea stessa di codice.

La progettazione nazionale, dopo tanti “insuccessi” ministeriali, è defatigata. Quella individuale o di ricerche di gruppo, è solo poco più di una “testimonianza”. Molti vivono ormai nel disincanto. Ci sono i comparatisti itineranti, in cerca di un Principe europeo, che si sovrapponga dall’alto al proprio Paese. Molti, fra i giovani, pensano all’Europa (quella di Strasburgo), cercando lì le fonti o le chiavi di lettura di una nuova “volontà di potenza” penale, perché è là che si decidono troppe cose che i Parlamenti nazionali sono destinati a recepire.

Ecco, se non esiste più *veramente* il codice del ‘30, esiste però un ordinamento complesso, nazionale e sovranazionale, che offre del ‘penale’ una visione frammentaria e molteplice, intessuta di tante stoffe e dalle mille taglie. Questo Arlecchino che sta sempre all’ascolto della politica – quella dei Parlamenti nazionali e non, delle Corti e dei giudici, ma anche degli interpreti dell’ordinamento extrapenale che si impongono spesso al penale “dal basso” della piramide delle fonti – e talora all’ascolto della scienza (qui c’è una varietà di voci davvero pluralistica, ben lontana dalla “dogmatica” tradizionale), vive da tempo una stagione incerta.

Incerta soprattutto è la sorte dell'idea stessa della progettazione di un codice nuovo, anche solo per raccogliere, coordinare e riassumere le fatiche di tante Commissioni che l'industria, la generosità e l'ambizione di molte generazioni di penalisti hanno composto, sotto l'impulso di diversi Governi del passato.

Quei penalisti sono oggi comprensibilmente scettici e si sentono defraudati: hanno dato senza molto ricevere, perché la politica li ha utilizzati per iniziative "generali" di facciata, che hanno prodotto studi ed elaborati spesso di notevole significato, ma senza seguito; mentre le iniziative efficaci, dove le scelte si sono tradotte in legge, si originavano in altri luoghi. Ecco, possiamo dire che la progettazione realizzata è stata molto settoriale e spesso priva di un disegno, ma capace di dare vita, per effetto cumulativo, a depositi e stratificazioni che condizioneranno ogni nuovo disegno.

In questo clima politico si riflette anche una situazione spirituale. Le riforme generali non sono politicamente redditizie per chi ha responsabilità di governo. Cessato il tempo delle ideologie, per incidere sui fenomeni si studiano progetti di settore. Ma è possibile che un intervento - che sia insieme complessivo e interdisciplinare (leggi civili, amministrative, processuali etc.) - sia possibile dentro a una riforma generale del codice penale? La stessa eguaglianza delle soluzioni generali (un altro mito dell'età delle codificazioni: la realizzazione dell'eguaglianza formale partendo da poche norme rivolte a tutti) pare scontrarsi con la necessità politica di differenziare gli interventi.

Eppure il codice come decalogo era una forma classica di *ius dicere*, di fare giustizia. Le leggi di intervento, di contrasto e di lotta sono invece strumenti politici per neutralizzare pericoli e autori. Che cosa c'entra tutto ciò con la giustizia penale? E come si può anche solo immaginare di costruire un codice partendo da questa "situazione spirituale"?

Può un codice penale diventare *solo* uno strumento di politica criminale, come tante leggi speciali, senza restare ancora, almeno *anche* un decalogo? Una tavola dei valori con una loro gerarchia e un ordine interno? O non è inevitabile e, comunque, opportuno fissare in modo paradigmatico la via maestra di un doppio binario di intervento: uno codicistico e uno di leggi complementari, quali "costanti" dell'intero sistema penale? Dove si assegni al Codice la funzione di esprimere una tavola dei valori fondamentali quale "Costituzione in negativo" (che attua *oggi* la Costituzione nell'intero ordinamento sul piano dei precetti e delle risposte extrapenali, e sanziona "in negativo", dopo averle selezionate, le violazioni più gravi di rilevanza penale, sì da rileggerne qui, attraverso le pene, l'ordine gerarchico costituzionale "attualizzato"), che resti la cabina di regia di tutto il sistema, insieme a un complesso organico di leggi complementari espressive della "modernità" di un intervento integrato, prodotto necessario di una politica criminale più dinamica?

