

IL BUIO OLTRE LA SIEPE. LA DIFESA
DELLE GARANZIE NELL'EPOCA DEI
POPULISMI *

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893

di Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

in *disCrimen* dal 16.11.2018

Gaetano Insolera

0. Il populismo ha un rapporto stretto con il concetto di democrazia. Non fosse per altro, è l'etimo ad esprimere questo rapporto: ciò è lampante, basti pensare alle parole che esprimono ipotesi alternative di esercizio del potere (aristocrazia, oligarchia, tirannia etc.). Più utile parlare del tipo di democrazia di cui si ragiona, analizzando le istituzioni che esprimono il potere dell'uomo sull'uomo che si qualifica come potere politico, della sua legittimazione, dei suoi limiti e dei poteri che possono limitarlo, dei diritti del singolo nei confronti di quel potere.

Nelle democrazie dell'Europa postbellica il tipo di democrazia è conformato da Costituzioni rigide a cui non può sottrarsi il potere legislativo. Se si legge per intero il secondo comma dell'art. 1 della Carta, non possono esservi fraintendimenti!

1. Nelle sue variegate manifestazioni storiche, fino a quelle novecentesche, ciò che definiamo populismo “*prevede un'argomentazione pars pro toto e la rivendicazione di una rappresentanza esclusiva, entrambe intese in senso morale, anziché empirico. In altre parole, non ci può essere populismo senza qualcuno che parli a nome del popolo nel suo insieme*”. “*Oltre ad essere antielitari, i populisti sono sempre antipluralisti. Sostengono di essere gli unici a rappresentare il popolo*”. Quando i populisti salgono al governo non riconoscono alcuna opposizione legittima¹. Dicono: noi, *leader* al governo, siamo la voce del popolo, siamo lo Stato, anche questo si è sentito. Il populismo ignora la separazione dei poteri. Si esprime l'idea, generalizzata, “fatti in là,

* È il testo dell'intervento tenuto al XVII Congresso ordinario dell'Unione delle Camere Penali Italiane, svoltosi a Sorrento nei giorni 19-21 ottobre 2018.

¹ J.-W. Mueller, *Cos'è il populismo?*, Milano, UBE, 2017, 26 ss.

ora ci sono io”². Il popolo costantemente invocato non è reale (a differenza, ad esempio, dallo *spread*) è “*un mito utilizzato dai movimenti totalitari come un corpo contundente per combattere il pluralismo su cui si fonda la democrazia liberale*”³.

2. Non si può continuare a parlare di democrazia, nell’accezione riferibile al vigente ordinamento costituzionale, senza la conservazione di elementi liberali che esso esprime massimamente, e proprio, a proposito del vertice della coercizione rappresentato dal sistema dei delitti e delle pene.

3. La storia non si ripete tale e quale, ma attraverso il ritorno di logiche, retoriche, strumenti messi in campo per la presa e nell’esercizio del potere, la storia può servire alla comprensione dello stato delle cose e alla individuazione dei pericoli che corrono fondamentali libertà civili: quelle compromesse dal sistema penale.

4. Chi pratica il mestiere delle leggi penali non può non dirsi liberale. Una delle ragioni che attribuiscono alla “libertà liberale” la forza di un fermento che attraversa la storia superandone i momenti più oscuri, sta nel distinguersi dalle ideologie, dalle teologie secolarizzate, nella impossibilità di autodefinirsi attraverso dogmi o dottrine autoritative.

Il nucleo del pensiero liberale è costituito dalla protezione dei diritti individuali, civili e politici e da una organizzazione del potere capace di tutelarli e garantirli – la politica liberale come “arte architettonica” che, senza costringere la poliedrica e autonoma vita sociale, la organizza in un ordine procedurale. A questo contribuiscono due fattori essenziali, che avvicinano liberalismo e democrazia: da un lato, l’idea di istituzioni rappresentative che sostituisce all’utopia della democrazia diretta, la libera competizione di *élite* – vere e competenti – davanti all’opinione pubblica, dall’altro, quella di governo costituzionale (governo limitato da una Costituzione scritta e rigida, con leggi, frutto di procedure predeterminate). Elementi capaci di confermare, rendendola giustiziabile, l’essenza del liberalismo, riconducibile all’individualismo e al contrattualismo: la tutela dei diritti civili dell’individuo contro gli abusi dello Stato, delle maggioranze, dei gruppi.

² S. Cassese, *L’esecutivo fa la voce grossa. Una sotterranea identificazione di governo e Stato*, in *Il Foglio*, 16 ottobre 2018.

³ A. Panebianco, *Il rischio si non tenere insieme l’Italia*, in *Corriere della sera*, 15 ottobre 2018.

Il fermento liberale, come pensiero lontano da salvifiche promesse emancipatorie e da finalismi palingenetici, nel nostro campo costituisce l'argine da opporre al facile asservimento dell'afflizione penale al perseguimento di ideologie o di scorciatoie demagogiche.

