

CRITICA DEL DIRITTO

fondata e diretta da Antonio Bevere

RASSEGNA DI DOTTRINA
GIURISPRUDENZA
LEGISLAZIONE
E VITA GIUDIZIARIA

1/2023

Critica del diritto
Rivista semestrale
Gennaio-Giugno 2023

Direttore responsabile: Antonio Bevere

Comitato scientifico: Carlo Amirante; Mathias Bailone; Augusto Cerri; Luisa Corazza; Miriam Cugat; Jacinto Nelson De Miranda Coutinho; Gennaro Vittorio De Francesco; Massimo Donini; Luigi Ferrajoli; Carlo Fiore; Marcello Gallo; Silvio Gambino; Gaetano Insolera; Christian Jäger; Vittorio Manes; Nicola Mazzacuva; Sergio Moccia; Gonzalo Quintero Olivares; Tullio Padovani; Carlo Enrico Paliero; Jesús Maria Silva Sanchez; Luigi Stortoni; Fernando Tenorio Tagle; Klaus Volk; Eugenio Raúl Zaffaroni.

Direzione: Fulvia Abbondante; Alessandra Algostino; Adalgiso Amendola; Gaetano Azzariti; Pasquale Bronzo; Giovanni Cannella; Mario Caterini; Antonio Cavaliere; Antonello Ciervo; Alessandro Diddi; Madia D'Onghia; Alessandro Gamberini; Luis Greco; Carlo Longobardo; Paolo Napoli; Michelangelo Pascali; Cesare Pinelli; Francesco Schiaffo; Alejandro Slokar; Valeria Torre; Dulce Maria Santana Vega.

Comitato dei revisori: Angel Antonio Cervati; Cristiano Cupelli; Francesca Curi; Gabriele Fornasari; Carlo Guarnieri; Clelia Iasevoli; Enrico Marzaduri; Valentina Masarone; Vincenzo Mongillo; Antonio Nappi; Marco Pelissero; Giuseppe Riccardi; Antonino Sessa; Giorgio Spangher; Silvia Tordini Cagli; Costantino Visconti; Marco Zanotti; Lorenzo Zilletti.

Redazione: Roberto Acquaroli; Valerio Aiuti; Enrico Amati; Paola Bevere; Francesco Cardile; Enrico Contieri; Sylva D'Amato; Francesco Marco De Martino; Ilison Dias Dos Santos; Antonio Faberi; Giorgio Fidelbo; Laura Fierro; Renato Greco; Vincenzo Giordano; Bruno Guazzaloca; Chiara Ingenito; Nello Nappi; Filippo Santangelo; Irene Sigismondi.

www.rivistacriticadeldiritto.it

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla siae del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra siae, aie, sns e cna, confartigianato, casa, clai, confcommercio, confesercenti il 18 dicembre 2000.

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 95 del 21 marzo 1974.

Responsabile Antonio Bevere.

Copyright by Editoriale Scientifica srl Napoli

Periodico esonerato da B.A.M. articolo 4, I comma n. 6 d.P.R. 627 del 6 ottobre 1978.

ISSN 1824-4564

I devoti di ogni devozione, son tanti; e sempre pronti ad accendere il fuoco sotto chi non si conforma alla loro devozione; e gli increduli, coloro che su ogni cosa esercitano la facoltà di critica, che nulla accettano se non per vaglio di ragione, son pochi e non tollerati.

Leonardo Sciascia

INDICE 1-2023

Il punto

Antonio Bevere

Quale scioglimento del partito fascista? 1

Note

Augusto Cerri

Dubbi e perplessità sull'ipotesi di "separazione delle carriere"
fra Pubblica Accusa e Magistratura Giudicante 7

Giovanni Fiandaca

Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica. Un
confronto con Domenico Pulitanò 19

Antonio Cavaliere

Contributo allo studio del tema «diritto penale della miseria/
miseria del diritto penale» 39

Silvio Gambino

Democrazia rappresentativa e partiti politici fra trasformazione
e crisi (fra 'Stato dei partiti' e 'Stato di democrazia pluralista') 75

Javert

Vincenzo Scalia

Il corpo (politico) del condannato. Riflessioni su pena e dissenso
politico a partire dal caso Cospito 107



QUALE SCIoglimento DEL PARTITO FASCISTA?

ANTONIO BEVERE

1. La XII^a disposizione della Carta fondamentale così stabilisce: *È vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista*. Si pone quindi, in via prioritaria, l'esigenza di superare interrogativi di carattere temporale, formale e sostanziale sull'evento *scioglimento*.

L'estinzione del regime fascista proclamata dall'autorità dello Stato italiano è precisamente descritta da Marco Palla, in *Il Gran Consiglio del 25 luglio 1943 in Fascismo. Quel che è stato, quel che rimane*, a cura di Gianfranco Pasquino, Treccani, 2022, 279 ss.

L'autore rievoca la riunione 24-25 luglio 1943, del Gran Consiglio, organo supremo del regime, nel corso della quale furono presentati tre distinti o.d.g. da Dino Grandi, da Roberto Farinacci, da Carlo Scorza a nome del Partito Fascista; il duce mise in votazione, per appello nominale, per primo l'ordine del giorno redatto da Grandi, il quale proponeva la restituzione, da parte di Mussolini, al capo dello Stato, re Vittorio Emanuele III, i poteri conferitigli dallo Statuto albertino e quindi costituiva un atto di diretta ed inequivoca sfiducia verso la persona del duce (280). L'o.d.g. fu approvato a netta maggioranza e la riunione si concluse alle 2,30 del 25 luglio. Nel pomeriggio, Mussolini, su sua richiesta, fu ricevuto da Vittorio Emanuele a Villa Savoia e, nel corso di un colloquio di circa 20 minuti, il re annunciò la sua sostituzione, nella direzione del governo, con il generale Pietro Badoglio.

All'uscita dall'udienza reale, il capo del partito fascista fu di fatto posto in stato di arresto: invitato da un ufficiale dei carabinieri a salire su un'autoambulanza, fu portato e ristretto in una caserma dei carabinieri in Roma.

Alle 22,45 del 25 luglio, la radio comunicò che il re aveva accettato le dimissioni dalla carica di capo del governo, primo ministro, e segretario di Stato, di Sua Eccellenza il cavaliere Benito Mussolini.

Il 26 luglio il nuovo capo del governo, emise due decreti di poche righe con cui sciolse il Partito Fascista, avocandone allo Stato le proprietà e le disponibilità materiali; sciolse la Milizia volontaria per la sicurezza nazionale, disponendo che gli ufficiali, sottufficiali e la truppa si consegnassero alle caserme dell'esercito, dove furono inquadrati col semplice



cambiamento del copricapo e privati di funzioni militari autonome (Marco Palla, cit. 292).

Le manifestazioni di esultanza popolare furono raffreddate dalla diffusione della volontà del governo Badoglio di proseguire – in un regime di dittatura militare- la guerra a fianco dell’alleato tedesco.

La facilità con cui il nuovo governo si sostituì a quello che era stato esclusiva espressione del regime fascista è stata giustificata dall’A. con la perdita di carisma di Mussolini e con l’inconsistenza delle organizzazioni del regime, anche se che contavano milioni di iscritti (293).

2. Nella fonte ufficiale della Regia Gazzetta Ufficiale del 5 agosto 1943 n. 180, sono pubblicati i tre decreti legge emanati dal governo Badoglio con la firma del Capo dello Stato Vittorio Emanuele e con il visto del Guardasigilli Azzariti. Il loro contenuto è di estrema rilevanza per la storia d’Italia.

Nel decreto legge n. 704, all’art. 1 è stabilito «Il Partito nazionale fascista è soppresso».

Dopo l’armistizio dell’8 settembre 1943, Mussolini fu liberato dai Tedeschi il 10 settembre e costituì il 13 settembre il nuovo Partito Fascista Repubblicano (PFR), annunciato con il discorso a Radio Monaco del 18 settembre, costituì inoltre la Repubblica Sociale Italiana (RSI), nella parte d’Italia occupata dai Tedeschi. Segretario del PFR fu nominato il 15 settembre Alessandro Pavolini. A Milano era già stato ricostituito il 13 settembre da Aldo Resega, che ne fu anche il primo commissario federale.

Il PFR cessò di esistere con la morte di Mussolini e con la fine della RSI, il 28 aprile del 1945.

Nell’immediato dopoguerra, dopo l’amnistia emanata dal ministro della giustizia Palmiro Togliatti, il 26 dicembre 1946 venne fondato il Movimento Sociale Italiano (MSI), in cui confluirono numerose personalità, molti reduci della ex Repubblica Sociale Italiana ed ex esponenti del regime fascista. (*Movimento Sociale Italiano, in Treccani.it – Enciclopedie on line, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana*).

3. Lo scioglimento del partito fascista è scandito da eventi storici di contenuto politico e di forma istituzionale (deliberazione 25 luglio 1943 del Gran Consiglio, organo supremo del regime fascista; decreti-legge 2 agosto 1943 n. 704, n. 705 e n.706,emanati del governo Badoglio e pubblicati nella G.U. 5 agosto 1943, n.180).

La loro incidenza sul concreto svolgimento della politica dello Stato



italiano e delle organizzazioni ad esso collegate o ad esso ostili si è poi consolidata in virtù dello svolgimento di altri fatti nel corso della transizione verso l'attuale sistema democratico. È evidente la rilevanza di questa commistione di fatti di origine e natura politico-culturale diversi. È difficile ritenere che sulla estinzione dell'organizzazione politica fascista, sull'autoritarismo del suo pensiero, sulla brutale ed incivile violenza della sua azione, sull'intolleranza dei suoi militanti contro ogni manifestazione di dissenso abbiano influito esclusivamente e definitivamente i decreti legge del governo Badoglio e altri provvedimenti dell'autorità statale.

Non va quindi sottovalutato il passaggio continuo ed ininterrotto del testimone del pensiero di estrema destra- emerso successivamente in iniziative golpiste e antidemocratiche, nonché in programmi stragisti- all'interno di un' uniforme componente di matrice fascista, operativa nel mondo politico italiano, pur dopo il formale scioglimento del regime mussoliniano. È bene rilevare che questa componente è stata *beneficiaria* di un'applicazione inesistente o comunque inefficace della normativa di depurazione, condotta riduttivamente in nome della "necessaria continuità" dello Stato italiano. Tra il 1944 e il 1948 aveva preso corpo «la ridicola macchina montata per la defascistizzazione» (così definita da Massimo Severo Giannini, citato da Guido Melis, in *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020, 410). La legislazione in materia iniziò con il Rdl 28 dicembre 1943 n. 29/B, sulla defascistizzazione delle amministrazioni dello Stato, seguì una serie di norme, tra le quali furono di massimo rilievo quelle contenute nel D.lgs. 27 luglio 1944 n. 159 (v. G. Melis, *op. cit.*, 411 ss.).

La strategia della riconciliazione e la prevalenza del diritto all'oblio si sono successivamente più volte manifestate, a cominciare dal decreto presidenziale del 22 giugno 1946, n. 4, noto come Amnistia Togliatti, dal nome dell'allora Guardasigilli: come è noto, per ragioni di pacificazione nazionale, condonò le pene irrogate, comprese quelle relative a reati politici per collaborazione con il nemico. È noto il fallimento, praticamente in tutti i settori, dell'epurazione antifascista (avviata con il R.d.l. n. 29/B dal Governo Badoglio e poi proseguita con il d.lgs. n. 159/1944 dal Governo Bonomi).

Il d.lgs. n. 48/1948, adottato dal Governo De Gasperi, esentò dal procedimento di dispensa gli impiegati di grado inferiore al 5° e dichiarò estinti tutti i procedimenti di epurazione che ancora non lo fossero all'entrata in vigore del decreto.



Approfonditi studi hanno messo in luce come l'impianto normativo dell'epurazione antifascista fosse fondato, per lo più, sul rinvio a concetti indeterminati di carattere extragiuridico, senza alcuna determinazione delle condotte sanzionabili e delle scusanti, sicché valutazioni di carattere etico-morale finivano per ridondare nell'area giuridica, con ovvi rischi di arbitrarietà dei giudizi, sterilizzando anche le misure di garanzia concesse agli imputati. Non si era troppo lontani da forme di giustizia sommaria (Aldo Sandulli, *Santi Romano e l'epurazione antifascista*, *Diritto amministrativo*, fasc. 2, 1 giugno 2018, 287).

La vaghezza normativa e dell'agire di chi fu chiamato all'applicazione della normativa sull'epurazione non fu casuale. Secondo l'A. la continuità tra fascismo e Repubblica fu considerata un male necessario e condusse alla riabilitazione di molti intellettuali che avevano rivestito ruoli attivi durante il fascismo.

La tesi della "continuità necessaria" è stata sviluppata, in particolare da C. Pavone, *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, 1995, 70 ss.; da G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 425 ss. Su «continuità necessaria» e «rassicurante continuità», in relazione ai professori universitari, si sofferma compiutamente G. Montroni, *La continuità necessaria. Università e professori dal fascismo alla Repubblica*, Firenze, 2016.

In nome della continuità ci fu quindi la permanenza, nei punti nodali dell'Italia antifascista, di funzionari del potere esecutivo e giudiziario rimasti fedeli al fascismo, alla sua cultura, al suo modo di gestire i pubblici poteri. Ad esempio, ci fu il passaggio dei docenti di diritto corporativo all'insegnamento del diritto del lavoro, non estranea alla giurisprudenza antioperaia degli anni '50, poi rovesciata dai pretori che riconobbero la natura costituzionale del diritto di sciopero (art. 40 Cost.) (G. Montroni, *La continuità necessaria*, cit., 89). Accertamenti giudiziari hanno individuato in questa componente i protagonisti – diretti ed indiretti – della sanguinaria strategia della tensione, gestita con la collusione di dirigenti fascisti con funzionari dei servizi segreti italiani e stranieri.

Al di là del disconoscimento (*recte*) dell'ignoranza del presidente del Senato sulla matrice antifascista del nostro ordinamento giuridico, a partire dalla Costituzione, va segnalato che nel comunicato della segreteria n. 16 del 17.4.2002 della più nota struttura collaterale del fascismo contemporaneo, si legge «Forza Nuova crede che per una vera ricostruzione nazionale e per una vera ricostruzione della coscienza di popolo, la Repubblica nata e basata sull'antifascismo militante, debba finire ed il



Fascismo con le sue tesi e la sua dottrina debba ritrovare il giusto spazio nella storia e nella cultura del nostro paese».

È interessante che la sentenza della S.C. (25/03/2014) abbia dovuto confermare il permanere della vigenza della dodicesima disposizione della Costituzione e dell'art. 5 della L. 645 del 1952 (legge Scelba) che – in applicazione di questa disposizione costituzionale-incrimina chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compia manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste:

«Nulla autorizza a ritenere che il decorso di ormai molti anni dall'entrata in vigore della Costituzione renda scarsamente attuale il rischio di ricostituzione di organismi politico-ideologici aventi comune patrimonio ideale e prassi operativa con il disciolto partito fascista o altre formazioni politiche analoghe. L'esigenza di tutela delle istituzioni democratiche non risulta, infatti, erosa dal decorso del tempo e frequenti risultano gli episodi ove sono riconoscibili rigurgiti di intolleranza ai valori dialettici della democrazia e al rispetto dei diritti fondamentali di cittadini e stranieri».

Lo storico E. Gentile (*Chi è fascista*, Roma-Bari, 2022, 7-11) non condivide l'allarme del fascismo *eterno*: «[...] se oggi siamo di fronte al ritorno del fascismo, dobbiamo allora riconoscere che l'antifascismo non ha veramente debellato il fascismo nel 1945. Se così fosse, la celebrazione della festa della Liberazione sarebbe la celebrazione di un falso storico, perché nel 1945 l'antifascismo avrebbe vinto solo una battaglia contro il fascismo e non la guerra. Di conseguenza, dovremmo considerare la storia dell'Italia repubblicana e democratica negli ultimi sette decenni, soltanto una tregua in una perpetua guerra tra fascismo e antifascismo». Eppure, l'allarme era stato anticipato da Lelio Basso, nel 1945 (c'è il pericolo di un fascismo camuffato e mimetizzato sotto spoglie democratiche); da Palmiro Togliatti, nel 1952, (il fascismo è qualcosa di sempre presente, come pericolo e minaccia che sempre incombe su di noi).

4. Si deve quindi rilevare la necessità di individuare quali azioni e quali omissioni siano alla radice della vittoria elettorale e della forza governativa dei successori – civilizzati nella forma ma fedeli nella sostanza- del fascismo mussoliniano, nel disprezzo per i diritti e per la dignità dei lavoratori, nell'avversione per le loro organizzazioni sindacali, nel rifiuto al leale confronto con gli avversari.

La continuità del fascismo – su cui si sono convinceramente soffermati Claudio Pavone e Giorgio Quazza – elude implicitamente e sostanzialmente il divieto di riorganizzazione, *sotto qualsiasi forma, del*



disciolto partito fascista. Perde concreta consistenza il divieto di riorganizzare una struttura politica che ha continuato a svolgere un'anomala funzione di potere e di egemonia, sia pure con infingimenti e opacità funzionali all'ottenimento di tollerante, tacita, immeritata ammissione alla dialettica democratica. Una riorganizzazione è avvenuta nei fatti, senza necessità di formale ripristino di Gran Consiglio, di riapertura di sezioni centrali e locali, senza necessità di apologia verbale, sgradevole ma poco pericolosa per una già avvenuta rinascita. I protagonisti della continuità hanno partecipato alla vita democratica, hanno esercitato libertà e diritti che essi, durante il ventennio, hanno negato e distrutto. Oggi governano l'economia, senza dare alcun rilievo all'opposizione dei lavoratori accontentandosi, per il momento, a limitarne libertà e dignità, rendendole sostanzialmente inoperanti. Programmano una disciplina dei rapporti tra le classi in cui la disuguaglianza in favore del capitale è linearmente imposta, lasciando margini di trattativa solo all'esito di scontri di grande asprezza e di incerto esito.

Con questo governo e con la maggioranza che lo sostiene le sorti dei giovani, dei disoccupati, dei lavoratori *poveri*, della manovalanza immigrata sono già segnati e rendono necessaria una coerente opposizione dei sindacati e dei partiti realmente e coerentemente antifascisti.

È bene ribadire che la nostra Costituzione è in immutato contrasto con l'attuale politica che sceglie chi ha diritti fondamentali e chi deve perderli; chi può lavorare a ritmi di sicurezza e chi deve sacrificarla alla produttività; chi deve pagare le tasse e chi può evaderle; chi può essere accolto nei porti e chi deve naufragare. L'allarme del fascismo *eterno* non è anacronistico e non va escluso, invocando la irrevocabilità della *res iudicata* della storia che ne ha sancito la definitiva sconfitta. Proprio l'antifascismo *eterno*, da cui è nata la Costituzione ci impone di analizzare e valutare le ragioni dell'inavvertito ritorno o dell'ineludibile constatazione della presenza di un governo e di un Parlamento non antifascisti, nell'Italia nata dalla Resistenza antifascista.

A noi il compito di tornare a studiare e risolvere interrogativi nati dall'attuale maggioranza parlamentare e dal governo che ne è fedele espressione: il partito fascista è stato politicamente e giuridicamente disciolto? sotto quali spoglie ha continuato a vivere e a gestire il potere politico grazie ai suoi successori e i suoi revisori/rinnovatori? chi sono i superficiali, incauti e ambigui responsabili di questa pirandelliana incertezza tra l'apparire e l'essere?



DUBBI E PERPLESSITÀ SULL'IPOTESI
DI "SEPARAZIONE DELLE CARRIERE"
FRA PUBBLICA ACCUSA
E MAGISTRATURA GIUDICANTE

AUGUSTO CERRI

SOMMARIO: 1. Il P.M. "parte imparziale" – la "separazione processuale dei poteri" come modo di governo delle passioni umane devianti rispetto alla corretta applicazione della norma. – 2. Limitato e controvertibile rendimento di una "separazione organizzativa delle carriere" fra P.M. e Magistratura giudicante. – 3. Controindicazioni di una riforma più radicale che riconduca il P.M. nell'orbita del potere esecutivo. – 3.1. I pregi di una garanzia dell'obbligatorietà dell'azione penale ma i naturali limiti del suo valore e della sua effettiva incidenza. – 3.2. L'indipendenza della magistratura complessiva. – 4. Ulteriori proposte di riforme per alleggerire il "carico pendente". – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Il P.M. "parte imparziale" – la "separazione processuale dei poteri" come modo di governo delle passioni umane devianti rispetto alla corretta applicazione della norma*

Il problema della distinzione fra ruoli dell'accusa, della difesa e del giudizio nel processo penale somiglia, a mio sommo avviso, a quello della divisione dei poteri, che distingue, nella sua formulazione originaria, potere legislativo, esecutivo e giudiziario.

In entrambi i casi si tratta di ruoli concettualmente distinti che consentono una allocazione facile e intuitiva di competenze e di facoltà; ma in entrambi i casi si tratta di ruoli che, pur distinti, sono complementari e armonici fra loro. Dare esecuzione o controllare la legale esecuzione di una legge generale non è un compito antagonista rispetto a formularla ed approvarla, ma, direi, quasi consequenziale. Al punto che, in regime di costituzione flessibile, si finiva con il collocare il potere legislativo quasi al vertice del sistema e considerare gli altri due poteri funzionalmente subordinati anche se organizzativamente dotati di indipendenza. Dopo la lunga lotta fra Parlamento e Sovrano durante il Seicento e la vittoria del primo, in Inghilterra la sovranità è stata, appunto, a questo attribuita¹, la cui onnipotenza viene celebrata con frasi quasi iperboliche (può far tutto tranne che trasformare l'uomo in donna). Solo di

¹ Questo trasferimento, puro e duro, della sovranità dal Re al Parlamento è criticato, ad es., da B. DE JOUVENERL, nel suo celebre saggio sulla sovranità. Occorre, però, ricordare



recente, con l'adesione a carte sovranazionali di tutela dei diritti umani, qualche certezza sul punto forse inizia ad incrinarsi (pur se – si dice – questa adesione vincola fino a che il Parlamento intenda conservarla). Anche nell'ambito della “scuola di Vienna” e della sua impostazione “pan-gerarchica” ed in Kelsen stesso la “divisione dei poteri” stenta a trovar posto², mentre in vario modo viene celebrato il “primato del Parlamento”³.

Ancora una volta mi sembra abbia ragione Rousseau, quando osserva che non si tratta di dividere la sovranità (che è una e indivisibile), ma di distribuire il suo esercizio fra organi diversi in guisa che sia sempre preservata, nel momento della attuazione, quella eguaglianza che è suo requisito essenziale nella formulazione e che deriva dall'eguaglianza fra gli uomini che hanno concluso il contratto sociale e continuamente lo inverano e lo sviluppano attraverso la partecipazione al potere legislativo. Non si tratta di dividere il potere ma di distribuirne i modi del suo esercizio in modo che possa svilupparsi correttamente. Neppure si tratta di limitarlo in senso stretto, ma di contrastare le passioni umane che possono condurre a deviare dalla sua intrinseca natura. Al vertice di questa costruzione è l'eguaglianza, che non limita, in senso stretto, la sovranità e, dunque, le scelte suscettibili di essere adottate, ma la definisce (potere di tutti su tutti e non di alcuni su altri)⁴.

La stessa cosa avviene nell'ambito del processo penale. Correttamente si è osservato⁵ che, *da un punto di vista funzionale*, i poteri dell'accusa e della difesa non sono realmente antagonisti: perché il diritto di libertà spetta solo a chi è innocente, mentre il diritto di punire sussiste solo nei

che, già nell'*Act of Settlement* dell'inizio del sec. XVIII, veniva garantita l'indipendenza del giudice, attraverso l'inaffidabilità.

² Cfr., in questo senso, V. ZANGARA, *Studio sulla separazione dei poteri*, in *Scritti giur. in onore della CEDAM*, II, Padova, 1953. La difficoltà si nota fin da uno scritto degli anni '20 del secolo scorso (*Die Lehre von Drei Gewalten oder Functionen des Staates*, del 1924, ora in *Wiener Rechtstheoretische Schule*, II, Wien, 1968, 1625 ss. e persiste nell'edizione del 1960 della *Reine Rechtslehre (Teoria pura del diritto)* e nella *General Theory of Law and State*, del 1945).

³ Il primato del Parlamento è affermato da Kelsen già nel saggio del 1929 (*Von Wesen und Wert der Demokratie*), tradotto in italiano, insieme con altri saggi, nel 1966 (*I fondamenti della democrazia*). Una traduzione era stata già effettuata da A. Volpicelli nel 1930, ripubblicata a cura di M.G. Losanno, nel 2012 (*Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, ed. Aragno).

⁴ Rinvio, per una documentazione adeguata, ai miei vari scritti su Rousseau.

⁵ E. BETTI, *Il contraddittorio tra le parti*, in *Riv. dir. proc.* 1963, 88; P. CALAMANDREI, *La relatività del diritto di azione*, in *Studi in on. di Santi Romano*, IV, Padova, 1940.



confronti del colpevole. Ancora una volta, non si tratta di dividere ciò che è indivisibile o di limitare la norma in sé, perché questa, in quanto tale, è misura di ciò che è giuridicamente corretto, ma di trovare modi di allocazione dei poteri processuali per governare al meglio le passioni umane che dalla norma possono deviare.

Processus est actus trium personarum: actoris, iudicis et rei, secondo la celebre e mai a sufficienza apprezzata definizione di Bulgaro. *Da un punto di vista funzionale*, promuovere l'azione è un modo di partecipare all'esercizio della giurisdizione (ricordo Vellani, ma anche Salvatore Satta); ma lo è anche esercitare la difesa. E, dunque, l'imparzialità, il punto di vista orientato al rispetto della norma⁶, non vale a distinguere il P.M. dallo stesso imputato. La pubblica accusa e la difesa partecipano della funzione giurisdizionale al pari dell'organo giudicante e, infatti, tutte le persone fisiche che interpretano questi diversi ruoli indossano la toga. Aggiungerei che quanto più il P.M. è imparziale tanto migliore è l'esercizio della sua funzione: e, infatti, è previsto che il P.M. possa astenersi⁷. Ma ciò vale anche per l'avvocato, che, infatti, si dice, è il primo e migliore giudice del suo cliente⁸ (nel senso, appunto, che deve costituire un filtro che impedisca azioni o linee difensive avventate) e gode di una certa discrezionalità nell'accettare i compiti difensivi.

È *da un punto di vista strutturale*, dal punto di vista della dinamica dei sentimenti umani, che è difficile mantenere questa imparzialità, che resta, oggettivamente, un "bene pubblico". Occorre, infatti, qualcuno che promuova l'azione penale imputando un fatto previsto dalla legge come reato ad una persona determinata e questo qualcuno è, appunto, il P.M. Una volta promossa l'azione penale, diviene più difficile, però, ammettere, ove occorra, di aver errato nel farlo. Si versa in quella ipotesi di astensione-ricusazione del giudice (art. 51 c.p.c.) che nasce dall'aver espresso un'opinione sul caso prima del giudizio e, quando l'ipotesi di astensione-ricusazione assume carattere strutturale, diviene ipotesi di incompatibilità⁹. A ciò si deve aggiungere la pressione forte dello "Stato apparato" che, infine, vuole mostrare la sua efficacia trovando il colpevole

⁶ Mi permetto di ricordare i miei contributi sull'imparzialità.

⁷ Ricordo l'art. 52 c. p. p.

⁸ Anche se Virginio Andrioli, con la Sua consueta arguzia, metteva in guardia contro gli eccessi nell'applicazione di questo principio: *Quis super Mediolani Praetorem?*, in *Giur. cost.* 1968, ora in *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milano, 1992, 84 ss., 86.

⁹ V. la sentenza Corte EDU, 24/05/1989, caso *Huscholdt*, in *Riv. int. dir. dell'u.* 1989, 456. Ricordo l'imponente giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 34 del c. p. p. (v., da ultimo, anche per diffusa indicazione di precedenti, sentenza n. 7 del 2022),



di un delitto magari esecrabile. Non si tratta, ai presenti scopi, di stabilire quanto le indagini della Polizia giudiziaria siano orientate dal Governo e quanto lo siano dalla Procura varie¹⁰; perché, in effetti, si finisce con il creare una naturale solidarietà fra chi promuove l'azione e chi la prepara e, comunque, non è facile distinguere, in concreto, gli apporti dell'uno e dell'altro ad un'opera che, in varia misura, è comune.

Certo, il dovere di imparzialità persiste, anche dopo aver formulato l'accusa e promosso l'azione. Nella sede requirente il P.M. può concludere anche chiedendo l'assoluzione dell'imputato: del resto, sarebbe strano celebrare il dibattimento quando i convincimenti iniziali non potessero esserne modificati¹¹. Ma modificare pubblicamente i propri convincimenti è operazione non facile e non scontata e, così ancora, mostrare pubblicamente magari le lacune investigative di un impianto accusatorio che pure ha impegnato a fondo anche la Polizia Giudiziaria.

E, dunque, soccorre la garanzia di terzietà del giudice.

La distinzione fra accusa e difesa nasce dal gioco elementare dei sentimenti umani e trova un facile approdo in concetti sufficientemente distinti: ma non sottintende un contrasto fra principi. Il principio è uno solo; quello dell'assoluzione dell'innocente e di una pena equa, dissuasiva e rieducativa per il colpevole. In astratto, questo principio potrebbe essere amministrato tutto da una sola persona; in concreto è davvero difficile che ciò possa avvenire in modo proficuo e non attraverso una dialettica processuale, veicolo di verità.

Il P.M., si dice, è “parte imparziale”; la stessa cosa si dice della Pubblica Amministrazione, la cui imparzialità è affermata, del resto, dalla stessa Costituzione (art. 97): ma poi sia l'uno che l'altra si trovano ad essere parti in giudizio in posizione contrapposta rispetto ad un privato.

Il fatto è che le spinte devianti rispetto alla norma e all'interesse pubblico sono, in genere, più forti nel privato che non nell'apparato pubblico dell'accusa. La c. d. *departmental bias* della “pubblica accusa” (e dell'Amministrazione) può sussistere, ma in genere, presenta un'intensità minore dell'ansia di libertà che spinge l'imputato a difendersi. Ciò

¹⁰ Cfr. anche per ulteriori indicazioni, M. MANETTI, *Funzioni e statuto del P.M.*, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, – Atti del XIX Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Padova 2004.

¹¹ I Commissari d'accusa nel processo Lockheed, in questo modo, motivarono il loro ruolo, simile a quello del P.M. requirente, e, dunque, anche la possibilità di concludere in senso favorevole all'imputato (delibera in data 5 luglio 1977, in *Giur. cost., suppl. Processo Lockheed*, 39, nt. 1).



spiega come la probabilità di un accoglimento dell'ipotesi accusatoria, una volta ponderatamente proposta, sono maggiori delle probabilità di un rigetto puro e semplice. Questo spiega anche una certa solidarietà fra magistratura e forze dell'ordine che talvolta finisce con il coprire i difetti di queste. Non si può permettere che l'accusa (in ipotesi: falsa e strumentale) di un imputato destabilizzi non solo le indagini (a ciò, non sarebbe forse adeguata) ma l'impianto organizzativo che le promuove e le svolge. Ma, dietro questa necessaria copertura, avvengono talvolta abusi anche gravi (come, ad es., nel caso "Cucchi"). Trovare le "giuste contrarie", che consentano una navigazione sicura in questo mare tempestoso, non è davvero facile. Ammettere la testimonianza di parte come in USA? Ricorrere, più di frequente, ad assoluzioni per mancanza di prova, anziché ricorrere all'opposta ipotesi dell'incriminazione per calunnia? O altre ipotesi ancora? Non saprei.

2. *Limitato e controvertibile rendimento di una "separazione organizzativa delle carriere" fra P.M. e Magistratura giudicante*

Una proposta da anni discussa è quella di separare le carriere del P.M. e della magistratura giudicante, in guisa da interrompere una solidarietà fra colleghi, che può essere fattore anch'esso deviante rispetto all'imparzialità, ad un "interesse puro" (direbbe Kant) al rispetto della legge¹².

Questa separazione delle carriere, si dice, può essere opera di una legge ordinaria che, utilizzando i margini di flessibilità offerti dall'art. 107, ultimo comma, Cost.¹³, preveda concorsi separati o un'opzione iniziale, dopo un concorso unitario, per l'una o per l'altra o un'opzione non più rimovibile dopo un certo tempo di esercizio delle funzioni, oppure una legge di revisione costituzionale che, sull'esempio francese, preveda un semplice parere del C.S.M. sulle nomine dei magistrati chiamati alle funzioni di P.M.

Ricordo l'obbiezione di Giuseppe Ugo Rescigno per cui una separazione delle carriere e, dunque, un concorso separato urterebbe contro il principio costituzionale per cui i giudici si distinguono solo per funzioni¹⁴. Nella presente sede l'obbiezione non è decisiva, perché non sono

¹² Possibilista in questo senso sembra G. MONACO, *Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, 2003.

¹³ Cfr. N. ZANON, *Pubblico Ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 1 ss.

¹⁴ G.U. RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica*, in *Separazione*, cit., 129 ss.



escluse revisioni costituzionali volte a raggiungere, comunque, un risultato che si ritiene utile. Si tratta di vedere se lo sarebbe davvero.

La mia impressione è che non si tratterebbe di un rimedio davvero risolutivo. Certo, il concorso di ammissione è fattore utile a stimolare solidarietà o a segnare distinzioni destinaste a durare. Ma, in ipotesi, quanto più il P.M. si allontana dalla magistratura giudicante tanto minore diviene il coefficiente di imparzialità che pur in questa fase iniziale sembra necessario. Accusare pubblicamente una persona, costringerla alla difesa è già una pena e, dunque, un P.M. meno imparziale potrà costringere un numero maggiore di persone a subire una pena, sia pure provvisoria e precaria, destinata tuttavia a lasciare il segno nella sua vita sociale. Ciò in cambio di un'assoluzione più rapida; non saprei se questo scambio sarebbe davvero conveniente.

E, d'altra parte, l'imparzialità è utile anche nella fase iniziale delle indagini, quando davvero occorre indagare, come si dice, "in tutte le direzioni"; perché non è detto che le direzioni trascurate in origine siano praticabili anche dopo un certo tempo. Mutamento dello stato dei luoghi, e tanti altri fattori umani, materiali ed anche normativi (penso alla prescrizione) suggeriscono il contrario.

E, ancora, non dimentichiamoci che il Procuratore Generale della Cassazione resta titolare dell'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, anche applicati alle funzioni giudicanti; la stessa azione disciplinare del Ministro in genere viene esercitata, su indicazione di questo, dal detto Procuratore. Una forte distanza fra magistratura requirente e giudicante può creare, allora, anche antagonismi fra diverse parti del corpo giudiziario nocivi per la sua indipendenza¹⁵.

3. *Controindicazioni di una riforma più radicale che riconduca il P.M. nell'orbita del potere esecutivo*

In Italia si teme, appunto, che la separazione delle carriere sia il prologo per ricondurre il P.M. sotto il controllo del potere esecutivo, secondo un modello anteriore alla Costituzione vigente, e, attraverso questo

¹⁵ La separazione delle carriere ha condotto, ad es., in Portogallo, proprio ad inasprire i rapporti fra le due componenti della magistratura: cfr. A. MORELLI, *La disciplina relativa al mutamento delle funzioni dei magistrati nel dibattito sulla riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario* (a cura di F. Dal Canto e R. Romboli), Torino 2004, 169 ss., spec. 183.



controllo, condizionare la stessa magistratura giudicante (anche attraverso un esercizio “mirato” del potere disciplinare).

A favore di questa idea si potrebbe addurre e si adduce l’enorme “carico pendente” in materia penale, che consiglia una qualche discrezionalità nel promovimento dell’azione; e, se discrezionalità deve sussistere – si dice – solo il potere politico può assumersene la responsabilità.

Contro questa ipotesi militano almeno due ragioni: il principio di obbligatorietà dell’azione penale, l’indipendenza complessiva della magistratura.

3.1. I pregi di una garanzia dell’obbligatorietà dell’azione penale ma i naturali limiti del suo valore e della sua effettiva incidenza

La Costituzione vigente prevede l’obbligatorietà dell’azione penale (art. 112), innovando al sistema pregresso che prevedeva la sua discrezionalità. La norma è debitamente presidiata, attraverso il potere di avocazione e di sostituzione del Procuratore della Repubblica¹⁶ rispetto al sostituto (ai sensi dell’art. 70 dell’Ordinamento giudiziario, più volte riformato) e del Procuratore Generale presso la Corte d’Appello rispetto al Procuratore della Repubblica (cfr. art. 51, comma 2, 372, 412, 413 c.p.p.). Essa reca in sé i valori dei principi di legalità ed eguaglianza¹⁷ e può anche integrare una effettiva garanzia per il privato. Può essere, infatti, utile ed importante invocare l’usbergo della protezione penale, della difesa pubblica quando sono lesi certi diritti essenziali della persona. Ma, in realtà, la “resa” di questo strumento è assai minore di quel che talvolta si immagina.

Il fatto che, in relazione a questa competenza, il P.M. possa essere considerato “potere dello Stato”, ai fini dei conflitti di attribuzione¹⁸, non deve ingannare. Già il potere di agire in giudizio assume un rilievo al-

¹⁶ Disciplinato ora dall’art. 1 D. lgs. n. 106 del 2006, come modificato dall’art. 13 della legge n. 71 del 2021. Ciò fa parte di un lento processo erosivo della struttura gerarchica delle Procure (C. SALAZAR, *Organizzazione interna delle Procure e separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l’8 giugno 2009, Napoli 2010, 182. Questo processo erosivo non l’ha però consumata fino in fondo. Cfr., ancora, N. PIGNATELLI, *L’indipendenza interna del P.M. e l’organizzazione degli uffici requirenti*, in *Contributo cit.*, 195 ss., spec. 199.

¹⁷ Cfr. M. MANETTI, *op. cit.*, nella nota n. 10 che precede.

¹⁸ Si tratta di giurisprudenza solidissima: cfr., ad es., sentenze n. 462, 463, 464/1993; 420/1995; 269/1996; 426/1997; 110, 410/1998; 399/1999; 56, 57, 58, 309, 487, 521/2000; 345, 363/2001; 58/2004; 241/2007; 26/2008; 106/2009; 87, 88/2012; 296/2013 (conflitto di livello non costituzionale), 193, 229/2018, etc.



tamente costituzionale, anche se esercitato dal privato, come, del resto, insegna la nostra Corte¹⁹ e secondo un insegnamento che ci viene già dal pensiero giuridico medievale (ricordo ancora: *processus est actus trium personarum ...*). Se l'esercizio del potere di agire in giudizio è una parte essenziale della funzione giurisdizionale, resta solo da vedere quali siano i vantaggi effettivi di qualificare questo potere come anche un dovere.

Solo una denuncia che contenga l'indicazione degli elementi di prova necessari può, davvero, sperare in un tempestivo dibattimento, mentre, negli altri casi, non è possibile garantirlo. Le centinaia o migliaia di archiviazioni per essere ignoto l'autore del reato, che ogni anno vengono firmate dagli organi giudiziari (ai sensi dell'art. 415 c.p.p.), coprono, per lo più, una reale difficoltà di impiegare le risorse investigative (scarse) nelle direzioni indicate anche dalle persone asseritamente lese. E, ancor meno, è possibile garantire una attività investigativa che copra tutti i reati commessi e non denunciati. E, del resto, i reati più gravi sovente non lo sono anche per il timore, fra l'altro, di rappresaglie. La macchina investigativa è costosa in ogni senso e deve essere impiegata con efficacia ed oculatezza.

La stessa giurisprudenza della Corte che limita questa obbligatorietà alla fase iniziale²⁰, finisce con il giustificarsi anche in considerazione dei costi complessivi del sistema penale, a prescindere dal principio di libera valutazione delle risultanze dibattimentali del P.M. requirente e dello stesso Procuratore preposto all'Ufficio.

La forza stessa delle cose conduce, dunque, a quello che appare un certo svuotamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale²¹. L'idea di attribuire al C. S. M. la gestione dei fondi stanziati in bilancio per la Giustizia ordinaria²² può essere interessante sotto vari profili, ma non risolve questo problema, perché i limiti di spesa sono, comunque, inevitabili.

¹⁹ La Corte considera il diritto di azione e di difesa principio supremo del sistema costituzionale, pietra angolare di una democrazia: cfr., ad es., sentenze n. 98/1965; 18/1982; 148/1996; 80, 170/1997; 26/1999; 157/2021; 18/2022, etc.