Coltivata a lungo la prospettiva di un codice che combattesse la decodificazione, cioè le leggi fuori di esso, l'opinione di parte degli addetti ai lavori (dopo i dibattiti dell'ultimo decennio sul diritto penale minimo e il ruolo

delle leggi penali complementari) sembra oggi accettare l'idea di quelle due costanti, una "classica" e una "moderna": codice e leggi complementari *insieme*, anche se a certe condizioni (riserva di codice, leggi organiche, ecc.).

Altrettanto svanita sembra l'illusione di ottenere efficacia e certezza della pena attraverso le riforme del processo senza un paradigma che ci illumini sul senso della pena che irrogiamo: paradigma che, se non è codicistico, di un codice come Costituzione attuata, non può avere altre fonti specifiche, se si eccettua quella della Costituzione, che deve però essere attuata "per legge", prima che "per sentenza".

La pena certa, anche se da sempre realizzata per certi tipi d'autore e di reati, e mai per altri, non risolve da sola il problema del suo fondamento e del suo significato nella società moderna, riuscendo solo ad attingere dai moti irrazionali amplificati dalla stampa e dalla politica quotidiana le continue e ondegianti derive del giustizialismo e della voce vendicativa delle vittime, delle guerre ai nemici pubblici di turno attraverso il diritto penale, salva la periodica pietà per le condizioni insopportabili delle carceri. Una volta, però, a fronte di questa pleora si invocavano le amnistie; oggi si chiedono nuove galere.

La comparazione dimostra che anche da governi non autoritari possono uscire l'input e la forza per attuare un codice penale, ma senza il contributo della scienza penale un buon codice non si può redigere. Di qui la ritrosia di vari Governi a farsi "imbavagliare" da scelte di commissioni di tecnici su troppe questioni che li vedrebbero esautorati, o impossibilitati a riordinare autonomamente il "tutto". La storia nazionale ci insegna, inoltre, anche che i codici non si fanno quando si vogliono solo avere le mani libere per attuare, alla bisogna, politiche contingenti, per dare apparente sicurezza mediante l'arma penalistica come mezzo di consenso politico. Ma si tratta di scelte miopi, la cui responsabilità ricade sulla classe politica, e le cui conseguenze investono peraltro tutta la società. Se mai qualcuno volesse perpetuare l'impressione di un diritto penale irrazionale, diseguale e asservito a logiche di potere, dovrebbe continuare così. C'è da chiedersi se un codice-Costituzione possa tentare seriamente di proporre l'obiettivo di una razionalità di sistema, per quanto provvisoria e nei limiti che il 'penale' in sé consente. L'interpretazione, infatti, non è in grado di "aggiustare tutto a posteriori" o di creare un ordine davvero mai pensato prima. Ci sono limiti naturali, oltre che costituzionali.

Ci si può altresì interrogare se la prospettiva attuale, in assenza di progetti che riprendano l'idea di un patto costituzionale sulla libertà, qual il codice penale indubbiamente è, sia quella della decodificazione, già ampiamente realizzata, oppure quella consistente nel simulare l'esistenza di un codice in realtà scomparso: e ciò al solo scopo di presupporre un ordine originario senza il quale ogni interpretazione sarebbe senza rete, senza basi, senza orizzonte.

### 3. *Le perplessità che emergono dal clima legislativo odierno.*

Le constatazioni appena svolte sull'esistente inducono anche ad una riflessione sul contesto storico e politico in cui è maturata l'attuale fisionomia del sistema.

