

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso  
da Magistratura democratica

Populismo e diritto

2019

1

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

## **Direttore**

Nello Rossi

## **Vice Direttori**

Vincenza (Ezia) Maccora, Rita Sanlorenzo

## **Comitato di redazione**

Maria Acierno, Silvia Albano, Giovanni Arnone, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Isabella Mariani, Gualtiero Michelini, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Simone Spina, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

## **Comitato scientifico**

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo.

## **Segretaria di redazione**

Fernanda Torres

**QUESTIONE GIUSTIZIA** - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583  
ISSN 1972-5531

direttore editoriale:	Nello Rossi
sede:	c/o Associazione Nazionale Magistrati, Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma
segretaria di redazione:	Fernanda Torres
contatti:	3497805555 - fernanda.torres@alice.it
indirizzo di posta elettronica:	redazione@questionegiustizia.it
sito web:	www.questionegiustizia.it
service provider:	Aruba

**I trimestre 2019 - chiuso in redazione in maggio 2019**

## Sommario

<b>Editoriale</b>	
<b>Il privilegio dell'utopia... e la necessità di non abusarne</b> di <i>Nello Rossi</i>	Pag. 4
<b>Introduzione. Il popolo senza politica</b> di <i>Enrico Scoditti</i>	" 7
<b>Il problema</b>	
<b>Populismo e diritto. Un'introduzione</b> di <i>Enrico Scoditti</i>	" 10
<b>Giudici, popolo e populismi</b> di <i>Nello Rossi</i>	" 14
<b>Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"</b> di <i>Gaetano Silvestri</i>	" 22
<b>Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale</b> di <i>Cesare Pinelli</i>	" 29
<b>Stato di diritto, gioco democratico e populismo</b> di <i>Alejandra M. Salinas</i>	" 36
<b>Crisi del costituzionalismo politico e qualche domanda sul futuro dell'Europa</b> di <i>Biagio de Giovanni</i>	" 46
<b>Per un concetto politico di popolo</b> di <i>Mario Tronti</i>	" 52
<b>Populismo, democrazia e limiti del potere politico</b> di <i>Pasquale Serra</i>	" 55
<b>Populismo e diritto. Dialogando con Enrico Scoditti...</b> di <i>Barbara Randazzo</i>	" 67

<b>Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo</b> di <i>Giuseppe Martinico</i>	”	71
<b>Le questioni</b>		
<b>Il populismo penale nell’età dei populismi politici</b> di <i>Luigi Ferrajoli</i>	”	79
<b>Diritto penale <i>no-limits</i>. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione</b> di <i>Vittorio Manes</i>	”	86
<b>L’infuato riemergere del tipo di autore</b> di <i>Luciano Violante</i>	”	101
<b>Cattura di Cesare Battisti e muta da caccia: «un giorno che difficilmente dimenticheremo»</b> di <i>Claudio Sarzotti</i>	”	104
<b>Le Corti costituzionali possono diventare populiste?</b> di <i>Simina Tănăsescu</i>	”	114
<b>Populismo, associazionismo giudiziario e Consiglio superiore della magistratura</b> di <i>Vincenza (Ezia) Maccora</i>	”	125
<b>Giudici e populismo. Uno sguardo all’America (e non solo)</b> di <i>Lucia Corso</i>	”	135
<b>Cittadinanza attiva/populismo: fare politica con la Costituzione?</b> di <i>Giuseppe Cotturri</i>	”	142
<b>Populismo, religioni, diritto</b> di <i>Nicola Colaianni</i>	”	151
<b>Populismo e informazione. Intervista a Maurizio Molinari</b> a cura di <i>Enrico Scoditti</i>	”	162
<b>La rivendicazione di uno <i>ius existentiae</i> per i cittadini europei come contrasto del populismo sovranista</b> di <i>Giuseppe Bronzini</i>	”	165
<b>Il diritto nordamericano all’epoca del populismo. Quali tutele per i lavoratori?</b> di <i>Elisabetta Grande</i>	”	174
<b>L’ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione</b> di <i>Giovanni Arnone</i>	”	181
<b>Popolo, Nazione e libero mandato: la sovranità popolare come limite e non come potere</b> di <i>Luigi Principato</i>	”	189

<b>Norma polisemica e discorso populista</b> di <i>Giampiero Buonomo</i>	”	199
<b>Populismo e Costituzione in America Latina</b> di <i>Mauro Benente</i>	”	209
<b>Populismo e nazione</b> di <i>Daniele Petrosino</i>	”	216
 <b>Appendice</b>		
<hr/>		
<b>Il giudice nell’Europa dei populismi</b> Relazione introduttiva al XXII congresso nazionale di Magistratura Democratica (28 febbraio /1-3 marzo 2019) di <i>Mariarosaria Guglielmi</i>	”	220
 <b>Gli autori</b>	”	242

## Il privilegio dell'utopia... e la necessità di non abusarne

«*In fondo Magistratura democratica ha il privilegio dell'utopia*». Mi pare ancora di risentire questa frase e l'ironia lieve del fondatore di questa *Rivista*, Pino Borrè, nel pronunciarla, commentando una qualche presa di posizione del gruppo che a tutta prima poteva apparire troppo astratta o azzardata. Ma nella successiva discussione convenivamo che i privilegi si devono meritare e che si conservano solo se non se ne abusa.

Nei privilegi intellettuali o istituzionali c'è sempre, infatti, un nocciolo prezioso di libertà, un'essenziale dal peso che grava su "tutti" gli altri che può consentire una più ampia libertà di pensiero e di azione e uno sguardo più lungo sul presente e sul futuro. Ma resta un confine, varcato il quale il privilegio perde la sua funzione positiva e diviene incomprensibile, ingiustificato, arbitrario.

È già un privilegio la libertà da ogni condizionamento di cui gode questa *Rivista*, promossa da Magistratura democratica e finanziata dai suoi soci, ma culturalmente autonoma e pluralistica nei contributi che ospita, gratuita nell'offerta ai lettori e ormai resa tempestiva, soprattutto nella versione *on line*, dalle potenzialità della *rete*.

Ed è naturale che la *Rivista* condivida, con il gruppo che la promuove, l'assoluta libertà di esplorare, di aprire nuove strade, di essere critica, all'occorrenza fino alla provocazione, rispetto ai detentori del potere ed alla stessa magistratura di cui è divenuta negli anni una voce significativa.

Come meritare questi privilegi?

Stando fermi ai principi e mantenendo vivi il gusto per la verità ed il senso della realtà, doverosi per chi fa un mestiere di "parole" che incidono sulle persone e sulle cose e che per questo è chiamato a misurare su tali parametri ognuna delle parole che pronuncia e che scrive.

Ricercando costantemente la sintonia con i problemi di vita, le ansie e le preoccupazioni dei nostri concittadini, senza alcuna pretesa di superiorità o di distacco.

Vigilando, innanzitutto su noi stessi e sul potere che giudici e pubblici ministeri esercitano quotidianamente,

perché risulti, nella massima misura possibile, giusto, compreso, legittimato.

Un bagaglio essenziale di regole di condotta e di metodi di lavoro sufficiente a continuare il viaggio intrapreso molti anni addietro quando questa *Rivista* ha raccolto – con un taglio più problematico espresso già nel suo nome *Questione Giustizia* – l'eredità della sua battagliera sorella maggiore *Quale Giustizia*. Un cammino da proseguire nel solco dello straordinario insegnamento dei suoi direttori Pino Borrè, Livio Pepino, Beniamino Deidda e Renato Rordorf.

A Renato in particolare, che lascia la direzione della *Rivista* dopo averla guidata con eccezionale intelligenza e sensibilità giuridica e con mite autorevolezza, va oggi il nostro affettuoso e riconoscente ringraziamento.

### Diffusione e radicamento del populismo: l'esigenza di una riflessione

Con questo spirito la *Rivista*, nel presente numero monografico curato da Enrico Scoditti, ha sentito il bisogno di promuovere una riflessione sul complesso fenomeno sociale e politico che si sta diffondendo e radicando in tutto il mondo occidentale e che, con una espressione riassuntiva, chiamiamo «populismo».

Compito arduo perché, come è stato detto, «*la storia entra in scena con la maschera sul volto*». Così che non è agevole individuare nel fluire degli avvenimenti i tratti tipici di una nuova realtà, distinguendo tra aspetti caduchi e permanenti, tra folklore e sostanza, tra potenzialità positive e rischi.

Il tentativo di capire è stato intrapreso con una ricerca corale così ricca e varia che è impossibile sintetizzarla.

Basterà dire che in essa si intrecciano, nella pluralità dei contributi, l'individuazione delle cause economiche e sociali del populismo, lo sforzo di analizzare i suoi tratti più caratteristici e ricorrenti e l'impegno

a misurare le sue ripercussioni nel mondo delle istituzioni e del diritto.

All'origine del populismo stanno – ormai lo sappiamo – la lunga crisi economico finanziaria, le crescenti disuguaglianze, i timori derivanti dalle migrazioni che si sono diffusi soprattutto negli strati più deboli della popolazione.

Da questo magma è scaturito un insieme di sentimenti, di risentimenti, di rappresentazioni, di idee che – pur assumendo forme differenti nei diversi contesti nazionali – ha generato una sorta di visione del mondo e dato vita a peculiari modalità di azione politica.

A comporre la miscela del populismo hanno concorso un'idea di popolo, una concezione della democrazia e dello Stato ed un conseguente atteggiamento verso i poteri e le istituzioni di garanzia e di controllo.

Il popolo, innanzitutto, concepito come entità organica modellata dalla storia e dalla tradizione o come soggetto in grado di esprimere, senza mediazioni, la volontà generale ed in grado di individuare soluzioni semplici, lineari, a portata di mano ai problemi della modernità.

L'elenco di corollari scaturenti da questo assioma è lungo.

Da un lato, la scelta dichiarata, o comunque la pulsione pratica a rientrare nei confini dello Stato nazione, l'unico nel quale è ravvisabile un corpo popolare omogeneo cui dar voce e l'insofferenza verso gli organismi sovranazionali e la loro attività di mediazione, ritenuta a torto o ragione penalizzante degli interessi popolari e nazionali.

Dall'altro lato, lo scontento e la disaffezione verso le procedure della democrazia rappresentativa spesso considerate troppo lente, macchinose ed inidonee a cogliere il genuino volere del popolo e perciò da superare (più che da integrare saggiamente) con il ricorso a forme di democrazia diretta o con l'enfaticizzazione del ruolo di capi politici, diretti interpreti della volontà dei cittadini.

Infine, la propensione per uno Stato più interventista in economia che trae linfa dai non pochi insuccessi delle politiche di mera regolazione delle dinamiche economiche che non hanno saputo impedire la crescita delle disuguaglianze né tra i diversi Paesi né tra i cittadini. Una linea di pensiero, questa, cui si accompagna, anche nelle forme di populismo di destra, l'apertura ad istanze economiche dei "piccoli" siano essi lavoratori, imprenditori, professionisti, artigiani, operatori della nuova economia.

In un tale contesto è evidente che non avranno vita facile tutti coloro che svolgono funzioni non direttamente derivanti e perciò legittimate dalla volontà del popolo.

È una constatazione che vale per i magistrati, ma anche per gli appartenenti alle burocrazie neutrali e

tecniche, per i componenti degli organismi di controllo, per quanti lavorano nel mondo della informazione.

Occorrerà un lungo e sapiente lavoro per rivendere costantemente e dimostrare agli occhi dei cittadini l'utilità e l'indispensabilità di queste funzioni nel quadro di una moderna democrazia.

Una vera e propria sfida da condurre, più che con astratte proclamazioni di principio, con gli utensili della ragionevolezza, dell'efficienza operativa e dell'accresciuta responsabilità sociale e culturale di ciascun operatore. E proprio per questo una sfida dall'esito non scontato dalla quale i poteri di controllo e di garanzia potranno uscire sviliti e mortificati o fortificati e migliorati nella loro efficacia e trasparenza.

## Il populismo penale ed il nodo della violenza

C'è un capitolo del populismo italiano cui viene comprensibilmente riservata sulle pagine di questa *Rivista* una specifica attenzione: il populismo penale.

Per molti aspetti il populismo penale non dà vita, nel nostro Paese, ad una realtà totalmente nuova. Piuttosto esso raccoglie ed esalta molte eredità negative del nostro ordinamento penale: l'idea che l'aumento delle pene edittali sia la soluzione necessaria e sufficiente di ogni problema di deterrenza e di prevenzione; la propensione del legislatore a scrivere norme incriminatrici vaghe ed indeterminate con funzione di messaggio o manifesto; l'avversione ed il sospetto verso forme di fisiologica discrezionalità del giudice. E l'elenco potrebbe continuare.

Eppure c'è, in quest'ambito, un inquietante salto di qualità. Potremmo definirlo lo sdoganamento della violenza istituzionale, l'ammissione, cioè, nella sfera del diritto di forme di violenza di volta in volta legittimate giuridicamente o giustificate e blandite politicamente o, infine, prospettate come scelte praticabili per risolvere questioni spinose.

Solo pochi esempi, tratti dalla realtà di questi mesi, varranno a chiarire questa affermazione più di un lungo ragionamento.

Per quante critiche possa meritare la nuova normativa sulla legittima difesa (e questa *Rivista* ne ha pubblicate molte, sempre argomentate e puntuali) il danno maggiore è sin qui derivato dalla campagna propagandista che ha accompagnato l'iter legislativo, tutta condotta all'insegna del fuorviante e disastroso *slogan* «la difesa è sempre legittima».

Ne è risultato svisato un diritto antico quanto la storia dell'umanità e del diritto stesso. Ed all'elementare ed umanissima regola di misura che lo ha sempre ispirato si sono sostituite formule estensive, perentorie o allusive, che non offriranno a nessun

cittadino più protezione o più sicurezza. Ma intanto un di più di violenza legittima è penetrato nell'ordinamento, tanto più pericoloso quanto più incerti ne restano gli effettivi confini.

Alla legittimazione si accompagna poi l'accondiscendenza. Le sprezzanti affermazioni del Ministro dell'interno a commento della morte di una persona nel corso del suo arresto da parte della polizia non possono essere lette solo come una difesa dell'operato degli agenti o come l'ennesima concessione al gusto del politicamente scorretto. Per la fonte istituzionale da cui provengono suonano inevitabilmente come una aprioristica espressione di tolleranza che precorre e prescinde da ogni accertamento. E questo non è un buon servizio reso ai cittadini ed agli stessi appartenenti delle Forze dell'ordine che, detenendo il monopolio legale della forza, sono tenuti a farne un uso calibrato e responsabile e a non farlo degenerare in odioso arbitrio.

Infine è inopinatamente emersa la proposta di reinserire – nello strumentario del diritto penale del XXI secolo! – una forma di manomissione del corpo dei condannati.

Dall'epoca dell'inquisizione la violenza del potere sui corpi dei cittadini-sudditi era stata bandita ed era rimasta relegata tra le ombre e gli orrori del passato.

Ma ora – grazie all'iniziativa di una donna, di un avvocato, di un ministro, l'on.le Giulia Bongiorno – si è ritornati a discutere di interventi sul corpo dei cittadini, nel quadro della possibile scelta tra la cd. castrazione chimica e la prigione.

Altri approfondiranno questo tema, per il momento fortunatamente abbandonato ma purtroppo divenuto oggetto di nuove proposte ad opera di un'altra forza politica.

Ma è stato infranto un tabù e l'argomento «castrazione chimica» è stato per giorni al centro di «tranquille» e «civili» discussioni politiche, essendo presentato all'opinione pubblica come una scelta pragmatica, compatibile con i principi del nostro ordinamento costituzionale.

Nell'ambito della discussione sul populismo penale, lo sdoganamento della violenza nella sfera istituzionale si profila dunque come un inedito spartiacque e come una linea di demarcazione tra oscurantismo e civiltà giuridica.

Un confine estremo che in tutta sincerità ci auguriamo di non vedere mai più superato ed un tema che speriamo di non dovere mai più discutere.

***Nello Rossi***

Aprile 2019



## Introduzione. Il popolo senza politica

di Enrico Scoditti

Non poteva mancare, in un momento in cui “populismo” è il centro della discussione politologica e costituzionale in Europa e non solo, una riflessione collettiva di *Questione Giustizia* sul tema, naturalmente secondo l’angolo prospettico della *Rivista*. «Populismo e diritto» dunque, riprendendo il titolo di un contributo di carattere introduttivo pubblicato nel settembre scorso e che qui viene ripubblicato, all’inizio del fascicolo, perché ha rappresentato la sollecitazione di alcuni degli interventi. Un capitolo del tema «populismo e diritto» è anche quello del fenomeno migratorio e del diritto di asilo cui *Questione Giustizia* ha già dedicato un fascicolo (il n. 2 del 2018 su «L’ospite straniero. La protezione internazionale nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali») ed a cui presta costante attenzione con la rubrica «Diritti senza confini». L’odierno fascicolo si divide in due parti, una prima in cui viene affrontato il problema generale, la seconda nella quale i contributi assumono un punto di vista particolare, con una particolare attenzione al diritto penale, quale punto sensibile dell’impatto del populismo sul diritto. Si tratta di un complesso di interventi che mira ad aprire una discussione sul profilo giuridico del fenomeno populistico, nella consapevolezza che l’oggetto della riflessione è in incessante trasformazione.

Il rapporto fra cittadino e potere, nel Novecento affidato alla mediazione dei grandi soggetti collettivi, è in una fase di cambiamento. Il mutamento in corso sembra toccare livelli profondi della stessa struttura antropologica dell’uomo europeo. Da quando i partiti di massa hanno cominciato ad evidenziare i primi segni del declino abbiamo, sempre più con il progredire degli anni, affidato al livello di incidenza delle Carte di diritti, e delle Corti (nazionali e sovranazionali) preposte alla loro applicazione, il metro esclusivo di misurazione del grado di civiltà di una società, quasi che enunciare diritti ed istituire i relativi giudici fosse sufficiente a segnare il complessivo avanzamento sociale. Inseguivamo le “magnifiche sorti e progressive” di Corti e Carte dei diritti e non

vedevamo il lato oscuro della luna, in quali forme stesse evolvendo l’essere sociale al di là dell’astratta enunciazione del dover essere giuridico. La crisi dell’irreggimentazione politica della società, cui erano preposti i soggetti collettivi novecenteschi, apriva nuovi percorsi sociali, che potevano restare non visibili se lo sguardo restava limitato a quello del giurista.

Il vero è che la democrazia è costitutivamente fragile perché fondata su quello che Gino Germani definiva l’agire elettivo. Ciò che connota il percorso della modernizzazione per il grande sociologo è il passaggio dall’agire prescrittivo, basato su nuclei normativi che non lasciano spazio alle decisioni individuali, all’agire elettivo, basato sul principio della scelta individuale. Le moderne procedure legali, ha scritto Lawrence M. Friedman nel suo *The Republic of Choice*, sono luoghi di esplicitazione di scelte individuali. Proprio perché l’agire elettivo è basato su decisioni individuali è necessaria una struttura di supporto che consenta all’individuo di sentirsi parte di una comunità, che lo renda capace di bilanciare le proprie con le altrui ragioni. La scelta individuale è un bilanciamento fra sé e l’altro. Il partito politico novecentesco ha contribuito in modo determinante alla formazione dell’ossatura necessaria dell’agire elettivo. Senza quell’ossatura l’elezione individuale è esposta alle più diverse derive depoliticizzanti, fino alle opzioni estreme per una democrazia autoritaria. La democrazia non è solo una questione di forme, ma anche di contenuti. Il costituzionalismo, quale tecnica di divisione del potere per prevenirne la concentrazione in poche mani, costituisce un’argine importante alla tirannia delle maggioranze, secondo un classico pensiero, ma quell’argine potrebbe essere insufficiente se la democrazia perde del tutto la sua sostanza politica. Gli stessi diritti, nel passaggio dalla dimensione oppositiva al potere a quella pretensiva di prestazioni sociali e di partecipazione decisionale, rischiano di convergere con dinamiche individualistiche e depoliticizzanti se la società nel suo complesso non è retta da un’anima politica.

Questo fascicolo è denominato «Populismo e diritto» perché sono le ricadute sul diritto che ci interessano, ma dovrebbe, in modo più pertinente, chiamarsi «Populismo e politica», perché il cuore del fenomeno risiede in quest'ultima. Del resto questo ha a che fare con i tratti epocali dello Stato moderno, il quale nasce con la fine dell'ordine sociale medievale, irrigidito sull'ordine giuridico, e con l'introduzione del nuovo concetto di trasformazione sociale, della quale diventa responsabile la politica. Il diritto cambia posizione, da intima struttura della società a mero limite della politica quale potenza di mutamento sociale. Ecco perché essenziale barometro di civiltà nel mondo moderno è la politica. Ad un certo punto anche la forma costituzionale partecipa di questo disegno trasformatore, perché le Costituzioni novecentesche, come è noto, non sono più solo limite del potere politico, ma anche programma di società, indirizzo fondamentale dello stesso agire politico ed istituzionale. Il Novecento è stato il secolo del titanismo politico, della possibilità di pensare nuovi ordini sociali e dunque della plasmabilità quasi senza limiti della struttura sociale. Non era concepibile un popolo sovrano in questo contesto di disponibilità dell'ordine sociale senza una trama di soggetti collettivi che provvedesse a “formare” il popolo, a politicizzarne l'agire collocandolo su grandi disegni di cambiamento di una comunità nel suo insieme. Il popolo era ancora comunità grazie alla politica.

C'è qui una prima caratteristica del populismo contemporaneo, o populismo 2.0 come è stato definito: una natura profondamente anti-comunitaria e individualistica, che si lega del resto al rapporto immediato, senza alcuna intermediazione, fra individuo e potere. L'espressione “populismo” ha origini nobili, se si pensa ai movimenti politico-culturali della Russia pre-rivoluzionaria o a talune personalità della Francia della prima metà dell'Ottocento e del Risorgimento italiano. Alberto Asor Rosa poteva così aprire il suo fortunato volume della metà degli anni Sessanta del secolo scorso, *Scrittori e popolo. Saggio sulla letteratura populista in Italia*, dando di “populismo” la definizione di «rappresentazione positiva del popolo in chiave progressista». Quel popolo era però comunità, attraversato com'era da forme di appartenenza collettiva, mentre oggi populismo rinvia alla polverizzazione individuale della società. Populismo è in realtà la forma di un'atomizzazione individualistica nella quale il cittadino è solo con il potere, nell'ambito di una relazione priva di intermediari che non siano la comunicazione digitale ed il circuito mediatico in genere.

Della politica del Novecento il populismo recepisce la carica trasformatrice radicale la quale però, privata della struttura politica di governo e del fondamento comunitario dell'agire politico, sembra

non conoscere limiti di sorta. È questo il punto debole anche delle letture del populismo, declinate in senso non individualistico, che vengono dall'America Latina ed in particolare dall'Argentina (si pensi a *La ragione populista* di Ernesto Laclau ed a *Per un populismo di sinistra* di Chantal Mouffe). La politica populistica è una politica che non conosce limiti, non solo nel senso dei vincoli che il diritto frappone all'agire politico, come dimostra la deriva del diritto penale, piegato da limite a strumento del potere punitivo, ma anche nel senso degli ostacoli tecnici che la realtà oppone alla realizzazione di determinati disegni. Ristabilire i limiti tecnici della politica non vuol dire assumere atteggiamenti di rassegnazione, ma significa restituire peso alla comunità, reintrodurre un fattore di ponderazione fra le ragioni del sé e quelle dell'altro. Del resto la stessa forma costituzionale del diritto non è più nei termini dell'alternativa secca fra un programma fondamentale da realizzare ed i diritti da preservare, ma è nel senso del bilanciamento fra i diversi principi concorrenti, come dimostra la teoria e la prassi della giustizia costituzionale. La naturale ostilità del populismo per il pluralismo, come categoria sia istituzionale che politica, trova la propria base nella radicale pretermissione delle ragioni dell'altro che deriva da un agire privo del senso del limite.

Con il famoso esempio del direttore d'orchestra contenuto nel terzo libro de *Il capitale* Marx coglieva nell'attività di comando in fabbrica per un verso l'espressione del conflitto di classe per l'altro l'esigenza di coordinamento e direzione propria ad ogni processo produttivo. Fino a che punto l'assetto sociale è espressione di una gerarchia di interessi che può essere modificata e fino a che punto è invece un dato neutrale non modificabile? Una politica di segno anti-populista dovrebbe oggi guardare alla giustizia sociale, ma allo stesso tempo dovrebbe restare consapevole delle rigidità tecniche che la realtà pone, e su questo doppio movimento formare un popolo e ricostituire il legame sociale. Dovrebbe tornare in definitiva alle ragioni del “pubblico”, che è responsabilità per l'insieme, e su questo costruire una sfera pubblica di partecipanti alla politica, consapevoli del loro essere situati in una rete di rapporti. Il popolo politicamente inteso, come ci ricorda Mario Tronti, non è il tutto indifferenziato cui rinvia il populismo, è una parte che si contrappone ad un'altra parte, ma, proprio perché si tratta di popolo in senso politico, è una parte che guarda all'insieme. Rispetto alla grande questione delle nuove povertà indotte dalla globalizzazione c'è la risposta autoreferenziale del populismo e c'è quella che guarda, o cerca di guardare, all'insieme.

La considerazione della pluralità dei punti di vista, quale peculiarità del “pubblico”, rinvia, per concludere, alla forma della giustizia. Per Emmanuel

Lévinas il *proprium* del giudicare risiede nell'apparizione del terzo fra il giudice ed il caso. Ciò che salvaguarda il giudice, che voglia andare oltre l'astratta legalità, dalla perdita di una giusta distanza nei confronti del caso è la presenza del terzo rispetto a colui che domanda giustizia. Quest'ultimo è l'altro del

giudice e il terzo è l'altro di chi domanda giustizia, è cioè l'altro dell'altro rispetto al giudice. C'è sempre l'altro dell'altro. La giustizia è lo sguardo a trecentosessanta gradi. Pensare il mondo come l'altro dell'altro è la strada, non facile, della politica dopo il populismo.

# Populismo e diritto. Un'introduzione \*

di *Enrico Scoditti*

Populismo e diritto rinviano a forme di legame sociale antitetico: il primo persegue la risoluzione della questione sociale e di quella identitaria senza alcuna mediazione e connessione di sistema, il secondo mira alla neutrale limitazione di ogni potere. Nel costituzionalismo del Novecento europeo si è avuta l'incorporazione nel diritto della questione sociale e di quella dell'appartenenza ad una comunità grazie alla mediazione della politica quale civilizzazione degli impulsi e addomesticamento di paure e angosce. Se la politica perde tale funzione emerge l'antitesi fra populismo e diritto e per i giuristi si apre un tempo di nuove responsabilità.

**1.** Populismo e diritto, colti nella loro essenza, rinviano a forme di legame sociale antitetiche. Essi esprimono principi di organizzazione sociale decisamente alternativi e possono essere agevolmente definiti come le polarità di un'antitesi, non solo concettuale, ma anche pratica, nella misura in cui si riferiscono a modelli sociali che si sono concretamente realizzati. Populismo e diritto sono così i termini di un conflitto originario, irriducibile. L'antitesi risulta evidente se le sue polarità vengono definite sul piano concettuale.

Il populismo intende il legame sociale come imperniato su una nozione di popolo indifferenziata, originaria ed innocente e che affida al potere politico la risoluzione delle due questioni fondamentali, quella sociale delle condizioni di vita del "popolo" e quella identitaria del radicamento etnico-culturale di una comunità, nel vuoto di ogni forma di mediazione e di connessione di sistema. Diversamente dal padre teorico della moderna questione sociale, Karl Marx, secondo cui non c'era emancipazione della classe operaia se non nell'ambito dello sviluppo delle forze produttive e di un quadro dunque di crescita del processo economico-produttivo, la questione sociale secondo la logica populistica si propone nella sua nudità, libe-

ra da vincoli e quadri di compatibilità. Uno Stato può fallire, ma non può venire meno al suo impegno in favore del riscatto sociale del "popolo", come dimostrano talune esperienze latino-americane. La comunità, come appartenenza ad una radice etnico-culturale, risponde poi ad un'esperienza naturale ed incontaminata e che viene perciò prima dell'ordinamento giuridico. Data la natura pre-giuridica dell'identità culturale, il potere politico non può che contrarre con il "popolo" una sorta di obbligazione di protezione dell'appartenenza identitaria.

Il diritto intende il legame sociale come imperniato sulla mediazione di un codice civico, assolutamente sciolto da determinazioni identitarie o culturali. Nella tradizione inglese della *old constitution* non risuona più l'antica combinazione di ordine giuridico e ordine religioso capace di tenere insieme quel coacervo identitario che era l'universo medievale. Il legame sociale è un legame puramente civico, interamente affidato al diritto. Per il costituzionalismo liberale, indifferente tanto alla questione sociale quanto a quella identitaria, al principio di tutto non vi è una comunità di destino ma una tecnica di limitazione di ogni potere. Il corpo sociale è integralmente assorbito in una rete neutrale di poteri e contropoteri. Il "popolo"

\* L'articolo è stato pubblicato quale introduzione alla discussione sul tema del populismo su questa *Rivista on line*, nella sezione *Magistratura e Società*, il 10 settembre 2018.

sparisce in un sistema di controlli dell'azione sociale che ha il suo perno nella garanzia di diritti acquisiti e nella prevenzione di ogni forma di abuso del potere. Compito del potere è garantire il *rule of law*, al punto che, secondo la tradizione giuridica inglese descritta da Albert Venn Dicey, la sovranità del Parlamento risiede nel fatto che esso è il garante supremo della *law of the land*. Che nella storia del costituzionalismo inglese il Parlamento rappresenti l'organo di tutela dei diritti contro l'assolutismo regio non vuol dire immaginare la presa della Bastiglia, al converso, come un fenomeno "populistico". Seguendo la lezione di Tocqueville, la rivoluzione del 1789 non sarebbe stata concepibile senza il processo di disgregazione della società cetuale e di accentramento amministrativo del potere cui ha provveduto lo Stato assoluto: non vi è stato un "popolo" che dal mondo medievale sia direttamente saltato nell'Assemblea costituente, come vorrebbe un paradigma populistico, ma vi è stato il lento e secolare processo di monopolizzazione della forza e di centralizzazione del potere politico all'interno del quale ad un certo punto ha fatto irruzione il principio democratico.

**2.** È di tutta evidenza il nesso fra popolo e democrazia, meno evidente è quello fra popolo e diritto, come dimostra la dialettica fra democrazia e costituzionalismo che si è sviluppata nel corso del Novecento. Il celebre dibattito fra Kelsen e Schmitt in Europa nella prima metà del secolo ed il confronto fra costituzionalismo politico (Ely, Waldron) e costituzionalismo giuridico (Dworkin) negli Stati Uniti nella seconda metà del secolo evidenziano quale possa essere il grado della polemica "democratica" nei confronti di un istituto, quale il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, che consente ad un corpo di non eletti di dire ai rappresentanti del popolo che non possono governare come vorrebbero. Polemicando con le tesi di Nolte sul revisionismo tedesco nel 1986 su *Die Zeit*, Habermas introdusse la nozione di patriottismo costituzionale, quale forma di conciliazione di diritto e identità culturale di un popolo: la tesi era quella della procedura democratica come fondamento identitario di una nazione. Quella nozione ha poi ceduto alle obiezioni da un lato di Rawls, circa la presenza di diritti di cui la procedura democratica non può disporre, dall'altro di comunitaristi e multiculturalisti, secondo cui una procedura giuridica non può essere presunta ai legami culturali. Ma la combinazione di diritto e popolo (*rectius*, l'incorporazione del popolo nel diritto) non è rimasta solo il tentativo teorico di una determinata filosofia della politica. Essa ha rappresentato uno dei tratti costitutivi di una specifica esperienza storica, il costituzionalismo del Novecento europeo, che vede fra gli esempi più si-

gnificativi la Costituzione italiana del 1948 e la Legge fondamentale tedesca del 1949.

