

LA PRODUZIONE DEL “PENALE”: TRA GOVERNO E PARLAMENTO MAGGIORITARIO¹

di Gaetano Insolera

Abstract. *Il testo traccia un bilancio delle politiche criminali nello scorcio del terzo millennio, analizzando in particolare il rapporto con il sistema elettorale maggioritario. Dopo alcune osservazioni preliminari sulle caratteristiche del nostro sistema maggioritario si propone una lettura delle odierne connotazioni della nostra democrazia, con particolare riferimento alla crisi della divisione dei poteri.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1 “Partecipazione democratica alle scelte di politica criminale” in rapporto “alle garanzie individuali”. – 1.2. “Diritto penale tecnocratico”. – 2. Diritto penale e sistema maggioritario. – 2.1 Nella “Prima Repubblica”. – 3. La democrazia del leader. – 4. La produzione del penale. – 5. Aspettando Godot. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Qualche premessa sul contesto tematico di questo convegno, in base al quale ho pensato di orientare il mio intervento. Mi riferisco ai due concetti di a) “partecipazione democratica alle scelte di politica criminale” in rapporto “alle garanzie individuali” e a quello di b) “diritto penale tecnocratico”.

1.1 Partecipazione democratica alle scelte di politica criminale in rapporto alle garanzie individuali.

Quello tra democrazia, politica criminale e garanzie individuali di libertà è un rapporto difficile, da sempre.

Alla luce di uno spartiacque storico convenzionale, che utilizzerò – prima e seconda Repubblica – ribadisco che soprattutto nella sua ultima fase (le stagioni

¹ Relazione al convegno “Partecipazione democratica alle scelte politico-criminali e garanzie individuali nell’epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo”. Università Di Siena – 22 aprile 2016.

dell'emergenza) la prima Repubblica vide l'affermarsi di strumentazioni preventive e repressive illiberali e l'affidamento alla Magistratura di un ruolo di protagonista².

Quanto al ruolo della cultura penalistica, si è notato di recente, a proposito di principi e politiche legislative penali, che *“nel gioco della democrazia, le pretese che possiamo presentare come incondizionate – e siamo legittimati a sostenere con forza nella sfera pubblica – sono quelle del rispetto dei principi (limiti) costituzionali, sovraordinati a un legislatore che non è onnipotente, né nella scelta dei fini, né nella scelta dei mezzi. Nel campo dei problemi aperti alle scelte politiche del legislatore (nelle forme dell'ordinaria legalità) abbiamo titolo a intervenire né più né meno degli altri soggetti della sfera pubblica pluralistica, portando le nostre specifiche competenze tecniche e le nostre (discutibili per definizione) opzioni di valore (doxa, non aletheia)”*³. Posizione che condivido, con una osservazione e una domanda.

Oggi, il riferimento alla Costituzione deve confrontarsi con la chiassosa legione del *“neocostituzionalismo”* che, al nucleo di garanzie individuali ricavabili dalla Carta sul presupposto di quell'*argumentum libertatis* che ne riflette l'originaria componente liberale – ispirazione questa che aveva animato la stagione della penalistica costituzionale – contrappone il proliferare di diritti e garanzie⁴, da immettere nei bilanciamenti, ricavati da processi interpretativi del testo, anche di quello della Legge fondamentale, frutto di variegata istanze sociali o di pretese conformità a giurisprudenze/fonti sovranazionali⁵. Ne scaturisce una proliferazione di diritti senza

² *“Gli anni '70 e '80 sono anche anni della legislazione dell'emergenza. Una situazione nella quale i discorsi critici provengono quasi esclusivamente dalla letteratura penalistica. Si definisce infatti una speciale versione di “democrazia militante” – da intendersi come ricorso a strumentazioni repressive e preventive illiberali in presenza di nemici del sistema democratico – che vede in prima linea anche il PCI. La posizione assunta nel momento cruciale del sequestro Moro, da un lato è coerente con l'ortodossia comunista che esclude qualsiasi forza politica collocata a sinistra. Dall'altro, soprattutto, cementa un'intesa che terrà fino alla seconda Repubblica, tra potere legislativo e giudiziario. Si realizza però un deciso rafforzamento di quest'ultimo, a cui è assicurato uno strumentario che sarà progressivamente allargato a sempre nuove emergenze, rafforzamento accompagnato da una narrativa che ne fa il vero (o l'unico?) protagonista del salvataggio della Repubblica.”* G. INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1175. Questo saggio costituisce la prosecuzione, da un punto di vista storico, di quelle riflessioni.

³ D. PULITANO, intervento al forum promosso dalla Associazione Italiana dei professori di diritto penale per sollecitare *“un'analisi critica sulle attuali scelte politiche di incriminazione nelle quali la pena come tale o la sua misura sembrano rappresentare per il ceto politico un valore in sé o un 'valore aggiunto', di carattere eminentemente simbolico, a scelte non necessariamente collegate alla necessità e proporzione del controllo di fenomeni di cui pur non si contesta il carattere disfunzionale e/o antisociale”*.

