

# Introduzione

## Una complessa eredità giuridica

PAOLO PITTARO

Nel 2007 prese il via il Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) presentato dai penalisti del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trieste intitolato *Dal Progetto Ferri "positivista" al Codice Rocco "dal doppio binario": il lento declino della Scuola Positiva in un controverso decennio*.

Alla conclusione della ricerca, il 15 settembre 2011 si tenne, presso il citato Dipartimento, l'incontro di studio *Per gli ottant'anni del codice Rocco: il codice penale del 1930 tra Scuola Positiva e Tecnicismo giuridico*, cui parteciparono, fra gli altri, anche gli allievi del Dottorato di ricerca in Scienze penalistiche.

Alcuni degli interventi presentati in quella sede sono stati raccolti in questo volume: saggi su svariati profili del Codice Rocco, così come influenzati dai principi, per quanto declinanti, della Scuola positiva, accostandoli alla realtà attuale, essendo il *corpus* normativo del 1930 ancora vigente, pur nelle varie innovazioni ed abrogazioni operate dal legislatore o dalla Corte costituzionale.

Invero, il quadro non può che essere frammentario, anche se permette, da un lato, di scorgere in importanti istituti del sistema penale la matrice culturale e storica da cui hanno preso le mosse e, dall'altro lato, come avvertite e discusse esigenze di politica criminale, sulle quali ora ampia ed aperta è la discussione in dottrina, siano ideologicamente riconducibili, *mutatis mutandis*, ai fondamentali stessi della nota diatriba che si sviluppò, a cavaliere dell'Otto-Novecento, fra classici e positivisti.

Certo, il contrasto di fondo fra la concezione classica del soggetto operante nel mondo della libertà, e capace, quindi, di compiere le sue scelte fra l'osservanza e l'infrazione della legge, rispetto a quella positivista ove, invece, egli viene condizionato da cause criminogene necessitanti, porta innanzi tutto a contrapporre pena e misura di sicurezza, l'una parametrata alla gravità del reato nel rispetto del principio di legalità, e l'altra tesa, invece, ad eliminare la pericolosità dell'individuo, prescindendo dall'illecito commesso, in un trattamento destinato a durare, di poco ovvero a lungo, fintanto tale obiettivo non venga raggiunto. Argomento, questo, che neppure il Progetto Ferri del 1921, che rappresenta l'apice dello sviluppo della Scuola positiva, riesce a disciplinare coerentemente ed appieno, e sui cui deludenti risultati, e proprio nel contesto della citata ricerca, ci siamo soffermati in altra sede (P. PITTARO, *Leggendo oggi la disciplina delle misure di sicurezza*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, p. 359 ss.), e non verrà qui ripreso.

Peraltro, è proprio su questo complesso e dibattuto contesto giuridico-culturale che possono situarsi e, quindi, debbano leggersi alcuni istituti presenti nel codice penale, vagliando, inoltre, quanto di questi possa reggere alla prova del tempo, vuoi perché incorsi nella scure della Consulta, vuoi perché oggetto di novellazione, vuoi perché eliminati *tout court* dal legislatore, vuoi perché semplicemente abbandonati e desueti, vigenti ma non applicati, vuoi perché tuttora oggetto di critiche e dissonanti rispetto alla visione del penalista contemporaneo.

Si pensi, ad esempio, al concetto dell'imputabilità, ove il soggetto incapace di intendere e di volere commette sì un fatto qualificato come reato, ma non va soggetto alla pena e che, se pericoloso, viene sottoposto a misura di sicurezza. Con la conseguenza che al semi-imputabile, ossia con capacità di intendere e volere grandemente scemata, vanno disposte ambedue le sanzioni, ove la pena, necessariamente afflittiva, viene scontata prima della misura di sicurezza (in questo caso) terapeutica. Inevitabile la forte incoerenza o contrapposizione (ideo)logica fra le due entità, per così dire, conviventi, ispirate a *rationes* opposte, l'una che punisce operando nel mondo della libertà, l'altra che guarisce operando nel mondo della necessità.