Aprire il documento costituzionale con la dichiarazione che «l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro» vuol dire immettere da subito al cuore del diritto la questione sociale. La Costituzione non è solo una mera norma di garanzia dei diritti e di limitazione del potere, secondo la tradizione inglese della *old constitution*, ma è anche un programma di società, che ha il fine di consentire «l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (articolo 3, cpv). Paladina di una nozione di popolo come comunità organica di destino e di un costituzionalismo fortemente integrato nell'identità culturale della Nazione si è fatta poi la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco attraverso una serie di pronunce che hanno toccato i rapporti fra ordinamento nazionale e Unione europea. È bene però sottolineare che il fondo identitario delle Nazioni europee ha da sempre trovato nell'ordinamento comunitario, e poi dell'Unione europea, il fattore decisivo di mitigazione del principio di identità.

Questione democratica, questione sociale e questione identitaria sono dunque al centro del costituzionalismo delle Nazioni europee, pur con le dovute diversificazioni (ad esempio, rispetto alla tradizione tedesca, quella francese è più orientata nella direzione di un modello civico di cittadinanza) e fanno la differenza rispetto al costituzionalismo statunitense. Nonostante l'esordio del documento fondamentale con «We, the people», il modello costituzionale statunitense è ancora basato sul diritto come strumento di garanzia e di limitazione del potere, senza la centralità, tipicamente europea, della questione sociale. Diversamente dal modello costituzionale europeo, al centro dell'esperienza statunitense non vi è un programma di società, ma la dispersione neutrale del potere in una pluralità di centri. Proprio il tratto distintivo del costituzionalismo delle Nazioni europee, il potere come soggetto della trasformazione sociale e non solo oggetto da limitare e controllare, evidenzia su cosa si è retto finora l'equilibrio costituzionale europeo.

«Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale» (articolo 49). Su questa norma si è finora retto l'equilibrio fra diritto e popolo. I termini di quell'antitesi hanno convissuto grazie alla mediazione della politica elaborata da partiti. La compenetrazione del calore sociale e identitario con la freddezza del Giuridico, pura tecnica di limitazione del potere, si è realizzata grazie alla politica. Vediamo perché.

**3.** La nozione di indirizzo politico è centrale all'interno di un modello costituzionale che propone

un duplice volto, garanzia dei diritti e programma fondamentale di società. Il partito politico del Novecento europeo, elaboratore decisivo di indirizzi politici, ha rappresentato il punto di arrivo della moderna nozione di politico, da Hobbes in poi. Il politico moderno ha costituito una delle leve di quello che Norbert Elias ha definito il processo di civilizzazione, ossia la fuoriuscita da un'epoca di disciplinamento dall'esterno delle relazioni sociali, nella quale, come scrive Elias, gli impulsi e l'aggressività si manifestavano in modo più libero, diretto e scoperto, proprio per la presenza di un'etero-costrizione, e l'entrata in un'epoca di interiorizzazione delle costrizioni sociali, improntata alla moderazione ed alla misura. Il pensiero del Novecento ha dato molti nomi, con diversi accenti valutativi, al passaggio, delineato da Elias, dalla pulsione alla sua civilizzazione (fra i tanti, *super-io* per Freud, sistema sociale funzionalmente differenziato per Parsons e Luhmann, microfisica del potere per Foucault), ma ciò cui ha contribuito in modo decisivo il politico è stato l'addomesticamento dell'aggressività e la mitigazione della paura e dell'angoscia.

Il politico moderno ha civilizzato le pulsioni riportandole a misura ed equilibrio e ha istituito su queste basi un'impresa collettiva, stabilendo, con la creazione della moderna statualità, il regno dell'unità politica sostanziale quale perseguimento di un fine comune. Il Leviatano hobbesiano, ha scritto di recente Biagio de Giovanni, lungi dall'essere organo estrinseco al corpo sociale, è ordinamento della vita, è civilizzazione espansiva innervata nel mondo delle relazioni. Il partito politico novecentesco, non a caso da Gramsci definito «intellettuale collettivo», ha formato il popolo, ne ha prevenute le paure e le angosce costruendo una coscienza civica ed infondendo il senso di un'impresa collettiva. Il popolo non corrisponde ad una nozione originaria ed innocente, ma è costruito dalla politica. Se non si ha presente il nesso politica-civilizzazione, si smarrisce il significato della rappresentanza politica, il cui sigillo di democraticità non risiede nell'essere espressione della volontà del rappresentato, come nella rappresentanza di diritto privato, ma nella non conferma del mandato sulla base dei criteri elaborati dalla politica, secondo una lettura del processo democratico non ristretta a scontro corporativo fra interessi particolari, secondo i parametri del realismo politico, ma allargata all'ideale normativo della democrazia costituzionale. Quest'ultima, secondo il suo statuto ideale, è organizzata non solo giuridicamente mediante procedure, ma anche politicamente mediante partiti e associazioni politiche, che provvedono alla diffusione e socializzazione della politica. È dunque grazie alla mediazione della politica che questione sociale e questione identitaria si sono combinate al diritto, ossia ad un principio organizzativo di per sé

neutrale dal punto di vista sociale e identitario perché centrato sulla questione della limitazione del potere. L'incorporazione del popolo nel diritto avviene attraverso la sua civilizzazione per opera dei partiti politici. Questione sociale e questione identitaria non vivono in una sorta di naturalità pre-politica, ma sono plasmate dalla forza performativa della politica. Dopo il secondo conflitto mondiale il principio identitario, in particolare, è stato declinato grazie alla politica ed all'Europa in termini di pura appartenenza nazionale e non di nazionalismo etnico.

**4.** Se la coesistenza di popolo e diritto è consentita dall'esistenza di un sistema dei partiti e dall'*ars mediandi* della politica, quell'equilibrio si rompe una volta che la politica perda la capacità di formare il proprio popolo. Nel momento in cui la politica si sposta dall'addomesticamento delle paure e delle angosce ad addirittura il loro potenziamento ed alla loro esaltazione il binomio di popolo e diritto si spezza. Se la politica, lungi dall'adempiere la propria funzione di civilizzazione, si dissolve in espressione di disagio e rancore sociale e si affacciano senza mediazioni questione sociale e questione identitaria si è già entrati in un contesto populistico. L'ordinamento istituzionale perde il proprio centro di gravità, la politica quale formazione del popolo, e vengono restituiti nella loro immediatezza i termini dell'antitesi radicale, populismo e diritto. A quel punto si delineerebbe un conflitto inedito, perché limitazione del potere e suo soggiogamento a volontà di potenza sociale e identitarie sarebbero l'uno di fronte l'altro, ciascuno consapevole della propria forza. Il populismo, che il diritto verrebbe così a fronteggiare, sarebbe in primo luogo il tratto costitutivo di un'epoca e di un orientamento sociale diffuso.

Per i giuristi potrebbe aprirsi un tempo nuovo, nel quale dovrebbero però essere guidati, per dirla con Max Weber, non solo dall'etica della convinzione, ma anche da quella della responsabilità. Non si tratterebbe di agire solo nella convinzione che il diritto è imperativo e non può non trovare applicazione, ma si dovrebbe acquistare anche la consapevolezza dell'eccezionalità di un quadro istituzionale che vede il diritto come la polarità di un conflitto e che nella sua normalità dovrebbe invece essere governato da logiche di equilibrio e di moderazione affidate alla politica. Le possibilità di discernimento sono rese complicate dal fatto che il costituzionalismo nazionale, nel quadro peraltro oggi dei vincoli sovranazionali ed internazionali, non è meramente liberale, ma ha incorporato questione sociale e, entro certi limiti, questione identitaria. C'è un lato oscuro del tema dei diritti da cui i giuristi devono guardarsi: la riduzione del rapporto fra cittadino e autorità a tutela dei diritti e l'integrale

giuridificazione dei rapporti di potere è l'altra faccia della società spoliticizzata e ridotta ad una massa di individui titolari di pretese cui rinvia il discorso populista. Un ordinamento costituzionale è la risultante di un equilibrio complesso nel quale ciascun elemento acquista il giusto peso se anche gli altri elementi sono all'opera: i diritti lavorano univocamente nel senso della giustizia se la politica è in grado di svolgere la

propria funzione di formazione di un popolo. Il diritto può trascorrere da polo antitetico al populismo a suo strumento inconsapevole.

Gli uomini del diritto potrebbero entrare in una terra irta di ostacoli e dalla luce opaca, nella quale assolvere con convinzione ma anche con nuove responsabilità i propri compiti. Almeno finché non sia tornato il tempo della politica e di una nuova civilizzazione.

# Giudici, popolo e populismi

di Nello Rossi

Non ci sarà retorica populista che possa far dimenticare ai magistrati italiani che nelle aule di tribunale il giudice ed il pubblico ministero affrontano “casi” e giudicano “persone”, senza che vi sia spazio né per “amici del popolo” sottratti al giudizio in virtù del consenso popolare né per “nemici del popolo” oggetto di aprioristiche condanne popolari.

## 1. Il populismo e il giudiziario

Il populismo è un fenomeno estremamente variegato, da tempo al centro di complesse analisi degli scienziati della politica e di tentativi di definizione quasi mai appaganti<sup>1</sup>.

Sono state queste difficoltà ad indurre più di uno studioso ad optare per il plurale, sostituendo i “populismi” alla categoria unitaria di “populismo” e operando distinzioni non solo tra le diverse versioni del populismo ma anche tra i populismi tradizionali manifestatisi in passato e il nuovo populismo, esploso di recente su scala mondiale<sup>2</sup>.

È a quest’ultima, più recente dimensione del fenomeno ed alla relativa letteratura<sup>3</sup> che si farà principalmente riferimento in questo scritto, richiamando, in termini generali, le straordinarie tensioni che esso sta determinando in ogni ambito della vita economica e sociale e della sfera pubblica e concentrando poi il

fuoco dell’attenzione sull’impatto che in Italia il populismo potrà avere sul “giudiziario”.

È facile constatare che nel nostro Paese i magistrati entreranno continuamente in contatto, nello svolgimento del loro lavoro, con le politiche legislative di una maggioranza parlamentare e di un esecutivo che rivendicano apertamente il loro carattere populista.

Pochi e parziali esempi basteranno per dare l’idea dell’ampiezza e profondità di un tale impatto.

Ai magistrati spetterà decidere le inevitabili controversie sul diritto a percepire il reddito di cittadinanza e sulla possibilità di ottenere la pensione alle nuove condizioni fissate dai recenti provvedimenti legislativi.

Saranno i magistrati che dovranno applicare le severe sanzioni per le false dichiarazioni e l’utilizzazione di «*documenti falsi o attestanti cose non vere*» al fine di ottenere il reddito di cittadinanza o di impedire la revoca o la riduzione del beneficio<sup>4</sup>.

1. Nel mondo anglosassone la riflessione sul populismo aveva preso avvio nell’ormai lontano 1968 ad opera di pensatori che già allora avvertivano l’esigenza di analizzare e definire il fenomeno. Si vedano al riguardo gli scritti di Isaiah Berlin, Richard Hofstadter e D. MacRae, *To define populism*, pubblicati nel 1968 nella rivista *Government and Opposition* ed il volume collettivo a cura di Ighita Ionescu e Ernest Gellner, *Populism. Its Meaning and National Characteristics*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1969.

2. In questi termini Marco Revelli, *Populismo 2.0*. Einaudi, Torino, che propone di parlare «*più che di populismo al singolare di populismi al plurale, data la molteplicità di esperienze che stanno al di sotto del termine*» e pone l’accento su di un populismo di nuova generazione, dai caratteri in parte inediti che chiama appunto «*populismo 2.0*» (*op.cit.* p. 3).

3. In quest’ambito vanno segnalati in particolare due studi recenti ai quali si farà più volte riferimento: Roger Eatwell e Matthew Goodwin, *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy*, English Edition, Pelican Books e Yascha Mounk, *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How To Save It*, English Edition.

4. L’art. 7 del decreto legge 28.1.2019, n. 4 (al momento in cui si scrive ancora in attesa di conversione) prevede la reclusione da due a sei anni per «*chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio*» del reddito di cittadinanza «*rende o utilizza dichiarazioni o docu-*



Ai giudici toccherà gestire le nuove procedure in materia di diritto di asilo e l'emergenza sociale di una gran massa di immigrati che è illusorio pensare di poter rinviare agevolmente nei Paesi di provenienza – come ha sperimentato il Ministro dell'interno che questo aveva promesso agli elettori in campagna elettorale – ma che è insensato e pericoloso lasciare a vagare nel Paese, senza programmi di insegnamento della lingua, senza alcuna politica di integrazione, senz'altra prospettiva che non sia la disperazione sociale<sup>5</sup>.

Ancora: sarà compito dei giudici garantire un carcere nel quale non si “marcisca” e si viva privati della libertà ma non della dignità e di una seria prospettiva di riscatto e di recupero alla società.

E l'elenco potrebbe continuare, estendendosi ai temi da sempre tormentati del diritto e del processo penale, della sicurezza, del contrasto alla grande criminalità ma anche dell'illegalismo diffuso – che spesso i partiti populistici per spirito demagogico tendono a sottovalutare – di chi si arricchisce non pagando i contributi ai lavoratori, violando le norme sull'edilizia e sull'ambiente, evadendo le tasse<sup>6</sup>.

Una vicenda fisiologica, si potrebbe dire, giacché sempre i magistrati sono direttamente chiamati in causa nell'applicazione di nuove normative.

Ma il punto è che un tale intenso “coinvolgimento” avviene in un contesto culturale e politico nel quale i leader populistici affermano incessantemente di essere gli unici e più fedeli rappresentanti della genuina volontà del “popolo” o dei “cittadini” italiani e, in virtù di tale investitura, si dimostrano spesso insofferenti al sistema di limiti, contrappesi e garanzie che caratterizzano il nostro come altri Stati democratici di diritto.

Come ha osservato Marcello Clarich «*il populismo nella versione più pura (ideal-tipica) avanza la pretesa di una rappresentanza diretta ed esclusiva del popolo, inteso come categoria astratta*»<sup>7</sup>. E l'esaltazione di questo tipo di rappresentanza si accompagna alla svalutazione dei percorsi e dei metodi della democrazia rappresentativa (in favore di forme di democrazia diretta); all'ostilità nei confronti delle élite tradizionali, considerate corrotte e lontane da popolo; alla rilettura del conflitto sociale e politico in chiave di scontro tra amici e nemici (del popolo) piuttosto che di competizione tra avversari.

Operando in questo ambiente politico ed istituzionale – particolarmente problematico come si dirà per la giurisdizione – i magistrati, anche se volessero, non potrebbero rimpicciolirsi, non potrebbero mettersi di lato, schivando problemi e pericoli.

Meglio, dunque, avviare una riflessione aperta e problematica su alcuni aspetti specifici delle politiche populiste ma anche sui tratti generali del fenomeno populista e sulle sue complesse ripercussioni nel nostro ed in altri Paesi.

Una riflessione da svolgere con la consapevolezza di vivere nel Paese dei due populismi. Una peculiarità, questa, che fa dell'Italia quasi un *unicum* nel panorama mondiale, giacché sinora solo in Francia si sono verificate convergenze in qualche modo analoghe a quelle in atto in Italia, convergenze peraltro bloccate sul nascere dal sistema elettorale francese.

Il caso italiano e la singolarità assoluta del populismo *double face* meriteranno, dunque, considerazioni particolari.

menti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute».

È inoltre punita, con la reclusione da uno a tre anni anche «l'omessa comunicazione», entro i termini previsti dalla legge, «delle variazioni del reddito o del patrimonio .... nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio». Graverà dunque sulla polizia e sulla magistratura un compito assai arduo, data l'ampiezza della platea dei destinatari e le difficoltà di scoperta e di accertamento dei reati in questione, mentre, senza mettere in conto queste obiettive difficoltà, la maggioranza parlamentare rappresenta le sanzioni penali come la più sicura garanzia di correttezza delle modalità di erogazione e fruizione del reddito di cittadinanza

5. Su questi temi, oggetto della costante attenzione di questa Rivista, cfr. nella Rubrica *Diritti senza confini*, Gabriele Serra, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del dl 113/2018: tra decisione annunciata e spunti interpretativi futuri sul permesso di soggiorno per motivi umanitari*, [www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-di-cassazione-e-l-irretroattivita-del-dl-24-02-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-di-cassazione-e-l-irretroattivita-del-dl-24-02-2019.php); Gaetano Azzariti, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, [www.questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-nuova-normativa-in-materia-di-migrazioni-le-incostituzionalita-non-discusse-18-01-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-nuova-normativa-in-materia-di-migrazioni-le-incostituzionalita-non-discusse-18-01-2019.php); Daniela Consoli e Nazareno Zorzella, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, [www.questionegiustizia.it/articolo/l-iscrizione-anagrafica-e-l-accesso-ai-servizi-territoriali-dei-richiedenti-asilo-ai-tempi-del-salvinismo-08-01-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/l-iscrizione-anagrafica-e-l-accesso-ai-servizi-territoriali-dei-richiedenti-asilo-ai-tempi-del-salvinismo-08-01-2019.php).

6. Sulle forme di illegalismo diffuso come fonte di ricchezza illecita e di disuguaglianze occorrerà, ad avviso di chi scrive, sviluppare una riflessione non settoriale e non episodica che dimostri la fallacia e l'arbitrarietà dell'approccio riduttivo al fenomeno di ampi settori del mondo politico. Basterebbe, al riguardo, compiere un raffronto tra due cittadini, il primo dei quali rispetti le leggi mentre il secondo ometta di pagare i contributi ai suoi dipendenti, ponga in essere violazioni edilizie ed evada “moderatamente” i suoi obblighi tributari. Al termine di un congruo periodo di osservazione si vedrà che il divario di ricchezza tra i due soggetti sarà divenuto notevolissimo e per più versi incolmabile.

7. Così, Marcello Clarich, in *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* Editoriale della Rivista della *Regolazione dei Mercati*, n. 1/2018, [www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/indice-1-2018/editoriale-1-2018](http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/indice-1-2018/editoriale-1-2018).

## 2. Un fenomeno di portata mondiale

La peculiarità italiana del duplice populismo non deve oscurare il fatto che gli avvenimenti del nostro Paese sono parte di un fenomeno di portata mondiale.

Dopo una lunga incubazione, dopo anni di presenza minoritaria, marginale o folkloristica sulla scena sociale e politica, i movimenti di segno populista sono venuti prepotentemente alla ribalta, con un'accelerazione propria delle fasi storiche rivoluzionarie.

Le più antiche democrazie del mondo, che per secoli abbiamo considerato come esempi e modelli nonostante le loro imperfezioni, hanno decretato la prepotente affermazione di *leader* e di movimenti populistici e sono percorse da spinte popolari che hanno rimesso in discussione politiche economiche e sociali, alleanze internazionali ed assetti istituzionali consolidati. La presidenza Trump e la *Brexit* sono questo.

Giovani democrazie, come quelle di molti Paesi dell'Est europeo, dall'Ungheria di Victor Orban alla Polonia, sono state rimodellate nel giro di pochi anni in senso autoritario, nel nome di una democrazia dichiaratamente illiberale, gerarchica, propensa a divorziare dalle libertà e dalle garanzie dei diritti individuali.

Come estrema convulsione, Paesi che sembravano incamminati sulla via della democratizzazione ed erano considerati esperimenti di positivo connubio tra islamismo e principi democratici sono precipitati nell'abisso di dittature odiose e della repressione più feroce. È il caso della Turchia, dove tra le prime vittime del nuovo corso figurano giudici, avvocati, giuristi.

È doveroso ricordare che si tratta di fenomeni molto diversi tra di loro, che prendono forma e ricevono alimento dalla storia e dalle peculiarità dei Paesi nei quali si sviluppano.

Eppure non è impossibile rintracciare, nelle differenti esperienze, tratti comuni, percorsi ricorrenti, affinità spesso sorprendenti e desideri di imitazione, capaci di dar vita ad una ideologia e ad una prassi del populismo che si insinuano nelle pieghe di società diversissime per storia, cultura, grado di sviluppo economico e tradizioni istituzionali.

È quest'aria di famiglia che, autorizza a porsi, con spirito critico ma senza pregiudiziali, più ampie e comuni domande sul populismo.

Da quale nodo di problemi irrisolti, da quale grumo di ansie, di pulsioni, di sofferenze e di insofferenze scaturisce l'esplosione populista?

Da quale magma sociale nascono le accuse di fallimento e l'ostilità verso la politica tradizionale e le élite, che spesso hanno come paradossale corollario una sorta di generalizzata revoca di fiducia verso la cultura, la scienza, le competenze in nome di una genuina coscienza e volontà popolare?

Ed ancora: il fenomeno populista può condurre ad una divaricazione tra democrazia e il sistema di libertà e di garanzie sinora considerato componente essenziale dello Stato democratico di diritto? C'è, in altri termini, il rischio di una cesura tra democrazia e liberalismo<sup>8</sup>?

Ed infine: a quali nuove tensioni sarà sottoposto il giudiziario, l'istituzione di garanzia per eccellenza, nell'età del populismo?

Sono interrogativi che stanno di fronte ad ogni cittadino attento alle vicende collettive. Ma sono domande ineludibili per magistrati di orientamento democratico.

La magistratura di orientamento progressista ha infatti iscritto l'aggettivo "democratico" nella sua ragione sociale.

Così è per "magistratura democratica" e così è per "area democratica per la giustizia".

Nel chiamarsi entrambe "democratiche", queste realtà collettive hanno voluto dire subito, già nel nome, che il rapporto con il *demos*, il dialogo con il popolo, l'attenzione alle istanze popolari sarebbero stati la loro stella polare nel pensare i temi dell'assetto istituzionale e della giurisdizione.

Il contrario, dunque, di ogni atteggiamento elitario, di superiorità, di aristocratico isolamento. E nessun desiderio di rinchiudersi di nuovo nella "torre" infranta molti anni addietro contestando l'autoreferenzialità del giudiziario.

Un modo di essere, questo, che dovrebbe porre al riparo da due reazioni molto diffuse nei confronti del fenomeno populista: l'irrisione e l'indignazione.

Intendiamoci: l'irrisione è spesso pienamente giustificata dalla goffaggine di molti *leader* populistici e dalle loro improvvisazioni. E l'indignazione è sacrosanta di fronte a talune scelte brutali e controproducenti su temi chiave della società, dell'economia, delle istituzioni.

8. Significative al riguardo le considerazioni di Yascha Mounk, *The People vs. Democracy*, op. cit. pag. 5: «*Liberalism and democracy, we have long thought, make a cohesive whole. It is not just that we care both about the popular will and the rule of law, both about letting the people decide and protecting individual rights. It's that each component of our political system seems necessary to protect the other. There is indeed good reason to fear that liberal democracy cannot survive if one of its elements is abandoned.*».

Due osservatori non antipatizzanti del populismo come Roger Eatwell e Matthew Goodwin, in *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy*, op. cit. p. 47, affermano che «*populism ... is a response to contradictions within liberal democracy, with on the one hand promises "redemptive" rule by the people, but which in practice is increasingly based on "pragmatic" and technocratic competing elites whose values are fundamentally different from many of those they govern.*».

Ma né l'una né l'altra di queste reazioni, da sole, consentono di capire quello che sta accadendo, entrambe sono cattive consigliere se precludono lo sforzo di comprensione e di immedesimazione necessario per penetrare le ragioni ispiratrici delle pulsioni populiste.

### 3. Alle radici del populismo: la crisi economico-finanziaria, la crescita delle disuguaglianze, le migrazioni

Con questo spirito di apertura critica occorre ragionare, sapendo distinguere, all'occorrenza, tra le istanze popolari che stanno alla base del populismo e le politiche populiste, tra un "populismo della domanda" ed un "populismo dell'offerta" politica.

Naturalmente "comprendere" non equivale a condividere o ad accettare, ma resta la premessa di ogni azione, anche della ricerca degli antidoti più efficaci alla possibile deriva negativa di una democrazia priva di adeguate garanzie dei diritti e limitatrice delle libertà.

Sui principali fattori generatori del populismo c'è ormai un largo accordo tra gli analisti, che li individuano nella lunga crisi economico-finanziaria iniziata nel 2007, nella dimensione assunta dai fenomeni migratori, nell'acuirsi delle disuguaglianze sociali.

E i magistrati? Alcuni dei fattori genetici del populismo i magistrati li hanno toccati con mano nella loro esperienza professionale, altri li hanno visti in anticipo e tempestivamente denunciati, mentre altri – occorre ammetterlo – sono stati per loro imprevisi, sorprendenti ed amari.

Sulla crescita delle disuguaglianze sociali i magistrati democratici, in ragione della loro peculiare sensibilità, hanno prima e più di altri concentrato l'attenzione, individuando in essa una mina sociale da disinnescare con politiche appropriate che sono in larga parte mancate<sup>9</sup>.

Inoltre, come operatori delle patologie e sentinelle del disagio, i magistrati hanno "visto" – anche se non sofferto direttamente – la lunga recessione economica che ha scosso tutte le economie avanzate,

esercitando una dolorosa pedagogia su piccoli operatori economici, su modesti professionisti e su ampi settori della forza lavoro meno qualificata.

La cascata di fallimenti e di chiusure di attività imprenditoriali, commerciali e finanziarie ha "rivelato" che l'economia globalizzata non è sempre e comunque un gioco cooperativo dal quale tutti traggono vantaggi ma un'aspra competizione che riserva ai perdenti – a volte intere regioni e settori produttivi – un presente ed un futuro di declino e di marginalizzazione<sup>10</sup>.

In definitiva la crisi economico-finanziaria ha finito con lo svolgere il «ruolo di catalizzatore dei tanti motivi di insoddisfazione, da tempo latenti, nei confronti delle politiche liberiste e degli effetti della globalizzazione soprattutto sulle fasce più deboli della popolazione ... e le reazioni in vari Paesi hanno portato all'affermarsi di movimenti e partiti di matrice populista»<sup>11</sup>.

Nella stretta della crisi e in assenza di poteri pubblici in grado di controllare gli effetti della globalizzazione, i cittadini più svantaggiati di molti dei Paesi più ricchi del mondo si sono sentiti privati delle antiche protezioni e drammaticamente incerti sul futuro di fronte alla crescita delle tecnologie *labour saving*, alle diverse forme di delocalizzazione produttiva, allo spostamento dei centri decisionali in colossali società multinazionali o in istituzioni internazionali e sovranazionali connotate da un rilevante *deficit* democratico.

Ed è in questo contesto, infine, che la crescita delle migrazioni è stata avvertita dagli strati sociali più deboli come una minaccia insieme economica, sociale, demografica e culturale.

E ciò non tanto e non solo sul versante di una – spesso inesistente – concorrenza per il lavoro quanto sul terreno della fruizione dei servizi sociali, delle politiche di sostegno ai meno abbienti, della vasta penetrazione di stranieri in aree del tessuto urbano, dell'alterazione di stili tradizionali di vita.

Senza una credibile e visibile politica di integrazione dei migranti che già si trovano sul territorio nazionale e senza una programmata politica di gestione dei flussi migratori, questa sensazione di minaccia rischia di far ritenere velleitaria e di travolgere brutalmente ogni idea di accoglienza, generando pulsioni

9. Basterà ricordare al riguardo che il congresso di Bologna di Magistratura democratica del 2016, ai cui Atti, pubblicati nel n. 2 del 2017 di questa *Rivista* si rinvia, [www.questionegiustizia.it/rivista/2017-2.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2017-2.php), è stato imperniato proprio sul tema delle disuguaglianze economiche e delle loro profonde ripercussioni in ambito sociale ed istituzionale.

10. Marco Revelli, in *Populismo 2.0*, op. cit. offre una accurata analisi delle aree geografiche e sociali che negli Usa hanno decretato il successo elettorale di Donald Trump (Cap. 4, *The apprentice*) e nel Regno Unito l'affermarsi del *Leave* nel referendum che ha sancito la separazione dall'Unione europea (Cap. 5, *Europa infelix-Brexit*).

11. Così, Marcello Clarich, in *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* op. cit..

e veleni, come la xenofobia ed il razzismo, che credevamo relegati in un oscuro passato<sup>12</sup>.

#### 4. Il populismo non sarà una parentesi

A queste preoccupazioni reali ed angosciose per grandi masse di cittadini, le risposte offerte dai populistici sono apparse tanto più convincenti in quanto presentate come semplici, praticabili, a portata di mano, facilmente risolutive<sup>13</sup>. E comunque le uniche realmente praticabili senza subire l'*impasse* di estenuanti ed infruttuose mediazioni in ambito sovranazionale o i *diktat* della finanza e delle potenze economiche operanti a livello globale.

Di qui il successo dell'offerta politica di segno populista in economia, in politica e sul terreno delle misure sociali e per il lavoro.

In economia, la spinta ad un rientro nei confini degli Stati nazione, l'aspirazione a ritornare "padroni in casa propria", l'insofferenza per uno Stato meramente regolatore<sup>14</sup> e per pubblici poteri incapaci o impacciati nell'intervenire sulle situazioni di crisi economica. Che altro sono le politiche protezionistiche perseguite negli Stati Uniti, l'opzione per il recupero di sovranità nazionale nel Regno Unito, il sovranismo affermatosi in molti Paesi europei, con il corredo di contestazione della Unione europea e della sua funzione regolatrice?

In politica, ci si è trovati di fronte alla riaffermazione dell'identità nazionale di contro alle prospettive di società multietniche e multiculturali ed al ruolo degli organismi internazionali o sovranazionali, tra cui l'Unione europea.

Sul versante sociale, infine, la domanda di protezione economica del lavoro e del reddito è stata indirizzata esclusivamente allo Stato nazionale.

Sono perciò discutibili ed inappropriate le rappresentazioni unilaterali e talvolta caricaturali del consenso ai populistici che ignorano ogni aspetto strutturale della realtà e si esauriscono nella denuncia di manipolazioni e di operazioni demagogiche, che pure abbondano nell'armamentario populista.

Proprio in ragione delle sue cause strutturali il populismo non sembra destinato ad essere una pa-

rentesi, un'ondata che si ritirerà più o meno rapidamente lasciando riemergere intatto il panorama preesistente.

#### 5. E in Italia? Non uno ma due populismi

E in Italia? In Italia, come si è già accennato, si è di fronte non ad uno ma a due populismi.

Preceduti da una lunga stagione di pre-populismo, di declino o sparizione dei partiti, di trasformazioni della democrazia, di diseducazione alla politica.

Nel vivo delle polemiche politiche quotidiane non si è forse riflettuto abbastanza sul fatto che in Italia, nelle ultime elezioni politiche, i due partiti populistici hanno offerto una risposta alle due domande di fondo che le persone comuni pongono ad una democrazia.

Che cosa chiede, infatti, il cittadino alla democrazia?

Avere la sensazione di poter decidere, attraverso i meccanismi democratici, del destino proprio e della comunità cui appartiene e avere prospettive di un minimo di sicurezza economica e sociale e di miglioramento della propria condizione.

A queste due istanze il populismo di destra ha risposto "sovranismo", promessa di riduzione del carico fiscale, protezione dei piccoli operatori economici e professionali (il popolo delle partite Iva), accoglimento delle richieste di un'ampia platea di aspiranti al pensionamento.

A sua volta, il populismo *left wing* ha risposto "democrazia diretta" alla volontà popolare di contare nelle decisioni collettive e "reddito di cittadinanza" alle aspirazioni di protezione economica dei meno abbienti.

In sostanza due vie di uscita diverse dallo *status quo*, due speranze differenti di cambiamento.

Naturalmente occorre esercitare l'arte della distinzione tra queste diverse proposte senza mai accomunarle in un unico giudizio.