⁴ Mette in guardia sulla diversità del concetto di diritti dell'uomo rispetto a quello di diritti umani, V. FERRONE, *Diritti umani o diritti dell'uomo?* In *Il Sole24ore*, supplemento *Domenica*, 17 aprile 2016 con la conclusione: *“Ma ciò che preoccupa di più è la mancata consapevolezza di quei politici, diplomatici e giuristi che a Bruxelles considerano ormai equivalenti, e dunque intercambiabili, nei loro documenti e nelle loro sentenze le espressioni “diritti dell'uomo” e “diritti umani”. Qualcuno dovrebbe forse segnalare loro che se esistono i diritti umani non vanno dimenticati i diritti della storia – che non così facilmente si presta ad anacronismi e acrobazie lessicali – se si vuole davvero capire il nostro presente e agire con cognizione piena della posta in gioco”*. Osservazioni analoghe in M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2008, 222 ss.

⁵ Il riferimento è al *trend* descritto da R. HIRSCHL sul piano internazionale (*Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge Mass.-London, 2004). Per un efficace sintesi critica di questa che può essere definita una forma di *“paternalismo giudiziario”*, che enfatizza il ruolo dei giudici, ma anche di professori, tecnici e *“sapienti”*, N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in

criteri ordinatori. Attraverso i bilanciamenti, che mascherano una componente creativa e scelte adottate nella composizione tra valori in conflitto, così si accede al campo dell'azione politica diretta⁶. Una corrente di pensiero che si poteva cogliere nelle dichiarazioni del neo eletto presidente della Corte costituzionale, l'11 aprile 2016, in occasione della relazione annuale della Corte per il 2015⁷.

E una domanda. In democrazia, verso le scelte di politica penale del legislatore, i limiti della cultura penalistica – competenza tecnica, nell'ambito di **sempre opinabili** scelte di valore – non dovrebbero valere anche per organi, quali il CSM (il riferimento è alle competenze di autogoverno in base all'art. 105 Cost), o, a maggior ragione, per un sindacato come l'ANM? E, nella sfera pubblica pluralistica, singoli appartenenti all'ordine giudiziario, sono forse figli di un Dio maggiore?

1.2. Diritto penale tecnocratico.

A questo proposito possiamo confrontarci con una molteplicità di direzioni di senso, tutte connotate negativamente.

Ad esempio la si è colta, a proposito della laicità del diritto penale, nella strumentalizzazione degli spazi liberi o neutrali⁸, con il dispotismo della "téchne"; da altri⁹ è stato individuato nelle opposte prospettive – criminalizzazione o adozione di tecniche di tutela sanzionatorie alternative – di fronte al diritto penale del rischio; ancora è stato attribuito al cd. diritto penale del nemico¹⁰; generalmente colto nella influenza delle fonti comunitarie e sovranazionali, con il prevalere delle finalità

AA.VV., *Anatomia del potere giudiziario* (a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti), Carocci, Roma 2016, 37 ss., in corso di stampa.

⁶ Strada aperta dai sempre più penetranti e articolati tipi del controllo di ragionevolezza. A questo proposito, G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale* (a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti), Torino, 2012, 425 ss.

⁷ In <http://www.rainews.it/dl/articoli/Corte-Costituzionale>. "La Corte costituzionale è un "organo formalmente estraneo al sistema della tripartizione dei poteri, ma sostanzialmente dotato di compiti di 'giustizia', più che solo di stretta giurisdizione, essa svolge come una funzione 'respiratoria' dell'ordinamento, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza". Ha detto il presidente della Corte costituzionale. "Osservare criticamente, attraverso i casi singoli ma anche oltre la prospettiva di questi, la dinamica complessiva delle vicende relative alla giustizia nell'anno trascorso – ha continuato Grossi – può essere l'occasione per trarre indicazioni, in qualche caso, significative anche dell'andamento complessivo, delle istanze variamente prospettatesi nella cosiddetta 'sfera pubblica'. "Nella quale le contrapposte esigenze, talora intrinsecamente antagonistiche, aspirano a rendersi variamente compatibili secondo le previste procedure, sia che esse riguardino direttamente le tutele di diritti o interessi, sia anche che riguardino l'esercizio, da parte dei diversi titolari della potestà legislativa, della competenza a disciplinarli". È in quella occasione che il Presidente intervenne affermando che "fa parte della carta di identità del buon cittadino" partecipare con il voto all'imminente referendum abrogativo.

⁸ S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, (a cura di Dolcini-Paliero), I, Milano 2006, 165.

⁹ C. F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in AA.VV. *Il diritto penale minimo* (a cura di Curi-Palombarini), Roma, 2002, 104 ss.

¹⁰ F. MUNOZ CONDE, *Il nuovo diritto penale: Considerazioni sul così detto Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico* (a cura di Donini-Papa), Milano, 2007, 133.

politico criminali sulle scelte democratiche e sui fondamenti garantistici del diritto penale. Solo per fare alcuni esempi.

In tutte le accezioni, negative, compare il riferimento a dati assiologici ritenuti irrinunciabili alla dimensione del giuridico, nel confronto con le garanzie di libertà individuale.