L'incongruenza permane e costituisce sempre oggetto di forte dibattito. Se, da un lato, la concezione c.d. normativa della colpevolezza supera lo scoglio giuridico iniziale affermando che l'imputabilità non è uno *status* del reo, ma costituisce l'iniziale frammento dell'elemento soggettivo del reato, per cui il fatto del non imputabile non può costituire illecito criminale, ma pagando lo scotto di una costruzione sì più razionale e moderna, ma certo non in linea con la visione del codice, ispirato alla concezione c.d. psicologica della colpevolezza e con le inevitabili incoerenze con altre disposizioni ivi contenute, dall'altro lato, specie per quanto riguarda l'esempio più discusso ed eclatante dell'imputabilità assente o ridotta a causa del vizio di mente, la continua evoluzione scientifica e lo scontro tra le varie scuole di pensiero (psichiatriche, psicologiche, psicanalitiche, e via dicendo) rende l'ermeneutica giuridica e l'applicazione concreta di tale istituto mai consolidata e, anzi, particolarmente labile e pur sempre aperta alle più disparate soluzioni.

D'altra parte, l'aver posto l'accento sulla pericolosità apre all'introduzione di forme di pericolosità presunta dalla legge, quale l'abitudine nel reato, ovvero alla tendenza a delinquere: la prima formula non più vigente e la seconda mai applicata. La tentazione rimane, tuttavia, sempre presente sotto le specie di un diritto penale d'autore e non per il fatto: si pensi, ad esempio, all'art. 61 n. 11-bis c.p. (introdotta dal d.l. n. 92/2008) che dispone(va) l'aggravante comune (*id est*, riferibile a qualsiasi reato) per avere il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale (poi dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. n. 249/2010). Una tentazione ricorrente, dovremmo dire, nonostante i principi costituzionali della responsabilità penale personale colpevole (art. 27, comma 1) e per la commissione di un fatto (art. 25, comma 2), tant'è che di recente una parte, seppur sparuta, della dottrina ha elaborato un diritto penale "del nemico", caratterizzato da una negazione delle garanzie per chi, istituzionalmente (come certe minoranze) si pone fuori dalla legalità statale.

Ancora una volta, allora, i piani si intrecciano e la storia, sia pure con modalità diverse, si ripete: a fronte di un supposto lassismo nella repressione penale, che rende più temibile la criminalità di sangue, oppure di strada, ovvero caratterizzata da reati contro la persona, sorgono i ricorrenti "pacchetti sicurezza" all'insegna di *law and order* e si fa largo l'opinione che, una volta intrapresa l'azione criminale, ogni conseguenza della propria condotta debba essere al reo accollata ed ogni reazione a tale comportamento possa essere ammessa o giustificata. Come dire che il soggetto, avendo infranto la norma pur potendo agire diversamente, si è volutamente inserito in un circuito perverso di cui deve sopportare le conseguenze. Il che, a ben pensarci, altro non è che la rivisitazione *up to date* di quel *versari in re illicita*, che da tempo si supponeva superato.

Peraltro, il periodo storico attinente alla ricerca, fortemente caratterizzato dall'annoso quesito sulla funzione della pena e dalle tradizionali soluzioni contrapposte (retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale), vede a queste affiancarsi altre risposte, seppur ideologicamente ispirate da assiomi antitetici, quali la neutralizzazione o l'incapacitazione, sia pur nelle vesti di misure di sicurezza, che si collocano accanto ad una serie di ulteriori trattamenti, ma tutti segnati dall'ansia di annientare la pericolosità del soggetto. Alla forte criticità del sistema "dal doppio binario", che vede la coesistenza delle antitetiche entità (pena e misura di sicurezza) risponde allora una concezione che tutte le ricomprende, in una sorta di risposta diversificata al crimine ed al criminale, a seconda dei casi, caratterizzata dalla flessibilità e dall'eclittismo: è la "(Nuova) Difesa Sociale", la cui fiammata andrà lentamente a ridursi fino a quasi estinguersi, anche se qualche brace presenta ancora qualche schioppettante potenzialità.