È infatti sconcertante che una parte della sinistra tradizionale abbia usato, per contestare il reddito di cittadinanza – una misura di politica economica per più aspetti indispensabile e di cui occorre favorire la

12. Sul tema dell'*hyper ethnic change* si soffermiamo gli autori di *National Populism: The Revolt Against Liberal Democracy*, op. cit. pp. 133 e ss. secondo i quali «it is important not to underestimate the tensions to which the immigration gave rise, especially when the numbers of incoming migrants were high and the pace of change rapid. Even in the US, the land of melting pot, the epicentre of multicultural immigration, successive waves of immigrants, even European Christians, have long faced a hostile and even dangerous reception».

13. Su questo aspetto si sofferma Yascha Mounk, *The People vs. Democracy*, op. cit. p. 9, rilevando come i leader populistici «claim that the solutions to the most pressing problems of our time are much more straightforward than the political establishment would have us believe, and that the great mass of ordinary people instinctively knows what to do».

14. Sulle complessive difficoltà dello Stato regolatore in un contesto di segno populista si sofferma, con acute osservazioni, Marcello Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, op. cit.

razionale applicazione – gli stessi argomenti e le stesse “immagini” della destra più conservatrice<sup>15</sup>.

Dimenticando, tra l’altro, di aver acriticamente esaltato un’altra misura mirata ad un preciso *target* elettorale come quella degli “80 euro”, riservata ad una fascia economica intermedia della società e ininfluyente sulle forme più estreme di povertà.

Molto si dovrà invece discutere, nel merito, dell’assurda illusione “sovranista” di risolvere i problemi del Paese ponendosi fuori o contro l’Unione europea, offrendo una risposta suicida che nessun *deficit* di democrazia della attuale Unione può giustificare.

Così come si dovrà affrontare il tema dei limiti invalicabili della democrazia diretta, del suo rapporto con la democrazia rappresentativa e delle materie non sottoponibili a *referendum* propositivo, prima tra tutte quella penale, a meno di non voler regredire a forme di giustizia di piazza e di persecuzione penale dei nemici del popolo, dei sabotatori, degli untori.

Ma questi ed altri temi cruciali per la collettività, che dovrebbero essere oggetto di una discussione razionale, sono oggi messi in secondo piano dalla circostanza che la diversità radicale delle proposte politiche non implica affatto una inconciliabilità tra i nostri due populismi.

## 6. Contraddizioni ed osmosi tra i due populismi

Forse le contraddizioni tra i due movimenti di ispirazione populista sono davvero insanabili, così che si assisterà ad una sorta di resa dei conti tra le due anime del populismo nostrano.

Per il momento vanno però registrati alcuni fenomeni di osmosi.

Osmosi sul versante delle politiche dell’immigrazione. Coincidenze sul terreno delle polemiche contro l’Unione europea, facile bersaglio, paralizzata com’è tra le deliberazioni spesso ininfluenti della Commissione e del Parlamento e i veti degli Stati o del Consiglio dei ministri. Avvicinamenti e compromessi sul piano delle politiche sociali, caratterizzate dalla pura e semplice sommatoria, magari al ribasso, delle proposte avanzate e delle promesse fatte nell’ultima campagna elettorale.

Ed infine sintonie sul terreno del giudiziario dove trovano eguale accoglimento le pulsioni verso un esercizio della giurisdizione ed un governo della pena più duri e sbrigativi, imperniati su soluzioni violente che vanno dall’enfaticizzazione della legittima difesa

ad una richiesta di certezza della pena che maschera malamente l’aspirazione alla crescita ed alla generalizzazione della sola pena carceraria.

Si potrebbe dire: populismi diversi ma potentemente accomunati dalla comune matrice populista, a dispetto delle originarie differenze di cultura e di impostazione.

## 7. Lo spazio di riflessione dei magistrati

Non è compito dei magistrati dire se questo processo di parziale osmosi e questa combinazione di politiche diverse produrranno effetti economicamente positivi, esiti socialmente più giusti o genereranno nuove crisi e accentueranno un declino economico e sociale del Paese già in atto da tempo.

In altri termini: non spetta ai giudici, in quanto tali, dire se il 2019 sarà un anno bellissimo o un *annus horribilis*, oppure pronunziarsi sulle prospettive del Paese, oggi governato da un esecutivo che per bocca del Presidente del Consiglio si definisce populista.

E ciò anche se nessuno può impedire al giudice-cittadino di leggere i dati della situazione economica e sociale del Paese e di farsi un’idea del corso politico imboccato.

Ma è compito dei magistrati ragionare, senza supponenza e senza pretese di superiorità ma con franchezza delle politiche del diritto in atto, della loro rispondenza ai problemi del Paese, della loro capacità di risolvere le questioni aperte o di aggravarle.

Un lavoro di lunga lena che dovrà impegnare competenze e professionalità diverse operanti nei campi del diritto dell’economia, dell’immigrazione, della tutela del lavoro, dell’ordinamento penale e penitenziario, ragionando delle nuove istanze popolari e delle nuove politiche alla luce del dettato costituzionale e dei principi fondanti del sistema giudiziario.

## 8. Nelle aule di tribunale né “amici” né “nemici” del popolo

Ci sono però aspetti di fondo della politica e della cultura di segno populista sui quali è legittimo e doveroso che i magistrati di orientamento democratico dichiarino, o meglio ricordino, sin da ora la loro posizione.

Il primo è che non ci sarà retorica populista o appello al popolo – e alla sua volontà interpretata dal *leader* di turno – che possa far dimenticare

15. Sul punto si rinvia alle interessanti considerazioni svolte da Giuseppe (Papi) Bronzini nel libro *Il diritto ad un reddito di base. Il welfare nell’era della innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2017.

ai magistrati italiani che nelle aule di tribunale il giudice ed il pubblico ministero si misurano e continueranno a misurarsi con “casi” e con “persone”, accertando fatti, riconoscendo diritti e valutando responsabilità.

Così che non dovrà esserci spazio né per “amici del popolo” che pretendano di sottrarsi alle loro responsabilità in virtù del consenso o dell’investitura popolare né per aprioristiche condanne di “nemici del popolo” che i magistrati dovrebbero limitarsi a ratificare.

Nelle aule di giustizia entrano solo esseri umani, persone con un comune corredo di garanzie e di diritti e non amici o nemici del popolo.

Non è affatto scontato ribadirlo nel momento in cui siamo freschi testimoni di una vicenda – quella dell’autorizzazione a procedere per una ipotesi di reato ministeriale formulata nei confronti del Ministro dell’interno – che, per il modo in cui è stata affrontata, è riuscita a mortificare insieme il ruolo del Parlamento e del giudiziario.

Una constatazione, questa, che può essere fatta prescindendo dal “merito” della questione giuridica, che resta difficile e controversa, come, se non altro, testimonia la diversità di posizioni assunte da differenti organi come la Procura della Repubblica di Catania e il Tribunale dei ministri.

Il punto è un altro: affidare ad una consultazione telematica di persone “ignare” dei dati di fatto un giudizio delicato e cruciale come quello sulle condizioni per l’autorizzazione a procedere ha significato in un colpo solo svilire il compito dei parlamentari, chiamati a decidere in scienza e coscienza, ed affermare un temibile principio: che sulle questioni di giustizia si può deliberare e decidere senza conoscere.

Due ferite che ogni persona ragionevole dovrebbe considerare molto gravi per lo Stato di diritto e che è stato folle definire, come pure è avvenuto, una “vittoria della democrazia”.

Neppure è superfluo negare ingresso nella giurisdizione alla categoria degli amici del popolo quando – senza reazione alcuna del Governo e del Ministro della giustizia – si assiste a manifestazioni di protesta anche violenta contro decisioni delle Corti alle quali si addebita di non essersi allineate ad un verdetto popolare già scritto.

## 9. I giudici nella società delle molte minoranze

Il secondo punto di principio da riaffermare è che, in conformità al ruolo loro assegnato dalla Costituzione, i magistrati saranno chiamati a garantire le libertà ed i diritti fondamentali degli appartenenti alle molte minoranze, per così dire trasversali, che compo-

no una società che resta pluralista ed articolata come quella italiana.

Libertà e diritti fondamentali non possono essere compressi o negati né in nome del popolo-nazione, inteso come un tutto organico plasmato dalla storia o dalla tradizione, né in nome della “volontà generale”, comunque rilevata o registrata.

Troppo spesso, nella teoria e nella prassi del populismo si sostiene la primazia assoluta ed indiscutibile della volontà del popolo, interpretata dai capi, non temperata da diritti e libertà individuali e destinata a non subire impacci o limiti che non siano letti e condannati come il frutto di resistenze di privilegiati, di manovre antipopolari, di macchinazioni e di complotti.

In questa impostazione c’è evidentemente un pericolo grande per il libero ed imparziale esercizio della giurisdizione e per tutti coloro che, con diversi ruoli, operano nel giudiziario.

Ma vi è anche un’insidia estrema per lo stesso Parlamento, come la prima fase della esperienza populista sta dimostrando, e per altre istituzioni decisive per la vita democratica: la libera stampa, le autorità indipendenti, le istituzioni tecniche, le burocrazie neutrali, tutti coloro che servono la Repubblica e non il Governo di turno e meno che mai i capi populistici.

Questi rischi sono destinati a crescere in modo esponenziale se e quando alcune facili ricette populiste urteranno contro la realtà.

Allora, se non prevarrà la ragione, non si cercheranno le cause degli insuccessi ma i sabotatori, i traditori del popolo.

Ed anche i magistrati potranno essere annoverati, per il solo fatto di fare correttamente il loro mestiere, tra coloro che intralciano e ostacolano la realizzazione della volontà popolare.

Occorrerà ribadire, anche nel vivo delle più aspre polemiche, che l’esistenza di uno “scarto”, di una divaricazione tra le decisioni dei giudici e il sentire popolare non è un segno di ostilità politica ma piuttosto un’evenienza che l’ordinamento considera possibile e per più versi fisiologica.

Da un lato, infatti, l’esperienza giudiziaria mette il magistrato di fronte alle differenze individuali e gli ricorda che esistono i variegati ruoli sociali, le diverse culture, le personalità, l’infinita varietà delle vicende della vita reale, mettendolo in guardia contro ogni astrazione totalizzante, sia essa rappresentata dai *desiderata* del popolo nazione o da una presunta volontà generale.

Giudicare è, in ultima istanza, un’arte del particolare che consiste nel dire in concreto come la miriade di fattori racchiusa in ogni caso giudiziario possa essere ricondotta ed inquadrata nei precetti generali fissati dal legislatore.

Dall'altro lato la possibilità di una distonia è anche la ragione fondante della indipendenza e dell'imparzialità del giudiziario giacché l'ordinamento chiede al magistrato di lasciar fuori dalla porta, cioè fuori dal suo campo di analisi e di giudizio, tutte le contingenti pressioni esterne nascenti dalle pulsioni della cangiante e mutevole opinione pubblica.

È questo che ci ricorda Luigi Ferrajoli quando afferma che i diritti fondamentali della persona sono «*diritti universali .... virtualmente contro le maggioranze e i poteri di maggioranza*» e che perciò «*anche le funzioni e le istituzioni deputate alla loro garanzia devono essere virtualmente contro le maggioranze*»<sup>16</sup>.

Il giudice è dunque una sorta di vivente antidoto contro ogni pretesa di segno populista di condizionare impropriamente la giustizia e le altre istituzioni di controllo e di garanzia. E tale dovrà rimanere anche nella stagione del populismo trionfante.

## 10. I punti di forza della giurisdizione

Si può confidare che i punti irrinunciabili del mestiere del giudice saranno anche i punti di forza della giurisdizione e di quanti la esercitano.

La società delle molte minoranze, che nel giudice ripongono la loro unica speranza; il movimento dei lavoratori nella sua ritrovata unità; la rete pluralistica della società italiana che non accetta di farsi omologare e travolgere nell'indistinto universo populista:

queste ed altre realtà collettive saranno il sostegno sociale necessario – insisto “necessario” – alla giurisdizione ed alla magistratura per non farsi snaturare e continuare ad assolvere alla loro funzione in un futuro che si preannuncia difficile.

Se e quando non basterà citare norme, anche delle leggi più alte, invocare Carte, Convenzioni e precedenti, ricordare gli insegnamenti dei Maestri per far vivere la ragionevolezza del diritto dovrà essere la società che ha bisogno del giudice a proteggerne la funzione, come altre volte è accaduto in passato nei momenti cruciali della storia del Paese.

L'altro punto di forza sarà l'unità interna della magistratura.

Unità della magistratura nel suo complesso, da ribadire dopo che è stata incrinata con incredibile leggerezza da chi ha dimostrato di usare strumentalmente l'associazionismo dei magistrati e da rivendicare sulla base della storia e dei principi dell'associazionismo, anche polemizzando apertamente con chi sembra oggi propenso a svendere questo patrimonio.

Ma, prima ancora, unità della magistratura di orientamento democratico e progressista che deve essere preservata con un quotidiano esercizio di pazienza ed a prezzo di ogni fatica.

Questa unità, infatti, non è solo un bene prezioso per i magistrati di orientamento democratico ma è, in un certo senso, un bene collettivo che appartiene all'intero mondo del lavoro e delle classi svantaggiate, agli ultimi nella scala sociale ed all'opinione pubblica democratica del Paese.

16. Luigi Ferrajoli, *Giurisdizione e consenso*, in questa *Rivista*, edizione cartacea, Milano, Franco Angeli, n. 4/2009, [www.francoangeli.it/riviste/Scheda\\_Rivista.aspx?IDArticolo=37314](http://www.francoangeli.it/riviste/Scheda_Rivista.aspx?IDArticolo=37314), vedi anche in [www.paroledigiustizia.it/archivio\\_interventi/intervento1.pdf](http://www.paroledigiustizia.it/archivio_interventi/intervento1.pdf), p. 6.

# Corte costituzionale, sovranità popolare e “tirannia della maggioranza”

di Gaetano Silvestri

Il populismo è la versione estrema della “democrazia totalitaria”, contrapposta al principio della separazione dei poteri e basata sul presupposto che la volontà generale del popolo fa coincidere sempre l'essere con il dover essere. Esso è in irrimediabile contrasto con il concetto stesso di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, il quale è sempre potenzialmente in conflitto con la volontà delle maggioranze politiche, passate e presenti.

## 1. Popolo, populismo e stravolgimento della democrazia

Uno dei temi periodicamente ricorrenti – e sempre centrale nelle discussioni sul complesso rapporto tra politica e giustizia – è quello della compatibilità tra principio della sovranità popolare (sancito dall'articolo 1, secondo comma, della Costituzione italiana e da tutte le Costituzioni democratiche contemporanee), principio di legalità (sancito dagli articoli 97, secondo comma, 101, secondo comma, e 113 della Costituzione italiana) posto a base, sin dalla Rivoluzione francese, dello Stato liberale, e rigidità della Costituzione (sancita dagli articoli 134 e seguenti della Costituzione italiana e propria ormai, dalla seconda metà del XX secolo, di tutti gli Stati costituzionali).

La successione delle forme di Stato non deve essere intesa come un superamento-azzeramento, nel senso che l'avvento di un nuovo assetto dei rapporti tra libertà ed autorità, tra popolo e Stato e tra Stato centrale e autonomie territoriali cancelli tutti i principi fondamentali pre-vigenti, ripartendo da una totale *tabula rasa*. È vero invece che alcuni elementi essenziali di una forma trasmigrano in quella nuova, anche se trasfigurati e ri-finalizzati. Così gli ordinamenti liberali, che hanno rimpiazzato l'assolutismo *ancien régime*, hanno mantenuto la struttura dello Stato nazionale ereditata da Vestfalia; gli Stati costituzionali, venuti in essere dopo la fine della seconda guerra mondiale, hanno mantenuto il principio di legalità e la separazione dei poteri ed infine gli ordinamenti sovranazionali, che tendono a sostituirsi agli

Stati nazionali, tendono a mantenere, con varie Carte dei diritti, le garanzie giuridiche, democratiche e sociali conquistate dai cittadini negli ambiti nazionali.

Sulla base di questo progressivo superamento dialettico (nel senso della *Aufhebung* hegeliana) delle forme di Stato, possiamo dire oggi che lo Stato di diritto, figlio dei valori del liberalismo borghese del XIX secolo, è il “cuore antico” sia dello Stato costituzionale che degli ordinamenti sovra-nazionali ancora *in fieri*.

Il movimento dialettico di cui sopra – brevemente delineato, facendo astrazione delle specificità delle realtà storiche dei singoli Paesi – è passato, dopo la tragedia del secondo conflitto mondiale, attraverso un radicale capovolgimento delle idee stesse di sovranità e di legittimazione del potere. Era chiaro a tutti, dopo l'orrore assoluto di Auschwitz, quale era stato l'approdo del fondamento di autorità dello Stato, poggiate sulla vuota forza, rispetto alla quale tutte le proclamazioni dei diritti erano meri orpelli retorici o, al massimo, concessioni, sempre revocabili, dei detentori del potere.

La persistenza del principio di autorità spiega la cattiva fama degli ideali dei diritti umani presso i rivoluzionari dei secoli passati, che avvertivano con immediatezza la discrepanza tra principi solennemente affermati e prassi, amministrative e giudiziarie, in netto contrasto.

L'avvento del suffragio universale – frutto di aspre lotte popolari – fece sperare nella caduta dello “Stato monoclasse” e nella trasformazione in senso pienamente democratico dei pubblici poteri. Ma le



cose non furono così semplici. Al vecchio monarca assoluto, alla “dittatura della borghesia” e alla onnipotente sovranità dello Stato-autorità si sostituì il “popolo”, figura mistica destinata a formare una mescolanza micidiale con l’idea di nazione.

Nel mondo occidentale, dopo la Rivoluzione francese, a nessun capo politico venne più in mente di affermare la derivazione divina del proprio potere<sup>1</sup>; tutti, in un modo o nell’altro, si riferirono al “popolo”. Si posero in tal modo le basi per diverse forme di stravolgimento della democrazia, che vanno sotto la definizione comprensiva di “populismo”, l’unico vero antagonista dei principi dello Stato costituzionale nell’epoca contemporanea.

## 2. I Padri costituenti americani ed il timore della tirannia della maggioranza

I *Founding Fathers* americani, nel costruire la Carta fondamentale della prima democrazia moderna, si posero, com’è noto, il problema della tutela dei diritti dei singoli e delle minoranze in un sistema in cui le massime cariche dello Stato avrebbero avuto una origine elettiva. A cosa sarebbe servito aver lottato contro il tiranno inglese, se il popolo americano fosse stato soggiogato dalla tirannia di una maggioranza politica trasformata in maggioranza parlamentare? Tutto il sistema dei *checks and balances* della Costituzione statunitense è finalizzato ad evitare questo pericolo. E tuttavia ci si accorse ben presto che istituzioni non elettive, come la Corte suprema, andavano incontro a quella che venne definita *counter-majoritarian difficulty*, derivante dall’apparente contraddizione tra la sovranità popolare e il potere di un organo non elettivo di contrapporsi ad essa. Ciò divenne particolarmente chiaro quando, all’inizio dell’Ottocento, con la famosa pronuncia *Marbury vs. Madison*, ebbe inizio l’epoca del controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, che consentiva ai giudici di annullare una legge – statale o federale – votata, anche a larga maggioranza, da un organo legislativo, i cui componenti erano eletti dal popolo.

Lo spirito pragmatico americano fu di aiuto per superare questa difficoltà, con la conseguenza che molti dei principi fondamentali della Costituzione Usa trovarono attuazione nella giurisprudenza della Corte suprema. Per riferirsi a vicende più vicine nel tempo, l’eliminazione delle leggi che sancivano la se-

gregazione razziale fu opera di questa giurisprudenza, che tolse di mezzo atti legislativi approvati da forti maggioranze parlamentari.

La domanda che i seguaci di una democrazia “monista” si posero, fin da quei tempi, fu: chi ha dato a nove *old lawyers* l’autorità di annullare le decisioni di politici democraticamente eletti?

## 3. Persistente attualità della polemica tra Kelsen e Schmitt

Il quesito polemico era destinato a risuonare nei secoli: dalle preoccupate previsioni – europee e soprattutto francesi – dell’avvento di un “governo dei giudici”, all’avversione, di origine giacobina, verso ogni freno alla supremazia dei rappresentati del popolo, alla diffidenza, nei confronti degli stessi giudici, delle sinistre di ispirazione marxista, che in essi vedevano ostacoli conservatori alle riforme sociali, influenzate dal ricordo dello scontro, negli anni ’30 del XX secolo, tra la Corte suprema americana e il Presidente Roosevelt.

Come è noto, sul piano teorico la controversia si polarizzò in Europa attorno alle posizioni di Hans Kelsen e Carl Schmitt. Il primo sostenne la necessità di introdurre il controllo di costituzionalità delle leggi, per affermare al livello più alto il principio di legalità e affermare la rigidità della Costituzione. Il secondo difese la supremazia del politico e l’unità della decisione statale.

Non ripercorro questa polemica, oggetto ormai di innumerevoli studi. Mi limito a porre in evidenza un aspetto del pensiero di Schmitt, non sempre adeguatamente ricordato, che illumina meglio la sua radicale incompatibilità con la dottrina democratica di Kelsen, imperniata sulle istituzioni della rappresentanza parlamentare. Schmitt sosteneva la netta superiorità dell’acclamazione del capo sulle procedure elettorali di scelta dei governanti. Nell’acclamazione, il popolo si esprimerebbe in quanto comunità organica ed integrata da un comune sentire; nelle procedure elettive, il popolo sarebbe frantumato in una miriade di individui, isolati nelle cabine elettorali. Nell’acclamazione emergerebbe il vero “spirito” (*Geist*) collettivo popolare, nelle elezioni vi sarebbe soltanto una somma di solitudini.

In tutto il Novecento furono questi i termini dello scontro. L’entusiasmo delle grandi adunate popolari, che acclamavano il capo, si chiamasse Mussolini, Hit-

1. Al massimo rimanevano riferimenti ad una tradizionale legittimazione trascendente in alcune Carte statutarie di monarchie costituzionali, come lo Statuto albertino, ove la dignità regia era fatta risalire, con formula di compromesso, alla “grazia di Dio”, ma anche alla “volontà della Nazione”. Se il re, in questo tipo di Stato, regnava, ma non governava, i politici, che governavano effettivamente, non si appellavano certamente ad una investitura divina.

ler o Stalin – cariche di entusiasmo, aizzate contro i sovversivi, gli ebrei, i nemici del popolo e quanti altri i capi volessero – eccitava l’immaginazione popolare molto di più delle farraginose procedure elettorali, che culminavano nell’elezione di grigi parlamentari in giacchetta, rissosi, divisi da divergenti interessi, inclini al compromesso, talvolta corrotti. La teoria kelseniana del compromesso, come architrave della democrazia parlamentare, ripugnava in sommo grado al bellicismo delle piazze ed all’intransigenza di posizioni ideologiche estreme.

Dopo la tempesta della seconda guerra mondiale, vi fu quella che alcuni chiamarono la rinascita del giusnaturalismo, altri la tutela costituzionale dei valori, altri ancora la democrazia pluralista. In ognuna di queste definizioni si ritrovano gli elementi costitutivi della “resurrezione dopo Auschwitz” (*Erziehung nach Auschwitz*), titolo di un famoso saggio di Th. W. Adorno. Non a caso, le prime Costituzioni europee che recepirono questi indirizzi culturali furono quelle italiana e tedesca (1948 e 1949). In entrambe fece il suo ingresso il controllo di legittimità costituzionale delle leggi, affidato alla Corte costituzionale ed al *Bundesverfassungsgericht*.

#### 4. Principi costituzionali e loro tutela giurisdizionale

Torniamo indietro, per un momento, alle risalteni, ma ancora vive, discussioni americane sul ruolo dei giudici nel sistema costituzionale.

La risposta alle perplessità “democratiche” sul controllo di legittimità costituzionale delle leggi si basava, e si basa, su una concezione “dualista” della democrazia, che integra sovranità popolare e tutela dei diritti fondamentali. Studiosi come Bruce Ackerman hanno tratto dalla storia costituzionale americana la conclusione che occorre distinguere tra “popolo” e “governanti”, tra principi intergenerazionali e politica contingente. Si può dire di più. La sostituzione del fondamento di valore al fondamento di autorità impone di ripensare alla *ratio* del patto originario di convivenza civile, che, come il contratto sociale di Locke e di Rousseau, giustifica il potere. Quest’ultimo non poggia più su se stesso, né, tanto meno, su valori religiosi o ideologici, ma sull’interesse fondamentale alla tutela dei diritti, in una prospettiva laica e mediante le istituzioni di una democrazia egualitaria.

Se questo è il *Grundwert* degli ordinamenti giuridici contemporanei, allora il dualismo della democrazia è l’unica soluzione possibile al dilemma della scelta tra potere popolare e garanzia stabile dei principi fondamentali. La tutela dei diritti fondamentali è, quindi, la pre-condizione dell’autorità democratica.

Se vogliamo chiamare questa conclusione con il nome di “giusnaturalismo”, facciamolo pure, a patto di ricordare le parole di Norberto Bobbio sul giusnaturalismo storicizzato, ben diverso dall’antico giusnaturalismo di origine religiosa e dall’idea che esistano valori eterni scolpiti nel cuore degli uomini.

Alle Corti costituzionali è affidato il compito di preservare i principi intergenerazionali, sottraendoli alla fluttuazione delle maggioranze politiche. Se così non fosse, la rigidità delle Costituzioni sarebbe apparente ed illusoria, giacché ogni variazione illegittima rimarrebbe priva di conseguenze giuridiche, nel senso che non potrebbe essere sanzionata.

La tutela giurisdizionale delle norme costituzionali passa naturalmente per la strada dell’interpretazione, che non sfugge – sol perché ha ad oggetto atti legislativi – alle comuni tecniche ermeneutiche. D’altra parte, le norme costituzionali di principio devono abbondare di espressioni indeterminate, se la Costituzione deve essere realmente e storicamente rigida. La concretizzazione dei principi costituzionali è opera del legislatore, ma anche del giudice delle leggi. In caso contrario, la Costituzione perderebbe gran parte della sua rigidità, rimanendo un prodotto datato nel tempo e sempre più “imbalsamato” con il passare degli anni. Difatti sarebbe molto difficile – per non dire impossibile – ad una Corte che non potesse operare sui principi svolgere un pieno controllo di legittimità. Si dovrebbe limitare alle poche e rare violazioni di precise regole contenute nel testo della Carta. Avrebbe un ruolo marginale e pressoché inutile. Proprio ciò che gran parte della politica desidera.

#### 5. Composizione della Corte costituzionale e “separazione temporale dei poteri”

Da quanto detto sinora si deduce che il risorgente “populismo” dell’epoca moderna – legato ad ondeggiamenti di opinione e indirizzi congiunturali, frutto più di fattori emozionali che di pacata riflessione – è in irrimediabile contrasto con il concetto stesso di controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

Tutte le leggi, che non siano frutto dell’imposizione violenta di un dittatore, sono approvate da una maggioranza parlamentare composta di eletti dal popolo. Il giudizio di una Corte costituzionale – se vuole essere effettivo e non di mera ratifica burocratica – è *sempre* potenzialmente in conflitto con la volontà delle maggioranze politiche, passate e presenti. La Costituzione non è infatti una legge che spiega effetti solo in un arco di tempo delimitato da un *dies a quo* ed un *dies ad quem*. Essa opera una legittimazione originaria e continua dell’intero sistema normativo vigente, quale che sia il tempo in cui le singole leggi

sono state approvate. Lo ha chiarito la Corte costituzionale italiana sin dalla sua prima sentenza.

A maggior ragione vi sarebbe necessità di un controllo “a mente fredda”, se le leggi fossero il risultato di semplificate consultazioni referendarie o, ancor peggio, di incontrollate procedure informatiche. Questo tipo di deliberazioni sono, più di quelle parlamentari, legate a situazioni congiunturali o a stati d’animo momentanei.

Perché i principi costituzionali possano essere sottratti ad opinioni ed emozioni transeunti, la composizione della Corte non può che essere pluralista e diacronica. Pluralista, perché la provenienza dei suoi membri dalla stessa fonte attribuirebbe di fatto a quest’ultima un potere di indirizzo incompatibile con il suo ruolo di controllore indipendente. Diacronica, perché i giudici che la compongono devono entrarne a far parte in contesti politici differenti, in considerazione che pure le istituzioni dotate del potere di nomina o elezione mutano nel tempo. Occorrerebbe assimilare sino in fondo la logica sottostante alla Costituzione degli Stati Uniti d’America, che si può riassumere nella formula della «separazione anche temporale dei poteri», in base alla quale si tende ad evitare, nei limiti del possibile, che una maggioranza politica, coagulatasi in un dato momento, eserciti un potere concentrato e intangibile in danno del resto del popolo<sup>2</sup>.

Il “populismo” è la versione estrema – resa grossolana dalle facili semplificazioni dei *social network* – della “democrazia totalitaria”, contrapposta, nell’epoca moderna, al principio della separazione dei poteri e basata sul presupposto che la volontà generale del popolo fa coincidere sempre l’essere con il dover essere. Le odierne manipolazioni informatiche sono la versione evoluta del demagogo che finge di essere ispirato da Dio mediante un uccello che gli parla all’orecchio, su cui ironizzava Jean-Jaques Rousseau (*Contratto sociale*, L. II, Cap. VII), del cui nome troppo spesso si abusa. Una volta divinizzata un’astratta volontà popolare, si possono escogitare gli equivalenti informatici del volatile roussoiano.

La vecchia, noiosa democrazia rappresentativa richiede procedure precise e garantite di manifestazione della volontà popolare. D’altra parte, ad esempio, se la pressione della criminalità organizzata riesce a farsi sentire anche dentro le cabine elettorali, quale controllo è possibile sulle situazioni ambientali in cui viene espresso il voto *on line*, oggi tanto di moda?

Occorre riflettere su ogni deroga, aperta o indi-

retta, al principio sancito dall’articolo 48, in base al quale il voto deve essere «libero e segreto». Deve essere segreto perché sia effettivamente libero. Per tale motivo si usano le schede di Stato per le votazioni e vengono apprestati speciali accorgimenti per assicurarsi che gli elettori non subiscano pressioni o suggestioni nel momento in cui esprimono le proprie scelte. Chi è presente insieme all’elettore mentre vota da una postazione informatica? Non è dato saperlo. Non si tratta soltanto di questioni tecniche, ma di elementari condizioni pratiche perché la volontà popolare sia espressa in condizioni da garantirne – al massimo del possibile – la genuinità. Tutto ciò a parte delle possibili manipolazioni di chi gestisce il sistema informatico. Oggi il voto in rete appare la versione modernizzata dell’antica acclamazione, di cui parlava Schmitt.

Da qualche tempo la Corte costituzionale ha mostrato un controllo maggiore che nel passato sui meccanismi di trasformazione dei voti in seggi, allo scopo di evitare che la (spesso immaginaria) governabilità comprima in maniera eccessiva la necessaria rappresentatività delle assemblee elettive. Sono certo che il giudice delle leggi non consentirebbe che procedure, già discutibili in ambiti privati, fossero, anche minimamente, trasferite nella sfera pubblica. Occorrerebbe anche valutare quanto oggi sia rispettato il divieto di mandato imperativo, di cui all’articolo 67 della Costituzione, estremo baluardo della libertà contro la dittatura dei partiti ieri e dei capipopolo oggi.

## 6. Odio “popolare” e protezione delle minoranze e dei soggetti deboli

Si possono indicare – solo come esempi – due campi in cui l’azione della Corte costituzionale si è già rivolta a tutelare i diritti di soggetti deboli e di minoranze: i detenuti e gli immigrati. In entrambi i casi, le ventate irrazionali di odio di massa possono dare supporto ad una legislazione “populista”, attenta ad assecondare gli umori del momento, trascurando i principi costituzionali.

