

## INTRODUZIONE

1. Negli ultimi anni il diritto penale – sulla falsariga di quanto avvenuto negli Stati Uniti a partire dagli anni Settanta<sup>1</sup> – tende ad essere sempre più protagonista del dibattito politico ed elettorale. I temi legati alla sicurezza e alla giustizia penale sono sovente oggetto di un “uso politico” in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi – talvolta indotti o, comunque, enfatizzati – da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio criminalità<sup>2</sup>.

Il mondo sembra essere entrato nell’era *del castigo*: le infrazioni alla legge vengono sanzionate con sempre maggiore severità, sebbene tale tendenza non sia correlata ad alcun effettivo incremento della criminalità<sup>3</sup>. Il mostrarsi *tough on crime* rappresenta l’atteggiamento “utile”, la formula vincente per qualsiasi candidato in cerca del suffragio popolare. Il diritto penale appare uno strumento di agevole gestione politica, «maneggevole vessillo nella strategia degli annunci, espressione di forte carica simbolica stigmatizzante»<sup>4</sup>.

Limitando il campo d’osservazione alla nostra esperienza nazionale, un’istantanea del presente illustra un panorama penalistico desolante: il codice penale è ormai diventato terreno di bivacco per chiunque voglia ottenere un facile (e, talvolta, effimero) consenso elettorale.

---

<sup>1</sup> Cfr. F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 53; J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008, p. 1 s.; D. GARLAND, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Oxford, 2001; R.E. BARKOW, *Prisoners of Politics. Breaking the Cycle of Mass Incarceration*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2018, in particolare p. 129 s.

<sup>2</sup> G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 s.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 s.

<sup>3</sup> D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it., Feltrinelli, Milano, Edizione digitale, 2018, Premessa.

<sup>4</sup> D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti della attuale realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen. web*, 2013, 2, p. 2.

Suona sempre più attuale l'osservazione secondo cui le innovazioni legislative vengono presentate e reclamizzate come un'operazione di *marketing*, destinata a soddisfare molteplici bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari<sup>5</sup>. Nel *supermarket* del diritto penale «si trova di tutto e a buon prezzo»<sup>6</sup>.

La produzione del penale è quindi sempre più “selvaggia”, con la conseguenza che il diritto penale è in crisi, cioè in salute<sup>7</sup>.

È in crisi rispetto a tutti i principi garantistici, perché si sviluppa fuori da qualunque disegno razionale. È in salute, perché si è fortificato: è sempre più “muscolare”, “massimo”<sup>8</sup>. Non interviene più in via sussidiaria, bensì è la prima, se non l'unica, *ratio* degli interventi normativi.

La «pazza idea che il giure punitivo debba estirpare i delitti dalla terra», cui faceva riferimento Francesco Carrara<sup>9</sup>, rappresenta il *leitmotiv* delle politiche criminali degli ultimi anni.

In questa prospettiva, «il settore dei delitti e delle pene, data la altissima sensibilità politica della materia e la sua impareggiabile penetrazione sociale costituisce un esempio eloquente della sbandierata frattura tra élite e popolo»<sup>10</sup>.

Il risultato è lo sfiancamento dei principi generali e della funzione di garanzia del diritto penale. Un intero mondo di concetti, di categorie e di garanzie è diventato anacronistico<sup>11</sup>: stanno prendendo forma nuovi “attrezzi” concettuali e categoriali, molto diversi dalla tradizione liberale. L'idea del diritto penale inteso, secondo la nota sintesi di

<sup>5</sup> F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, Padova, 2006, p. XI s.

<sup>6</sup> D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti*, cit., p. 3.

<sup>7</sup> Cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, pp. 540 e 546.

<sup>8</sup> L. FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, p. 135; N. MAZZACUVA, *Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Ediesse, Roma, p. 199 s.

<sup>9</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PANZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 122.