²⁰ E, MARZADURI, *Considerazione sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del c. di p. p.*, in *Problemi attuali cit.*, 121 ss. L'A. peraltro, riconosce le difficoltà delle Procure di far fronte al carico pendente (p. 129).

²¹ S. PANIZZA, *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà di esercitare l'azione penale*, in *Problemi, cit.*, spec. 142 ss.

²² Cfr. F. RIGANO, *Il Pubblico Ministero e la funzione di giustizia*, in *Separazione, cit.*, 199 ss.



L'idea di risolvere questi problemi di fondo attraverso una estesa “depenalizzazione” può presentare aspetti positivi (perché un eccesso di penalizzazione esprime una repressività che può essere non tollerabile), ma, complessivamente, si è rivelato rimedio troppo inferiore alle attese, almeno dal punto di vista che in questa sede interessa.

3.2. *L'indipendenza della magistratura complessiva*

La seconda obiezione è dura e resistente. E si radica nella “memoria storica” della nostra magistratura che ha interiorizzato la lunga via per conseguire una piena indipendenza²³. Un P.M. dipendente dall'Esecutivo può, attraverso l'esercizio dell'azione disciplinare, condizionare l'indipendenza della stessa magistratura giudicante.

Questa è la ragione della proposta di attribuire il potere di promuovere un'azione penale discrezionale ad un Procuratore Generale (*Attorney General*) che goda della fiducia delle Camere, avanzata dal Calamandrei in Assemblea Costituente²⁴. Si tratta, peraltro, di una via difficile da percorrere perché, da noi, il Ministro della Giustizia non gode di alcuna fiducia separata da quella del Governo di cui fa parte, ma ne condivide in pieno la coloritura, le tendenze e la responsabilità politica. Una riforma costituzionale sul punto sarebbe difficile e andrebbe incontro a non poche obiezioni. Né mi sento di consigliare una riforma che segua l'esempio americano che attribuisce la responsabilità dell'accusa direttamente al Ministro della Giustizia o che segua l'esempio francese nel quale i collegamenti fra Ministro e organi dell'accusa sono espliciti e innegabili e accentuati nelle riforme della fine del secolo scorso e dell'inizio del presente²⁵.

²³ Cfr., ad es., M. DAGA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli 1973; A. GUSTAFANE, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999. V. anche C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale italiana 1848-1948*, Bari, 1974, *passim*.

²⁴ Piero Calamandrei fu uno dei relatori (Seconda Sezione della Seconda Sottocommissione) per l'ordinamento giudiziario, oltre che per la Corte costituzionale, il suo progetto originario prevedeva che l'accusa fosse gestita da un Commissario Parlamentare (sorta di *Ombudsman*), secondo l'esempio dell'*Attorney General* inglese, La proposta non venne accolta e, allora, ripiegò sulla tesi che l'accusa dovesse dipendere dal Ministro della Giustizia. Il Pubblico Ministero doveva, comunque, godere delle garanzie del giudice e, in particolare, dell'immovibilità. Sulle proposte europee v. quel che diremo tra poco; cfr. anche C. PINELLI, *L'adattamento dell'ordinamento giudiziario italiano alla creazione di Eurojust e di una pubblica accusa europea*, in *Contributo*, cit., 219 ss.

²⁵ Prevedendo due distinti organi di autogoverno e sottoponendo la funzione inquirente (non il P.M. requirente, cui resta una “libertà di parola”) al controllo del Ministro



Oltre all'obiezione (non superabile) di un condizionamento della magistratura giudicante attraverso l'esercizio dell'azione disciplinare, difficilmente superabile è anche l'obiezione che riguarda la difficile perseguibilità, in questa ipotesi, di responsabilità penali che coinvolgano il Governo o i suoi membri. I difetti di un sistema si rivelano anche attraverso i "correttivi" che è necessario apportarvi. La nomina di un "Procuratore speciale" quando un reato possa essere attribuito ad un membro del Governo è uno di questi. Ma presuppone un tipo di rapporti fra maggioranza e opposizione che non è facilmente trasportabile nel nostro paese²⁶.

4. *Ulteriori proposte di riforme per alleggerire il "carico pendente"*

Si è pensato allora, che gli ordini di priorità per lo svolgimento delle indagini possano esser dati da direttive parlamentari. Demandare l'adozione di queste direttive, sia pure attraverso una legge, ad organi come le Camere, condizionando così il loro "ordine del giorno", sembra davvero problematico. E sembra, inoltre, difficile immaginare ordini di priorità generali che siano diversi da quelli rivelati dalla entità delle pene (minime e massime) stabilite, appunto, con legge, senza incorrere in una qualche contraddizione. La contraddizione (e, forse in misura più grave) sorgerebbe anche quando queste direttive fossero adottate in via diretta dal C.S.M.

Forse, la via più saggia sarebbe di attribuire una qualche discrezionalità sul punto al Procuratore della Repubblica, tenuto conto delle circostanze locali. Le direttive così adottate dovrebbero essere trasmesse al C.S.M. per una opportuna valutazione. Da ciò potrebbe derivare un "circolo virtuoso" utile alla crescita complessiva del sistema. In questo senso dovranno a mio avviso essere intese e forse anche rimediale le indicazioni dell'art. 1 del decreto legislativo n. 106 del 2006, dopo le modifiche apportate con l'art. 13 della legge n. 134 del 2021²⁷.

della Giustizia: cfr. legge di revisione costituzionale del 27 luglio 1993 e *Loi Perben II* del 1° febbraio 2010.

²⁶ Per indicazioni davvero stimolanti sul dibattito europeo in argomento cfr. S. BARTOLE, *L'ordinamento giudiziario nei dibattiti del Consiglio d'Europa, con speciale riguardo all'assetto delle Procure*, in *Problemi attuali*, cit., 3 ss

²⁷ Ciò forse ridimensiona anche una certa "primazia" rivendicata talvolta dal C. S. M.: cfr. C. SALAZAR, *op. cit.*, 206 ss.



5. Osservazioni conclusive

La nostra magistratura ha molti meriti e l'elenco dei magistrati caduti nell'adempimento del dovere che è nell'aula delle Sezioni Unite della Cassazione, ne è testimonianza, ma non è il caso di indulgere a facili trionfalismi: perché ha anche, a mio sommesso avviso, i suoi difetti.

Non sarei in grado di valutare gli effetti delle recenti norme elettorali sul nuovo C. S. M., che, del resto, appena in questi giorni ha iniziato a funzionare.

Appunto sulle leggi elettorali va spostato il *focus* dell'attenzione anche perché è proprio il fattore elettorale che, mentre vale a garantire in modo forte l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri, paradossalmente finisce con il minacciarla dall'interno²⁸. Presterei attenzione anche ai procedimenti seguiti dallo stesso C. S. M. nell'esercizio delle sue funzioni, che la recente riforma riconduce saggiamente al modello del procedimento amministrativo (cfr. art. 2, legge n. 71 del 2022). Occorre riflettere sugli esiti delle impugnative dei suoi atti innanzi al Tar del Lazio, sulle motivazioni che sostengono gli accoglimenti dei ricorsi. E, in genere, sarei favorevole a molte ulteriori opportune aperture dell'ordine giudiziario alla società: dall'elezione al C. S. M. anche di magistrati a riposo, alla maggiore apertura degli organi giudicanti agli avvocati del libero foro, come pure di quelli requirenti agli ufficiali di polizia giudiziaria.

Si tratta di rafforzare non solo l'indipendenza ma anche un'imparzialità che sia oltre il principio di legalità, una imparzialità che si manifesti, senza ombre, negli atteggiamenti esteriori e che governi da ogni parte le aree di discrezionalità riferibili anche alla magistratura giudicante. Imparzialità vuol dire non mancanza dei criteri di decisione, perché altrimenti significherebbe paralisi dell'organo, ma applicazione di questi criteri, anche ove integrativi di quelli dati dal testo normativo²⁹, in modo eguale per tutti; significa governo equilibrato ed equidistante dello stesso *judicial*

²⁸ Ricordo il bel convegno di studi promosso da A. BEVERE, *I magistrati e le correnti – alla ricerca dell'indipendenza da sé stessi*, Napoli, 2007.

²⁹ La legge talvolta può essere interpretata in modi diversi od anche contenere concetti elastici che consentono diverse applicazioni in concreto. La dottrina di lingue tedesca (dell'Austria e della Germania) parla, appunto, di *Unbestimmt Rechtsbegriff* o di *freies Ermessen*. Più di recente, Robert Alexy distingue discrezionalità strutturale ed epistemica (*A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers, Oxford, 2002, 388 ss.). MAC CORMICK (*Legal reasoning*) segnala una "creatività interstiziale (*interstitial*)" della giurisprudenza. Nella nostra cultura giuridica ha finito con il prevalere l'idea che l'interpretazione della legge può consentire diverse ma militate opzioni. Ricordo la giurisprudenza della Corte costituzionale resa palese, fin dall'inizio, dalle c. d. "sentenze interpretative" e lo scritto



*activism*³⁰ e, dunque, virtù sofferta e interiorizzata³¹. Quanto questa imparzialità sia possibile, quanto la legge o la giurisprudenza stessa debba governarla attraverso modalità procedurali vincolanti³², anche riducendo i poteri officiosi del giudice ed accrescendo quelli delle parti, non saprei dire. Mi sembra, tuttavia, che occorre muoversi in questa direzione.

del Procuratore Generale Giovanni Colli sulla Rassegna Magistrati del 1968, in risposta alla “contestazione giudiziaria” insorta in quell’anno.

³⁰ M. CAPPELLETTI, J.A. JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigations*, Milano, 1975.

³¹ Ricordo R. DWORKIN. *Sovereign virtue – The theory and practice of equality*, Cambridge-London, 2000.

³² La giurisprudenza più recente ed anche la legge di procedura richiede siano poste in discussione le questioni rilevabili d’ufficio: cfr. art. 183, comma 4, 384, comma 3, c.p.c., nel testo attuale; art. 73, comma 3, c.p.a.; Cfr. Corte EDU, sentenza 11/12/2007, in *Foro it.* 2008, IV, 241 (sul mutamento della qualifica giuridica del fatto); Cass., sez. VI penale sentenza 12 novembre 2008, in *Foro it.* 2009, II, 65; Cons. St., sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712; Corte costituzionale, sentenza n. 15 del 2015, su cui cfr. R. CHIEPPA, *Ancora sul contraddittorio sulle questioni rilevate d’ufficio*, in *Giur. cost.* 2015, 119. La Corte, del resto, da tempo rimette la causa sul ruolo per un opportuno contraddittorio quando sopravviene una legge rilevante in tempo successivo all’udienza di discussione. Cfr., sul punto, e per ulteriori indicazioni anche sui temi in precedenza accennati, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 210-211.



IL GIURISTA (PENALISTA) TRA INTERPRETAZIONE,
SCIENZA E POLITICA.
UN CONFRONTO CON DOMENICO PULITANÒ

GIOVANNI FIANDACA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Accenni a interventi culturalmente ‘indiziati’ di Pulitanò giovane giudice. – 3. Politica e interpretazione penale. – 4. Politica e scienza penalistica.

1. *Premessa*

Le considerazioni che qui propongo toccano profili non strettamente tecnici, ma non per questo meno rilevanti, dell’attività del giurista-penalista (latamente inteso) che hanno costituito oggetto di costante attenzione da parte di Domenico Pulitanò: lo spiccato interesse cioè per le dimensioni e implicazioni politiche del diritto e della giurisdizione penale, oltre ad emergere nella ricca e variegata produzione di Pulitanò studioso accademico, è testimoniato da precedenti interventi dei primi anni ’70 dello scorso secolo, che lo stesso Pulitanò ebbe occasione di svolgere nel ruolo di giovane magistrato culturalmente aderente al gruppo associativo di *Magistratura democratica*. Riservandomi di accennarvi (*infra*, § 2), quel che sin da ora mi preme porre in risalto è – ritengo – l’esistenza di una sostanziale linea di continuità nel modo in cui egli è andato lungo molti anni affrontando, pur nel mutare dei ruoli professionali e del progressivo evolvere (o involvere!) della legislazione penale, gli aspetti di politicità connessi al magistero punitivo.

In estrema e approssimativa sintesi, anticiperei che questa prospettiva di continuità si è fondamentalmente manifestata, da un lato, nel riconoscere con onestà e lucidità intellettuale i risvolti politici implicati nell’attività giudiziale e nello stesso lavoro scientifico; e però, da un altro lato, nel *problematizzarli* con acume nell’orizzonte della democrazia liberale (o ‘costituzionale’, che dir si voglia) e del principio della distinzione dei poteri. Inoltre, ravviserei un aggiuntivo elemento di continuità nella insistita tendenza di Pulitanò a richiamare l’attenzione sulle questioni sostanziali e sui problemi reali sottostanti ai modelli di disciplina legislativa e all’attività interpretativo-ricostruttiva, mettendo di conseguenza in guardia dall’enfaticizzare le valenze conoscitive della cosiddetta dogmatica e dal sopravvalutare la rilevanza delle contrapposte concezioni sistematiche del reato.



2. *Accenni a interventi culturalmente 'indiziati' di Pulitanò giovane giudice*

Indizi embrionali e al tempo stesso emblematici dello stile di pensiero di Pulitanò sono, a mio avviso, già individuabili in qualche suo risalente intervento tenuto da giovane giudice. Ad esempio, in un breve contributo concepito nel contesto del celebre incontro di studio catanese del 1972 sul cosiddetto uso alternativo (da “sinistra”) del diritto¹, egli si preoccupava di illustrare la posizione di *Magistratura democratica* sulla giurisprudenza alternativa ponendo l'accento, più che sugli aspetti astrattamente teorici e metodologici (a suo giudizio, meno decisivi), sul profilo ritenuto politicamente essenziale, cioè quello del confronto tra i rispettivi contenuti concreti delle decisioni dei magistrati democratici e dei provvedimenti dei magistrati tradizionalisti. Ciò a cominciare dalla individuazione dei valori di riferimento delle scelte interpretative, da ricercare nella cornice costituzionale piuttosto che nel diritto positivo preesistente e da porre alla base di percorsi argomentativi trasparenti e quanto più possibile controllabili. Ma, nell'additare un orientamento ermeneutico costituzionalmente orientato – ecco un punto che merita di essere sottolineato – Pulitanò tendeva, nel contempo, a fugare il sospetto di voler proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegalitaria (come paventato da alcuni critici delle posizioni di MD): manifestando in proposito la convinzione che *un uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese* non fosse legittimamente praticabile sempre, ma soltanto nei casi in cui gli spazi lasciati aperti dal legislatore consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali. Un orientamento fondamentalmente analogo è rinvenibile anche in scritti successivi, in cui sempre da giudice impegnato nel dibattito interno a MD egli sottolineava l'esigenza che la stessa giurisprudenza ispirata a un garantismo progressista risultasse ancorata a basi oggettive di riferimento, sotto il duplice profilo normativo e valutativo².

Così opinando, Pulitanò mostrava di rifiutare l'ideologismo estremista presente nelle ali politicamente più radicali e più ingenuamente marxisteggianti sia di *Magistratura democratica*, sia più in generale dei

¹ D. PULITANÒ, *Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante e la lotta di Magistratura democratica per l'attuazione dei valori democratici* in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, 61 ss.

² Si fa riferimento a scritti raccolti nel volume di D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70*, Bari, 1977.



professori teorizzanti l'uso alternativo del diritto³. Piuttosto, privilegiando un orizzonte ideale e politico tutt'altro che indifferente ai vincoli di una legalità penale di matrice illuministica, egli condivideva la tendenza ad una reinterpretazione in chiave costituzionale – fin dove possibile – delle parti più vetuste e autoritarie della legislazione penale ereditata dal passato, insieme all'aspirazione a riformare in una ottica modernizzatrice e liberale il codice Rocco.

Dopo aver esposto la sua interpretazione dell'impegno politico dei magistrati democratici, Pulitanò ribadiva di considerare secondario, ma non inutile un approfondimento della discussione sui presupposti teorici e metodologici di un approccio giudiziario innovativo rispetto a quello tradizionale; ma, non essendo i magistrati tenuti a trasformarsi in filosofi del diritto, sarebbe spettato ai teorici di professione il compito di venir loro in aiuto⁴.

Nel suo itinerario evolutivo, parallelo e successivo al passaggio dalla magistratura all'insegnamento universitario e poi anche al ruolo di avvocato⁵, il Nostro ha peraltro dato prova di sapersi anche in prima persona ben misurare con la speculazione teorica di alto profilo, come è testimoniato da una ricca e articolata produzione di scritti via via vertenti su pressoché tutte le questioni di fondo più impegnative della materia penale (dalle dottrine generali del reato ai modelli di scienza penalistica, dalle teorie della pena alle esigenze di riforma del sistema penale) e, altresì, su importanti nodi problematici attinenti all'interpretazione- applicazione delle leggi penali in sede giudiziaria. Non a caso, in tutta questa messe

³ Per un buon quadro d'insieme dei diversi indirizzi rinvenibili tra gli studiosi propugnatori dell'uso alternativo del diritto, nonché delle reazioni critiche sollevate cfr. M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011, 15 ss.

⁴ D. PULITANÒ, *Le deformazioni autoritarie*, cit., 63.

⁵ In proposito, lo stesso Pulitanò ha rilevato: "Il rivestire toghe diverse – quella dell'accademico e quella del professionista forense – è un'esperienza che, a confronto con quella dell'accademico puro, può essere più ricca, più informata sugli sfondi pratici delle interpretazioni giuridiche, e può trarre proprio dalla maggiore attenzione agli interessi in gioco la materia di riflessioni rilevanti sul piano delle ragioni del diritto. Il professore avvocato ha la responsabilità di portare l'una e l'altra toga come richiedono le rispettive funzioni e rispettive etiche. La difesa penale può essere una stimolante occasione d'impegno scientifico ed etico *dalla parte dell'individuo e delle sue libertà*". (D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, n. 2/2017, 152). Per altro vero, è tuttavia da rilevare che la fondatezza o persuasività delle tesi dottrinali avanzate nel processo dal professore-avvocato possono essere inficiate dal sospetto, da parte dell'organo giudicante o inquirente, di una loro pregiudiziale strumentalizzazione a interessi di parte in chiave difensiva.



di lavori l'interesse per la dimensione politica risulta esplicito e costante, sino al punto di trasparire talvolta dalle stesse intitolazioni dei saggi.

3. *Politica e interpretazione penale*

Il tema dell'interpretazione penale, tra politica e diritto, rientra certamente tra quelli che sono stati con maggiore continuità al centro dell'attenzione speculativa di Mimmo Pulitanò. Sin dagli anni più giovanili, la sua prevalente preoccupazione mi sembra sia in proposito consistita nel cercare di rendere compatibile il modello di legalità penale legislativa tipico di un ordinamento di *civil law* come il nostro con la piena consapevolezza degli ampi spazi di discrezionalità ermeneutica, anche 'politicamente' condizionata, di cui inevitabilmente dispongono gli stessi interpreti giudiziali. Come conciliare, in campo penale, riserva di legge, tassatività e "creatività" giudiziale (salvo specificare che cosa davvero significhi)?

Dal canto suo, Pulitanò tende ad affrontare il problema del rapporto giudice-legge prospettando in via preliminare una distinzione di piani, rispettivamente concernenti: da un lato, la questione ordinamentale dei rapporti tra legislazione e giurisdizione nel sistema delle fonti; e, dall'altro, gli aspetti problematici più direttamente inerenti all'attività interpretativa⁶. È suo fermo convincimento, infatti, che nessuna teoria dell'interpretazione radicata nella moderna ermeneutica filosofica possa stravolgere il principio del primato della legge generale e astratta e il connesso principio costituzionale del vincolo di soggezione del giudice alla legge, quale che sia il livello di creatività che sul piano della riflessione teorica siamo oggi disposti a riconoscere all'interprete. In termini molto chiari: "lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento"⁷. Insomma, nessuna teorizzazione può delegittimare una opzione politica di fondo relativa ai poteri del giudice nel quadro costituzionale: una cosa è la decisione politica, altra cosa la teoria. Torneremo sul punto.

Pienamente condivisa dunque la ormai nota pronuncia n. 230/2012 con la quale la Consulta ha inequivocabilmente ribadito il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, Pulitanò deve però fare i conti col

⁶ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge*, cit., 149 ss.; ID., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss.

⁷ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità*, cit., 5.



versante – divenuto sempre più problematico e sfuggente anche in ambito penalistico – delle questioni interne all'interpretazione. Fino a che punto il rivendicato e ribadito primato costituzionale della legge scritta è in grado oggi di mantenere, nella prassi concreta, le sue promesse democratico-liberali di ascendenza illuministica? O, piuttosto, esso degrada a vecchio mito ideologico smentito – di fatto – da quello che i giudici effettivamente fanno in sede interpretativo-applicativa?

Ancorché in linea teorica non pregiudizialmente chiuso agli apporti delle più aggiornate teorie ermeneutiche, che pongono in primo piano la centralità del momento interpretativo e ne sottolineano il contributo irrinunciabile in vista della attribuzione di significato normativo alle disposizioni testuali (per cui l'interprete finisce con l'assumere un ruolo co-protagonistico accanto al legislatore nel conferire alle norme la maggiore compiutezza possibile), il Nostro – com'è intuibile – si guarda bene dall'avallare il rischio per così dire di un libertinaggio ermeneutico: da qui un tendenziale sfavore, una pregiudiziale diffidenza (forse emotiva, prima ancora che di principio) verso lo stesso concetto di “creatività” giurisprudenziale, che affiorano anche in forma implicita da una pluralità di scritti di diversa collocazione temporale e che richiamano, per sostanziale consonanza, il rifiuto del “creazionismo giudiziario” manifestato sul piano giusfilosofico da Luigi Ferrajoli⁸. Sfavore e diffidenza che, tuttavia, non fanno chiudere gli occhi sulla importanza, impellenza e complessità delle scelte di orientamento da compiere: “Con riguardo ai problemi dell'interpretazione del diritto, per tutta la vita di studioso e di professionista (prima giudice, e poi avvocato) mi sono sentito partecipe di una difficile navigazione fra le sirene del soggettivismo e i gorgi di un positivismo acritico. Impegnato, di volta in volta, su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e contro moderne, ben intenzionate ideologie”⁹. Ma come individuare, in questa difficoltosa traversata intellettuale, il punto di equidistanza dai due avversati estremi? Sulla base di precisi ancoraggi teorici, o secondo un approccio ermeneutico sganciato da predeterminate opzioni metodologiche e sorretto dalla preoccupazione di rendere, di volta in volta, il più possibili compatibili enunciati normativi e ipotesi interpretative riferite ai casi possibile oggetto del processo di sussunzione?

⁸ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018.

⁹ D. PULITANO, *Il giudice e la legge*, cit., 154; ID., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 29 ss.



In realtà, anche in proposito Pulitanò manifesta la sua tendenziale riluttanza a far propria in maniera dogmatica e totalizzante una specifica teoria dell'interpretazione tra quelle, più tradizionali o più nuove, compresenti nello scenario dottrinale. Piuttosto, egli sembra implicitamente propendere per un certo eclettismo mediatore. Incuriosito e stimolato dalla penetrazione dell'ermeneutica filosofica e dei suoi assunti interpretativi nella penalistica degli ultimi anni, tende a recepirne soltanto quegli apporti che a suo giudizio non mettono radicalmente in discussione la possibilità di mantenere fermo il principio penalistico della riserva di legge e la tendenziale autonomia di significato normativo delle fattispecie astratte rispetto ai condizionamenti ermeneutici derivanti dalla peculiarità dei casi concreti: così ad esempio, mentre ritiene che possa ritenersi acquisita – anche fuori dalla cerchia degli studiosi di fede ermeneutica – la distinzione fra disposizione (il testo da interpretare) e norma (il testo interpretato), non sarebbe invece vero in linea generale che il diritto non sia conoscibile senza il riferimento ai casi candidati alla sussunzione¹⁰. Ma ciò non equivale a disconoscere che, secondo il meccanismo del circolo ermeneutico tra fatto e diritto, profili peculiari delle vicende fattuali possono, talvolta, mostrare “buone ragioni per pensare e ripensare interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie alla luce dei casi della vita”¹¹.

Quanto ai singoli criteri d'interpretazione, a giudizio di Pulitanò i maggiori disaccordi riguardano soprattutto le loro concrete modalità di applicazione e le soluzioni interpretative che ne derivano nei singoli casi. Ciò è abbastanza plausibile. Nessuno contesta infatti, neppure oggi, che il procedimento interpretativo debba prendere le mosse dal tenore testuale dell'enunciato legislativo e che il criterio letterale, da solo spesso insufficiente, debba essere integrato dal criterio sistematico e dal criterio teleologico (solo che – come sappiamo – non esiste un criterio vincolante di priorità, un meta-principio in grado di orientare preventivamente l'interprete sulla prevalenza da accordare a uno dei criteri ermeneutici in concorrenza). Ed è vero che il criterio sistematico è andato assumendo un ruolo sempre più rilevante per la esigenza via via accresciuta di ricostruire la portata dei precetti legali in base ai principi costituzionali in-

¹⁰ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, cit., 154.

¹¹ D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASSARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 221.



terni e alle fonti normative europee¹². Per altro verso, Pulitanò forse non sempre evidenzia col dovuto risalto – così come, del resto, non sempre fa la dottrina penalistica maggioritaria – un punto problematico: l’ancoraggio ai principi e valori costituzionali, specie quando si tratta di principi e valori indeterminati o ad amplissimo spettro e pregni di contenuto filosofico-politico o morale (come ad esempio, libertà, uguaglianza, dignità umana *et similia*), difficilmente assicura quel fondamento ‘oggettivo’ idoneo a porre l’interpretazione del tutto al riparo da pre-comprensioni e preferenze assiologiche (anche in termini di bilanciamento tra valori concorrenti) influenzate dal previo orientamento politico-ideologico e dalla sensibilità personale degli interpreti di turno¹³. Un esempio macroscopico, che è forse superfluo esplicitare, è costituito dai conflitti interpretativi che sullo stesso terreno costituzionale emergono nell’ambito dei temi cosiddetti eticamente sensibili (aborto, vita pre-natale, questioni di fine-vita, tutela dell’identità sessuale e di genere ecc.), e che pongono in contrapposizione studiosi e interpreti di rispettivo orientamento religioso o laico¹⁴. Certo, l’esistenza di conflitti siffatti è ben lungi dallo sfuggire a Pulitanò, il quale in più di una sede mostra piena consapevolezza della problematicità, per un interprete vincolato al principio di legalità, della inevitabile incidenza del pluralismo assiologico sul modo di ricostruire e bilanciare gli stessi valori costituzionali. In un suo scritto degli ultimi anni, incentrato esplicitamente sul ruolo dei valori nel lavoro del giurista, riaffiora – e non potrebbe essere diversamente – la preoccupazione di evitare che i valori personali dell’interprete irrompano nel processo ermeneutico determinandone come tali l’esito: “il principio di legalità esclude riduzioni soggettivistiche del riferimento a valori, pone l’esigenza di neutralizzazione di consapevoli diversità relative a valori”¹⁵; nondimeno, proprio “l’apertura al pluralismo trae con sé il rischio di sogget-

¹² D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, cit., 154 s.

¹³ Rinvio anche per ulteriori rilievi a G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 52 ss. e ivi richiami di letteratura giusfilosofica pertinente. In verità, non mancano nella stessa produzione di Pulitanò punti in cui si fa riferimento a un modo pluralistico di intendere gli stessi principi e valori costituzionali, come ad esempio comprovato dai rilievi seguenti: “Le *precomprensioni* leggibili nelle interpretazioni del diritto penale rispecchiano tensioni fra i due poli del garantismo liberale e della finalità di tutela ‘autoritaria’. Poggiano su *precomprensioni* differenti degli stessi principi costituzionali, relativamente a funzioni e limiti del penale. Sta qui la radice di significative *discrasie* che attraversano dottrina e giurisprudenza” (D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori*, cit., 219).

¹⁴ In proposito, rinvio per i necessari svolgimenti a G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1383 ss.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Riferimenti a valori*, cit., 218



tivismo, di consapevole o inconsapevole politicizzazione”¹⁶. A parte la considerazione che un simile rischio si è più volte tradotto in realtà nella pluridecennale storia dell’Italia repubblicana, incombe a questo punto un prevedibile interrogativo: come prevenire (o ridurre) soggettivismo e politicizzazione, come conciliare legalità e pluralismo assiologico? Consapevole della oggettiva difficoltà di prospettare soluzioni agevoli, Pulitanò suggerisce un approccio che fa appello a un pluralismo “ragionevole”, il più possibile comprensivo – disposto cioè a misurarsi con tutte le diverse ideologie, culture ed etiche compresenti in una società pluralista¹⁷. Sostanzialmente riecheggianti la nota prospettiva filosofico-politica rawlsiana facente leva sul “consenso per intersezione”, questa strada di un pluralismo ragionevole fino a che punto è di fatto credibilmente percorribile, sul piano politico-legislativo e giurisdizionale, in una democrazia culturalmente impoverita, iper-conflittuale e frammentata come è sempre più diventata la nostra, nella quale la “razionalità discorsiva” tende a essere soppiantata (persino, e non di rado, nell’ambito del confronto politico-culturale interno allo stesso potere giudiziario) da una prosaica strumentalizzazione, a fini di potere e consenso politico di parte, delle differenti concezioni ideali in campo? E la stessa ricercata “inclusiva” ragionevolezza assiologica fino a che punto è emancipabile da manipolazioni in chiave soggettivistica o da strumentali opportunismi? Induce a essere alquanto scettici in proposito, in questo frangente che stiamo vivendo, ad esempio la situazione di grave stallo politico- decisionale, condizionata anche da scarsa sensibilità etico-politica per il tema, in cui versa la discussione parlamentare relativa alla nuova disciplina in tema di suicidio assistito.

Ma il pluralismo valoriale non caratterizza soltanto i temi più divisivi dal punto di vista ideologico o morale. Come ben mette in evidenza da tempo lo stesso Pulitanò, ribadendolo anche di recente, quel che in generale “fa problema è il retroterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto”¹⁸. Non c’è bisogno, allora, di essere fedeli e rigorosi seguaci delle concezioni di matrice ermeneutica per riconoscere che la cultura di fondo dell’interprete e il suo orientamento *lato sensu* politico (anche in chiave di politica giudiziaria) – per lo più occultati dietro argomentazioni di un tecnicismo apparentemente neutrale – fungono

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, cit., 153.



da fattori pre-comprensionali determinanti in vista della soluzione interpretativa da privilegiare: ciò è tanto più vero nei casi, divenuti sempre più frequenti anche a causa del progressivo scadimento qualitativo della legiferazione, in cui rimane invincibile il dubbio su quale sia la migliore interpretazione prospettabile.

D'altra parte, il soggettivismo interpretativo è non poco incoraggiato dalla forte rivendicazione di una libertà ermeneutica percepita oggi, da molti magistrati, come un incontestabile riflesso del pluralismo politico-culturale quale principio basilare del nostro modello di democrazia: ciò anche a costo di finire col determinare una pluralità e frammentazione di indirizzi ermeneutici così accentuate, da rasentare il caos o l'anarchia giurisprudenziali¹⁹. Un simile atteggiamento rivendicatorio, diffuso nella cultura giudiziale in atto dominante, fino a che punto è consonante con il modello di legalità penale recepito nel nostro sistema costituzionale e col principio della prevedibilità delle decisioni giudiziarie quale aggiuntivo presidio garantistico di fonte europea?

L'accresciuta consapevolezza che l'interprete giudiziale non può ridursi a meccanico e passivo esecutore della volontà legislativa è andata emergendo anche nelle prese di posizione ufficiali della giurisprudenza. La esplicitazione di questa consapevolezza è stata anche favorita dalla crescente influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte Edu, che dal canto suo ha contribuito a porre in risalto l'apporto essenziale che il formante giurisprudenziale reca all'interpretazione delle stesse norme penali. È forse superfluo richiamare in proposito la notissima sentenza a sezioni unite penali Beschi (Cass. n. 18288/2010), in cui la Corte regolatrice è giunta ad affermare: "(...) il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, 'una relazione di tipo concorrenziale' tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività 'concretizzatrice' della giurisprudenza". Ma è pur vero che, se si guarda

¹⁹ G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008.



al versante della prassi giudiziaria nel suo insieme, ci si accorge che non mancano a tutt'oggi pronunce che inclinano a riproporre una concezione dell'interpretazione di tradizionale ascendenza positivista. Ad esempio, nella sentenza a sezioni unite civili n. 38596/2021 si sostiene che la funzione assoluta dalla giurisprudenza è di natura "dichiarativa", come tale volta a perseguire l'interpretazione più corretta dell'enunciato normativo in rigorosa applicazione dei criteri di cui all'art. 12 delle preleggi, per cui "il giudice non crea diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti e dentro i limiti del diritto positivo". Confesso che la lettura di affermazioni siffatte mi suscita l'impressione di avere a che fare, più che con la veritiera rappresentazione di quel che i magistrati effettivamente fanno in sede interpretativa, con la insistita difesa 'ideologica' di un modello di giudice il più possibile rispettoso del testo di legge. Beninteso, non è che sia criticabile la tendenza a ribadire la persistente importanza dell'approccio letterale quale base di partenza fondamentale del procedimento ermeneutico, pur se la moderna filosofia del linguaggio ci avverte che la nozione stessa di significato letterale è molto più complessa e problematica di quanto a prima vista non sembri. Piuttosto, tra le cause non secondarie che contribuiscono a rendere, oltre che complicato e ideologicamente conflittuale, anche confuso il persistente dibattito sulla interpretazione cosiddetta creativa, rientra verosimilmente la circostanza che il concetto di *creatività* viene spesso utilizzato senza che però chi interviene nella discussione si preoccupi di chiarire in quale senso lo impieghi: da qui una serie di possibili equivoci e fraintendimenti, che rischiano di far sembrare in disaccordo persino autori che invece nella sostanza pensano in realtà le stesse cose! Anche perché non risulta neppure chiaro se parlando di "creatività" si intenda prospettare una tesi empirica circa quel che i giudici fanno, o una tesi normativa intorno a ciò che i giudici è bene o male che facciano²⁰. Inoltre, occorrerebbe appunto distinguere tra approccio descrittivo e approccio valutativo. Nel senso che alcuni di coloro che sostengono (compreso peraltro, per quello che può valere, anche chi scrive), sul piano analitico, che la giurisprudenza di fatto esercita una funzione creativa, non per questo condividono e avallano una eccessiva discrezionalità giudiziale: è significativo al riguardo l'esempio dei giusrealisti della "scuola di Genova" che, pur da convinti assertori del ruolo creativo del giudice sul piano di ciò che i giudici effettivamente fanno, dal punto di vista ideologico la criticano e si chiedono se siano

²⁰ R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, in *Ragion pratica*, n. 2/2020, 391.



escogitabili rimedi per circoscriverla. D'altra parte, non sembra alla fine neppure troppo malizioso questo sospetto: "Non sarà, allora, una malcelata ideologia anche la tesi di chi nega, in punto di fatto, la creatività della giurisprudenza?"²¹.

Sono pertanto benvenuti i tentativi di chiarimento, innanzitutto sul piano giusfilosofico e di teoria generale dell'interpretazione, dei possibili (e più ragionevoli) significati attribuibili al concetto in questione in una fase storica come la nostra. Ora, nell'ambito dei tentativi più recenti volti a rendere meno indeterminato e ambiguo il concetto di cui discutiamo, va segnalato quello di Giorgio Pino, il quale, nella parte finale di un pregevole libro dedicato all'interpretazione nel diritto, cerca di rendere meno generico e ambiguo il concetto di cui discutiamo, distinguendo tra: *creatività semantica* (a sua volta, differenziabile quanto a gradi di intensità: debolissima, debole, forte) quale attività interpretativa consistente in una attribuzione di significato ad una disposizione normativa, e "creativa" per definizione perché diretta ad individuare qualcosa (la norma) che prima dell'interpretazione non c'era); e *creatività pragmatica* o in senso produttivo quale attività interpretativa che determina effetti davvero innovativi per l'ordinamento, e rispetto alla quale si pongono i più complessi e scivolosi problemi di confine tra giurisdizione e (para-) legislazione²². Ma vi è anche chi, come ad esempio Riccardo Guastini, preferisce evitare il suggestivo ma divisivo termine "creatività", e opta per la distinzione tra interpretazione in senso stretto (quale ascrizione di un significato a un enunciato normativo, scelto nella cornice dei significati plausibili), e *costruzione giuridica* come enucleazione di nuove norme non riconducibili ad un testo normativo preesistente e che si pretendono in qualche modo implicite nell'ordinamento, oppure – più in generale – come individuazione e applicazione di principi generali, essendo la relativa concretizzazione un procedimento intellettuale che presenta innumerevoli varianti²³.

È appena il caso di rilevare che non sono poche le esemplificazioni possibili di "creatività pragmatica" (nel senso di Pino) o di "costruzione giuridica" (nel senso di Guastini) rinvenibili nell'ambito dello stesso diritto penale. Basti il solo esempio emblematico della teorica costituzionalmente orientata del reato, concepita in origine da Franco Bricola, e successivamente recepita anche nella giurisprudenza costituzionale: tale

²¹ R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, cit., 392.

²² G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 333 ss.

²³ R. GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?*, cit., 394 ss.



teoria costituisce l'indubbio prodotto di una impresa intellettuale che ha costruttivamente elaborato e sviluppato anche principi privi di riconoscimento espresso nel testo costituzionale, come il cosiddetto principio di offensività.

A questo punto, al di là di preconcepite simpatie o antipatie ideologiche per la “creatività” giurisprudenziale, riterrei che la cosa più importante, in termini di analisi teorica, sia verificare se si sia o no tendenzialmente concordi nel diagnosticare soprattutto la sostanza dei fenomeni che si prestano a essere ricondotti a una dimensione cosiddetta creativa (o costruttiva) dell'interpretazione. Come già un quarantennio fa ha ben rilevato Giovanni Tarello: “Entro certi limiti, un'attività integratrice e manipolatrice è connaturale all'interpretare (...) il discorso legislativo”²⁴. Se si condivide questa realistica presa d'atto, si sarà verosimilmente disposti – come chi scrive, che ormai da tempo sostiene punti di vista analoghi – queste recenti parole del giusfilosofo Giorgio Pino: “L'interpretazione giuridica richiede che l'interprete compia molteplici scelte, valutazioni, prese di posizione, spesso non chiaramente esplicitate; scelte che possono talvolta, o anche spesso, apparire semplicemente come questioni ‘tecniche’, da trattare con gli strumenti propri di un sapere specialistico, persino ereditati da una tradizione plurimillenaria, ma che sono in larga parte, in ultima analisi, di natura etico-politica”²⁵.

Mimmo Pulitanò sottoscriverebbe? Forse, egli avrebbe persistenti (e comprensibili) scrupoli legalistici a far propria, sino in fondo, una simile convinzione. Ma, come anticipato, la sottolineatura dell'accentuata ‘politicalità’ del momento interpretativo non comporta, come implicazione necessaria, l'avallo (etico-politico) del – per dir così – libertinaggio ermeneutico; anzi, si può dal punto di vista politico-valutativo auspicare, nel contempo, una cultura giudiziale orientata al contenimento della discrezionalità, impegnandosi nella ricerca di strumenti idonei a tale scopo²⁶.

²⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 37

²⁵ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 2. Tra i penalisti, per la tesi che l'attività interpretativa abbia un carattere più “politico” che scientifico cfr. M. DONINI, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in corso di pubblicazione nella rivista *Lo Stato*.

²⁶ Più diffusamente, da ultimo, G. FIANDACA, *Ancora sul diritto penale giurisprudenziale e sul ruolo della Cassazione*, in V. PLANTAMURA, G. SALCUNI (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020, 253 ss.



4. *Politica e scienza penalistica*

Oltre che al tema dell'interpretazione, Pulitanò ha ripetutamente rivolto il suo interesse speculativo al modo di concepire il lavoro del giurista teorico e, prima ancora, la stessa scienza penalistica, considerata anche nelle sue possibili dimensioni di politicità latamente intesa. Al riguardo, il Nostro esplicita invero una premessa, significativa anche sul piano del vissuto personale: “Fa parte dell'orizzonte di cultura nel quale si è formata la mia generazione l'idea (o ideale) di una scienza *wertfrei*, che punta a conoscenze non dipendenti da premesse di valore”; ciò nel solco di indirizzi neopositivistici di stampo analitico che, in aderenza alla cosiddetta legge di Hume, considerano necessario mantenere rigorosamente ferma la distinzione tra essere e dover essere, fatti e valori, realtà empirica e sfera normativa²⁷. Ma come mantenere fede a questo ideale di scienza ‘avalutativa’ anche nell'ambito della scienza giuridica, cioè una scienza che ha ad oggetto una entità come il diritto, di per sé intrinsecamente e inevitabilmente ricca di elementi politico-valutativi? In effetti, la oggettiva difficoltà di tenere separati l'aspetto conoscitivo da quello valutativo – già emersa nella precedente parte di questo contributo dedicata al tema dell'interpretazione – riaffiora, e non a caso, nell'ambito delle riflessioni che nel corso degli anni Pulitanò ha dedicato alla scienza penalistica.