Dalle pagine scritte 30 anni fa in occasione dei 50 anni del Codice Rocco e apparse su un umero speciale della rivista *La Questione Criminale* affiora una continuità con gran parte delle questioni ancora oggi sul tappeto. Perdita di centralità del Codice; proliferare della legislazione complementare e di emergenza; assenza di un disegno organico riconducibile all'impianto costituzionale; dialogo problematico tra politica e scienza penalistica; irresolutezza dell'affrontare la questione basilare degli scopi della pena.

Le accennate somiglianze non debbono tuttavia trarre in inganno, accreditando l'immagine di una immobilità che esprimerebbe la costante riproposizione di un dover essere della penalità utopistico quanto velleitario.

A ben vedere il contesto di 30 anni fa, rispetto ad oggi, manifestava notevoli e significative diversità.

Se il problema irrisolto era costituito sempre dalla riproposizione del modello codice, quanto a scelte e contenuti, vivaci e propositive erano le istanze volte a portare avanti, soprattutto attraverso le voci dei penalisti, programmi di modernizzazione, razionalizzazione e umanizzazione del sistema. E il *trend* legislativo, almeno in taluni casi, vi aveva corrisposto.

Negli anni '70 e '80, pur con tanti chiaroscuri vi fu la riforma penitenziaria e psichiatrica, la novella del 1974 che, con tutti i limiti allora segnalati, quanto meno aveva ammorbidito un sistema punitivo esasperato e classista.

In materia di droga si era comunque superato il proibizionismo totale della legge del '54.

Vi era un dialogo tra Corte costituzionale e comunità dei penalisti che contribuì alla riforma del 1990 (reati contro la pubblica amministrazione e imputazione delle circostanze).

Il sistema resse - pur con qualche non piccola crepa - l'impatto del terrorismo senza rinnegare questo clima nel quale si colloca anche una riforma codicistica, quanto meno tentata, quella del processo.

Un'aria ed un contesto ben diversi da quelli attuali che, forse, attenuandosi, durano fino alla fine degli anni '90, fino ai lavori della Bicamerale, cessando insieme al fallimento di quella esperienza.

Ed è purtroppo da condividersi la svalutazione del pur meritorio e generoso impegno di tanti penalisti che hanno operato nelle commissioni di riforma da quella Grosso in poi.

Il cambiamento di clima comportò una sorta di sordo parallelismo tra incedere della legislazione ed elaborazioni - in taluni casi sagge ed eleganti - dei giuristi in commissione.

La disorganicità e la fuga dal codice rimproverata alle riforme 30 anni fa, appare un peccatuccio veniale, se confrontata con gli avvenimenti successivi, con quanto avvenuto a cavaliere del terzo millennio e fino ad oggi.

Cosa è accaduto? Difficile sapere cosa determini il mutare dei venti, se ne può però identificare il senso.

Qualche riflessione ulteriore può essere, ad esempio suggerita, dal guazzabuglio degli ultimi "pacchetti sicurezza".

Un'accozzaglia di norme che accanto a temi di maggiore rilievo (l'immigrazione) trattano aspetti settoriali, a volte ridicoli. Ebbene un filo conduttore può ipotizzarsi che vi sia. In tutti i casi si tratta di temi radicati in più o meno importanti richieste di intervento provenienti dalla società. E' la pervasiva domanda di sicurezza di cui si è parlato al Convegno di Modena.

Queste domande - si badi da sempre socialmente espresse: le statistiche criminali, per altro, riservano sempre sorprese sull'evoluzione quantitativa dei fenomeni presentati come allarmanti - implementano direttamente la ricerca di consenso politico da parte dei governi, senza alcuna mediazione ideologica. Soprattutto in Italia i grandi partiti di massa del Novecento, collocavano le richieste e le aspettative provenienti dalle rispettive basi sociali all'interno di un disegno ideologico progettuale ed organico.