<sup>10</sup> D. BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»*, in *Arch. pen. web*, 2019, 1, pp. 1 s. e 2.

<sup>11</sup> F. SGUBBI, *Osservando il diritto penale: brevi riflessioni*, in M. MANTOVANI-F. CURI-S. TONDINI CAGLI-V. TORRE-M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 83.

Von Liszt, come “*Magna Charta del reo*” sembra ormai un lontano ricordo del passato. E chi rivendica la fedeltà ai principi del diritto penale garantista assomiglia sempre più all’esploratore straniero protagonista del racconto *Nella colonia penale* di Franz Kafka.

Quali sono le cause della marcata “fascinazione” per un diritto penale sempre più illiberale, ormai concentrato ossessivamente sulla tutela della sicurezza pubblica (bene “onnivoro”) e su istanze di desecolarizzazione/rieticizzazione?<sup>12</sup>

Nella lettura storica degli accadimenti «nessuna civiltà viene distrutta da fuori senza essersi prima rovinata da sola, nessun impero viene conquistato dall’esterno, senza che precedentemente fosse già suicida. E una società, una civiltà, si distruggono con le proprie mani quando hanno smesso di comprendere la loro ragion d’essere, solo quando il pensiero dominante attorno al quale erano prima organizzate è come diventato straniero a loro stesse»<sup>13</sup>.

Occorre allora andare alla ricerca dei fattori di *continuità*, di lenta disgregazione, e dei *caratteri originali* che stanno portando alla “rotamazione” di ciò che rimane dei principi liberali del diritto penale.

2. Quello tra democrazia, politica criminale e garanzie individuali di libertà è da sempre un rapporto difficile<sup>14</sup>. È «quasi un luogo comune dire che i contesti politico-istituzionali e i loro mutamenti incidono in modo rilevante sulla fisionomia del sistema penale»<sup>15</sup>: le questioni che riguardano la politica criminale, fino a quelle che coinvolgono il ruolo della giustizia passando per il processo, la funzione dei magistrati, i diritti dei cittadini, la salvaguardia della legalità, implicano in primo luogo opzioni politiche, culturali e di civiltà<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in L. RISICATO-E. LA ROSA (a cura di), *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali. Atti del Convegno (Messina, 13-14 giugno 2008)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 20 s.

<sup>13</sup> R. GROUSSET, *Bilancio della storia*, Jaca Book, Milano, 1980; il passaggio è citato in S. CASSESE, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 24.

<sup>14</sup> G. INSOLERA, *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>15</sup> F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 27; sul rapporto tra diritto penale e sistema politico, v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 17 s.

<sup>16</sup> M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 493 s.; sull’evoluzione della politica criminale a partire dagli anni ’60, v. G. INSOLERA, *L’evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze dagli anni ’60 all’emergenza mafiosa*, in *Riv. it.*

Pertanto, «senza la “comprensione” del momento politico e del “milieu” politico, nei quali una legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l’intimo valore di essa»<sup>17</sup>.

Questa “politicalità” del diritto penale<sup>18</sup> non è una peculiarità del medesimo: essa rispecchia la stessa politicalità del diritto in assoluto che, più in generale, non rappresenta altro che la formalizzazione di scelte della politica<sup>19</sup>.

È tuttavia innegabile che proprio nei rapporti di diritto penale si può direttamente misurare, «con precisione millimetrica, il livello qualitativo della tutela di libertà della personalità individuale in una determinata compagine statale, in un particolare momento storico»<sup>20</sup>.

E proprio in questa prospettiva si è inteso analizzare i profili problematici della relazione tra diritto penale e la progressiva metamorfosi della democrazia liberale in forme di democrazia populistico-securitarie.

Se è vero che sussiste una corrispondenza biunivoca tra sistema costituzionale democratico-liberale e diritto penale a sfondo democratico, è allora evidente che le insorgenze populiste che si sono manifestate negli ultimi anni a livello globale possono incidere profondamente sul sistema penale.