In sintesi, direi che permane sempre nel Nostro l'aspirazione a ritagliare uno spazio nel quale la scienza giuridica e la stessa scienza penalistica possano sviluppare una attività teorica neutrale, di tipo rigorosamente concettuale e finalisticamente orientata a scopi soprattutto conoscitivi: questo spazio viene individuato – nella scia di Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli – nella costruzione di un linguaggio scientifico specifico e di un apparato rigoroso di concetti, che risultino funzionali ai peculiari interessi di conoscenza relativi al mondo del diritto²⁸. Alla stregua di un tale indirizzo, radicato nella filosofia analitica, il livello più elevato di astrazione teorica è attinto da una scienza giuridica che tende ad elaborare le categorie concettuali fondamentali della sfera normativa (come dovere, illecito, permesso ecc.), suscettibili di essere utilizzate nell'ambito di ogni

²⁷ D. PULITANÒ, ‘*Dommatica*’ e giurisprudenza, in *Cass. pen.*, 2015, 4282.

²⁸ D. PULITANÒ, ‘*Dommatica*’ e giurisprudenza, cit., 4277 s.; in precedenza, *Id.*, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 108 ss.; *Id.*, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2010, 239 ss.



ordinamento, perché depurate da elementi contenutistici o aspetti teleologici relativi ad ordinamenti specifici. Corrispondentemente, la teoria del reato risulta tanto più generale, quanto più si prepone di elaborare concetti e definizioni di portata tendenzialmente universale (potenzialmente riferibili cioè ad ogni diritto penale storico), ma in quanto tali necessariamente di natura ‘formale’ (si pensi, ad esempio, alla definizione generalissima di reato come ‘fatto punibile’ o al concetto di antigiusuridicità come contrasto tra fatto e norma, ecc.). Invece, ad un livello di ben minore generalizzazione si colloca quell’attività teorica che, secondo una consolidata tradizione, suole essere definita *dogmatica*: la quale infatti si preoccupa di concettualizzare anche gli aspetti contenutistici e teologici della dimensione giuridica, e perciò presenta un volto più particolaristico, dal momento che risente delle peculiarità di ciascun diritto positivo²⁹.

Un punto non va, però, trascurato: in coerenza col suo *habitus* intellettuale, Pulitanò ha sempre manifestato una certa antipatia e diffidenza nei confronti del termine “dogmatica”, e non ha mancato di esplicitare questa sua avversione in diversi suoi scritti, più o meno recenti: “*Dogmatica* è una parola carica di storia, estranea al linguaggio della scienza e della filosofia moderna. Sembra dare maggiore dignità a modelli concettuali o a principi normativi ritenuti fondamentali. Rischia di trasformare questioni di linguaggio in questioni verità (appunto, *dogmi*) e di suscitare falsi problemi”. Mentre il contributo scientifico dello studioso di diritto penale dovrebbe, in primo luogo, consistere nella costruzione di “un linguaggio *rigoroso e ricco*, idoneo a tematizzare la complessità del reale, a far emergere i problemi della tecnologia penalistica, ad essere utilizzato in chiave critica (...). Un linguaggio antiretorico, non edulcorato, idoneo a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti, idoneo a rispecchiare le tensioni fra contrapposte esigenze o valori, tra diritto e giustizia”³⁰. Personalmente, tenderei a condividere questa mancanza di simpatia per la “dogmatica”, parola e concetto carichi di risonanze difficilmente compatibili con le tendenze culturali del nostro tempo. E mi piacerebbe, piuttosto, far mia la concezione del lavoro del giurista teorico racchiusa nel passo di Pulitanò da ultimo riportato: passo da cui affiora una ribadita esigenza non solo di evitare di elevare alla dignità di scienza cavillose diatribe nominalistiche, o di scambiare per verità teoriche scelte contingenti di politica legislativa, ma altresì di estendere

²⁹ Si vedano i lavori citati nella nota precedente.

³⁰ Le parti riportate tra virgolette sono tratte da D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Sistema penale*, 9 novembre 2020, 12.



l'interesse del penalista-scienziato ai problemi di sostanza sottostanti alla disciplina penalistica, considerati anche nelle loro dimensioni sia empiriche che politico-valutative³¹. Ma la domanda che si ripropone, è appunto questa: un approccio scientifico così concepito può ancora ambire alla 'avalutatività'?

Lo stesso Pulitanò ha, in proposito, riconosciuto: “L'avalutatività della scienza è un assunto impegnativo, che va incontro a particolari difficoltà in un contesto (come quello del lavoro dei giuristi) tutto impregnato di riferimenti a valori. Opportuna dunque la messa in guardia contro la *vocazione illiberale* di una *opzione dommatico-tecnicistica* la quale si opponga alla introduzione di argomenti di tipo assiologico. Proprio per questo è importante aver chiara e ferma la distinzione fra scienza *wertfrei* e politica de diritto. *Distinzione*, non separazione. Per distinzioni procede la scienza. La distinzione fra la politica e la scienza del diritto è irrinunciabile sia per la politica che per la scienza, ed è parallela a quella fra il diritto e altre sfere 'normative', come la morale o la politica: distinzione *non come mancanza di connessioni, ma al contrario come premessa perché il problema delle connessioni possa essere tematizzato*³². E ancora: “Proprio l'apertura 'politica' dell'orizzonte del giurista, nel rivendicare campi d'interesse che vanno oltre gli interessi di mera avalutativa conoscenza, esige che *problemi di conoscenza*, pur non esaurienti l'intero orizzonte, restino al centro dell'impresa 'scientifica', e che le soluzioni siano sottoposte ai *criteri di accettazione propri della scienza* (in termini di verità o di falsità). Questo, non altro, è la *Wertfreiheit* dell'impresa scientifica: non già chiusura ai problemi di relazione con fini e valori (il mondo del diritto è tutto intessuto di questi problemi), ma aspirazione a produrre apporti di conoscenza che in tanto possono pretendere validità scientifica, in quanto possono essere misurati secondo criteri di accettazione o rifiuto non dipendenti da scelte soggettive di valore”³³.

Dopo aver fin qui riassunto, sia pure per grandi linee, la concezione di scienza penalistica proposta (e via via affinata) da Mimmo Pulitanò, ad una impressione di fondo credo non ci si possa sottrarre: ci troviamo di fronte ad una concezione complessa ma al tempo stesso alquanto tormentata, non priva di una certa ambiguità. Una concezione che, per un verso, esibisce l'influenza di matrici neopositivistiche (dominanti nel pe-

³¹ Questo ampio orizzonte visuale è delineato, ad esempio, in D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, cit., 4278 s.; ma in senso analogo cfr. altri scritti citati *supra*, nota 28.

³² D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, cit., 4284 s.

³³ D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, cit., 4285.



riodo della prima formazione culturale del Nostro) inclini a rivendicare l'avalutatività della stessa scienza giuridica; ma che, per altro verso, non può – specie nella realtà contemporanea – ignorare il dato di realtà che il giurista (anche quello accademico) manovra oggetti profondamente intrisi di politica e di elementi valutativi in varie direzioni. Da qui, allora, lo sforzo di distinguere quando un giurista pur aperto alla politica del diritto e alla sfera dei valori continua, nonostante tutto, a fare *scienza*, e quando invece fa politica o compie comunque prestazioni intellettuali prive del crisma della scientificità. Orbene, Pulitanò riesce a essere davvero convincente nel proporre quella che dovrebbe peraltro essere, a suo giudizio, una *distinzione*, più che una vera e propria “separazione” di piani? O si tratta di una distinzione così sottile e sfuggente, da risultare più teorizzabile in astratto che compiutamente verificabile in concreto?

Collocandocisi nella scia del suo pensiero, la dimensione di una scientificità tendenzialmente avalutativa dovrebbe ad esempio prevalere nel momento in cui si tratta di comprendere e analizzare l'intero campo dei problemi di fondo sottostanti alla tecnica penalistica di tutela in sé considerata (a prescindere dallo specifico riferimento a concreti ordinamenti penali già esistenti o da costruire): problemi che hanno a che fare – prima ancora che con aspetti di pura tecnica normativa – con l'analisi dei presupposti empirico-criminologici e, in ogni caso, dei ‘vincoli di realtà’ che sotto vari profili condizionano la disciplina giuridica dei delitti e delle pene. Ma è possibile rendere del tutto ‘neutrali’ sotto il profilo politico-valutativo la comprensione e l'analisi dei suddetti problemi di fondo? Com'è probabile, la lettura che di tali problemi potrà ad esempio fare uno studioso ‘di sinistra’, ideologicamente orientato a valorizzare una criminologia ‘critica’ di matrice marxiana, sarà sensibilmente diversa da quella di uno studioso di orientamento conservatore legato invece a un sapere criminologico di fatto ‘giustificazionista’ di un diritto penale socialmente discriminatorio o di classe.

In linea di principio, ci si dovrebbe analogamente muovere in uno spazio di tendenziale avalutativa scientificità nei casi in cui il giurista non si limita a interpretare documenti normativi, ma affronta questioni complesse sul piano applicativo che affondano le radici nella realtà naturalistica o socio-culturale e rientrano, perciò, nella concorrente competenza di scienze extragiuridiche: ad esempio, si pensi ai problemi di definizione di concetti come capacità di intendere o di volere, coscienza e volontà della condotta, causalità *et similia*. Beninteso, anche in questi casi il penalista non potrà limitarsi a confrontarsi con i saperi delle scienze



empirico-sociali, ma dovrà nel contempo gestire la complessa interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giuridica: dando pur sempre rilievo alle finalità specifiche del diritto penale e, pertanto, alle componenti normative e assiologiche comunque implicate sia nel processo di ascrizione della responsabilità, sia nelle risposte sanzionatorie al commesso reato. E la stessa scelta degli approcci teorici da adottare al fine di dar conto dei presupposti empirico-naturalistici delle questioni problematiche sul tappeto non potrà, a sua volta, non essere previamente condizionata da preoccupazioni *lato sensu* politiche e da opzioni valutative che hanno, appunto, a che fare con la logica dell'imputazione penalistica nella ineliminabile tensione tra efficacia preventivo-repressiva e garanzie individuali (nel senso che, se la prevalenza in termini di bilanciamento è attribuita a ritenute esigenze punitive, si tenderanno a prescegliere ad esempio modelli scientifici di causalità a base probabilistica anche non particolarmente elevata, mentre si opterà per modelli contrari se prevalgono preoccupazioni di tipo individualgarantistico). Se è così, sarà possibile distinguere ogni volta con precisione, nel lavoro del giurista, tra ciò che appartiene al dominio della *scienza* e ciò che invece rientra nel dominio della politica del diritto o nella sfera delle prese di posizione normative in senso lato?

Ancora più problematico mi parrebbe – per continuare con qualche esemplificazione – definire ‘scientifica’ una innovativa, e per certi versi rivoluzionaria, impresa come quella realizzata in origine da Franco Bricola nel porre la teoria del reato su basi costituzionale (impresa successivamente sviluppata secondo varie versioni da autori di generazioni anche successive e, altresì, proseguita con contingenti adattamenti o indebolimenti – e, talvolta, persino tradimenti! – ad opera della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria). A ben vedere, l'approccio bricoliano al testo costituzionale, in apparenza ancora esegetico-positivistico quanto al tentativo scrupoloso di rinvenire in un insieme di singole disposizioni costituzionali (ulteriori rispetto alle poche espressamente riferite alla materia penale) l'ancoraggio normativo del ‘volto costituzionale’ del reato, era in realtà frutto di un creazionismo interpretativo finalizzato a obiettivi di politica del diritto in prospettiva riformistica³⁴: ed era proprio questa finalità politica di ampio respiro che induceva a far dire alle disposizioni costituzionali coinvolte qualcosa di più e anche di diverso rispetto a

³⁴ Lo rilevavo già, ad esempio, nel mio libretto *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma-Bari, p. 59 ss.



quanto in sé stesse dicessero. Così procedendo, si fa però meno scienza e più politica dell'interpretazione costruttiva (o ricostruttiva): si creano, più che nuovi criteri di scientificità, nuovi criteri di legittimazione su fondamento costituzionale del diritto penale³⁵.

Per quello che può valere, credo di essere tendenzialmente più scettico del valorosissimo collega e amico Mimmo Pulitanò rispetto alla possibilità di riservare a noi penalisti (e, più in generale, ai giuristi di qualsiasi settore) spazi di lavoro scientifico in senso forte, svincolati da preoccupazioni *lato sensu* politiche o da propensioni valutative in diversi sensi. Se come penalisti abbiamo ancora a poterci definire 'scienziati del diritto', dovremmo essere consapevoli di essere portatori di una scienza *sui generis* e, in ogni caso, alquanto debole. Come ho più volte rilevato, nel nostro lavoro tendiamo ad intrecciare e assemblare – in maniera per lo più confusa – formalizzazione concettuale, interpretazione di disposizioni scritte (attività in sé eminentemente etico-politica o politica *tout court!*), elaborazione di principi, prese di posizioni valoriali di varia fonte e natura, nonché osservazioni empiriche; tutto ciò combinando insieme analisi concettuale, ermeneutica, approccio costituzionale, razionalità assiologica, razionalità strumentale, concezioni politiche e convinzioni morali (ancorché spesso non esplicitate)³⁶. Sempre più spesso, anche per effetto del progressivo invecchiamento del nostro sistema penale, ci siamo impegnati e continuiamo a impegnarci in riflessioni *de iure condendo* e nella progettazione di proposte di riforma. Ma non è soltanto quando immaginiamo un auspicabile diritto penale del futuro che svolgiamo un ruolo politico: facciamo a modo nostro politica, politica del diritto (beninteso, in una accezione lata e autonoma, ulteriore o diversa da quella di competenza della politica ufficiale, a meno di non entrare a far parte di commissioni ministeriali di riforma) anche quando leggiamo in una certa ottica di bilanciamento piuttosto che in un' altra i principi informatori del diritto penale vigente (privilegiando l'efficienza repressiva o viceversa il potenziamento delle garanzie, oppure cercando equilibrati compro-

³⁵ In senso analogo, più di recente, M. DONINI, *La politica dell'interpretazione*, cit.

³⁶ G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 41 ss.; ID., *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2010, 179 ss.; ID., *Nodi problematici del diritto penale di scopo, tra ieri e oggi*, in A. BONDI, G. FIANDACA, G. FLETCHER, G. MARRA, A.M. STILE, C. ROXIN, K. VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 471 ss.; ID., *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2020, 1 ss.



messi tra i due poli in conflitto), diamo risposta a questioni dogmatiche controverse di notevole impatto pragmatico, o scegliamo il significato da attribuire a disposizioni incriminatrici aperte a più interpretazioni. E, pur facendo politica a modo nostro in questi vari modi, tendiamo ancor oggi a non esplicitare, bensì ad occultare o rimuovere le dimensioni di politicità nelle quali ci imbattiamo come studiosi. Penso che prendere più chiara coscienza di queste dimensioni, rendendole esplicite nelle nostre argomentazioni, segnerebbe un progresso – questo sì – scientifico. Nei termini cioè di una scienza ‘descrittiva’ di come effettivamente stanno le cose, di quello che veramente facciamo come giuristi; e, perciò, di una scienza che ci aiuti a comprendere che non poche divergenze di orientamento teorico, di opinioni, di punti di vista dottrinali non sono in verità divergenze scientifiche vere e proprie, ma divergenze in primo luogo politiche.

Siamo in grado di accettare e gestire con atteggiamento costruttivo questa consapevolezza? O preferiamo – non senza ipocrisia – continuare a trincerarci dietro il più comodo e rassicurante ruolo ‘purista’ di giuristi-scienziati, che poi è quello che tradizionalmente connota la nostra immagine esterna (sia pure in progressivo calo di reputazione sociale) e rafforza nel contempo, agli occhi del pubblico, la nostra competenza e affidabilità professionale nell’eventuale ruolo ulteriore di avvocati o consulenti giuridici?



CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL TEMA
«DIRITTO PENALE DELLA MISERIA /
MISERIA DEL DIRITTO PENALE»*

ANTONIO CAVALIERE

SOMMARIO: 1. “Diritto penale”: notazione defnitoria. – 2. Diritto penale della ‘miseria’. – 2.1. A monte dell’intervento penale: politica e diritto della ‘miseria’. – 2.2. Legislazione penale della miseria. – 2.3. Criminalizzazione secondaria della miseria. Miseria del vero ‘diritto vivente’. – 3. Miseria del diritto penale. – 3.1. Criminalità dei potenti, ‘rischi consentiti’ e offese non punibili. – 3.2. L’illusione panpenalistica e una possibile politica criminale alternativa. – 3.3. Miseria della pena.

1. *“Diritto penale”: notazione defnitoria*

Negli anni '90 del secolo scorso ebbi la fortuna di partecipare con il carissimo Maestro Sergio Moccia a memorabili incontri bolognesi nell’ambito di un progetto di ricerca CNR diretto da Alessandro Baratta e Massimo Pavarini, il cui titolo cominciava con «La frontiera mobile della penalità». Ciò alludeva alle dinamiche espansive del diritto penale e a talune sue analisi critiche³³; ma, riletto con gli occhi del penalista degli ultimi lustri, quel titolo rimanda pure al dato, ormai riconosciuto, per cui “diritto penale” non è solo ciò che viene formalmente definito tale nella legislazione ordinaria di un ordinamento nazionale, bensì comprende pure sanzioni formalmente definite “amministrative” o “disciplinari” o persino “civili”, se presentano requisiti tali da rientrare, sostanzialmente, nella “materia penale”³⁴ e da esigere, perciò, l’applicazione dei relativi

* Il presente lavoro è apparso esclusivamente in formato e-book nel volume collettaneo *Diritto penale della miseria, miseria del diritto penale*, a cura di M. CATERINI, A. CAVALIERE, J. SIMON, E. R. ZAFFARONI, e-book, Pisa 2022; il titolo riecheggia la controversia tra P.-J. PROUDHON, *Sistema delle contraddizioni economiche. Filosofia della miseria* (1846), scaricabile da <https://www.edizionianarchismo.net/library/sistema-delle-contraddizioni-economiche-filosofia-della-miseria>, e K. MARX, *Miseria della filosofia* (1847), Roma, 2019.

³³ In particolare, v. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale* (1939), Bologna 1978; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica* (1977), 4^a ed. Bologna, 2018, e la teorizzazione relativa alla società disciplinare, v. spec. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), Torino, 1976.

³⁴ Sul tema v., di recente, spec. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino 2017; M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.



principi costituzionali ed internazionali, in modo da neutralizzare eventuali ‘frodi delle etichette’ da parte del legislatore.

Quali elementi identifichino la materia penale è controverso. Secondo l’orientamento di massima, in parte ondivago, della Corte EDU – già le sentenze ‘guida’ Engel ed Oztürk non coincidono pienamente –, i criteri distintivi principali, salvo ulteriori integrazioni/articolazioni affastellate secondo le cadenze proprie del *case-law*³⁵, sarebbero tre: 1) la qualificazione formale della sanzione quale penale, di per sé risolutiva quando sancita dall’ordinamento nazionale; 2) anche in assenza di tale qualificazione, la gravità della sanzione “e/o” 3) la natura dell’illecito, nel senso della finalità preventiva o repressiva della sanzione. In particolare, non è del tutto chiaro se i criteri *sub* 2 e 3 siano alternativi o cumulativi; parte della dottrina ritiene decisivo il n.3. Altri propendono per una nozione ‘a geometria variabile’, secondo cui una stessa norma potrebbe ricondursi alla materia penale in rapporto ad alcune garanzie costituzionali e/o convenzionali, ma non in rapporto ad altre³⁶.

Riprendendo ed integrando considerazioni svolte altrove³⁷, condivido la tesi secondo cui il riferimento ad un’applicazione ‘variabile’ dei principi, rimessa all’interprete, rischierebbe di minare la certezza del diritto e la stessa legalità costituzionale, posto che il riconoscimento, parziale o totale, dell’applicabilità dei principi penalistici dipenderebbe dal ‘prudente apprezzamento del giudice’. Per altro verso, temo che assegnare un ruolo decisivo al criterio della ‘finalità’ della sanzione abbia l’effetto collaterale ‘avverso’ di favorire proprio le paventate frodi delle etichette. Persino le misure di sicurezza detentive, nel nostro codice penale formalmente denominate “amministrative”, potrebbero sfuggire alle garanzie della materia penale facendo leva sull’argomento, che costituisce opinione dominante, secondo cui esse hanno finalità “preventiva” anziché “repressiva”. Ma è la stessa distinzione tra finalità “preventiva” e “punitiva” o “sanzionatoria”, “repressiva”, “afflittiva” – a parte ogni considerazione circa tali incerti concetti e i loro labili confini – a risultare fuorviante, dal momento che in un diritto penale orientato allo scopo, come quello delineato dalla nostra e da altre Costituzioni europee, le pene si legittimano solo in quanto tendano a finalità “preventive”: sotto tale profilo, quel criterio

³⁵ Per un’accurata disamina v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 25 ss.

³⁶ Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 205 ss., con ult.rif. bibl.

³⁷ Cfr. A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *www.sistemapenale.it* fasc. 4/2022, 66 ss.



adottato dalla Corte EDU contrasta con una visione costituzionalmente orientata della sanzione penale. Il correttivo³⁸ secondo cui una sanzione con finalità “preventiva” sarebbe penale se legata alla commissione di un reato presenta l’inconveniente di prestarsi, ancora una volta, ad una frode delle etichette: perché qualora taluno venga privato di diritti fondamentali – o addirittura detenuto – a titolo meramente “preventivo”, in quanto persona ‘sospetta’, com’è la regola in rapporto alle misure di prevenzione *ante delictum*, si dovrebbe escludere che si tratti di sanzione penale perché non vi è un collegamento – se non in termini meramente congetturali – con la commissione di un reato.

La mia ipotesi di lavoro, qui solo schematicamente motivabile, è quella ‘tradizionale’ per cui la materia penale deve comprendere sicuramente, accanto a sanzioni formalmente penali, anche sanzioni diversamente definite, ma che incidano su beni quali vita, salute, libertà personale: in altri termini, il criterio fondamentale dovrebbe essere quello della gravità della sanzione. Si tratta, certamente, di un criterio socialmente, culturalmente e storicamente condizionato e, dunque, inevitabilmente incerto nelle zone-limite, ma orientato alla Costituzione quale riferimento teleologico vincolante: per tale ragione, anche sanzioni che incidano gravemente su altri diritti fondamentali di cui all’art. 2 Cost. vanno ritenute sostanzialmente penali. È il caso, ad esempio, di un’interdizione legale o altra incapacitazione perpetua, come pure di una sanzione patrimoniale tale da incidere significativamente sulla complessiva capacità economica di un essere umano, secondo una concezione personale di patrimonio³⁹: si pensi ad una confisca ‘allargata’ all’intero patrimonio o ad una sanzione pecuniaria applicata secondo il sistema dei tassi giornalieri che comporti una significativa riduzione del *Lebenstandard*. Se si tratta di una sanzione così grave, escludere le garanzie penalistiche con l’argomento per cui la finalità è preventiva – o, magari, anche ‘sanitaria’ – è una frode delle etichette.

Quando, dunque, parlerò di miseria e diritto penale, mi riferirò non solo a norme che prevedono pene, ma anche: 1) alle misure di sicurezza, compresa certamente la confisca di cui all’art.240-*bis* c.p.; 2) alle misure di prevenzione personali e alle confische di prevenzione ‘allargate’⁴⁰; 3) al

³⁸ L. MASERA, *op. cit.*, 214, 217, 237.

³⁹ S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 62 ss.

⁴⁰ Com’è noto, Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017 – De Tommaso c. Italia ha ritenuto diversamente; in proposito, cfr. per tutti, con condivisibili rilievi critici, G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 14.2.2020.



cosiddetto “trattenimento amministrativo” o detenzione amministrativa di migranti, che ha sostanzialmente funzione cautelare o, nella fase iniziale, precautelare⁴¹; 4) al trattamento sanitario obbligatorio – t.s.o. – nei confronti di sofferenti psichici, vale a dire alla contenzione, meccanica o farmacologica, di una persona; e ciò al di là di qualunque sua pretesa finalità ‘terapeutica’⁴².

2. *Diritto penale della ‘miseria’*

Per ‘miseria’ intendo qui non solo la povertà economica⁴³, assoluta oppure relativa, risultante da gravi diseguaglianze sociali – quest’ultima, in particolare, concorre a spiegare forme di criminalità da anomia⁴⁴ come quella predatoria relativa a costosi beni di consumo quali dispositivi elettronici, orologi o capi di abbigliamento ‘firmati’ – ; ma mi riferisco anche alla povertà educativa, vale a dire alla privazione assoluta o relativa di istruzione e formazione; nonché all’emarginazione connessa alla povertà economica, ma legata pure alla discriminazione di determinati gruppi sociali, ad esempio per motivazioni etniche, oppure perché chi ne fa parte è visto dai gruppi dominanti come ‘deviante’⁴⁵, ad esempio l’assuntore di stupefacenti e/o il tossicodipendente⁴⁶.

⁴¹ Cfr. A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, op. loc. cit.

⁴² In argomento, v. spec. P. DELL’ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in AA.VV., *La medicalizzazione della vita*, in *Aut Aut*, 340, 2008, 93 ss.; G. DODARO, *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano 2015, *passim*; R. LAING, *Considerazioni sulla psichiatria*, in F. BASAGLIA, F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Crimini di pace*, Torino, 1975, 352. Naturalmente, ove i ricoveri ‘volontari’ in reparti psichiatrici di ospedali o case di cura private siano volontari solo sulla carta, si tratta di t.s.o. occulti, ossia illegali; sulle pene illegali, v. più avanti. Per vedere con i propri occhi cosa significhi la contenzione meccanica, cfr. il film «87 ore. Gli ultimi giorni di Francesco Mastrogiovanni» (2015). E se 87 ore sembrano poche, si legga il toccante saggio di P. BRONZO, *La storia di Antonia Bernardini, il carcere e la malattia mentale*, in *Crit. dir.* n. 2/2021, 56 ss., su una contenzione durata ben 43 giorni e terminata con la morte dell’internata.

⁴³ Per un’introduzione istituzionale ad un concetto di povertà più ampio di quello economico, cfr. la definizione e il commento contenuti nel sito del Consiglio d’Europa, www.coe.int.

⁴⁴ Cfr. R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale* (3^a ed., 1968), II, Bologna, 2000, 297 ss., 373 ss.; in proposito, v. spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale* (1982), Milano, 2019, 96 ss. Si tenga presente che il valore di un orologio di lusso può superare l’importo di uno o più anni di reddito di cittadinanza.

⁴⁵ Sull’ampia relatività di tale controverso concetto cfr. per tutti M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Bologna, 2003, 13 ss.; T. PITCH, *Introduzione, in Devianza e questione criminale*, a cura di T. Pitch, Roma, 2022, 17 ss.

⁴⁶ Contrariamente alla *vulgata*, non ogni assuntore è un tossicodipendente: in tal



Per studiare il diritto penale della miseria, risulta proficuo distinguere i processi di criminalizzazione primaria – vale a dire, la posizione della norma da parte del legislatore – (*infra*, par.3.2.) e quelli di criminalizzazione secondaria (*infra*, par.3.3.), cioè la fase della punizione ‘in concreto’, *in action*, quella dell’‘implementazione’ amministrativa/giudiziaria attraverso il procedimento penale, partendo dall’attività delle forze dell’ordine e dalle denunce e querele private per giungere alla sentenza ed all’esecuzione delle condanne⁴⁷.

2.1. *A monte dell'intervento penale: politica e diritto della 'miseria'*

Una premessa generale non scontata è quella secondo cui il diritto è politica⁴⁸. Il legislatore regola conflitti di interessi, privilegiando quelli prevalenti in un determinato contesto storico e sociale. Ciò vale, ad esempio, per la disciplina dell'imposizione fiscale in senso regressivo, proporzionale o progressivo/redistributivo; per la regolazione dei rapporti economici privati – esempi: salario minimo, vincoli sui prezzi (dall'equo canone ai calmieri) – ; per la gestione della spesa pubblica ed in particolare per l'eventuale opzione nel senso di investire sulla redistribuzione della ricchezza – esempio: reddito di cittadinanza – e nel senso di uno sviluppo, maggiore o minore, dei servizi pubblici, dalla giustizia alla salute e all'istruzione, alla previdenza ed assistenza sociale, etc. Su tali scelte influiscono naturalmente la forma di Stato e di governo e l'impianto assiologico e teleologico fondamentale: stilizzando all'estremo, si può andare da uno Stato-Leviatano illiberale, passando per il liberalismo politico e il liberismo economico, al socialismo. Com'è noto, la nostra Costituzione si orienta nel senso di coniugare democrazia, libertà ed eguaglianza, sia formale che sostanziale.

Vi è dunque, in un certo senso, una ‘politica della miseria’: fanno parte della politica e, dunque, della legislazione – ma anche dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione, soggette al principio di legalità, artt. 23, 97 Cost. – le decisioni che incidono su condizioni personali e sociali di povertà ed emarginazione, contrastandole, ‘lasciando fare’ oppure, addirittura, determinandole.

senso fra gli altri M. PAVARINI, *La pena tossica*, in F. BRICOLA, G. INSOLERA (a cura di), *La riforma della legislazione penale in tema di stupefacenti*, Padova, 1991, 116 ss.

⁴⁷ Su questa elementare distinzione criminologica cfr. per tutti T. PITCH, *Introduzione*, cit., 13 ss.

⁴⁸ In riferimento alla materia penale, cfr. per tutti S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2^a ed., Napoli 1997, 9 ss.



La civiltà di una società organizzata non si misura soltanto dalle carceri: essa si misura, prima ancora, dalle condizioni individuali, familiari e sociali che concorrono a produrle.

Ad esempio – ‘stilizzando’ contorni più frastagliati e problematici –, un prelievo fiscale regressivo contribuisce ad accrescere le disuguaglianze, un prelievo proporzionale (“flat tax”) le lascia intatte, un prelievo progressivo è l’unico conforme all’art.53 co.2 e, ancor prima, all’art.3 co.2 Cost.. Redditi e pensioni insufficienti, o addirittura da fame, contrastano con gli artt.36 co.1 e 38 co.2 Cost. e sono ovviamente criminogeni, come dovremmo sempre ricordare noi penalisti⁴⁹. Uno Stato che non assicura a tutti il diritto allo studio mediante scuole pubbliche, art.34 Cost., e che non contrasta la dispersione scolastica produce povertà educativa e, dunque, marginalità e/o sfruttamento, anche lavorativo. Una compagine statutale che non garantisce il diritto al lavoro, art.4 Cost., ed in cui il legislatore promuove il precariato anziché la stabilità del posto di lavoro è altrettanto incivile e criminogena. Una Repubblica in cui non si reagisce alla carenza o alla totale mancanza di servizi sociali e sanitari di sostegno al disagio individuale e familiare rappresenta un apparato istituzionale che, almeno con dolo eventuale, “accetta il rischio” di tossico- ed alcoolodipendenze, depressioni ed attacchi di panico, suicidi, t.s.o., maltrattamenti e violenze in famiglia; o, comunque, non se ne interessa realmente, salvo agitare simbolicamente, a fronte di singoli episodi definiti quali ‘emergenze’ o in vista delle elezioni, la preistorica clava penale degli ‘antenati’.

Ancora, una collettività organizzata che esclude programmaticamente persone nate o cresciute per anni sul territorio italiano dalla cittadinanza fomenta odiose discriminazioni. E uno Stato che disciplina l’immigrazione fissando una soglia talmente alta di ingresso e permanenza

⁴⁹ B. BRECHT, *L’opera da tre soldi* (1928), ed. con testo a fronte, Torino 2002, atto secondo, “2. Dreigroschen-finale”, p.144: «Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral / Erst muss möglich sein auch armen Leuten / vom großen Brotlaib sich ihr Teil zu schneiden», trad. nostra: «Prima viene il mangiare, poi la morale / Prima dev’essere possibile anche per la povera gente / tagliarsi il proprio pezzo dalla grossa pagnotta». Questi versi paiono appropriati in rapporto alle “campagne per la legalità” portate avanti, pur con ottime intenzioni, da imprenditori morali (politici, dirigenti scolastici, associazionismo culturale e del c.d. terzo settore, enti e gruppi religiosi) in quelle zone disagiate delle grandi città afflitte da gravi fenomeni di criminalità organizzata e di strada. Ne sono, in via di principio, consapevoli coloro che, in tali associazioni ed enti e nel volontariato, operano sul territorio per fornire quei beni e servizi minimi – un tetto, una doccia, un pasto caldo – che sarebbe compito primario delle istituzioni pubbliche assicurare ad ogni essere umano.



legale da determinare livelli elevati di immigrazione irregolare – salvo poi provvedere a sanatorie, quando ci si rende conto di avere disperato bisogno di braccia di badanti, contadini e manovali – alimenta, proprio mediante quella politica cosiddetta securitaria, il traffico di migranti e causa le morti lungo il viaggio, i trattamenti inumani e degradanti negli *hot spot* e nei C.I.E., la marginalità e l'insicurezza sociale derivanti dalla condizione di irregolarità, la schiavitù e lo sfruttamento lavorativo nel nostro Paese, ad opera di imprenditori illegali (economia sommersa) o addirittura criminali: si pensi solo all'uso di manovalanza anche straniera nella vendita al dettaglio di stupefacenti. La vigente disciplina in materia di immigrazione risulta criminogena, soprattutto nel senso della vittimizzazione dei migranti: omicidi – le migliaia di morti annegati nel Mediterraneo non sono 'accidentali' – e morti sul lavoro, sfruttamento lavorativo e sessuale, traffico di organi...

In tutti i settori richiamati, le politiche 'liberiste' comportano un disimpegno dello Stato, che si vuole 'leggero'; ne deriva la riduzione del prelievo fiscale e, conseguentemente, delle risorse a disposizione per il funzionamento dei servizi pubblici, persino di quelli essenziali per la tutela dei bisogni primari della popolazione (prevenzione e contrasto delle calamità naturali, spesso concausate da condotte umane; manutenzione di infrastrutture elementari quali le reti idriche e stradali), prima ancora che per garantire stato di diritto (amministrazione della giustizia, forze dell'ordine) e stato sociale (scuola e sanità, previdenza ed assistenza pubbliche, servizi di trasporto pubblico locale). Domina la riduzione del *budget* pubblico e la clausola di invarianza finanziaria, fino a quando non ci si rende conto che i servizi pubblici sono al collasso: allora si cerca *recovery* e si adottano misure per lo più emergenziali e temporanee, anziché strutturali.

Il neoliberalismo, abbandonando a se stessi strati sempre più ampi di popolazione, produce insicurezza sociale e devia le richieste di sicurezza verso la tutela dell'«ordine pubblico», creando, come è stato da più parti osservato, uno 'stato penale'⁵⁰.

⁵⁰ Cfr., a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, 7, 10, 18 e *passim*; ID., *Iperincarcerazione*, Verona, 2013, *passim*, spec. 27-28, 30 («transizione da un (semi)welfare state "maternalistico" a uno stato penale paternalista»), 44. V. pure, nella sociologia giuridico-penale italiana, spec. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 32 ss., 46-47, 109; nella dottrina penalistica, S. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale*, a cura di A. BEVERE, Napoli 2007, 123-124.



In prospettiva *construens*, è necessaria una svolta nel senso dell'attuazione della Costituzione del 1948: ossia, del recupero di uno stato sociale di diritto, che assicuri il riconoscimento dei diritti umani e dell'eguaglianza, sia formale che sostanziale. Tutto ciò ha implicazioni concretissime, in particolare in materia di politiche delle entrate, dei rapporti economici e della spesa pubblica, agevolmente ricavabili *a contrario* da quanto si è osservato in chiave critica.

2.2. Legislazione penale della miseria

Naturalmente, anche la legislazione penale è politica. Si possono distinguere una politica delle fonti, una dei precetti ed una delle sanzioni penali. Per politica delle fonti intendo il modo in cui il legislatore configura i propri rapporti con il potere giudiziario – costruendo norme più o meno determinate e, quindi, ampliando o restringendo la discrezionalità giudiziale, oppure introducendo vincoli del precedente giudiziario, com'è avvenuto con la riforma Orlando anche per la materia penale⁵¹ – e con l'esecutivo (leggi delega in materia penale, norme penali in bianco, punizione della disobbedienza all'autorità); ma di ciò non ci occuperemo qui.

Sofferamoci invece, per ora, sulla politica dei precetti. Ne fa parte anzitutto la politica dei beni giuridici; ma vi è anche una politica delle forme di aggressione, che può ad esempio creare spazi di 'non contenuto' nella tutela del patrimonio⁵²; così come vi è una politica dei reati 'a soggettività ristretta', che seleziona le qualifiche soggettive penalmente rilevanti; e una politica del dolo e della colpa, che, ad esempio, restringe il dolo rilevante nelle false comunicazioni sociali, art. 2621 c.c. – richiedendo prima del 2002 l'agire "fraudolentemente", ora "consapevolmente" – o nell'abuso di ufficio, art. 323 c.p. – "intenzionalmente" –, e che limita la punibilità alla colpa grave solo in rapporto ai medici...

2.2.1. Politica dei beni giuridici

Limitando il discorso alla politica dei beni giuridici, va anzitutto pre-

⁵¹ Lo spostamento di poteri dal legislativo al giudiziario mi pare comporti un'inclinazione aristocratica, *rectius* tecnocratica, verso la soggezione alle 'supreme Corti'; quello dal legislativo all'esecutivo una tendenza più scopertamente autoritaria/burocratica. In entrambi i casi si ha un governo degli uomini, dei 'tecnici', e non delle leggi, espressioni della rappresentanza democratica.

⁵² Cfr. F. SGUBBI, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano 1982, 352 ss.



cisato che il legislatore non costruisce soltanto un 'diritto penale della miseria' o un *Klassenstrafrecht*. Basti pensare ai delitti contro la vita e contro la persona. Certo, anche in tale ambito non si può ignorare che alcune modalità di tutela possono dare luogo ad un diritto penale della miseria: si tenga presente, giusto per addurre un esempio, che uno stato in cui non sia garantito – di diritto o di fatto, per via della disciplina dell'obiezione di coscienza – il diritto all'aborto, finisce per lasciarlo solo a chi, per abortire, può pagare il viaggio all'estero oppure, più semplicemente, l'obiettore in pubblico ma non in clinica privata, di cui ogni tanto si ha notizia.

Ma, al di là di ciò, la punibilità dell'omicidio, della riduzione in schiavitù, della violenza sessuale etc., non sono certo forme di tutela delle classi dominanti. Non lo sono i reati contro la pubblica amministrazione o l'amministrazione della giustizia; non lo è necessariamente, di per sé, neppure la tutela del patrimonio, ad esempio dal riciclaggio, dalle frodi informatiche o dalle estorsioni, che, del resto, colpiscono pure vittime non particolarmente abbienti.

Tuttavia, in alcuni tempi e luoghi, il legislatore programma invece proprio la criminalizzazione della miseria: punisce i poveri e i marginali per assicurare un'onnicomprendente tutela alla 'sicurezza', *rectius* all'ossessione securitaria dei cittadini 'perbene'.

Almeno fin dai tempi di Tommaso Moro si pratica la repressione del vagabondaggio (e della mendicizia, di cui si dirà tra poco)⁵³; fino al 1988 le misure di prevenzione personali si applicavano notoriamente anche ai vagabondi, e la stessa fattispecie di pericolosità di cui all'art.1 co.1 lett. b d.lgs.n.159/2011, relativa a «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», si presta a forme di controllo 'preventivo' della marginalità e finanche del dissenso sociale⁵⁴.

Nel codice Rocco troviamo il reato di mendicizia, art.670: un reato di diritto penale classista dichiarato parzialmente incostituzionale nel 1995 e abolito nel 1999, ma reintrodotta nel 2019, all'art.669-*bis* c.p. (!) da uno dei tanti 'pacchetti sicurezza': l'accattonaggio è molesto e quindi

⁵³ T. MORO, *Utopia* (1516), Roma, 1994, Lib.I, 25-26.