Se è pur vero che la politica criminale ha costituito il ventre molle dell'essere comunista, socialista, democristiano, laico etc., le spinte vendicative, il panico morale, l'allarme e i fastidi per il diverso, trovavano mediazione e contenimento nell'ambito di complessive prospettive emancipatorie ed umanistiche che accomunavano le diverse ideologie. Una realtà che si era espressa nell'ossatura costituzionale, ma anche nelle importanti figure di giuristi-politici sulla scena fino agli anni '90. Tutto questo non esiste più, a cominciare da quei partiti.

Il consenso, i voti, la benevolenza dell'opinione pubblica, si conquistano proponendo ossessivamente e immediatamente la ricetta del punire. La legislazione penale è divenuta operazione di marketing elettorale. Offerte continue al ribasso, per le libertà, al rialzo quanto alle pene ) in base a logiche dominate dai *media*.

Nel nuovo e incertissimo panorama della nostra democrazia, tutti corrono per punire di più. Consenso e fortuna baciano chi la spara più grossa. Se qualche differenza si può cogliere, essa riguarda solo i gusti di quello che si ritiene tradizionale elettorato di riferimento (qualche morbidezza a sinistra per la droga, ad esempio. Tutti d'accordo su violenza sessuale e crimine organizzato).

La pena, il luogo da cui sempre si dovrebbe muovere per ricostruire qualsiasi idea di sistema penale, resta fuori da questa narrativa.

Quanto viene promesso agli elettori è una indistinta incapacitazione inflitta ai responsabili delle loro insicurezze quotidiane. Grandi e piccole.

Se le carceri non bastano, se ne costruiscano in continuazione.

Se la pena è stata espiata o le regole impongono che non si possa continuare a infliggerla anticipatamente, si grida allo scandalo, si ispezionano i tribunali. Si invoca la punizione di cattivi punitori.

Ma torniamo agli 80 anni del Codice Rocco.

All'idea nobile di un Codice-Costituzione, si può forse contrapporre una riflessione, forse un po' provocatoria. Uno sguardo alla più recente novellistica non potrebbe indurci a pensare che la parte generale del codice, rivisitata dalla Corte costituzionale [pensiamo ad alcune sentenze storiche, alle quali corrisponde però una recente timidezza: vedi sentenza sull' *error aetatis*] possa costituire un argine contro lo spirito dei tempi?

Siamo sicuri che le maggioranze dei vari pacchetti sicurezza produrrebbero risultati migliori sui nodi sensibili (pensiamo, ad esempio, a tentativo, art. 115, cause di giustificazione etc.) o su definizioni rinvenibili nel "vecchio" codice.

Che dire poi della dosimetria sanzionatoria della parte speciale?

Per lungo tempo rimproverata al codice, le interpolazioni novellistiche non hanno fatto che esasperarne il rigore, in sintonia con la legislazione complementare.

Quale scala penale disegnerebbe la nuova politica inseguendo senza alcuna "disciplina ideologica" sensibilità, paure, furori degli elettori?

#### 4. *La singolare esperienza della riforma del processo penale.*

Lo sguardo va opportunamente esteso a quanto accade ed è accaduto nell'ambito contiguo della procedura penale.

La considerazione delle vicende del processo penale è utile e non solo per l'unità sistematica entro cui diritto sostanziale e diritto processuale sono ricompresi, ma ancor più il fatto che colà la (ri)codificazione s'è fatta, pur se la storia del post-codice pare segnata da una crisi inarrestabile.

D'altro canto è forse pertinente notare che nella maggior parte degli altri ordinamenti europei è accaduto esattamente il contrario di quanto è avvenuto da noi: alla (ri)codificazione sostanziale non s'è accompagnata la riscrittura integrale della legge processuale.

In Italia, la riforma processuale è un cantiere sempre aperto. L'opera portata a termine nel 1988 ha costituito il punto di partenza di una riforma tuttora in corso.