Utile una riflessione sulla storia plurisecolare del concetto di *tecnocrazia*¹¹. La sua ideologia ha come capisaldi la preminenza della competenza e dell'efficienza contrapposte alla politica, come regno dell'incompetenza, della corruzione e del particolarismo. È un'ideologia antipolitica, che postula un concezione del bene comune conoscibile mediante ragione "scientifica". Ma si può immaginare una competenza così neutrale da sfuggire sempre e comunque a ogni condizionamento dell'interesse? Ancora, quali i modi con cui consigliare e controllare il dominio dei tecnici da parte dei ceti rappresentativi della cultura, degli intellettuali?¹²

La tecnocrazia è una sirena che nei momenti di crisi economica, nei quali il malessere dell'elettorato si associa all'assenza di tempestivi sbocchi politici concreti, può apparire, ed è apparsa nella nostra esperienza recente, una soluzione accattivante (dall'origine è legata alla centralità dell'*homo oeconomicus* e, nelle mutazioni della società industriale, alla predominanza della competenza di *dirigeants*, *directeurs* della produzione¹³).

Riferita al penale, come visto, evoca facilmente una oggettivazione funzionalistica di competenze punitive¹⁴.

2. Diritto penale e sistema maggioritario.

Questo il contesto, niente affatto univoco.

Sono posti a confronto due dati: la produzione di penalità e il governo e il parlamento prodotti da un sistema elettorale maggioritario.

Soffermiamoci sull'ultimo dato. Il maggioritario.

Avviene sovente che, nella ricostruzione storica e nella sua interpretazione, si disponga di dati sicuri quanto alla sequenza cronologica degli avvenimenti, molto più complesso, se non impossibile, stabilire inferenze necessarie: questo confina nell'aforisma (Pascal e il naso di Cleopatra) o nel divertente gioco romanzesco della cosiddetta storia controfattuale.

Alcuni punti fermi: la fine della prima Repubblica costituisce l'esito di un processo incominciato alla fine degli anni '70 (assassinio di A. Moro, compromesso

¹¹ D. FISICHELLA, voce *Tecnocrazia*, in *Enciclopedia del novecento II*, 1998 consultabile in <http://www.treccani.it/enciclopedia/tecnocrazia>; Idem, voce *Tecnocrazia*, in *Dizionario di politica*, (a cura di Bobbio, Matteucci, Pasquino), Novara 2014, 970.

¹² Efficace rappresentazione di D. FISICHELLA, *op. cit.*, 1998, 36 ss., nel rapporto tra potere temporale, la tecnocrazia, e quello spirituale.

¹³ D. FISICHELLA, *ult. op. cit.*, 9.

¹⁴ *Ibidem*, 37.

storico), di progressivo allontanamento dei partiti dalla società, sostituiti da movimenti (il femminismo, l'ecologismo, l'animalismo etc.) estranei alla loro tradizione. I partiti non sono più in grado di "incapsulare" le trasformazioni sociali, di captare la mobilità e frammentazione delle istanze che esse producono.

I partiti si "rattrappiscono", diventano espressione del sistema pubblico, si "statalizzano"¹⁵; Tangentopoli costituisce un caso di eutanasia attiva della democrazia rappresentativa, con un'agonia prorogata e rafforzata nel ventennio berlusconiano¹⁶.

Certo, nella destrutturazione del sistema dei partiti un ruolo significativo ha "la breve ma intensissima stagione referendaria" per il maggioritario di Mario Segni, che segna gli avvenimenti successivi¹⁷; al governo dei tecnici ho già fatto cenno; infine l'attuale governo.

Questi i fatti.

Direi che l'adozione del maggioritario entra nella sequenza, ma non individua una chiave esplicativa decisiva per la lettura delle caratteristiche della odierna produzione del penale.

Nel succedersi delle leggi elettorali, fino all'intervento della Consulta e all'ultima riforma, ci troviamo in presenza sempre di sistemi misti e pasticciati¹⁸ – il sistema maggioritario puro, che troviamo praticamente solo nell'esperienza inglese dovrebbe prevedere, infatti, collegi uninominali a un turno. Certo, il movimento referendario nell'inseguire l'obiettivo palinogenetico della stabilità degli esecutivi e il superamento della degenerazione dei partiti della prima Repubblica, fu l'incubatrice della realtà successiva, definibile come *democrazia del leader*: in questo centrale fu piuttosto la rottura del rapporto, alla base della dinamica di una democrazia rappresentativa, tra centro/periferia, con la vanificazione del valore delle preferenze¹⁹. Ma le dinamiche della produzione del penale nella seconda Repubblica è proprio a questo concetto che devono essere ricondotte, concetto influenzato, ma non determinato, dalle contrapposizioni – per altro, come visto, pasticciate – tra i due sistemi di selezione dei rappresentanti.

2.1 Nella "Prima Repubblica".

La chiave di lettura proposta trova conferma se ci si sofferma ancora, brevemente, sull'analisi del rapporto tra partecipazione democratica e politica criminale nella prima Repubblica, a sistema elettorale proporzionale. Questa si reggeva su una narrazione di ideologica emancipazione sociale che, da un lato, poteva fare

¹⁵ L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in *Anatomia*, cit.

¹⁶ Su quella frattura giudiziaria nella storia politica italiana M. FELTRI, *Novantatre*, Padova, 2016; sul perdurare del "modello Tangentopoli", M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari, 2016, 56 ss.

¹⁷ M. CALISE, *op. cit.*, 74.

¹⁸ In questo senso le taglienti osservazioni di G. SARTORI, in *Mala tempora*, Bari, 2004, 241 ss.