5. Un sistema penale garantista rimanda necessariamente al liberalismo politico: una ideologia che pone al centro l'individuo e la difesa dei suoi diritti di libertà contro l'esercizio monopolistico della violenza punitiva dello Stato e dei suoi poteri. *“In politica, e iniziando dai fondamenti, il problema della libertà è il problema delle coercizioni, di essere protetti dalla coercizione. E quindi la libertà cresce a mano a mano che la coercizione diminuisce, e viceversa”*⁴. Garantismo, quindi, come sistema negativo di limiti.

Al declino della accezione classica, e classista, del liberalismo politico, corrisponde, l'affermarsi, con articolazioni variegata, di una nozione di garantismo sostanziale, che assume una valenza propositiva: quale assicurazione dell'impegno da parte dello Stato nel perseguimento di obiettivi solidaristici, di perequazione socio-economica, di ristoro nei confronti di storiche ingiustizie. È questa la cruciale esperienza del Novecento.

Ma il garantismo sostanziale ci mostra come i problemi insorgano quando questo concetto di garantismo “propositivo” si rivolga alla risorsa penale.

Ritengo irrinunciabile una funzione sociale dello Stato, sulla quale si è costruita una faticosa mediazione nella Costituzione e che è costantemente insidiata dalla riproposizione, e, talvolta, dal successo, del neoliberalismo economico. A contatto con il diritto penale queste garanzie possono esprimersi, ad esempio ricorrendo anche a quella risorsa, in presenza di gravi aggressioni, a tutela di interessi collettivi scarsamente protetti o trascurati in base alla tradizionale ideologia del *laissez faire* (ambiente, mercato finanziario, diritto societario etc.); riducendo invece l'area del penale quando essa corrisponda a logiche selettive, discriminatorie in base alle condizioni sociali ed economiche (esperienze in tema di diritto dell'immigrazione, di tutela del patrimonio o di effetti della recidiva, ad esempio).

Ben diverso discorso quando il penale divenga nuova pedagogia sociale, strumento per realizzare l'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale. Si può anzitutto dubitare del successo dell'operazione: è infatti ragionevole prevedere che essa porti solo ad una

⁴ G. Sartori, *The Theory of Democracy revisited*, Chatham, Chatham House, 1987, 318.

espansione della penalità che, tuttavia, continuerà a colpire con maggiore durezza i suoi tradizionali destinatari.

Ma, soprattutto, deve restare intatto lo statuto di limite negativo del garantismo penale. Breve: gli obiettivi sociali, economici, solidaristici assunti dallo Stato sono una cosa, i diritti del cittadino di fronte alla sua pretesa punitiva non possono essere influenzati e limitati dalla bontà dello scopo o, peggio, attribuendo loro una funzione peregrina e moralizzatrice.

6. Le garanzie come sistema di limiti di fronte al potere coercitivo dello Stato: nell'architettura costituzionale essi si dispiegano nelle regole del processo, nei modi dell'inflizione delle pene, nei confini posti alla previsione e interpretazione di obblighi e divieti. È in questi momenti che precipita la cifra politica della Costituzione repubblicana, desumibile dalle regole specificamente del penale (sui rapporti civili) e da quelle che marcano il nostro tipo di democrazia (in particolare quelle del titolo IV della parte seconda).

Regole che vietano, ad esempio, che si utilizzino le indagini e il processo quali strumenti di politica criminale, come spettacolo insieme alla ferocia delle pene, per raccogliere consenso elettorale, confondendo la tutela delle vittime con la celere esposizione di capi espiatori. Ancora, è dalla Costituzione che si esclude che il giudice sia di scopo: è aperta, poi, la questione riguardante chi definisca quegli scopi.

7. Pensando al buio oltre la siepe. La nostra democrazia può essere salvata, e con essa uno statuto di libertà e di garanzia faticosamente affermatosi grazie ad un ceto di giuristi – una *élite!* – che si dedicò al compito di adeguare il sistema penale a valori liberali inediti dopo l'esperienza fascista, ma anche rispetto al liberalismo politico che l'aveva preceduta.

Forse bisognerà ripartire da un compito culturale, forse ancora più duro: quello di una ralfabetizzazione al lessico dei diritti civili e delle istituzioni democratiche. Ma ne varrà la pena.

8. E allora cominciamo.

Con una buona dose di umorismo nero sento parlare dell'arrivo imminente della tempesta perfetta che preluderebbe al cambiamento, benefico secondo gli attuali governanti.

