

**PER UN CODICE PENALE NUOVO:
"TRASFERIRE" LA COSTITUZIONE NEL CODICE (*)**

di Giovanni Flora

1. Riproporre oggi l'idea di un codice penale nuovo può sembrare e forse è una vera e propria utopia. Ma è altresì noto che l'utopia è uno dei più potenti motori della storia. Credere nella realizzazione dei sogni è l'idea guida che anima l'Unione delle Camere Penali formata da Avvocati, anzi da Difensori, che non si rassegnano a morire con il codice Rocco in mano.

L'impegno per un processo giusto non può e non deve rimanere disgiunto dall'impegno per un diritto penale sostanziale giusto: che giusto processo è un processo che applica un diritto penale "ingiusto"? Dove ancora albergano la responsabilità oggettiva (espressa od occulta che sia), il quasi-reato, la semi-imputabilità, dove convivono pene e misure di sicurezza per gli imputabili, dove la pena è nell'editto crudelmente carceraria, nei fatti, spesso, evanescente e per contro costituisce la unica anziché la extrema ratio; una parte speciale soffocata dai rovi di una inestricabile legislazione complementare, cresciuta a dismisura a scapito di quella codicistica non più rispondente ai parametri di disvalore della comunità sociale. Ed altro che si fa fatica a compendiare nel breve spazio di una nota introduttiva al ragionamento che intendo svolgere.

2. Da qui l'idea di proporre, proprio oggi che nessuno ne parla, proprio oggi che la politica sembra così lontana anche solo dal "rifletterci su", **un'ipotesi costitutiva di laboratorio della riforma: "per un codice penale nuovo"**.

Sia ben chiaro che conosco, che conosciamo bene, tutte le obiezioni che vengono anche autorevolmente avanzate contro l'idea stessa di codice penale come "summa" di regole di disciplina generale degli illeciti penali; una su tutte: se il codice riflette l'idea di sistema e se oggi non di sistema si può parlare ma di "sistemi" o comunque di arcipelago di sottosistemi, ecco che è insensato anche solo "parlare" di codice penale nuovo.

E non solo, come si suol dire, "il ragionamento non fa una grinza"; ma v'è anche la riprova della evidenza storico-empirica: dal dopoguerra ad oggi nessuno dei

* E' il testo, omesse le frasi di circostanza, della relazione introduttiva svolta al convegno organizzato a Pisa dall'UCPI, il 24 e 25 giugno 2011, su *Un nuovo codice penale. I fondamenti della responsabilità*.

numerosissimi progetti di legge di riforma del codice, alcuni di sola parte generale, altri sia di parte generale, sia di parte speciale è mai giunto nemmeno vicino alla approvazione, non è diventato nemmeno “quasi legge”. Rocco ed i suoi fratelli se la ridono beatamente.

Qualche intervento, più o meno riuscito, di rianimazione, qualche sapiente innesto, qualche potatura dei rami più secchi ed inverecondi, hanno garantito lunga vita al codice di Sua Maestà “per Grazia di Dio e per Volontà della Nazione” Re d’Italia (così ancor oggi recita immutato il frontespizio del Codice).

3. Orbene, se si vuole davvero puntare ad un codice penale nuovo, più che ad un nuovo codice, bisogna forse aderire ad una “mozione” preliminare: forse non si deve “gareggiare” con Rocco. Intendo dire che forse **non si deve pensare ad un codice nuovo ponendosi nell’ordine di idee di “migliorare” il prodotto di Rocco** e della sua premiata ditta.

Così impostando il lavoro riformatore si finisce per prendere inevitabilmente a modello l’impalcatura, l’orditura di fondo del codice Rocco che ha invece una matrice istituzionale ed ideologico-politico-culturale non “migliorabile”, ma solo eliminabile. Non si tratta solo di prendere atto – come si sente ripetere spesso in modo stantio – della capacità tecnica quasi inimitabile delle menti che hanno forgiato quel codice (facile per loro, erano in quattro, tutti politicamente coesi, si sono messi attorno ad un tavolo ed hanno scritto un Codice – certo poi fatto “saggiare” alle Istituzioni competenti-) per cui si potrebbe dire che se si vuole gareggiare con quelli “non c’è partita”.

Si tratta invece di prendere atto di quello che molti avversari della codificazione sottolineano e di ribaltarne la conclusione, facendo emergere la ragione di fondo per cui il modello di riferimento non può essere il Codice Rocco.

4. Concentrando infatti in particolare l’attenzione sulla così detta parte generale e segnatamente su quella dedicata alla struttura della responsabilità e nella consapevolezza della necessaria complementarietà anche normativo-precettiva tra parte generale e parte speciale, non v’è dubbio **che oggi la disciplina generale di tutto il “penalmente rilevante” non può più essere affidata, come nel 1930, ad una “parte generale”, “legge ordinaria” espressa in un “codice”**; ma questo compito spetta alle norme della Costituzione e a quelle sovranazionali (pur esse notoriamente di rango costituzionale).