¹⁹ M. CALISE, *op. cit.*, 100 ss.

riferimento anche a questioni di “ordine pubblico”; dall’altro, anche nei contenuti a maggiore connotazione progressista, si poneva come strutturalmente non incompatibile con il penale. Semplicemente, la politica criminale si contendeva il campo con la *politica* e con le prospettive da questa tracciate, costituenti – queste – i principali strumenti di consenso.

Può così essere utile verificare l’eco giornalistica delle principali riforme del settore penale intervenute a partire dagli anni Settanta, segnati dall’affermato aumento della criminalità, anche comune, nei quali le forze “conservatrici” battono sulla questione criminale invocando maggiore repressione²⁰.

D’altra parte, ad esempio, a proposito della riforma della recidiva, del concorso di reati e del bilanciamento delle circostanze, nel 1974, sul principale quotidiano del Paese, il Corriere della sera, il giorno successivo alla conversione del Decreto legge n. 99, compare un breve articolo di Martinelli dal tono informativo, quasi tecnico, che non dà conto degli orientamenti del voto e che tradisce una certa condivisione della sua ispirazione mitigatrice del sistema punitivo. Non si registrano opinioni di esponenti dei partiti “conservatori” volti a stigmatizzare l’arretramento delle istituzioni nella lotta al crimine. Si può dire che la riforma, nel discorso pubblico²¹, passa nel silenzio, nonostante in quel momento il richiamo alla legge e all’ordine, anche rispetto alla criminalità comune, facesse senz’altro parte del discorso politico nell’ambito delle forze di centro²².

Peraltro appare interessante anche l’esame del punto di vista “alternativo”. Abbiamo già detto come, a nostro parere, l’utilizzo del penale non fosse escluso dalla prospettiva emancipatoria e progressista. E in effetti, le forze di sinistra – in particolare il PCI – non esprimono precisi intenti di contenimento nel ricorso alla risorsa penale, nemmeno con riguardo a quei fenomeni criminali comuni le cui cause, pure, siano individuate come strutturali. Piuttosto muovendo da una lettura del problema dell’ordine pubblico come problema politico, si pone in luce il collegamento tra criminalità istituzionale (finanziamento dei partiti, corruzione, etc.) e criminalità anche comune e, dunque, si concentra l’esigenza di intervento in primo luogo a tutela delle istituzioni democratiche²³. Ma è ancora la cronaca politica a suggerire qualche spunto di riflessione, sia pure “*a contrario*”. Non pare infatti privo di significato che, così come le forze di centro non fecero alcuna polemica sulla riforma del 1974, così quelle di

²⁰ A. GAMBERINI - L. STORTONI, *La politica criminale della classe dominante: razionalità e ideologia*, in *La questione criminale*, 1975, 121 ss.

²¹ Diversamente nella riflessione penalistica. Penso ad esempio a Gruppo penalistico dell’Università di Bologna, *Sulle linee emergenti della politica criminale in Italia*, Bologna, 1974.

²² Sono primi spunti di una ricerca in corso da parte di Giorgio Abbadessa, consultando i principali quotidiani dell’epoca. Ciò che interessa è cogliere, attraverso i media, il ruolo svolto dalle scelte penalistiche, e la sua intensità, nel dibattito politico. Sull’ampio dibattito critico sollevato tra i penalisti a proposito della cd. “legge Reale”, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico* (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152), in *La questione criminale*, 1975, 221 ss.

²³ U. GUERINI - F. TAGLIARINI, *Esigenze di politica criminale e dibattito elettorale. Parte I. Le posizioni della DC, del PCI e del PSI*, in *La questione criminale*, 1975, 339 ss., laddove si fa riferimento alle dichiarazioni di Berlinguer sull’Unità del 20 maggio e 13 giugno 1975 (348). Parte II, 517 ss.

sinistra non rivendicarono affatto con orgoglio la riforma del diritto penitenziario intervenuta con la “legge Gozzini” – in questo caso, sui quotidiani non si rinvengono nemmeno articoli informativi²⁴.

Come accennato discorso diverso deve essere fatto a proposito della legislazione dell'emergenza (prima antiterrorismo, poi antimafia), nello scorcio finale della prima Repubblica. Anche in questo caso, tuttavia, si registrò un prevalente convergere delle forze politiche.

Breve, prima Repubblica e sistema elettorale proporzionale non escludevano dal proprio orizzonte la politica criminale. Tale orizzonte, però, veniva alzato quel tanto da consentire la visione delle diverse narrative sociali ed economiche, che, comunque, finivano per prevalere nel discorso politico e quindi mediatico. Più fecondo appare, dunque, muovere non dalla contrapposizione tra sistemi elettorali, ma dall'avvento della democrazia del leader.

3. La democrazia del leader.

Nella descrizione della situazione attuale si vanno affermando riflessioni incentrate su questo concetto adattabile anche a sviluppi di altre democrazie rappresentative europee²⁵, in alcuni casi caratterizzate da aspetti autoritari, pur convivendo nella UE. Il governo Berlusconi ha costituito il primo più evidente risultato di questa tendenza. Le ragioni e le cause della sua uscita di scena e della disgregazione del suo partito, escono dal mio tema²⁶; più utile richiamare i tratti permanenti, di consolidamento, di un regime che ritroviamo nella esperienza attuale del governo.