**6.1.** Tra i *leit-motiv* della percezione emozionale immediata dei rapporti tra Stato e cittadini primeggia l’idea che l’espiazione della pena – specie per gravi delitti – debba essere ispirata a criteri afflittivi tanto forti, da spingere in secondo piano la tutela dei diritti fondamentali di persone, che, per aver commesso

2. A questo fine rispondono il rinnovo parziale delle Camere e la nomina a vita dei giudici della Corte suprema, giacché il mandato del presidente – titolare del potere di nomina – può durare, al massimo, otto anni, inclusa una eventuale rielezione. Ciascun presidente si trova pertanto di fronte una Corte composta, per lo più, da giudici nominati dai suoi predecessori, i quali, per la prevedibile “oscillazione del pendolo”, erano, almeno in parte, esponenti del partito avverso.

rilevanti violazioni della legge penale, avrebbero perduto la loro dignità di esseri umani.

Ondate di “indignazione” per la concessione di benefici penitenziari a soggetti reclusi percorrono periodicamente parte dell’opinione pubblica, influenzata da campagne di stampa, o sui *social*, tendenti a diffondere la rabbia per le condizioni non sufficientemente dure dei detenuti o per le concessioni di misure di vario genere, che portano alla scarcerazione, temporanea o definitiva, dei condannati. Poco si fa nella scuola, nei *mass-media* ed in tutte le sedi di formazione della cultura diffusa per dare sostanza effettiva al principio, emergente dalla Costituzione, in base al quale la massima afflizione che può essere stabilita per un essere umano è la privazione della libertà personale. Talvolta il “senso comune” – storica stratificazione dei pregiudizi – accetta come conseguenza naturale che la condanna alla detenzione implichi sofferenze ulteriori, oltre quelle, inevitabili, derivanti dalla mancanza di libertà.

La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo hanno ripetutamente contraddetto questa crudele convinzione “popolare”, in diretto contrasto con il principio della funzione rieducativa della pena (articolo 27, terzo comma, della Costituzione), vanificato da condizioni e trattamenti carcerari offensivi della dignità della persona umana e quindi possibili cause di aumentata ostilità del detenuto verso la società e le leggi che la governano.

La prevalenza delle esigenze securitarie e di difesa sociale su ogni altro principio costituzionale ha introdotto, e continua ad introdurre, nel “senso comune” la convinzione che l’asprezza delle condizioni in cui si sconta la pena abbia un’efficacia dissuasiva supplementare rispetto alla misura detentiva, in sé e per sé considerata. Chi non ha sentito, nei bar, sui treni ed in tanti altri luoghi di temporaneo ritrovo, deplorare a gran voce le “comodità” dei carcerati, il “lassismo” (detto anche, con orribile neologismo, “buonismo”) che porta ad anticipate liberazioni, offendendo così il senso di giustizia dei cittadini e il dolore delle vittime dei reati. Tanti pregiudizi e piccole ferocie messi insieme formano talvolta maggioranze elettorali e parlamentari. Se poi venisse fortemente attenuata la mediazione del confronto nelle assemblee rappresentative, la strada della facile trasformazione del pregiudizio in legge dello Stato sarebbe spianata.

Sul tema del divieto di trattamenti disumani e degradanti, si è verificata una significativa convergenza tra Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale italiana (sentenza *Torregiani* e sentenza n. 279 del 2013). Dopo il monito della Corte, seguirono

i provvedimenti urgenti sulla liberazione anticipata, che determinarono l’attenuazione del sovraffollamento delle carceri, ma oggi la situazione tende ad essere di nuovo critica e pertanto si renderebbero necessarie misure legislative di sistema per avviare a soluzione il problema.

È facile prevedere che le suggestioni e gli allarmismi politicamente guidati e utilizzati degli ultimi anni renderanno improbabile una riforma penitenziaria ispirata ai principi costituzionali ed europei. Se così dovesse essere, ridiventerebbe attuale il monito del giudice delle leggi e si aprirebbe nuovamente la prospettiva di una pronuncia di accoglimento atta a trovare un rimedio effettivo e duraturo ad una situazione giudicata intollerabile alla luce dei più elementari principi di civiltà giuridica nell’era dello Stato costituzionale. Lo ha ribadito recentemente il presidente Lattanzi in un’intervista a Radio radicale del 14 febbraio 2019<sup>3</sup>.

Una simile determinazione della Corte costituzionale sarebbe in palese controtendenza con il clima di vendetta sociale che si vorrebbe far prevalere da alcune rilevanti forze politiche, ma sarebbe ugualmente necessaria. Il giudice costituzionale – come qualsiasi altro giudice – non cerca il consenso immediato di folle incattivite e rumorose, ma mantiene saldo il proprio ancoraggio ai principi, almeno sinché non venga messo a tacere con la forza o con leggi autoritarie, come è accaduto recentemente in Turchia, in Ungheria o in Polonia.

Ciò che contraddistingue la Corte costituzionale è l’oggetto della sua giurisdizione, le leggi, che sono il precipitato normativo dell’indirizzo politico delle maggioranze del momento. Ritenendo incostituzionale una legge, la Corte dichiara incostituzionale l’indirizzo politico che l’ha prodotta, diceva anni addietro Temistocle Martines. L’osservazione vale anche per le omissioni legislative, che hanno dato luogo ad una nutrita serie di sentenze “additive”, introdotte proprio perché si può ferire la Costituzione anche omettendo di legiferare. Chi non ricorda le dure parole di Piero Calamandrei sul cd. “ostruzionismo di maggioranza”, quell’inerzia voluta e programmata che, per molti anni, “congelò” la Costituzione, a cominciare, appunto, dalla Corte costituzionale, le cui potenzialità eversive per gli assetti politico-sociali dominanti erano state percepite dalle maggioranze politiche dell’epoca?

La giurisprudenza costituzionale ha sviluppato – in coerenza con l’orientamento culturale e giuridico cui si accennava prima – il grande tema dei diritti dei detenuti, vere e proprie pretese assistite dalla tutela

3. Consulta e Carcere: intervista al Presidente Giorgio Lattanzi, [www.radioradicale.it/scheda/565973/consulta-e-carcere-intervista-al-presidente-giorgio-lattanzi](http://www.radioradicale.it/scheda/565973/consulta-e-carcere-intervista-al-presidente-giorgio-lattanzi).

giurisdizionale. A titolo di esempio, si possono vedere le sentenze n. 341 del 2006, sui diritti del detenuto lavoratore e n. 135 del 2013 sull'effettività delle decisioni dal giudice di sorveglianza sui ricorsi dei detenuti. In entrambi i casi – come in molti altri – la Corte, nel ribadire l'esigenza di un ragionevole bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e diritti fondamentali, ha escluso che questi ultimi possano essere intaccati nel loro nucleo essenziale. Tale possibilità si aprirebbe in concreto se, nell'operazione di bilanciamento si desse in partenza un peso eccessivo alle prime, con l'esito di una apparente proporzionalità, ispirata più al "senso comune" del momento che ai valori sottostanti al costituzionalismo moderno.

**6.2.** Un altro argomento che infiamma masse crescenti di persone è l'afflusso massiccio di immigrati in Europa ed in particolar modo in Italia. L'immigrato, regolare o irregolare che sia, per definizione è causa di disordine, pericolo per la sicurezza e violazione della legge. La fobia giunge sino a mettere in luce il fondo razzista che si maschera dietro l'enfatizzazione delle preoccupazioni securitarie. Difatti si bolla come "ingiustizia" l'erogazione anche agli stranieri di misure di tutela sociale previste dalle leggi per i cittadini italiani. Di qui la richiesta di escludere i non-italiani da ogni prestazione sociale o, almeno, la previsione di requisiti più stringenti rispetto agli italiani.

La Corte costituzionale ha sempre giudicato in contrasto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione tutte le condizioni aggiuntive previste per gli stranieri, che non trovassero adeguata giustificazione in esigenze obiettive legate alla natura stessa della prestazione.

La giurisprudenza in materia è abbondante. Sembra sufficiente un rapido florilegio, per avere un'idea della costante opposizione del giudice delle leggi alla pretesa di escludere gli stranieri dal godimento di prestazioni necessarie alla soddisfazione di diritti fondamentali.

Lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni sanitarie che risultino indifferibili ed urgenti, trattandosi di un diritto fondamentale della persona (sentenza n. 252 del 2001).

È costituzionalmente illegittimo non includere gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili (sentenza n. 432 del 2005).

Ai fini dell'attribuzione di provvidenze, i cui presupposti sono la totale disabilità al lavoro e l'incapacità di deambulazione autonoma o al compimento degli atti quotidiani della vita, è irragionevole discriminare gli stranieri, quando non sia in discussione il diritto a soggiornare, stabilendo nei loro confronti particolari

limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini (sentenza n. 306 del 2008).

Esiste un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso (sentenza n. 269 del 2010).

Provvidenze volte al sostegno delle persone in stato di bisogno e di disagio non tollerano distinzioni basate sulla cittadinanza o su particolari tipologie di residenza (sentenza n. 40 del 2011).

È costituzionalmente illegittimo subordinare la concessione di una provvidenza regionale di assistenza sociale avente natura economica al possesso del requisito della residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona, cui la provvidenza stessa intende sopperire (sentenza n. 2 del 2013).

È costituzionalmente illegittimo subordinare al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato della pensione spettante alle persone non vedenti e della speciale indennità (sentenza n. 22 del 2015).

La previsione di un lungo periodo di residenza (dieci anni consecutivi) per l'accesso alla procedura per l'ottenimento di un alloggio è viziata di irragionevolezza e mancanza di proporzionalità (risolventesi in una forma dissimulata di discriminazione nei confronti degli extracomunitari) poiché il diritto all'abitazione attiene alla dignità e alla vita di ogni persona e, quindi, anche dello straniero presente nel territorio dello Stato (sentenza n. 106 del 2018).

La discriminazione anti-straniero può essere diretta, mediante limitazioni o divieti espliciti, o indiretta, mediante imposizione di pre-condizioni impossibili o molto gravose. Dal punto di vista della legittimità costituzionale, il risultato è equivalente.

È impressionante il numero di tentativi di discriminazione degli stranieri messi in atto mediante leggi, per lo più regionali, e neutralizzati da sentenze costituzionali. Purtroppo dobbiamo aspettarci che la Corte sia messa di nuovo ed in modo più drammatico, nel prossimo futuro, nella necessità di subire l'impopolarità e il discredito organizzato, se continuerà a mantenere ferma la barriera giurisdizionale in difesa di una corretta applicazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione. Sarebbe importante far sentire al giudice delle leggi l'appoggio e la solidarietà dei "chierici", i giuristi, che rappresentano quella *informed opinion* di cui parlavano i costituzionalisti inglesi del XIX se-

colo e che, ancora oggi, conserva un'importante funzione di stimolo, orientamento e resistenza culturale e civile.

## 7. Autoritarismo di massa e sistema delle garanzie

Partendo dalla considerazione che il potere è la somma algebrica della forza e della resistenza alla stessa, dobbiamo precisare che la capacità della Corte costituzionale di arginare la spinta costrittiva di quello che potremmo oggi definire "autoritarismo di massa" dipende, in buona parte, dalla tenuta dell'intelaiatura garantista dell'intero sistema costituzionale.

Una Corte costituzionale senza giudici comuni indipendenti sarebbe così debole da rasentare l'irrelevanza. Giudici indipendenti senza una Corte costituzionale forte e incurante delle pressioni politiche tornerebbero ad essere "schiavi" delle leggi approvate da transeunti maggioranze parlamentari o da atti

normativi del Governo, solo formalmente passati al vaglio dei rappresentanti del popolo. Un Presidente della Repubblica privo di rapporti di mutuo appoggio con altri organi di garanzia rimarrebbe isolato ed esposto al logoramento. L'arroccamento di una maggioranza parlamentare autosufficiente, chiusa al dialogo con deboli opposizioni, farebbe venir meno le opportunità per formare quei "compromessi", che Hans Kelsen riteneva il sale della democrazia rappresentativa. Diverrebbe anche più difficile controllare la violazione delle norme costituzionali sul procedimento legislativo, come dimostrano fatti recenti.

La somma di queste situazioni anomale, accompagnata da tripudi di piazza, sarebbe l'inizio della fine della democrazia pluralista, quale ci è stata consegnata dai nostri Padri costituenti, dopo la caduta del regime fascista.

Sarebbe, in tale sciagurata ipotesi, magra consolazione il *mea culpa* di alcuni degli apprendisti stregoni che hanno contribuito – con miopia, ingenuità e presunzione – ad arrivare a tal punto.

# Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale

di *Cesare Pinelli*

Lo scritto si propone in primo luogo di mostrare come nello Stato costituzionale contemporaneo l'istanza di legittimazione democratica del potere si presenti inscindibilmente connessa con quella della sua limitazione giuridica, mentre il populismo pretende di poterle scindere. Non per questo però, ed è la seconda questione trattata, il fenomeno si può spiegare ignorando i mutamenti istituzionali e sociali che più hanno caratterizzato i recenti sviluppi della convivenza costituzionale, fornendo inediti spazi e opportunità all'ascesa del populismo.

## 1. Un inquadramento

Partirò da una definizione volutamente modesta. Designerò col termine “populismo” quell'ideologia che si ripromette di dar voce alla “reale volontà del popolo” contrapponendosi a una classe politica che col popolo avrebbe perso ogni contatto, e alle istituzioni di garanzia costituzionale, che non potrebbero esercitare funzioni decisionali senza sostituirsi alla volontà popolare, unica fonte legittima del potere in democrazia.

Dal punto di vista del costituzionalismo, la prima questione suscitata dalla diffusione su vasta scala del populismo è se si possa scindere la democrazia dalla garanzia dei diritti fondamentali. Non mi riferisco a un costituzionalismo qualsiasi, ma specificamente a quello realizzato con lo sviluppo dello Stato costituzionale, che nell'Europa continentale risale alla seconda metà del secolo scorso. Perché in esso si è prefigurato, e poi si è sperimentato con successo, il tentativo più ambizioso di combinare la legittimazione democratica del potere politico con la sua limitazione giuridica in vista della tutela dei diritti fondamentali. È perciò da questo punto di vista che ha senso chiedersi se la prima sia concepibile senza la seconda.

Altra questione è se il populismo equivalga a un corpo estraneo agli andamenti dei rapporti fra le istituzioni e alle trasformazioni sociali intervenute nello sviluppo dello Stato costituzionale, con particolare anche se non esclusivo riguardo al nostro ordinamento. Una risposta, questa è almeno la speranza, servirà ad affinare lo sguardo sulle prospettive che ci attendono.

## 2. La legittimazione del potere politico nello Stato costituzionale

In ogni costituzione moderna, la legittimazione democratica del potere politico riflette una certa concezione della totalità dell'unità politica. Basta una veloce analisi del linguaggio adoperato dalla Costituzione repubblicana per accorgersi che esso è ricco di concetti giuridici riferiti alla unità politica, e selezionati in base all'uso di volta in volta ritenuto più opportuno.

Allo scopo la Costituzione adopera essenzialmente due coppie di concetti. La prima è “popolo”/“Nazione”. La scelta del termine “popolo” per indicare il soggetto titolare della sovranità (articolo 1) in luogo del termine “Nazione” deriva dalla necessità di evitare le ambiguità cui il ricorso alla sovranità nazionale diede luogo nello sviluppo del costituzionalismo ottocentesco. Al contrario, i membri del Parlamento sono qualificati rappresentanti della “Nazione” (articolo 68), il Presidente della Repubblica «rappresenta l'unità nazionale» (articolo 87) e i pubblici impiegati «sono al servizio esclusivo della Nazione» (articolo 98), per evitare ogni ipotesi di immedesimazione organica che il ricorso al termine “popolo” avrebbe in tali casi potuto autorizzare.

Per designare invece la totalità dell'ordinamento giuridico, la Costituzione utilizza la coppia concettuale “Repubblica”/“Stato”. Il termine “Repubblica” è adoperato con una frequenza molto maggiore, e talu-

ne sue accezioni sono del tutto infungibili con “Stato”. Così, quando l’articolo 139 sottrae a revisione costituzionale «la forma repubblicana», si riferisce in primo luogo al modo di designazione alla carica di Capo dello Stato, che è elettiva e non ereditaria a seguito del referendum istituzionale del 2 giugno 1946.

La Costituzione adopera poi il termine “Repubblica” ogni volta che si tratta di individuare nella Prima Parte (*Diritti e doveri dei cittadini*) il soggetto pubblico nel rapporto con i cittadini e con le formazioni sociali. Il fatto che la Costituzione indichi espressamente tale soggetto, anziché ricorrere alla forma passiva (ad es. «La Repubblica tutela la salute...» (articolo 32), anziché «E’ tutelata la salute...»), trasmette il senso dell’impegno voluto imprimere alle affermazioni costituzionali. Nella Seconda Parte (*Ordinamento della Repubblica*), la Repubblica è poi il soggetto cui viene riferita l’organizzazione costituzionale dei pubblici poteri. Anche qui la scelta è per la parola Repubblica piuttosto che per la parola Stato.

Nella Costituzione la parola Stato è impiegata per designare il soggetto di imputazione dei rapporti internazionali o con altri ordinamenti (articoli 7, 8 e 11), o la persona giuridica (articolo 28), o lo Stato centrale, distinto dalle autonomie territoriali e insieme ad esse componente la Repubblica (articoli 5 e 114).

La letteratura scientifica, a cominciare da Costantino Mortati, suole distinguere fra “Stato-apparato” o “Stato-governo” quale «complesso dell’organizzazione e dell’attività che fa capo al potere supremo di comando, con la funzione di assicurare le esigenze unitarie dell’ordinamento», e “Stato-comunità” quale «insieme dei soggetti, distinti dal primo, forniti di propria organizzazione per l’esercizio dei poteri di autonomia dei quali sono titolari», e distinti in «due sottocategorie, costituita l’una dalle autonomie di carattere privato, l’altra da quelle d’indole pubblicistica»<sup>1</sup>. La distinzione non coincide con quella tra Stato e Repubblica, poiché a differenza di Repubblica lo Stato-comunità è nozione comprensiva delle autonomie di carattere privato, anche se la differenza si è per certi versi e in parte attenuata col riconoscimento che «l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati» può servire a «lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» (articolo 118 Cost. nel testo approvato con legge costituzionale n. 3 del 2001).

In definitiva, la totalità dell’unità politica è descritta tanto nella Costituzione quanto nella letteratura scientifica con una pluralità di concetti giuridici, da considerarsi essa stessa coesistente alla struttura di uno Stato costituzionale democratico. Anche il ricorso al concetto di popolo, che designa il soggetto titola-

re della sovranità, non rimanda per ciò stesso a un substrato ontologico preesistente al diritto costituzionale e definibile per certe caratteristiche naturali. Anche il popolo sovrano diventa un concetto giuridico, dunque artificiale, al pari degli altri che descrivono la totalità dell’unità politica. La quale non può essere data una volta per tutte, ma equivale a un costrutto dinamico che ammette una pluralità di prospettive. Lo stesso intento dei Costituenti di sottolineare la permanenza in capo al popolo del potere sovrano spiega perché il concetto costituzionale (più che la sola concezione dei Costituenti) di democrazia non può esaurirsi nell’investitura elettorale dei governanti e dunque nel governo della maggioranza. Ma se in base all’articolo 1 il popolo non è il «sovrano per un giorno» di cui aveva parlato polemicamente Rousseau a proposito del popolo inglese, esso non è nemmeno un’entità amorfa, o indefinibile proprio in quanto sovrana: al contrario, il popolo si definisce attraverso le “forme” ed entro i “limiti” in cui esercita il potere sovrano di cui è titolare.

D’altra parte, la natura artificiale di tali concetti, “popolo compreso”, non comporta che essi si risolvano in vuote astrazioni. La loro fortuna è infatti legata non solo alle lotte per radicare la convivenza costituzionale ma, in misura non minore, a processi di continuo apprendimento dei valori inclusivi che li connotano. Il costituzionalismo del secondo dopoguerra supera infatti il timore, periodicamente ricorrente nella storia costituzionale degli Stati europei, che la diversificazione delle prospettive e l’articolazione della pluralità dei soggetti minaccino l’unità politica. Lo dimostrano, nella Costituzione italiana, il concorso dei partiti alla determinazione della politica nazionale, il pluralismo delle formazioni sociali, il riconoscimento delle autonomie territoriali da parte di una Repubblica «una e indivisibile». In questo senso lo sguardo della Costituzione è uno sguardo fiducioso sul futuro della convivenza, a partire dalla possibilità di un *idem sentire de re publica* fra parti politiche profondamente eterogenee, quali quelle che diedero vita alla Costituzione.

### 3. La limitazione del potere politico nello Stato costituzionale

Nello Stato costituzionale, il significato e il tipo di protezione accordata ai diritti fondamentali hanno comportato forti implicazioni sulla configurazione del concetto di Stato di diritto. All’epoca del liberalismo ottocentesco, per Stato di diritto si intendeva uno Stato nel quale vige il principio di legalità, cioè il principio di conformità alla legge – o, in

1. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1969, p. 43.



una versione più debole, di compatibilità con la legge – del contenuto degli atti dell'esecutivo. In estrema sintesi, la fortuna di questa accezione di Stato di diritto si può assumere coincidente con la nascita e con la successiva affermazione della giustizia amministrativa. Il controllo giurisdizionale sulla legalità degli atti dell'esecutivo, ad eccezione di una serie di atti del governo sottratti a controllo giurisdizionale in virtù della loro natura di "atti politici", costituiva la migliore conferma del primato della legge su qualunque altro atto dei pubblici poteri, che costituiva un dogma insuperabile dell'ordinamento giuridico allora vigente. E poiché la legge, quale atto dotato dei caratteri della generalità e dell'astrattezza, veniva considerata l'atto che garantiva al massimo grado le situazioni giuridiche soggettive, il controllo del giudice amministrativo sul rispetto della legalità da parte dell'esecutivo costituiva anche la migliore conferma della garanzia di tali situazioni. Proprio in quanto atto generale e astratto, la legge poteva distinguersi infatti dal provvedimento amministrativo, atto particolare e concreto, e fungere da termine di raffronto della legalità del provvedimento.

In uno Stato costituzionale, i presupposti su cui era stato costruito lo Stato di diritto vengono a mutare. La subordinazione della legge alla costituzione e la connessa attribuzione del controllo di costituzionalità sulle leggi all'organo di giurisdizione costituzionale costituiscono sicuramente i due elementi di più forte discontinuità. È vero che, per quanto riguarda il nostro ordinamento, la legalità venne articolata in due sfere idealmente separate, legalità costituzionale e legalità ordinaria<sup>2</sup>, distinguendo le relative garanzie giurisdizionali: in tanto l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale si arresta alle leggi e agli atti aventi forza di legge, in quanto gli atti normativi e amministrativi subordinati alla legge formano oggetto del sindacato di un giudice amministrativo preposto alla tutela della legalità ordinaria.

Non è necessario soffermarsi qui sulle implicazioni che tale separazione ha comportato sulla nostra esperienza costituzionale. La questione che occorre porre è piuttosto se il concetto costituzionale di Stato di diritto si esaurisca in questi elementi. Se così fosse, la discontinuità con l'ordinamento anteriore si ridurrebbe al passaggio dal primato della legge-atto al primato della Costituzione-atto, e tanto la legge quanto la Costituzione dovrebbero concepirsi «manifestazioni della volontà dello Stato», secondo la costruzione giuspubblicistica delle fonti del diritto dell'epoca statutaria. La Costituzione preclude una tale possibilità, per ragioni che corrispondentemente consentono di

percepire in positivo il significato da attribuire al suo primato sugli altri atti dei pubblici poteri.

In primo luogo, se è vero, come ha detto anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 1146 del 1988, che la Costituzione garantisce e riconosce i diritti inviolabili dell'uomo anche nei confronti delle leggi costituzionali, ciò equivale a introdurre un elemento materiale al vertice del sistema delle fonti del diritto, che impedisce di costruire tale sistema alla stregua di un criterio esclusivamente formale. In secondo luogo, con la Costituzione, lo Stato diventa un complesso di pubblici poteri unificati da un centro di imputazione, e fra loro distinti in ragione di attribuzioni volte all'attuazione di finalità o di valori costituzionalmente prefissati. In terzo luogo, tali finalità o valori sono orientati dai principi fondamentali del riconoscimento e della garanzia dei diritti inviolabili e dell'egualianza sostanziale (rispettivamente, articoli 2 e 3), che in ambedue i casi spetta alla "Repubblica" rispettare e promuovere: e la nozione di Repubblica è più ampia di quella di Stato, in quanto comprensiva delle autonomie territoriali (articolo 5) e di molte tra le formazioni sociali che connotano il principio pluralistico (articolo 2).

Gli elementi ora riportati, in parte desunti dal diritto costituzionale positivo e in parte da un'interpretazione aggiornata allo stato della giurisprudenza, qualificano il primato della Costituzione sulla legge in un senso molto più pregnante del profilo della gerarchia formale, e prospettano nello stesso tempo una nozione di Stato di diritto adeguata ai principi del vigente ordinamento costituzionale.

Quanto detto trova preciso riscontro sul versante dell'organizzazione dei pubblici poteri.

Le Costituzioni europee del secondo dopoguerra hanno bensì accolto la separazione dei poteri quale principio volto ad impedire un'accumulazione di potere in capo a un solo organo, ritenuta da Montesquieu in poi pericolosa per la libertà dei cittadini, ma nello stesso tempo hanno fornito di tale principio una versione molto più complessa di quella ricavabile dalle Costituzioni settecentesche, come la Costituzione degli Stati Uniti e quella francese del 1791, che al pensiero di Montesquieu più o meno fedelmente si ispirarono.

Tale maggiore complessità deriva in primo luogo dalla circostanza che la separazione dei poteri non corrisponde necessariamente alla separazione delle funzioni. Nel caso del potere giudiziario, la separazione dagli altri poteri si esprime sotto forma di «un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (articolo 104 Cost.), dunque non solo in forma

2. C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Roma Bari 1979, p. 151.

esplicita, ma anche al massimo grado: e l'attribuzione a un organo, composto per due terzi da magistrati e presieduto dal Presidente della Repubblica, di tutte le funzioni concernenti lo *status* dei magistrati (Consiglio superiore della magistratura: articoli 104 e 105) concretizza la proclamazione di autonomia e indipendenza del potere giudiziario. Per quanto riguarda le funzioni, l'affermazione che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (articolo 101) significa che i giudici non sono soggetti ad altri poteri od organi, compreso il Parlamento, ma soltanto alla legge in quanto atto normativo, atto di volontà parlamentare obiettivato in norme. Qui vi è corrispondenza tra separazione dei poteri e separazione delle funzioni.

Diverso è il caso dei rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo. La funzione legislativa, dice l'articolo 70, è «esercitata collettivamente dalle due Camere», e si estrinseca in un atto, la legge, non solo distinta ma gerarchicamente sovraordinata agli atti dell'esecutivo, tranne quelli che la Costituzione equipara alla legge: decreto-legge e decreto legislativo (articoli 76 e 77). Inoltre, l'attribuzione al Parlamento della disciplina di numerose materie, che dà luogo all'istituto della riserva di legge, presuppone la consapevolezza di una netta e profonda differenza tra procedimento legislativo, al quale prendono parte le minoranze parlamentari e che soggiace al principio di pubblicità, e procedimento di formazione di un atto dell'esecutivo, che è *dominus* dell'atto stesso in condizioni di riservatezza. Nell'esercizio della funzione di produzione normativa, tra potere legislativo e potere esecutivo vige dunque il principio di separazione. Nell'esercizio dell'indirizzo politico, tutto al contrario, vale la regola che connota la forma di governo parlamentare, secondo la quale il Governo non può entrare nell'esercizio delle proprie funzioni né può restare in carica se non gode della fiducia della maggioranza parlamentare. Pertanto, nei rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo, il principio di separazione dei poteri vale limitatamente allo svolgimento della funzione di produzione normativa.

Che il principio di separazione dei poteri non coincida necessariamente con la distribuzione costituzionale delle funzioni, è ulteriormente dimostrato dalla istituzione di organi di garanzia costituzionale, come il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale, che non rientrano nella classica tripartizione dei poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario. Non vi rientra il Presidente della Repubblica, quale «rappresentante dell'unità nazionale» istituzionalmente estraneo, anche se non superiore, alle contese politiche. Né la Corte costituzionale rientra nell'ambito del potere giudiziario, pur essendole ormai riconosciuta la natura di organo giurisdizionale. Questi organi costituzionali sono tali in ragione delle attribuzioni costituzionali di cui risultano investiti, e accomunabili

per la funzione di garanzia dell'ordinamento repubblicano che su piani e a fini diversi sono chiamati a svolgere, senza per ciò rientrare tra i poteri dello Stato in senso tradizionale.

#### 4. La combinazione fra legittimazione e limitazione del potere

Possiamo a questo punto esaminare le modalità con cui il costituzionalismo combina la legittimazione e la limitazione del potere, vale a dire i due assi su cui si regge.

Nel disciplinare le funzioni, e le reciproche interazioni fra i pubblici poteri chiamati a perseguire i loro principi, le Costituzioni del secondo dopoguerra fanno dipendere la legittimità dell'esercizio del potere a principi che garantiscono i diritti dei cittadini al di fuori del dominio della politica, e nello stesso tempo conferiscono ai cittadini il potere di legittimare tale dominio attraverso l'esercizio dei loro diritti politici. Dal punto di vista istituzionale, le sfere della democrazia e delle garanzie dei diritti risultano strutturate in modo da ottimizzare il godimento dei diritti fondamentali dei cittadini.

La stessa strutturazione che appare finalizzata a tale risultato *ex parte populi* comporta una differenziazione del potere *ex parte principis* che va ben oltre il principio di separazione nell'accezione tradizionale, non solo per quanto si è detto, ma anche perché presuppone la possibilità di tensioni e conflitti fra istituzioni, ora suscettibili di composizione in sede giurisdizionale, con lo strumento del conflitto di attribuzioni, ora assorbibili nel corso del tempo. Il tempo è una risorsa fondamentale per il costituzionalismo, proprio perché esso non scommette sempre su soluzioni definitive ma consente processi di apprendimento delle altrui ragioni in un arco temporale non previamente determinabile.

Quanto ora detto vale anzitutto per il rapporto fra Parlamento e Corte costituzionale. La stessa instaurazione della Corte poneva invero il problema della sua legittimazione ad annullare le leggi in quanto prodotto di un'organo eletto in virtù di procedure democratiche. Eppure si comprese gradualmente che, in uno Stato costituzionale, la "tirannide della maggioranza" di Alexis de Tocqueville poneva problemi di legittimazione non meno forti della "difficoltà contro-maggioritaria" cui si riferì per primo Alexander Bickel. Il fatto è che ambedue le questioni rimandano a concezioni confliggenti del potere, ma pur sempre compresenti nelle stesse Costituzioni. Sul piano funzionale, i conflitti fra garanzia dei diritti e legittimazione democratica del potere diventano così fisiologici: l'interpretazione costituzionale è lasciata

alle Corti, fino a quando non intervengano sul punto revisioni costituzionali, il cui significato può però a sua volta diventare oggetto di interpretazione nel corso del tempo. Conflitti simili, si presuppone, sono destinati a restare aperti nella misura in cui manca un depositario dell'ultima parola.

Nell'esperienza dello Stato costituzionale, la variabile combinazione nel corso del tempo del principio democratico col principio di legalità costituzionale ha a lungo assicurato una flessibilità necessaria e sufficiente ad assorbire tensioni anche distruttive fra l'uno e l'altro. Non stiamo parlando, però, di un modello astratto. Per cui uno squilibrio strutturale fra l'elemento democratico e l'elemento garantistico non si può mai escludere.

## 5. La semplificazione dei populist

Le proposte e i comportamenti dei partiti populist differiscono radicalmente dalle premesse su cui si è fondato e si è sviluppato lo Stato costituzionale. All'inizio, mi sono limitato a designare col termine populismo l'ideologia che si ripromette di ridare voce a un popolo dimenticato dalle élite politiche e di contestare il ruolo degli organi di garanzia ogni volta che non sia subordinato a quello degli eletti dal popolo. In effetti, l'attitudine dei partiti populist verso i due assi del sistema costituzionale è molto differenziata.