Insomma, sono oggi **i principi costituzionali in materia penale e quelli della CEDU così come interpretati dalle rispettive corti che dovrebbero costituire la struttura portante della disciplina “dei delitti e delle pene”**. E non si tratta per vero di

riscrivere le norme definitorie degli istituti di parte generale, in modo da renderli costituzionalmente compatibili; ma si tratta più propriamente di dare direttamente ingresso ai principi costituzionali all'interno del codice. Il compito che ci attende non mi pare insomma quello di "scrivere meglio" le definizioni di causalità, dolo, colpa, errore etc. e "confidare" in una interpretazione "costituzionalmente orientata" della giurisprudenza. Si tratta invece di **inserire nel corpo stesso del codice una "regula iuris" che imponga al Giudice di affermare la responsabilità penale unicamente nel rispetto dei principi costituzionali che ne stanno alla base.**

A tal fine mi sembra percorribile un'unica strada e su questa idea vorrei confrontarmi.

5. A mio modo di vedere tutte le definizioni degli "istituti" di parte generale che dettano i requisiti strutturali della responsabilità (causalità, dolo, colpa, "preterintenzione", errore, aberratio) dovrebbero essere soppiantate da **una "clausola generale" che stabilisca che la responsabilità per un fatto previsto tassativamente come reato da una legge entrata in vigore prima della sua commissione possa essere affermata unicamente in base ai (nel rispetto dei) principi costituzionali di personalità della responsabilità penale, di materialità del fatto e di necessaria offensività. Gli "istituti" di parte generale estensivi della portata incriminatrice delle singole fattispecie di parte speciale (equiparazione tra "cagionare" e "non impedire"; tentativo; concorso di persone) dovrebbero peraltro essere invece espressamente tipicizzati** in formule "costituzionalmente orientate", per evidenti ragioni di rispetto del principio di tassatività.

Come pure dovrebbero **essere espressamente determinate le ipotesi di punibilità a titolo di colpa, di dolo eventuale** (a meno che – come io ritengo preferibile – si decida di eliminare drasticamente tale titolo di responsabilità surrogandola con specifiche ipotesi aggravate di delitti colposi) e **fors'anche a titolo di tentativo**. Come avviene in Francia, si potrebbe cioè stabilire per ogni fattispecie incriminatrice l'espressa punibilità della forma tentata.

Rimarrebbe, infine, da valutare se, accanto alla "clausola generale" della "necessaria offensività" (da interpretarsi ovviamente muovendo dalla ratio del principio che – nella mia visione – non richieda affatto che l'offesa sia elemento indefettibile della tipicità), debba prevedersi una **clausola di non punibilità, se non di improcedibilità, in caso di minima offensività ed occasionalità del fatto**. Come pure rimarrebbe da **riordinare il settore delle scriminanti**, in relazione al quale si potrebbe forse fare a meno di prevedere quelle dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere di fonte normativa e si dovrebbe attentamente riflettere sull'opportunità di

collocare, a fianco di legittima difesa e stato di necessità scriminanti, le figure della legittima difesa e dello stato di necessità scusanti.

Comprendo perfettamente le possibili obiezioni ad una drastica eliminazione di quelle definizioni introdotte, per la prima volta nella storia delle codificazioni nostrane, dal Codice Rocco. Se ne sottolinea, infatti, la funzione di delimitazione del “potere discrezionale” del Giudice con benefici effetti anche sotto il profilo della certezza/prevedibilità delle decisioni.

Io però davvero non mi “straccerei le vesti” di fronte alla scomparsa (non mi si dica “prematura”) delle definizioni che auspico di espantare con contemporaneo trapianto della clausola generale che ho sopra enunciato (sia pure in termini certo perfettibili).

Mi limito a ricordare, innanzi tutto, che **il “codice Zanardelli” non conteneva le definizioni degli istituti di parte generale costitutivi del fondamento della responsabilità e le passate generazioni sono ugualmente e serenamente sopravvissute.** La loro costruzione era lasciata alla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Chi non ricorda (se non le ha rimosse come un incubo) le “teorie” sulla causalità, fiorite proprio in assenza di “definizione” del nesso causale!? Chi non ricorda l’acceso dibattito che ne era scaturito dove la “dottrina” non poteva non trovare ascolto presso le orecchie della giurisprudenza!?

Le **“definizioni”** sono un abile mossa politica della premiata ditta Rocco and Brothers che, **dietro il nobile intento di garantire la “certezza giuridica”, nasconde il meno nobile proposito di imbrigliare la “discrezionalità”** di Giudici di formazione liberale e che non davano dunque sufficienti garanzie di “fedeltà” al regime.

Ma si dirà: pur in altro contesto una simile esigenza di delimitare la “discrezionalità” del Giudice non si pone, fortissima anche oggi, di fronte ad una incoercibile tendenza della Magistratura a farsi portatrice di una propria politica criminale?

La risposta è fin troppo facile.