Lo chiamiamo codice solo per convenzione; ma è tale? o, forse, in realtà, il codice di procedura penale è una sorta di testo unico, aperto a continue modifiche, secondo le convenienze del momento. Diversamente dalla legislazione penale sostanziale (cresciuta a dismisura fuori dei confini del "codice"), non esiste una copiosa legislazione processuale speciale. Quasi tutto, in effetti, è contenuto in quella collezione di articoli chiamata "codice di procedura penale". Anche taluni sottosistemi processuali (quali, ad esempio, il rito davanti al giudice di pace, quello minorile, quello predisposto per accertare la responsabilità delle persone giuridiche), continuano ad avere nel codice di

rito penale il proprio centro di gravità. Ciò che tuttavia manca al *corpus* normativo raccolto nel d.p.r. 448/1988 per fargli meritare in pieno l'appellativo di codice è la continuità nel tempo.

In questi vent'anni abbiamo avuto a che fare con diverse edizioni del testo normativo regolatore della procedura penale. I processi iniziati all'inizio degli anni '90 e conclusi alla fine del decennio hanno attraversato turbolenze normative di varie specie: le sentenze costituzionali del 1992 di stampo "controriformistico; riforme di stampo garantista, quali quelle attuate nel 1995 e nel 1997; la riforma dell'udienza preliminare e dei riti alternativi (1999) fino ad arrivare alla riforma dell'art. 111 cost. Non un codice, bensì diversi codici o, meglio, una pluralità di leggi regolatrici delle vicende giudiziarie snodate nel corso di quegli anni. Si dirà che nel primo decennio di vigore, il codice ha avuto bisogno dei suoi assestamenti. Ma, se guardiamo al decennio successivo, i movimenti di riforma sono proseguiti ininterrottamente e, come detto, proseguono tuttora. L'impressione è che dovremo convivere a lungo con continue incursioni del legislatore sul terreno - anch'esso fertile di buoni esiti elettorali - del processo penale.

Il carattere codicistico della nostra legislazione processuale trova poi una attenuazione nel ruolo sempre più importante (per non dire invadente) delle alte Corti. Numerose disposizioni processuali vanno lette e corrette alla luce di sentenze della nostra Corte costituzionale e, ora, anche tenendo conto degli orientamenti della Corte di Strasburgo. Va detto, inoltre, che nel diritto processuale contano molto le prassi, vale a dire le condotte dei protagonisti della vicenda giudiziarie; prassi destinate a crescere naturalmente fra le pieghe del codice. Il codice scritto ha, per così dire, un suo doppio nel complesso di consuetudini che contribuiscono a regolare, di fatto, i rapporti fra pubblici ministeri, avvocati, giudici, imputati, vittime del reato, parti civili etc. Di questo codice nascosto o semilatente fanno parte, a buon diritto, le norme di origine giurisprudenziale, che talvolta integrano, talvolta sostituiscono le parole del codice scritto.

Fin qui si è ragionato sul codice di procedura come *corpus* che raccoglie le regole dell'accertamento penale. Per arrivare alla conclusione che tale *corpus* normativo, ormai privo di coerenza e di durata nel tempo, non merita l'appellativo di codice. Del resto, molti ordinamenti stranieri sono riluttanti a usare per le loro leggi processuali la parola che corrisponde al nostro termine "codice". Lo notava argutamente anche Alessandro Giuliani in uno dei suoi scritti di teoria del diritto processuale. In Germania, in Austria e nella Svizzera tedesca tali leggi sono denominate *Strafprozess-* e *Zivilprozessordnung* (non *Strafprozess-* e *Zivilprozessbuch*). In Spagna c'è la *Ley de Enjuiciamiento criminal*, non il *codigo de ...* Solo in Francia - patria dei codici moderni - e negli ordinamenti (come quello italiano) che all'esperienza francese si sono più direttamente ispirati la legge processuale ha assunto l'impegnativo nome di "codice". Questi rilievi non portano forse lontano. Sono tuttavia espressivi di una peculiarità nel modo di concepire le leggi processuali, da intendere come

ordinamenti relativamente aperti, suscettibili di integrazione e completamento, in ragione dei poteri affidati al giudice e delle *chances* offerte alle parti. Un dato su cui riflettere.