3. Nella seconda metà del secolo scorso, diversi Paesi dell’Europa continentale hanno vissuto, in tempi diversi e con differenti modalità, l’esperienza della transizione da un ordinamento giuridico autoritario a un ordinamento democratico. Per tutti questi Paesi, il ritorno ad istituzioni democratiche significò fare i conti con un sistema penale asservito ai fini dello Stato «totalitario» e perciò contrassegnato da brutali forme di repressione<sup>21</sup>.

---

*dir. proc. pen.*, 2014, p. 1165 s., ora in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Edizioni ETS, Pisa, 2019, p. 11 s.; ID., *La produzione del penale: tra Governo e Parlamento maggioritario*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2016, p. 1 s.

<sup>17</sup>G. BETTIOL, *Il problema penale*, Editrice scientifica triestina, Trieste, 1945, p. 29, il quale sottolinea altresì come «Non si intende il diritto penale senza riferimento alle strutture politiche del corpo sociale».

<sup>18</sup>Cfr. G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., p. 28 s. L’illustre Autore dedicava il secondo capitolo dell’opera proprio al problema delle connessioni tra “diritto penale e politica”.

<sup>19</sup>S. MOCCIA, *Laudatio al Prof. Claus Roxin*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2011, pp. 49 s. e 51.

<sup>20</sup>S. MOCCIA, *Laudatio*, cit., p. 51.

<sup>21</sup>C. FIORE, *Relazione introduttiva*, in A.M. STILE (a cura di), *Democrazia e autoritarismo*, cit., p. 31 s.

Le diverse dittature, peraltro, pur all'interno di un medesimo "modello culturale" di riferimento, hanno operato diverse opzioni in materia di legislazione penale. A differenza dell'Italia, ad esempio, in Germania non fu mai emanato un nuovo codice penale. Tuttavia, mentre il regime fascista lasciò formalmente inalterate le garanzie del diritto penale liberale, il legislatore tedesco inferse a quelle un colpo mortale, in particolare introducendo la possibilità dell'applicazione analogica delle leggi penali<sup>22</sup>.

Piero Calamandrei colse bene la differenza: «[...] il nazismo, con aperta e conseguenzialità improntitudine, ha distrutto la legalità; il fascismo nella sua pacchiana pretesa di machiavellismo ha preferito "falsificarla"»<sup>23</sup>.

In entrambi i casi, tuttavia, il diritto penale venne utilizzato come «strumento di dominio», anche in virtù del carattere «assolutamente arbitrario della legislazione in materia penale»<sup>24</sup>.

Oggi, per certi aspetti, si assiste ad una nuova epoca di transizione: la democrazia, in molti Paesi, sta diventando meno democratica e più autocratica. Con un rafforzamento, cioè, di quei valori – e attori – illiberali che fino a poco tempo fa sembravano appartenere al passato.

Taluni *leader* politici rivendicano espressamente la volontà di costruire una "democrazia illiberale"<sup>25</sup>. Si è sostenuto che il liberalismo è diventato obsoleto<sup>26</sup>, al punto che oggi occorrerebbe trovare un nuovo assetto mondiale che rimetta al centro «concetti quali la sovranità, il diritto incondizionato di ogni Paese al proprio percorso di sviluppo»<sup>27</sup>.

La storia non si ripete mai allo stesso modo. Tuttavia, la sfiducia

---

<sup>22</sup> C. FIORE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 31 s.; L. LACCHÉ, *Due lezioni (per il presente)*, in T. VERMBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo*, eum, Macerata, 2013, pp. 7 s. e 9; G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 983 s.

<sup>23</sup> P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, in *La nuova Europa*, I, n. 4, 31 dicembre 1944, poi in ID., *Opere giuridiche*, III, a cura di M. CAPPELLETTI, Morano, Napoli, 1968, p. 130 s. Al testo del giurista fiorentino rinviano L. LACCHÉ, *Due lezioni*, cit., p. 15.