A questo riferimento cinematografico, ne preferisco un altro. Quanto avvenuto

con la presa del potere da parte dei populistici ha una conseguenza: il vascello del diritto penale liberale, della divisione dei poteri nel nostro Stato costituzionale di diritto che aveva navigato fino ad allora nelle acque procellose di un conflitto tra un potere legislativo delegittimato e un potere giudiziario sempre più invadente e influente, oggi è caduto nel *maelstroem*.

Fatte le debite differenze, è accaduto, e sta accadendo in altri paesi europei, quanto gli uomini del novecento ben conoscono: la presa del potere da parte di forze ostili a regole e principi della Costituzione vigente, attraverso le garanzie procedurali assicurate proprio da quella stessa Costituzione⁵.

E cosa potrebbe raccontare a proposito del diritto penale, l'incanutito marinaio sopravvissuto e riemerso dal mostruoso gorgo?

Potrà dirci dell'adempimento delle clausole contenute nel farsesco "Contratto per il governo del cambiamento", sempre ostentato dalle due forze populiste. La parossistica dilatazione della difesa legittima armata domiciliare, la ferocia indeterminata prevista nei confronti di minorenni, un ulteriore passo verso l'abolizione della prescrizione, una indefettibilità della pena che travolge tutti gli istituti deflattivi e alternativi al carcere, generalizzati aumenti delle pene carcerarie. Per il processo: revisioni del rito abbreviato e quindi degli sconti di pena, escludendolo per i reati più gravi, aumento dell'uso delle intercettazioni di tutti i tipi. Ovviamente lotta alla corruzione ("per tutti i reati contro la Pubblica amministrazione di tipo corruttivo": con il potenziamento dell'utilizzo di sanzioni interdittive – c.d. Daspo –, ma soprattutto con il superamento di una tutela frammentaria della Pubblica amministrazione, assegnando al concetto di corruzione una valenza etica), uso di agenti provocatori, maggiore tutela degli *whistleblower*. E poteva mancare il potenziamento degli strumenti normativi e amministrativi di contrasto alla mafia? Come se i precedenti governi fossero stati con le mani in mano!

9. Dicevo, un compito duro. Non è questa la sede ma, tornando al populismo, è utile però ricordare come un tratto permanente di tutte le esperienze, di destra e di sinistra, queste ultime certo animate dalle migliori intenzioni, sia stato il passaggio a istituzioni autoritarie, fino ai totalitarismi. La critica corrosiva alle imperfezioni e alla immoralità dei politici delle democrazie rappresentative, anche a quelle percorse da

⁵ È inevitabile pensare ad esperienze del secolo corso (cfr. F. Cundari, *Corrispondenze da Weimer*, in *Il Foglio*, 7/8 luglio, 2018) e all'ottobre 1922 italiano (cfr. G. Vitiello, *Romanizzare i barbari? Ci provarono già i liberali nel 1923, non andò bene*, sullo stesso quotidiano del 4 settembre 2018).

afflati sociali, è stata condotta da élites populiste che comunicavano con masse sconvolte dalle conseguenze del primo conflitto mondiale (i reduci, i soldati etc.).

La storia non si ripete. Ma se ci soffermiamo sulla comunicazione, forse possiamo cogliere quanto gli attuali, nuovi populismi si giovino della capacità aggregante e di mobilitazione della folla dei nuovi strumenti di comunicazione e dell'importanza che assume il loro controllo.

10. Il controllo di legittimità su leggi – quand'anche prodotte da maggioranze elette regolarmente – chiama necessariamente in campo, e a responsabilità storiche, le giurisdizioni ordinarie, costituzionali ed, oggi, europee: sono l'ultima difesa contro un attacco esiziale portato ai principi e allo spirito di umanizzazione del diritto penale, frutto di un plurisecolare processo di civilizzazione.

La lotta sarà dura, ma potrà dare un senso più forte e coraggioso al principio di legalità nel caso di tirannia della maggioranza: nelle giurisdizioni la fedeltà alla Costituzione dovrà prevalere su ogni altra osservanza e preferenza di chi è chiamato a giudicare della costituzionalità delle leggi (magistrato ordinario o costituzionale), anche difendendo la propria lealtà e indipendenza contro giudici direttamente, o indirettamente, di nomina e fedeltà parlamentare. Questo poi mette in gioco altre questioni, che tengano conto della composizione dell'organo di autogoverno della Magistratura e della Corte costituzionale, oltre che dell'ordinamento giudiziario.

Nella recente drammatica temperie politica l'Unione delle camere penali è stata l'unica associazione che si è fatta carico della difesa dei fondamentali del nostro Stato costituzionale di diritto e sono certo che continuerà a farlo.

L'attesa riguarda ora le posizioni che assumerà il potere giudiziario.

Non nascondiamocelo: resta l'incognita di quanto il populismo possa essere penetrato in una ideologia giudiziaria nella quale le riserve di potere e di consensi accumulate negli ultimi decenni possano trovare facile corrispondenza nei programmi dei nuovi governanti.