L'accusa rivolta alle istituzioni di garanzia è di usurpare poteri che in democrazia spetterebbero ai soli rappresentanti. È un'accusa antica, ma che si presenta in una veste nuova. Le garanzie costituzionali sono infatti totalmente estranee ai populist, in quanto sono preordinate a limitare il potere politico, per cui la minaccia investe la loro ragion d'essere, che viene meno non solo quando le Corti costituzionali vengono soppresse, caso piuttosto raro, ma nella stessa misura quando esse, o i giudici comuni, vengono menomate nella loro indipendenza.

Più complessa è la questione delle conseguenze dell'ascesa del populismo sulla rappresentanza politica. I populist si presentano regolarmente alle elezioni senza contestare le procedure rappresentative, né risultano sempre affezionati agli istituti di democrazia diretta, che in apparenza dovrebbero essere più vicini alle loro predicazioni sulla sovranità popolare conculcata dall'*establishment*, e ancor più raramente propongono di abolire il divieto di mandato imperativo, che assicura quella distanza dagli elettori che insieme alla libertà dell'opinione pubblica si pone alla base del suo funzionamento. Eppure l'idea di una distanza dagli elettori ripugna alla immagine di "uomi-

ni del popolo" che i populist tendono a trasmettere di sé. La spiegazione più semplice è che vogliono andare al potere utilizzando gli strumenti che il sistema democratico mette loro a disposizione, e tentare poi di monopolizzarlo in nome della maggioranza che hanno conquistato. Nulla a che vedere con i tormenti di Rousseau, insomma.

Sebbene il loro bagaglio teorico sia spesso leggerissimo, ciò non toglie che i populist riescano ad affermarsi anche in virtù di proposte e prassi che configurano una drastica semplificazione degli assetti istituzionali e del quadro dei principi fondamentali propri dello Stato costituzionale.

Prima di interrogarci sulle ragioni del loro successo sotto questo profilo, occorre approfondire il senso di tale semplificazione. Se nello Stato costituzionale la legittimazione democratica del potere politico si combina con la sua limitazione giuridica in vista dell'ottimizzazione del godimento dei diritti fondamentali dei cittadini, ogni scissione fra i due assi ne fa cadere l'intera struttura.

È quanto dimentica la formula "democrazie illiberali", con cui oggi si designano di frequente regimi illiberali dove i membri del Parlamento vengono eletti a suffragio universale. Da quando Fareed Zakaria coniò la formula<sup>3</sup>, la diffusione di quei regimi, che recano tutti lo stigma del populismo, è cresciuta in misura esponenziale fuori e dentro l'Europa. Ciò non toglie che la formula sia sbagliata. La semplificazione populista equivale infatti a comprimere quei diritti di libertà, a partire dalla libera espressione del pensiero, e quelle libertà collettive, di associazione e di riunione, senza cui l'esercizio del diritto di voto viene fatalmente manipolato dall'alto, con la conseguenza di ridurre le elezioni a rituali utili solo alla legittimazione plebiscitaria dei Governi e dei *leader* in carica. Ecco perché, una volta insediati, i regimi illiberali di cui stiamo parlando tendono spesso a stabilizzarsi. Non a caso, la pretesa che la democrazia possa fare a meno dei diritti di libertà è stata più volte avanzata dal Primo ministro ungherese Viktor Orbán, il più lucido dei *leader* populist.

D'altra parte la stessa nozione di "popolo" incorporata nell'ideologia populista ci appare come la controfigura di quella che abbiamo visto connotare lo Stato costituzionale: dove la totalità dell'unità politica non si lascia imprigionare in una comunità omogenea, necessariamente preesistente al diritto costituzionale, fissata una volta per tutte, e perciò destinata a riprodurre all'infinito la propria identità. Non è questa forse la finzione fondamentale del populismo, che pure si vorrebbe portatore della voce del popolo concreto, alieno dalle nozioni artificiali che costellano

3. F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, pp. 18 ss.

l'orizzonte del costituzionalismo? Lo è. Eppure proprio una simile versione contraffatta e primitiva di identità popolare riflette un ambiente comunicativo nel quale il dibattito pubblico si struttura in termini di singole situazioni piuttosto che di principi, e la consapevolezza di un futuro comune viene sostituita da percezioni<sup>4</sup>. Più prevale "l'eterno presente", più la rappresentanza politica si riduce a rispecchiamento degli umori popolari, maggiori diventano le *chances* di successo della semplificazione populista.

Siamo così entrati in un diverso ambito problematico. Dire che un voto popolare autenticamente libero non è pensabile senza robuste istituzioni di garanzia dei diritti fondamentali equivale oggi a ribadire la promessa del costituzionalismo contemporaneo. Ma il populismo può per ciò stesso ritenersi un corpo estraneo agli andamenti dei rapporti fra le istituzioni e alle trasformazioni sociali intervenute nello sviluppo dello Stato costituzionale? L'ambiente comunicativo nel quale siamo immersi, la risalente crisi dei partiti eredi della tradizione democratica, la disintermediazione che affligge altre formazioni sociali suggerirebbero già una risposta negativa. Ma vi sono buone ragioni per approfondire la questione.

## 6. L'ascesa del populismo quale reazione ai mutati rapporti fra pubblici poteri

Abbiamo visto che l'attitudine dei populistici verso le istituzioni si differenzia a seconda dei loro titoli di legittimazione. Pur interpretandolo in modo distorto, costoro non rimettono in discussione il sistema rappresentativo come tale, limitandosi ad attaccare la "classe politica" per aver perso il contatto col popolo e appartenere ormai all'*establishment*. Invece il loro attacco alle istituzioni non-maggioritarie è concentrato proprio sulla loro legittimazione. Se l'accusa ai politici è soltanto di aver tradito la loro missione, quella rivolta prima o poi alle istituzioni non legittimate dal voto popolare è di usurpare poteri che non dovrebbero spettare a loro in una democrazia.

Nel tentativo di comprendere la presa di questo discorso nell'opinione pubblica, si è osservato come negli ultimi decenni, mentre l'elemento democratico delle democrazie costituzionali ha continuato a basarsi sull'elezione popolare dei rappresentanti, si sia avuta una crescita impetuosa di istituzioni non-mag-

gioritarie, con una corrispondente riduzione dello spazio riservato alla politica e al popolo. Saremmo insomma andati "troppo oltre" nel creare istituzioni non-maggioritarie<sup>5</sup>.

La crescita di tali istituzioni mi pare indiscutibile, mentre la deduzione che se ne trae mi appare troppo meccanica. Occorrerebbe prima provare il fallimento dello Stato costituzionale nella sua comprovata capacità di assorbire tensioni attraverso continui aggiustamenti fra l'elemento democratico e l'elemento liberale-garantistico del sistema, compresa la creazione di nuove istituzioni. Secondo Shmuel Eisenstadt, si tratterebbe di un gioco non a somma zero, possibile in società caratterizzate da processi politici aperti, nelle quali i giocatori cooperano nella consapevolezza che le loro perdite sono solo temporanee e possono essere recuperate successivamente anche attraverso l'accesso a nuove istituzioni<sup>6</sup>. In questa prospettiva, la frammentazione del potere pubblico diventa un'opportunità per la stabilità del sistema, purché persista la fiducia reciproca fra i partecipanti al gioco<sup>7</sup>. La stessa ben nota ipotesi degli effetti *spillover* delle istituzioni sovranazionali sull'integrazione europea sembra affine a questo approccio. La questione se siamo andati "troppo oltre" dovrebbe allora dipendere dal perdere degli incentivi a proseguire un gioco cooperativo e, in stretta correlazione, della fiducia reciproca fra i giocatori.

Ora, non solo tale fiducia è quantomeno dubbia, ma non è nemmeno facile dire se le decisioni che portarono alla proliferazione di istituzioni non-maggioritarie siano dipese dalla convinzione che quelle istituzioni sarebbero state meglio attrezzate degli organi di indirizzo politico ad adottare misure di lungo periodo, o invece, almeno in parte, dal timore di perdere consenso elettorale nel breve termine. Certo è che quelle decisioni accrebbero il divario fra potere e responsabilità. Non per l'irresponsabilità politica delle istituzioni non-maggioritarie, che hanno altre forme e sedi per assumere responsabilità per il loro operato, ma perché il trasferimento di poteri assai ampi a loro favore rendeva sempre meno intellegibile il processo di governo agli occhi dei cittadini, insinuando il sospetto di una degenerazione oligarchica.

In tale prospettiva l'ascesa del populismo potrebbe assumere le sembianze di una rivolta verso la complessità del governo contemporaneo derivante dalla crescita dei processi di differenziazione, che avrebbe fatto premio sui benefici che Eisenstadt associa al

4. V. ad es. J.M. Guéhenno, *La fin de la démocratie*, Flammarion, Paris, 1993.

5. Y. Mény - Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 51 ss.

6. S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia. Verso democrazie illiberali?*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 102 ss.

7. S.N. Eisenstadt, *Paradossi della democrazia*, cit., p. 106.

mantenimento di un Governo diviso o frammentato. Non lo si può escludere. In ogni caso, anche impiegando questa chiave di lettura, l'ascesa del populismo non potrebbe ricollegarsi a uno squilibrio strutturale intervenuto fra istituzioni legittimate in via democratica e istituzioni non maggioritarie, o se si vuole fra il lato popolare e il lato aristocratico dell'assetto istituzionale.

## 7. Populismo politico e populismo giudiziario

Quanto ora detto vale a più forte ragione se consideriamo un ulteriore elemento. Parlando di creazione di istituzioni non-maggioritarie, ho finora implicitamente escluso dalla ricognizione il potere giudiziario, del quale si è casomai notata da tempo l'espansione su scala globale<sup>8</sup>. Ma si può forse dire che il conseguente squilibrio ai danni del potere politico abbia alimentato l'ascesa del populismo?

Lo smentisce la stessa attenzione dei giuristi al "populismo giudiziario", ricorrente ogni volta che «il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale»<sup>9</sup>. Siamo perciò in presenza di un fenomeno più pervasivo, che scavalca le distinzioni di ruoli istituzionali fino a vanificare le rispettive funzioni. È il caso del "magistrato-tribuno" che tende «a privilegiare un sostanzialismo repressivo poco attento alle questioni giuridiche e insufficientemente sensibile alle esigenze del garantismo individuale. Quel che soprattutto conta è che il processo, e prima ancora l'indagine con la sua risonanza mediatica stigmatizzatrice conseguano l'effetto di criminalizzare e mettere alla gogna soggetti indagati trasformati, sin da subito, in colpevoli

anticipati»<sup>10</sup>. Come è il caso dei rappresentanti della nazione che rispecchiano o addirittura alimentano le paure dei rappresentati per l'incombere di poteri sovrastanti, rinunciando così a curare l'interesse generale a contenere quegli stessi poteri.

## 8. Populismo, diritto e società

La pervasività del populismo suggerisce di guardare al fenomeno da una prospettiva diversa da quella corrente tra i giuristi, abituati a ricercare le ragioni dei problemi all'interno del sistema giuridico. Anche se, in questo, sono aiutato da uno di loro, quando parla, specificamente per l'Italia, di un vuoto di etica pubblica condivisa succeduto alla fine delle ideologie novecentesche, di una «anomia diffusa dove è il diritto, e nei limiti invalicabili del lecito il diritto penale, a rappresentare l'etica pubblica della società civile, nella quale quasi tutti non possono o non dovrebbero potere non riconoscersi»<sup>11</sup>. Altri ragionano invece di un prepotente riemergere del "lato oscuro della socializzazione", termine convenzionalmente associato a processi sociali capaci di espellere la barbarie, e invece riferibile pure a un «accrescimento delle proprie prerogative sociali poste come dura necessità contro la quale altre esistenze sociali si scontrano fino ad essere destinate alla espulsione, alla subornazione, alla dissoluzione, allo scarto, alla eliminazione»<sup>12</sup>.

Per quanto divergenti, ambedue le prospettive ci consentono di comprendere quanto facilmente la semplificazione populista abbia potuto e possa allignare in un deserto di convinzioni sufficientemente condivise circa le buone ragioni dello stare insieme. E come gli studiosi intenti a salvaguardare i principi fondativi dello Stato costituzionale debbano accompagnare profondi ripensamenti sulle sue vicende più recenti con la ricerca delle vie per ricostruire quel tessuto plurale della società che oggi appare lacerato o distrutto.

8. V. già C. N. Tate and T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.

9. G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 105, <http://www.edizioniets.com/criminalia/2013/pdf/02-1-Fiandaca2.pdf>.

10. G. Fiandaca, *Populismo politico*, cit., p. 111.

11. M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2014, p. 38.

12. A. Bixio, *Riflessioni sul diritto naturale e sulla naturalità del diritto*, in E. Bilotti, D. Farace, M. C. Malaguti (a cura di), *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, p. 21.

# Stato di diritto, gioco democratico e populismo\*

di *Alejandra M. Salinas*

Il presente contributo analizza la relazione concettuale tra lo Stato di diritto, il gioco politico democratico e il populismo, illustrandola con riferimento ad alcune recenti esperienze latinoamericane. L'ipotesi da esplorare è l'attitudine del populismo, nella misura in cui risulti animato da una logica antagonistica, egemonica e discrezionale, alla distorsione del gioco politico democratico e all'indebolimento dello Stato di diritto.

## Introduzione

Per quanto la letteratura sull'ideale democratico sia diversificata, si può affermare che vi sia consenso per includere, tra i suoi requisiti minimi, la libertà di associazione, di informazione e di espressione, l'esercizio egualitario dei diritti politici, con la garanzia di elezioni periodiche, libere, trasparenti e competitive. Una concezione più inclusiva aggiungerebbe maggioranze straordinarie o voti popolari per la riforma della Costituzione e delle leggi fondamentali, oltre a meccanismi diretti di partecipazione, deliberazione e decisione dei cittadini insieme alle istanze rappresentative. Così concepito, l'ideale democratico si basa su uno Stato di diritto inteso come validità e rispetto generale delle istituzioni, delle norme e delle procedure prestabilite in funzione del libero sviluppo delle interazioni sociali e politiche.

Nonostante la loro importanza, gli aspetti normativi della relazione concettuale tra Stato di diritto e democrazia sono quasi assenti dalla produzione degli autori latinoamericani pubblicata a partire dal 1990.

Se si scorrono alcuni titoli nel campo della teoria democratica, per quel periodo si possono individuare come prioritari i seguenti temi di indagine: egualitarismo, deliberazione politica, femminismo, multiculturalismo, repubblicanesimo, movimenti sociali, questioni di genere (in gran parte sulla scia dei dibattiti ampiamente diffusi negli Stati Uniti e in Europa)<sup>1</sup>. D'altra parte, e nonostante l'aumento della letteratura sull'ascesa populista degli ultimi due decenni, il rapporto tra populismo e Stato di diritto non è ancora stato oggetto di approfondimento. Si richiama, inoltre, l'esclusione o la sottostima della categoria di conformità/deviazione, nei regimi populistici, rispetto allo Stato di diritto nelle trattazioni che distinguono tra "populismo autoritario" e "populismo democratico", e in quelle che li descrivono e comparano. Per esempio, si afferma che il populismo «incorpora politicamente gli esclusi, promuove la loro inclusione materiale e simbolica, senza tuttavia rispettare necessariamente i diritti dell'opposizione», e che consente di rinnovare la democrazia, pur potendo costituire una minaccia per la diversità sociale<sup>2</sup>.

\* La traduzione dallo spagnolo è a cura del dottor Virgilio Mosè Carrara Sutour. Per le note si è preferito riproporle come nel testo originale. Per chi fosse interessato è disponibile il [testo inviato dall'Autrice in spagnolo](#).

1. Si vedano, ad esempio, O'Donnell (1994), Gargarella (1999), Borón (2003) e Herrán (2004). Rappresentano eccezioni: Nino (1997), cap. 3, pp. 300-302; Peruzzotti (1999), pp. 158-168; O'Donnell (2004) e Salinas (2012). Per le teorie politiche elaborate negli Usa e in Europa si vedano, tra gli altri, Young (2001) e Gaus e Kukathas (2004).

2. Dix (1985); De la Torre (2013), p. 13.

Alla luce di queste affermazioni, ci si domanda: se le pratiche populiste non rispettano certi diritti e se attentano alla diversità, è una semplice contingenza storica o si tratta, invece, di implicazioni inerenti alla logica populista? Prima di tutto, però, sarà opportuno esaminare le diverse concettualizzazioni del populismo. La letteratura disponibile offre letture del populismo classificabili, in senso lato, in base ai seguenti *cluster* o gruppi teorici: “populismo” come fenomeno ideologico, stile politico, nonché regime e/o agenda di politiche pubbliche. Chi intende il populismo come fenomeno ideologico lo considera su di un piano religioso, psicologico o culturale. Da un lato, esso è raffigurato come una cosmovisione tipica dei «tempi passati dominati dal sacro», che riposa «su una premessa religiosa più o meno remota nel tempo, in cui l’idea che le società siano corpi naturali e il popolo uno e indivisibile riprende il concetto di creato come riflesso compiuto della volontà di Dio»<sup>3</sup>. Altri offrono una lettura psicologica, nella quale il popolo è costituito da un gruppo di fratelli che amano il *leader*-padre e gli obbediscono. Si può ritrovare questo sentimento, ad esempio, nel discorso di un *leader* argentino che citava Mazzini: «Ascoltatevi con amore, ché anch’io vi parlerò ispirato dallo stesso sentimento»<sup>4</sup>. Dal punto di vista psicoanalitico, l’identificazione tra *leader* e popolo renderebbe manifesto un “legame libidico” sostanziale nell’esperienza populista, dove tra gli attori domina la relazione emotiva<sup>5</sup>.

D’altra parte, da un punto di vista culturale, il populismo invoca la difesa delle caratteristiche e delle consuetudini nazionali popolari, in parte basate sull’idea – centrale nell’immaginario romantico – di “anima del popolo” e tratteggiata in opposizione a un soggetto collettivo *altro*, estraneo a quelle caratteristiche e consuetudini<sup>6</sup>. Secondo questa interpretazione, si afferma, tra l’altro, che la cultura europea ha oscillato tra un nazionalismo civile di matrice liberale e uno populista, nel quale il popolo è anteposto alla natura del sistema. La regione latinoamericana rap-

presenterebbe “la manifestazione più convincente” del nazionalismo populista<sup>7</sup>.

Un secondo gruppo di teorici considera il populismo uno stile, un modo di fare politica. Esso è principalmente presentato come: a) una mobilitazione politica tesa a raggiungere diversi scopi sociali, politici ed economici; b) una forma estensiva di inclusione cittadina in società che presentano, al loro interno, grandi disuguaglianze; c) una modalità di rappresentanza politica concentrata intorno a un *leader*, che può (peraltro, non necessariamente) ignorare le procedure, i meccanismi e gli equilibri di potere, le garanzie del giusto processo – elementi propri di una democrazia; d) uno stile “rappresentativo” in cui il *leader* populista è l’attore principale, il popolo è il pubblico e la politica è la messa in scena che assiste l’azione del *leader* e la risposta popolare; e) un discorso carismatico che ignora le strutture e contribuisce a conferire un “carattere redentivo” alla politica<sup>8</sup>.

Un terzo gruppo di autori si concentra sui contenuti programmatici del populismo, di cui si avrebbe riscontro nei discorsi di candidati e funzionari governativi, nelle piattaforme elettorali e nelle politiche pubbliche che si rivolgono a un “popolo” escluso o emarginato. In questo campo, sostengono gli economisti, il populismo offre tutela del lavoro e inclusione sociale senza tener conto della sostenibilità economica e fiscale dei programmi presentati<sup>9</sup>.

I paragrafi precedenti illustrano alcuni tra i principali approcci al populismo. Non trova spazio, in questa sede, una valutazione nel dettaglio dei contributi e dei limiti di tali orientamenti; tuttavia, si può notare come essi siano complementari nel senso di una mutua integrazione di aspetti psicologici, politici, culturali ed economici, funzionale a una più completa comprensione del fenomeno. Ciò premesso, il rapporto tra populismo, democrazia e Stato di diritto rimane ancora un ambito sottoesplorato e la sua analisi occuperà il centro di questo lavoro, suddiviso in tre sezioni: la prima verte sulle definizioni di “Stato di diritto” e “sistema democratico”, intesi come l’insieme

3. Zanatta (2014), p. 11.

4. Zanotti (2014). Il riferimento è a Perón (1948), p. 15.

5. Laclau (2009), p. 10, pp. 153-156, p. 282.

6. Sebrelli (2011), 21. Ver también el pensamiento de Héctor Agosti en Amaral (2018), pp. 92-93.

7. Hermet (1999), pp. 50-54.

8. Rispettivamente: Jansen (2011); De la Torre (2000); Arditi (2009), pp. 103-105, 112, 123, 128, 131-132; Moffitt (2017), pp. 133-13, 150-152; pp. Canovan (1999), pp. 8, 14, 16.

9. I critici del cosiddetto “populismo macroeconomico” obiettano i rischi di inflazione e di *deficit* finanziari associati a quell’agenda, così come le restrizioni esterne e la reazione negativa degli agenti economici in simili contesti (Dornbusch e Edwards, 1989). Da parte sua, l’espressione “populismo di rendita” si riferisce allo sfruttamento non sostenibile delle risorse naturali per finanziare l’agenda populista. In America Latina, il *boom* delle esportazioni di petrolio, soia e oro, ha permesso, dal 2002, l’utilizzo delle entrate per tali finalità (Mazzuca, 2013).

di istituzioni e di regole sottese al “gioco” politico e, rispettivamente, il funzionamento di quest’ultimo. La seconda sezione espone gli elementi concettuali che consentono di definire la logica populista come logica antagonista, egemonica e discrezionale, applicata alla creazione e all’esercizio del potere politico. Si sviluppa, qui, l’ipotesi secondo cui il populismo, nella misura in cui è animato da tale logica, distorce il gioco politico democratico e mina lo Stato di diritto. Nella terza e ultima sezione, si illustrano gli argomenti presentati con un sintetico riferimento alla recente esperienza populista dell’America Latina.

## 1. Lo Stato di diritto e il gioco politico democratico

In senso lato, lo Stato di diritto è l’insieme di istituzioni, principi e valori che guidano e governano le pratiche, le forme e le finalità dell’attività statale. In un senso più ristretto, esso è legato all’approvazione e promulgazione delle norme, e alla loro custodia. Due sono le componenti concettuali da analizzare: il suo sviluppo storico nelle moderne società occidentali e il principio normativo emergente da tale processo. In merito alla prima componente, in *The Foundations of Freedom* Hayek analizza il dibattito su chi dovrebbe essere titolare della funzione legislativa ed entro quali limiti. Secondo l’Autore, a partire dal XVII secolo, si consolidò l’idea di un Governo limitato dalla separazione dei poteri; un secolo dopo, il costituzionalismo americano fu l’espressione scritta di quei limiti, al fine di proteggere la libertà individuale. Da questo processo storico emerge il principio normativo secondo cui lo Stato di diritto è una dottrina meta-legale, un ideale politico accettato dalla maggior parte dei membri di una società per frenare l’avanzata illegittima del potere politico<sup>10</sup>. Nella stessa ottica, lo Stato di diritto prescrive che l’azione statale dovrà fondarsi e collocarsi all’interno delle istituzioni, dei principi e dei valori derivati dai diritti e dalle garanzie fondamentali che tutelano la sfera individuale. A tal fine, la forma costituzionale distribuisce le attribuzioni e competenze del potere statale tra i vari organi governativi, soggetti a controllo e responsabilità.

L’obiettivo dello Stato di diritto è garantire un riferimento stabile e prevedibile a partire dal quale le persone potranno scegliere tra linee di condotta alternative per lo sviluppo delle loro attività. Nelle parole di Leoni, tale prevedibilità «non può essere

mantenuta senza garantire effettivamente la certezza della legge, intesa come possibilità per gli individui di pianificare a lungo termine il proprio comportamento, nella vita privata come negli affari. Tale pianificazione richiede una certezza sul lungo periodo [che si riferisce] all’uniformità delle regole nel corso dei secoli e alla continuità del lavoro modesto e limitato delle Corti di giustizia, piuttosto che di quello prodotto dagli organi legislativi»<sup>11</sup>. La funzione di creazione e mantenimento dell’ordine politico dello Stato di diritto è spesso evidenziata, sebbene altrettanto importante risulti l’ambito della prevedibilità, sopra menzionato. Viceversa, come è frequente il richiamo all’emergere del conflitto in assenza dello Stato di diritto, sarà altrettanto importante sottolineare l’instabilità, l’imprevedibilità e l’impunità generate da tale assenza.

Quali sono, allora, gli elementi principali di cui disponiamo per riconoscere l’esistenza di uno Stato di diritto? Il filosofo Joseph Raz cita i seguenti: leggi lungimiranti, elastiche, chiare e relativamente stabili, assistite da regole generali; l’indipendenza della magistratura; i principi della “giustizia naturale” (udienza aperta e imparziale, assenza di pregiudizi interpretativi); la *judicial review* (o controllo di costituzionalità); tribunali accessibili e agenzie per la prevenzione della criminalità che operino nel rispetto della legge. Tuttavia, Raz non si limita a una rassegna di tali componenti, affermando che lo Stato di diritto: «è ideato per minimizzare il danno alla libertà e alla dignità che la legge può causare nel conseguimento dei suoi obiettivi, a prescindere dall’intrinseca meritevolezza di questi ultimi»<sup>12</sup>. Da questa preoccupazione si deduce l’associazione dello Stato di diritto alla difesa dei diritti e delle libertà in senso negativo («minimizzare il danno»): un criterio utile a segnare la differenza rispetto a uno Stato *con* diritto, purché questo si basi su un sistema giuridico attuato secondo procedure prestabilite. Ciò che distingue essenzialmente lo “Stato di diritto” dallo “Stato *con* diritto” è che il primo lavora per garantire la libertà e prevenire o limitare il danno causato dal potere politico, mentre il secondo può servire a raggiungere l’obiettivo opposto: limitare la libertà ed espandere il potere politico. Ciò si riscontra, ad esempio, nel caso del Venezuela: l’articolo 2 della Costituzione dichiara di adottare «uno Stato democratico e sociale di Diritto e di Giustizia, che sostiene come valori superiori del proprio ordinamento giuridico e della propria attività la vita, la libertà, la giustizia, l’uguaglianza, la solidarietà, la democrazia,

10. Hayek (1960), capp. 11-14, pp. 162-219.

11. Leoni (1991), pp. 65-66 e 69-70.

12. Raz (1977), pp. 220 e 228.



la responsabilità sociale e, in generale, la preminenza dei diritti umani, l'etica e il pluralismo politico». Ciononostante, un regime populista e dittatoriale governa il Paese dal 1998, senza rispetto per gli stessi valori contenuti nel dettato costituzionale<sup>13</sup>.

Secondo la distinzione appena tracciata, uno Stato di diritto stabilisce i limiti entro i quali troverà posto un'azione politica *legittima*, limiti che possono intendersi come le "regole del gioco". Applicata alla moderna democrazia costituzionale, la metafora del "gioco" è stata impiegata dai teorici per alludere sia alle basi e alle modalità di quel sistema (le "regole del gioco"), sia al suo funzionamento in ogni caso particolare (il "gioco" in se stesso). Tra gli autori contemporanei che si riferiscono alla politica come "gioco", Oakeshott [1962] associa l'immagine del governante a quella dell'arbitro, la cui funzione consiste nell'applicare le regole del gioco in modo imparziale, prevenendo l'«invenzione di nuove regole» da parte dei giocatori, se non in forma occasionale e moderata<sup>14</sup>. La proposta di evitare che le modifiche alle regole del gioco siano frequenti od opportunistiche mira a garantire stabilità e prevedibilità, in modo che i giocatori possano pianificare le loro scelte.

In *A Theory of Justice* [1971], anche Rawls ricorre all'analogia con i giochi per riflettere sull'organizzazione della vita politica fondata su regole. L'Autore distingue in quattro tipi i fini perseguiti da un gioco: «l'obiettivo del gioco, come definito dalle regole»; «le varie motivazioni individuali dei giocatori»; «i fini sociali serviti dal gioco» e «il desiderio, comune a tutti, di partecipare a un buon gioco». Quest'ultimo potrà realizzarsi solo «se giocato secondo le regole, se si ha una tendenziale parità fra le parti e se i giocatori sentono di giocare bene». Rawls conclude che «una buona mossa è un risultato collettivo, che richiede la cooperazione di tutti»<sup>15</sup>. Oltre a porre in rilievo il carattere cooperativo del "buon gioco", Rawls introduce nella sua analisi il requisito egualitario (immaginando i partecipanti «più o meno alla pari»), al fine di offrire a tutti l'opportunità di aspirare ad essere buoni giocatori (e permettere loro di sentire che «stanno giocando bene»). Cooperazione e uguaglianza costituiscono, così, i valori salienti di un gioco fondato su regole.

In una prospettiva contrattualista comparabile, nel modello di James Buchanan i membri di una so-

cietà democratica concordano sull'impegno ad agire *pro futuro* entro un determinato quadro normativo. Nel riferirsi alla modalità di tale accordo, l'Autore ricorre a un'analogia tra regole politiche e regole dei giochi di carte: esse possono essere considerate "giuste" e "buone" dai giocatori, e quindi essere accettate, oppure "ingiuste" e "cattive", e perciò rifiutate. Sarà "giusta" la regola concordata dai giocatori prima di conoscere la particolare posizione di ciascuno all'interno del gioco<sup>16</sup>. Secondo Buchanan, l'adozione delle regole ha l'obiettivo di porre dei limiti ai comportamenti futuri. La legge è considerata un vincolo, un "costo" o, nel linguaggio dell'Autore, una «imposta sulla libertà» che i partecipanti assumono come necessaria allo svolgimento del loro gioco senza interferenze altrui. In assenza di regole, osserva Buchanan, il gioco è governato dalla legge del più forte. Al contrario, l'adozione di regole comuni consente di ottenere benefici generali<sup>17</sup>.

I valori della moderazione, della cooperazione e dell'uguaglianza, insieme all'intenzione di assicurare la prevedibilità a partire da regole basate sul consenso dei partecipanti, animano la logica dello Stato di diritto che assiste le interazioni tra persone. Tuttavia, questa logica può apparire ad alcuni un criterio insufficiente a organizzare la vita sociale. In proposito, C. Vilas ha osservato che «Nelle società frammentate da profonde disuguaglianze non è sufficiente concordare le "regole del gioco", ma [occorre altresì accordarsi su] il tipo di gioco al quale si partecipa: la conservazione di una straordinaria concentrazione di risorse (...), o le trasformazioni sociali e politiche in linea con le aspirazioni di queste maggioranze; [e] tutto ciò che è compreso tra la prima e le seconde»<sup>18</sup>. La citazione si riferisce a quelli che Rawls chiama «i fini sociali serviti dal gioco», che, in termini costituzionali, sono i principi e i valori incorporati in una Carta (per esempio, il preambolo della Costituzione argentina enumera le seguenti finalità: «costituire l'unione nazionale, garantire la giustizia, consolidare la pace interna, provvedere alla difesa comune, promuovere il benessere generale e assicurare i benefici della libertà»). La deliberazione su quali siano i «fini sociali serviti dal gioco» spetta, in via fondamentale, ai costituenti. In termini di coerenza, essa dovrebbe risultare il più inclusiva possibile ed evitare di essere ridotta

13. Romero (2010).

14. Oakeshott (1983), pp. 258-262.

15. Rawls (1999), pp. 460-461.

16. Buchanan (2001), p. 354.

17. Buchanan (2009), p. 168.

18. Vilas (2011), p. 48.

a falsi dilemmi. Riferendo la citazione di Vilas – in senso contrario a quanto afferma l'Autore – al campo del diritto di proprietà, si può deliberare in sede costituzionale sul mantenimento di una certa distribuzione della proprietà (se essa è stata legittimamente acquisita e trasferita) e, allo stesso tempo, aspirare a una maggiore mobilità sociale sotto la spinta di un migliore sviluppo delle capacità individuali<sup>19</sup>. In questo senso, la dicotomia tra uno Stato di diritto sensibile e uno indifferente alla questione sociale riflette un riduzionismo che trascura la possibilità di adottare certe clausole costituzionali allo scopo di evitare discrezionalità nei trasferimenti e nella redistribuzione da parte dei governi – e, in particolare, dei governi populistici<sup>20</sup>.