<sup>24</sup> C. FIORE, *Relazione introduttiva*, cit., p. 32.

<sup>25</sup> Cfr. M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 1, p. 167 s.

<sup>26</sup> L. BARBER-H. FOY-A. BARKER, *Vladimir Putin says liberalism has 'become obsolete'*, in *Financial Times*, 27 giugno 2019.

<sup>27</sup> V. PUTIN, *I sovranisti guideranno l'economia*, in *La Stampa*, 3 luglio 2019.

per le democrazie liberali prelude a nuove involuzioni autoritarie del diritto penale.

Il mutamento dei modelli culturali di riferimento, invero, inevitabilmente incide anche sui modelli giuridici. E le mutazioni dei modelli obbediscono a regole, la prima delle quali è *l'imitazione*: studiata dal giurista sotto il profilo della «circolazione dei modelli»<sup>28</sup>.

Se fino a poco tempo fa il modello di riferimento era quello che sacralizzava la libertà e la democrazia, oggi sembrano sortire una certa fascinazione modelli di democrazia illiberale che scaturiscono da un universo mentale strutturato in forma dicotomica e manichea: chi non appartiene al popolo, chi non corrisponde alla sua immagine ideale, chi non coltivi valori su cui si basano le tradizioni autoctone, è “non popolo”, dunque una minaccia, un’insidia, un ostacolo da rimuovere<sup>29</sup>.

Si tratta di ideologie “negative”, in base alle quali si scelgono i bersagli «convogliando i diversi rancori di una società frammentata, fatta di nuove corporazioni o osservanze feudali»<sup>30</sup>.

In questo contesto il diritto penale funge da utile strumento di consenso sociale e di consolidamento del potere, poiché: a) favorisce la *polarizzazione* dell’opinione pubblica e l’unificazione collettiva intorno ad una narrazione che considera la società come scomponibile in due gruppi omogenei (i molti puri – il popolo in generale – e i pochi corrotti/impuri, ovvero sia l’élite per indicazione elettorale o per designazione burocratica)<sup>31</sup>; b) si presta alla “*Grande Semplificazione*”, ovvero sia alla riduzione del mondo dell’opinione alla mera propaganda; c) può essere utilmente strumentalizzato per fomentare il clima di *perenne emergenza*, che risulta funzionale all’instaurazione di una «democrazia diversa»<sup>32</sup>.

Sul versante della produzione normativa (non solo italiana), negli ultimi anni due questioni si sono dimostrate trasversali a tutte le forze politiche: quella relativa all’immigrazione e quella relativa alla sicurezza largamente intesa. Su entrambe le questioni si è registrato un con-

<sup>28</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 56 s.

<sup>29</sup> M. TARCHI, *Che cos’è il populismo*, in M. TARCHI (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana ed., Milano, 2019, pp. 17 s. e 26.

<sup>30</sup> G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019.

<sup>31</sup> N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinione e verità*, UBE Paperback, Milano, edizione digitale 2017; E. KLEIN, *We’re Polarized*, Avid Reader Press, New York, 2020.

<sup>32</sup> C. BEARZOT, *Come si abbatte una democrazia. Tecniche di colpo di Stato nell’Atene antica*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 62 s.

senso popolare sorprendente e con un esito paradossale: «la depolitizzazione della sfera politica o di larga parte di essa (la sicurezza, si dice, non è né di destra né di sinistra) e un'iperpoliticizzazione dell'argomento della difesa della società e degli strumenti per attuarla»<sup>33</sup>.

A differenza delle esperienze del passato, dunque, il diritto penale è oggi utilizzato – prevalentemente – non come *strumento di dominio*, bensì come *strumento di consenso*. Inalterata rimane, però, la tendenziale involuzione del diritto penale in senso totalitario.