⁵⁴ Emblematico il caso, diffuso in Italia, dell'applicazione di tale articolo, con conseguente emissione dell'avviso orale e talora anche della sorveglianza speciale, a carico di persone appartenenti a movimenti e gruppi di protesta 'antagonisti': cfr. ad es. l'appello dell'associazione *Giuristi democratici*, primo firmatario L. FERRAJOLI, su <https://ilmanifesto.it/le-misure-di-prevenzione-non-si-trasformino-in-strumenti-di-controllo-del-dissenso>.



punibile «con l'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000» se avviene ad esempio con modalità vessatorie, ovvero con insistenza o petulanza⁵⁵, o simulando deformità o malattie o ingannando «per destare l'altrui pietà».

Sempre nel codice Rocco, all'art.626 c.p., sono previsti quali reati punibili originariamente con la reclusione – ora riservati alla competenza del giudice penale di pace e soggetti alle sanzioni di cui al d.lgs.n.274/2000, ma non se, ad esempio, vi è destrezza o mezzo fraudolento, art. 626 ult. co. – il furto «su cose di tenue valore, per provvedere a un grave ed urgente bisogno» – insomma, il furto del pacco di pasta o del pezzo di pane... – e il furto che «consiste nello spigolare, rastrellare o raspollare nei fondi altrui, non ancora spogliati interamente del raccolto». Insomma, quello dei poveri che vadano a raccogliere i residui del raccolto di pomodori o fragole. Tutto ciò è diritto penale vigente nel nostro Paese nel XXI secolo.

Anzi, nel XXI secolo vi è qualcosa in più: la criminalizzazione del migrante irregolare in quanto tale. Non si tratta solo del reato di immigrazione c.d. clandestina, art.10-*bis* d.lgs. n.286/1998, t.u. immigr. – introdotto con l.n.94/2009 –, punibile con la grottesca ammenda da 5.000 a 10.000 euro, con esclusione dell'oblazione; ma anche dei delitti di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, art. 14 co. 5-*ter* e 5-*quater* t.u. immigr., punibili con multe di ammontare ancor più elevato, e di inosservanza del divieto di reingresso, art.13 co. 13 e 13-*bis* t.u. immigr., punibili con la reclusione da 1 a 4 anni. In tutte queste ipotesi, il migrante irregolare è punito per la mera disobbedienza; e si tratta di una persona fuggita o alla fame e alla sete, o a conflitti armati, torture o persecuzioni. Questo è puro diritto penale della miseria.

Invero, non si comprende affatto la discriminazione dei migranti economici provenienti dal Terzo mondo, in rapporto ai migranti 'politici'. Eppure non dovrebbe essere difficile per degli italiani comprendere che si può essere costretti a lasciare il proprio Paese in cerca di un'esistenza ed un lavoro dignitoso anche in condizioni assai meno drammatiche; accade tuttora a tanti nostri giovani. Si è sempre a sud di qualcuno, e si dovrebbe offrire qui, a chi soffre la fame e vive di stenti, la stessa accoglienza che ci si aspetta all'estero per i nostri emigranti. Invece, nel nostro Paese si punisce persino chi aiuta i migranti a non morire in mare e a

⁵⁵ V. l'interpretazione del previgente art. 670 co. 2 c.p., C. RUBERTO, L.D. CERQUA, *Art. 670*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 1973.



sopravvivere in terra, applicando anche a tali forme di minima solidarietà umana, corrispondenti a nobili ed antichissimi⁵⁶ obblighi internazionali, il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ed altri reati-satellite, come il favoreggiamento abitativo o lavorativo⁵⁷.

La criminalizzazione della miseria si verifica, da sempre, pure attraverso la posizione di norme incriminatrici che descrivono fattispecie talmente ampie da ricomprendere condotte bagattellari: classico l'esempio del furto lievissimo, ma non commesso in stato di bisogno – si pensi ai recenti casi del furto di due melanzane o dell'ovetto *Kinder* da parte di uno studente fuorisede –, punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni, salva l'eventuale applicazione e il bilanciamento di aggravanti o attenuanti. Ma si considerino pure le condotte del piccolo spacciatore, non insovente a sua volta assunto o tossicodipendente, che, se il fatto è di lieve entità, è punibile con «la reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329», art. 73 co. 5 d.P.R. n.309/1990, t.u. stupefacenti. Una lieve entità che costa cara! Ma se il fatto non è ritenuto dal giudice di lieve entità, anche per una singola condotta di cessione di sostanze stupefacenti diverse dai derivati della cannabis, la pena è la reclusione da sei a venti anni e la multa da euro 26.000 a euro 260.000. In materia di stupefacenti, il diritto punitivo amministrativo assoggetta inoltre a sanzioni anche pesanti, v. artt. 75 e 75-*bis* t.u. stupef., il mero consumatore di qualunque sostanza; e nella prassi delle migliaia di relativi procedimenti si tratta sovente di soggetti marginali.

Persino nel diritto penale della criminalità organizzata⁵⁸, in particolare di tipo mafioso, si annidano forme di criminalizzazione della miseria. Una tale affermazione, che potrebbe sembrare provocatoria, si basa sul dato riconosciuto secondo cui tali organizzazioni presentano una struttura ai cui livelli più bassi della struttura e del 'reddito' criminale si trova

⁵⁶ «Ma questi è un misero naufrago, che c'è capitato, e dobbiamo curarcene: vengon tutti da Zeus gli ospiti e i poveri [...]», OMERO, *Odissea*, Lib. VI, 206; v. pure Lib. XIV, 57.

⁵⁷ In proposito e su quanto precede, sia consentito rinviare a A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., *passim*, spec. par. 3.2.2.

⁵⁸ Peraltro si tratta, non va dimenticato, di una categorizzazione problematica: cfr. per tutti E.R. ZAFFARONI, *Il crimine organizzato: una categorizzazione fallita*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 63 ss.; K. VOLK, *Criminalità organizzata e criminalità economica*, ivi, 362-363. In particolare, esistono forme ben 'organizzate' e stabili di criminalità d'impresa – spesso in forma societaria – e politico-amministrativa in rapporto alle quali, però, sovente non viene formulata, oppure cade, l'imputazione di associazione per delinquere. Ciò rientra nel contesto problematico del 'non contenuto' della tutela penale, su cui v. pure *infra*, par. 4.1.



una manovalanza in condizioni di povertà assoluta, economica ed educativa; un ‘esercito di riserva’ di persone fungibili, continuamente eliminate e sostituite in scontri fra bande. A chi scrive è capitato di visitare un carcere latinoamericano in cui erano detenuti, in custodia cautelare, 700 pericolosi narcotrafficienti organizzati: erano giovani adulti poverissimi, rinsecchiti, già sdentati e fisicamente malridotti, vestiti di cenci, terrorizzati al solo scorrere dei manganelli dei custodi sulle sbarre in segno di comando. Persone cui non era mai stata data una concreta possibilità di esistenza dignitosa e di istruzione, e che avevano rischiato il carcere per sfamare sé e le loro famiglie. La differenza tra quelle realtà e la nostra, a mio avviso, è più quantitativa che qualitativa: le associazioni di tipo mafioso offrono a soggetti poveri e marginali un reddito e persino forme di assistenza alle famiglie che le istituzioni pubbliche stentano ad assicurare⁵⁹.

Ad un’ulteriore criminalizzazione della miseria contribuiscono le politiche securitarie di “tolleranza zero”. Partendo dalla fragile base teorica delle c.d. finestre rotte⁶⁰, si propugna un intervento punitivo deciso e a tappeto contro le piccole illegalità, specialmente quelle poste in essere da soggetti marginali: si va da forme anche lievi di criminalità predatoria – piccoli furti e scippi – alle condotte dei parcheggiatori abusivi, dei venditori ambulanti non autorizzati, degli ubriachi, dei contravventori contro la pubblica decenza, dei graffitari, dei senzateo, che compromettono niente di meno che il “decoro urbano”. Per molte di tali condotte il d.l. Minniti, n. 14/2017, «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città», conv. con modif. dalla l. n.48/2017, prevedeva principalmente sanzioni amministrative come il cd. *dacur* o ‘*daspo urbano*’, ossia il divieto di accesso a determinate zone dei centri urbani; il primo pacchetto sicurezza Salvini, d.l. n. 113/2018, conv. con modif. dalla l. n. 132/2018, ha poi ampliato l’ambito di applicazione dei precetti ed inasprito le sanzioni⁶¹.

Va posto nel dovuto rilievo che l’orientamento alla tolleranza zero costituisce l’esatto contrario del principio secondo cui *minima non cu-*

⁵⁹ Cfr., fra gli altri, A. LAMBERTI, *Struttura, dimensioni e caratteristiche dei fenomeni di criminalità organizzata in Campania negli anni Novanta*, in *La mafia le mafie*, a cura di G. FIANDACA, S. COSTANTINO, Roma-Bari 1994, spec. 47 ss.

⁶⁰ Sulla cui insostenibilità dal punto di vista criminologico cfr. M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. DONINI, M. PAVARINI, Bologna 2011, 41 ss.

⁶¹ In argomento sia consentito rinviare al nostro *Le disposizioni penali nei recenti decreti sicurezza: considerazioni de lege delenda*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21.7.2020, par. 3.



*rat praetor*⁶², dell'*extrema ratio* e dello stesso principio di proporzione; l'impiego dello strumento penale per fatti lievi, commessi per lo più da soggetti marginali, risulta inaccettabile sia sul piano delle garanzie individuali, sia su quello dell'efficienza del sistema penale nella tutela da ben più gravi aggressioni a beni giuridici primari, perché dà luogo ad un sovraccarico di bagattelle per l'amministrazione della giustizia penale e per le stesse forze dell'ordine.

Quell'orientamento politico-criminale rappresenta, d'altronde, sul versante della c.d. criminalizzazione secondaria, il presupposto per un dirigersi della selettività del sistema punitivo – ed in primo luogo delle forze di polizia – verso quelle condotte di soggetti marginali: cioè per un diritto penale della miseria *in action*.

Anche disordini legati a pubbliche manifestazioni di dissenso sono divenuti oggetto di 'tolleranza zero': si pensi solo al reato di blocco stradale, art.1 l. n.66/1948, come modificato dal citato d.l. n. 113/2018, conv. con modif. dalla l. n. 132/2018. In effetti, il codice Rocco e la legislazione complementare contengono un diritto penale della miseria anche sotto il profilo della criminalizzazione del dissenso, dello sciopero e delle associazioni (politiche e) sindacali. Lo sciopero era reato; ed in parte, in astratto lo è tuttora, perché gli art.503 ss. c.p. restano in vigore. Associazioni come quelle sindacali, tra i cui scopi rientra l'organizzazione di scioperi, potevano – e possono tuttora – per ciò solo essere considerate a delinquere, art.416 c.p.. Le manifestazioni sociali di protesta erano e continuano ad essere punibili a titolo di radunata sediziosa, art.655 c.p., e riunione non autorizzata, art.18 t.u.l.p.s. Forme di protesta sociale erano e restano punibili a titolo di oltraggio e resistenza a pubblico ufficiale, artt.341-*bis* e 337 c.p. Condotte di furto o danneggiamento commesse nel corso di manifestazioni di protesta possono essere qualificate artificialmente come gravi reati contro l'ordine pubblico, ovvero devastazione e saccheggio, per i quali l'art.419 co.2 c.p., modificato dal pacchetto sicurezza *bis* del 2019, prevede la reclusione fino a vent'anni. La citata reintroduzione del reato di blocco stradale si presta, ad esempio, alla repressione di quelle proteste sociali che si verificano a seguito della morte, sul lavoro o nell'incendio di fatiscenti baraccopoli, di braccianti sfruttati, per lo più immigrati.

Tutte queste sono ulteriori modalità di manifestazione, già in fase di

⁶² Su cui si veda la monumentale monografia di PALIERO, «*Minima non curat praetor*», Padova, 1985, *passim*.



comminatoria edittale, di un diritto penale della miseria, che minaccia di reprimere qualsiasi protesta degli appartenenti a gruppi sociali svantaggiati.

Partendo dalle considerazioni svolte, si può abbozzare una *pars construens* alternativa: le istituzioni pubbliche dovrebbe porre condizioni economico-sociali e culturali di sicurezza dei diritti di tutti, idonee a rimuovere alla radice forme di criminalità derivanti dalla miseria, comprese quelle realizzate dalla manovalanza delle associazioni criminali; si dovrebbero depenalizzare le microviolazioni – salvo mantenere, ove necessario, ipotesi di illecito extrapenale –, in particolare in materia di patrimonio, immigrazione, tutela del ‘decoro urbano’; in relazione alla disciplina degli stupefacenti, andrebbe sperimentata una legalizzazione dei derivati della cannabis – che contribuirebbe, come si dirà meglio più avanti, in modo non esiguo alla deflazione carceraria e all’abbattimento dei profitti della criminalità organizzata⁶³ –, con conseguente abolizione anche delle inutili sanzioni amministrative che gravano sui consumatori; infine, andrebbero abolite le varie forme di repressione del dissenso esistenti.

2.2.2. *Politica delle sanzioni*

Alle osservazioni in merito alla politica dei beni giuridici ne vanno aggiunte altre, concernenti la politica delle sanzioni; essa riflette opzioni relative alla funzione della pena che, a loro volta, sono legate a concezioni filosofiche e politiche generali⁶⁴.

Una visione di fondo orientata al primato della persona e delle sue libertà fondamentali dovrebbe concepire l’uso della sanzione penale quale *extrema ratio* e, tra le sanzioni, privilegiare quelle meno invasive, ricorrendo alle pene più severe solo se strettamente necessario. Nell’attuale contesto storico e nell’esperienza europea, abolite la pena di morte e le pene corporali – che purtroppo sopravvivono in altre parti del mondo –, tale ruolo di risorsa estrema dovrebbe essere assegnato alla pena detentiva. Anticipando in parte quanto si dirà più avanti circa la ‘miseria del diritto penale’, va infatti riconosciuto fin d’ora che la pena detentiva – ammesso che possa essere utile in rapporto a scopi di prevenzione generale e/ speciale – costituisce pur sempre una grave offesa a libertà e dignità

⁶³ Sia consentito rinviare al nostro *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.* n. 5/2014, 598 ss., con ult. rif. bibl.

⁶⁴ Per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 17 ss.



della persona; specialmente quando si tratta di una detenzione che dura lustri o, addirittura, dell'ergastolo, si tratta in sostanza della distruzione della vita di un essere umano. Un sistema sanzionatorio carcerocentrico produce, quindi, miseria, spesso non solo in rapporto a chi subisce la pena, ma anche alla sua famiglia.

Attraverso i livelli sanzionatori edittali e i rapporti relativi tra essi, il legislatore predetermina – almeno in parte, allorché lascia ampi spazi discrezionali al giudice; il che, come accennato, costituisce un'ulteriore scelta politica – la concreta composizione della 'clientela' del sistema penale, in particolare della popolazione carceraria, ma anche delle persone sottoposte a misure di sicurezza ed a misure sospensive/alternative alla detenzione. Va incidentalmente rilevato che il totale di queste ultime è in aumento e supera ormai ampiamente il numero complessivo dei detenuti; ma tali misure sospensive/alternative non riducono se non in parte la popolazione carceraria, determinando, piuttosto, un'espansione della rete del controllo penale, nota come *net widening*⁶⁵.

Ebbene, anche sul piano delle sanzioni – al di là della considerazione generale poc'anzi esposta, ed in riferimento, stavolta, a specifiche categorie di autori – si profila un diritto penale di classe o della 'miseria'.

Emblematico, ancora una volta, risulta il settore dei delitti contro il patrimonio. Il furto-base – fatto di ardua realizzazione, vista, in particolare, la congerie di aggravanti speciali di cui all'art. 625 c.p. – comporta la

⁶⁵ Si tratta di un fenomeno ben noto: negli USA, ove si è assistito ad un'incarcerazione di massa, il numero dei sottoposti a misure extramurarie supera il doppio di quello già enorme dei detenuti, cfr. fra gli altri D. MELOSSI, *Economia politica della pena*, in *Devianza e questione criminale*, cit., 34. Per l'Italia, cfr. i dati disponibili nella sezione "statistiche" del sito www.giustizia.it, da cui risulta che il totale delle persone sottoposte a misure alternative, sostitutive, alla libertà vigilata e alla sospensione del procedimento con messa alla prova è cresciuto, con relativa costanza, di 5.000 persone all'anno, dalle circa 31.000 del 31.12.2014 alle circa 69.000 del 31.12.2021; mentre il numero dei detenuti, dopo essere calato dagli oltre 68.000 del 31.6.2010 ai circa 53.500 del 31.12.2014, a partire dal 2015 è tornato lentamente a crescere fino a superare al 31.12.2019 le 60.000 presenze (!); con l'emergenza da covid-19 si è avuto un brusco calo a 53.500 detenuti, ma al 31.12.2021 il numero era risalito a quasi 55.000. Dunque, dal 2014 ad oggi il numero dei sottoposti ad alternative alla detenzione è più che raddoppiato, ma negli stessi anni il numero dei detenuti è aumentato anch'esso fino al 2019 e, dopo un arresto dovuto alle risposte all'emergenza pandemica, ha ripreso a crescere, risultando, a fine 2021, superiore rispetto a fine 2014 e 2015. Va posto nel debito risalto il dato per cui, tranne che nei due anni successivi all'indulto del 2006, il numero dei detenuti nel XXI secolo è sempre stato superiore alla capienza regolamentare, sia pure in misura molto differenziata tra i 68.000 del 2010 e i 52.000 del 2015. Il sovraffollamento rimane strutturale, mentre crescono significativamente i sottoposti a varie misure extramurarie, pur sempre penali.



stessa pena detentiva di una lesione personale da cui derivi una malattia fino a ben 40 giorni, art. 582 c.p. Un furto aggravato, ad esempio, dalla destrezza comporta la reclusione da uno a sei anni, cioè la stessa cornice edittale di uno sfruttamento lavorativo, art. 603-*bis* c.p., ed un massimo edittale più elevato di quello previsto, ad esempio, per una violenza privata, art. 610 c.p., e prossimo a quello stabilito per il delitto di *stalking*, art. 612-*bis* c.p.

Un furto pluriaggravato, ad esempio dalla destrezza e dall'essere la cosa esposta alla pubblica fede – come il furto dell'arancia dal banco del mercato – comporta la reclusione da tre a dieci anni, ovvero un minimo triplo ed un massimo doppio a confronto con una falsa comunicazione sociale, art. 2621 c.c., che può offendere i patrimoni di migliaia di risparmiatori.

Se, poi, si tratta di uno scippo, art. 624-*bis* c.p., la pena-base è la reclusione da 4 a 7 anni, ovvero una pena più elevata di quella prevista per le lesioni personali gravi da cui derivi, ad esempio, una malattia «che metta in pericolo la vita della persona offesa» o un indebolimento permanente di un senso o di un organo... Se lo scippo è aggravato, ad esempio, dalla destrezza, la pena diviene la reclusione da cinque a dieci anni, art.624-*bis* co. 3 c.p.: più severa di quella prevista per il sequestro di persona, art. 605 c.p., o – nel minimo – di quella stabilita per la tortura, art.613-*bis* c.p.

Ma parliamo anche della rapina; un delitto, certo, allarmante, ma che può presentarsi con modalità alquanto differenziate. Ad esempio, impossessarsi del telefonino altrui con la minaccia o con uno spintone comporta la reclusione da 3 a 10 anni – pena più elevata a confronto con sequestro di persona o lesioni gravi –; farlo in un autobus o nei pressi di un bancomat comporta, a seguito di novelle ed inasprimenti emergenziali vari, la reclusione da sei a vent'anni, art. 628 co.3 n.3-*ter* e 3-*quater* c.p.. Si tratta di livelli sanzionatori draconiani – una bancarotta fraudolenta, art. 322 d.lgs. n.14/2019, comporta l'applicabilità di una cornice edittale esattamente della metà; ma persino un omicidio preterintenzionale prevede notoriamente una sanzione meno severa! –: essi comportano l'elevata improbabilità della rinuncia al carcere.

Ecco perché oltre la metà dei detenuti nel nostro Paese lo è anche in relazione a delitti contro il patrimonio, e all'incirca un quinto del totale per furto⁶⁶.

⁶⁶ Dati disponibili in www.giustizia.it e www.dat.istat.it. Naturalmente un detenuto può esserlo per più titoli di reato.



Si registra, dunque, un'ipertutela del patrimonio individuale di stampo classista, perché i destinatari della criminalizzazione sono prevalentemente soggetti marginali.

Ma lo stesso è a dirsi della normativa in materia di stupefacenti, dal momento che i reali destinatari di pene che, in relazione ai cannabinoidi, vanno da 2 a 6 anni, e per le droghe pesanti da 6 a 20 anni, sono in massima parte soggetti marginali addetti alla vendita al dettaglio, non insovente essi stessi assuntori o addirittura tossicodipendenti. In effetti, all'incirca il 30% della popolazione carceraria è costituito da detenuti per violazione dell'art.73 t.u. stupefacenti, laddove i detenuti per associazione finalizzata allo spaccio, art.74 t.u., sono incomparabilmente di meno.

Come ho accennato, cornici sanzionatorie elevate condizionano l'entità concreta della pena applicata ed ostacolano o impediscono l'applicazione di ipotesi di non punibilità o di misure sospensive, sostitutive, alternative; ciò contribuisce all'ipercriminalizzazione ed alla carcerizzazione della miseria. Già per un furto aggravato la pena da uno a sei anni non consente, ad esempio, di ottenere la sospensione del procedimento con messa alla prova. Qualora il furto sia pluriaggravato o si tratti di scippo o rapina è preclusa anche la particolare tenuità del fatto, art.131-*bis* c.p., e, per lo più, già in astratto – sia pur tenendo conto delle riduzioni di pena per l'accesso a riti alternativi – una sospensione condizionale o una misura alternativa alla detenzione. In materia di droghe non 'leggere', una cornice edittale tra i 6 e i 20 anni preclude, nella stragrande maggioranza dei casi, l'applicazione di misure alternative alla detenzione.

All'innalzamento della pena edittale ed alla preclusione dell'accesso a misure sospensive/sostitutive contribuisce la disciplina della recidiva, specialmente dopo la l.n.251/2005, cd. ex Cirielli. Per i recidivi reiterati, in particolare, nel caso ad es. di recidiva specifica va tenuto ben presente che l'aumento è «di due terzi». Al terzo furto semplice, la pena per quest'ultimo furto arriva a cinque anni; al terzo furto aggravato *ex* art.625 c.p., a 10 (6 anni più due terzi); al terzo scippo, la pena per quest'ultimo arriva a 11 anni e 8 mesi; alla terza cessione di cannabis 'di lieve entità', art.73 co.5 t.u., la pena per l'ultimo reato arriva a 10 anni! In tal modo si programma la carcerizzazione di ladruncoli e spacciatori di strada, spesso a loro volta assuntori o tossicodipendenti, e di altri autori marginali; con una disciplina che rappresenta il più classico diritto penale dell'autore, e che assomiglia a quella delle leggi americane dei "tre colpi e sei eliminato", *three strikes and you're out*, condividendone fini e mezzi di incapacitazione/neutralizzazione selettiva. Anche in rapporto a reati più gravi, si



giunge a pene palesemente sproporzionate. Alla terza rapina o estorsione senz'armi, si arriva, solo per l'ultimo reato commesso, a 16 anni e 8 mesi; ma se, ad esempio, un giovane, mostrando un'arma, si impossessa di tre portafogli in tempi diversi, per la terza rapina la pena arriva a 30 anni (20 anni più l'aumento di due terzi, ma con il limite di cui all'art.66 c.p.). In concreto, la pena inflitta ed eseguita per due o tre rapine o estorsioni può essere di gran lunga più grave di quella per un omicidio volontario.

Anche la critica della politica delle sanzioni penali suggerisce spunti per una *pars construens* alternativa: una riforma del sistema sanzionatorio nel senso della riduzione dell'ambito di applicazione della pena detentiva in favore di pene principali non detentive; una revisione complessiva delle cornici edittali alla stregua di una ricostruzione costituzionalmente orientata dei loro rapporti relativi; l'abolizione dell'aggravante della recidiva, che può trovare considerazione all'interno della commisurazione della pena edittale. Ed infine, l'impiego delle stesse misure alternative alla detenzione nella sola prospettiva della rinuncia alla pena edittale e non, invece, come attualmente avviene, quale strumento di espansione del controllo penale in rapporto a fatti per i quali la via maestra dovrebbe essere quella di un'ampia depenalizzazione.

2.3. *Criminalizzazione secondaria della miseria. Miseria del vero 'diritto vivente'*

È arcinoto che il sistema penale vigente soffre d'ipertrofia. Un tale sistema, per funzionare in modo efficiente, richiederebbe risorse ingenti, altrettanto 'ipertrofiche': ma ciò comporterebbe tassi di sottoposizione a procedimento penale ed a sanzioni penali, in particolare detentive, che renderebbero davvero frammentario non il diritto penale, ma la libertà, com'è avvenuto, ad esempio, negli USA, il cui tasso di carcerizzazione è tuttora elevato⁶⁷. Nel nostro Paese, agli astratti, 'onnivori' programmi di tutela penale corrisponde una cronica mancanza di risorse umane e materiali, che aumenta a dismisura la strutturale selettività dell'esercizio del potere punitivo.

Un tale stato di cose contrasta sia con il principio di eguaglianza, sia, in particolare, con l'art.112 Cost.⁶⁸. Il principio di obbligatorietà dell'a-

⁶⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 32 ss., spec. i dati empirici a 65 ss. e la "tavola 3", 71; D. MELOSSI, *op. cit.*, rileva peraltro un relativo calo del tasso di carcerizzazione negli USA negli anni '10.

⁶⁸ In proposito, v. per tutti A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo*, in AA.VV., *Il diritto penale minimo*, a cura di A. BARATTA, Napoli 1986, 443 ss.



zione penale, che corrisponde ad ineludibili esigenze di legalità, oltre che di eguaglianza, è quotidianamente – ed inevitabilmente, dato il predetto rapporto tra ipertrofia e risorse – violato nella prassi delle Procure. Lo testimoniano il ricorso – risalente nella prassi e recentemente recepito dalla riforma Cartabia – a criteri di priorità nello svolgimento delle indagini⁶⁹ e l'elevatissima percentuale di estinzioni del 'reato' (*rectius*, della punibilità) per prescrizione che si verificano nella fase delle indagini preliminari: un dato sistematicamente ignorato dalle riforme succedutesi in materia. Per altro verso, altrettanto selettivo, strutturalmente e per ragioni analoghe, è l'operato delle forze dell'ordine e delle altre autorità tenute a denunciare i reati: si pensi solo alle ridottissime forze a disposizione degli ispettorati del lavoro.

La selettività dipende pure dalla consapevolezza e dalla 'forza' della vittima, che ne condiziona il ruolo di denunciante o querelante: ad esempio, forme più o meno sofisticate di criminalità imprenditoriale o finanziaria possono sfuggire alla percezione delle vittime⁷⁰ e meccanismi transattivi posti in essere da autori economicamente forti possono portare a rinunce alla querela o remissioni. Per altro verso, è evidente che un'ampia cifra oscura caratterizza la violenza familiare, soprattutto in ragione della debolezza della vittima. Tutto ciò rientra, secondo lo schema che abbiamo abbozzato, nella miseria del diritto penale, di cui parleremo più avanti, piuttosto che nel diritto penale della miseria.

Ma, da sempre, la 'forza' della vittima condiziona la selettività del diritto penale anche verso la criminalizzazione della miseria: il furterello più esiguo nell'ipermercato, se scoperto, viene perseguito senza pietà; la benché minima protesta verso un pubblico ufficiale viene perseguita come oltraggio o resistenza e si esclude *a priori* la particolare tenuità del fatto, art.131-*bis* co.2 c.p.; l'attività sindacale svolta presso una grande impresa può essere qualificata come associazione a delinquere finalizzata a violenza privata e/o estorsione⁷¹; il senzatetto che dorme per terra davanti ad una banca, una gioielleria o una 'grande stazione' viene allontanato e rischia di entrare in un circuito punitivo.

La selettività del perseguimento dei reati o criminalizzazione secondaria si orienta in due direzioni. Per un verso, privilegia la criminalità di

⁶⁹ Sia consentito rinviare in argomento ad A. CAVALIERE, *Obbligatorietà dell'azione penale e scelte di priorità nella l. n. 134/2021*, in *Crit. dir.* 1/2022, 11 ss.

⁷⁰ Cfr. spec. K. VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ* 1983, 89.

⁷¹ Su un'emblematica, recente vicenda giudiziaria, cfr. il commento di G. CANNELLA, *Il "caso Piacenza": no sindacato*, in *www.criticadeldiritto.it*, 10.8.2022.



strada, più ‘visibile’, soprattutto contro il patrimonio, nonché in materia di stupefacenti e di immigrazione; ma anche quella legata a manifestazioni pubbliche di dissenso. Per l’altro, in rapporto a qualunque reato, nel *mare magnum* delle incriminazioni le forze dell’ordine, le altre autorità tenute alla denuncia e la magistratura inquirente possono tendere ad assegnare priorità e ‘corsie preferenziali’ agli autori meno ‘forti’ socialmente ed economicamente. Si è sostenuto, a mio parere non senza fondamento, che anche in rapporto ai reati dei colletti bianchi e, in particolare, dei potenti⁷² gli autori perseguiti siano – direi non soltanto, ma prioritariamente – quelli deboli o isolati in conflitti di potere politico e/o economico; ciò appare plausibile, in considerazione del dato per cui il potere di perseguire i reati è esercitato da agenzie istituzionali che non sono isolate dagli altri poteri sociali e il loro agire è sostenuto mediaticamente dall’attenzione ‘selettiva’ degli imprenditori della comunicazione di massa. Del resto, sarebbe assurdo voler negare la selettività in rapporto ai reati dei potenti e dei colletti bianchi: basti pensare al numero esiguo di denunce in rapporto a taluni reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione o agli esiti, in termini di condanne, dei processi per quei reati ed altri, all’epoca di ‘Tangentopoli’ e delle ‘mani pulite’.

Vi è, dunque, una selettività che tende ad orientarsi verso la repressione di figure marginali in rapporto a qualunque reato: persino a reati contro la persona. Ciò avviene attraverso meccanismi noti, in diverse fasi del procedimento penale, che ripercorrerò brevemente.

Anzitutto, come ho accennato, autori ‘solvibili’ – non certo i poveri – possono realizzare transazioni mediante condotte risarcitorie o riparative ed ottenere così la rinuncia alla querela o la sua remissione, ‘comprando’ l’esenzione dal procedimento penale. Ad esempio, sono punibili a querela le lesioni personali colpose, pure gravi e persino gravissime, anche nei confronti di più persone – ad eccezione dei fatti commessi «con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all’igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale» –: vi rientrano le lesioni derivanti da colpa medica o riconducibili alla cd. responsabilità da prodotto.

Vi è, poi, l’eterno problema dell’effettività del diritto di difesa dei non abbienti⁷³, che comprende quello dell’accesso al gratuito patrocinio

⁷² Su tale necessaria distinzione cfr. per tutti V. RUGGIERO, *La criminalità dei potenti*, in *Devianza e questione criminale*, cit., 154-156.

⁷³ In proposito e su quanto si dirà in seguito in relazione al procedimento penale,



e quello – diverso, ma che si interseca con il precedente – della qualità della difesa d’ufficio.

L’ineffettività della difesa comporta una più elevata probabilità di essere sottoposti a misure cautelari. Ciò contribuisce a spiegare gli elevati indici di custodia cautelare in carcere, anche per furti aggravati e scippi, unitamente al dato – di particolare rilevanza nella prassi – per cui soggetti marginali, in particolare ma non solo immigrati, non dispongono di un’abitazione e finiscono perciò in carcere.

Inoltre, alcuni di quei soggetti marginali, specie se affetti da tossico- o alcoolodipendenza o sofferenti psichici – situazioni che non si escludono a vicenda, non essendo infrequenti i casi di cd. doppia diagnosi – non dispongono di un’adeguata rete di rapporti familiari e sociali sul territorio. In altre parole, sono ‘miseramente’ soli. La carenza – per la diffusa mancanza, specialmente nelle Regioni più povere, di risorse pubbliche, economiche, materiali e umane in A.s.l. e Comuni – o l’inadeguatezza operativa dei servizi sociali e sanitari che dovrebbero prendersi cura di quelle persone si riflette, quindi, in termini di custodia cautelare in carcere – magari nei relativi reparti psichiatrici – o di ricovero in misura di sicurezza detentiva provvisoria, presso le cosiddette R.E.M.S.; in mancanza di idonei programmi individualizzati di trattamento – in libertà o presso i servizi sociosanitari territoriali – e/o del necessario consenso dell’interessato, prevalgono infatti una cultura ed una prassi meramente custodiali. La libertà vigilata ‘terapeutica’ eseguita realmente senza forme di ricovero tende così, anche per mancanza di centri di salute mentale efficienti sul territorio, a cedere a forme di libertà vigilata ‘con ricovero’ presso ‘idonee’ strutture del cd. terzo settore o privato sociale – ad esempio, case famiglia –, sempre che vi siano le risorse pubbliche e/o i volontari contribuiti privati necessari al loro funzionamento; oppure magari presso strutture private, nel senso che la rete sociale economicamente forte di un imputato più fortunato può provvedere autonomamente al suo ricovero ‘volontario’. Per gli imputati non abbienti e in mancanza di servizi sociosanitari pubblici o del terzo settore, tendono ad aprirsi più facilmente le porte del carcere o della R.E.M.S.: ecco un’altra forma di diritto penale della miseria.

Eppure, secondo quanto stabilito dall’art.1 co.1 d.l. n.52/2014, come modif. in sede di conversione dalla l.n. 81/2014, il ricovero in R.E.M.S.

cf. i puntuali, condivisibili rilievi critici di E. VALENTINI, *Non è un processo per poveri*, in questo Volume.



dovrebbe essere disposto solo in termini di *extrema ratio* e non dovrebbe basarsi su un'asserita – in realtà indimostrabile – pericolosità sociale legata a condizioni familiari e sociali – *scil.* di abbandono –, né sulla sola mancanza di programmi terapeutici individuali⁷⁴.

Peraltro, va osservato incidentalmente che il ricovero, anche asseritamente 'volontario', presso una struttura privata – specie se non si tratta di struttura 'solidaristica' del terzo settore, ma di un vero e proprio privato, orientato al profitto – può comportare, come dimostrano alcuni episodi inquietanti che ogni tanto emergono nella cronaca giornalistica, forme di aberrante 'pena privata' consistenti nel ricorso alla contenzione farmacologica e meccanica o nella vera e propria violenza fisica nei confronti dei 'ricoverati'. In altri termini, il 'contributo' della rete familiare e sociale del ricoverato può far sì – talvolta in modo tragicamente inconsapevole, ma non sempre⁷⁵ – che questi finisca 'diversamente' segregato, in strutture che possono giungere ad assomigliare ad istituzioni totali. Anche queste sono miserie umane.

Per connessione tematica, non posso fare a meno di menzionare qui i trattamenti sanitari obbligatori, T.S.O. Essi vengono prevalentemente legittimati mediante l'etichetta di misure 'terapeutiche'. In realtà, legare una persona ad un letto non ha alcunché di terapeutico, come pure somministrarle coercitivamente psicofarmaci per ridurne la 'pericolosità': si tratta, piuttosto, di provvedimenti – adottati in assenza della commissione di reati – finalizzati a prevenire offese a terzi o a se stessi, cioè di misure di prevenzione, mediante contenzione meccanica o farmacologica. Si può discutere se l'adozione di tali misure possa essere giustificata dal pericolo attuale – non remoto o meramente ipotetico – di un'offesa ingiusta o di un danno grave alla persona, artt. 52 e 54 c.p.: ma non fingere che si tratti di misure 'terapeutiche' e tantomeno legittimarne l'adozione al di là di una momentanea fase di acuzie, per giorni e settimane! Il T.S.O. costituisce spesso l'esito del prolungato abbandono, da parte di famiglia, società ed istituzioni, di una persona alla sofferenza psichica: in tal senso,

⁷⁴ In argomento, cfr. spec. F. SCHIAFFO, *Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. CATENACCI, V.N. D'ASCOLA, R. RAMPIONI, Roma, 2021, 1055 ss.

⁷⁵ Molto istruttive le pagine di E. GOFFMANN, *Asylums* (1961), Torino, 2010, 157 ss., sull'«esperienza di abbandono, di slealtà e di amarezza» (159) e sul «sentimento di tradimento» (165) con cui comincia spesso la «carriera del predegente» in un'istituzione totale. Volendo, si può vedere come una figlia 'disobbediente', negli anni '60 del secolo scorso, finisse in manicomio, nel film allegato in formato DVD a E. BUCACCIO, K. COLJA, A. SERMONETA, M. TURCO, *C'era una volta la città dei matti*, Merano, 2011.



è un'ennesima forma di diritto penale della miseria. Ed è stato e viene tuttora utilizzato anche come strumento di contenzione di persone ritenute socialmente 'devianti', moleste o 'irrequiete'.

Un'ulteriore misura cautelare detentiva, sostanzialmente penale, applicata a soggetti in condizioni di miseria conclamata, è rappresentata, al di là delle consuete frodi delle etichette, dal "trattenimento amministrativo" dei migranti irregolari nei C.I.E. – e, prima ancora, nei cd. *hotspots* ed in altri centri, in fase 'precautelare' – in funzione strumentale all'espulsione; quel 'trattenimento' coattivo dà luogo, com'è stato diffusamente rilevato, ad una bagattellizzazione della libertà personale, in contrasto con l'art.13 Cost.⁷⁶.

Tale bagattellizzazione si rileva anche nella devoluzione del procedimento per reati in materia di immigrazione alla competenza del giudice di pace: un giudice onorario che decide della libertà personale e dell'espulsione di una persona dal territorio dello Stato, in un rito 'speciale' caratterizzato da gravi cadute in termini di garanzie⁷⁷.

Pure taluni procedimenti speciali si prestano a discriminazioni di imputati deboli dal punto di vista socioeconomico, dal momento che l'alternativa è costituita dal sostenere i costi e i rischi – aumentati dalla difesa d'ufficio – di un dibattimento. Quanto al rito direttissimo, esso svolge un ruolo problematicamente significativo nella gestione, insieme 'prioritaria' e 'sommaria', della criminalità di strada posta in essere da soggetti marginali⁷⁸.

Un ulteriore meccanismo selettivo, di rilevanza decisiva, è costituito dall'applicazione di istituti quali la sospensione del procedimento con messa alla prova, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, la sospensione condizionale della pena, le pene sostitutive delle pene detentive brevi e le misure alternative alla detenzione. Sulla possibilità di tale applicazione incidono, infatti, innanzitutto i livelli sanzionatori edittali:

⁷⁶ V. spec. L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA, F. VIGANÒ, Torino 2009, 77 ss.; A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2000, 51 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2, 2011, 25 ss.; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 maggio 2012, 1 ss.; E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, 40 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 127; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine*, in *Pol. dir.* 2011, 266.

⁷⁷ Cfr. E. VALENTINI, *op. loc. cit.*

⁷⁸ V. ancora E. VALENTINI, *op. loc. cit.*



la sproporzionata severità delle cornici edittali previste per taluni reati contro il patrimonio e in materia di stupefacenti preclude, come ho accennato, fin dall'inizio tali strumenti *lato sensu* alternativi al carcere. La disciplina della recidiva contribuisce a tale preclusione.

Inoltre, si tratta pur sempre di istituti la cui applicazione non è automatica, ma è rimessa al potere discrezionale del giudice; e sulla relativa prassi incidono pure l'effettività della difesa e, quindi, di nuovo le condizioni economiche dell'imputato. L'orientamento politico-criminale di fondo anche di recenti leggi 'svuotacarceri', incentrato sulla deflazione discrezionale 'in concreto' anziché su un'ampia depenalizzazione, su una complessiva revisione delle cornici edittali e sulla previsione di pene principali non detentive – pene principali, non sostitutive! – rischia di riproporre l'inconveniente per cui i destinatari di una 'selezione negativa', ovvero coloro che finiscono in carcere, sono sempre i più miserabili, gli "avanzi della giustizia".

Considerazioni analoghe sembrano valere in rapporto all'applicazione, all'esito del procedimento, del ricovero in R.E.M.S., in luogo di una misura non detentiva quale la libertà vigilata, per le ragioni poc'anzi ricordate.