Naturalmente, via via che si dispiega il gioco democratico, una volta che le sue regole sono state adottate, né un'autentica deliberazione né l'esistenza di una costituzione garantiranno, da sole, la stabilità e la persistenza dello Stato di diritto in senso forte. Queste ultime dipenderanno da un'adeguata combinazione di comportamenti di una maggioranza di giocatori tale da comprendere elementi etici (la volontà di limitare una condotta sulla base di ideali personali e virtù sociali), culturali (la volontà di rispettare e conformarsi alle norme) e politici (la volontà di promulgare leggi in base all'ordinamento e di sanzionare la loro infrazione). Nel complesso, è l'*ethos* delle convenzioni, delle interpretazioni e delle applicazioni della teoria ad alimentare lo Stato di diritto. Nella sua forma minima, questo *ethos* è comunemente associato con l'assenza di corruzione, l'indipendenza della magistratura e una presunzione in favore della libertà individuale<sup>21</sup>. Nella sua espressione ideale, esso comprende i limiti legali all'esercizio del potere pubblico e privato, uno Stato che adempia ai doveri fondamentali nei confronti della popolazione e operi nell'interesse pubblico, la tutela delle persone dalla violenza e il loro accesso a meccanismi idonei a risolvere controversie e avanzare reclami<sup>22</sup>.

In sintesi, il concetto di Stato di diritto fornisce un principio normativo per legittimare l'azione statale. I suoi elementi fondamentali sono la costituzione come norma suprema, la sottomissione dei pubblici

poteri alle norme, la divisione e l'equilibrio dei poteri governativi e la protezione dei diritti individuali. Ciò rende possibile un'azione governo soggetta a limiti, l'effettivo esercizio dei diritti e il controllo della corruzione, della violenza e della criminalità. Così concepito, lo Stato di diritto mira a garantire la pace, il pluralismo e la prevedibilità.

Nel successivo paragrafo si esporranno alcune considerazioni sull'incompatibilità tra queste previsioni e la logica antagonista, egemonica e discrezionale propria del populismo.

## 2. La logica populista

Negli ultimi due decenni, tra i diversi autori che si sono occupati di populismo, spicca – ai fini di questo contributo – Ernesto Laclau per l'approccio concettuale che esprime nel saggio *La razón populista*<sup>23</sup>. Nella sua analisi, il populismo si costruisce attraverso il discorso di un'istanza rappresentativa che articola molteplici richieste sociali unite da un comune malcontento indirizzato verso un altro soggetto collettivo, considerato antagonista. Con questa premessa, il populismo avrebbe quattro caratteristiche principali: la presenza di un *leader* dotato di forte carisma, la domanda di un insieme di attori formanti il "popolo", un grado elevato di antagonismo verso il non-popolo e il prevalere del *leader* sulle istituzioni<sup>24</sup>.

Gli aspetti della logica populista da porre in rilievo sono la costruzione di un'egemonia da parte dell'istanza rappresentativa, la discrezionalità implicita attribuita al *leader* nella creazione di un'identità popolare e nell'attuazione del suo programma politico, e il presupposto di un antagonismo inconciliabile tra "popolo" e "non-popolo". I tre elementi – egemonia, discrezionalità e antagonismo – contrastano con lo Stato di diritto di una democrazia, così come definito nel paragrafo precedente. Tale contrasto sarà ora oggetto di analisi.

In primo luogo, l'aspirazione a costruire un sistema egemonico di tipo centralizzato e totalizzante contraddice le regole del gioco democratico funzionali a garantire la diffusione e il controllo del potere politi-

19. Si veda Salinas (2014), per un'analisi dell'«approccio delle capacità».

20. Buchanan (2009), pp. 257-258.

21. Waldron (2016).

22. World Justice Project (2015).

23. Laclau (2009). Per una rassegna dei saggi e degli articoli pubblicati sul tema del populismo tra il 1893 e il 1980, si veda Amaral (2018), pp. 284-286 e 297-298. Oltre il 50 per cento dei lavori è stato pubblicato a partire dal 1971.

24. Per un'analisi più dettagliata della teoria di Laclau, si veda Salinas (2011), in merito ai rapporti esistenti tra populismo, capitalismo, marxismo e democrazia; *Id.* (2012), sulle tensioni tra egemonia populista e diritti individuali; *Id.* (2014), per una critica dell'idea di emancipazione populista.

co, che rendono possibile il pluralismo rappresentativo. Su questo aspetto, tra i vari argomenti addotti dai critici, si è fatto notare che, in democrazia, nessuno rappresenta completamente il popolo, essendo la rappresentanza sempre «provvisoria, fallibile e limitata»<sup>25</sup>, e che l'accentramento di potere, l'indebolimento dei «freni e contrappesi» e il disprezzo per l'opposizione sono potenzialmente deleteri per le forme istituzionali democratiche<sup>26</sup>. Si è, parimenti, sottolineato che il desiderio di concentrare il potere e, contemporaneamente, di fare appello al popolo «potrebbero finire per trasformare l'attivismo popolare in acclamazione plebiscitaria dei sedicenti redentori autoritari delle loro nazioni»<sup>27</sup>. Anche in questo caso, alla luce degli eventi e delle politiche attuate in Venezuela dal regime populista bolivariano (a partire dal 1999), la cosiddetta «democrazia partecipativa» istituita per via costituzionale si inserisce pienamente, negli effetti, nella tradizione plebiscitaria e autoritaria. I dati evidenziati per quel Paese sollevano una domanda che sovrasta l'analisi del fenomeno: fino a che punto il suo affermarsi dipende da congiunture locali e personalità legate a un particolare contesto politico, senza seguire una logica universalista? In altre parole, ci si può aspettare che tutti i populismi convergano verso regimi plebiscitari e autoritari nello stile del Venezuela?

Il ricorso al concetto di egemonia può essere utile per rispondere alla domanda e introdurre al secondo contrasto tra populismo e Stato di diritto. L'egemonia è il filtro utilizzato dal populismo (nell'accezione qui accolta) per guardare alla politica come a un campo di dominio di alcuni gruppi su altri, e non come a un tentativo di accordarsi su quali regole permetteranno una cooperazione sociale finalizzata all'interesse generale. L'egemonia presuppone una volontà di dominio, che in Laclau consiste nella volontà dell'istanza rappresentativa (il *leader*) posta in evidenza quando si conferisce identità al popolo e si articolano le sue richieste. Questa volontà di dominio non è, a rigor di termini, necessariamente plebiscitaria, ma per definizione comporta un importante livello di autoritarismo.

Pertanto, la logica populista non è associata alla rappresentanza (come nel sistema repubblicano) né al dominio di classe (come nel sistema comunista), ma alla costruzione di un'egemonia come configurata e intesa dal *leader*. Quest'ultimo aspetto è rivelatore della natura discrezionale di questa logica, nel-

la misura in cui essa riposa su criteri personalistici e aleatori. L'osservazione vale, in l'America Latina, per i critici del populismo di matrice sia liberale che socialista. Così, i primi criticano l'assenza di una cittadinanza effettiva e della ricerca di consenso nella soluzione dei problemi economici e politici; i secondi respingono il sostituirsi della discrezionalità personale alla negoziazione collettiva propria della dinamica partitica<sup>28</sup>. In ogni caso, entrambi i gruppi criticano l'arbitrio populista, reclamando un maggior peso delle istituzioni.

Un terzo contrasto con lo Stato di diritto è costituito dal ricorso all'antagonismo quale elemento fondante del populismo. La critica delle istituzioni e le vessazioni nei confronti di persone e gruppi mostrano l'intento logico di identificarli, rispettivamente, come ostacoli e minacce al rafforzamento dell'egemonia populista. Quest'ultima è, essenzialmente, antagonistica, e proprio tale caratteristica la distingue da altre attitudini anti-sistema e anti-elitarie. Si possono citare, al riguardo, due casi storici. Agli inizi del Novecento, le suffragette avanzarono rivendicazioni considerate anti-sistema con la loro critica all'esclusione delle donne dal voto politico; tuttavia, non erano populiste, poiché miravano a ottenere istituzioni più inclusive, non a ignorarle o cancellarle. Considerando l'altro esempio, il movimento per i diritti civili affermatosi negli Stati Uniti a metà del XX secolo era anch'esso anti-elitario, dal momento che sfidava la segregazione razziale e l'esclusione sociale autorizzate dalle élite legislative di allora, ma non può essere definito populista, perché difendeva il valore delle istituzioni e non presentava antagonismi, sviluppandosi in forma di resistenza non violenta contro la discriminazione culturale e giuridica.

Alla luce di questi e di altri esempi, appare chiaro che non tutte le affermazioni contro le ingiustizie, i limiti e i fallimenti di un sistema politico corrispondono a rivendicazioni populiste: lo saranno nella misura in cui siano accompagnate da discorsi e azioni che mettono in discussione o attentano ai principi e alle istituzioni dello Stato di diritto, sostengano un antagonismo radicale e promuovano una visione egemonica della politica.

Applicando questa prospettiva all'analisi del mondo odierno, tra le posizioni «anti-sistema» è possibile distinguere posizioni populiste da altre non populiste – come ogni distinzione analitica, è relativa e limitata, ma può in parte aiutare a chiarire il concetto.

25. Werner-Muller (2017), pp. 592, 596 e 603; Galston (2018), p. 12.

26. Urbinati (2013), p. 4.

27. De la Torre (2013), p. 44.

28. Leis e Viola (2009), p. 3; Schamis (2006), pp. 32-33.

Così, alcune posizioni anti-sistema possono risultare elitarie in un senso diverso dal populismo à la Laclau (alcuni euroscettici britannici mettono in dubbio il rapporto con l'Unione europea pur senza difendere il populismo); i partiti della destra xenofoba, nell'Europa centrale e settentrionale, criticano l'*establishment* politico, al pari di certi populistici, ma sono anche culturalmente conservatori, in modo diverso dai populistici (è il caso di Podemos in Spagna)<sup>29</sup>. Da parte loro, gli ambientalisti Verdi in Germania sono anti-sistema nella loro critica all'impiego delle fonti energetiche convenzionali, ma sostengono il sistema rappresentativo (almeno dal 1998) e sono decisamente internazionalisti, in contrapposizione al nazionalismo solitamente invocato dai populistici.

Come ultimo termine di paragone, in genere i gruppi e i partiti anti-sistema non populistici affrontano i loro avversari politici, ma non definiscono la loro identità in termini negativi rispetto ai "nemici", come fa il populismo; inoltre, essi attuano il proprio gioco politico all'interno del quadro istituzionale, con l'intenzione di riformarlo, differenziandosi in tal senso dal populismo, che si autorappresenta contro le istituzioni. Infatti, nell'opinione di quanti offrono una lettura apologetica del populismo, lo Stato di diritto o la "normatività liberale" sono strumenti che esprimono un rapporto di potere, un dominio sul popolo, inteso come «architettura, organizzazione e mantenimento dell'esclusione»<sup>30</sup>. Di conseguenza, è logico che l'agenda populista operi a spese della "normatività" e cerchi di indebolire lo Stato di diritto. Alcuni autori hanno minimizzato questo rischio: «I timori liberali sul populismo distolgono l'attenzione da questioni cruciali legate alla natura e all'autorità del popolo sovrano. Rivendicando il potere per il popolo, chiedendo a quest'ultimo di redimere la politica, i populistici evidenziano i presupposti fondamentali della politica contemporanea», scrive Canovan<sup>31</sup>. Nondimeno, i timori liberali non vanno sottovalutati: indebolire i tribunali, accentrare il potere e discriminare per etnia, religione, condizione economica, origine nazionale non solo indebolisce la democrazia<sup>32</sup>, ma pregiudica la possibilità di vivere in una società pluralista, pacifica e prospera.

### 3. La recente esperienza dell'America Latina sotto il populismo

I sistemi repubblicani in America Latina si edificarono nel corso del XIX secolo, ispirandosi principalmente al modello costituzionale liberale, basato sulla sovranità popolare, la garanzia dei diritti individuali e un governo centrale forte ed efficace, ancorché limitato<sup>33</sup>. Tuttavia, nella pratica, le tendenze accentratrici e di controllo dei Governi latinoamericani si sono evolute verso un presidenzialismo a potere accentrato, in quelle che O'Donnell ha descritto come «democrazie delegative». In tali sistemi, «chi vince le elezioni presidenziali è autorizzato a governare come più riterrà opportuno, costretto solo dalla realtà dei rapporti di forza in atto e dal limite costituzionale di durata del suo mandato (...) a elezione avvenuta, ci si aspetta che gli elettori diventino spettatori passivi, ma che accolgano festosamente gli atti posti in essere dal presidente»<sup>34</sup>. L'anti-istituzionalismo di questa tradizione presidenziale si è mosso contro le norme e le procedure, preparando così un terreno culturale favorevole alla nascita di pretese egemoniche tali da spazzar via i limiti e i controlli all'azione statale ancora esistenti.

Non sorprenderà troppo, allora, nella recente esperienza latinoamericana del fenomeno populista, che la corruzione costituisca forse la conseguenza più clamorosa dell'arbitrio e dell'egemonia portati all'estremo. Vi sono abbondanti prove al riguardo:

- Il periodo dei governi kirchneristi in Argentina (2003-2015) sarà ricordato come una delle stagioni più corrotte e "devianti" dello Stato di diritto in tempo di democrazia. Solo per citare alcuni esempi, il vicepresidente Amado Boudou è stato imprigionato per arricchimento illegale, riciclaggio di denaro e traffico di influenze illecite. Sono stati, inoltre, emessi provvedimenti di custodia cautelare per la *ex*-presidente Cristina Fernandez e altri *ex*-alti funzionari e alleati politici. Peggio, risuona ancora il grido di giustizia nel caso del procuratore Alberto Nisman, assassinato un giorno prima di presentare la sua de-

29. Girona (2014-2015), p. 7.

30. Retamozo e Morris (2014-2015), p. 24.

31. Canovan (2004), pp. 244-245.

32. Galston (2018), p. 15.

33. Negretto (2002), pp. 239-240; Gargarella (2004), pp. 149-151. Durante il XIX secolo, i costituenti latinoamericani seguirono il modello statunitense, nel quale la Costituzione è uno strumento di garanzia dei diritti e di limitazione del potere politico. Durante il XX secolo, le riforme costituzionali nella regione includevano la questione sociale, una preoccupazione di tipo europeo. Ne consegue che oggi, in America Latina, le Costituzioni combinano il modello istituzionale americano con quello dell'inclusione sociale, di matrice europea.

34. O'Donnell (1994), pp. 59, 66 e 67.

nuncia contro Cristina Fernandez, relativa all'aver favorito un accordo con l'Iran che congelava l'indagine sulla attacco antisemita del 1994, nel quale morirono più di 80 persone<sup>35</sup>.

- In Ecuador l'ex-presidente Rafael Correa è stato accusato in seguito al rapimento dell'ex-parlamentare Fernando Balda, occorso nel 2012. Le norme penali ecuadoriane non consentono il processo in contumacia; forse per questo motivo, Correa si è rifugiato a Bruxelles un anno e mezzo fa<sup>36</sup>.
- In Brasile, sotto il regime del Partito dei Lavoratori (PT), si è avuto un progressivo avanzamento del potere esecutivo con un aumento della legislazione per decreto presidenziale; ci sono stati tentativi di censura della stampa e minacce alla magistratura; è cresciuta la corruzione e, oltre all'inflazione, è aumentata la spesa pubblica<sup>37</sup>. Tra i casi di corruzione spiccano il pagamento di favori e tangenti da parte della società di costruzioni brasiliana Odebrecht, e il caso Lava Jato sulla corruzione interna all'impresa statale Petrobras, per il quale l'ex-presidente Luiz Lula da Silva è stato condannato a nove anni di detenzione.
- In Bolivia, nei dodici anni sotto il presidente Evo Morales, sono state segnalate decine di casi di corruzione, inclusa la malversazione di denaro pubblico destinato al *Fondo indigena*, nonché casi di abuso di influenza e arricchimento illecito nella compagnia petrolifera statale. A questi problemi si aggiunge l'eventualità, avallata dai Tribunali, che Morales sia rieletto Presidente nel corso del 2019 (in aperta opposizione al *referendum* del 2016, che negava questa possibilità), favorendo così il proseguimento dell'iter populista nel Paese.
- Come anticipato nella sua campagna elettorale, il nuovo Presidente del Messico Andrés Manuel López Obrador, nel suo primo discorso, ha annunciato cambiamenti sociali in senso populista, peraltro promettendo di «attenersi all'ordinamento giuridico». Tale garanzia di adesione è stata presto messa in dubbio dal riconoscimento, da parte dello stesso Obrador, del nuovo mandato presidenziale di Nicolás Maduro in Venezuela, nonostante le accuse di crimini con-

tro l'umanità che hanno portato (finalmente) al rifiuto della dittatura venezuelana da parte della comunità internazionale.

I casi citati chiariscono che la salute futura della democrazia in America Latina richiede uno Stato di diritto più forte e una quota minore o nulla di populismo. Dei 24 Paesi della regione analizzati nell'ultimo «Indice della democrazia», due soltanto sono considerati «democrazie piene» (Costa Rica e Uruguay), mentre quattordici sarebbero «democrazie difettose», cinque «regimi ibridi» e tre «regimi autoritari»<sup>38</sup>. Nel caso specifico dell'Argentina (inclusa tra le democrazie difettose), per rafforzare lo Stato di diritto occorre sradicare la tradizione di instabilità e opportunismo che pesa sul potere giurisdizionale, soggetto agli arbitri dell'esecutivo, che tende ad acuirsi con il populismo. L'interferenza presidenziale con il sistema giudiziario non è stata solo dannosa alla stabilità e all'affidabilità economica del Paese, ma ha anche incrinato la fiducia e il rispetto dei cittadini verso le istituzioni<sup>39</sup>. Se la fiducia non è rafforzata, ciò può essere dannoso in futuro per la cultura democratica e lo Stato di diritto, alimentando il circolo vizioso tra il riconoscimento dei fallimenti istituzionali da un lato e la conseguente domanda di candidati che promettano di risolvere questi fallimenti con una dose maggiore di populismo.

## Conclusioni

Lo Stato di diritto stabilisce le regole del gioco democratico, lo protegge e lo garantisce. Al contrario, la logica populista distorce il gioco democratico: anziché deliberazione e negoziazione, promuove l'antagonismo e rende impossibile la cooperazione; sostituisce l'imparzialità e la prevedibilità delle istituzioni e delle norme con la discrezionalità e l'instabilità proprie del suo forte personalismo; la lotta per l'egemonia aspira a totalizzare lo spazio politico e minaccia il pluralismo che è proprio della democrazia.

La recente esperienza in America Latina evidenzia lo scontro tra una democrazia che si regge sullo Stato di diritto e il populismo. Aníbal Romero esprime questo scontro con eloquenza: «La «spina dorsale» dello Stato di diritto è un potere giurisdizionale

35. Volosin (2018); Rivas Molina (2018).

36. España (2018).

37. Vélez Rodríguez (2014); Tambosi (2018).

38. *The Economist* (2018), pp. 19-21. L'«Indice di democrazia» è basato su cinque categorie: processi elettorali e pluralismo; libertà civili; funzionamento del governo; partecipazione politica; cultura politica.

39. Gallo e Alston (2008), p. 170. Si veda anche *Transparency International* (2013).

capace di sostenere un senso comune di disciplina, il rispetto reciproco tra i cittadini, la libertà, l'equità e l'efficienza. Nella pratica populista in America Latina, i diritti umani sono violati e frequentemente sottoposti a compressioni che sarebbero considerate intollerabili nelle democrazie liberali avanzate. L'esercizio arbitrario del potere [presuppone] confini ambigui tra ciò che è legale e illegale, e (...) uno Stato di diritto ampiamente fittizio, eroso dalla corruzione della giustizia»<sup>40</sup>.

È possibile ricostruire la democrazia associata allo Stato di diritto dopo più di un decennio e mezzo segnato dalla crescita populista in gran parte dell'America Latina? In caso affermativo, come in ogni processo di ricostruzione, questo avrà un costo, che aumenterà in proporzione al passare del tempo – in assenza di cambiamenti sostanziali – e all'aggravarsi del danno sociale, economico e politico. Pertanto, riconoscere e affrontare il populismo non è soltanto necessario, ma anche urgente. Dal punto di vista analitico, il riconoscimento del fenomeno può partire da una maggiore levatura teorica ad esso attribuita, senza scartarlo come concetto subalterno, fenomeno atavico o sintomo di una crisi congiunturale. Nel 1944, George Orwell propose di parlare di fascismo «con una certa dose di circospezione, senza degradarlo, come si fa abitualmente, a livello di parolaccia»<sup>41</sup>. Nel mondo attuale, l'analisi del populismo impone di adottare un approccio simile, che trovi una base ferma non sull'apologia o sulla curiosità che il fenomeno può ispirare in alcune persone, ma sulla forte preoccupazione da esso suscitata in molte altre.

## Riferimenti bibliografici

J.A. Aguilar e R. Rojas (a cura di), *El republicanismo en Hispanoamérica. Ensayos de historia intelectual y política*, Centro de Investigación y Docencia Económicas / Fondo de Cultura Económica, Città del Messico, 2002, pp. 210-243.

B. Arditì, *El populismo como una periferia interna de la política democrática*, in F. Panizza (2009), pp. 97-132.

L. Bethell, *Brazil: Essays on History and Politics*, Institute of Latin American Studies, Londra, 2018.

A. Borón, *Filosofía política contemporánea. Controversias sobre civilización, imperio y ciudadanía*, Clacso, Buenos Aires, 2003.

J.M. Buchanan, *Rawls on Justice as Fairness*, in *Id.*, *Moral Science and Moral Order*, vol. 17, Liberty Fund, Indianapolis, 2001 (1972), pp. 353-359.

J.M. Buchanan, *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, Liberty Fund / Katz, Montevideo, 2009 (1975).

M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of*

*democracy*, in *Political Studies*, vol. 47, n. 1/1999, pp. 2-16.

M. Canovan, *Populism for political theorists?*, in *Journal of Political Ideologies*, vol. 9, n. 3/2004, pp. 241-252.

C. De la Torre, *The Populist Seduction in Latin America*, Ohio University Press, Athens, 2000.

C. De la Torre, *In the Name of the People: Democratization, Popular Organizations, and Populism in Venezuela, Bolivia, and Ecuador*, in *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, n. 95/2013, pp. 27-48.

R. Dix, *Populism: Authoritarian and Democratic*, in *Latin American Research Review* vol. 20, n. 2/1985, pp. 29-52.

R. Dornbusch e S. Edwards, *Macroeconomic populism in Latin America*, National Bureau of Economic Research Conference Report, working paper n° 2986/1989, University of Chicago Press, Chicago, 1991 ([www.nber.org/papers/w2986.pdf](http://www.nber.org/papers/w2986.pdf)).

A.A. Gallo e L.J. Alston, *Argentina's Abandonment of the Rule of Law and Its Aftermath*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 26, n. 153/2008, pp. 153-181.

R. Gargarella, *Towards a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60*, in *Latin American Research Review*, vol. 39, n. 2/2004, pp. 141-153.

R. Gargarella, *La Teoría de la Justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcellona, 1999.

G.F. Gaus e C. Kukathas, *Handbook of political theory*, Sage, Londra/Thousand Oaks/ Nuova Delhi, 2004.

N. Girona, *Las vueltas del populismo*, in *Pasajes*, n. 46/2014-2015, pp. 4-15.

F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.

G. Hermet, *Populismo y nacionalismo*, in *Araucaria - Revista Iberoamericana*, vol. 1, n. 2/1999, pp. 39-57.

E. Herrán (a cura di), *Filosofía Política Contemporánea*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Città del Messico, 2004.

R.S. Jansen, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, in *Sociological Theory*, vol. 29, n. 2/2011, pp. 75-96 (<https://onlinelibrary.wiley.com/toc/14679558/29/2>).

E. Laclau, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009 (2005).

H. Leis e E. Viola, *El dilema de América del Sur en el siglo XXI: democracia de mercado con Estado de Derecho o populismo*, pubblicato a cura del Centro para la apertura y el desarrollo de América Latina (CADAL) di Buenos Aires, n. 97, 5 maggio 2009 ([https://www.cadal.org/documentos/documento\\_97.pdf](https://www.cadal.org/documentos/documento_97.pdf)).

B. Leoni, *Freedom and the Law*, Indianapolis: Liberty Fund, 1991 (1961), disponibile online ([http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/920/Leoni\\_0124b\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/920/Leoni_0124b_EBk_v6.0.pdf)).

G. Lousteau, *Sociedades mayoritarias o sociedades por consenso: ¿hacia un nuevo contrato social?*, in *The Democracy Papers*, Interamerican Institute for Democracy, Charleston (South Carolina), n. 10/2014, pp. 109-140.

S.L. Mazzuca, *The Rise of Rentier Populism*, in *Journal of Democracy*, vol. 24, n. 2/2013, pp. 108-122.

B. Moffitt, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style and Representation*, Stanford University Press, Stanford (California), 2017.

G. Negretto, *Repensando el republicanismo liberal en*

40. Romero (2010), pp. 107, 203 e 368. Si veda, nella stessa linea argomentativa, Leis e Viola (2009) e Salinas (2012).

41. Orwell (1944).

América Latina. Alberdi y la Constitución de Argentina de 1853, in J.A. Aguilar e L. Rojas (2002), pp. 210-243.

C. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcellona, 1997 (1996).

G. O'Donnell, *Delegative Democracy*, in *Journal of Democracy*, vol. 5, n. 1/1994, pp. 55-69 (versione in spagnolo: <http://www.liderazgos-sxxi.com.ar/bibliografia/Democracia-delegativa.pdf>).

G. O'Donnell, *Why the rule of law matters*, in *Journal of Democracy*, vol. 15, n. 4/2004, pp. 32-46.

M.J. Oakeshott, *Qué es ser conservador*, in *Revista de Estudios Públicos*, n. 11/1983 (1962), pp. 245-270.

G. Orwell, *What is Fascism?*, in *Tribune*, Londra, 1944, [http://orwell.ru/library/articles/As\\_I\\_Please/english/efasc](http://orwell.ru/library/articles/As_I_Please/english/efasc).

F. Panizza, *El populismo como espejo de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

J.D. Perón, *Mensaje al inaugurar el Congreso nacional*, 1948, disponibile online (<http://lanic.utexas.edu/larrp/pm/sample2/argentin/peron/480115t.html>).

E. Peruzzotti, *Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino*, in *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 61, n. 4/1999, pp. 149-172.

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1999.

J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in *The Law Quarterly Review*, vol. 93, n. 2/1977, pp. 198-202.

M. Retamozo e M.B. Morri, *Elogio del populismo (en ciertas circunstancias): notas sobre el kirchnerismo en Argentina*, in *Pasajes*, n. 46/2014-2015, pp. 16-27.

F. Rivas Molina, *La justicia argentina confirma que la muerte del fiscal Alberto Nisman fue un homicidio*, in *El País*, 1° giugno 2018, [https://elpais.com/internacional/2018/06/01/actualidad/1527874230\\_913080.html](https://elpais.com/internacional/2018/06/01/actualidad/1527874230_913080.html).

A. Romero, *La miseria del populismo. Historia y política de Venezuela - Obras selectas*, vol. 2, Equinoccio (Universidad «Simón Bolívar»), Caracas, 2010 (1996).

A. Salinas, *Emancipación y hegemonía populista en Laclau: tensiones y críticas desde el liberalismo*, in Guillermo Lousteau (a cura di), *Sociedades mayoritarias o sociedades por consenso: ¿hacia un nuevo contrato social?*, in *The Democracy Papers*, Interamerican Institute for Democracy, Charleston (South Carolina), n. 10/2014, pp. 109-140.

A. Salinas, *El populismo según Laclau: ¿hegemonía vs. derechos?*, in *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, n. 57/2012, pp. 187-208.

A. Salinas, *Populismo, democracia, capitalismo: la teoría política de Ernesto Laclau*, in *Crítica Contemporánea - Revista*

*de Teoría Política*, n. 1/2011, pp. 168-188 (<http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/4/2015/09/Salinas.pdf>).

H.E. Schamis, *Populism, Socialism, and Democratic Institutions*, in *Journal of Democracy*, vol. 17, n. 4/2006, pp. 20-34.

J.J. Sebreli, *Crítica a las ideas políticas argentinas. Los orígenes de la crisis*, Sudamericana, Buenos Aires, 2011.

O. Tambosi, *Lava-jato de SP flagra outro crimen de Lula*, 26 novembre 2018, <https://otambosi.blogspot.com/2018/11/lava-jato-de-sp-flagra-outro-crime-de.html>.

The Economist, *Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy*, 2018, <http://www.eiu.com/topic/democracy-index>.

Transparency International, *Argentina and the judiciary: subverting the rule of law*, 2013, [www.transparency.org/news/feature/argentina\\_and\\_the\\_judiciary\\_subverting\\_the\\_rule\\_of\\_law](http://www.transparency.org/news/feature/argentina_and_the_judiciary_subverting_the_rule_of_law).

N. Urbinati, *El fenómeno populista*, in *Desarrollo Económico*, vol. 55, n. 215/2015 (2013), pp. 3-20.

R. Vélez Rodríguez, *Diez años de lulopetismo*, Universidad Federal de Juiz de Fora, 2014, [www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/DAL.pdf](http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/DAL.pdf).

C.M. Vilas, *Democracias conflictivas o el alegado resurgimiento populista en la política sudamericana*, in *Cuadernos Americanos*, n. 135/2011, pp. 31-56.

N. Volosin, *¿La Argentina, en el "top ten" de la corrupción mundial?*, in *Infobae*, 16 agosto 2018, [www.infobae.com/opinion/2018/08/16/el-kirchnerismo-en-el-top-ten-de-los-gobiernos-mas-corruptos-de-la-historia/](http://www.infobae.com/opinion/2018/08/16/el-kirchnerismo-en-el-top-ten-de-los-gobiernos-mas-corruptos-de-la-historia/).

J. Waldron, *The Rule of Law*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (edito da), Stanford (California), 2016, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>.

J.-W. Müller, *Populism and Constitutionalism*, in C. Rovira Kaltwasser - P. Taggart - P. Ochoa Espejo - Pierre Ostiguy (a cura di), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 590-606.

World Justice Project, *The Rule of Law Index*, WJP, Washington (D.C.), 2015, [http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/roli\\_2015\\_o.pdf](http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/roli_2015_o.pdf).

I.M. Young, *Teoría política: una visión general*, in R. Goodin e H. Klingemann, *Nuevo manual de ciencia política*, Istmo, Madrid, 2001 (1996), parte VI, cap. 20.

L. Zanatta, *El populismo*, Katz, Buenos Aires, 2014 (traduzione a cura di Federico Villegas).

G.J. Zanotti, *¿Por qué el populismo es tan popular en América Latina?*, in *Políticas y Públicas*, 8 agosto 2014, <http://politicasypublicas.com/por-que-el-populismo-es-tan-popular-en-america-latina>.

## Crisi del costituzionalismo politico e qualche domanda sul futuro dell'Europa

di Biagio de Giovanni

La crisi del costituzionalismo politico colpisce la democrazia rappresentativa e determina il ritorno ad una nozione identitaria di popolo. A questo stato di cose bisogna opporre la grandezza culturale del progetto europeo, per quello che è e per la potenzialità che contiene, lavorando intensamente a una seria Mediazione tra territorialità e cosmopolitismo, tra nazionale e sovra-nazionale.