In sintesi: ha trovato compimento la messa ai margini del Parlamento. Disgregazione dei partiti e del loro rapporto con i territori di provenienza – ne abbiamo parlato, a proposito delle modifiche che si sono succedute sulle preferenze – e dilagare del trasformismo, hanno accentuato il rafforzarsi della figura del capo del governo (nel caso di Renzi, anche segretario del partito). Fase preceduta e accompagnata in parte da una stagione in cui si modificò anche, di fatto, il ruolo della presidenza della Repubblica.

Osteggiata fieramente sotto Berlusconi, la comunicazione diretta, personalizzata, con l'elettorato è diventata quotidiana, sui temi più disparati, affiancata da quella dell'attuale Presidente della Repubblica (con esiti mediatici più deludenti, va detto. *Pour cause?*). La comunicazione personalizzata, sfrutta la macchina del partito, ma se ne emancipa.

Ingredienti essenziali della democrazia del leader sono almeno due.

²⁴ Anche in questo caso diversa la posizione della penalistica più impegnata, AA.VV. *Il carcere riformato* (a cura di F. BRICOLA), Bologna, 1977.

²⁵ Oltre al richiamato saggio di M. CALISE, D. CAMPUS, *Lo stile del leader, Decidere e comunicare nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2016.

²⁶ Sulla parabola berlusconiana, G. ORSINA, *Il berlusconismo nella storia d'Italia*, Padova, 2013.

I media, e la capacità di farne un uso abile, e la Magistratura. Ma mentre per la seconda si può cogliere una continuità con le stagioni della supplezza e del collateralismo²⁷, per i primi, enormemente potenziati dalle nuove tecnologie informatiche, l'influenza è cresciuta in modo esponenziale.

Si tratta di un blocco compatto che, salvo eccezioni isolate, influenza in modo determinante contenuti e *chances* del leader nella conquista e nel mantenimento del consenso. A questo proposito è lampante l'insipienza delle sinistre nella convinzione di controllare il fattore liquidando Berlusconi. È stato definito, "il fattore M", uno dei fondatori del nuovo stile: *"In un crescendo bulimico, la dinamica del capro espiatorio, da sempre il palinsesto preferito delle campagne di stampa, si moltiplica ad infinitum. Al posto della generica accusa al fallimento di una classe dirigente, si afferma l'impianto accusatorio, personale e circostanziato, di una lista di proscritti eccellenti"*²⁸.

Carattere comune del ruolo svolto "dal fattore M" nel rapporto con il leader è l'antipolitica²⁹, nel dare voce assordante a quella che è stata definita una "società giudiziaria"³⁰, animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti³¹, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua "recitazione", cercando conferme su repliche pronte e dure.

Quindi, più che al concetto di governo in un sistema elettorale maggioritario, è opportuno riferirsi ad altra nozione, più generale: al principio di maggioranza.

E questo interessa di più il nostro tema – la produzione del penale. La regola della maggioranza, imprescindibile in democrazia, non pone *"la maggiore aderenza alla verità storica e la conseguente giustizia della risoluzione, bensì l'esigenza di un criterio oggettivo, spoglio di ogni pulsione soggettivistica, alla cui stregua si affermi quale è la volontà espressa da un corpo deliberante"*³². Un profilo procedurale che dà effettività alla regola in un quadro di legalità precostituita.

Un percorso opposto è quello della "criminalizzazione della vita collettiva" imperniata su un razionalismo individualista³³, sul rifiuto della rappresentanza politica e della intermediazione partitica.

²⁷ Rinvio ancora al mio *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze*, cit.

²⁸ M. CALISE, *op. cit.*, 61. Vedi anche le connotazioni colte nella "democrazia recitativa" dallo storico E. GENTILI, *Democrazia in folle*, in *Il sole 24ore, supp. Domenica*, 24 aprile 2016, 25.

²⁹ Il concetto di antipolitica si presta ad esprimere significati diversi, via via assunti nell'evoluzione storica: ad esempio se, nel dopoguerra, Giannini giocava sulla esasperazione nei confronti della politica, riproponendo moduli tecnocratici di mera amministrazioni degli interessi dell'"uomo qualunque", a cavaliere tra secoli XIX e XX, antipolitica si colora di una carica ostile verso il parlamentarismo dello stato liberale.

³⁰ Efficace l'analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.

³¹ AA.VV. *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo* (a cura di Campi-Varasano), Rubattino, 2016; per una rivisitazione degli "anni di piombo", con l'intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. SATTA, *I nemici della Repubblica*, Milano 2016, 11.

³² M. GALLO, *Il principio di maggioranza*, in *Moralità*, Napoli, 2011, 25.

³³ A. GARAPON - D. SALAS, *La Repubblica penale*, Macerata, 1996, 17 e 20.

Il lancio della piattaforma “Rousseau”, da parte del movimento di Beppe Grillo e compagnia, dovrebbe sollecitare qualche ricordo di buoni studi di storia contemporanea³⁴.

4. La produzione del penale.

A quali criteri, a quali principi può ispirarsi la produzione del penale nel regime del *leader*?