Se l'accento viene posto con particolare enfasi sul fattore della prevenzione, inevitabile che il giuridico si estenda al sociale in una visione che non si concentri sulla sola pena: i c.d. "sostitutivi penali" del primo Novecento scoprono un *revival* nella congerie delle misure attuali, poste come alternative alla mera retribuzione e, soprattutto, alla pena detentiva, per sfociare, nei più recenti interventi nor-

mativi, in esiti processuali che vedono persino la sanzione civile ad assumere le fattezze di quella penale. D'altra parte, prevenire significa anche non attendere la commissione del fatto criminoso. Ecco, dunque, la funzione delle misure di prevenzione *ante delictum*: una questione annosa, di forte pregnanza, e perfino dalla incerta identità giuridica, che oscilla dal diritto amministrativo a quello penale, e che corre il rischio di confondersi con le misure di sicurezza, ovvero di presentare una afflittività simile a quella della pena, ove l'inevitabile limitazione della libertà personale, per quanto *soft* rispetto alla detenzione, pone dubbi ed interrogativi sulla sua compatibilità con i principi costituzionali (primo fra questi: l'art. 13).

In questo contesto così variegato, che prende le mosse dall'esigenza di offrire una risposta a vitali quesiti, e che vede soluzioni anche contrapposte perché in linea con le diverse concezioni ideologiche, si alza anche la voce di chi afferma come il piano della politica criminale non possa confondersi con quello del diritto positivo. A questi interrogativi di fondo (perché punire? come punire? perché l'uomo viola la norma? esiste o meno la libertà del volere?) competerebbe al solo legislatore offrire quella risposta politica, quella scelta decisionale che viene trasfusa in norme giuridiche. Il giurista, pertanto, opera nell'interpretazione delle norme positive, nel delinearle a sistema con i mezzi tecnici dell'ermeneutica. Nasce così il "tecnicismo giuridico", che guiderà la costruzione del codice penale del 1930, che vede sancito sia il principio di legalità ed il garantismo della Scuola classica sia le misure di sicurezza della Scuola positiva, nonché l'autoritarismo del regime in certe disposizioni di parte generale ovvero di quella speciale con la particolare severità delle sanzioni nel loro insieme.

Se, dunque, il tecnicismo giuridico indubbiamente raffina l'argomentare dell'operatore del diritto impedendogli di uscire dallo spazio del mondo del giure, è anche vero che, così facendo, esso viene a giustificare qualsiasi scelta del legislatore, ponendosi, quasi, a suo servizio, indifferentemente se questi sia a matrice democratica ovvero totalitaria. In ogni modo, in una visione attuale, almeno a nostro avviso, esso va riconosciuto e praticato, mantenendo distinti il piano della politica criminale da quello dello *ius conditum*, posto che il rischio della deriva autoritaria è ora arginato da una Costituzione rigida, ove l'uomo con i suoi diritti inalienabili viene posto al centro del sistema ed ampie garanzie vengono stabilite a suo favore.

I singoli elementi di questo complesso quadro ora sommariamente delineato verranno esposti, assieme a vari altri, nei saggi che seguono: singoli istituti che, seppur parte di un tutto, prendono le mosse da alcune scelte caratterizzanti il codice penale del 1930, quale frutto dell'esperienza della Scuola positiva che, lentamente, negli anni Venti va affievolendosi, cercando di mettere in luce come, essendo tale codice, pur altamente rimaneggiato, ancora vigente, esso rappresenti indubbiamente un patrimonio giuridico che ci viene lasciato in eredità.

Un'eredità indubbiamente cospicua, spesso preziosa, ma che correttamente va accettata con beneficio d'inventario.