Forse le attuali “definizioni” di causalità, dolo, colpa errore e quant’altro sono davvero riuscite a costituire una barriera all’“interpretazione” del giudice e prima ancora del p.m., con effetti devastanti?

E come si pensa di riuscire a far di meglio, visti i faticosi, tormentati neverending, ma alla fine, vani sforzi di autorevoli commissioni ministeriali di riforma?

Non è allora meglio “costringere” il Giudice (e prima ancora il p.m.) a “confrontarsi” direttamente con le regole sulla responsabilità imposta dalla Costituzione? La guida della storica sentenza della Corte Costituzionale n. 364 del 1988 (sull’ignorantia legis), di quella successiva n. 1085 sempre del 1988 (sul furto

d'uso), nonché della più recente sentenza n. 322 del 2007 (sull'error aetatis nei reati di violenza sessuale) non è preferibile a qualsiasi "buona" definizione?

E perché sottovalutare l'impegno costruttivo della scienza penale che un tale "rovesciamento" di prospettiva comporterebbe? E perché sottovalutare l'impegno del difensore nel processo teso a confrontarsi con l'accusa e a prospettare al Giudice le migliori soluzioni attuative dei principi costituzionali capaci di governare la soluzione del concreto caso giudiziario? E perché sottovalutare la conseguenza, sul piano delle impugnazioni, della codificazione delle norme costituzionali sulla responsabilità penale? E' del tutto evidente, infatti, che la eventuale violazione della regola costituzionale "codificata", costituisce motivo di impugnazione "direttamente" per "violazione di legge".

Con l'ulteriore conseguenza di una (sperabile) crescita della cultura di un diritto penale non solo costituzionalmente orientato, ma costituzionalmente fondato.

Per esempio: non a caso ho voluto inserire nella clausola generale il **riferimento (per nulla "superfluo") alla materialità del fatto**. Ciò dovrebbe servire a preservare il sistema da possibili "interpretazioni" di alcune fattispecie incriminatrici particolarmente "evocative" dai rischi di affermare la responsabilità più ricostruendo un "tipo di autore" che un "tipo di fatto". Chi si occupa per esempio di processi in materia di violenza sessuale o di sfruttamento pornografico di minori, non può non avere avvertito il rischio sempre incombente in questa tipologia di processi: quello che l'istruttoria dibattimentale (e ancor prima le indagini) siano tese in realtà a ricostruire più un tipo di autore che un "fatto materiale tipico". Ma se la regola iuris di affermazione della responsabilità è quella incardinata sulla "materialità del fatto", rischi di questo genere dovrebbero (il condizionale è d'obbligo) poter essere neutralizzati.

E' ben vero che anche se non "richiamato" all'interno del codice il principio di materialità sta scritto a chiare lettere in Costituzione e quindi se ne deve "tener conto". Sì, ma come e con quali strumenti di "rivendicazione" se ne può tener conto o far in modo che Giudice e/o pubblico Ministero ne tengano conto?

Chi è avvezzo a tener gli occhi (quando ce li tiene) sul codice non alza quasi mai lo sguardo sulla Grundnorm.

Certo, adesso ragioniamo dei "fondamenti" della responsabilità e bisognerà congegnare le disposizioni sulla legge penale, sul "reo" e sulla sanzione in modo che vi si raccordino perfettamente.

Così come **andrà costruita una parte speciale che non "tradisca" le enunciazioni della parte generale**. E' noto infatti che parte generale e parte speciale costituiscono un "insieme" inscindibile, cosicché si conoscono storicamente esempi di "svuotamento" delle regole di parte generale ad opera delle fattispecie di parte speciale

(si pensi all'enunciazione della tassatività-determinatezza nell'art. 1 dell'attuale codice ed alla sua vanificazione attraverso previsioni di incriminazioni indeterminate, specialmente nel settore "politicamente sensibile"); e si conoscono storicamente esempi di sgretolamento della tassatività delle previsioni di parte speciale attraverso clausole di parte generale (classico il richiamo al § 2 STGB Nazionale socialista).

Ma confido in una efficacia immunizzatrice più elevata delle regole generali che propongo di adottare, le quali non potranno però andare disgiunte dalla previsione di un ferreo obbligo di motivazione specifica sul punto.

Una impostazione della parte generale secondo le linee tracciate in questa breve relazione potrebbe in certa misura superare le obiezioni di chi ritiene impraticabile la via codicistica a fronte della attuale molteplicità dei sottosistemi. Mi sembrerebbe a questo punto più un problema di "dimensioni" della parte speciale codicistica ovvero di scelta di quali incriminazioni inserire nel codice e di quali (se si prevede di mantenere questa distribuzione topografica) nelle leggi speciali. Nessuno credo abbia messo in dubbio che le fattispecie eccentriche all'area del codice debbano essere governate da regole sulla responsabilità difformi da quelle costituzionalmente imposte.

Sono consapevole di avere scagliato il sasso dentro le acque immobili dello stagno. Ma non mi si potrà certo accusare di avere nascosto la mano.