Vi è, infine, un ulteriore profilo della 'criminalizzazione secondaria' della miseria, che, più propriamente, riguarda non la criminalizzazione, ma la 'punizione' in concreto della miseria e della protesta sociale. Una punizione '*in action*', illegale: mi riferisco alle violenze di polizia perpetrate su vari soggetti marginali, fuori e dentro il carcere. I casi Cucchi, Aldrovandi e tanti altri accadimenti relativi a singole persone⁷⁹, ma anche la 'macelleria messicana' verificatasi in occasione del G8 di Genova del 2001 o le violenze collettive di polizia realizzate nella caserma Raniero a Napoli poco prima, sono gravissime manifestazioni di un esercizio brutale di potere punitivo illegale da parte delle forze dell'ordine, fuori dal carcere. A ciò vanno aggiunti episodi, non meno vergognosi, di violenze di polizia perpetrate all'interno del carcere, come quelle realizzate a Santa Maria Capua Vetere nel 2020.

Le considerazioni svolte in rapporto ai processi di criminalizzazione secondaria e di punizione illegale attengono, palesemente, al 'diritto vivente'. Anzi, preme porre in risalto che è questo il vero diritto vivente. Com'è noto, quando, in tempi recenti, si adopera tale concetto si intende,

⁷⁹ Al riguardo, v. il volume a cura di L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, Milano, 2011, *passim*.



invece, far riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione. Il diritto penale della giurisprudenza di legittimità viene così contrapposto alla mera disposizione legislativa – la ‘morta’ *littera legis* – o, addirittura, costituzionale. Non è questa la sede per ribadire la violazione della legalità costituzionale, della separazione dei poteri, del principio di stretta legalità e della soggezione del giudice alla sola legge, art.101 co.2 Cost. – e non al precedente giurisprudenziale, per quanto ‘autorevole’ –, che è insita nell’attribuire al diritto vivente così inteso il ruolo di fonte normativa⁸⁰.

Nel contesto della nostra indagine, interessa invece un altro, connesso profilo di critica verso il diffuso richiamo al ‘diritto vivente’: esso esprime una visione ‘oligarchica’ e ‘aristocratica’ del diritto penale, quale diritto che vive nella giurisprudenza dei ‘pochi’ e ‘migliori’ giudici, quelli delle Corti supreme, i veri custodi-sacerdoti del diritto. In realtà, tale orientamento, oltre alla violazione dei richiamati principi, comporta, per un verso, una tendenza stabilizzatrice, in senso conservatore, rispetto al diritto vivente nella giurisprudenza di merito, a confronto del quale il diritto delle Corti superiori è relativamente consolidato, rigido, ‘morto’.

Ma, soprattutto, la corrente accezione aristocratica di diritto vivente, che rimane al piano delle fonti del diritto, finisce per nascondere – secondo canoni propri del formalismo normativistico – ciò che costituisce la realtà operativa del sistema penale *in action*: quest’ultima non è data in prima linea dalla, più o meno ‘edificante’, giurisprudenza della Cassazione, oggetto di contemplazione estatica o, magari, di critica da parte della dottrina, ma è rappresentata dalla prassi operativa, marcatamente selettiva, delle forze dell’ordine e della magistratura, specialmente inquirente, ma anche giudicante. Una prassi che finisce per produrre, come si è cercato di porre in evidenza, una criminalizzazione secondaria – ma anche una ‘punizione’ informale – della miseria. È questo il vero diritto vivente!

Ma ciò non interessa ad una dottrina e ad una magistratura ‘aristocratiche’: esse rifiutano di confrontarsi con la selettività del sistema penale e con il diritto penale della miseria. Rimangono, quindi, chiuse alla realtà sociale ed alle stesse acquisizioni delle scienze sociali – in particolare, della criminologia critica –, in un circolo tecnicistico presidiato da barriere disciplinari che finiscono per favorire la conservazione delle istituzioni

⁸⁰ Sia consentito rinviare a *Radici e prospettive del principio di legalità*, in *Ind. pen.* 3/2017, 653 ss.



punitiva⁸¹. Già all'interno della scienza giuspenalistica, la tradizionale separazione tra diritto penale e diritto penitenziario può essere vista in tale prospettiva, ovvero come strumentale alla conservazione dell'istituzione carceraria e dell'internamento psichiatrico criminale⁸².

Del resto, molti esponenti della dottrina e della stessa giurisprudenza penale – magari fervidi sostenitori del 'diritto vivente' – non hanno mai visitato un carcere, un O.P.G. o, ora, una R.E.M.S., e neppure un C.I.E.; se vedessero con i loro occhi quelle realtà, sarebbero forse indotti a riflettere sul reale significato del loro operare 'in action' ed a rivedere la loro idea del diritto vivente. Bisognerebbe prevedere che visitare periodicamente quei luoghi di dolore facesse parte della formazione obbligatoria permanente di ogni giurista, non soltanto, ma specialmente se si occupa di giustizia penale.

3. *Miseria del diritto penale*

Già le considerazioni svolte, secondo cui il diritto penale vigente è, in misura rilevante, diritto penale della miseria, dimostrano la miseria del diritto penale: il suo presentarsi quale strumento di tutela dei beni giuridici di tutti (funzione 'manifesta') e il suo rivelarsi quale apparato prevalentemente repressivo della marginalità sociale (funzione 'latente', ma non troppo)⁸³.

3.1. *Criminalità dei potenti, 'rischi consentiti' e offese non punibili*

L'indirizzo criminologico già richiamato che si occupa della criminalità dei potenti, integrando e modificando le acquisizioni relative alla delinquenza dei colletti bianchi, conferma l'ipotesi appena prospettata, nella misura in cui mostra vuoti e carenze di tutela in rapporto a condotte poste in essere da appartenenti a gruppi sociali 'avvantaggiati'. Vengono qui in considerazione, in particolare, l'inadeguatezza della legislazione in

⁸¹ Sul punto, severo ma tutt'altro che infondato il giudizio di A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., 208 ss.

⁸² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Milano 2020, 678, individuano nell'atteggiamento sul punto della scienza penalistica meno recente un retaggio dell'ideologia retributiva.

⁸³ Sulla contrapposizione tra funzioni manifeste e latenti del comportamento sociale, cfr. R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale*, I (3ª ed., 1971), Bologna 2000, 188 ss.; in rapporto al sistema penale, cfr. A. BARATTA, *Che cos'è la criminologia critica?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 77.



materia, ad esempio, di corruzione, reati societari o finanziari, e la loro esigua ‘criminalizzazione secondaria’.

In questa sede, preme tuttavia ricordare pure il ruolo del rischio consentito, quale strumento di ‘allocazione’ dell’intervento penale⁸⁴. Mediante l’applicazione del criterio del rischio consentito, condotte lesive anche di beni fondamentali quali la vita e la salute vengono rese lecite, in quanto strumentali alla realizzazione di altri interessi, in particolare economici⁸⁵, o alla più generale libertà di agire, in particolare laddove il suo esercizio implica profitti economici di terzi.

Ad esempio, fissare il limite di velocità dei veicoli a motore, nei centri urbani, a 50 km/h serve alla celerità della circolazione di persone e merci, ma comporta un rischio consentito, quello di investire persone viaggiando a 50 km orari in pieno centro. Alzare tale limite a 70 km/h aumenterebbe il rischio di morti stradali, ampliando il rischio ‘consentito’, cioè l’ambito di condotte pericolose o lesive, ma lecite; al contrario, ridurre il rischio lecito abbassando il limite di velocità a 30 km orari, come avviene o si propone in alcuni Comuni, serve a prevenire morti stradali. Lo stesso discorso vale per la circolazione in autostrada. Certamente, limiti di velocità bassi possono danneggiare le vendite di veicoli potenti, perché non ha senso – salva la pura vanità – acquistare un’auto che raggiunge i 240 km/h laddove il massimo effettivamente osservato è 130; tuttavia, sull’interesse economico alle vendite di veicoli potenti dovrebbe prevalere quello alla vita e alla salute delle persone.

Ma vi sono tanti altri esempi agevolmente prospettabili e significativi. Si pensi alle norme in materia di detenzione e porto d’armi ed ai connessi ‘rischi consentiti’ per l’incolumità delle persone, a vantaggio della ‘libertà di difendersi in armi’ e, soprattutto, a profitto dell’industria delle armi.

Ancora, fissare una soglia di liceità più o meno elevata di emissioni di sostanze tossiche nei centri abitati significa programmare un numero più o meno alto di malattie e di morti da esposizione a tali sostanze, a seconda della tutela maggiore o minore di interessi economici; si tratta di uno dei

⁸⁴ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, 12 ss.; le tesi ivi esposte appaiono come uno sviluppo generalizzante della tesi – sostenuta dallo stesso Autore, v. *supra*, nota 21 – secondo cui la selezione delle forme di aggressione punibili in rapporto alla tutela del patrimonio determina spazi di “non contenuto” di tale tutela, strumentali agli interessi dei gruppi sociali dominanti.

⁸⁵ Su tale notoria valenza problematica del rischio consentito, cfr. ad es. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Bologna 2019, 588-589; nella dottrina tedesca v. ad es. già H. ZIPF, *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, in *ZStW*, 1970, 635.



campi di applicazione delle cd. regole cautelari ‘improprie’, volte non ad escludere, ma a ridurre il rischio di eventi lesivi⁸⁶.

Per quel che concerne, poi, la tutela del patrimonio, mediante la disciplina – o la carenza di disciplina... – dei mercati finanziari si fissano ambiti di ‘rischio consentito’ per i risparmi di milioni di persone: si pensi, ad esempio, alle c.d. vendite allo scoperto o alle operazioni finanziarie gestite automaticamente da algoritmi, il c.d. *trading* ad alta velocità. In entrambi i casi, si tratta di strumenti speculativi che possono essere leciti e, nondimeno, cagionare ingentissimi danni patrimoniali collettivi.

Accanto al ‘rischio consentito’, il sistema penale conosce anche il vero e proprio “danno consentito”, almeno nel senso della non punibilità. Si pensi alle soglie previste in materia di dichiarazione infedele *ex* art.4 d.lgs. n.74/2000, laddove il fatto è punibile solo se l’imposta evasa è superiore a € 100.000 (altro che furto dell’ovetto Kinder!) e, congiuntamente, «l’ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all’imposizione [...] è superiore al dieci per cento dell’ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, è superiore a euro due milioni». Insomma, può non essere punibile una dichiarazione infedele per due milioni di euro: una soglia un po’ altina... Del resto, superarla comporta la reclusione da due a 4 anni e mezzo, un massimo inferiore a quello del furto con destrezza.

3.2. *L’illusione panpenalistica e una possibile politica criminale alternativa*

Tuttavia, parlando di ‘miseria’ del diritto penale non mi riferisco soltanto al dato per cui è diritto penale della miseria, e non intendo promuovere – in una *pars construens* – l’impiego del diritto penale quale *prima ratio* neppure nei confronti della criminalità dei colletti bianchi e dei potenti. Ciò, infatti, significherebbe confidare nel diritto penale quale panacea, come non insovente accade pure ai fautori di una politica criminale ‘alternativa’, ‘radicale’ o ‘di sinistra’. Una delle ragioni per parlare di miseria del diritto penale consiste invece, a mio parere, proprio nel dato per cui esso non è in grado, da solo, di prevenire la criminalità; ossia nella sua – nella migliore delle ipotesi – ridotta efficacia⁸⁷.

⁸⁶ In argomento, v. per tutti P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie ed improprie*, Padova, 2003, *passim*.

⁸⁷ Naturalmente, ciò presuppone il rifiuto, ormai dominante e condiviso da chi scrive, di una concezione retributiva della pena e l’orientamento del diritto penale all’idea di



In via di estrema sintesi, dovuta a ragioni di spazio: l'efficacia deterrente delle comminatorie edittali e/o del loro inasprimento è tuttora indimostrata. Ma lo stesso può dirsi della funzione di orientamento – prevenzione generale positiva – della posizione di norme penali: una riforma anche in materia di reati gravi non modifica sostanzialmente l'orientamento culturale dei consociati. Altrimenti, ad esempio, con l'introduzione dello *stalking* sarebbero diminuiti gli atti persecutori: circostanza che nessuno è in grado di dimostrare. Inoltre, in un contesto di ipertrofia, neppure il più esperto dei penalisti conosce tutte le norme incriminatrici; neppure gli studenti di Giurisprudenza sanno quando costituisca reato guidare dopo aver assunto alcool o stupefacenti, se e quando sia punibile condividere *files* di film o musica, vendere o cedere fotocopie di libri etc.

Quanto alla prevenzione speciale, che la pena – specialmente quella detentiva – riduca il rischio di recidiva è tutt'altro che dimostrato; semmai, vi sono evidenze empiriche nel senso che la rinuncia alla sanzione detentiva comporti minori tassi di recidiva.

I sostenitori del *revival* della neutralizzazione o 'incapacitazione selettiva' quale funzione della pena⁸⁸ partono dal dato per cui, indubbiamente, il soggetto 'pericoloso' detenuto o internato è posto *eo ipso* in condizioni di non nuocere. Tuttavia, tale 'neutralizzazione' passa per la segregazione di un essere umano, ossia per una lesione dei suoi beni fondamentali, quali libertà e dignità; o addirittura la vita, dato che l'idea di neutralizzazione comporta la possibilità di eliminare il soggetto pericoloso, fino alla pena di morte o all'ergastolo ostativo. Ma già pene detentive di lungo periodo comportano la distruzione psicofisica di una persona che, anche se ha commesso un reato, per quanto grave esso sia, resta titolare di diritti inviolabili, art.2 Cost.; ovvero, di una dignità "*unantastbar*", come sancisce l'art. 1 *Grundgesetz* tedesca.

Ecco un'altra dimensione della 'misera' del diritto penale: la pena, si sa, è un'arma a doppio taglio, che uccide, distrugge esistenze di persone 'in carne ed ossa' e le rinchiude in gabbia. Bisogna, quindi, sempre ricordarsi di cercare "qualcosa di meglio" del diritto penale.

La tutela anche della persona che delinque o che sia ritenuta 'pe-

scopo. Sul punto, in una bibliografia sterminata, cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 ss.

⁸⁸ Ne fa parte ad es. G. JAKOBS, in relazione a quella categoria vaga che indica quali nemici e 'non-persone': sia consentito al riguardo rinviare a *Diritto penale "del nemico" e "di lotta"* in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI, R. ORLANDI, Bologna, 2007, 265 ss.; ma si tratta di un *revival* ben più diffuso.



ricolosa' deve rientrare, perciò, tra gli scopi del diritto penale: e non si tratta di una mera opzione ideale, bensì di un principio normativamente vincolanti in stati sociali di diritto come quello delineato dalla Costituzione italiana. In tale contesto ordinamentale, in vista della tutela di ogni persona, non si può perseguire qualunque idea di 'efficacia' della pena, ma solo un'effettività del diritto penale che sia conforme a principi di legalità, proporzione con il fatto commesso, offensività, personalità della responsabilità e, in particolare, umanità delle pene e finalismo rieducativo, art.27 co.3 Cost.⁸⁹.

Questi vincoli costituzionali comportano che, anche laddove obiettivi di deterrenza o neutralizzazione possano essere efficacemente perseguiti, ciò non possa avvenire se contrasta con la finalità di reinserimento e, più ampiamente, di integrazione sociale che la pena deve prefiggersi⁹⁰.

Ma, al di là di tale dato normativo vincolante, è proprio l'ampia inefficacia preventiva dell'intervento penale e principalmente della pena detentiva che va opposta a coloro che – magari con le migliori intenzioni – anche tra gli 'addetti ai lavori' continuano a coltivare l'illusione penalistica, fino al punto di sostenere/legittimare l'imposizione di obblighi di incriminazione a tutela di diritti fondamentali o contro gravi forme di criminalità come quella organizzata.

Francamente, a chi scrive non pare di poter costatare un'efficacia dell'intervento punitivo e di inasprimenti delle sanzioni penali a tutela della stessa vita, ad esempio in materia di femminicidi, di omicidi commessi dalla criminalità organizzata, di morti da overdose, di omicidi colposi sul lavoro e di omicidi stradali. E neppure, ad esempio, appare sostenibile una reale efficacia della mera introduzione di nuove incriminazioni o di inasprimenti sanzionatori in materia di tortura o di tutela dei lavoratori dallo sfruttamento. Ciò non significa, naturalmente, sostenere che il diritto penale non vada impiegato a fronte di fatti così gravi: ma occorre la consapevolezza dei limiti di efficacia dell'intervento penale.

Per altro verso, anche in rapporto alla tutela di diritti fondamentali, tale intervento può essere talora addirittura controproducente e criminogeno: si ponga mente alla disciplina in materia di aborto, laddove la parziale legalizzazione intervenuta con la l.n.194/1978 ha condotto ad una riduzione degli aborti e delle morti di donne causate dagli aborti

⁸⁹ Cfr. spec. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 14 ss.

⁹⁰ Cfr. per tutti S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 96 ss.; G. FIAN-DACA, *Art. 27 co. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Artt.27-28*, Bologna-Roma 1991, 222 ss., 266 ss.



clandestini. Oppure, si pensi al proibizionismo in materia di droghe, il cui fallimento pluridecennale è ormai sotto gli occhi di tutti, nel nostro Paese come in altri: il consumo di stupefacenti non è affatto diminuito; si sono sospinti verso la marginalità i tossicodipendenti e riempite le carceri di assuntori; si sono arricchite organizzazioni criminali che uccidono per il controllo del mercato illegale, inquinano l'economia e corrompono con il danaro sporco⁹¹. A causa degli effetti negativi sugli assuntori, il vigente diritto penale degli stupefacenti è stato condivisibilmente definito “inumano”⁹²; direi miserabile.

Una politica criminale alternativa, che prenda atto della ‘miseria del diritto penale’ nei vari significati finora prospettati, è stata magistralmente tratteggiata distinguendo l’obiettivo, costituzionalmente imposto, di tutelare i beni giuridici primari di tutte le persone, dall’illusione panpenalistica o ‘cultura del penale’: «Vi sono tre forme corrette di rispondere a conflitti, tanto a livello degli Stati che dell’Unione. Una prima è non fare nulla: non sempre bisogna intervenire, quando vi è conflitto. La seconda è fare altro che un intervento penale, che dovrebbe essere quella normale; e la terza è ricorrere ad un intervento penale insieme ad altro. L’intervento penale, specialmente nel campo del diritto penale in senso stretto, oggi io non lo considero più possibile come risposta isolata, ed appunto la risposta isolata è quella quarta alternativa non corretta che è propria dell’efficientismo, che ritiene che, con il taumaturgico strumentario del diritto penale, e solo con quello, si possano risolvere i conflitti»⁹³.

La prima alternativa vale, oltre che per condotte bagattellari relative al cd. decoro urbano, soprattutto in rapporto alla repressione del dissenso: essa andrebbe semplicemente abolita.

La seconda andrebbe sperimentata in molti settori in cui ha luogo la criminalizzazione della miseria, con una prevenzione primaria che dovrebbe essere costituita da politiche sia ‘liberali’, che sociali. Per politiche liberali non intendo quelle ‘liberiste’ – nel senso di una libertà economica non regolata dalle pubbliche istituzioni –, bensì un più ampio riconoscimento di libertà della persona, ossia la legalizzazione di condotte sinora minacciate di pena. Vengono qui in considerazione anzitutto i settori dell’immigrazione e degli stupefacenti.

Una disciplina extrapenale dell’immigrazione che renda più agevole

⁹¹ V. *supra*, nota 32.

⁹² B. HAFFKE, *Drogenstrafrecht*, in *ZStW* 1995, 786.

⁹³ BARATTA, *Il Corpus Juris e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 2004, 35-36.



l'ingresso e il soggiorno regolare – superando, ad esempio, l'attuale, assurda normativa, che richiede un incontro planetario tra domanda ed offerta di lavoro e crea, in generale, una soglia troppo 'alta' per l'immigrazione regolare, con la conseguenza di dover ricorrere a periodiche sanatorie e di avere attualmente almeno mezzo milione di stranieri irregolari in Italia – avrebbe effetti positivi significativi sia sulle vite dei migranti, sia per gli italiani che hanno bisogno di collaboratori familiari, agricoltori, operai, sia per le entrate pubbliche, fiscali e contributive. L'illegalità favorisce lo sfruttamento dei migranti e l'economia illegale o addirittura criminale. Soprattutto, rendere più agevole l'immigrazione legale salverebbe vite umane. Al riconoscimento di una più ampia libertà di migrare dovrebbero poi corrispondere politiche sociali, volte all'integrazione dei migranti. In tale contesto, andrebbero aboliti il reato di immigrazione irregolare e quelli di inosservanza di ordini di allontanamento e divieti di reingresso, che potrebbero essere presidiati mediante mere sanzioni amministrative, fino all'espulsione.

In materia di stupefacenti, una legalizzazione – non 'liberalizzazione', ma creazione di un mercato legale regolato, come avviene per il tabacco, anche sotto il profilo dell'informazione sui rischi legati al consumo – comporterebbe l'abolizione delle sanzioni punitive previste per i consumatori, oggi inutilmente vessati, con dispendio di energie e risorse per le forze dell'ordine; avrebbe effetti positivi sulla salute dei consumatori stessi, perché non acquisterebbero da rivenditori criminali; renderebbe più agevoli gli usi terapeutici dei derivati della cannabis; svuoterebbe le carceri dai tanti assuntori-dettaglianti, rendendone possibile l'integrazione sociale, e decongestionerebbe l'amministrazione della giustizia penale; ridurrebbe significativamente – anche ammettendo il permanere di un mercato illegale, come quello esistente, ma marginale, delle sigarette di contrabbando – i proventi della criminalità organizzata, alimentando invece l'economia legale. Anche in questo settore, ad una politica 'liberale' dovrebbero affiancarsi politiche sociali, di cura delle dipendenze, assistenza ed integrazione sociale, specie abitativa e lavorativa, come avviene in quegli ordinamenti che adottano programmi di cd. riduzione del danno⁹⁴. Una legalizzazione non comporterebbe l'eliminazione dell'intervento penale per le condotte non consentite dalla regolazione adottata, ma darebbe luogo ad un significativo ritrarsi del diritto penale.

⁹⁴ Cfr. G. ZUFFA, *I drogati e gli altri. Le politiche di riduzione del danno*, 2^a ed., Palermo, 2001, 21 ss.



Secondo l'esemplare insegnamento di Claus Roxin, «la 'fuga nel diritto penale'» in settori in cui più proficuamente dovrebbero intervenire strumenti di prevenzione primaria ed extrapenale «significa solo un sottrarsi della società ai propri compiti di conformazione politico-sociali»⁹⁵. Si tratta del noto uso simbolico, demagogico, populistico del diritto penale.

Esso ha effetti distorsivi anche in rapporto alla terza alternativa prospettata nel passo poc'anzi citato: quella di intervenire congiuntamente sul piano extrapenale e penale.

Infatti, in rapporto a forme di criminalità lieve contro il patrimonio, ma anche ad altri reati e persino a forme allarmanti di criminalità organizzata, è ormai acquisizione diffusa la necessità di interventi economici, sociali, educativi e culturali da stato sociale di diritto, in funzione di una prevenzione primaria che costituisce lo strumento generale più efficace di contrasto di quelle forme di criminalità correlate alla disegualianza sociale ed alle povertà.

Ma anche al di là di ciò, si dovrebbe essere ormai sempre più consapevoli del dato per cui, anche in rapporto a fatti gravissimi, lesivi di beni primari, individuali, collettivi e dell'intera società, il solo intervento penale è uno strumento di tutela assolutamente inadeguato, utile solo per ottenere consensi elettorali tanto ampi quanto disinformati. Una tutela soltanto penale della vita e dell'incolumità delle donne, senza strumenti di prevenzione primaria quali misure volte ad assicurarne l'indipendenza economica, la messa a disposizione di case-rifugio, un'adeguata educazione nelle scuole ed altri rimedi culturali etc., è tragicamente insufficiente. Una tutela solo penale della vita ed incolumità individuale dei lavoratori senza un'adeguata disciplina extrapenale e stanziamenti in risorse umane e materiali per i relativi controlli risulta drammaticamente simbolica; e, d'altro canto, non si può presidiare penalmente qualunque violazione formale della disciplina volta alla prevenzione degli infortuni senza rendere ipertrofico e, perciò, sovraccarico ed inefficiente il sistema della giustizia penale in materia. Ancora, introdurre il reato di tortura senza prevedere e realizzare alcunché in tema di vivibilità generale dell'ambiente penitenziario – sul punto tornerò tra breve –, di formazione delle forze di polizia o di obbligo di identificabilità degli agenti delle forze dell'ordine ai fini del controllo disciplinare e penale sul loro operato, è altrettanto

⁹⁵ C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 41.



sterilmente simbolico. E considerazioni analoghe valgono, ad esempio, in materia di corruzione, reati societari o in materia di intermediazione mobiliare, omicidi stradali. Ovunque si diffonde, anche al livello delle istituzioni europee ed internazionali, la consapevolezza della necessità di una tutela integrata, mediante interventi extrapenalmente e penali.

Pertanto, si continua ad assegnare uno spazio troppo ampio al diritto penale, che dovrebbe intervenire solo quale *extrema ratio*; e si continua a strutturare l'intervento penale in termini contrastanti specialmente con i principi di legalità, offensività, proporzione e finalismo rieducativo.

Tutto ciò comporta effetti negativi non solo in termini di garanzie di individuali, ma anche di efficienza, confermando la 'miseria' del diritto penale.

3.3. Miseria della pena

Non posso concludere il discorso intorno alla miseria del diritto penale senza ritornare sulla sua ragione più evidente: la miseria della pena per eccellenza, quella detentiva, e delle altre forme di privazione della libertà personale in un'istituzione totale, quali la custodia cautelare in carcere e l'internamento in una R.E.M.S. o in un C.I.E. Come ho accennato, mentre ne è molto dubbia l'efficacia preventiva, è certo il pregiudizio per l'esistenza della persona segregata. La critica penologica ha ampiamente mostrato i meccanismi di destrutturazione della personalità e di riproduzione della criminalità che governano, in misura preponderante, il carcere così com'è. Di una tale realtà deve tener conto la prospettiva di un dover essere conforme ai principi costituzionali e, segnatamente, al riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni essere umano, art.2, ed all'impegno per l'effettività di tali diritti, attraverso la rimozione degli ostacoli all'eguaglianza cui fa riferimento l'art.3 co.2 Cost.

Ciò significa, in primo luogo, che il carcere deve costituire, all'interno di una scelta per l'intervento penale, l'*extrema ratio*, costruendo un sistema sanzionatorio fondato principalmente su pene non detentive, con la detenzione domiciliare quale ultima risorsa, da preferire pur sempre al carcere. Lo stesso finalismo rieducativo va inteso nel senso che – poiché «educare il condannato a condurre una vita conforme alla legge nel clima di libertà offerto dallo stato di diritto, è un obiettivo difficilmente raggiungibile mediante la negazione di ogni tipo di libertà»⁹⁶ – esso prescriva

⁹⁶ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), ora in *Politica cri-*



anzitutto la massima limitazione del ricorso alla pena detentiva. Per le pene detentive brevi, è ormai arcinota la necessità della loro abolizione.

Laddove necessario, alla sanzione extramuraria vanno affiancati interventi individualizzati di sostegno sociale, educativo, formativo, sanitario: gli uffici di esecuzione penale esterna dovrebbero, insieme ai servizi pubblici territoriali, cooperare effettivamente in funzione di “affidamento al servizio sociale” del destinatario della sanzione. Lo stesso vale in rapporto al reinserimento sociale dopo l’esecuzione della pena detentiva, che attualmente è del tutto assente.

Quanto all’esecuzione delle pene detentive, la consapevolezza dei loro effetti negativi, in particolare in ipotesi di lunga durata, è alla base delle proposte abolizioniste. A mio avviso, tuttavia, in presenza della realizzazione di fatti lesivi di beni fondamentali di una o più persone, fintanto che non si sarà trovato ‘qualcosa di meglio’ della pena detentiva in vista della tutela dei diritti di tutti, occorre impegnarsi per un’esecuzione orientata sempre al recupero sociale. Dal dato, esistente, per cui il carcere per lo più non ‘reinscrive’, non recupera, ma distrugge l’individuo, non può ricavarsi altro ‘dover essere’ – fintanto che non vi sia altro modo per tutelare i diritti altrui – se non una legislazione ed una prassi tendenti sempre più alle finalità di cui all’art.27 co.3 Cost.; con i necessari investimenti in risorse umane – si pensi alla gravissima mancanza di educatori e psicologi – e materiali.

La disposizione appena citata, quale *Optimierungsgebot*, ha innegabilmente svolto, a partire dagli anni Sessanta del XX secolo, e deve continuare a svolgere – fino a quando non si trovi qualcosa di meglio del diritto penale – una funzione imprescindibile nell’orientare legislazione e prassi sia nel senso della ricerca di alternative al carcere, sia in direzione di un’esecuzione carceraria sempre più umana e sempre più funzionale al reinserimento sociale.

minale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato, a cura di S. MOCCIA, Napoli 1998, 47.



DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E PARTITI POLITICI
FRA TRASFORMAZIONE E CRISI
(FRA 'STATO DEI PARTITI'
E 'STATO DI DEMOCRAZIA PLURALISTA')

SILVIO GAMBINO

SOMMARIO: 1. La democrazia parlamentare come democrazia di partiti. – 2. Trasformazioni nella democrazia rappresentativa e (crisi dei) partiti politici.

1. *La democrazia parlamentare come democrazia di partiti*

Con le riforme del sistema elettorale proporzionale dei primi anni '90 e i tentativi di revisione costituzionale (in due occasioni respinti dal corpo referendario e in una più recente confermato), il dibattito politico-istituzionale e la riflessione dottrinarina si sono più di recente concentrati sulle dinamiche evolutive e sulle trasformazioni dei rapporti fra (quanto è sopravvissuto alla crisi dei) partiti politici e istituzioni politico-costituzionali e, con essi più in particolare, sulle trasformazioni e la crisi della rappresentanza politica.

Nell'analisi di tale dinamica ci soffermeremo sulle (più recenti) problematiche poste dalla (trasformazione della) rappresentanza politica e dalla crisi dei partiti politici; nel primo paragrafo affronteremo i termini di fondo, costituzionali e dottrinari, che hanno portato, nell'attuazione della Costituzione repubblicana, ad una esperienza viepiù centrale dell'assetto del sistema dei partiti nei relativi rapporti con la forma di Governo e con la forma dello Stato, che ci porterà ad avvalerci della categoria interpretativa dello 'Stato d(e)i partiti', suggerita da autorevole dottrina tedesca negli anni '20 del secolo scorso. In tale prospettiva, se l'approccio che seguiremo con riguardo alle letture della 'costituzione reale' potrà godere di valenza ermeneutica condivisa significherebbe che una lunga fase (ultrasettantennale) del costituzionalismo repubblicano del Paese sarebbe definitivamente conclusa e saremmo ora in presenza di una nuova fase politico-costituzionale nella quale lo spazio della 'democrazia dei partiti' sarebbe ormai definitivamente archiviato in favore di nuove forme di partecipazione politica, di tipo diffuso, alternative nel loro complesso ai partiti politici. Nella presente fase, tali modalità partecipative dal basso, di prossimità, sono in corso di fattuale sperimentazione nella prassi partecipativa, ponendosi, al contempo, alla ricerca di formule (teoriche e pratiche) di riconoscimento più appropriate nel



tentativo di incidere sullo stesso indirizzo politico. Qualora l'esito di una simile ricerca non approdasse ad esiti validi ed efficaci, essi incorrerebbero nel rischio concreto di rimanere consegnati alla mera rappresentazione del conflitto e dei bisogni sociali senza poter incidere sulla decisione legislativa, costituendo in tal modo una forma di rappresentanza solo *latu sensu* politica incapace di trasformarsi efficacemente in prodotto legislativo venendone pienamente riconosciute le relative ragioni rappresentative da parte delle istituzioni rappresentative (parlamentari e regionali).

In tale prospettiva, le parabole evolutive osservabili nella trasformazione della democrazia rappresentativa si accompagnano con un chiaro rinnovamento metodologico nello stesso approccio giuridico-costituzionale. L'apporto più originale a tale rinnovamento metodologico nella ricerca sull'apporto dei partiti nel concorso partecipativo dei partiti alla formazione della volontà dello Stato e nella stessa attività degli organi costituzionali di governo era stato originariamente elaborato nei primi anni '60 (del secondo dopoguerra), sotto la spinta di un importante contributo in tema di Mortati¹. Stimolata dalle posizioni fortemente critiche nei confronti dei partiti della dottrina più tradizionale², ma in fondo motivata dalle stesse situazioni interne alla maggior parte dei partiti politici del tempo, la ricerca costituzionale successiva al varo della Costituzione non avvertiva di poter trascurare nei suoi studi situazioni che sembravano per molti versi confermare le più pessimistiche previsioni dei critici dei partiti (cd 'partitocrazia') e dello 'Stato dei partiti' inteso come nuova forma di Stato (*statu nascenti*). In quegli studi, l'autorevole giurista richiamato e unitamente la dottrina costituzionale del tempo

¹ C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 114 ss.

² G. MARANINI, *Governo parlamentare e democrazia in Miti e realtà della democrazia*, Milano, 1958; ID., *Il tiranno senza volto*, Milano, 1963; PERTICONE, *Parlamento e partito*, in *Studi in onore di De Francesco*, Milano, 1957, I; ID., *Partito politico*, in *Nuovissimo Digesto*; G.F. MIGLIO, *Il ruolo del partito nella trasformazione del tipo di ordinamento politico vigente*, in *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, Milano, 1957. Tale ultimo autore è anche il curatore dell'edizione italiana di alcuni saggi di C. Schmitt, capostipite delle concezioni dottrinarie antipartitiche (cfr. *Le categorie del politico*, Bologna, 1972). La critica di queste posizioni dottrinarie era unanime; essa partiva appunto dall'affermazione della rilevanza costituzionale dell'art. 49 Cost. che ha assunto e consacrato nel supremo testo normativo una situazione di fatto (fenomeno partitico) che, per essere effettivamente capace di condizionare l'indirizzo politico dello Stato, era già in se stessa giuridica: in questo senso, V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 111 ss.; L. ELIA, *Realtà e funzioni del partito politico*, in AA.Vv., *Partiti e democrazia*, Roma, 1964, 107 ss.



avvertiva chiaramente come il problema non fosse più quello dell'incompatibilità tra partiti e organizzazione costituzionale dello Stato, semmai quello di un approfondimento dei principi fondamentali della Costituzione, al fine di ridefinire gli equilibri politici e le nuove esigenze di democrazia sostanziale dello Stato³. Si realizzava in tal modo il passaggio da un tipo di costituzionalismo di tipo 'garantista' ('Stato di diritto' ottocentesco), in cui l'ideologia costituzionale individuava nella divisione dei poteri e nell'autolimitazione dell'azione dello Stato le proprie caratteristiche fondamentali, ad un nuovo tipo di costituzionalismo 'sociale' e 'partecipativo'⁴. In esso, tutti i cittadini, ancorché diseguali nell'ordine sociale, partecipavano, 'concorrevano', in modo diretto o mediante i partiti, alla formazione della volontà dello Stato, condividendone al contempo gli strumenti e la responsabilità ('Stato sociale'). In tal modo, ci si era gradualmente avvicinati al nucleo centrale posto dal rinnovamento del modello costituzionale contemporaneo; un modello – quest'ultimo – costituito dall'assunzione del sistema dei partiti a suo elemento *materialiter* costitutivo. Se tale valutazione aveva come effetto immediato la consapevolezza della obsolescenza delle strutture tradizionali della democrazia rappresentativa (e in qualche modo dello stesso Parlamento), non lasciava certo inalterata la configurazione giuridica ma anche (e forse soprattutto) socio-politica del partito stesso e del sistema dei partiti nel suo complesso e nei relativi rapporti con le funzioni di intermediazione politica e di rappresentanza a essi attribuite. Tale elemento veniva anche colto in dottrina come instaurazione di un processo di 'istituzionalizzazione' della rappresentanza politica; in tale fase politica, esso si poneva come espressione di una tendenza verso una società integrata che non tollerava a lungo l'eterogeneità, l'articolazione e la contrapposizione in classi, gruppi e formazioni sociali, con i relativi interessi e ideologie di aggregazione. Nel quadro di tale esigenza di rinnovamento della metodologia scientifica nel campo della scienza giuridica e in particolare in quella costituzionale, si era giunti in tal modo a delineare i tratti fondamentali di un importante approccio che aveva portato una parte avvertita della dottrina ad avvicinarsi alle problematiche poste dai partiti politici, colti non più solo nella loro configurazione privatistica bensì nel loro ruolo di soggetti politici attivi che si muovevano nell'ambito delle istituzioni costituzionali (quasi) trasformandone le strutture e il funzionamento.

³ In tema, cfr. anche il nostro *Partiti politici e forma di governo*, Napoli, 1977, nonché S. BONFIGLIO, *Forme di governo e partiti politici*, Milano, 1993.

⁴ E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1987.



La coesistenzialità dei partiti politici alla vita delle istituzioni statali, nell'ambito delle loro funzioni di formazione e di rappresentanza della volontà popolare, costituiva pertanto un elemento rilevante nella definizione della stessa forma di Stato e di governo nella fase del costituzionalismo post-bellico. A ragione Crisafulli, cui si deve, unitamente a Mortati, un rilevante apporto a tale (iniziale) rinnovamento di prospettiva, in tale ottica, aveva osservato, in un suo studio molto letto, che “dal punto di vista costituzionale, una volta assunti i partiti a strumenti della sovranità popolare, destinati ad integrare il popolo nello Stato, il sistema parlamentare si distacca per forza di cose dal modello classico (oltretutto abbondantemente idealizzato) per configurarsi apertamente come sistema di partiti”⁵, aggiungendo che ciò, “dialetticamente, mentre per un verso sembra contraddire lo schema iniziale, per altro verso ne costituisce tuttavia il logico sviluppo e l'ultimo sbocco in regime di suffragio universale”⁶. Il problema, in tale prospettiva, come si può osservare, non era più quello di analizzare la ‘costituzionalità’ o meno del sistema dei partiti nei suoi rapporti con lo Stato, quanto piuttosto di verificare, in forma non astratta, la concreta funzionalità della forma di governo e la stessa vitalità dello Stato democratico, per come caratterizzata e ridefinita dalla presenza di grandi partiti di massa, nell'ambito più generale dell'accentuato pluralismo sociale e dal diffuso conflitto d'interessi in esso presente.

Tale impostazione, che iniziava ad essere accettata dalla dottrina post-bellica, tuttavia, aveva finito con il concentrare l'attenzione sulle relazioni tra i partiti e le istituzioni tipiche del sistema di governo parlamentare (sostanzialmente sul binomio partiti-Parlamento e partiti-Governo), mettendo in secondo piano elementi fondamentali della fenomenologia dei rapporti politici che pure avevano dato corpo alla crisi del sistema stesso. In tale approccio, infatti, non venivano adeguatamente analizzati i rapporti che s'instauravano tra partiti e Governo, rapporti che avevano fatto parlare di ‘occupazione del potere’ da parte degli stessi partiti della maggioranza; né trovavano maggiore attenzione i rapporti tra partiti, Governo e pubbliche amministrazioni, che affrontassero sotto l'aspetto specificamente giuridico-costituzionale tutte le problematiche poste dalle disfunzioni istituzionali, fino alla stessa mancata, ritardata o incompleta attuazione di parti rilevanti della Costituzione.

⁵ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 140.

⁶ *Ult. op. cit.*, 140.



L'obiettivo dell'analisi diveniva, così, quello di cogliere nella trasformazione della moderna forma dello Stato gli elementi fondamentali di quel processo che avevano già portato ad un mutamento significativo della democrazia moderna, alla trasformazione dello Stato parlamentare rappresentativo classico in 'Stato d(e)i partiti'. Da tale prospettiva, la dottrina 'più moderna' segnava un capovolgimento delle concezioni tradizionali delle forme di Stato e delle forme di governo proprie della dottrina dello Stato e della manualistica tradizionale di diritto costituzionale, offrendo spunti di indubbia originalità, benché non privi di qualche elemento di forzatura, relativamente allo stretto rapporto esistente tra la forma di governo nello Stato democratico contemporaneo e l'assetto concreto dei partiti.