Indubbiamente, la riforma del 1988 ha accresciuto il ruolo delle parti (sia pubblica sia privata) nel processo penale. L'impulso a quella riforma è venuto dal maggior spazio che i diritti individuali hanno progressivamente conquistato nella dinamica dell'accertamento penale. La Corte costituzionale, negli anni '60 e '70 del secolo scorso, ha sconvolto l'impianto del codice Rocco, facendo leva soprattutto sul diritto di difesa, da attuare "in ogni stato e grado del procedimento" (art. 24 comma 2 cost.). L'approdo al processo *adversary*, all'inchiesta di parte, era - così si riteneva - il modo migliore per approntare una legge processuale rispettosa dei principi costituzionali, così come interpretati dalla Corte. Non interessa qui discutere se e in che misura il progetto sia riuscito. Certo è - e questo interessa il nostro tema - che il codice in vigore da vent'anni, pur nelle sue diverse versioni, ha attribuito a tutti i soggetti processuali un rilievo e un'importanza assai superiore a quella che gli stessi rivestivano sotto la codificazione precedente. Maggiori facoltà di intervento alle parti, a entrambe le parti, hanno finito con l'attribuire maggior peso alla figura del giudice. Nulla di paradossale in questo simultaneo accrescimento di peso e importanza a vantaggio dei soggetti processuali. In un processo ispirato (pur con approssimazione italica) al modello *adversary*, la decisione giudiziale è, per così dire, il risultato di un lavoro collettivo, con le parti in primo piano a cercar di convincere il giudice delle proprie ragioni. Persino la rinuncia dell'imputato a difendersi, ad esempio nel patteggiamento, finisce con l'acquistare il senso di una *chance* difensiva, usata per conseguire un certo risultato. Con questo si vuol dire che il diritto processuale in vigore da vent'anni si caratterizza - ben più del precedente - come meccanismo di produzione normativa e non già come congegno di pedissequa applicazione della norma sostanziale. In altre parole, aprendosi al contraddittorio e alla relativa disponibilità delle parti nella scelta dei riti alternativi, oltre che nell'amministrazione delle prove, la riforma processuale ha attenuato l'assolutezza (anche) della legge penale; ha reso più incerti i confini dei relativi precetti.

L'espansione del diritto giurisprudenziale, pure in ambito penale, è conseguenza diretta di un accertamento penale aperto al contraddittorio.

Quest'ultimo si esercita non solo sulle ricostruzioni storiche, vale a dire sulle questioni di fatto, ma anche sulle relative qualifiche giuridiche e, in generale, sulle questioni di diritto, col risultato di far sorgere nell'animo del giudice quei dubbi che egli, da solo, non avrebbe magari mai coltivato. Con abili argomentazioni, norme apparentemente tassative possono essere collocate in una luce insolita, così da aprirsi ad interpretazioni inedite. Si accusano spesso i giudici di arbitrio nell'interpretare le leggi penali. Ma se si va a vedere come i processi si svolgono, se se ne controllano i passaggi cruciali, ci si rende spesso conto che il contenuto di una singolare sentenza era già tutto prefigurato nelle argomentazioni di una delle parti. Che, poi, la parte più influente sia spesso il

pubblico ministero e più raramente l'imputato dice molto della necessità di riequilibrare le posizioni di questi soggetti processuali, giacché il contraddittorio produce guasti ed è fonte di continue ingiustizie, se si deve esercitare fra parti vistosamente asimmetriche.