#### 4. Le genealogie sono importanti.

Ne *Il Secolo breve* Eric Hobsbawm colloca fascismo e populismo nel capitolo dedicato alla caduta del liberalismo. Ovviamente Hobsbawm si riferiva alle prime manifestazioni populiste sudamericane, e in particolare all'Argentina di Perón. Tuttavia, populismi e totalitarismi condividono le stesse retoriche e strategie, sebbene i leader populistici si avvalgano della democrazia per raggiungere e consolidare il loro potere.

Gli odierni populismi non sono, dunque, arrivati dal nulla. Sono certamente diversi tra loro, e si differenziano a seconda del contesto storico, sociale e geografico nel quale attecchiscono; tuttavia, mantengono inalterata la stessa matrice autoritaria del populismo “classico”. Oggi come allora i movimenti populistici si contrappongono al liberalismo e offrono modelli alternativi alla democrazia rappresentativa. Il loro obiettivo è quello di ridurre i poteri dei controllori (opposizioni, magistratura, apparati burocratici/amministrativi), poiché nell'ottica populista *il governo si identifica con lo Stato*. E tale identificazione, come noto, storicamente ha fortemente inciso sulla produzione penale in chiave autoritaria.

Se da un lato l'idea populista di democrazia parrebbe condividere con quella liberale la stessa trama istituzionale, gli stessi principi costituzionali e i medesimi meccanismi di legittimazione (cioè le libere elezioni), dall'altro lato, l'idea di democrazia dei populistici è assai differente – per non dire opposta – rispetto a quella rappresentativa derivata dal costituzionalismo liberale.

Rivendicando il monopolio morale della rappresentanza i moderni populismi offrono risposte autoritarie alla crisi della democrazia liberale, proponendo il controllo pieno e «finale» sull'ordine politico, ovvero il controllo della maggioranza sull'intera società e le istitu-

---

<sup>33</sup> N. URBINATI, *Il consenso nell'epoca del «populismo penale»*, in *Corriere della Sera*, 26 giugno 2019.

zioni<sup>34</sup>. Non a caso, nel tentativo di cogliere le estreme implicazioni del populismo si finisce sovente per descrivere il totalitarismo<sup>35</sup>.

5. In linea generale, nel delineato quadro di crisi della democrazia liberale la componente (endemicamente) «*escludente*» del diritto penale, vale a dire il suo marchio autoritario di «violenza legale», rischia di non trovare più alcun temperamento e il principio di autorità finisce per sovrastare il paradigma democratico, «perno della società liberale e delle sue fondamentali proiezioni assiologiche e teleologiche: i principi di legalità, offensività e colpevolezza, il finalismo rieducativo e la necessaria proporzionalità delle pene, il principio di sussidiarietà dell'intervento penale»<sup>36</sup>.

Ovviamente, pur riproducendo in linea di massima siffatto modello illiberale, il ruolo del diritto penale è però mutevole a seconda del contesto istituzionale nel quale si sviluppano tendenze populiste.

Paradossalmente è forse proprio nelle democrazie liberali maggiormente consolidate che la manifattura del consenso si avvale del diritto penale quale formidabile strumento propagandistico. Nei contesti in cui i «controllori» sono vigili, ove è quindi più difficile limitare la libertà di espressione e intervenire con strumenti di «polizia», l'uso propagandistico del diritto penale risulta funzionale allo scopo dell'acquisizione del consenso.

In particolare, in Italia l'uso a fini elettorali del diritto penale è particolarmente accentuato, se non altro perché il populismo politico trova la sua genesi proprio nel populismo giudiziario e penale: si tratta, dunque, di due populismi che si alimentano a vicenda. A differenza di altre democrazie «deboli», come l'Argentina ai tempi del peronismo (quale esempio di populismo classico) e l'Ungheria di Victor Orbán (quale modello di moderno regime «tirannico»), nel nostro Paese il populismo penale assume un carattere *polimorfo*: il diritto penale non è inteso quale strumento di repressione del dissenso, ma nemmeno è circoscritto a delimitate tematiche funzionali al perseguimento di specifiche politiche identitarie che fanno leva sul nazionalismo etnico. Il diritto penale è ormai «totale», perché è «invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trova-

<sup>34</sup> R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it., Editori Riuniti, Roma, 1990, p. 170 s.