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge³⁵, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario, anche grazie al gioco delle tre, anzi quattro, Corti³⁶.

Deludente, e guardo al mondo dei giuristi, l’esito del loro ascolto, sempre che esso avvenga³⁷.

La sofocrazia platonica³⁸, dopo le ripetute fughe del filosofo da Siracusa, non ha quasi mai prodotto risultati apprezzabili: la recente vicenda dell’omicidio stradale ci ha rappresentato questo quadro: unanime opposizione di quella che, una volta, si chiamava dottrina, fiducia sulla legge posta dal governo, leader che convoca media e associazioni delle vittime per lo spettacolo della firma della legge. È questa l’icona che, insieme alla quotidiana allocuzione televisiva (più twitter, facebook, etc), meglio rappresenta il tema “produzione del penale” nella democrazia del leader.

Che dire poi dell’idea di un ritorno del fervore garantista di un consistente parte della penalistica nella I Repubblica, capace di influenzare le politiche criminali?

“A ben vedere i partiti di massa della prima Repubblica erano eredi di culture politiche non o poco garantiste – specie il PCI, ma anche la DC e il PSI – il progressivo coinvolgimento nelle istituzioni, specie parlamentari, dove erano presenti illustri esponenti del liberalismo politico (alcuni dei quali poi assorbiti in quei partiti, ad esempio nella DC) ha un effetto “socializzante”. In altre parole, spinge anche i poco garantisti ad adottare progressivamente almeno un linguaggio garantista.

Questa situazione verrà meno nella seconda Repubblica.

³⁴ Il nesso tra Terrore, tra il ‘93 (quello del millesettecento) e la filosofia del ginevrino è stato analizzato di recente da J. ISRAEL, *La storia intellettuale dei diritti dell’uomo*, Torino, 2015, ricostruendo l’impronta esercitata da Rousseau su Robespierre e Saint Just, con la liquidazione, anche fisica, dei *philosophe*. Vedi anche G. MERCENARO, *Saint Just, Che si fece tiranno e morì di tirannia*, in *Il Foglio*, 12 marzo 2016, VI.

³⁵ Accanto a qualche penalista, l’irrisione viene da filosofi e “sapienti” a cui forse andrebbe applicata la massima XXII di La Rochefoucauld (in *Massime-Memorie*, Torino, 1969): *“La filosofia trionfa facilmente dei mali passati e futuri, ma i mali presenti trionfano su di lei”*.

³⁶ Penso al “gioco” tra Corte cost. n. 49/2015 (26 marzo 2015), SS.UU. n. 31617/2015 (26 giugno 2015), CGUE, Taricco e, nella parte del morto Corte Edu, per scindere la confisca dalla sentenza di condanna e di intervenire sulla natura della prescrizione del reato.

³⁷ Rimando a G. INSOLERA, *Dogmatica e giurisprudenza*, in *Crit. Dir*, 2013, 246 ss. Che dire poi dell’ascolto e dei risultati delle audizioni parlamentari?

³⁸ Critica il “platonismo” dei giuristi D. PULITANÒ, *op. cit.*

Al drastico rinnovamento della classe politica corrispose un suo "impoverimento" culturale e una presenza ricorrente di magistrati, soprattutto del Pubblico ministero. La pressione esercitata dai media, connotati dall'utilizzo di schemi semplificati e dall'esaltazione delle vittime. Anche questi fattori hanno contribuito al declino del garantismo.

La successiva vicenda inaugurata da "Mani pulite" vede quindi un progressivo, ulteriore, affievolirsi dello statuto del garantismo penale, con lo stabilizzarsi di emergenze perenni che verranno giocate, da destra e da sinistra, nell'acuirsi del conflitto politico"³⁹.

Una osservazione di pochi anni fa che ha trovato solo conferme negli ultimi sviluppi della democrazia del "nuovo" leader.

Anzi, a ben guardare, nella fase berlusconiana, qualche sventolio di bandiere garantiste si poteva cogliere, stendardi mossi, in pari misura, da venticelli liberali presenti in quelle maggioranze e da brezze convinte che tratti di penna legislativa potessero indirizzare il bastimento giudiziario su rotte gradite alla persona del premier.

Come sappiamo provvidero a cambiare il vento Consulta e diritto vivente.

Possiamo dire, in conclusione, che il Berlusconi delle "toghe rosse", non aveva proprio capito i mutamenti intervenuti nell'equilibrio dei poteri⁴⁰.

L'attuale capo del governo, per altro, di fronte al fattore M, non si può dire che stia sempre sulla difensiva. Penso a recenti repliche, in termini di assunzione di responsabilità sulla propria figura di *leader* innovatore: una difesa della politica che ricorda quella, famosa e sfortunata, di Craxi sul finanziamento ai partiti.

In conclusione ritengo che alla produzione del penale, funzionale al sostegno direttamente cercato nella "società giudiziaria", anche per competere con formazioni irresponsabili [la storia d'Italia è anche storia dei Masaniello e dei Cola di Rienzo, oggi si dice di "visionari"!], corrisponda forse un diverso livello dell'azione politica generale intrapresa. Più decisa e potenzialmente più efficace verso una modernizzazione, che sfugga al potere delle cristallizzazioni corporative e sindacali e alla gabbia degli ideologismi. Ecco le iniziative, più simboliche che effettive, intraprese nei confronti della magistratura (sulle ferie e sulla responsabilità civile, che come vedremo ne hanno tuttavia compattato le reazioni), ma anche nei confronti dell'avvocatura: "*ci vuole un'Italia che corre, non che ingrassa i conti correnti degli avvocati con cause su cause*"⁴¹.