L'aspetto che ora interessa sottolineare era costituito dalla reciproca influenza tra una forma di Stato, definita assumendo suoi caratteri finalistici suoi strutturali, e il sottostante regime parlamentare, quel complesso cioè di elementi organizzativi strettamente collegati alla concezione politico-sociale fatta propria da ogni Stato. La differenziazione fra queste due grandi categorie giuridico-costituzionali veniva spiegata in dottrina con l'assunzione del criterio finalistico nell'analisi dei rapporti fra Stato-apparato e Stato-società⁷. Per quanto concerne le tematiche relative alla forma di Stato, esse attecchivano in sostanza al tipo di articolazione e alla titolarità della sovranità, che operava lo spostamento del centro gravitazionale del potere (nel sistema costituzionale complessivo) dalle oligarchie dominanti dello Stato parlamentare liberale al composito corpo sociale, spostamento che trovava un esplicito riconoscimento nell'art. 1 Cost., secondo cui la sovranità appartiene al popolo, il quale la esercita nelle forme della Costituzione. Le tematiche relative alla forma di governo, in tale ricostruzione dottrinarica, attecchivano alle diverse modalità che potevano assumere, anche all'interno di ordinamenti riconducibili ad una stessa forma di Stato, le strutture costituzionali adottate nella realizzazione dei suoi fini da parte di una data organizzazione statale. Sotto questo profilo, secondo quanto aveva sottolineato Mortati, i partiti politici incidevano non solo sulla forma di Stato ma sulla forma stessa del Governo, costituendone la 'Costituzione materiale', il 'regime politico'⁸.

Così ricordati, sia pure in termini essenziali, i profili fondamentali

⁷ L. ELIA, *Governo (forma di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano-Varese, 1970.

⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I, 1969, 23 ss. Sul punto cfr. anche D. PASINI, *Stato-governo e Stato-società*, Milano, 1969.



dell'analisi mortatiana, si può osservare come in tale indirizzo non manchi qualche discordanza, soprattutto in ordine al problema dell'attribuzione della sovranità e agli strumenti di cui sarebbe dotata la società nell'esprimere la "volontà giuridicamente influente per lo Stato". Secondo l'interpretazione propostane, infatti, l'art. 1 Cost. esprimerebbe un concetto di sovranità autonomo rispetto a quello dello Stato, in quanto portatore di tale sovranità sarebbe unicamente quest'ultimo, considerato nel suo complesso, mentre il popolo, cui (*ex art. 1, I co., Cost.*) in concreto è attribuita la sovranità, non potrebbe averne che il mero esercizio. La sovranità del popolo, in questo senso, non poteva che porsi come meramente dichiarativa del suo diritto di condizionare, secondo le forme e gli strumenti previsti, l'attività degli organi e della vita statale nel suo complesso. La conferma di tale indirizzo dottrinario era individuata nel fatto che l'esercizio di tale sovranità si sarebbe concretamente realizzata nei soli confronti di quei soggetti che concorrevano alla formazione dell'indirizzo politico dello Stato. Titolare dell'esercizio della sovranità sarebbe stato, in breve, non il popolo, assunto nella sua totalità-generalità né l'intero corpo elettorale, quanto piuttosto la sola maggioranza; da cui se ne faceva derivare la qualificazione (mortatiana) di "regime maggioritario" che in tale lettura costituzionale si affermava con preferenza rispetto a quella di "regime democratico-parlamentare" per qualificare la democrazia parlamentare repubblicana. La riserva di sovranità che in tale indirizzo dottrinario veniva operata a vantaggio dello Stato, tuttavia, si prestava ad un doppio ordine di valutazioni. In tale prospettiva, non si vuole certo omettere di rilevare il limite di quegli orientamenti dottrinari che ancora ritenevano che il costituzionalismo, in generale, e il parlamentarismo, in particolare, anche nei loro aspetti funzionali ed ideologici, fossero in qualche modo riferibili a un'esperienza di democrazia sostanziale, concretamente intesa, secondo quanto avrebbe fatto assumere la terminologia usata, come governo di popolo e di ogni frazione di popolo. Restavano tuttavia valide le obiezioni che una parte della moderna dottrina costituzionale, pur rifiutando un'analisi strutturale (in termini di classi, che pure Mortati non solo non rifiutava nelle sue opere ma sembrava perfino prediligere), adduceva nei confronti del regime parlamentare, come quando osservava che saremmo stati in presenza di un processo, ancora incompiuto, dall'oligarchia alla democrazia (situazione poliarchica), nonché di una profonda trasformazione del Parlamento che da collegio di notabili dell'esperienza politico-costituzionale di fine ottocento, con l'avvento dei partiti di massa, si era trasformato in collegio di



partiti, all'interno dei quali permanevano non pochi residui delle vecchie oligarchie⁹.

Richiamata tale premessa di natura generale, che si riferiva nel fondo alla stessa lettura kelseniana critica della democrazia parlamentare come *'fiction représentative'*¹⁰, il primo ordine di rilievi che si potevano forse muovere alla tesi appena richiamata riguardava la problematica della sovranità popolare nell'ambito più generale della forma di Stato e di governo della esperienza costituzionale repubblicana. L'art. I Cost. superava in modo netto, in tale ottica, anche secondo quanto riteneva la prevalente dottrina del tempo, la concezione tradizionale della sovranità statale o 'nazionale' prevista nel modello ideal-tipico francese, che individuava nel Parlamento lo strumento di composizione di tutti gli interessi in un'astratta *'volonté générale'* o in un "interesse genericamente nazionale". Da questa concezione si allontanava in modo netto la Costituzione italiana quando, nell'art. 1, individuava nella totalità dei cittadini, in tutto il popolo, il vero soggetto titolare della sovranità, enunciando in tal modo un principio fondamentale per l'individuazione della forma dell'ordinamento statale, che sarebbe stato di sicura utilità nella stessa definizione di quei "limiti" cui la stessa disposizione costituzionale rinvia.

In questo quadro, pertanto, non era (e tuttora non appare) possibile concepire la democrazia rappresentativa e la sovranità del popolo senza l'ausilio determinante dei partiti. Poiché la sovranità del popolo vuole indicare l'assunzione al potere di questo 'sovrano collettivo', è necessario che si dia un processo di formazione della volontà sovrana. I partiti politici erano (e tuttora sono, nonostante la grave crisi in cui gli stessi versano) concepiti appunto come uno strumento fondamentale dell'emancipazione politica in tale laborioso processo di affermazione del potere sovrano del popolo¹¹.

⁹ C. MORTATI, *Note introduttive*, cit., 114.

¹⁰ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1970 (II ed. it.),

¹¹ Per una valutazione critica della nozione di rappresentanza 'nazionale' nello schema della democrazia rappresentativa liberale è tuttora attuale l'analisi del Kelsen: "[g]li stati storici appaiono, in maggior parte, ad uno sguardo realista che penetri attraverso la nube delle apparenze ideologiche che ogni organizzazione di forza diffonde intorno a sé, come funzionanti, innanzitutto, nell'interesse di un gruppo dominante. Presentarli come strumenti dell'interesse generale significherebbe, nella migliore delle ipotesi, prendere il dovere per l'essere, vedere l'ideale invece della realtà e, in regola generale, idealizzare, cioè tentare di giustificare la realtà per motivi politici. Del resto, l'ideale di un interesse generale superiore e trascendente gli interessi dei gruppi e perciò dei partiti, l'ideale di una solidarietà di interessi di tutti i membri della collettività, senza distinzione di nazionalità, di confessione, di ceto, ecc., è un'illusione metafisica [...] La formazione del popolo



Con l'art. 49, la Costituzione repubblicana ha fatto un passo in avanti decisivo nel riconoscimento istituzionale dei partiti, verso un superamento consapevole del sistema parlamentare classico, anche se la formula adottata dal Costituente rimane ancora incerta e permangono contraddittori residui della vecchia concezione parlamentare, come ad esempio il divieto di mandato imperativo sancito dall'art. 67 Cost. In un secondo ordine di osservazioni, si possono richiamare alcune riflessioni che miravano a far luce sulle c.d. teorie organicistiche e su quei tentativi teorici che, mediante l'immedesimazione delle forze politiche con l'ordinamento dello 'Stato-apparato', avrebbero voluto escludere quella concezione dualistica nella formazione della volontà sovrana che era (ed è) appunto una caratteristica dello 'Stato-sociale' contemporaneo, bene colta anche nei suoi profili di 'Stato responsabile'¹². Il rapporto dialettico tra Stato e partito che qui si voleva sottolineare costituiva una delle affermazioni che avevano maggiormente arricchito il dibattito gius-pubblicistico contemporaneo. Ciò sembrava assicurare una più realistica valutazione, da parte del diritto costituzionale, dei rapporti che s'instauravano tra questi due poli.

Il sistema dei partiti, assunto nella sua funzione di attivazione delle istituzioni costituzionali, di integrazione nella forma di stato e di governo, costituiva, in tale lettura, un dato sempre più accettato da parte della dottrina gius-pubblicistica. L'elemento nuovo da sottolineare era semmai costituito dall'affermazione di una inidoneità, storicamente accertata dei partiti, presi individualmente e come sistema, ad adeguarsi per rappre-

in partiti politici è in realtà un'organizzazione necessaria affinché questi compromessi (tra interessi contrapposti) possano venir realizzati, affinché la volontà generale possa muoversi lungo una linea media [...] La democrazia, proprio perché, in quanto Stato di partiti, vuole che la volontà generale sia soltanto la risultante delle volontà dei partiti stessi, può rinunciare alla finzione di una volontà generale "organica" superiore ai partiti" (H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, Milano, 1955, 29-31).

¹² Sulla ricostruzione dei partiti politici quale "espressione del trasferirsi della lotta politica dal piano dei rapporti di mera forza al piano dei rapporti giuridici, ossia come organi di legittimazione della lotta politica" e al tempo stesso come "poteri statuali" e "gruppi di organi statuali" che integrano l'organizzazione costituzionale dello Stato, cfr. G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950; ID., *Ancora sui partiti politici. Considerazioni sulla struttura dei partiti politici*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, Padova, 1957, I. Quasi analoga la configurazione del partito come "organo dello Stato" in P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, 25; come "ente ausiliario" dello Stato in P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I partiti nell'ordinamento costituzionale*, Pavia, 1958, 18; come "istituzione" in A. PREDIERI, *I partiti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione* (a cura di CALAMANDREI e LEVI), Firenze, 1950, I; come "potere statale" ed "elemento della forma di Stato" in G. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 795.



sentarle alle esigenze ‘popolari’, fino alle patologie evidenziate con riferimento al finanziamento illecito della gran parte di essi (emerso già a partire da quegli anni). Da tale consapevolezza, la parte più avvertita della dottrina costituzionale faceva seguire la sottolineatura della stessa necessità di pervenire ad una più corretta valutazione sia degli istituti che dei soggetti politici (già previsti in Costituzione e rimasti per lo più inattuati oppure emersi spontaneamente dalla realtà sociale) che si presentavano come i ‘nuovi centri di potere politico-comunitari’, la nuova ‘costituzione materiale’ (‘vivente’, ‘reale’) del Paese.

Questo dato, che si aggiungeva alle differenze contenutistiche delle rispettive disposizioni, era stato interpretato, da una parte dei costituzionalisti della prima fase repubblicana, in stretta correlazione con la forma di Stato assunta dalla Carta costituzionale, una forma di Stato che non esauriva negli artt. 48 e 49 la previsione degli strumenti del diritto di voto e della partecipazione democratica ma trovava nei principi sanciti (soprattutto) nei primi tre articoli della Costituzione le condizioni per rendere effettivo, per sostanziare il godimento del potere sovrano di tutti i cittadini, come singoli e nelle formazioni sociali e politiche in cui essi vivevano e si organizzavano. Per queste ragioni, non si potevano certo leggere senza perplessità talune analisi formulate dalla già richiamata dottrina, che peraltro aveva concorso con riconosciuto impegno alla stesura del testo costituzionale, quando argomentava nel senso che “solo attraverso la partecipazione alla vita di un partito il cittadino può aspirare ad esercitare pienamente i suoi diritti sovrani o, che fa lo stesso, che la sovranità popolare si realizza soltanto attraverso i partiti politici”¹³.

Rientrava certo nell’aggiornamento del modello costituzionale riconoscere ai partiti politici la funzione di organizzare il popolo secondo una data ideologia, dando voce agli interessi e alle esigenze del corpo sociale nella sua concreta articolazione. Ciò che sembrava costituire un elemento di rigidità in tale modello era dato piuttosto dalla concezione secondo cui la sovranità del popolo si sarebbe esaurita (in modo esclusivo o quasi) nei partiti i quali, così, da strumento di raccordo, di “mediazione fra corpo sociale e Stato” – come osservava Mortati – finivano per trasformarsi in uno dei poli stessi di tale raccordo (l’allusione al ‘partito-Stato’, alla “*Inkorporierung*” della tipizzazione del Triepel era chiara). Tale indirizzo, che pure in apparenza poteva risultare molto avanzato, trascurava comunque non irrilevanti elementi interpretativi. La teoria della sovranità

¹³ C. MORTATI, *La Repubblica è fondata sul lavoro*, in *Pol. dir.*, 1975, 1, 47.



popolare realizzata esclusivamente attraverso i partiti politici, infatti, non sembrava porsi in modo adeguato il problema della rappresentanza reale delle esigenze di sovranità di tutte le formazioni sociali e dei singoli in cui si articolava il popolo. Il limite più grave di questa e di concezioni simili consisteva nella mancata individuazione in tutti i moderni partiti di massa, con la loro concreta configurazione storico-evolutiva, il motivo fondamentale della crisi che già in quella fase storico-politica era ben evidente in ragione del conformarsi dell'offerta politica dei partiti politici (del tempo).

Ma esisteva una ulteriore strettoia in cui sembravano potersi ritrovare per una volta assieme le dottrine che facevano capo, da una parte, a concezioni politiche liberistiche e idealistiche e, dall'altra, quelle che si trovavano su posizioni di critica più radicali. Tale prospettiva teorica – che individuava nei partiti l'unica possibilità del 'popolo sovrano' di esercitare il proprio potere di formazione e realizzazione della volontà statale, 'lo strumento insostituibile' del difficile "processo di formazione della volontà del sovrano collettivo" – finiva con l'operare una ingiusta discriminazione, costituzionalmente inaccettabile fra cittadini (solo) elettori e cittadini organizzati in partiti politici. La norma costituzionale sancita nell'art. 49 individua, al contrario, in "tutti i cittadini" i soggetti costituzionalmente legittimati a concorrere, "in partiti", alla determinazione della politica nazionale. D'altra parte, è noto come solo una piccola parte dell'intero corpo sociale fosse iscritto ai partiti politici, caratterizzandosi l'organizzazione della vita politica attraverso partiti cosiddetti 'di massa' o 'pigliatutto', secondo una appropriata definizione sociologica. Un altro profilo su cui è opportuno fermare l'attenzione problematica riguarda la seconda parte dell'art. 49 Cost., ove si recita "per concorrere ... a determinare la politica nazionale". Tale disposizione se, da una parte, sottolinea l'esigenza della pluralità dei partiti nel sistema democratico-parlamentare, dall'altra, come conferma la stessa etimologia del verbo 'concorrere', non riduce ad essi soltanto gli strumenti della concorsualità nella determinazione della politica nazionale. Il referendum, gli stessi *mass media*, il sindacato, tutte le formazioni cd 'intermedie', in genere, erano (e sono) a ragione considerati dalla dottrina più attenta come i canali della moderna intermediazione partecipativa della quale, unitamente ai partiti politici, poteva (e può tuttora) avvalersi il soggetto nel suo concorrere alla formazione della politica nazionale¹⁴.

¹⁴ L. BASSO, *Considerazioni sull'art. 49 della Costituzione*, in *Indagine sul partito politico*, Milano, 1966.



Se ne poteva desumere, per concludere su questo punto, che in uno Stato a partecipazione allargata, come quello italiano, una volta sussunto nella Costituzione il diritto di partecipazione politica come connotato fondamentale dello Stato pluralista e ‘partecipativo’, il giurista non sembrava poter più prescindere, nello studio delle forme Stato e di governo, dall’analisi ‘effettuale’ del sistema dei partiti, nella loro concreta articolazione, come elemento integrante e al tempo stesso coesistente al funzionamento delle istituzioni complessive dello Stato. Assumevano (e tuttora assumono, nonostante la grave crisi in cui versano i partiti) rilevanza, così, sotto il profilo del diritto costituzionale, i molti aspetti concernenti il ‘sistema dei partiti’, ritenuti fino ad allora (ma anche in seguito), come di esclusiva competenza del politologo e/o del sociologo, dal numero e tipo di combinazione dei partiti e dalla loro struttura interna alle ‘regole convenzionali’ che (per tutte si deve ricordare la *conventio ad excludendum* o c.d. ‘delimitazione della maggioranza’ che aveva caratterizzato la formazione dei governi fino ai primi anni ’90), in assenza di un’esplicita disciplina costituzionale, avevano disciplinato (e avrebbero anche in seguito continuato a disciplinare) i rapporti tra partiti-Parlamento e partiti-Governo¹⁵. Confermavano tale indirizzo quelle posizioni dottrinarie che, astruendo dall’analisi (effettuale) del sistema partitico, classificavano le forme di governo a seconda degli organi ai quali era attribuito il potere d’indirizzo, a fronte della moderna tipologia dei fenomeni politico-costituzionali che tendeva a superare in modo netto la tradizionale concezione della democrazia ‘come democrazia d’investitura’, per caratterizzarsi – secondo quanto si faceva autorevolmente osservare – come ‘democrazia governante’¹⁶.

Utilizzando il principio di effettività nell’analisi degli ordinamenti giuridici, il criterio cioè di partire dai rapporti di potere effettivamente vigenti, dalla c.d. ‘Costituzione vivente’ o ‘reale’, non meno che da quella scritta, formale – nell’analisi delle forme di governo ed almeno fino alla

¹⁵ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, vol. I, 440 ss. e 446 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., vol. II, 814 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXI, 166 ss., ma così già in *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, 1957, 187 ss. Per un’analisi del ruolo critico e partecipativo della “opinione pubblica”, anche nei suoi profili di rilevanza giuridica, cfr. anche J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Bari, 1971.

¹⁶ “S potrebbe dire che le norme sulla forma di governo (e particolarmente quelle relative al governo parlamentare in senso proprio) sono a fattispecie aperta (entro certi limiti) e cioè suscettibili di essere qualificate dal sistema dei partiti e integrate dalle regole convenzionali che ad esso fanno capo” (L. ELIA (*op. cit.*, 640).



fine degli anni '90, ed ora nell'attualità – si era così giunti ad individuare la profonda trasformazione operata nella democrazia rappresentativa classica ad opera della nuova rilevanza dei partiti. Una individuazione che sarebbe risultata certamente utile, almeno a livello di metodologia di analisi utilizzata fino ad allora, a fronte delle problematiche poste dalla crisi dei partiti e dalla diffusione di forme partecipative dal basso, 'di prossimità', che si candidavano (e si candidano tuttora) a innervare forme ancora incerte nella loro organizzazione di 'populismo democratico', come vengono ora proposte nella lettura della più sensibile dottrina costituzionale contemporanea¹⁷.

Un simile punto di vista aveva ovviamente i suoi presupposti teorici che non si può qui fare a meno di richiamare, sia pure per cenni. Era ormai abitudine diffusa nell'indagine dottrinarie – come già si osservava diffusamente – operare una distinzione tra Stato-società (società politicamente e normativamente organizzata) e Stato-apparato (organizzazione statale), individuando nella sovranità del primo per come costituzionalmente definita, nel primato cioè dei gruppi sociali nei quali viveva, formandosi, l'individuo, l'elemento di legittimazione dello Stato-apparato, la vera genesi del moderno 'Stato sociale di diritto', dello stesso 'Stato di partiti'. Da tale distinzione-articolazione derivava la necessità di un effettivo controllo reciproco tra i due poli del rapporto; s'inseriva nel modello, cioè, e si formalizzava l'elemento garantista, la sicurezza cioè che tutto ciò che riguardava la difesa degli interessi, i valori e i fini della società, venisse normativamente protetto mediante la 'separazione dei poteri' dello Stato ma soprattutto mediante una sua auto-limitazione. Lo Stato-società non era (e non è, né potrà mai divenirlo) un semplice oggetto passivo dell'esercizio del potere sovrano, un mero centro d'imputazione di uno Stato-apparato che non voglia perdere ogni legittimità, valorizzando *ultra vires* il mero profilo autoritativo; esso si articolava (e si articola), secondo il modello costituzionale, nel diritto-dovere dei cittadini, nella loro concreta composizione sociale, di 'partecipare' al potere supremo, in un processo che assicurasse in modo effettivo la partecipazione politica e con essa l'alternanza al potere, al governo fra le forze politiche, tutte parimenti legittimate. Era appunto nell'enorme rilevanza che assumevano (e assumono) all'interno della moderna struttura politica i gruppi sociali nel loro pluralismo che si giustificava (e si giustifica) *in sé*, l'esigenza cioè di garantire in modo effettivo la loro presenza e la loro funzione nel

¹⁷ A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020.



moderno Stato-società, momento non certo terminale del lungo processo storico di conquista, da parte della società civile, di una sempre maggiore coscienza e appropriazione della propria dignità per farsi società politica. Il che non implica, naturalmente, almeno a questo livello, l'eliminazione surrettizia di tutte le differenziazioni all'interno della società e nella partecipazione al potere supremo, ponendosi piuttosto come la problematica delle 'possibilità reali', degli squilibri delle varie categorie sociali e delle numerose forze politiche economiche e sociali.

L'analisi dell'evoluzione dei fenomeni politici e istituzionali fin qui tratteggiata con l'evoluzione storica dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato sociale', dallo 'Stato monoclasse' allo 'Stato pluriclasse' – e in termini più espliciti, dallo Stato borghese monoclasse ottocentesco allo Stato pluralista contemporaneo – aveva consentito di cogliere una nuova configurazione delle strutture reali di governo dello Stato con particolare riferimento alla stessa loro rilevanza giuridica. Occorreva prendere atto, così, della nuova articolazione sociale e politica in quanto ad essa corrispondevano nuovi centri di potere e nuove istituzioni che segnavano una trasformazione significativa dello stesso Parlamento, sempre più trasformato in notaio di decisioni assunte al suo esterno, dal sistema dei partiti e dai più significativi centri di potere politico-comunitario. Ma, la complessità e le contraddizioni della società e del moderno 'Stato sociale', la sua concreta articolazione, facevano sì che il rapporto rappresentativo non si esaurisse nei partiti politici, istituzioni (formalmente) privatistiche (pur con ampie funzioni a rilevanza pubblicistica, ma si estendesse in modo effettivo ai molti altri soggetti politici reali operanti all'interno della società, a quelli soprattutto che agivano (e agiscono) in modo attivo per la trasformazione dei vigenti rapporti di forza tra gruppi sociali (sindacati, *in primis*, secondo un orientamento che era ormai sancito dalla stessa giurisprudenza costituzionale fin dalla prima metà degli anni '70 del secolo passato).

Era per l'insieme di tali ragioni che sembrava meglio approfondire il modo di essere dell'attuale realtà statale la definizione di 'Stato di democrazia pluralista' da adottare a preferenza di quella di 'Stato di partiti'. Tale (non certo nuova) qualificazione definitoria, infatti, se da una parte riconosceva ai partiti il ruolo e la piena responsabilità nella loro attività di (inter)mediazione e di rappresentanza, dall'altra, aveva tenuto (nel tempo) poco conto della più moderna fenomenologia della vita politica e sociale in cui, come si è osservato, risultavano attive e operanti molte nuove forze politiche (e sociali), che si esprimevano per lo più attraverso movimenti sociali e politici caratterizzati dalla mancanza di stabile or-



ganizzazione e di continuità partecipativa, e molti nuovi interessi non trovavano di fatto nei partiti adeguata rappresentanza, con la conseguenza di non vedere realizzato il proprio 'diritto sovrano' di concorso alla determinazione e alla realizzazione della politica nazionale.

D'altronde, ciò appariva corrispondere, come si è detto, a quella esigenza della scienza giuridico-costituzionale di dare rilievo a tutte le forme istituzionali dello sviluppo politico ai fini di una migliore attuazione dei fini dell'ordinamento costituzionale, colto non sotto l'aspetto dell'ipostatizzazione concettuale quanto piuttosto nella sua specificità di struttura sociale in costante rapporto d'interazione con le altre strutture sociali¹⁸. Ci trovavamo in presenza, in tale quadro, di un doppio ordine di fenomeni di valenza opposta ma nondimeno egualmente essenziali alla definizione dell'attuale configurazione della realtà politico-sociale nei suoi rapporti con lo Stato. L'analisi del rapporto fra conflitti di interessi e apparati giuridico-costituzionali destinati al loro governo, ancora ieri riservata alla prevalente lettura politologica – secondo un indirizzo cui aveva contribuito in modo rilevante la concezione costituzionale dello stesso autorevole studioso più volte richiamato – era gradualmente divenuta patrimonio, sia pure con diversa accentuazione, dell'intera dottrina costituzionale.

Applicato questo modello ai rapporti fra Stato-apparato e Stato-società se ne potevano (e se ne possono) dedurre alcune importanti conseguenze per una più adeguata analisi dei fenomeni politici e sociali, sotto l'aspetto della stessa loro rilevanza giuridica. Una prima serie di conseguenze sembrava costituita dal superamento, almeno nella configurazione prevalente e come linea di tendenza, di una concezione (della dottrina costituzionale fino agli anni '60) che riduceva autoritariamente il rapporto dualistico (Stato-società) ad uno soltanto dei due poli, secondo le teorie invalse negli anni Settanta che assumevano una trasformazione autoritaria dello Stato come scenario inevitabile (se non perfino obbligato) della sua evoluzione nelle società contemporanee¹⁹. Per quanto riguardava in

¹⁸ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Paris, 1957, VIII; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova, 1987.

¹⁹ L'elemento caratterizzante fondamentale di tale orientamento è dato dal fatto che la regolazione del conflitto implica per sé stessa il riconoscimento delle parti medesime del conflitto e delle istanze di cui le parti sono portatrici, ma al tempo stesso anche il meccanismo della regolazione, le norme procedurali (le c.d. 'regole del gioco'), Così, fra gli altri, R. DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari, 1974, *passim*, e soprattutto 113.



modo più specifico i partiti politici²⁰, tale orientamento accentuava il loro ruolo di intermediatori statali accanto alla funzione di rappresentanza, descrivendo tale evoluzione un loro processo di trasformazione inevitabile. Se ci si riferisse in modo più specifico ai compiti dei partiti, intesi come funzione di intermediazione e di rappresentanza degli interessi sociali, si poteva affermare che l'approccio tradizionale della dottrina costituzionale, a partire da un mancato approfondimento delle categorie costituzionali adottate dal costituente, come quelle di 'popolo', 'sovranità popolare', ecc.²¹, perveniva a definizioni molto limitate, come quando si sottolineava, ad esempio, che il 'partito politico' si doveva intendere come 'parte totale', nel senso di parte idonea a farsi interprete di un'ideologia di politica generale allo scopo di tradurla nell'azione dello Stato²².

Che il tipo di approccio alla realtà del corpo sociale in termini di 'omogeneità' fosse del tutto astratto e che la società si connotasse effettivamente come plurale, socialmente stratificata, non omogenea, non era più solo un'affermazione di derivazione sociologica ma si deduceva dalla stessa disposizione costituzionale prevista nell'art. 3, II co., laddove viene fatto carico alla Repubblica di rimuovere tutti gli ostacoli di ordine economico e sociale che "limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese"²³.

Come si può osservare, dunque, lo stesso ordinamento costituzionale, coerentemente ai principi ed alle forme politiche che avevano presieduto alla sua elaborazione e stesura, descrive una realtà sociale disomogenea, al punto tale da poter condizionare, secondo la stessa previsione del costituente, l'efficacia delle sue norme (soprattutto quelle c.d. programmatiche e quelle stesse attinenti ai rapporti civili e politici). Il partito politico, *uti singulus*, ed il sistema dei partiti, nel loro complesso, sia per la concreta origine storica che per le funzioni svolte nella società, rappresentavano il riconoscimento esplicito delle divisioni esistenti all'interno della società

²⁰ *Ex multis*, L. FERRAJOLI, *Esiste una democrazia rappresentativa?*, in L. FERRAJOLI e D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, 1978.

²¹ C. LAVAGNA, *Considerazioni sulla istituzionalizzazione dei partiti*, in *Studi in memoria di L. Mossa*, Padova, 1961, II ed.; A. NEGRI, *Alcune riflessioni sullo 'Stato dei partiti'*, in *Riv. trim. di dir. pubb.*, 1964; J. AGNOLI, *La trasformazione della democrazia*, Milano, 1969.

²² G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975, oltre che nelle diverse riedizioni del *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 1987.

²³ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 796, nonché *Commento all'art. 1 Cost.*, in *Commentario*, cit., 9 ss.



e con esse il trasferimento del conflitto dal piano della mera forza a quello dei rapporti giuridici. Come canali di rappresentanza e di legittimazione del conflitto politico dei gruppi sociali contrastanti, ognuno di essi concorreva, dialetticamente, con la propria forza, alla sintesi dell'unità statale nello Stato-apparato. L'art. 49 Cost. sanciva tale disomogeneità sociale e, riconoscendo la necessità di una mediazione permanente, che facesse salvi i compiti della rappresentanza, nell'ambito della formazione della volontà politica dello Stato, individua nella concreta pluralità dei partiti e formazioni sociali e nella valorizzazione delle forme di democrazia semi-diretta e della partecipazione politica diffusa la strumentazione della rappresentanza politica, non limitando ad alcuni soltanto di tali strumenti la modalità del concorso partecipativo alla politica nazionale²⁴.

2. *Transformazioni nella democrazia rappresentativa e (crisi dei) partiti politici*

Tanto richiamato (sia pure in modo essenziale) delle questioni teori-

²⁴ Lo stesso Mortati, ponendo in risalto il mutamento della base sociale venutosi a determinare nel passaggio dallo Stato moderno ('Stato di diritto') a quello contemporaneo ('Stato sociale'), riconosceva che il suffragio universale, offrendo a nuovi ceti, oltre quello borghese, lo strumento giuridico per fare valere le proprie ragioni nei confronti dello Stato, legittimava l'intervento dei nuovi ceti emergenti nella società. Essi erano ceti non abbienti e non lottavano certo per la tutela di qualcosa di cui non disponevano (proprietà privata) quanto piuttosto per annullare la propria posizione d'inferiorità economica, al fine di raggiungere una forma di eguaglianza e di pari dignità sociale: "Il suffragio universale, oltre a provocare un allargamento della base sociale ... tende anche a produrre la rottura dell'anteriore omogeneità, nel senso che dà una rilevanza politica e giuridica a quel contrasto fra le classi che - in misura maggiore o minore - caratterizza la società contemporanea. In proposito, anzi, si può dire che il concetto di classe, inteso in senso proprio e nella sua rilevanza politica, si afferma soltanto in tale periodo ... Nella società contemporanea invece i ceti proletari riescono a raggiungere definitivamente la propria coscienza di classe e tendono ad affermare gli interessi e le finalità secondo un'ideologia radicalmente contrapposta a quella della classe borghese" (così C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, 1973, 158). In senso omologo, in altro scritto, Mortati, partendo dalla considerazione della fondazione dello Stato repubblicano sul principio di un favor Constitutionis nei confronti dei lavoratori, osserva che "... il concorso all'esercizio di... una funzione di impulso e di sostegno veniva in realtà precluso in passato alla parte della popolazione che, pur più numerosa, rimaneva assoggettata da una situazione di inferiorità, bene espressa dalla denominazione di 'proletariato' che la contrassegnava. L'insorgere in essa della coscienza dell'ingiustizia di tale situazione e della necessità di superarla ne ha fatto la protagonista del più significativo dei movimenti sociali della nostra epoca, tendente, con l'eliminazione dei fattori di quell'inferiorità, alla realizzazione di un nuovo equilibrio sociale, sulla base della preminenza delle forze del lavoro sulle altre" (così in *Commento all'art. 1 Cost. nel Commentario, cit.*, 12).



co-costituzionali (e dottrinarie) relative all'esperienza repubblicana nella prima parte del settantennio alle spalle, è da chiedersi, con riguardo agli impatti determinati dalla crisi del sistema politico-partitico e della stessa rappresentanza politica, se il quadro complessivo dei rapporti fra forma di governo e forma di Stato, per come sono andati caratterizzandosi nella concreta evoluzione politico-costituzionale della 'democrazia repubblicana', non abbia disegnato nello scorrere del tempo una tela di rapporti idonea a costituire uno scenario appropriato (se non perfino obbligato) per lo sviluppo di formule partecipative innovative, per come pare riscontrare nella recente esperienza della democrazia rappresentativa nel Paese, e in particolare della sua stessa massima espressione istituzionale, il Parlamento.

La prospettiva analitica fondata sulla osservazione della realtà politico-istituzionale – con l'inevitabile grado di approssimazione che dal punto di vista metodologico comporta un simile approccio – consentirebbe di osservare come la democrazia rappresentativa del Paese, da tempo, appare in difficoltà ma le ragioni del *malessere democratico* sono molto più complesse di quelle che si potrebbero cogliere ad una prima, sommaria, osservazione. A ben vedere, infatti, tale 'malessere' dipende in modo sostanziale, almeno a partire dagli anni '70 del secolo passato, dalla trasformazione della rappresentanza politica e con essa dalla crisi dei partiti politici. Una evoluzione che descrive una parabola più che settantennale fra previsioni costituzionali in tema di democrazia interna ai partiti e di 'concorsualità politica' (secondo le lungimiranti previsioni garantistiche previste nell'art. 49 Cost.) e concreta realtà dell'associazionismo di tipo partitico. La mancata attuazione dei vincoli costituzionali sulla democrazia interna ai partiti politici, in tale ottica, può essere colta come origine (e al contempo come causa) di una loro trasformazione di tipo castale e della stessa torsione populistica nelle prassi osservabili da più tempo, in un processo circolare di successivi aggravamenti delle ragioni della loro crisi nelle relative funzioni di inter-mediazione sociale e di rappresentanza politica.

In una simile prospettiva, la letteratura politico-costituzionale ha affrontato in modo analitico il tema della trasformazione della rappresentanza politica e con essa della crisi della democrazia parlamentare²⁵.

²⁵ Di recente, cfr. almeno A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020; Y. MÉNY, *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, 2019; F. BALAGUER CALLEJON, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos*, 2020; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. Sulla*



Al pari di quanto è dato cogliere nella prevalente letteratura sul punto, in tale approccio si sottolineano le trasformazioni registrate dai partiti politici e il mancato rispetto da parte degli stessi dei vincoli costituzionali di democrazia interna. A tale trasformazione dei partiti corrisponde in modo quasi simmetrico una torsione populista della rappresentanza politica, che assume forme e indirizzi politici differenziati, sollevando lo stesso interrogativo se tale sfida non stia perfino promuovendo (ormai da tempo) una transizione verso una politica senza sovranità, che, in tale rappresentazione, come è stato osservato in modo acuto, risulterebbe più appropriata ad un modello di *post-democrazia*²⁶. Il limite più evidente di un simile processo risiederebbe nel sostituire la rappresentanza politica con una mera rappresentazione delle domande e dei bisogni sociali, lasciando in ogni caso senza soluzione il problema politico del loro appagamento ad opera di idonee politiche legislative e di governo fondate sulla necessaria mediazione politico-parlamentare.

Osservata da una prospettiva attenta allo stesso rinnovamento dell'approccio metodologico, in tale cornice, l'analisi dei rapporti (nel diritto e nella realtà) fra partiti politici e Stato nell'attuazione della democrazia repubblicana si è venuta ad inscrivere in un tentativo innovativo di riconoscimento del *continuum* pregiuridico-giuridico che (solo) è stato assunto come capace di rendere presente la complessità dell'ordinamento giuridico vigente, la c.d. 'costituzione vivente'. Nella prospettiva di un simile sforzo di rinnovamento metodologico nel quadro della dottrina costituzionale, come si è già osservato, la novità fondamentale dello stu-

c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009; G. MOSCHELLA, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in www.federalismi.it (19 giugno 2019); A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in *Consulta online*, 1/2018; A. ALLEGRI, A. STERPA, N. VICECONTE (cur.), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Questione giustizia*, 1/2019; 2; G.U. RESCIGNO, *Populismo (presunto, asserito, proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion Pratica*, 2019, 52; M. MANETTI, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, in Aa.Vv. (Atti Convegno Aic, 2017), *Democrazia oggi*, Napoli, 2018; N. URBINATI, *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, 2019; Aa.Vv., *Percorsi costituzionali (Rappresentanza senza populismi)*, num. spec. 1/2017; F. RANIOLLO, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2013; G. VECCHIO, *I Partiti. Autonomia associativa e regime europeo di democraticità nella partecipazione politica*, Napoli, 2016; M. LALATTA COSTERBOSA, *La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione*, Roma, 2014.

²⁶ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2005.



dio dei partiti (e della loro fattuale ‘incorporazione’ nella organizzazione costituzionale dello Stato), considerati sia nel loro aspetto sociologico che nei relativi profili di sistema, è consistita nella considerazione (richiamata nelle pagine che precedono) secondo cui essi costituiscono un elemento fondamentale per giungere alla identificazione della forma dello Stato e del suo modello organizzativo, la forma di governo parlamentare. In tale rinnovamento metodologico che, (soprattutto) nel secondo dopo-guerra, aveva imposto alla dottrina costituzionale una verifica di forme e di contenuti, trovava ampia giustificazione il tentativo di assumere il sistema dei partiti come un elemento imprescindibile nello studio dei governi (parlamentari ma non solo), come un elemento fondamentale per comprendere il funzionamento della democrazia parlamentare e, più in generale, della democrazia costituzionale nel suo complesso. La concezione dello Stato contemporaneo come ‘Stato di partiti’ costituiva, in tale ottica, un apporto rilevante a una moderna teoria dello Stato rappresentativo. Una teorica – quest’ultima – originariamente elaborata, come si è ricordato, dalla dottrina tedesca (negli anni Venti del secolo scorso), e solo successivamente fatta propria dalla restante dottrina europea, passando per un approccio metodologico in termini di ‘costituzione materiale’ – alla stregua della lettura suggerita da Costantino Mortati – che, nella realtà (almeno a livello tendenziale), appariva perfino idonea a giustificare prassi indebite di occupazione di poteri costituzionali (e amministrativi). Con esso sembrava potersi fare chiarezza su tutta una serie di problematiche che il costituzionalismo classico ormai non riusciva più a risolvere, fermo com’era a concezioni asettiche e statiche delle forme di Stato e di Governo, ed in cui non trovavano posto i moderni e complessi problemi imposti allo Stato sociale contemporaneo dalla crisi del parlamentarismo classico. Tuttavia, tale impostazione, che ha tardato a farsi strada nella dottrina tradizionale, ha finito con il concentrare l’attenzione sulle relazioni tra i partiti e le istituzioni tipiche del sistema di governo parlamentare (sostanzialmente sul binomio partiti-Parlamento e partiti-Governo), mettendo in secondo piano elementi fondamentali della stessa fenomenologia dei rapporti politici che pure avevano dato corpo alla crisi del sistema stesso.

Salvo a ritornare successivamente su tale tematica, che costituisce una questione centrale nell’approfondimento della tematica oggetto di questa riflessione, occorre richiamare nuovamente le principali novità metodologiche registrate nel corso degli anni ’70 del secolo scorso e i più significativi risultati conseguiti nell’analisi dei partiti (considerati sia *uti*



singuli sia come sistema), di volta in volta colti sia nella dottrina giuridica che in quella politologica, fino alle più recenti modulazioni del partito 'personale', che si pongono probabilmente, per come si è già osservato, all'origine di una trasformazione (continua nel tempo) e con essa della crisi delle tradizionali forme politiche dei partiti politici (nel concreto esercizio delle relative funzioni di intermediazione politico-sociale e di rappresentanza politica) in favore di formule incerte e ambigue di 'direttismo' politico fondate sulla scelta di un rapporto politico di tipo individuale (via web) fra il singolo soggetto portatore di concrete istanze e/o bisogni da riconoscere e appagare e le piattaforme di comunicazione fra iscritto ai partiti e rappresentanti dello stesso, secondo una regola che tende a valorizzare le forme della democrazia diretta a discapito di quella parlamentare/rappresentativa.