<sup>35</sup> Estremamente attuale è l'analisi dei movimenti politici totalitari d'inizio secolo di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Einaudi, Torino, 2009.

<sup>36</sup> A.M. STILE, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo*, cit., pp. 9 s. e 11.

re il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»<sup>37</sup>.

Come è stato osservato, «mai come nell'epoca attuale le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale»<sup>38</sup>. Dopo una lunga e faticosa stagione in cui si è cercato di distinguerlo dalla politica e dalla politica criminale, il diritto penale ne è diventato parte integrante, «componente identitaria e trainante»<sup>39</sup>.

Nessun prezzo è troppo alto per raggiungere l'obiettivo del primato del penale. E se questa è l'omelette, non c'è limite al numero di uova che si devono rompere<sup>40</sup>.

6. Proprio l'Italia rappresenta un utile laboratorio sperimentale nel quale è possibile verificare le tendenze evolutive del diritto penale contemporaneo, dove i temi della modernità si intrecciano con una pericolosa fascinazione per le ideologie e le retoriche del passato.

«Nella storia della Repubblica», come è stato sottolineato, «forse mai come oggi, una torbida crisi della democrazia liberale ha avuto come bersaglio principale il sistema della giustizia penale nel suo complesso»<sup>41</sup>. Mentre la democrazia rappresentativa, nel mondo occidentale, soffre un po' ovunque, l'Italia sta percorrendo da tempo una strada originale, ove una certa vocazione illiberale – nella quale si riconoscono in tanti<sup>42</sup> – ha comportato un progressivo debordare dell'azione penale (il tema è noto: se chi *fa* politica non *ha* una politica, il vuoto è occupato dall'iniziativa degli uffici di Procura).

Dai tempi di Tangentopoli e dell'inchiesta "Mani Pulite", in particolare, l'Italia ha iniziato a "bordegiare" intorno alle coste della democrazia giudiziaria<sup>43</sup>. La fragilità della repubblica dei partiti e la sua incapacità di dotarsi di legittimità solida, ha fatto sì che nel nostro Paese il processo di degenerazione del politico sia stato particolarmente grave<sup>44</sup>. È in quel frangente che s'ingenera nei confronti

<sup>37</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 23.

<sup>38</sup> V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 86.

<sup>39</sup> V. MANES, *Diritto penale no-limits*, cit., p. 86 s.

<sup>40</sup> I. BERLIN, *La ricerca dell'ideale*, in ID., *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee*, trad. it., Adelphi, Milano, ed. 1994, p. 36 s.

<sup>41</sup> G. INSOLERA, *Colpe e rimedi*, in *disCrimen*, 24 ottobre 2019, p. 1.

<sup>42</sup> A. PANEBIANCO, *Gli squilibri di potere tra politica e giustizia*, in *Corriere della Sera*, 8 dicembre 2019.

<sup>43</sup> A. PANEBIANCO, *Politica, giustizia, ipocrisie*, in *Corriere della Sera*, 27 gennaio 2019.

<sup>44</sup> G. ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio, Venezia, 2018, p. 13.

della politica un'ostilità profonda e violenta e prende forma l'idea che "il sistema", nel suo complesso, sia "corrotto".

Dal 1993 si è iniziato ad accarezzare l'idea che si potesse davvero raddrizzare «il legno storto dell'umanità»<sup>45</sup>. Ed è in quegli anni che i partiti politici, le televisioni generaliste e i grandi giornali iniziano a invocare il fantomatico «popolo dei fax»: l'antecedente della diretta indignata su *Facebook*<sup>46</sup>.