Ma tant'è: a farne le spese continuerà ad essere lo statuto garantista del diritto penale.

5. Aspettando Godot

È diffuso l'approccio che individua la deformazione del penale e del ruolo dei suoi gestori, quando diventano gestori di un'etica pubblica ormai indefinibile se non

³⁹ G. INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze*, cit.

⁴⁰ Il tema, come base di partenza di una ricerca, è delineato in *Anatomia*, cit.

⁴¹ Affermazione, tra le tante, del *premier*, severamente stigmatizzata dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Bologna.

sovrapponendo i suoi imperativi con l'illecito penale. Una situazione insostenibile: “la ricerca del “bene comune” non è un compito che possa essere lasciato ai penalisti, che si occupano solo di sanzionare o assolvere, producendo infine un corto circuito. Il loro mestiere e il loro ruolo sono enfatizzati oltre ogni limite. È dunque tempo che la politica e la società civile riprendano in mano le sorti della loro virtù pubblica”⁴².

Efficace, impietosa e condivisibile la descrizione.

È la ricerca, e l'attesa, di una prescrittività extrapenale che ci porta a scenari futuribili, che, da millenni, costituiscono l'oggetto di una ricerca filosofica che tenda ad oggettivare il concetto sovrapponendolo a quello di “buona” politica.

Ma a questo punto un'altra domanda: come si ricostituisce, come e dove porta la ricerca di congruenze e confini del giudiziario, che possano ridefinire, trovare, la realtà “assiologica, preesistente e autonoma rispetto al diritto” penale. Ricerca resa assai difficile nel declino, nelle società secolarizzate, delle tradizionali autorità di riferimento e della intermediazione politica.

È storia antica e tormentata quella di questa ricerca – e la distinzione tra etica (oggettiva) e morale (soggettiva) consente di prescindere dall'aggettivo.

Oggi, si dice, etica intesa come dottrina del dialogo sociale nel quale si costruiscono e si destituiscono – è un processo continuo nelle relazioni tra individui e gruppi – valori e regole.

Con l'idea di comunità basata sull'etica del discorso e, quindi della tolleranza, alla luce dei concreti modi di vita di una realtà storica e delle sue tradizioni

Rispetto alla funzione prescrittiva che consenta un confronto con lo strumento prescrittivo per eccellenza, il penale, sono definizioni deboli, cedevoli, variabili: nulla di paragonabile all'etica religiosa e ad esperimenti di quelle civili, necessariamente autoritarie, o, quanto meno, paternalistiche.

Ancora, chiediamoci. Il caso italiano è speciale quanto a corruzione, criminalità organizzata, evasione fiscale, etc.? Quanto a necessità di una sovrapposizione di etica e diritto penale e conseguentemente all'attribuzione al potere giudiziario di un controllo delle virtù?

I dati in proposito mi hanno sempre sollevato perplessità⁴³.

Stesso atteggiamento rispetto alle “classifiche” delle nazioni virtuose: le nazioni più civili, quelle di cultura protestante, Nord e Sud Europa, etc.

Anzitutto, vi è una questione che attraversa da sempre le comparazioni: quella del rapporto tra realtà e sue rappresentazioni.

⁴² M. DONINI, *Il controllo penale sulla politica e l'etica pubblica contemporanea*, in AA.VV., *Processo e legge penale nella seconda Repubblica* (a cura di Apollonio), Roma, 2015, 55 ss. Argomento trattato più diffusamente in *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014. La citazione è ripresa dalla scheda di presentazione del volume a cura dell'autore, in ius17@unibo.it, n.1, 2015.

⁴³ Interessante la notizia di uno studio condotto da due economisti della Banca d'Italia, ripreso dall'*Economist*, che individua una relazione tra dati correnti sull'entità del fenomeno corruttivo in Italia e costruzione giornalistica del fenomeno al traino delle indagini giudiziarie. M. V. LO PRETE, *Corruzione stampata*, in *Il Foglio*, 6 aprile 2016.

Le rappresentazioni (letterarie, cinematografiche, etc.) confermano la specialità italiana? Ad esempio, l'Italia di Saviano, quanto a corruzione, malaffare politico, criminalità organizzata è più credibile di quella degli USA, raccontata da Elleroy? Ancora il fattore M. Ancora la democrazia "recitativa".

Le recenti vicende di Panama e dei paradisi fiscali, a quel che pare, non necessariamente sempre declinabili in termini criminali, sembrano tuttavia darci una dimensione veramente globale del *deficit* etico: forse siamo tutti d'accordo. Il denaro non è lo sterco del diavolo e non è bello pagare le tasse!

Altro tema in argomento: un ritorno alla virtù repubblicana originaria, come ritorno al sistema di regole condivise in grado di ridefinire i confini tra etica e penale. Ancora il sorriso di La Rochefoucauld⁴⁴.