In tale prospettiva, intrecciandosi con le tematiche del contrasto della crisi economica e, ancora prima, con quelle dell'impatto della globalizzazione dell'economia sugli assetti democratici nei Paesi della Europa pre-1989 e post-1989 (e soprattutto nelle cosiddette 'democrazie illiberali'), una riflessione attenta è stata da tempo avviata nel dibattito scientifico tanto nell'ambito delle discipline storico-politologiche quanto in quelle gius-pubblicistiche. Senza fare torto alle prime, può osservarsi come l'interrogativo sulle forme e la qualità della democrazia rappresentativa (sulla *fiction représentative*, come ne scriveva già Hans Kelsen), sulla sua stessa *accountability* (richiamando, in tal senso, categorie analitiche dei politologi), non costituisce certo un tema di attualità nella vita democratica e istituzionale contemporanea. Da tale fase storico-politica in poi, nello studio delle forme di governo (di quelle parlamentari, ma non solo), così, il diritto costituzionale non ha potuto più prescindere dalla integrazione al suo interno dei partiti politici, come parimenti non ha potuto prescindere lo studio della stessa forma di Stato, per il cui funzionamento la Carta costituzionale ha previsto l'integrazione del diritto di voto attribuito in modo universale a tutti i cittadini, con il concorso partecipativo dei partiti politici nella determinazione della politica nazionale, unitamente alle altre formule costituzionalmente disciplinate come, fra l'altro e in modo non esclusivo, il referendum abrogativo e l'iniziativa legislativa popolare.

In tale prospettiva, a partire dall'immediato dopo-guerra, accanto ad un cospicuo apporto di studi politologici (ma anche sociologici) sui partiti politici, sono stati davvero pochi gli studi costituzionalistici che, nelle loro indagini sulla forma di Stato e sulla forma di governo parlamentare



(e delle relative problematiche di funzionamento), si siano sottratti alla considerazione degli stretti rapporti esistenti fra quadro costituzionale e sua concreta traduzione nella realtà, rischiando in tal modo un approccio meramente formale alle problematiche del diritto costituzionale. D'altra parte, è da tempo che, nei più variegati ambiti della conoscenza, gli studiosi si interrogano sulle stesse sorti della democrazia, talora prefigurandone esiti problematici, tanto che assumano le forme della 'democrazia illiberale', tanto che si dispongano perfino a guardare con interesse all'affermazione di riediti 'principi di supremazia del capo'.

Nell'accostarsi alle tematiche e alle connesse problematiche affrontate nel loro complesso da questo approccio, in un tentativo di predisporre un ideale *indice* delle analisi opportune da svolgere, così, rientra in primo luogo l'approccio sulla evoluzione che, muovendo dalla teoria liberaldemocratica, ha portato, nei due secoli di esperienza storico-politica ora alle spalle, al costituzionalismo moderno e poi ancora, dopo la 'grande guerra', a quello contemporaneo. In tema non può non evidenziarsi, comunque, come quello fra liberalismo e democrazia sia stato effettivamente un 'matrimonio travagliato'. Un percorso – quest'ultimo – che, con riguardo alla tematica specifica che funge da pista privilegiata in tale indirizzo di analisi, approda a riconoscere il processo evolutivo che maggiormente rileva ai fini teorico-costituzionali ma anche di teoria politica, quello che muove dalla sovranità nazionale, due secoli fa, per approdare, con il costituzionalismo contemporaneo, alla sovranità popolare, una sovranità che, in ogni caso, risulta 'regolata' sulla base di specifiche previsioni costituzionali, come hanno statuito in merito le costituzioni del secondo dopoguerra e quella italiana in modo particolarmente chiaro.

Così, è nella formulazione originaria del modello di democrazia liberale (colta dalla dottrina, senza infingimenti, come 'democrazia borghese'), priva, come appare, dei diritti di partecipazione alla formazione della volontà dello Stato, con la limitazione del suffragio a componenti ristretti del corpo sociale (in ragione del censo e del reddito), infatti, che si annidavano non poche delle ragioni che avevano portato la quasi totalità dei Paesi europei (tranne il Regno Unito), a partire dagli anni Trenta fino agli anni Cinquanta del secolo scorso, ad 'abbracciare i dittatori', una formula linguistica – quest'ultima – solo apparentemente enfatica volta a evidenziare la profonda insoddisfazione dei corpi sociali nel corso di quegli anni, che, per questo, li aveva portati a dare pieno consenso a formule di 'rivoluzione dall'alto' (di 'governo dall'alto'), tanto che si trattasse della forma di Stato socialista (Lenin, nel 1917), tanto che si trat-



tasse della forma di Stato fascista (Mussolini, 1919), tanto che si trattasse della forma di Stato nazional-socialista (Hitler, 1934).

Nella evoluzione delle forme costituzionali, così, dopo la ‘parentesi’ totalitaria e violenta del fascismo, si può ben comprendere come il costituzionalismo del secondo dopoguerra fosse chiamato a cambiare in profondità le proprie categorie interpretative e di regolazione dei rapporti fra Stato e società. Molti Stati hanno proceduto in questo senso; il costituzionalismo italiano fra questi; non a torto, così, diffusamente, si conviene sull’affermazione encomiastica secondo la quale la Costituzione italiana sarebbe ‘la più bella del mondo’. In tale quadro, il modello liberale originario dello Stato di diritto si arricchisce e si perfeziona trasformandosi in Stato di diritto costituzionale, mediante la integrazione al proprio interno di un catalogo ricco e variegato di principi e di diritti fondamentali, istituendo, al contempo, giudici *ad hoc* competenti a sindacare la eventuale ingiustizia delle leggi e prevedendo disposizioni irrevocabili in tema di cambiamento costituzionale, al quale, in ogni caso, sono sottratte le materie dei principi e dei diritti fondamentali sanciti costituzionalmente, fra i quali la forma repubblicana (artt. 138 e 139 Cost.).

La democrazia costituzionale contemporanea, e quella italiana per quanto ora rileva, in tale prospettiva, ha tratto insegnamento dal fallimento traumatico della democrazia registrata nel ‘ventennio fascista’, sancendo a questo fine, nel ‘compromesso costituzionale’ alla base della nuova Carta, un ricco catalogo di libertà e di diritti, fra i quali ora rileva richiamare (nell’ottica e per le finalità più specifiche di questa analisi) il suffragio universale e la libertà di associazione in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale (art. 49 Cost.). Diritto di voto, libertà di associazione in partiti e ‘metodo democratico’ da farsi valere nella loro vita interna, in tal senso, costituiscono pilastri irrinunciabili di un modello di associazionismo partecipativo e di legittimazione democratica voluti innovativamente dai costituenti repubblicani per superare le risalenti formule autoritarie e accentrate del regime fascista e del totalitarismo che lo avevano connotato, unitamente a principi e a formule assolutamente innovative di ‘democrazia progressiva’ che la dottrina repubblicana ha inquadrato ricorrendo alle terminologie del ‘costituzionalismo sociale’. Da qui la centralità dello strumentario partecipativo costituito dai partiti politici (come singoli e come sistema di partiti), cui si è fatto riferimento in questa analisi anche al fine di sottolineare come sia appunto la mancata attuazione dei principi di democrazia interna ai partiti, nell’intero settantennio di vigenza costituzionale, a



costituire manifestazione di un processo di autonomizzazione degli stessi dal corpo sociale, che si è accompagnato con il venir meno della responsabilità rappresentativa e più in generale con la (graduale e diffusa) perdita delle fondamentali funzioni di intermediazione e di rappresentanza politica. Senza poterla ora argomentare in modo compiuto, pertanto, la tesi che qui si assume è quella secondo cui è principalmente sui partiti politici, colti come singoli e nel loro complesso come sistema di partiti, a ricadere la principale responsabilità politica della mancata attuazione della previsione costituzionale in tema di ‘democrazia interna’, da cui è scaturita la (convinzione diffusa circa la) ragionevolezza della tesi di una loro chiusura autoreferenziale rispetto agli interessi sociali che chiedevano rappresentanza politica, ponendosi in tal modo all’origine di atteggiamenti di critica e di rifiuto nei loro confronti, in ragione del venir meno del loro ruolo di intermediazione e di rappresentanza politica.

Invero, sul punto occorrerebbe introdurre una precisazione rilevante ma la faremo con meri accenni. Si vuole dire, in tal senso, che la mancanza di interesse e di disponibilità delle forze partitiche a conformarsi al richiamato vincolo costituzionale della democrazia interna (art. 49) sorprende in modo più significativo se si ha riguardo ai partiti della sinistra (nati in origine come ‘partiti di combattimento’) e al partito popolare dei cattolici, la DC (e alle sue diverse denominazioni nelle quali si è nell’ultimo trentennio riformulata la sua ragione sociale a seguito della disgregazione formale di tale partito), in quanto le tradizionali forze politico-partitiche liberali, durante questa fase storico-politica, non avevano la cultura e la sensibilità politica necessarie per cogliere la necessità di una simile attuazione costituzionale (ma si tratta, come si vede, di un tema di discussione e non certo di affermazioni di natura apodittica). Che tale critica – che si è accompagnata nel tempo con la ricerca di forme di democrazia alternative a quella rappresentativa, di tipo parlamentare – (allo stato) possa essere perfino approdata nel configurare un modello politico legittimato dal richiamo ad una teoria costituzionale di democrazia diretta è questione che costituisce da tempo oggetto di discussione e di vaglio critico e che impone di non sottacere la critica radicale presente in un simile atteggiamento, imponendo pertanto di cogliere il contrasto fra le forme di democrazia praticate e la loro sostenibilità rispetto al ‘metodo democratico’ preteso dalla (già richiamata) disposizione costituzionale (art. 49 Cost.).

Le formule di coordinamento interno seguite dai movimenti sociali e politici nei quali gli stessi si sono fin qui organizzati sono ora approdati,



pur nella loro eterogeneità di ispirazioni politiche, in una loro riunificazione, in modo piuttosto indistinto e confuso, come si è osservato in precedenza, sotto la terminologia dei populismi. Si tratterà di verificare come ulteriore profilo di analisi se tale prospettiva costituisca una mera manifestazione della crisi della democrazia rappresentativa o se, al contrario, la stessa non abbia già posto le premesse di fondo di un processo irreversibile di vera e propria destrutturazione della democrazia parlamentare e che, in modo inevitabile, alluderebbe a un seguito, al momento non decifrabile né prevedibile, di rottura della stessa forma di Stato democratica e sociale per come fin qui conosciuta. Anche con riguardo ad un simile scenario, s'impone, da parte dei partiti politici, un ricorso molto più sostenuto di quanto non si sia ritenuto di dover fare fin qui al giudice ordinario e al giudice costituzionale perché, di volta in volta, possano sancire l'eventuale violazione, rispettivamente, del principio di legalità e di quello di costituzionalità nelle prassi diffuse di violazione della democrazia interna al loro interno.

Senza voler inseguire ruoli inappropriati al metodo della ricerca costituzionale, in ogni caso, si potrebbe almeno osservare che la democrazia rappresentativa non appare certo priva di problematiche di funzionalità; di qui, tuttavia, non è dato immaginare come al di fuori di essa siano riconoscibili altri spazi politici idonei ad assicurare quell'*acquis* che è stato fin qui assicurato dal patrimonio costituzionale interno e da quello europeo.

Il problema della presente crisi, letta anche nell'ottica della già richiamata 'torsione populistica', così, rimane un problema aperto nei suoi contenuti e nelle relative problematiche di insofferenza nei confronti della rappresentanza politica e con essa di delegittimazione della democrazia parlamentare. Nelle more che essa possa (eventualmente) articolare una propria più convincente teorizzazione che si ponga come idonea a guidare processi di cambiamento costituzionale, rimane che occorre dare compiuta attuazione alle molte disposizioni della Costituzione che ancora restano in una simile attesa. Una regolazione dei partiti che risulti rispettosa della loro autonomia privata ma che, al contempo, non disconosca l'evidente ruolo (quasi) pubblicistico svolto dagli stessi costituisce un passaggio centrale nell'ottica del tentativo (forse *in extremis*) di restituire loro quella necessaria credibilità che consenta di assumere quella responsabilità sulla quale da tempo essi sembrano non poter fare ancora affidamento. Al contempo, per la società questo significherebbe poter ancora contare sulla loro indispensabile funzione di intermediazione e di rappresentanza politica.



Per argomentare in modo più approfondito tale approccio, appare utile richiamare sia pure in modo essenziale la parabola evolutiva che, dalla originaria sua affermazione, è ormai pervenuta alla crisi del partito politico, accennando alle stesse tematiche che, da settant'anni a questa parte, sono state proposte dalla più attenta dottrina e che hanno riguardato la trasformazione della forma di Stato e della forma di governo in ragione degli effetti prodotti dagli stretti rapporti realizzati nella concreta realtà fra organizzazione dei poteri costituzionali, partiti politici e poteri intermedi, più in generale.

Una osservazione ulteriore appare opportuno aggiungere a quanto si potrà ora osservare sul tema che ha avuto il suo *focus* nel dibattito che, ancora di recente – prima dell'adozione della recente legge elettorale (n. 165/2017) – aveva conosciuto il suo approdo nell'approvazione di una legge elettorale iper-maggioritaria (cd *Italicum*) censurata di parziale illegittimità costituzionale e in un tentativo di revisione costituzionale. Ancorché respinto decisamente dal corpo referendario (nel referendum costituzionale del 4 dicembre 2016), tale tentativo di revisione aveva fatto sedimentare nel corpo sociale manifestazioni non irrilevanti di antipartitismo (ma anche di vera e propria antipolitica), ma anche, in senso opposto, di 'patriottismo costituzionale' e di azioni civiche e partecipative in 'difesa della Costituzione'. In tale cornice – più che opportuno – risulterebbe necessario riflettere sulla legge n. 52/2015²⁷ e sui relativi impatti che la stessa avrebbe potuto avere sul testo di revisione costituzionale cd Renzi-Boschi, qualora avesse potuto contare su un esito positivo del pronunciamento referendario, e pertanto sulle relative conseguenze in termini di (rischi di) sbilanciamento dei poteri costituzionali, nel complesso della democrazia costituzionale. In tale ottica, letta in combinazione con la riforma elettorale, la tematica della riforma costituzionale costituiva un tema quanto mai problematico per ragioni al contempo tecnico-giuridiche ma soprattutto politico-costituzionali²⁸. Da tale prospettiva, in particolare, rilevava la stretta compenetrazione che le leggi elettorali avevano con la concreta costituzione materiale del Paese e la logica 'esasperata' del multipartitismo (estremo e 'sregolato') che avevano caratterizzato le prime cinque decadi di attuazione della Carta costituzionale, con il relati-

²⁷ su cui cfr. anche A. RUGGERI, A. RAUTI (cur.), *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, 2015.

²⁸ In tema, cfr. anche il nostro *Revisione costituzionale, riforma elettorale, (crisi dei partiti politici: dal Parteienstaat al governo del Premier?)*, in *Astrid Rassegna*, n. 10/2016.



vo intreccio con le forme politico-istituzionali della ‘democrazia maggioritaria’ sperimentate a partire dai primi anni ’90.

Già nella fase conclusiva di tale parabola evolutiva del parlamentarismo contemporaneo e dei soggetti comunitari che ne erano stati i principali fautori, i partiti politici risultavano ridotti in uno stato di crisi molto grave.

In tale processo evolutivo, l’affermazione – dopo e come superamento del modello originario del ‘partito di combattimento’ – del ‘partito pigliatutto’, del ‘partito-cartello’ e, infine, del ‘partito personale’, definisce i contorni di un processo di trasformazione della forma partito viepiù profondo nel tempo che ha le sue radici nella progressiva perdita dell’ancoraggio rappresentativo a specifiche, sezionali, componenti del corpo sociale, cui fa seguito il superamento del radicamento sociale del partito e con esso, ed in modo consequenziale, la perdita del modello partecipativo nella scelta dei candidati a favore di decisioni che sempre più si sono trasferite nelle mani di (ristrette) segreterie (vere e proprie oligarchie) partitiche, nonché nella emersione di formule leaderistiche nella organizzazione delle campagne elettorali e della stessa conformazione organizzativa interna del partito politico. Le fasi politico-istituzionali di affermazione della democrazia maggioritaria, favorite da una legislazione fortemente dis-rappresentativa (di cui appariva espressione ideal-tipica la legge n. 270/2005 (Calderoli), benché le forze politiche di opposizione del tempo (in modo sorprendente) non si fossero attivate, per l’intera durata di un decennio, ad attivare le procedure costituzionali del suo controllo giurisdizionale) non potevano che esasperare simili tendenze di trasformazione nella forma del partito e nelle relative funzioni svolte, aprendo anche in questo caso un varco di criticità nei loro confronti che le formazioni politiche critiche nei confronti dei partiti non hanno avuto difficoltà a raccogliere a supporto dello stesso consenso elettorale che le hanno visto ben presto occupare posizioni di rilievo rappresentativo negli schieramenti delle compagini di governo. Nel corso degli anni, ciò ha portato ad evidenziare l’esigenza di un ripensamento delle fondamentali tematiche costituite dalla effettività della ‘democrazia interna’ dei partiti prevista dalla specifica disposizione costituzionale (art. 49), ancorché le forze politiche, senza vera differenza al loro interno e rispetto al relativo orientamento ideale, si sono in modo costante nel tempo rifiutate di ‘regolare gli sregolati’ (utilizzando l’efficace ossimoro proposto da G.U. Rescigno), per indicare che esse hanno operato in modo da non assicurare attuazione alla previsione costituzionale di merito, nonostante alcuni pro-



getti di legge (a firma di Mortati e di D'Ambrosio) fossero stati predisposti in dottrina già nella fase immediatamente successiva all'approvazione del testo costituzionale. Ne è seguita una loro profonda delegittimazione surrogata da forme alternative di partecipazione politica non più di tipo formalmente associativo-partitiche ma di tipo movimentistiche, quando non anche dal ricorso a forme – esse stesse costituzionalmente discutibili quanto alle problematiche di conformità delle relative modalità organizzative alle previsioni costituzionali della democrazia interna dei partiti – di partecipazione/decisione attraverso lo strumento *web*, della cui trasparenza è pienamente lecito assumere il mancato rispetto delle previsioni dell'art. 49 Cost., per come sottolineato diffusamente nella dottrina costituzionale.

È appunto a questo livello che è risultato osservabile, soprattutto a partire dall'ultimo trentennio, un vero e proprio scontro con il sistema tradizionale dei partiti censurato di una sua materiale conformazione in “corporazione proprietaria” che – in un simile approccio – avverserebbe o, nella versione più edulcorata, risulterebbe indifferente verso ogni proposta di riforma che ne mettesse in questione la legittimità e la qualità rappresentativa. A tale ‘corporazione castale’ si è contrapposto, più che un movimento comunitario dai contorni organizzativi e programmatici chiari, un movimento di organizzazione politica che, se è risultato per molti profili indubbiamente originale rispetto al restante quadro politico, non ha potuto celare una profonda ambiguità, che nel fondo è parsa ispirarsi ad una pretesa strategica di esclusività nella funzione rappresentativa, eliminando – in modo discutibile (ma anche irragionevole) – ogni possibile forma di collaborazione con le altre forze politiche. Una simile innovazione nella forma e nelle funzioni del partito, auto-qualificato come ‘partito/non partito’, come ‘partito/movimento’, si prefiggeva in modo espresso di rappresentare un movimento di critica nei confronti della politica istituzionalizzata e dei partiti, senza che a tale rappresentazione corrispondesse necessariamente un'assunzione di responsabilità politico-parlamentare nei confronti dei propri elettori. Insomma, un modello di ‘rappresentazione senza rappresentanza’, espressivo della rottura sostanziale fra le funzioni di mediazione e quelle di rappresentanza politica; nel fondo, un modello che si è perfino auto-interpretato come superamento dei principi bisecolari della democrazia rappresentativa a favore di incerte e indeterminate modalità e prospettive di democrazia diretta (o semi-diretta) dei cittadini, privi dei contenuti (pur minimi) della democraticità interna pretesa costituzionalmente.



È proprio in un simile quadro evolutivo che si era inserita la prospettiva di un ripensamento del sistema elettorale, chiaramente compendiato nel titolo (e nei contenuti) di un efficace saggio apparso a cavallo degli anni '90²⁹, che richiamava l'esigenza della 'restituzione dello scettro al principe', un principe (collettivo) costituito dai cittadini-sovrani, ed uno scettro che era stato, con scarsa qualità rappresentativa, occupato dai partiti politici che, da strumenti di partecipazione politica, in modo progressivo ma chiaro e diffuso, si erano costituiti come un vero e proprio diaframma fra i cittadini e le istituzioni costituzionali della rappresentanza e del Governo. La legislazione di riforma elettorale intervenuta nei primi anni '90 (cd legge Mattarella), riformata (ma sarebbe meglio dire stravolta) dalla cd legge Calderoli, ma anche i già richiamati tentativi di revisione costituzionale respinti dal corpo referendario, tuttavia, si erano dimostrati inadeguati a farsi carico della soluzione dei problemi di instabilità governativa e al contempo ad assicurare la valorizzazione delle esigenze rappresentative e della piena funzionalità delle Camere. In tale quadro, più che avvalersi dei risultati delle più mature esperienze comparatistiche in tema di 'democrazia maggioritaria', le forze politiche erano andate alla ricerca di soluzioni strumentali e partigiane, capaci (di volta in volta) di assicurare la stabilità alla base delle maggioranze (contingenti) di governo. Tali soluzioni legislative, nel loro complesso e con riguardo alle singole leggi elettorali (se si fa eccezione per la cd legge Mattarella), erano risultate inadeguate nel compito di farsi carico delle esigenze di rappresentatività politica delle Camere e della stabilità governativa a favore di una legislazione dai contorni fattualmente illiberali (sbarramenti variegati e liste bloccate, in modo principale).

Tanto osservato, pare opportuno sottolineare come tale processo, letto anche nell'ottica degli esiti del più recente referendum costituzionale (20-21 settembre 2020) sulla riduzione del numero dei parlamentari, con il successo referendario delle ragioni favorevoli al quesito referendario, abbia registrato una trasformazione ulteriore, di tipo regressivo, della democrazia parlamentare. Certo occorrerà ora attendere i provvedimenti che saranno adottati a valle del referendum (regolamenti parlamentari e legge elettorale, soprattutto). In tale ottica, risulteranno forse opportune alcune osservazioni rispetto a tale tematica soprattutto nell'ottica della tesi circa una pretesa di incontestata centralità che il Parlamento avrebbe conservato anche in presenza (per come si è comunque verificato) di un

²⁹ G.F. PASQUINO, *Restituire lo scettro al principe*, Bari, 1986.



successo referendario delle ragioni favorevoli alla revisione. Diversamente dai risultati conseguiti nei precedenti pronunciamenti referendari nel ventennio immediatamente precedente, il più recente esito referendario ha segnalato risultati certamente inequivoci quanto al mancato sostegno da parte del corpo referendario alle ragioni che gli erano state sottoposte nel quesito referendario, riepilogabili in modo essenziale in una drastica (per chi scrive comunque irragionevole) riduzione del numero dei parlamentari, che avrebbe riguardato fattualmente tanto la rappresentatività del Parlamento (rispetto ai diritti politici dei cittadini e rispetto alla stessa rappresentatività dei territori), tanto la stessa sostenibilità della funzionalità della organizzazione parlamentare nel suo complesso. È appunto in questa ottica che potranno ora risultare opportune alcune riflessioni incentrate sull'interrogativo relativo alla 'centralità' che il Parlamento avrebbe potuto godere anche in presenza di un eventuale successo (per come effettivamente conseguito) del voto sul referendum costituzionale (in materia di riduzione del numero dei parlamentari) sottoposto al vaglio dei cittadini e dunque in presenza di una riduzione numerica significativa dei parlamentari (nella misura del 36,5%) nel loro complesso.

Quanto al merito delle argomentazioni relative ai temi della iniziativa referendaria, e in particolare con riguardo 'ai numeri della rappresentanza' e alle stesse problematiche di effettività della stessa, se muoviamo dalle risalenti valutazioni kelseniane che già un settantennio fa parlavano della rappresentanza politica come di una mera *fiction représentative*, un argomento appare particolarmente rilevante, benché il supporto comparatistico non aiuti granché nel merito della questione, ed è quello secondo il quale la riduzione dei parlamentari (nella misura di un terzo del totale degli stessi rispetto a quanto previsto negli artt. 56 e 57 Cost.) non può non incidere in modo problematico sulla (quantità e sulla stessa qualità della) rappresentanza politica e pertanto, in modo inevitabile, sull'effettività della sovranità popolare, determinando in tal modo effetti regressivi complessivi sulla democrazia parlamentare nel suo complesso. In presenza di una simile (pur parziale) dequotazione della rappresentanza politica, e della connessa svalutazione del Parlamento, come è stato sottolineato in modo convincente da una parte della dottrina, ci troveremmo di fronte ad un vero e proprio svuotamento della rappresentanza³⁰.

³⁰ In una simile prospettiva, è stato lucidamente sottolineato come: "la riduzione del numero dei parlamentari non (sia) che un tassello in un processo che vede il Parlamento sempre più depotenziato, la rappresentanza svuotata, mentre si afferma una progressiva presidenzializzazione: si ragiona di deriva post-democratica, forma di Stato 'liberal-po-



Richiamando le stesse, risalenti, analisi critiche della olocrazia intesa come ‘forma degenerata della democrazia’, in tale prospettiva, l’argomentazione circa un recupero di efficacia e di efficienza dell’organo parlamentare a seguito della riduzione dei suoi componenti è una tesi che non risulterebbe fondata su dati reali bensì sulla convinzione, ideologica, di un recupero di efficienza e di governabilità assunti acriticamente come valori positivi e prescindendo (in modo completo) dalla funzione rappresentativa che è la stessa ragion d’essere del Parlamento; una posizione – questa –, come si sottolinea in modo convincente, riconducibile alle versioni maggioritarie della democrazia, in opposizione alla visione della democrazia, come luogo istituzionale della rappresentanza e di mediazione istituzionale del conflitto. Lungi dal rilanciare il ruolo del Parlamento mediante un rafforzamento della sua centralità nella funzione rappresentativa, in una simile rappresentazione, la riduzione del numero dei parlamentari, pertanto, frappone nuovi ostacoli alla (ri-)costruzione della sua centralità e al suo invero quale organo, attraverso la mediazione della rappresentanza, di espressione dei cittadini, nella loro pluralità e nella variegata anche conflittuale delle ragioni rappresentate. Così, pur non potendosi negare una ragione mitica, di ‘finzione’, della rappresentanza politica, lontana per questo dalla composita e conflittuale realtà da rappresentare, nondimeno resta che la scelta di ridurre il numero dei parlamentari segna comunque una regressione del principio democratico-rappresentativo e con esso della stessa sovranità popolare. La questione problematica della democrazia rappresentativa, in tal modo, rinvia ancora una volta alla centralità rispetto alla funzione di inter-mediazione e di rappresentanza svolta (fin qui) dal partito politico e dal sistema dei partiti, alla cui crisi, pertanto, come si è osservato, devono ricondursi principalmente le ragioni alla base della crisi della rappresentanza politi-

pulista’ o, ancora, per citare alcune espressioni dall’allusione immediata, di ‘autocrazia elettiva’, democrazia plebiscitaria o dispotica, democrazia senza democrazia, per accedere, infine, alla qualifica “democrazia eterodiretta”, che sottolinea il carattere *embedded* al *côté* della *global economic governance* delle istituzioni statali” (A. ALGOSTINO, *Contro la riduzione del numero dei parlamentari, in nome del pluralismo e del conflitto*, in *Questione giustizia*, 1/2020, che richiama a sostegno del suo orientamento critico autori come: C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2005; M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica: democrazia d’indirizzo versus democrazia d’investitura*, in S. LABRIOLA (cur.), *Ripensare lo Stato*, Milano, 2003; M. BOVERO, *Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall’Italia*, in *Ragion pratica*, 25/2005; M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Roma-Bari, 2011, M.L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, 2009).



ca e con essa dello stesso Parlamento³¹. Ragioni – queste ultime – che imporrebbero di ipotizzare risolutive soluzioni legislative e di autoriforma dei partiti idonee a consentire la riforma (*melius* dovrebbe dirsi rifondazione) della forma partito ed in ogni caso la sua conformazione alle esigenze poste dal rispetto del ‘metodo democratico’ (sancito dall’art. 49 Cost.). Una simile valutazione sottolinea come le principali ragioni critiche osservabili nel funzionamento delle Camere non siano rinvenibili nella pretesa natura pletorica delle Camere, quanto piuttosto nella evidenza costituita, soprattutto nell’ultimo trentennio, dalla trasformazione dei partiti politici che, da partiti di massa, si sono trasformati in partiti di *leaders*, con evidenti conseguenze problematiche nella selezione della candidature, sempre più asservite al *leader* di turno, e pertanto con effetti di verticalizzazione politica al loro interno e negli stessi gruppi parlamentari, nell’uno e nell’altro caso, a nulla (o quasi) potendo le sole previsioni costituzionali relative alla democrazia interna dei partiti di cui all’art. 49 Cost.

Se, in conclusione, l’argomento critico centrale rimane quello che ricollega il taglio dei parlamentari alla dequotazione della democrazia rappresentativa e alla delegittimazione (sostanziale) del Parlamento (almeno nelle forme fin qui sperimentate), rimane in ogni caso che la riforma costituzionale oggetto di referendum non è che un passo, ma occorre essere consapevoli della direzione nella quale essa si inserisce³²: quello di una democrazia che, nel tempo, assume viepiù manifestazioni plebiscitarie e populistiche di tipo demagogico³³. Una democrazia – dunque – che, in questo senso, pare effettivamente muovere nella direzione di una ‘post-democrazia’, l’assenza di chiarezza dei cui contorni evidenzia in modo piuttosto netto quanta distanza essa abbia già assunto e possa ancora assumere rispetto alle esigenze e alle garanzie della democrazia

³¹ In tema, cfr. anche i nostri *Forma di governo, partiti politici e sistemi elettorali. La living Constitution italiana nell’ottica comparatistica*, in *Costituzione – Economia – Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, 2013, nonché *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio ‘normativistico’ e approccio ‘realista’ alla “zona grigia” del diritto costituzionale*, in *Studi in onore di G. De Vergottini*, t. I, Bologna, 2015.

³² Fra gli altri, sul punto, cfr. anche D. PORENA, *Referendum legislativo e istituti di democrazia partecipativa: si scorge all’orizzonte l’ipotesi di un modello di produzione normativa di tipo ‘binario’ e ‘semi-rappresentativo’*, in *Rivista AIC*, 2/2020; P. CARNEVALE, *I rischi dell’utopia della c.d. democrazia diretta*, in *Nomos*, 1/2020.

³³ L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista Aic*, 3/2018; V. PAZÉ, *Il populismo come antitesi della democrazia*, in *Teoria politica*, 2017, 111 ss.; M. BOVERO, *Autocrazia elettiva*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.



Note

rappresentativa fin qui note (ancorché, naturalmente, meritevoli di miglioramenti nelle relative procedure interne tanto nella legislazione quanto nel controllo sul Governo).



IL CORPO (POLITICO) DEL CONDANNATO.
RIFLESSIONI SU PENA E DISSENSO POLITICO
A PARTIRE DAL CASO COSPITO

VINCENZO SCALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il potere statale tra *evizione degli anormali e nuda vita*. – 3. Patrioti e anarchici. Dissenso tra anomalia e criminalità. – 4. Prigionieri politici e circuiti di camosci: *l'isolamento*. – 5. La detenzione politica post-fordista: *l'annichilimento*. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La vicenda di Alfredo Cospito, detenuto anarco-insurrezionalista, condannato per la gambizzazione di un dirigente dell'Ansaldo nucleare e per una bomba carta lanciata contro una caserma dei carabinieri a Fossano, da ottobre 2022 in sciopero della fame per protestare contro il regime di detenzione *41 bis* a cui è sottoposto, può essere analizzata da una pluralità di punti di vista. Sotto il profilo politico, si può leggere la vicenda come uno scontro tra lo Stato e chi lo minaccia, giustificando così l'irrogazione di pene e trattamenti penali severi ai danni di Cospito. Viceversa, si può sottolineare il carattere repressivo di queste misure, allo scopo di sottolineare il carattere di involuzione autoritaria dello Stato. Sul piano giuridico, si possono mettere in discussione le misure e le pene applicate a Cospito in nome del garantismo penale¹, oppure si può scegliere di difendere la validità delle norme che si applicano ai casi di violenza politica in nome di un presunto pericolo per la comunità.

Questo studio intende analizzare il caso Cospito da un punto di vista socio-criminologico, in particolare sotto il profilo della criminologia critica, vale a dire ponendo attenzione ai processi di criminalizzazione che vengono elaborati e messi in atto dallo Stato, sin dal suo formarsi, a partire dai meccanismi di legittimazione del potere. Quindi, all'interno di un quadro teorico che si avvarrà degli spunti proposti da Michel Foucault² e da Vincenzo Ruggiero³, si cercherà di sviluppare un'analisi diacronica della violenza politica e del dissenso da un lato, delle politiche statali volti al suo contenimento e repressione dall'altro. Del primo, si prenderà in

¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

² M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976.

³ V. RUGGIERO, *La violenza politica*, Bari, 2006; *Economie sporche*, Torino, 1996.



prestito la definizione di *corpo del condannato*, per sviscerare le strategie contenitive dispiegate dallo Stato per i detenuti accusati o condannati per reati politici. Al secondo si farà riferimento per sviluppare la specularità tra modelli organizzativi e sistemi produttivi, nonché per evidenziare la dialettica tra lo Stato e la violenza politica, nella misura in cui individui e gruppi che mettono in atto questa pratica riproducano o reagiscano a, la violenza statale.

Le strategie del potere statale si dispiegano in relazione ai cambiamenti che intervengono nella composizione di classe e nelle trasformazioni del sistema produttivo, che investono anche l'assetto organizzativo delle formazioni politiche che praticano il dissenso a livello radicale, anche a mezzo della violenza politica. Di conseguenza, nelle fasi in cui il capitalismo si afferma come sistema produttivo, le azioni compiute dagli anarchici, a livello individuale, rispecchiano una struttura produttiva ancora frastagliata, con una forte componente contadina tra i lavoratori. L'affermazione dell'economia fordista⁴, che articola la produzione e il consumo di massa attraverso la concentrazione della manodopera in grandi aggregati produttivi, comporta un mutamento sia nell'organizzazione del dissenso politico, che si configura per gruppi strutturati, sia per la risposta repressiva, che passa dallo stadio individuale a quello di gruppo, attraverso la creazione di carceri speciali. Infine, nella società contemporanea, caratterizzata dalle frammentazioni prodotte dalle trasformazioni post-fordiste⁵, il dissenso politico, in particolare quello più radicale e violento, si caratterizza per il suo decentramento, particolarismo, dovuto a iniziative di pochi o di singoli che si trovano ad essere parte di reti e si avvalgono dell'uso della tecnologia. Alcuni autori⁶ parlano di vera e propria "privatizzazione del terrorismo", con l'addestramento e l'indottrinamento che avvengono online e le denominazioni dei gruppi finiscono per somigliare a un marchio di moda più che richiamare una vera e propria organizzazione⁷.

Viceversa, lo Stato, all'interno di un quadro caratterizzato dal governo dell'eccedenza⁸, ovvero della selezione tra gli individui e i gruppi da includere e quelli da escludere nel contesto della competizione globale, inquadra il dissenso politico come un'anomalia da rimuovere, da nascon-

⁴ A. GRAMSCI, *Americanismo e Fordismo*, in *Quaderni dal Carcere*, Roma, 1973.

⁵ A. ASH, *Post-fordism. A reader*, London, 1994.

⁶ M. HAMM, *Terrorism as crime*, New York City, 2015.

⁷ J. BURKE, *Al Qaeda. La vera storia*, Milano, 2003.

⁸ A. DE GIORGI, *Il governo dell'eccedenza*, Roma, 2001.



dere, nel contesto del capitalismo visto come orizzonte ineluttabile. Le misure vessatorie, le carceri isolate, i rapimenti di dissidenti presunti e reali, si inscrivono in un quadro caratterizzato da una frammentazione sociale che fa del ricorso alla misura penale il principale collante sociale⁹, e tratta la dissidenza politica alla stregua di un nemico interno che va affrontato con la massima severità: in primo luogo, perché mette in discussione l'assunto che non esistano alternative all'assetto socio-produttivo corrente; in secondo luogo, perché la pericolosità della minaccia, secondo lo schema durkheimiano della coscienza collettiva¹⁰, è direttamente proporzionale alla necessità di ricompattare una società attraversata da spinte centrifughe sempre più significative. Questo modello idealtipico che si proporrà nel corso della discussione, si prefigge lo scopo di evidenziare una lacuna interpretativa che caratterizza gli apparati statali: ogni volta che ci si trova di fronte a casi di violenza politica o di dissenso, si cerca a tutti i costi di fornire una lettura unitaria dei fenomeni, riferendosi a una presunta "centrale della sovversione" che, se da un lato ignora completamente le differenze, le discontinuità, le contraddizioni e le complessità di ogni formazione politica, dall'altro lato sortisce l'effetto di rafforzare gli apparati repressivi, e di sfociare in criminalizzazioni di massa. Nel caso degli anarchici, questo schema, è in piedi sin dai tempi della strage di piazza Fontana del 1969¹¹.

Inoltre, verranno definite le strategie di repressione sia del dissenso che della violenza politica da parte dello Stato, articolandole in tra parti: la prima, che va in un arco temporale compreso tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX secolo, verrà definita come la *negazione*. Sull'onda della teorizzazione lombrosiana¹², i dissidenti politici vengono classificati come elementi patologici, al pari degli altri delinquenti, oppure recanti patologie mentali che richiedono cure supplementari, fino al punto da richiedere il ricovero all'interno delle istituzioni totali¹³. La seconda fase è quella dell'*isolamento*, e si afferma a partire dagli anni cinquanta, per contrastare la diffusione del dissenso politico sia all'interno che all'esterno del carcere. In Italia, Germania Ovest, Regno Unito, Spagna, si affermano le esperienze di legislazione e detenzione speciale,

⁹ D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 1999.

¹⁰ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2000.

¹¹ G. BOATTI, *Piazza Fontana*, Torino, 1999; P. MORANDO, *Prima di Piazza Fontana*, Bari, 2019.

¹² C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, I ed., Torino, 1897.

¹³ E. GOFFMANN, *Asylums*, ed. it., Torino, 1969.



allo scopo di creare un solco tra la detenzione politica e la società. Lo stadio successivo, vale a dire quello dell'*annichilimento*, si afferma negli ultimi trent'anni, e mira alla neutralizzazione fisica e alla rimozione politica dei dissidenti politici, attraverso trattamenti disumani e disumanizzanti. Il caso Cospito, da questo punto di vista, si colloca a pieno titolo all'interno della cornice annichilante, al pari di altre esperienze come quella di Julian Assange nel Regno Unito, delle prigioni di Guantanamo e di Abu Ghraib, delle cosiddette *renditions*. All'interno di questa analisi, emergerà il ruolo dello Stato come manifestazione di un potere che, per auto-legittimare la propria esistenza, ha bisogno del nemico, esterno, ma, soprattutto, interno, allo scopo di potere giustificare la propria persistenza. Si concluderà cercando di delineare possibili scenari alternativi.

Considero questo contributo come l'inizio di un percorso di riflessione sulle strategie preventive e repressive del dissenso messe in atto dal potere. Per questo motivo, alcune categorie utilizzate, alcune tipologie proposte, necessitano di essere chiarificate e affinate ulteriormente, cosa che mi prefiggo di fare nel prossimo futuro.

2. *Il potere statale tra evizione degli anormali e nuda vita*

Le origini dello Stato-Nazione si intrecciano sin dalle origini col conflitto sociale e politico. La necessità di porre fine ai conflitti tra fazioni religiose, accentuatasi in seguito alla riforma protestante, fa sì che si faccia strada e si affermi l'ipotesi di un potere terzo, artificiale, che, secondo il modello hobbesiano¹⁴, risolve i conflitti avocando a sé il monopolio della violenza¹⁵, e spianando lo spazio sociale delle increspature che potrebbero degenerare nella fine della pace sociale. In realtà, come nota Giorgio Agamben¹⁶, sin dall'inizio, la stasi prodottasi in seguito all'affermarsi dello Stato, altro non è che una tappa di un ciclo politico che periodicamente, in seguito alle trasformazioni sociali ed economiche, ripropone il problema della guerra civile. Viceversa, il paradosso della sovranità, può essere declinato da una prospettiva opposta: la relativa pacificazione sociale, per quanto precaria e di breve durata, qualora i membri di una società introiettassero le norme e i valori che assicurano la convivenza, potrebbe, seguendo il modello durkheimiano, portare al superamento della necessità dell'apparato statale per regolamentare i rapporti sociali.

¹⁴ T. HOBBS, *Leviathan*, London, ed.1997.