Tutto e tutti diventano giustiziabili e si profila la figura del giudice "politico" (che non significa "politicizzato"), il quale gode della massima creatività: può decidere i fini e stabilire i mezzi<sup>47</sup>. Egli diviene «il protagonista di "lotte" giudiziarie per il diritto, nelle quali il diritto non è il punto di partenza, bensì quello di arrivo: si tratta prima di tutto di fondare la legalità e quindi di assicurarne l'attuazione»<sup>48</sup>.

Sul fronte della produzione normativa si diffonde l'idea di un modello o di stile di azione politica che, nell'esperienza nordamericana, è stato definito "*complesso accusatorio*"<sup>49</sup>: gli esponenti politici pongono al centro del loro impegno o del loro programma di governo, innanzitutto sul piano simbolico e della comunicazione pubblica, la lotta alla criminalità o la difesa della legalità.

La "compulsività" nella produzione del penale è, peraltro, favorita dalla crisi del Parlamento e dei partiti, ovvero sia i due attori che erano stati – per tutto il Novecento – i principali protagonisti della democrazia in occidente.

In linea generale, la centralità del Parlamento nel sistema politico coincide con l'ascesa del liberalismo e il suo corredo di garanzie costituzionali. Ma soprattutto si identifica nel passaggio dallo *ius* allo *iussum*: nel diritto, cioè, che si trasforma da principio di codificazione e amministrazione della giustizia in criterio di organizzazione e implementazione della volontà popolare<sup>50</sup>.

Tuttavia, l'iperbolica espansione della sfera d'influenza delle leggi

<sup>45</sup> I. BERLIN, *Il legno storto*, cit., *passim*.

<sup>46</sup> C. ROCCA, *Chiudete internet. Una modesta proposta*, Marsilio, Venezia, 2019, p. 47 s.

<sup>47</sup> T. PADOVANI, *Prefazione* a F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., p. 15. Sulla dimensione internazionale dell'incremento del potere giudiziale, A. GARAPON, *I custodi dei diritti. Stato democratico e controllo della verità*, trad. it., Laterza, Roma-Bari, 1998.

<sup>48</sup> T. PADOVANI, *Prefazione*, cit., p. 15.

<sup>49</sup> Cfr. J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., p. 47 s.; G. FIANDACA, *Populismo*, cit., p. 99.

<sup>50</sup> G. SARTORI, *Democrazia cosa è*, Bur, Milano, 2011.

in ambiti prima preclusi all'intervento statale richiede strutture di attuazione e di controllo che il Parlamento non riesce a produrre. Con la conseguenza che la legislazione di origine governativa diventa predominante e ad alto impatto mediatico ed emozionale.

A ciò contribuisce la progressiva personalizzazione dei partiti politici, a vantaggio dei nuovi protagonisti della sfera pubblica e dell'individualismo, o del narcisismo, di massa<sup>51</sup>.

Le élite politiche blandiscono le masse, offrendo ciò che cercano, divenendo così le stesse élite – più o meno inconsapevolmente – utili capi espiatori dell'antipolitica e delle forze c.d. antisistema<sup>52</sup>.

Sentimenti come la paura e la rabbia sono continuamente sollecitati e sfruttati dai *leader* populistici: diventano anzi il cuore della loro narrazione, capace di fare breccia nelle frustrazioni di massa del tempo corrente.

Con inevitabili ricadute sul diritto penale: «la democrazia dei diritti e dei doveri del cittadino» si trasforma in una «democrazia della sorveglianza e della punizione»<sup>53</sup>.

7. Il messaggio populista non rimette solo al centro l'«uomo medio», ma risveglia l'uso di simboli, di retoriche e di riferimenti al passato che hanno un'analogia base ideologica.