Ma, soprattutto in politica, senza demonizzazioni, è sempre opportuno interrogarsi, per distinguere stili e retoriche, sui moventi nascosti delle condotte in apparenza coerenti con gli imperativi dell'etica.

D'altra parte il definirsi storico di un'etica repubblicana italiana ci rimanda al cd. giuramento di Azio, del giovane Ottaviano. E, d'altra parte, allora le antiche istituzioni della Repubblica e la loro retorica, da Catone uticense, passando per la divinizzazione di Augusto potranno convivere, per qualche secolo, con il principato e l'impero⁴⁵.

Torniamo ai penalisti.

Aspettiamo quindi un'etica condivisa – Godot – fino al suo arrivo pur criticando la delegittimazione del potere di pubblici ministeri e giudici, occorre accettare l'improprio messaggero giudiziario?

6. Conclusioni

"Nessuno dispone di previsioni certe per il futuro. Ma le alternative sono semplici. O assumerà forza una direzione politica autoritaria che tenterà di ricondurre la magistratura ad una posizione sostanzialmente subalterna rispetto al potere politico oppure la magistratura amplierà progressivamente sempre di più i propri spazi di azione fino a porsi come vero e proprio organo di governo.

⁴⁴ Op. cit.: "Per lo più le nostre virtù non sono che vizi mascherati". "Ciò che noi consideriamo come virtù, spesso non è che una mescolanza di differenti azioni e interessi che la fortuna o l'industriosità nostra sanno coordinare; non sempre avviene che gli uomini siano valorosi per effetto di valore, e le donne caste per castità", (rispettivamente epigrafe alle massime e prima riflessione morale).

⁴⁵ Si veda il gran libro di R. SYME (1939), *La rivoluzione romana*, Torino, 2014, 308 ss, sulla invenzione retorica dell'identità italiana e del recupero delle virtuose tradizioni repubblicane. Lettura ripresa da L. CANFORA, *La prima marcia su Roma*. Bari, 2007; Idem, con la consueta, affascinante, attenzione filologica, *Augusto figlio di dio*, Bari, 2015, 371 ss.

*Una terza alternativa può essere costituita da un processo di autoriforma avviato responsabilmente dalla stessa magistratura, senza farsi condizionare dalle luci del moralismo giuridico e da quelle, non meno abbaglianti, della spettacolarizzazione mediatica*⁴⁶.

Monito da condividere: ha forse ragione Marc Ferro quando parla di cecità dello storico nella comprensione del mondo attuale e nella predizione⁴⁷.

Con due precisazioni tuttavia.

Non necessariamente una direzione politica che restituisca significato alla divisione dei poteri si connota in termini autoritari. A proposito di giustizia penale, e questo è il perimetro limitato nel quale si muove, nel discorso pubblico, il ceto dei giuristi, deve restare saldo nella rivendicazione dell'osservanza dell'impalcatura costituzionale delle nostre istituzioni.

Certo resta il tema del consenso in democrazia: ma è forse proprio questa la sfida principale che dovrebbe impegnare la specificità intellettuale che il penalista deve esprimere nella narrativa pubblica. E, francamente, mi sembra che questo molto spesso sfugga alle nuove generazioni.

La seconda precisazione: fino ad oggi, fatta eccezione per singole figure di magistrati, che uniscono autorevolezza individuale, cultura giuridica e sensibilità liberale, non mi sembra proprio che vi siano spunti che lascino presagire una "autoriforma". I segnali, purtroppo sono di segno opposto. Malinteso concetto di autonomia e indipendenza, incertezza, ne abbiamo parlato, del confine tra controllo di legalità/virtù e punizione dell'illecito, elaborazione, complice la rete, le *mailing list*, di un pensiero comune che anima requiranti e giudicanti e che alimenta le improprie incursioni nella politica penale dell'ANM o delle correnti nella politica *tout court*. Una nuova ideologia politica? E quali sono i suoi referenti sociali? Quali la base sociale, gli interessi, i movimenti che si esprimono conseguentemente nell'azione giudiziaria?⁴⁸

⁴⁶ L. VIOLANTE, *Anatomia*, cit.

⁴⁷ M. FERRO, *L'aveuglement. Une autre histoire de notre monde*, Tallandier, Paris; sullo stesso tema, A. SCHIAVONE, *Serve una guida politica al nuovo individualismo fragile ma creativo*, in *Corriere della sera*, 30 marzo 2016, 29.

⁴⁸ L'articolo di fondo del *Foglio*, a firma del direttore, del 6 aprile 2016 (*Chi guida il partito dei giudici*) esplicita l'ipotesi di un collegamento tra ideologia del Movimento 5 stelle e *mainstream* giudiziario. L'idea mi sembra trovi conferme nella recente unanime scelta del presidente dell'ANM. E nelle reiterate esternazioni del *leader* dell'ANM contro il Presidente del Consiglio, ospitate dal *Fatto quotidiano* (il 9, 11, 19 aprile). Fino all'intervista al *Corriere della sera* del 22 aprile 2016. Qualche anno fa le cronache politico-giudiziarie si polarizzarono su l'ennesima captazione telefonica "Abbiamo una banca!". Oggi, apertamente, mi sembra che, da entrambe le organizzazioni interessate, si possa dire "Abbiamo un partito!". Ma, per carità, non alimentiamo la polemica tra politica e magistratura!