Ma la conclusione non cambia. Un processo aperto alla cultura del contraddittorio rafforza al contempo il ruolo delle parti e la funzione del giudice; correlativamente allenta la certezza della legge, anche della legge sostanziale, con effetti facilmente immaginabili sul sistema penale nel suo complesso. L'affermarsi del contraddittorio nella riforma processuale (pur con le contraddizioni e le tortuosità cui abbiamo assistito in questi vent'anni di vigenza) ha favorito l'espandersi di un diritto giurisprudenziale, contribuendo a indebolire l'autorità della legge penale: autorità coesistente all'idea di codificazione.

##### 5. *La riforma della riforma.*

Queste conclusioni, anche muovendo da dati analitici comuni, possono tuttavia trovare una diversa alternativa.

Nessuno, infatti, può confutare la crescente perdita di autorevolezza della legge processuale penale: molte le norme disapplicate o travisate, le prassi devianti, le interpretazioni abrogatrici. A impedire che il processo si autoregoli, o ricerchi al di fuori della trama codicistica le norme da applicare (si pensi al ricorso sempre più frequente al canone dell'interpretazione "costituzionalmente orientata", per non dire della discussa teoria delle prove incostituzionali: fenomeni da annoverare anch'essi tra i sintomi di debolezza dell'assetto codicistico) non basta neppure che la legge affermi un suo esplicito primato: conosciamo tutti la sorte dei principi di tassatività delle invalidità e delle impugnazioni, sommersi dal diluvio delle fattispecie di pretesa "abnormità" dell'atto.

Alcune delle ragioni della crisi sono già state segnalate: l'attitudine "creativa" del contraddittorio, la perdita di coerenza interna del sistema, la presenza destabilizzante di sottosistemi processuali chiamati a gravitare intorno al *corpus* codicistico sull'orbita incerta del "non diversamente disposto" (processo minorile), dell'"in quanto applicabile" (processo davanti al giudice di pace), dell'"in quanto compatibile" (processo agli enti). Può aggiungersi: la perdita di credibilità del legislatore stesso (penso a certe ribellioni esegetiche provocate dalla legge sulle rogatorie o dalla riforma delle impugnazioni), ma anche la tendenza della legge a dire ciò che non può essere detto, e su cui, dunque, sarebbe doveroso tacere (si pensi, ad esempio, alla pretesa di ingabbiare i processi accertativi e decisionali entro schemi precostituiti di giustificazione razionale: una pretesa illusoria che ci ha recentemente consegnato il rebus della colpevolezza oltre "ogni ragionevole dubbio", e presto ci costringerà, probabilmente, a spiegare l'inspiegabile differenza tra "gravi indizi" ed "evidenti indizi" di colpevolezza).

Ma quanto di tutto questo è imputabile alla “forma codice”, anziché, genericamente, alla crisi della legge processuale? E quanto sarebbe utile rinunciare, in prospettiva, al mantenimento di un simile modello di normazione?

In un recente convegno organizzato dal Partito Democratico, un'autorevole membro della Commissione, Giovanni Canzio, a chi gli chiedeva conto della reale necessità di sostituire il codice vigente con un codice nuovo, ha risposto provocatoriamente con la domanda “perché no?": e lo ha fatto con argomenti che meritano seria considerazione.