**1.** Si può stabilire un'equazione che può essere formulata così, con buona probabilità di toccare il nervo centrale degli accadimenti che ci circondano: il populismo irrompe, nelle sue varie forme, quando entra in crisi il costituzionalismo politico che riusciva a integrare il popolo nell'ordinamento giuridico-sociale. Lì è il suo punto di origine attuale. Il saggio di Enrico Scoditti (*Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo), che fa da riferimento essenziale della nostra comune riflessione, può essere sintetizzato da questa proposizione centrale. È dunque in essa che si deve provare a scavare, scegliendo una direzione di analisi. La crisi del costituzionalismo politico nasce e si definisce nelle sue varie forme, legate anche a diverse specificità storiche, quando il popolo non si lascia più costruire all'interno di una dimensione politico-costituzionale, ma, liberandosi da essa, torna in campo con la pretesa di una sua identità originaria, innocente, che tutto fa e tutto disfa, legittimato dal proprio interno, nella propria dimensione etnico-culturale, un'immediata originarietà che dà al suo nome compattezza, omogeneità, senso di un destino, immagine di una sovranità riconquistata. Da qui la rottura del rapporto tra popolo e diritto, che si mostrano come due entità estranee, comunicabili, in grado di mettersi alle spalle il risultato di un'epoca, se l'ordinamento giuridico della storia contemporanea – quella che si distende soprattutto dal secondo dopoguerra in poi – ha segnato, nell'Occidente europeo, la consistenza di una civilizzazione democratica, nascente da una connessione profonda tra politica e ordinamento

giuridico, ed è proprio essa in discussione nella sua radice. Molte sono le vie di analisi che si possono scegliere per contribuire a una riflessione che parta da qui. Quella che a mio avviso si deve evitare è la via guidata da una idealizzazione del passato, dal momento che quel passato non è destinato a tornare, e ogni tentativo di farlo tornare attuale, nella riflessione o nell'iniziativa politica, è destinato a rinfocolare e rafforzare proprio quell'idea di popolo che si vuol contestare e combattere.

**2.** Che il costituzionalismo democratico dei tempi appena trascorsi non possa tornare attuale, nella forma che abbiamo conosciuto e vissuto, è proprio la forza del populismo, la ragione principale della sua diffusione, per cui se dovessimo battere su quella possibilità per ricostruire, muovendo da lì, un ordine rinnovato, non faremmo altro che rimotivare il populismo, dargli una forza di resistenza forse superiore a tutto quello che dal punto di vista indicato gli si può opporre. Per dirla ancora più in breve: non gli possiamo opporre ciò che è stato, o meglio l'idealizzazione di ciò che è stato, senza correre il rischio di una reazione ancora più violenta, non in pagine scritte, ma nascente da un rancore profondo e mobilitante verso il mondo di ieri. E dico questo, spostando l'accento al riferimento a una violenza in atto, perché l'era emergente del populismo ha con sé la forza di chi nega le distinzioni, e la sua reazione, verso il mondo che fu, è intrisa di violenza, di linguaggio della violenza, non ha dalla sua l'interesse all'argomentazio-



ne, ma ad ogni parola riflessiva oppone il suo nuovo lessico fatto di irrisione, perentorietà, distruzione del linguaggio del nemico, e poi magari annientamento del nemico come tale, sommergere sotto i suoi colpi la vecchia ragion politica. Proprio la ragione che voleva distendere la sua ala sul nuovo mondo in formazione. Si è rotto il rapporto tra quella ragione e il mondo, sia nel contrasto direttamente politico sia nello sforzo di fondare culturalmente la ragion politica. Bisogna trovare una via d'uscita che non può ripetere il passato, anche perché tutto ciò che finisce ha qualche ragione per finire, fine, dunque, che può esser legata allo scioglimento di una mediazione ed a una nuova forma di contrapposizione tra i suoi termini.

**3.** Due veloci esempi europei per provare a specificare questa linea di analisi. Gli esempi provengono da due filosofi, Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Il primo, ricordato anche nel saggio di Scoditti, provò per un lungo periodo a legittimare la democrazia sovranazionale europea con la celebre formula del “patriottismo costituzionale”, che voleva indicare nella costituzione materiale post-nazionale europea la nuova fonte di legittimazione in grado di ridar respiro e forma allo spazio europeo, tenendo a bada, se così si può dire, il possibile ritorno del vecchio coacervo nazionalista. Che però è tornato, e Habermas è stato costretto a ripensare il suo principio in una direzione che qui non si può approfondire, ma che ha tutto l'aspetto di una ritirata verso formule più evasive. Jacques Derrida, dal canto suo, nel 1992, dinanzi a quella che apparve come la riunificazione del continente Europa, scrisse di un ritorno dei tre principii fondativi di Europa: Atene, Roma, Gerusalemme, tre capitali che nel loro insieme e nella loro diversità avrebbero dovuto sintetizzare lo spirito della nuova Europa finalmente unita. Guardiamoci intorno e giudichiamo. In fondo, viviamo tra le macerie tronche e slogate di quei tre principii. Che cosa formavano i pensieri di queste filosofie? Un tentativo di alta pedagogia che, nel costituirsi delle nuove frontiere, ne intendeva fornire e delimitare il significato mentale, spirituale, richiamando radici e lavorando a nuove forme di legittimazione che le comprendesse. Quei tre principii indicavano la forma di un possibile ritorno dell'Europa-mondo, di una Europa accogliente e riflessiva, e val la pena di ricordare un passo di Derrida: «dobbiamo fare i guardiani di una idea di Europa che consiste per l'appunto nel non rinchiudersi sulla propria identità e nel farsi avanti esemplarmente verso ciò che essa non è, verso l'altro capo o il capo dell'altro ... nel cercare di inventare un altro gesto, un lungo gesto davvero, che presupponga la memoria proprio per conferire l'identità a partire dall'alterità». Tutto in rovina, oggi.

**4.** Tutto, o quasi, può essere attribuito alla crisi del costituzionalismo politico nel senso prima definito. Alla sua capacità di sintesi dei contrari. Si sciogliono quei contrari che tenevano insieme la democrazia politica e la vivevano come democrazia rappresentativa o liberale. Nel cuore del XX secolo si era riusciti a costruire una ragion politica, quella che Scoditti sintetizza con grande efficacia nell'idea di un “popolo” costruito attraverso la sintesi tra politica e diritto, nell'equilibrio raggiunto tra potere costituente e potere costituito, o se si preferisce tra Vita e Forma, il tema che era stato vissuto drammaticamente nella prima metà di quel medesimo secolo. Perché i contrari, non più capaci di Mediazione, si sono sciolti? Se non muoviamo dal tentativo di rispondere a questa domanda, non risulterebbe argomentato ciò che ho detto all'inizio, inutile immaginare un ritorno al passato. La questione è estremamente intricata e si può solo tentare di scoprirne qualche elemento, sempre col rischio che, risolto un interrogativo, ne sorgano altri sgorganti dalla medesima risposta all'interrogativo proposto.

**5.** La crisi del costituzionalismo politico è dovuta alla rottura del rapporto esclusivo tra Stato-nazione e democrazia politica: questo è l'orizzonte d'insieme che contiene il tema. L'impossibilità di mantenere quel nesso esclusivo, consolidatosi in Europa in una storia lontana, fu dovuto all'espansione accelerata dei confini del mondo soprattutto a partire dal 1989, data periodizzante, essendo la data che segnò la fine del 1917, l'anno che ha condizionato l'intera storia del Novecento. E su questo non aggiungo altro. Si assisté all'allargamento dei confini, sempre più in là, furono gli anni in cui, non per caso, si programmò l'unificazione dell'Europa, di quella Europa che, secondo Derrida, doveva anche guardare fuori di se stessa, conquistando una nuova centralità nel mondo. Lo sforzo fu di unificare tutto quanto più possibile verso l'alto. Gli elementi dell'unificazione erano quelli dati, che andavano espansi. L'Europa volle chiamarsi “potenza civile” nuovo modello di integrazione per il mondo. Ma mentre era possibile, non dico facile, e tutt'altro che compiuto, portare verso l'alto la Forma, comprendendo in questa espressione istituzioni di varia natura, dal mercato, che diventava comune, alle istituzioni politiche sovranazionali (la Commissione, anzitutto), al Parlamento europeo, non ugualmente facile era comprendere, in questo trasporto verso l'alto, la Vita, o se si può dir così, il “popolo”. Si è delineata una contraddizione all'interno di un grandioso laboratorio istituzionale.

**6.** Si interrompeva un legame consolidato che aveva prodotto sia realtà sia pensiero, si incrinava

il costituzionalismo politico. Si percepiva, voglio aggiungere, l'impossibilità di continuarlo così com'era, nello spazio dell'integrazione, e si creava un vuoto entro il quale ritornavano attuali i rapporti di forza tra gli Stati. So di rappresentare così una vicenda complicata con grande semplificazione, ma forse nella sua rete resta l'essenziale, o almeno a me così pare. Da quel momento, e lungo qualche decennio, si è andato rompendo il circolo virtuoso tra politica e diritto, e il "popolo" ha incominciato a precipitare nell'immediato. Il Parlamento europeo non riusciva a esercitare il ruolo di polo democratico unificante. Non entro qui nella rappresentazione di situazioni più determinate, come pure sarebbe interessante fare, e mi riferisco a quanto abbia pesato, nel delineare gli effetti indicati, soprattutto dopo l'unificazione della Germania, l'ampliarsi delle distanze politiche e soprattutto economiche tra le forze dei vari Stati-membri. Ma il dato unificante è quello indicato, che mostra il vuoto che si apriva davanti a categorie di comprensione consolidate. Il colpo decisivo veniva dato alla democrazia rappresentativa, giacché proprio questo effetto si disegnava come il più evidente. L'alto e il basso si andavano dividendo. Non solo in Europa, in tutto il mondo occidentale, soprattutto a partire dalla crisi del 2008, e dire questo (che resterà quasi un inciso) sta a mostrare la straordinaria ampiezza e profondità del fenomeno, scandito nelle diverse situazioni in modo diverso, naturalmente. L'Occidente, nel mondo nel frattempo diventato globale, non era più il centro di tutto, gli effetti erano patenti, esso si guardava smarrito dentro di sé. Un effetto diffuso è nell'estendersi progressivo e sotto i colpi della crisi economica del 2007, del campo delle democrazie illiberali, quelle fondate, per dirla in breve, sull'omogeneità di un popolo originario.

**7.** Il rapporto tra politica e diritto è al cuore del saggio di Scoditti. Il patriottismo costituzionale di Habermas aveva tradotto in forma nobile e "costituzionale" il principio più prosaico del primato del diritto comunitario, che intanto scardinava il sistema tradizionale delle fonti del diritto: il potere legislativo nazionale perdeva la sua centralità. Si delineava lo scontro-incontro fra tre poteri, quello concentrato nel diritto dell'Unione, e più in generale nella costituzione materiale dell'Unione, quello afferente al potere costituzionale nazionale, quello proprio del potere legislativo di ogni Stato, con varie Corti destinate a sovrintendere ai vari grovigli che si potevano delineare in questa situazione. La sensazione che si è potuto avere in basso è che la moltiplicazione delle protezioni non andasse a vantaggio della certezza del diritto, che l'incrinatura delle frontiere giuridiche diluise, invece

di estendere, la protezione dei diritti, soprattutto dei diritti sociali acquisiti, quelli che avevano contribuito in modo si può dire decisivo alla costruzione giuridica di un popolo, per dirla proprio con espressioni di Enrico Scoditti. Come in tutti i periodi di transizione, quando il vecchio muore e il nuovo non riesce a nascere, si creano reazioni anche regressive e fenomeni morbosi.

**8.** Frontiere giuridiche incrinata, ma non solo quelle. Frontiere mentali, geografiche, spaziali. Nel momento in cui tutto si apre, ma nella permanente incertezza delle frontiere comuni, per reazione tutto tende a chiudersi su se stesso, come una sorta di atto di difesa. Se si chiude tutto si è più sicuri, si può tornare a gustare il sapore della propria terra. Ma con un particolare di non poco conto rispetto al passato, che chiudendosi nel proprio recinto non si trova più l'insieme delle relazioni consolidate nel passato, si trova uno spazio più vuoto perché le mediazioni nel frattempo stanno provando a spostarsi verso l'alto. Il popolo si sente solo, ma proprio per questo anche padrone di sé e della realtà che lo circonda. Da qui nasce lo schifo per le élites che, nella sua immaginazione, lo avevano, a un certo punto, trascinato in un mondo non suo, dove non si ritrovava, dove non ritrovava il ben noto sapore della vita, insomma lo avevano tradito, meritano ora la gogna più che fondata verso color che fanno. Il "popolo" solo, immediato, identitario, che prima ascoltava il linguaggio degli altri, giacché, bene o male, ne avvertiva il potenziale di civilizzazione che esso possedeva, ora non più, ora deve parlare con la propria lingua, che non può essere che semplice, assertiva, violenta, irridente, una lingua che deve inferire sui nemici che il popolo crede di star vincendo.

**9.** Esso non sa, però, che sta per affacciarsi su un abisso, forte però della crisi profonda del mondo nel quale era stato sottoposto a un forte e immamente processo di civilizzazione. Qui la sua ragione di vita, qui la ragione del suo ritrovarsi nel proprio recinto, chiudendo a chiave le frontiere, finalmente sicuri, chiudo i porti, costruisco i muri, isolo i migranti, sono sovrano, spendo come voglio, che di meglio? Infine farò un cenno al caso italiano, ma non ci accorgiamo che la sintesi velocemente disegnata racconta uno stato d'animo che attraversa una parte assai larga dell'Occidente? Ormai sulle due rive dell'Atlantico? Che ha toccato perfino l'Inghilterra di Westminster, la quale decide del suo destino con un atto semplice e immediato di democrazia diretta? E che Trump si gioca molto, proprio molto, sulla costruzione del muro con il Messico? Di sicu-

ro una via di analisi che consente di afferrare l'orizzonte complessivo dove tutto ciò sta accadendo, è la crisi dell'Occidente come *ex-centro* del mondo, l'Occidente che ha "inventato" la globalizzazione e ora ne subisce i contraccolpi. Rileggere Spengler con gli occhi di oggi, qualche spunto si trova tra le nuvole di un pensiero mitico.

**10.** Ma torniamo all'Europa. Si può creare un corto circuito tra il popolo immediato e un vuoto che si spalanca sotto i suoi piedi. Si tratta di analizzare alcuni passaggi e poi l'insieme che si disegna. Intanto, il contrasto tra la dimensione "materiale" e tutto ciò che ne resta fuori, e non trovo una parola sola per rappresentarlo. Il popolo immediato è materialista volgare, vive così la sua immediatezza, la chiusura fisica delle frontiere ne è un simbolo, come un simbolo ne è il razzismo strisciante e la xenofobia conclamata, ma a un tempo quello stesso popolo immediato vive in connessione più o meno virtuale con il mondo. Prima di ogni analisi, questa cosa sta a indicare che l'immediatezza identitaria è contraddetta in se stessa dalle modalità per le quali il mondo oggi si chiama "mondo" ed entra nella vita d'ognuno. Insomma, non lo puoi togliere, il mondo virtuale-reale, il che indica, in massima sintesi, che, per quanto sicuro nel tuo recinto, il mondo continua a fibrillare all'esterno, e ti penetra, lo si voglia o no. Si sentirebbe il bisogno di una Mediazione, cercare di mettere insieme le cose, ma è proprio la Mediazione che traballa, si è visto, e il popolo identitario non la vuole, rifiuta ogni elemento che voglia allontanarlo da una separata dimensione etnico-culturale, una situazione che descrive l'immagine della sua immediatezza pre-giuridica. Ha ragione Scoditti che parla di un'idea di riscatto sociale immanente al "popolo" come tale. Esso si forma e si inventa in questo immediato, intorno però non c'è più niente che lo formi, che lo faccia muovere nelle complesse mediazioni che ci sono, ma che lui vede come vincoli esterni, nemici e arbitrari, l'egemonia delle banche, della finanza, della burocrazia, della tecnocrazia globalizzata, dei poteri forti, espressione, quest'ultima, che apre ogni porta e ottunde l'intelligenza.

**11.** Se fosse localizzato in un punto del mondo, il populismo sovranista sarebbe un fenomeno da analizzare come una curiosità, con una lente particolarmente capace di ingrandire, che ti mostrerebbe un brulichio inconsulto sotto l'egida di un insetto più grande degli altri, ma il fatto è che locale non è, tutt'altro, sta dappertutto, e manifesta da noi un formidabile elemento di disgregazione dell'Europa integranda, che potrebbe ridursi a un pulviscolo di

Stati senza un centro capace di governo. Giacché se prevale il principio che ognuno basta a se stesso, è facile immaginare la conseguenza: ogni sovranismo diventa nemico dell'altro, rinnovandosi, in una situazione tutta diversa, quanto avvenne negli anni della Grande Trasformazione, allorché, tra 800 e 900, al già tendenziale cosmopolitismo dell'economia e del commercio, si contrappose l'arcigno potere degli Stati-nazione. Allora la conseguenza fu la guerra. Pagine fondamentali su questo tema nei *Quaderni* di Antonio Gramsci.

**12.** In Europa e in Italia, lo dicevo citando Scoditti, tutto il fenomeno prende forma dalla crisi del costituzionalismo politico. Ora bisogna lavorare un po' sulle categorie. Per costituzionalismo politico, val la pena di ribadirlo, si intende il costituzionalismo capace di interiorizzare la dimensione sociale, di avviare un processo di civilizzazione, di addomesticamento dell'aggressività, di esercitarsi nella capacità di far sì che il popolo sia costruito dalla politica e non ne sia un presupposto immediato e identitario, con gli effetti brevemente indicati. Una sintesi tra calore identitario e freddezza dell'ordinamento giuridico, utilizzo letteralmente espressioni contenute nel saggio di Scoditti che pone al centro di questo processo di civilizzazione i partiti del 900 e, in esso, le Costituzioni italiana e tedesca. Non si tratta, mi pare, di nessuna idealizzazione, ma della rappresentazione del dato che prevalse e intorno al quale si svolse la storia della modernizzazione italiana ed europea, con tutte le specificità significative, che lasciamo da parte.

La conclusione è segnalata così: capacità, in questa fase storica della politica, di mediare tra questione sociale e questione identitaria, riuscendo a incorporare il popolo nel diritto attraverso la costruzione di un indirizzo politico, a voler fare un riferimento più teorico, elaborando il concetto di "costituzione materiale" inventato da Costantino Mortati. La crisi giunge quando la politica perde la capacità di formare il popolo. Quando si giunge a questo, il popolo pretende di formarsi da sé, nel chiuso della propria identità etnico-culturale, immaginando così il pieno recupero della sua sovranità. Ecco il nodo di oggi. Non è bastato l'ordinamento comunitario «come fattore di mitigazione del principio di identità». Anzi. È avvenuto il contrario, aggiungo, è la sua necessaria avanzata, dopo il 1989, ad aver progressivamente separato il popolo dall'ordinamento, dopo ondeggiamenti vari, che producevano differenti effetti politici, complice alla fine la grande crisi del 2008. Ora questa separazione è accaduta. Limiti ed errori di un grande laboratorio? Non azzardo sinteticamente nessun giudizio. La trasformazione della storia d'Europa è un compito immenso.

**13.** Ora il problema, carico di una sua drammaticità, si può formulare nel modo seguente: poiché credo che nessuno pensi di poter ricostituire le dominanti che hanno permesso al costituzionalismo politico di governare, con i caratteri indicati, le società democratico-costituzionali, da dove ripartire per opporre al populismo dilagante una risposta capace di combatterlo? Non ho l'ambizione di rispondere a questa domanda, eppure bisogna provare a mostrare le ragioni del seguente intreccio perverso: tra le ragioni del populismo, quelle che ci fanno capire perché dilaga, e la tragica regressività delle sue risposte. È su questo che vorrei concentrare la parte conclusiva di questa riflessione. L'orizzonte generale è dato dalla prima grande crisi politica del mondo globale che si è riversata sull'Occidente, come accennavo poco prima, facendo emergere, come sua contropartita, l'inedita durezza di principi identitari, le piccole o grandi patrie contro l'omologazione. Tema su cui si sono realizzate esperienze politiche che su questo hanno vinto, nonché ampia letteratura tutt'altro che priva di ambiguità. Ma abbandono subito questo gran tema di cornice per tornare su Europa, e sulle ragioni di ciò che sta avvenendo sotto i nostri occhi e nella nostra Italia. Provo a disegnare solo i titoli dei problemi che mi pare emergano.

**14. I.** In una fase di grande trasformazione, si è verificata una progressiva delegittimazione della democrazia politico-rappresentativa, propria degli Stati nazionali, un nodo che si apre nascostamente dopo il 1989, quando la Comunità diventa Unione e lascia immaginare il veloce sviluppo di una democrazia sovranazionale. Questa, però, dopo primi momenti entusiasmanti, unificazione, moneta unica e spazio di libertà-sicurezza, quando si credette in un cosmopolitismo dilagante, in una globalizzazione *soft*, non compì decisivi progressi, e si avviò la delegittimazione che si accelerò dopo la crisi del 2007.

**II.** Si delinea esplicitamente la difficoltà di passare dalla democrazia interna allo Stato a un livello superiore, ultrastratale e ultranazionale. Autorevoli analisti si domandano, ma è possibile, o quali trasformazioni dovrà subire il concetto stesso di democrazia in questa transizione?

**III.** I costituzionalisti, nella loro maggioranza, avvertono la crisi del costituzionalismo politico, capace di indirizzo politico e di integrazione del popolo nel diritto. Questa crisi è in grado di oscurare e di svalutare gli sviluppi degli ordinamenti sovranazionali, e delle politiche di integrazione, a cominciare dalla moneta unica, la quale, peraltro, creando unione solo monetaria, sembra dividere l'unità della sovranità, dividendone i livelli di applicazione.

**IV.** C'è come una discrasia nei tempi, nel senso che l'aspetto critico si manifesta con più chiarezza e velocità di quello integrante. Questa affermazione è di tutta evidenza, altro è percepire la crisi del vecchio assetto anche redistributivo, altro è intuire e apprezzare un processo in corso che vuol fare da antidoto a quella crisi mettendo in campo altri parametri che si possono avvertire lontani e dettati dall'alto.

**V.** In questo stato di cose, si può verificare il seguente incredibile paradosso: che il populismo sovranista possa passare come un sia pur eterodosso "erede" del costituzionalismo politico di fronte a un processo di integrazione che, spostando oltre i confini dello Stato l'indirizzo politico, sembra farlo disperdere in un vuoto, fuori controllo democratico. Vero paradosso, dal momento che ben sappiamo le ragioni della totale lontananza, ed estraneità, tra populismo e costituzionalismo. E il saggio di Scoditti su questo dice l'essenziale.

**VI.** Queste alcune ragioni, sommariamente indicate, del dilagare del populismo sovranista in Europa. Ma il carattere drammaticamente regressivo delle sue risposte, concentrate in una pretesa di sovranità in cui "ognuno basta a se stesso", apre un abisso con conseguente futura prospettiva di affondamento dell'Europa.

**VII.** La battaglia sarà assai dura, ma è necessario combatterla con ogni energia. La vittoria del sovranismo dell'ognuno basta a se stesso implica la totale emarginazione dell'Europa dal contesto globale. Se il mondo va in mille pezzi, in campo resteranno solo i grandi Stati multinazionali e il tema globale sarà l'equilibrio e la lotta tra America e Cina, con il contorno di Russia, di India e pochi altri. America Cina Russia, il nuovo triangolo di ferro, come è stato chiamato. L'illusione isolazionista, avanzante in Europa, che dovrebbe garantire più sovranità, farebbe definitivamente cadere la sovranità nel nulla. Gli Stati europei diventerebbero ancelle del mondo. Leggere la lezione di Mario Draghi all'Università di Bologna.

**VII.** Battaglia difficile per le ragioni dette, ma è la più grande battaglia culturale del secolo che si apre, anche perché il destino di Europa può ancora condizionare la storia del mondo. Sottolineo l'aggettivo che ho usato, culturale, perché non basterà opporre politica a politica. Battaglia culturale significa far percepire l'arretramento di civiltà presente nella "cultura" dei populistici. Dato l'intreccio profondo e moderno tra politica e vita, l'interiorizzazione del populismo tende a trasformarsi in un tragico arretramento antropologico, in una società fatta di «individui titolari di pretese» (Scoditti), ognuno chiuso nel proprio confine

personale, come, in grande, fa la società in cui questo individuo vive. A questo stato di cose non si deve opporre un ecumenismo di facciata, un cosmopolitismo carico di astrattezza, un puro richiamo umanitario, anche se queste parole, umanità, umanesimo, stanno tornando a diventare necessarie nel contesto in cui viviamo. Bisogna costruire e opporre la grandezza culturale del progetto europeo, per quello che è e per la potenzialità che contiene. L'Europa che c'è, e quella che ci dovrà essere.

**VIII.** Il compito che sta davanti a chi si oppone al populismo è lavorare intensamente a una seria Mediazione (uso il carattere maiuscolo) tra territorialità e cosmopolitismo, tra nazionale e sovra-nazionale, dando a queste due parole tutto il peso che possono avere se sollevate, la prima, dalla chiusura sovranista, la seconda da una idea di globalizzazione priva di ogni interna dimensione normativa. Esistono già elementi per muoversi nella sintesi delle due direzioni. Questa sarà la lunga lotta del XXI secolo, qualcosa destinato a segnare un destino. Dire di più, in modo determinato, in questa sede, non sarebbe possibile. Il compito delle élites cosmopolite ed europee è di tornare in campo non con spirito difensivo e impaurito, ma con una consapevolezza anche autocritica capace di una nuova visione. Dall'alto del grande laboratorio politico che già esiste e che si è inceppato. Dall'alto dell'Europa che c'è, mercato comune, libera circolazione, generazioni di giovani che si incontrano, moneta unica che con i suoi limiti da rivedere garantisce da una inflazione selvaggia la quale pone le economie

alla mercé della speculazione internazionale, frontiere comuni e accoglienti e unità politica e di difesa in un mondo dove i grandi contrasti disegnano un orizzonte di scontro dal quale nulla può più essere escluso. O questo, o l'affondamento e l'emarginazione. Tutto deve tendere a una rinnovata legittimazione democratica del processo di integrazione. Non c'è vera alternativa.

**15.** Un cenno solo all'Italia. Essa ormai è la capofila del moto populista europeo, non solo per l'importanza che riveste come nazione fondatrice, ma per una ragione che è schiettamente politica. È l'unica nazione europea dove sono al governo due forze populiste con programmi opposti, ma che si ritrovano insieme perché fatti della stessa pasta storico-politica, perché unite dalla medesima idea di "popolo". Il segnale è dirompente. Come spesso è avvenuto nella storia d'Europa, l'Italia presenta il carattere di laboratorio, nel Novecento ha inventato il fascismo, da allora categoria storica universalizzata. Ora ha inventato la cosa seguente: i populistici, di qualunque origine, possono e devono stare insieme al Governo di un Paese. La loro aderenza alla situazione è tale da non consentire differenze e vere lotte interne. Un segnale, e forse qualcosa di più. Una indicazione che potrebbe avere un seguito altrove, costituire il nucleo di una ipotesi. Non vorrei aggiungere altro. Questo piccolo scritto testimonia anche di uno stato d'animo. Non so se sono riuscito a tradurlo, almeno in parte, in riflessione.

## Per un concetto politico di popolo

di Mario Tronti

Il concetto di popolo, può avere un significato neutro (popolazione, gente) e un significato specifico, politico. Esso designa una base prepolitica, che può diventare o politica o antipolitica. L'epoca del capitalismo industriale ha conosciuto un popolo strutturato, organizzato, politicizzato, ma poi gli spiriti animali hanno riconquistato dominio politico ed egemonia culturale, stravolgendo il rapporto sociale. Forse oggi solo politica e diritto insieme possono intestarsi il compito operativo di rifare un popolo e rifare la società.

Ho trovato l'Introduzione di Enrico Scoditti al tema *Populismo e diritto* (in questo fascicolo) molto pertinente rispetto alla congiuntura politica che sta vivendo il Paese. È opportuno che pensatori del diritto e pensatori della politica uniscano le loro voci per sbrogliare una matassa che si è notevolmente aggrovigliata riguardo al rapporto tra istituzioni e società. Veniamo da decenni di confuso andamento oggettivo del passaggio tra fantomatiche Repubbliche non pensate giuridicamente e politicamente. La reazione antinovecentesca non si è dimostrata all'altezza dei grandi temi che la scienza giuridica e la teoria politica avevano sollevato dentro la tragica storia di quel secolo. Non si trattava di ripeterli, quei temi, però, sì, di riprenderli, aggiornarli, adattarli e riformularli. Si è creduto si fosse passati ad un'altra forma di Stato e di società, mentre quelle stesse forme avevano solo mutato aspetto e non sostanza. Sono convinto che, accanto agli importanti dati strutturali sicuramente intervenuti, una delle cause dell'attuale degrado della vita pubblica, e conseguentemente del dibattito pubblico, sia da ricercarsi in una caduta di culture, che non hanno più posseduto, e quindi controllato, il corso dei processi reali, non tanto perché, questi, fossero profondamente mutati quanto perché si erano tremendamente accelerati. Adesso è giunta l'ora che la nottola di Minerva del pensiero arrivi, in tarda sera, a pronunciare il suo *Gericht*. Non basterà certo per cambiare l'andamento delle cose. Ci vuole, accanto, indispensabile, un'iniziativa pratica di raccolta delle forze in grado di imporre la svolta.

Scrivono Scoditti, quasi a premessa del suo discorso: «È di tutta evidenza il nesso fra popolo e democrazia, meno evidente è quello fra popolo e diritto, come dimostra la dialettica fra democrazia e costituzionalismo che si è sviluppata nel corso del Novecento». Nella congiuntura presente, c'è purtroppo da osservare che non è neppure più così evidente il nesso tra popolo e democrazia. E questo perché ambedue i poli del rapporto hanno subito una deriva, appunto non posseduta intellettualmente e controllata politicamente. È un dato materiale della situazione presente. E l'anomalia italiana interviene ad aggravare, sottolineandola, una condizione, che è europea e occidentale. Voglio parlare qui, e credo mi si chiedi di parlare qui, più che di populismo e diritto, di popolo e politica. Del resto costituzionalismo politico e costituzionalismo giuridico hanno da porsi a questo punto la domanda del perché e come nella democrazia realizzata di oggi si sia così gravemente guastato il rapporto fra politica e popolo.

Anche su questo argomento, come su tanti altri, è opportuno sbarazzarsi del dogma progressista del "tutto è nuovo". Sull'irruzione nel discorso pubblico e nella pratica politica del termine populismo si è prodotta una chiacchiera mediatica di proporzioni tali da confondere forse irrimediabilmente una considerazione seria sul termine popolo. È da qui allora che bisogna ripartire. Populismo ha una contingenza politica precisa, sia nelle esperienze ben determinate di fine Ottocento negli Stati Uniti e in Russia, sia in quelle novecentesche latino-americane. Questa sorta

di odierno neopopulismo ripete qualcosa senza sapere niente della cosa stessa. La prova è che se il paleopopulismo si esprimeva in un progetto, il neopopulismo si rappresenta in una pulsione. Ma questo carattere dei comportamenti irrazionali di massa è un tema che già il Novecento aveva tragicamente posto all'attenzione del pensare e dell'agire politico. E avviene che la sua attuale ripetizione farsesca è paradossalmente più difficile da comprendere e da contrastare, perché ti viene il dubbio se sia il caso di prenderla sul serio o di lasciarla andare aspettando che passi la notte: sempre domandando alla sentinella a che punto siamo della notte. Meglio allora è tornare a ragionare sulla radice del problema, quel termine-concetto storico di popolo, che nella sua lunga durata ha depositato prassi e teoria di grande livello.