Esposto ai venti della politica, il diritto penale sta subendo una regressione illiberale e autoritaria, «dove la pena viene ormai intesa come autentico strumento di vendetta sociale, una risposta truculenta e cieca disancorata da ogni istanza di razionalità e da ogni equilibrio di proporzionalità»<sup>54</sup>.

Un'utile “lezione” per la lettura del “problema penale” nel XXI secolo può essere, invero, tratta proprio dall'analisi delle teorie che si sono formate nel periodo dello “stato nascente” dell'ideologia totalitaria nei primi del Novecento. L'odierno diritto penale “totale”, come in passato, si allontana dalle “fattispecie” per approdare alla *giustizia*

<sup>51</sup> M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 49.

<sup>52</sup> L'antipolitica rappresenta un'ideologia alimentata da due sentimenti all'apparenza contrastanti quali l'odio e il rancore ed è la forma assunta dalla politica in conseguenza della crisi della democrazia rappresentativa (cfr. M. GOTOR, *L'Italia del Novecento. Dalla sconfitta di Adua alla vittoria di Amazon*, Einaudi, Torino, 2019, p. 454).

<sup>53</sup> E.R. BELFIORE, *A casa propria: frammenti di populismo penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, 3, pp. 1 s. e 3.

<sup>54</sup> A. BARBARO-V. MANES, *Dei processi e delle pene, dialogo su un abisso civile*, in *Il Foglio*, 16 dicembre 2019.

*sostanziale*: i paradigmi della penalistica costituzionale sono schiacciati sotto «il pesante stivale» di un diritto penale d'autore, estremizzato, soggettivizzato, per attuare una precisa politica di individuazione ed eliminazione dei soggetti considerati nemici del popolo<sup>55</sup>.

Andando ancora più indietro nel tempo, tornano persino d'attualità le idee "stravaganti" di alcuni esponenti della Scuola positiva, come la critica della presunzione d'innocenza, l'idea secondo cui l'imputazione misura il «vero grado» del delinquente<sup>56</sup>, fino alla valorizzazione del «senso comune»<sup>57</sup>, al quale farà riferimento addirittura un "tecnico" del calibro di Vincenzo Manzini nella Prolusione torinese del 1910 dal titolo *La politica criminale e il problema della lotta contro la delinquenza e la malavita*<sup>58</sup>.

Mentre in passato, tuttavia, tali ideologie furono oggetto di un dibattito circoscritto agli "addetti ai lavori", oggi invece riemergono come asserita espressione della *vox populi* e, nell'epoca della disintermediazione, ispirano addirittura provvedimenti normativi di matrice chiaramente populista.

Sotto questo aspetto la mentalità populista, diffidente verso tutto ciò che non può essere racchiuso nella dimensione dell'immediatezza e della semplicità, trova un formidabile alleato nelle nuove tecnologie.

La politica all'epoca del digitale consiste, per chi lo sfrutta, in un ascolto continuo dei "sentimenti" popolari: controllo e analisi continua di *post* e *tweet*, ascolto continuo delle opinioni della gente, monitoraggio della rete in grado di leggere commenti e conversazioni, mettendo sotto osservazione parole chiave, per poi rilanciare i messaggi semplificandoli e arricchendoli, tramite *meme* in modo da allargare l'area dell'ascolto e del consenso. Si tratta di un modello che ha una capacità predittiva (consente di conoscere i comportamenti degli elettori), ma anche manipolativa, specialmente grazie alla formazio-

<sup>55</sup> Cfr. T. VORNBAUM, *Diritto e nazionalsocialismo. Due lezioni*, trad. it., eum, Macerata, 2013, p. 44 s.

<sup>56</sup> M.N. MILETTI, *La paura del processo. Spunti nella penalistica italiana (secoli XVIII-XX)*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2019, 1, pp. 199 s. e 213.

<sup>57</sup> M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, Giuffrè, Milano, 1999, p. 821.

<sup>58</sup> G. FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, I, Giuffrè, Milano, 2018, p. 37 s.