Le difficoltà, tuttavia, non mancano: e su tali difficoltà si potrà ragionare utilmente nel nostro convegno. Intanto sarà opportuno interrogarsi sulla nozione stessa di codice: a prescindere dalle sue modalità di elaborazione e di approvazione, che cosa distingue un testo normativo che si fregi di tale qualifica da una normale legge processuale, o da un eventuale testo unico delle leggi processuali penali? La coerenza interna? la pretesa di fissare una serie di principi non derogabili se non con una riforma complessiva del sistema (cioè, appunto, con un nuovo codice)? la sua tendenziale esaustività e onnicomprensività, in linea con le ambizioni dei primi codificatori? Se così è, un nuovo codice processuale dovrebbe inglobare tutti i sottosistemi (come in qualche misura si è tentato di fare con il progetto Riccio)? O conviene, al contrario, rassegnarsi alla frammentazione normativa e trasformare il codice in una summa di principi-guida concernenti la statica e la dinamica del processo penale, affidando a leggi speciali la disciplina di dettaglio delle singole procedure? Strada, questa seconda, per vero impervia e pericolosa. L'eclissi del sistema – e la conseguente incapacità del codice di difendere i suoi stessi principi ispiratori – ha condotto, come tutti sappiamo, alla riforma dell'art. 111 Cost. e alla costruzione di un modello costituzionale di giurisdizione penale di elevatissima intensione e ridottissima estensione. I grandi principi sono ormai quasi tutti lì (e non solo: “la colpevolezza non può essere provata sulla base delle dichiarazioni di chi per libera scelta si è sempre volontariamente sottratto ecc. ecc.” è contenutisticamente una norma di legge ordinaria). Una Costituzione-codice, insomma, che lascerebbe poco spazio a un codice-Costituzione di procedura penale.

#### *6. Conclusioni e domande a un Principe che non c'è.*

Anche le questioni da ultimo esposte sono ben diverse da quelle del diritto penale sostanziale, dove si invoca un codice-Costituzione fatto di regole attuative del patto sulla libertà, e si prende atto che di fronte a una riforma generale il Principe non c'è più. Anch'egli è un navigante (a vista) che non sa più misurare la longitudine, come avveniva fino al Settecento. Dal canto suo, la scienza ha perso l'interlocutore capace di compiere scelte politiche di fondo. E, forse, dietro questa riduzione della politica criminale a politica elettorale sta un diverso modo di intendere il rapporto fra pubblico e privato, fra autorità e cittadino, fra individuo e Stato. Qui, le riflessioni della filosofia politica e della

scienza costituzionalistica (in chiave storica) possono aiutarci a comprendere cosa ne è, oggi, dello Stato. Perché, probabilmente, la perdita di importanza delle leggi statali e l'evidente crisi di quelle espressioni, per eccellenza, di legalismo statalista che sono i codici, affonda le proprie radici proprio in una evoluzione del costume politico in senso marcatamente individualistico, con le luci e le ombre che un simile processo comprensibilmente comporta.

Se cerchiamo di trarre un bilancio da queste riflessioni ora propositive, ora perplesse, ora comprensibilmente deluse, ma pure sorprendenti nella spinta ad andare avanti e rinnovare gli antichi progetti, dobbiamo constatare che ci riconosciamo, a seconda dei momenti e degli angoli visuali, quasi in ciascuna di esse, anche se le abbiamo redatte a più mani riflettendo in autonomia, e senza previo accordo, su sostanza e procedura. Perché ancora una volta, un po' per caso, un po' per vocazione, forse anche per tradizione, ma soprattutto per l'urgenza del presente, non riusciamo a pensare le cose in modo separato, e le avventure del nuovo codice di rito per gli uni suonano agli altri come la trasformazione permanente del vecchio codice sostanziale, uno e molteplice: eventi complementari e simili nel loro destino cangiante.

La politica è troppo rapida e inarrestabile nella sua incapacità di perseguire disegni complessivi. Anche la giurisprudenza insegue il futuro con la vista corta di soluzioni casistiche tutte calibrate sul fatto di specie. Un sistema da pensare, o da scrivere "a bocce ferme", non esiste davvero più. Ma prima di abbandonare l'idea della codificazione più autoritaria e stabilizzatrice, come quella penale, temendo lo scacco matto del divenire, dobbiamo almeno rispondere a un paio di domande inquietanti: se navighiamo sempre nello stesso mare (accertare reati che conosciamo già), perché riscriviamo continuamente tutte le carte nautiche, le regole del rito? E perché, invece, quando il mare è sicuramente ignoto (di fronte a fenomeni e illeciti nuovi), navighiamo a vista, paghi di ricorrere alle vecchie carte in caso di necessità? E se i giganti non ci fossero mai stati?