¹⁵ M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1973.

¹⁶ G. AGAMBEN, *Stasis*, Torino, 2013.



Di conseguenza, lo Stato, ormai radicatosi e riprodotto all'interno del corpo sociale, sente il costante bisogno di ri-legittimarsi, producendo i nemici interni ed esterni. Si viene a produrre perciò un circolo vizioso all'interno delle dinamiche politiche, per cui lo Stato finisce per proiettare la sua paura di essere messo in discussione, in modo effettivo o potenziale, su tutta la società, producendo costantemente il *nemico*, contro il quale si rende necessario mettere in atto una mobilitazione che trascenda ogni differenza e riaffermi quell'unità fittizia ha ispirato l'affermarsi del sovrano. La società impaurita da una paura creata e alimentata dallo Stato finirà per inoltrare una domanda di sicurezza che rafforza gli apparati e i dispositivi del potere.

È all'interno di questo meccanismo di produzione e circolazione della paura che si crea lo spazio per il capro espiatorio, ovvero quello che Agamben¹⁷ definisce come *homo sacer*. Il potere, incerto dalle sue fondamenta per la persistenza di sacche consistenti di resistenza e per la prospettiva di essere espunto dai rapporti sociali, si alimenta (o meglio, si *auto-alimenta*) restringendo figure liminari in uno spazio situato ai margini della società, ovvero il campo, il carcere, oppure gli hotspot e i CIE, dove le figure problematiche, irriducibili alla regimentazione e catalogazione, vengono rimosse e reclusi. È la *nuda vita*, ovvero l'esistenza biologica, con le sue complessità potenziali, a preoccupare il potere, che ha bisogno di vilipenderla, umiliarla, e classificarla. Il Caso Cospito esemplifica questa strategia di legittimazione: un governo messo in crisi da crisi economica, paura della guerra, consapevolezza di essere espressione di una minoranza di Italiani e di una legge elettorale iniqua, utilizza la nuda vita, ovvero il corpo di Cospito, per agitare davanti agli occhi dell'opinione pubblica il corpo del nemico. Tuttavia, la selezione e produzione del nemico, dipende da criteri di selezione che hanno a che fare con la qualità degli interessi che lo Stato, in quanto manifestazione del potere contemporaneo, incarna. Charles Tilly analizza la costruzione degli Stati-Nazione¹⁸ dal punto di vista dei conflitti tra alleanze diverse di gruppi portatori di interessi specifici, leggendo quindi la vicenda statale in controtelaio rispetto alla prospettiva hobbesiana. La pace sociale che si stipula col sorgere dello Stato-Nazione, si connota come la condizione preliminare per l'affermazione della nascente società capitalista, che necessita di ordinare lo spazio sociale a mezzo della centralizzazione de-

¹⁷ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere e la nuda vita*, Torino, 1993.

¹⁸ C. TILLY, *La formazione degli Stati nazionali in Europa Occidentale*, Bologna, 1984.



gli apparati, dell'astrattezza e dell'uniformità dello spazio all'interno del quale si applicano. La nascita degli Stati moderni, se da un lato comporta il superamento delle stigmatizzazioni di impronta religiosa, dove il corpo del condannato era intriso di empietà da redimere attraverso atroci supplizi, dall'altro lato avvia il processo di *evizione degli anormali*,¹⁹ vale a dire il controllo e la repressione di tutti quegli individui e gruppi sociali che minacciano il consolidamento e la riproduzione del nuovo ordine, ovvero quelle classi pericolose²⁰ per i quali sviluppare e dispiegare l'apparato di conoscenze e di interventi che fa riferimento al sistema penale moderno e alle istituzioni totali. Il corpo del condannato, all'interno di questo mutamento strutturale, cessa di essere l'involucro di un'anima immonda, per trasformarsi nel terminale di un progetto disciplinare mirato a plasmare le classi pericolose in funzione del loro collocamento all'interno della società e dell'economia di mercato²¹. In questo contesto, ancora fluido ed effervescente sul piano socio-economico, ma anche nel contesto politico, il dissenso e la violenza politica, opera di piccoli gruppi o di individui, vengono trattati alla stregua della criminalità ordinaria, anche perché, come ci accingiamo a vedere nella sezione successiva, lo spazio tra violazione delle leggi e ribellione politica non è ancora compiutamente definito.

3. *Patrioti e anarchici. Dissenso tra anomalia e criminalità*

Nel corso del XIX secolo, fino alla prima guerra mondiale, il dissenso e la violenza politica hanno luogo attraverso l'azione di piccoli gruppi, senza una struttura gerarchica definita, e o di singoli individui. Partendo dai movimenti come la Carboneria, la Giovine Italia, per approdare al movimento anarchico, ci troviamo di fronte a cospirazioni e azioni messe in pratica da singoli soggetti o piccoli gruppi, che operano in segretezza²². Da un lato, ci troviamo ancora di fronte ad un'epoca di transizione, con la nascente società capitalistica che convive ancora con residui dei modi di produzione del passato, nonché con una forte presenza di un proleta-

¹⁹ H. LEFEVBRE, *Lo Stato moderno*, Bari, 1978.

²⁰ L. CHEVALLIER, *Classi laboriose e classi pericolose a Parigi nel XIX secolo*, Milano, 1977.

²¹ D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario moderno*, Bologna, 1978; G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1977.

²² C. CASTELLANO, *Il segreto e la censura: storia di due concetti nel Risorgimento italiano*, Trento, 2010.



riato di origine contadina all'interno della forza lavoro²³Inoltre, il passaggio dall'Ancien Regime agli Stati-Nazione si produce attraverso passaggi traumatici, che si protrarranno per tutto il XIX secolo²⁴.

Dall'altro lato, i nascenti saperi criminologici, non attribuiscono agli attivisti politici specifiche connotazioni, in quanto leggono il loro attivismo simmetricamente alle altre attività criminali. Beccaria, nel suo trattato che origina la criminologia²⁵, individua una sfera di eccezionalità, nella misura in cui, per i dissidenti politici che mettono a repentaglio l'impianto contrattualista dello Stato, la pena di morte, contrariamente agli altri casi, può essere applicata. La tesi di Beccaria rispecchia le paure della nascente classe borghese, e anche la sua consapevolezza che l'affermazione del nuovo ordine sociale e politico non sarebbe stata immune da conflitti.

Lombroso, da parte sua, avrebbe continuato a inserire il dissenso politico, in particolare quello che si manifesta attraverso azioni violente, nel solco delle patologie, ascrivibili a fattori storico-ambientali quali l'orografia, la prossimità con paesi attraversati da conflitti politici, e la storia di rivolgimenti politici. Lombroso preconizza il confino come soluzione per i reati politici, inquadrando la sovversione come²⁶una patologia che può contagiare il corpo sociale, da trattare attraverso la sua rimozione dall'interno. Tuttavia, il principale esponente della scuola positivista, pur non riferendosi direttamente ai reati politici, sostiene che la pena di morte si rende necessaria qualora la società non riesca a mettere in atto una difesa sociale.

Sia i criminologi classici che quelli positivisti, dunque, concordano nel considerare come il dissenso alla stregua di un'anomalia patologica, da trattare mettendo in atto misure estreme, che esulano dall'ordinario. Entrambe le posizioni condividono le preoccupazioni relative al dissenso politico, tanto da auspicare sia la soppressione che la rimozione del corpo politico dei condannati, di cui scorgono delle potenzialità patologiche. Questo approccio si spiega sia in relazione al fatto che gli Stati-Nazione liberali, fino alla seconda metà dell'ottocento, sono ancora da consolidarsi, sia al timore che gli sconvolgimenti sociali provochino tensioni che

²³ M. BIANCO, *L'industria italiana*, Bologna, 2003; L. FERRARI BRAVO, *Stato e sottosviluppo. Il caso del Mezzogiorno italiano*, Milano, 2003.

²⁴ F. BENIGNO, *Terrore e terrorismo*, Torino, 2018.

²⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1978.

²⁶ C. LOMBROSO, cit., 1897, 312-327.



mettano in pericolo il nuovo regime economico e sociale²⁷. Tuttavia, in questa fase, non verranno pensate, né implementate, misure preventive e repressive pensate ad hoc per i detenuti per reati di tipo politico.

Sin dal 1864, a Londra, è attiva l'Internazionale dei lavoratori, ma, anche in questo caso, forme organizzative articolate e durature sono in fase di definizione, anche in conseguenza della presenza di un'ampia base sociale contadina e dell'eterogeneità dell'organizzazione industriale, coi grandi complessi che ancora convivono con aggregati produttivi di unità ridotte. In questa fase, il dissenso politico e gli atti di violenza, si connotano per la loro frammentazione, e per essere opera di singoli individui. In particolare, ci riferiamo all'omicidio del presidente francese Sadi Carnot, avvenuto nel 1894 ad opera dell'anarchico italiano Sante Caserio, all'uccisione di Umberto I di Savoia ad opera di Gaetano Bresci nel 1900, e alla morte, per mano dell'anarchico americano, Leon Czolgosz, del presidente Mc Kinley l'anno successivo. Si tratta di attentati pianificati e messi in atto a livello individuale, che non sono il frutto della pianificazione di un gruppo, in conseguenza sia ancora del carattere organizzativo di tipo embrionale, sia dell'individualismo e della refrattarietà all'organizzazione che caratterizza l'anarchismo. Probabilmente sono questi due aspetti a non provocare l'istituzione di misure speciali da parte dello Stato, e di trattare gli esponenti del dissenso radicale alla stregua di criminali comuni, applicando loro le sanzioni previste dal codice penale. In Italia, il confino di cui parlava Lombroso, introdotto già a partire dalla legge Pica (1863), per poi essere perfezionato nel corso degli anni successivi per raggiungere la compiutezza negli anni del fascismo, si riferiva a una *pericolosità sociale* generica nella quale potevano essere ricompresi anche sospetti membri di organizzazioni criminali, omosessuali e prostitute. Non era quindi una misura specificatamente prevista per reati politici. Negli altri paesi, il carcere o la pena di morte, al pari di altri reati gravi, erano applicati agli autori di crimini politici. La deportazione era stata utilizzata dall'Inghilterra fino ai primi del XIX secolo, per poi essere abbandonata, mentre la Francia decise di deportare in Guyana alcuni dei comunardi.

Dall'altro lato, sviluppando il concetto della *clonazione del nemico* coniato da Vincenzo Ruggiero²⁸, la violenza politica dei primi decenni del capitalismo può essere messa in relazione con la restrizione degli spazi di dissenso nei confronti delle classi subalterne. Le aggregazioni, le

²⁷ G. ARFÈ, *Storia del socialismo italiano*, Torino, 1965; B. MOORE JR., *Le origini sociali della dittatura e della democrazia*, ed. it. Torino, 1969.

²⁸ V. RUGGIERO, *op. cit.*, 308.



organizzazioni delle classi subalterne incontravano reazioni dure, che si concretavano nelle repressioni di piazza, negli arresti di massa (come in Italia ai fini dell'800), nelle accuse di sovversione e nelle esecuzioni di attivisti a mezzo di processi sommari, come, negli USA, nei casi di Albert Parsons e August Spies nel 1887 o di Sacco e Vanzetti nel 1927²⁹. La chiusura di ogni spazio rivendicativo dall'alto, provoca una reazione dal basso che alimenta la giustificazione repressiva, articolata sia nella produzione e circolazione di paure tra il pubblico, che nella messa in atto di misure repressive ancora più strette. In ogni caso, almeno fino alla prima metà del Novecento, la criminalità politica, vera o presunta, viene equiparata alla criminalità comune, e gli autori di atti ascrivibili a queste definizioni vengono condannati a pene detentive o all'internamento nei manicomi. Se il dissenso è un'anomalia, una patologia sociale, lo è al pari delle altre. Il cambiamento di paradigma, quando si agirà a mezzo di *isolamento* verrà analizzato nella prossima sezione.

4. *Prigionieri politici e circuiti di camosci*: l'isolamento

La seconda parte del “secolo breve³⁰” si caratterizza storicamente per la compresenza di tre elementi: innanzitutto, il ruolo dello Stato nella regolamentazione dell'economia, simmetricamente alla concentrazione della produzione in grandi aggregati; in secondo luogo, per il consolidamento dello Stato sovietico, sorto dalla rivoluzione russa del 1917 e affermatosi come potenza mondiale in seguito alla vittoria nel conflitto contro le potenze fasciste; in terzo luogo, la formazione e il successo dei movimenti di liberazione anti-coloniale³¹, fa emergere sulla scena una pluralità di nuove soggettività sociali e politiche, come i movimenti studenteschi e femministi. Questi tre elementi si relazionano tra loro per via delle modificazioni qualitative che apportano all'organizzazione del dissenso politico, estendendo quindi la loro influenza anche alle organizzazioni armate.

I movimenti di liberazione, infatti, forniranno da ispirazione sia all'organizzazione che alle pratiche dei gruppi politici che prenderanno piede nel mondo occidentale³², mutuando sia la pratica ispirata alla guerriglia

²⁹ J. BRECHER, *Sciopero*, Roma, 1999.

³⁰ E. HOBBSAWM, *Il secolo breve. 1914-1989*, Milano, 2001.

³¹ F. FANON, *I dannati della terra*, Torino, 1962.

³² Per il caso italiano, la vicenda delle Brigate Rosse, l'organizzazione armata più famosa, può essere ricostruita in: R. CURCIO, M. SCIALOJA, *A viso aperto*, Milano, 1989; M. MORETTI, C. MOSCA, R. ROSSANDA, *Brigate Rosse. Una storia italiana*, Roma, 1995. Per



che l'organizzazione, che richiama la struttura cellulare iniziata sotto i bolscevichi. L'articolazione capillare dall'alto verso il basso, la segmentazione dei diversi livelli di responsabilità (*regolari/irregolari*), la stratificazione dei ruoli, si rivela altresì speculare alle organizzazioni burocratiche statuali e aziendali, in un contesto caratterizzato dal ciclo tra consumo e produzione di massa³³.

Le lotte operaie e contadine che hanno luogo nella seconda metà del XX secolo, si saldano con quelle portate avanti dalle nuove soggettività, arrivando a fare circolare i discorsi di emancipazione anche tra gli strati più marginali e, fino ad allora, de-politicizzati, estendendosi in contesti impensabili fino ad allora, come le istituzioni totali, in particolare le carceri. Le rivolte carcerarie in Italia, come all'estero, negli USA, nel caso di Attica³⁴, nel 1973, sono il frutto della saldatura tra attivisti politici e detenuti comuni che, attorno al bisogno urgente di migliorare le condizioni elementari di detenzione all'interno delle carceri, danno vita ad un processo di "politicizzazione" che rispecchia l'articolazione delle lotte che si stanno portando avanti all'esterno, come le occupazioni dei luoghi produttivi, l'autoriduzione delle bollette, l'insediamento all'interno degli alloggi sfitti, sia pubblici che privati.

La diffusione del dissenso politico, l'articolazione tra piano esterno ed interno, destano la preoccupazione degli apparati statuali, che in un periodo di recessione seguito alla crisi economica del 1973³⁵, approntano dei veri e propri dispositivi di contenimento, se non di repressione, del dissenso politico, con la conseguenza della degenerazione del conflitto sociale in scontri armati. L'Italia, per la sue peculiarità di Paese di frontiera tra est e ovest durante la guerra fredda, che annovera il più forte partito comunista dell'Europa Occidentale, e ha vissuto un "lungo 1968" in seguito ai forti squilibri sussistenti tra società e politica³⁶, costituisce un punto di riferimento cruciale per l'analisi delle trasformazioni del corpo politico del condannato. Le 92 organizzazioni armate operanti tra il 1970 e i primi anni ottanta, i circa 20.000 militanti, i 62.000 avvisi

altre organizzazioni, si veda: P. MORONI (a cura di), *Le parole e la lotta armata*, Milano, 1998; P. MORONI, N. BALESTRINI, *L'orda d'oro. 1968-1977*, S. SEGIO, *Una vita in Prima Linea*, Roma, 2005.

³³ A. NEGRI, *La forma-Stato*, Milano, 1977.

³⁴ C. DE VITO, *Camosci e girachivi*, Bari, 2009; AA.VV. *Lotta dura, abbiam gridato!* Roma, 1973; G. JACKSON, *Col sangue agli occhi*, Torino, 1973.

³⁵ J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1976.

³⁶ P. GINSBORG, *Storia d'Italia 1943-1991*, Torino, 1992; S. TARROW, *Democrazia e disordine*, Bari, 1990.



di garanzia comminati nell'occasione del caso "7 aprile"³⁷, che varranno al nostro Paese le condanne di organizzazioni internazionali e le critiche di ONG come Amnesty International, fanno il paio con i decreti Cossiga in merito alle manifestazioni (1977), con la legge Reale (1975), con la legislazione speciale e quella premiale anti-terrorismo varate all'indomani del caso Moro.

Tuttavia, per l'economia del nostro discorso, risultano centrali sia l'effetto di queste leggi sul conflitto sociale, sia il mutamento qualitativo nel trattamento della detenzione politica. È da questo momento che il corpo politico del condannato risulta pericoloso per le dinamiche di produzione e riproduzione del potere, in quanto foriero di contaminazioni con altri detenuti, che attraverso la politicizzazione muovono critiche articolate ai rapporti sociali e politici esistenti. Per questa ragione, se fuori il dissenso radicale va isolato e criminalizzato allo scopo di favorire la cesura dai fermenti sociali in atto, all'interno del carcere va isolato e sottoposto a pene supplementari. Per questa ragione si crea il cosiddetto *circolo dei camosci*, ovvero delle carceri speciali predisposte per i detenuti di reati politici, che vengono, in controtendenza con la riforma penitenziaria messa in atto nel 1975, non soltanto isolati da altri detenuti, ma altresì sottoposti a un regime di detenzione duro, che svolgerà un ruolo non secondario, a fianco a pratiche come la tortura, nella defezione di molti detenuti politici, favorendo la diffusione del "pentimento"³⁸. Questa categoria di origine religiosa, dietro la sua connotazione giudiziaria cela la richiesta di aderire ai valori propagati dall'alto, e di rinnegare ogni atto commesso che va in senso contrario ai desiderata del sovrano, che, malgrado la secolarizzazione, si auto-attribuisce un'aura vagamente religiosa di suprema autorità morale. Il potere contemporaneo, senza essere legittimato dall'altare, si erge a giudice e a promotore dei valori e delle aspettative da potere declinare.

Siamo nella fase dell'isolamento, che non riguarda soltanto l'Italia, in quanto si afferma in parallelo ad altre esperienze europee. Nel Regno Unito, per esempio³⁹, la guerra civile scoppiata nelle sei contee irlandesi rimaste sotto la sovranità di Londra alla fine degli anni sessanta in se-

³⁷ G. BOCCA, *Il caso 7 aprile*, Milano, 1982; E. PRETTE, *La mappa perduta*, Roma, 1996; AA.VV., *Una sparatoria tranquilla*, Roma, 1997.

³⁸ C. DE VITO, 1995, cit.; A. CASAZZA, *Gli imprevedibili. Storia della colonna genovese delle BR*, Roma, 2014; P. GONNELLA, *La tortura in Italia*, Roma, 2013.

³⁹ P. SCRATON, *Law, order and the authoritarian State*, London, 1987.



guito alla formazione di una forte soggettività repubblicana⁴⁰, trova una doppia risposta repressiva: alle forze paramilitari unioniste, si affianca il governo, con l'invio dell'esercito nelle Sei Contee e l'introduzione di un regime di detenzione speciale per i militanti repubblicani, reclusi all'interno del famigerato H-Block della prigione di Long Kesh⁴¹. A differenza dell'Italia, dove la tipologia dei reati identifica la detenzione politica come una tipologia specifica della popolazione carceraria, nel caso inglese, ai membri delle organizzazioni repubblicane irlandesi, se da un lato viene applicato un regime detentivo speciale, dall'altro lato non viene riconosciuto lo status di detenuti politici, innescando le cosiddette *blanket protests*, che porterà ad un diffuso sciopero della fame e alla morte di alcuni dei protagonisti della protesta, come Bobby Sands, Patsy O'Hara, Kieran Doherty, Francis Hughes⁴²

Tuttavia, sia nel caso italiano che in quello inglese, troviamo l'isolamento funzionare attraverso l'attribuzione di una doppia etichetta ai detenuti politici: a quella di *criminali*, che già viene applicata in seguito alla violazione della legge, si aggiunge quella di *sovversivi*, ovvero di minaccia per l'ordine costituito, da scongiurare e reprimere attraverso la messa in atto di un apparato legislativo e detentivo speciale. Un secolo dopo, i suggerimenti di Lombroso vengono messi in pratica, probabilmente anche in seguito ad una percezione dell'esistenza di un pericolo effettivo, sia per via della guerra fredda, sia in seguito alle trasformazioni sociali del secondo dopoguerra. Distanziare i detenuti politici dalla società, rimuoverli dal loro contesto, costituisce una scelta che va nella direzione dello sforzo di asetticizzare il conflitto sociale, bonificando attraverso la repressione i bacini dove le potenzialità di sviluppo del conflitto allignano. La necessità di garantire la pace sociale giustifica l'isolamento, che rende possibile applicare ai detenuti condizioni disumane e pratiche di tortura, finalizzate sia ad ottenere informazioni che a degradare fisicamente e moralmente i detenuti. Scelte analoghe verranno compiute in altre realtà europee: in Germania, i vertici della Rote Armee Fraktion⁴³, saranno reclusi nel braccio speciale della prigione di Stammheim, dove quattro di loro, tra il 1976 e il 1977, moriranno in circostanze non del tutto chiare. In Spagna,

⁴⁰ G. ADAMS, *Per una libera Irlanda*, Roma, 1996.

⁴¹ B. SANDS, *A day in my lifetime*, Dublin, 1981.

⁴² L. MC KEOWN, *Nor meekly serve my time*, Dublin, 1994; T.P. COOGAN, *The IRA*, London, 1990.

⁴³ S. AUST, *Il caso Baader Meinhof*, Milano, 2009.



i militanti dell'organizzazione indipendentista basca dell'ETA⁴⁴, verranno reclusi presso prigionieri speciali, lontane dalla loro zona di origine, e sottoposti a torture da parte dei GAL, divisione dei servizi di sicurezza spagnoli preposta alla lotta al terrorismo.

L'isolamento, oltre a mettere in pratica le prescrizioni di Lombroso, riproduce lo schema agambeniano di cui si è discusso all'inizio: *l'homo sacer*, vale a dire la vita sacrificabile che, pur collocandosi all'interno dello spazio sociale, viene da esso isolata e marginalizzata, in modo che possa essere a disposizione del sovrano e governabile secondo leggi e modalità che eccedono la vita quotidiana. A partire a-normalizzazione del dissenso attraverso l'isolamento, si dispiega la strategia bio-politica del potere contemporaneo, che, senza l'intralcio di minacce all'ordine sociale, disinnescate attraverso le leggi speciali e catalizzate dalla sconfitta dei movimenti sociali e dalla ristrutturazione produttiva, può promuovere e gestire la società dell'incertezza che prende forma a partire dagli anni ottanta del secolo scorso⁴⁵. In questa fase, all'isolamento, succederà l'*annichilimento*, che verrà discusso nella prossima sezione.

5. *La detenzione politica post-fordista: l'annichilimento*

A partire dagli anni settanta, ha luogo il mutamento socio-produttivo definito come post-fordismo,⁴⁶ che comporta o la delocalizzazione dei grandi comparti produttivi o il loro ridimensionamento, con le filiere produttive. Il just in time, ovvero la produzione basata su di una domanda indotta⁴⁷ attraverso l'uso ipertrofico della comunicazione, e sull'utilizzo delle risorse relazionali come la famiglia e il territorio, integra la produzione, la distribuzione e la circolazione in un'unica catena produttiva. Si tratta di un mutamento qualitativo che rimescola alla radice gli assetti sociali, prodottosi in seguito alle mobilitazioni e alle sconfitte operaie dei primi anni 80, che manda in soffitta il conflitto sociale così come si era prodotto nell'ultimo secolo,⁴⁸ dal momento che la frammentazione sociale che consegue alla ristrutturazione post-fordista svuota le grandi organizzazioni di massa sia della massa militante che della potenzialità progettuali. La caduta del muro di Berlino del 9 novembre 1989, sembra sancire

⁴⁴ P. WOODWORTH, *Guerra sucia. ETA, el GAL e la democrazia*, Madrid, 2009.

⁴⁵ Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

⁴⁶ A. ASH, *Post-fordism. A reader*, Londra, 1994.

⁴⁷ R. BOYER, *Il pensiero regolazionista*, Milano, 2007.

⁴⁸ A. NEGRI, M. HARDT, *Impero*, Milano, 2000.



l'epoca della grandi contrapposizioni ideologiche, all'insegna del trionfo della cosiddetta *globalizzazione*⁴⁹, ovvero l'integrazione produttiva tra le aree più remote del globo a mezzo della tecnologia, col conseguente flusso di merci e persone tra luoghi fino a poco tempo prima sconosciuti.

Nella società globale, il conflitto politico, non si esprime attraverso strutture pesanti, in quanto può fare leva sia sulla tecnologia, sia, grazie alle migrazioni, della disseminazione di comunità nazionali o religiose nelle zone più disparate del pianeta. È a partire da questi due elementi che, tra la fine degli anni novanta e l'inizio del nuovo secolo, prende piede il movimento no-global⁵⁰, che si prefigge di combattere il neo-liberismo valorizzando gli ambiti locali attraverso la creazione di uno spazio di diritti globali. Il movimento no-global vivrà il suo apice e, allo stesso tempo, l'inizio del suo declino, nel corso del G8 del luglio del 2001, tenutosi a Genova⁵¹, che segna altresì lo spartiacque tra il vecchio e il nuovo modo di affrontare il dissenso politico, violento e nonviolento, da parte dello Stato. L'omicidio del giovane attivista italiano, Carlo Giuliani, le cariche contro i cortei non-violenti, l'irruzione nelle scuole Diaz-Pertini la notte tra il 21 e il 22 luglio, l'arresto su vasta scala di svariati attivisti, il loro successivo fermo nella caserma di Bolzaneto, appaiono come parte di una strategia di negazione assoluta del dissenso politico, fino al suo *annichilimento* assoluto. L'emergenza del terrorismo, seguita agli attentati subiti dagli USA l'11 settembre del 2001 ad opera del gruppo musulmano di Al Qaeda⁵², all'inizio equipaggiato e addestrato dagli stessi statunitensi in funzione anti-sovietica, segna il definitivo soffocamento dei movimenti no-global in nome delle minacce, presunte ed effettive, alle democrazie occidentali. In particolare, il dissenso politico viene sempre più assimilato al terrorismo, come nel caso della legislazione *Prevent*⁵³, varata dal governo britannico nel 2001, che definisce come "estremista" ogni posizione contraria al governo inglese, o come nel caso del Patriot Act⁵⁴, che restringe le libertà dei cittadini statunitensi in nome della sicurezza da attacchi terroristici, comportando la criminalizzazione di alcuni gruppi sociali e l'aumento delle prerogative delle agenzie investigative.

⁴⁹ A. GIDDENS, *Il mondo che cambia. Come la globalizzazione ridisegna la nostra vita*, Bologna, 2000.

⁵⁰ N. KLEIN, *No logo*, Milano, 2001.

⁵¹ V. AGNOLETTI, L. GUADAGNUCCI, *L'eclisse della democrazia*, Milano, 2011.

⁵² J. BURKE, *Al Qaeda. La vera storia*, Milano, 2003.

⁵³ <https://www.counterterrorism.police.uk/what-we-do/prevent/>

⁵⁴ <https://www.aclu.org/other/surveillance-under-usapatriot-act#:~:text=The%20Patriot%20Act%20gives%20the,non%20citizen%20endangers%20national%20security.>



A differenza dell'isolamento, dove i detenuti e i dissidenti politici venivano comunque dotati di uno status giuridico, ci troviamo di fronte a una strategia preventiva e repressiva del tutto nuova, che, oltre a negare la natura politica della protesta, oltre a criminalizzare chi vi prende parte, tende a rimuoverla dallo spazio pubblico, attraverso la sospensione (o addirittura la negazione) dei principi di innocenza e dell'*habeas corpus*, la reclusione in strutture opache, non controllabili dall'opinione pubblica o dagli organi ispettivi, il ricorso, in alcuni casi, a pratiche estreme, come la tortura. La strategia di annichilimento si connota per la doppia peculiarità di annichilire i dissidenti attraverso dispositivi repressivi estremi, e di annullare l'esistenza del dissenso o della protesta verso l'esterno. Inoltre, questa strategia, ricalca il modello organizzativo post-fordista, nella misura in cui sottopone il sistema giudiziario penale a un riallineamento allo stesso tempo segmentato e integrato. Accanto alle leggi speciali, che differiscono i reati di tipo politico, si produce un sistema penale del tutto nuovo: alle carceri ordinarie, si affiancano le prigioni speciali, come nel caso di Guantanamo, Abu Ghraib e delle cosiddette *extraordinary renditions*⁵⁵. La prima è una prigione situata sull'isola di Cuba, dove i detenuti vengono inviati senza che gli venga notificato un mandato di arresto o gli vengano formulate accuse specifiche. La prigione è impermeabile ad ispezioni esterne, ad esclusione della Croce Rossa, e le pratiche della deprivazione spazio-temporale ai danni dei reclusi. La seconda consiste in un vero e proprio rapimento, col prigioniero che, a differenza di Guantanamo, viene portato in luoghi segreti e sottoposto ad interrogatori che prevedono l'utilizzo della tortura.

La strategia di annichilimento ha le sue origini in America Latina negli anni settanta, quando, a partire dalle brutali dittature instaurate in particolare in Argentina e in Cile, in parallelo con l'implementazione delle prime misure neo-liberiste da parte dei governi autocratici, vennero messe in atto strategie di prevenzione e repressione del dissenso politico mirate ad annichilire il dissenso⁵⁶. L'Operazione Condor, pianificata e attuata col sostegno attivo del governo statunitense, si articolò nella formazione alla repressione di militari e poliziotti latinoamericani presso la Escuela de las Americas situata a Panama, attraverso il sostegno attivo di ex-nazisti e reduci della guerra d'Algeria, e nella messa in atto di

⁵⁵ A. WORTHINGTON, *The Guantanamo files*, London, 2007; G. OLIMPIO, *Operazione Hotel California*, Milano, 2005.

⁵⁶ H. VERBITSKY, *Il volo*, Milano, 1996; E. CALAMAI, *Nessun asilo politico*, Roma, 2006; M. D'ERAMO, *Dominio*, Roma, 2020.



pratiche repressive miranti a neutralizzare ogni forma di opposizione⁵⁷. Il rapimento degli oppositori, la loro collocazione in apposite strutture, situate al di fuori del perimetro giudiziario-penale ordinario, il ricorso a leggi e a forze speciali, il ricorso a torture, ad esecuzioni di massa e ad altre pratiche disumane e disumanizzanti, fanno parte a pieno titolo di una strategia di annichilimento degli oppositori che venne inaugurata in America Latina per essere in seguito esportata in Europa e negli USA. Dalle nostre parti, pur dovendo fare i conti con un apparato giudiziario-penale più limitato dalla cornice dello stato del diritto, una sfera politica non soggetta a golpe frequenti, una società civile più reattiva grazie alle mancate svolte autoritarie, la strategia di annichilimento ha potuto comunque affermarsi, innestandosi sulle strategie contenitive del dissenso prodotte nei decenni precedenti. In particolare, a Guantanamo, ad Abu Ghraib, e nelle *renditions*, si è registrato il compimento del salto di qualità da parte della tortura, che passa dallo stadio di produzione di sofferenza a quello di produzione di conoscenza⁵⁸, attraverso la manipolazione fisica, ma soprattutto psicologica, della volontà dei reclusi. Si tratta di quella produzione di distruzione che finisce per connotare la repressione del dissenso come un vero e proprio crimine di Stato, al pari della guerra, delle devastazioni ambientali, del sostegno a fazioni interne in un contesto di guerra civile⁵⁹.

In questo contesto, il corpo del condannato, si connota per la sua politicità sotto due aspetti: in primo luogo, la manipolazione fisica e psicologica, che rientra tra le funzioni più tradizionali dello Stato, serve al potere per riaffermare le sue prerogative di dominio sugli individui e sulla società, riaffermando la centralità delle sue norme e delle sue leggi a danno di chi le mette in discussione. In secondo luogo, attraverso l'annichilimento, si punta a mettere in atto una strategia preventiva, di natura comunicativa, che, attraverso la rimozione del dissenso e la sua repressione, funga da deterrente nei confronti di quei settori della società recalcitranti nei confronti del nuovo ordine neo-liberista, che vengono così criminalizzati alla stregua di nemici interni. La penalità, come strumento principale di governo dei conflitti sociali contemporanei, coincide in questo caso col

⁵⁷ R. ROMERO, *Escuela de las America o escuela de violadores de derechos humanos?*, *Estudios Centroamericanos*, 69/739, 301-320, 2001.

⁵⁸ M. WELCH, *Fare l'impensabile. Genealogia della tortura, Studi sulla questione criminale. Nuova serie di dei delitti e delle pene*, 3/2007, 41-64, 2007.

⁵⁹ D. ROTHE, D. KAUZLARICH, *State crimes*, Bristol, 2017.



securitarismo che alligna nelle società occidentali contemporanee⁶⁰: una società sempre più frammentata, priva di una progettualità a media e a lungo termine, si ricompone attorno ai processi di costruzione e repressione del capro espiatorio, che vedono sanarsi la frattura tra le esigenze di dominio del potere politico ed economico e i principi fondativi di ogni aggregato sociale.

Gli anormali di lefevbriana memoria, nel contesto contemporaneo, vanno puniti ed esclusi dalla società, attraverso il dispiegamento di un apparato punitivo calibrato sull'entità e sulla qualità della minaccia che recano all'ordine neo-liberale, orientato al consumo di massa e fondato sulla dicotomia tra inclusione ed esclusione. Le vicende di Julian Assange e di Alfredo Cospito si collocano esattamente in questa cornice. Il primo, da giornalista, ha esercitato il suo dissenso fruendo di una libertà fondamentale, vale a dire quella di opinione, sui cui si dovrebbero basare le società liberaldemocratiche⁶¹. In realtà, il suo attivismo attraverso il sito Wikileaks, svelando i crimini di Stato e dei potenti, lo ha posto in rotta di collisione con gli equilibri di potere dominanti, nella misura in cui Assange incrina la costruzione ideologica neo-liberista, imperniata sulla dicotomia tra le liberal-democrazie e il resto del mondo. Di conseguenza, Assange, come Chelsea Manning e Edward Snowden, che gli hanno fornito materiale per svelare i crimini di stato commessi dal governo USA, diventa un soggetto anormale nella misura in cui, oltre a non adeguarsi al discorso dominante, lo mette in discussione. Ne conseguono le accuse di alto tradimento, basate su di una legge statunitense che risale agli anni trenta (pur essendo Assange cittadino australiano), le accuse aggravanti di violenza sessuale (in seguito dimostratesi fallaci), miranti a screditarlo pubblicamente, e la reclusione all'interno di una struttura detentiva di massima sicurezza, dove le condizioni di salute di Assange si deteriorano progressivamente. Il risultato sembra essere stato ottenuto, con l'opinione pubblica che mostra un'attenzione residuale vero il caso-Assange e lo screditamento delle attività di Wikileaks e dei suoi attivisti. Inoltre, il fatto che il governo inglese, erede dei promulgatori dell'Habeas Corpus Act (1679), si rifiuti di liberarlo e cerchi in tutti i modi di estradarlo negli USA, testimonia, più che i rapporti di forza tra potenze, l'esistenza di un'uniformità di criteri di valutazione, a livello internazionale, rispetto al modo in cui bisogna affrontare il dissenso politico.

⁶⁰ Z. BAUMANN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2006; J. SIMON, *Il governo della paura*, Milano, 2008; L. WACQUANT, *Punire i poveri*, Roma, 2007.

⁶¹ S. MAURIZI, *Il potere segreto*, Roma, 2021.



Il caso di Alfredo Cospito, si differenzia da quello di Assange sotto due aspetti. In primo luogo, Cospito si trova in prigione per avere commesso un'azione violenta ai danni di un dirigente dell'Ansaldo Nucleare, che ha rivendicato, e per il quale sta scontando una condanna. In secondo luogo, Cospito è cittadino italiano, la sua attività politica, violenta e non violenta, si è svolta in Italia. Tuttavia, al pari di Assange, l'anarco-insurrezionalista pescarese, sta subendo un trattamento giudiziario spropositato rispetto a quanto commesso, che mira alla rimozione della conflittualità dallo scenario pubblico. La seconda condanna, ricevuto per avere lanciato una bomba carta contro la scuola di formazione per Carabinieri di Fossano, è stata soggetta a un accrescimento nelle fasi successive di giudizio, in seguito alla modifica dell'accusa originaria, che ha trasformato in ergastolo la pena detentiva. In seguito a questa modifica, si è registrato l'intervento dell'ex-guardasigilli, che ha applicato a Cospito le misure del 41 bis e dell'ergastolo ostativo. La protesta radicale intrapresa dal detenuto contro queste misure, ha innescato, oltre che una reazione muscolare da parte di un governo che fa di "legge e ordine" la propria cifra, una campagna di screditamento ad ampio raggio. Dalla definizione di Cospito come ideologo e capo degli anarco-insurrezionalisti, si approda all'esistenza di presunte trame sovversive anarco-mafiose, diffuse anche da attori mediatici non sospettabili di simpatie governative, ma che fanno della "legalità", intesa come l'accettazione dogmatica delle misure repressive e delle decisioni della magistratura la loro ragione d'essere.

Il caso di Alfredo Cospito sembra chiudere il cerchio rispetto al corpo politico del condannato. Innanzitutto, perché il 41-bis e il 4-bis, oltre che ad annullare fisicamente e psicologicamente il condannato, rimuovendolo dalla società, gli richiedono di sottomettersi all'ideologia e alle pratiche dominanti, attraverso una sua "collaborazione", così da rilegittimare l'ordine sociale e politico esistenti e sminuire ogni critica. In secondo luogo, perché, secondo una tendenza in voga anche nel caso Assange, l'applicazione di misure afflittive supplementari nei confronti di Cospito trova un consenso diffuso anche a livello sociale, ottenendo l'effetto di restringere lo spazio per il dissenso, anzi criminalizzando chi lo difende e lo promuove. Il corpo del condannato è dunque politico nella misura in cui va nella direzione di legittimare il potere e di rassicurare la società sempre più incerta in merito alla permanenza degli equilibri esistenti.



6. Conclusioni

In questo contributo, si è provato ad analizzare le dinamiche di criminalizzazione del dissenso politico all'interno della società capitalista, proponendo un approccio analitico di tipo diacronico. In primo luogo, abbiamo visto come, sul piano politico, il processo di normalizzazione dello spazio sociale, attraverso l'uniformizzazione di comportamenti, aspettative, processi, si scontra con una realtà effervescente, in continua trasformazione, che crea costantemente nuove curvature all'interno dello spazio sociale. Questo squilibrio tra stabilità e trasformazione, fa sì che anche il potere si senta messo in discussione, per cui alla fine si trova a creare e ad assecondare situazioni di incertezza e di insicurezza, consistenti nell'individuazione e nella perimetrazione di individui e gruppi "pericolosi", allo scopo di potere protrarre la propria sopravvivenza e legittimità all'interno della società. In secondo luogo, si è visto come il potere, per difendersi dal dissenso, adotti delle vere e proprie strategie di negazione, calibrate sul contesto socio-economico esistente, consistenti sia nella stigmatizzazione dei dissidenti, sia della negazione della legittimità delle loro ragioni, per culminare nella loro repressione. Dalla riduzione della questione sociale a una patologia interna alla società fino alla sua rimozione, passando per l'isolamento, ci si muove all'interno di un contesto in cui si tenta di ridurre la pluralità e la complessità inglobandoli all'interno di un assetto dominante. Infine, attraverso l'exkursus storico che abbiamo elaborato, ci è stato possibile evidenziare come, se da un lato le strategie di prevenzione e di repressione a breve e medio termine hanno successo, alla fine diventa possibile scompagnarle, specialmente se si mettono in atto pratiche di opposizione e di resistenza calibrate sugli assetti sociali del momento, e se si aggiunge qualche elemento di novità, in grado di spiazzare il potere. Fu così per le prime organizzazioni dei lavoratori, per le suffragette, per le madri e le nonne di Plaza de Mayo, è stato così per Julian Assange. Così deve continuare ad essere.

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
dalla *Grafica Elettronica* – Napoli