Le incarnazioni dello spirito di popolo sono state tante e non riconducibili ad unità.

Il *demos* dei greci non è il *populus* dei romani. Il *we the people* degli americani non è la sovranità che appartiene al popolo degli europei. La radice ci conferma che popolo può avere un significato neutro, popolazione, gente e un significato specifico, politico. Per questo Weber considerava il termine inservibile per un'indagine realmente seria. E Sartori lo considerava equivoco perfino per una teoria della democrazia. È che popolo designa di fatto una base prepolitica, che può diventare o politica o antipolitica. Lo possiamo vedere oggi forse meglio che nel passato. Perché vediamo qui e ora ripetersi – a dispetto di tutti i nuovismi – ben note dinamiche novecentesche: non tanto offerta populista quanto domanda demagogico-antipolitica. È la richiesta di una funzione simbolica del capo, che attraverso una legittimazione plebiscitaria, si faccia carico dei bisogni reali, con una delega di potere anche al di fuori o addirittura al di sopra delle leggi. È qui, secondo me, che si incrocia, insieme a populismo e diritto, antipolitica e istituzioni. Weber non ha fatto in tempo a vedere la realizzazione del potere carismatico in potere totalitario. E ha visto meglio quello che ci serve di vedere per l'oggi. Ogni democrazia – diceva – porta in corpo una inclinazione plebiscitaria. In fondo, dopo la fine della prima Repubblica e con le squallide vicende pubbliche che ne sono seguite, abbiamo vissuto l'inconscio collettivo di una situazione quasi weimariana: senza i grandi protagonisti politici e culturali di quella stagione. Anticorpi sociali resistenti hanno impedito e impediscono una soluzione autoritaria. Quell'inclinazione della democrazia all'antipolitica riesce benissimo ad esprimersi in forme trasformative interne, senza la necessità di superamenti istituzionali. Non a caso sono falliti tutti i tentativi di riforme costituzionali. Basta una pratica quotidiana di disintermediazione tecnologicamente armata di un direttismo democratico – niente a

che vedere con la democrazia diretta – orientato dai mezzi sempre più alienanti della comunicazione di massa.

Contingenza e storia raramente coincidono dando luogo a uno stato d'eccezione. Non è questo il caso che ci è dato di sperimentare. Oggi il contingente è a-storico. E quindi impolitico. E allora qui c'è una difficoltà della pratica che solo il pensiero può tentare di superare. Non è l'inservibilità, o l'equivocità, del concetto di popolo che conviene sottolineare. È piuttosto questa sua ambiguità, che si tratta di assumere. Del resto, tutta la modernità ha avuto a che fare con questo Giano bifronte. Già Hobbes distingueva tra popolazione e popolo, tra un certo numero di uomini che vivono in un territorio geografico e l'aggregato politico portatore di sovranità. Questa distinzione si è poi stabilizzata e trasformata in popolo-nazione e popolo società, in concetto politico e concetto sociale di popolo. La forma borghese della società capitalistica ha compiuto con intelligenza questa operazione. Sono idee personali, ma non ne ho altre da mettere a disposizione. Io vedo un popolo prima della classe, un popolo con la classe e un popolo dopo la classe. Abbiamo ora a che fare con quest'ultima specie di popolo. C'è un *populus aeternus*, che ci interessa poco per quello che abbiamo da fare qui adesso. Ci ha interessato quel popolo che, non il capitalismo in generale, ma lo specifico del capitalismo industriale, ha messo in forma di classe. Lì abbiamo avuto un popolo strutturato, organizzato, un reale sociale politicizzato, agente nella lotta di classe, come masse in movimento al seguito di un'aristocrazia sociale e di una élite politica. È stato il tempo in cui il popolo ha tenuto in forma un rapporto di società contro gli spiriti animali della produzione, del mercato e del consumo che tendevano a dissolverlo.

Quando questi spiriti animali hanno riconquistato dominio politico ed egemonia culturale, tra l'altro a livello globale, e non più solamente nazionale, lì la storia contemporanea ha girato su sé stessa, con una narrazione ideologica a suo modo geniale, con un pre-moderno presentato come postmoderno. Ha ragione Scoditti: a quel punto, si è dissolto il moderno equilibrio tra diritto e popolo, mediato dalla politica. Quella mediazione si svolgeva a due livelli, dall'alto attraverso lo Stato, dal basso attraverso il partito. Sono più che convinto di questa osservazione: «la compenetrazione del calore sociale e identitario con la freddezza del Giuridico, pura tecnica di limitazione del potere, si è realizzata grazie alla politica». È questa la ragione di fondo per cui l'intelligenza di sistema, a difesa del proprio interesse di parte, ha speso gli ultimi decenni in un lavoro quotidiano di delegittimazione della politica. E senza abbandonare la tradizionale presa di possesso sulla macchina statale, ha puntato a smontare la rappresentanza politica dell'interesse di

parte opposto. L'antipolitica di sistema è andata con sicurezza a colpire lo specifico politico realizzato nella forma-partito. E siccome, giustamente, «il partito politico del Novecento europeo, elaboratore decisivo di indirizzi politici, ha rappresentato il punto di arrivo della moderna nozione di Politico, da Hobbes in poi ...», è venuta così a cadere una delle leve di quel processo di civilizzazione, di cui ha parlato Norbert Elias. È corretto allora parlare di imbarbarimento del rapporto sociale. Ma bisogna coglierne, per combatterli, i modi inediti attraverso cui l'operazione tentata è poi riuscita. Questi modi sono due, contemporanei e complementari: una plebeizzazione di popolo e una volgarizzazione di élite. Sarebbe un evento da definire tragico se noi, figli del Novecento, non conoscessimo ben altre altezze, o bassezze, del tragico nella storia. Si tratta in realtà di un passaggio drammatico, con dominanti moventi farseschi.

Oggi, un popolo senza riferimento di classe produce un rapporto sociale senza forma. Quando si è detto: non esiste la società, esiste l'individuo, si è pronunciata una massima di verità, che definisce il presente. Ma così l'individualismo non si personifica, si massifica. E il rapporto sociale scompare, non perché non esiste, ma perché viene stravolto in qualcosa che non lo fa più riconoscere. Anzi, lo fa addirittura contestare. Contribuisce alla radicalità del fenomeno la tecnologia post-umana della comunicazione virtuale. Oggi il *bellum omnium contra omnes* si è trasferito nella palestra recitativa del web.

Il *bellum civile* va allora ritradotto, riformulato, e così riportato alla materialità della condizione umana. L'individuo va ripensato come persona. Tutt'altro che allontanarsi dai reali bisogni quotidiani del singolo, del suo assetto familiare, della sua appartenenza territoriale, occorre riavvicinare la politica a questi luoghi, tenendo conto dei loro tempi. Lo stesso diritto dovrebbe riformulare in questo senso la sua materia. Tra l'attuale dominante globalizzazione, non solo della storia, ma della cronaca, da un lato e, dall'altro la nuda vita delle persone, una volta si diceva in carne e ossa, e ancora meglio si diceva degli uomini e delle donne semplici, va colmata una distanza alienante che produce soltanto insicurezza, rabbia, paura. Solo, forse, politica e diritto insieme possono intestarsi questo compito operativo, che io chiamerei redentivo. È la via per rifare società, rifare popolo. Ri-fare perché il fatto che c'è, l'attuale falsamente eterno presente, è la negazione dell'una e dell'altro. Questo non avverrà se non si riordina il conflitto. Non si dà al momento la tradizionale contrapposizione di ordine e conflitto. In una società divisa è il conflitto che mette in ordine. Conflitto vero, sociale e politico, tra visioni e azioni e passioni alternative. Nella società di tutti, un nuovo popolo deve farsi parte. Quanto di lavoro giuridico e di lavoro politico va messo in campo per questa operazione è tutto da calcolare. Certo è che la porta stretta di una rivoluzione di cultura chiede di essere al più presto coraggiosamente attraversata.



# Populismo, democrazia e limiti del potere politico

di Pasquale Serra

Il populismo, quale possibile risposta alla crisi della democrazia moderna, va collocato con riferimento all'Italia e all'Europa dentro la categoria di *sostituti funzionali del fascismo*, perché, pur avendo differenze significative con il tipo ideale classico, ha in comune con esso la passivizzazione politica della società. Una risposta positiva e significativa alla crisi della democrazia moderna può invece venire dalla declinazione *inclusiva* di populismo che la riflessione argentina propone, benché anche questa forma più avanzata di populismo lascia inavaso, come *tutti* i populismi, il problema decisivo dei limiti del potere politico. Di qui la necessità di una riflessione nuova sulla democrazia, perché quello che con molta approssimazione definiamo populismo è un'anomalia che si forma all'interno della democrazia e che riguarda noi tutti democratici.

## 1. Le radici del populismo

Quello che con molta approssimazione definiamo *populismo*, se davvero, come spesso ripetiamo, rappresenta una *anomalia*, si tratta di una anomalia molto particolare, che non riguarda solo gli altri, i populistici, appunto, perché è una anomalia che si forma all'interno della democrazia, e riguarda direttamente *noi democratici*, nella nostra più diretta, e immediata, individualità<sup>1</sup>. Il populismo, infatti, è il risultato delle difficoltà della democrazia liberale di affrontare il problema centrale della nostra epoca, *l'insicurezza (non solo economica) degli individui*, una difficoltà che lascia una eredità di delusione e di fallimento, e che trascina la società *verso* una disperata ricerca di nuova rappresentanza o di nuova mobilitazione, per entrare *al più presto*, in un orizzonte diverso da questo. Ecco perché il nostro problema principale non deve essere quello di tracciare una linea di demarcazione netta tra noi e il populismo, ma, piuttosto, quel-

lo di riconoscere e di comprendere questo fenomeno, entrando, in qualche modo, in relazione con esso, senza che questo debba voler dire giustificarlo sul piano storico-politico. Se, invece, si continua a dividere il mondo in bene e male, del male non sarà possibile neanche ridurne l'impatto, perché l'unico modo per attutire il male è, quello di vincolarlo, e lo si può vincolare solo se si riescono «ad esplorare nuove forme democratiche che risolvano o diano una risposta alle attuali contraddizioni strutturali»<sup>2</sup>. Il populismo, infatti, affonda sempre le sue radici in una insufficienza, in *qualcosa che manca*, che gli uomini percepiscono e vivono sempre a livello di esperienza personale, e il suo ripudio implica sempre che si conosca il perché e il dove dell'attrattiva che esso esercita, e noi dobbiamo capire il valore del populismo, o siamo condannati a non capire la storia, e a collocarci fuori e lontano da essa. Si tratta di un tema, per noi, molto difficile da affrontare, tanto difficile che facciamo fatica finanche a nominarlo, e quando lo nominiamo lo

1. Cfr. P. Serra, *Destra, oggetto misterioso*, in *Il cerchioquadrato*, supplemento domenicale de *Il Manifesto*, 1993, 5 dicembre, p. 3. L'occasione che mi è offerta, in questo saggio, di rimeditare e di sintetizzare temi e problemi affrontati in precedenza varrà spero a giustificare i frequenti richiami ai miei studi.

2. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna* (1979), in R. Scartezini-L. Germani-R. Gritti (a cura di), *I limiti della democrazia*, Liguori, Napoli, 1985, pp. 1-40, la citazione è tratta da p. 1.

facciamo usando, in maniera molto imprecisa e intercambiabile, categorie come conservatorismo, destra, fascismo, autoritarismo, neo-populismo e, appunto, populismo. Perché questa difficoltà? Da dove essa si origina? Io credo che noi facciamo difficoltà ad analizzare, e a nominare, questo fenomeno (e tutta la costellazione di fenomeni che hanno a che fare con l'autoritarismo moderno<sup>3</sup>) innanzitutto perché non li prendiamo sul serio, e non riconosciamo ad essi nessuna dignità, nessuna autonomia, li consideriamo come fenomeni privi di cultura, residui del passato, e dunque fenomeni occasionali, una sorta di "parentesi", per riprendere il noto giudizio di matrice crociana sul fascismo, il cui obiettivo fu sostanzialmente quello, come scrisse Del Noce, in un saggio del 1960, anche con riferimento all'azionismo, di «difendere l'innocenza rispetto al fascismo e al nazismo dell'alta cultura laica». Una volta, continua Del Noce, «che si astragga dalla componente culturale, fascismo e nazismo diventano pure crisi morali; e se l'indagine viene messa su questa via, non c'è dubbio che l'interpretazione *parentetica* sembra fragile, perché ridurre il fascismo all'attività di una semplice banda di avventurieri, senza radici nel passato, non è davvero una spiegazione sufficiente». Ed è qui, nell'esclusione dell'indagine sul momento culturale che deve essere cercata la ragione del poco cammino che la riflessione su questi temi ha percorso<sup>4</sup>. Da qui, credo, anche, l'approssimazione con la quale, ancora oggi, nominiamo questo fenomeno, un fenomeno che, soprattutto a sinistra, non è mai stato affrontato, a causa anche della sua *eterna* cultura progressista, che gli ha inibito di entrare in una relazione feconda con il problema dell'autorità, come se davvero il discorso sulla libertà potesse essere separato da quello dell'autorità. Si tratta di una filosofia che soprattutto a partire dagli anni Sessanta ha pensato che alle origini di tutti i nostri *malori* vi fosse l'autorità che ci contiene, mentre in realtà è vero esattamente il contrario, nel senso che è nella crisi d'autorità, piuttosto che nell'autorità stessa, l'origine delle nostre difficoltà e della crisi, la quale si potrebbe dire, riecheggiando Vico e Capograssi è sempre crisi d'autorità. Insomma, di tutta questa costellazione di fenomeni, e in particolare del fenomeno del populismo, si potrebbe dire, generaliz-

zando ciò che Benjamin nelle *Tesi sulla filosofia della storia* diceva a proposito del fascismo, e cioè che la sua fortuna consiste, «non da ultimo, nel fatto che gli oppositori lo affrontano in nome del progresso, come se questo fosse una norma della storia», e poi si stupiscono del fatto che esso è ancora *tra di noi*, ma, continua Benjamin, lo stupore «non sta all'inizio di alcuna conoscenza, se non di questa: che l'idea di storia da cui deriva non è sostenibile»<sup>5</sup>. E l'idea di storia che non sta più in piedi è l'idea progressista, ovvero la rottura di ogni relazione tra dialettica e tragedia, tra dialettica e crisi, il che spiega perché la sinistra non riesce mai ad entrare in relazione feconda con questo fenomeno, e con la crisi, con le *esistenze della crisi*, e proprio nel momento nel quale queste esistenze hanno più bisogno di essa. Ecco perché è difficile andare a fondo su questo tema, perché al fondo di esso vi è la riemersione di un disegno potente di esistenza politica (lo spuntare di una esistenza che non ha più il suo posto nel mondo, perché *ai suoi occhi*, che possono essere anche occhi ingiusti o prepotenti, dal mondo non ricava più il suo senso), che non si conosce più tramite *universali*, ma solo entrando in questa tragedia, e standoci dentro. Il tema del populismo non si può separare da questa nuova situazione dell'esistenza, anche se questa domanda esistenziale, questa domanda di nuova esistenza, non si può ridurre al populismo stesso<sup>6</sup>.

## 2. L'autoritarismo moderno quale risposta alle nuove contraddizioni sociali

Il fatto è che, dentro questa impalcatura generale, storico-esistenziale, dentro la quale noi tutti ci troviamo, nel campo di una esistenza che, in democrazia, non sa più molto bene dove andare, e di un mondo che incatena questa esistenza a questo destino, alcuni settori, alcune persone, sono più dislocati e spostati di altri, e più di altri rischiano di essere sommersi, e cercano le vie, quelle che intravedono, quelle che ci sono, per tornare a vivere. E occorre decifrare la composizione sociale dei sommersi (chi è dislocato, e a che gradazioni lo è) se davvero vogliamo comprendere dove va, o vuo-

3. Su questa tematica, che rappresenta una costante della mia ricerca, rimando ad alcuni testi scritti in epoche diverse, e che rappresentano le tappe essenziali di questo percorso: *Anni di destra*, in *Il Sabato*, 1993, 5 giugno, pp. 54-57; Id., *Destra e fascismo. Impostazione del problema*, in *Democrazia e diritto*, 1994, n.1, pp. 3-31; Id., *Il problema dell'autoritarismo moderno nel pensiero politico di Gino Germani*, in *Rivista di Politica*, 2016, n. 3, pp. 29-64; Id., *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, Roma, Castelvecchi, 2018.

4. A. Del Noce, *Idee per l'interpretazione del fascismo* (1960), in Id., *Il Suicidio della rivoluzione*, Milano, Rusconi, 1978, p. 346.

5. W. Benjamin, *Sul concetto di storia*, in Id., *Sul concetto di storia*, a cura di G. Bonola e M. Ranchetti, Torino, Einaudi, 1997, p. 33.

6. Su questa tematica rimando a P. Serra, *I populismi e l'essenza della politica*, in *l'Unità*, 2013, 17 marzo, p. 18.

le andare, o dove semplicemente è trasportato questo nuovo dato esistenziale. Per affrontare il tema del populismo bisogna innanzitutto individuare un denominatore comune dentro il quale collocarlo, e il denominatore comune è l'autoritarismo moderno, le varie forme e manifestazioni di esso, tra cui, appunto, il populismo, il quale, a sua volta, si manifesta in diverse forme, tra di loro anche contrapposte, *inclusive* o *esclusive*, e occorre stabilire volta per volta la specificità della forma concreta che si ha concretamente di fronte, e che si vuole analizzare, per meglio attrezzarsi, dal punto di vista democratico, a concretamente fronteggiarla<sup>7</sup>. L'ipotesi generale è che, lo dice molto bene Germani, «la tensione strutturale implicita nella società moderna tra la crescente secolarizzazione da un lato, e la necessità di mantenere un nucleo centrale prescrittivo minimo sufficiente per l'integrazione dall'altro, costituisce un fattore generale causale di crisi catastrofiche che [...] porta a soluzioni che minano la democrazia» e, cioè, a soluzioni autoritarie, le quali «sono possibili, e, in certe condizioni probabili, in una qualsiasi delle crisi generate dalle tensioni strutturali implicite nella società moderna, ma la cui forma specifica dipenderà non solo dalle cause profonde sopra menzionate, ma anche da quei fattori di portata media e breve»<sup>8</sup>. Infatti, secondo Germani, esistono diverse soluzioni autoritarie alla crisi della democrazia, diverse *forme* di autoritarismo, nel senso che la *ragion d'essere* di fondo dell'autoritarismo, i suoi fini di base, per così dire, può assumere diverse forme politiche. Insomma, l'autoritarismo, per Germani, si può manifestare a differenti *gradazioni e direzioni*, e ovviamente queste differenti

gradazioni e direzioni con il quale esso concretamente si può manifestare «influiscono fortemente sulla forma che assumerà il regime politico ed il grado e la natura dell'autoritarismo»<sup>9</sup>. Tutto dipende dalla forma e dalla natura della crisi (in un certo senso la forma dell'autoritarismo dipende o discende dalla forma della crisi), la quale, a sua volta è «il risultato della confluenza di una gran quantità di fattori», tra cui quelli «che hanno le loro origini in special modo nei processi di marginalizzazione e spiazzamento di categorie e gruppi nella fase di modernizzazione e in società modernizzate», nel senso che «la marginalizzazione non è un tratto rinvenibile solo nei Paesi in via di sviluppo», ma anche in tutte le società industriali avanzate<sup>10</sup>. Lo stesso fascismo classico, nota Germani, «rappresenta un esempio tipico degli effetti della marginalizzazione delle classi medie»<sup>11</sup>. Occorre, dunque, sempre distinguere tra la *ragion d'essere* dell'autoritarismo (che metaforizza sempre il tentativo della *società prescrittiva* di ritornare ad essere il tipo dominante di società) e le sue possibili *forme politiche*. Il rischio del mancato riconoscimento della suddetta distinzione è quello di confondere nella stessa categoria gradazioni differenti dello stesso fenomeno, ma anche sistemi socio-economici assai differenti. Perché l'autoritarismo moderno è una delle possibili risposte ad alcune contraddizioni insite nella società moderna e della democrazia moderna, e occorre distinguere tra le varie forme di autoritarismo se vogliamo realmente capire da dove vengono volta per volta gli specifici pericoli e su come realisticamente fronteggiarli. E tra le condizioni che ci aiutano ad operare una distinzione tra le varie forme di autoritarismo

7. E qui si incontra la questione cruciale della *teoria generale dell'autoritarismo moderno*, che è forse la questione più difficile di tutta questa materia. Questo della *teoria generale* è, per il nostro ragionamento, un settore di studi molto importante, perché il vero problema è quello di come tenere insieme l'*unità* di questo fenomeno, la sua essenza, per così dire, con la estrema *varietà* dello stesso, e, quindi, quello di elaborare una *teoria dell'autoritarismo* che consideri la varietà come la sua essenza, la quale si manifesta, appunto, come varietà. Occorre sempre distinguere i *materiali di base* dell'autoritarismo moderno dalle *gradazioni e direzioni* con le quali questi materiali emergono storicamente, perché sicuramente esistono valori comuni tra tutte le forme di autoritarismo moderno, e tuttavia, sul piano storico concreto ciò che realmente conta non sono tanto i materiali di base, quanto, piuttosto, i modi, le gradazioni, le direzioni, attraverso le quali essi emergono nel processo storico concreto. Non si tratta, dunque, dello stesso e medesimo fenomeno, e il compito dello storico non è quello di indagare la perennità e la continuità dei materiali di base (della *problematica comune*), ma la novità (*storicità*) delle gradazioni e delle direzioni con le quali essi emergono nel processo storico concreto, perché è esattamente tramite le gradazioni e le direzioni che si rimette continuamente in questione la problematica comune, e si ridefinisce la stessa nozione di tradizione politica, lo stesso concetto di autoritarismo moderno. Il punto è che senza una teoria delle gradazioni e delle direzioni è impossibile affrontare il problema dell'autoritarismo moderno, il quale non è più spiegabile con un semplice richiamo ai materiali di base, tramite una ontologia dei materiali di base, ma solo concentrando l'attenzione sulla specificità dei singoli fenomeni autoritari per come volta a volta storicamente si presentano. Per un approfondimento di questa tematica rimando a P. Serra, *La destra e l'anomalia italiana* (forum con James Gregor, Dino Cofrancesco, Roger Griffin), in *Ideazione*, 2002, n. 2, pp. 108-120; Id., *Strumenti metodologici per l'analisi della destra*, in N. Genga e F. Marchianò (a cura di), *Miti e realtà della Seconda Repubblica*, Roma, Ediesse, 2012, pp. 51-61; Id., *Democrazia e autoritarismo. Uno schema di ricerca*, in G. Dessi (a cura di), *Democrazia e pensiero politico*, Roma, Fondazione Sturzo, 2014, pp. 127-149.

8. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, cit., pp. 13-14.

9. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, cit., p. 24.

10. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, cit., p. 24.

11. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, cit., p. 24.

(e, innanzitutto, come vedremo, tra populismo e fascismo<sup>12</sup>, e all'interno dei populismi, tra populismi inclusivi e populismi esclusivi) vi è, secondo Germani, il tipo (primario o secondario) di mobilitazione e la classe da cui vengono tratte le masse mobilitate<sup>13</sup>. Occorre sempre distinguere tra queste due forme di mobilitazione, perché la natura dei movimenti politici che esse suscitano acquistano un carattere diverso, se non opposto. Perché è chiaro che una forma di mobilitazione (primaria) che ha come obiettivo quello di entrare in una società dalla quale si è stati da sempre esclusi e un tipo di mobilitazione (secondaria) che si struttura, invece, per cercare disperatamente di non uscire da una società nella quale si è già da sempre entrati, è fatta di soggetti diversi (che provengono da classi sociali diverse), e di modi diversi di vivere e di percepire la marginalità, e produce forme molto diverse, se non opposte, di autoritarismo. Quello che muta, e questo mi sembra l'aspetto decisivo, è il modo di percepire e di vivere la marginalità, perché nei due tipi di mobilitazione, la marginalità assume aspetti assai diversi, se non opposti, nel senso che mentre nel caso della mobilitazione primaria i gruppi mobilitati sono gruppi ancora non partecipanti, e la loro marginalità precede l'inserimento di essi nella struttura della società, la mobilitazione secondaria si attua, invece, su gruppi già partecipanti per molti aspetti, e tuttavia spostati o resi marginali da una serie di fattori, e dove la marginalità segue la loro entrata nella struttura della società<sup>14</sup>. Se non teniamo

a mente questa distinzione, il rischio che corriamo è non solo quello di confondere nella stessa categoria «sistemi socio-economici assai differenti, ad esempio sistemi il cui fine è la smobilitazione delle classi subordinate con sistemi che esprimono la mobilitazione primaria di queste classi»<sup>15</sup> (ovvero, fascismo e populismo), ma anche quello di chiamare populismo (il quale «ha sempre un giudizio positivo sul popolo, ed ha sempre come referente principale le classi popolari») qualcosa, come il cosiddetto neo-populismo odierno, che populismo non è, nel senso che esso, rivendicando «politiche non d'inclusione, bensì di esclusione e di conferma delle sicurezze – per quanto modeste – acquisite in passato contro il rischio di perderle»<sup>16</sup>, va più correttamente collocato dentro la categoria di *sostituti funzionali del fascismo*, a cui Germani dedica parte del capitolo terzo della versione inglese e poi castellana del volume sull'autoritarismo<sup>17</sup>, perché pur avendo differenze significative con il tipo ideale classico, hanno in comune con esso «one of its basic aims, namely, the forced demobilization of the recently mobilized lower classes»<sup>18</sup>.

### 3. Una chiave interpretativa: i sostituti funzionali del fascismo

Se poi passiamo al caso italiano le cose si complicano ulteriormente, perché occorre innanzitutto

12. Tra il populismo, che è «una delle forme che può assumere entro circostanze determinate la mobilitazione politica primaria di grandi settori della popolazione fino ad allora non partecipanti alla società nazionale e moderna» e il fascismo, che è un'altra delle forme che può assumere l'autoritarismo moderno, «definito come fenomeno specifico della società moderna, cioè radicato in alcune contraddizioni insite nella sua struttura "tipica"» (G. Germani, *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, Il Mulino, Bologna, 1975, p. 226).

13. La teoria della mobilitazione si applica, infatti, sia a processi che si verificano all'interno delle strutture tradizionali (mobilitazione primaria: ovvero il gruppo dislocato non è partecipante, ma resta in posizione marginale rispetto alla società moderna) sia a quelli che si verificano all'interno delle società moderne (mobilitazione secondaria: ovvero un gruppo che un tempo era partecipe di una struttura moderna, in seguito a qualche tipo di disintegrazione è incapace di partecipare nel modo che gli era precedentemente abituale). Sulla distinzione tra mobilitazione sociale primaria e mobilitazione sociale secondaria Germani, come abbiamo visto, si sofferma spesso. Essenziale per il nostro ragionamento è il paragrafo 3 (*Il ruolo della mobilitazione sociale primaria e secondaria nella genesi del fascismo italiano e del peronismo argentino*) del capitolo quinto (*Fascismo, Nazional populismo e mobilitazione sociale*) di *Autoritarismo, fascismo e classi sociali*, cit., pp. 227-234.

14. Su questi temi rimando ancora una volta a G. Germani, *Autoritarismo, fascismo, classi sociali*, cit., in particolare i capitoli II e V.

15. G. Germani, *Autoritarismo, fascismo, classi sociali*, cit., p. 53.

16. A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012, pp. 266-267.

17. Un capitolo che è assente nell'edizione italiana del 1975. Cfr. G. Germani, *Middle-Class Authoritarianism and Fascism: Europe and Latin America*, in Id., *Authoritarianism, Fascism, and National populism*, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1978, pp. 43-83; in particolare il paragrafo dal titolo *Latin American middle class and the functional substitute of fascism*, pp. 64-74. Interessante su questo tema, ed anche sulla questione riguardante la *teoria generale dell'autoritarismo* è il saggio di G. Germani, *La socializzazione politica dei giovani nei regimi fascisti: Italia e Spagna*, in *Quaderni di Sociologia*, n. 1-2, 1969, pp. 11-58, e in particolare il primo paragrafo (*Fascismo: forma e sostanza. Influenze sulla socializzazione politica dei giovani*, pp. 11-19). Il saggio è stato poi ripubblicato come ultimo capitolo delle varie edizioni del volume sull'autoritarismo, senza il primo paragrafo che apriva il testo originario del 1969. Per una ricostruzione dettagliata di questa categoria in Germani rimando a P. Serra, *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, cit., in particolare il capitolo III.

18. G. Germani, *Authoritarianism, Fascism, and National populism*, cit., p. 73.

stabilire se la categoria di populismo sia di qualche utilità per comprendere la feroce critica della democrazia che l'Italia (e l'Europa) da qualche decennio hanno dentro di sé, o se, invece, sia più pertinente la categoria di *sostituti funzionali del fascismo*, elaborata da Germani, più pertinente anche rispetto ad altre successive chiavi interpretative che pure si muovono *in qualche modo* a ridosso della sua elaborazione, o sulla scia di essa, come quella di Cas Mudde, che contrappone (all'interno di una originale *teoria del populismo*) il populismo europeo al populismo latinoamericano<sup>19</sup>, o di Margaret Canovan, la quale sostiene che «per una reale conoscenza del fenomeno è necessario stabilire una tipologia che faccia una netta distinzione tra due grandi famiglie di populismi, internamente molto differenziate: da un lato, il populismo come movimento sociale; dall'altro, il populismo come stile politico»<sup>20</sup>, o, infine, di Laclau e Mouffe, i quali contrappongono un *populismo di sinistra* a un *populismo di destra*<sup>21</sup>, perché *tutte* queste interpretazioni, pur relevantissime, continuano ancora a far operare le loro coppie oppostive all'interno della stessa categoria di populismo, come se fossero semplici varianti di esso, a conferma di quanto lamentava

la stessa Canovan sulla debole unità di questo concetto<sup>22</sup>. In realtà, per quanto riguarda in modo particolare l'Italia, la categoria di populismo «è un'etichetta malposta perché tutt'altra cosa erano i populismi classici, a cominciare dalla loro idea di popolo. Quello del populismo russo, della tradizione americana e dei populismi fioriti in America latina fin dagli anni Venti e nei Paesi ex coloniali dopo gli anni cinquanta era il popolo delle classi popolari. Non saranno sempre le medesime classi: in Russia erano i contadini, in America gli agricoltori e le fasce più deboli delle classi medie del Midwest e del Sud, nei populismi sudamericani e terzmondisti, come il peronismo o il nasserismo, erano le masse povere, contadine o urbane che fossero. Tuttavia, sempre di classi popolari si trattava, per le quali i populistri rivendicavano – o a cui offrivano quand'erano al potere – concrete, ancorché approssimative, misure redistributive. Tutt'altra cosa è il popolo degli pseudo-populisti odierni, in nome del quale essi rivendicano politiche non d'inclusione, bensì di esclusione»<sup>23</sup>, ovvero una smobilitazione forzata delle classi subalterne e più povere, che rappresenta il tratto saliente dell'odierna situazione italiana, almeno a partire dall'inizio degli

19. Cfr. sulla *teoria del populismo* C. Mudde, *Reflexiones sobre un concepto y su uso*, in *Letras Libres*, aprile, 2002, pp. 16-20; Id., *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, n. 4, 2004, pp. 541-563; sul rapporto tra populismo europeo (Exclusionary) e populismo latinoamericano (Inclusionary) cfr. tra gli altri C. Mudde e C. Rovira Kaltwasser, *Voices of the peoples: populism in Europe and Latin America compared*, Kellogg Institute, Working Paper, n. 378, 2011, pp. 1-43; Id., *Exclusionary vs. Inclusionary Populism: comparing contemporary Europe and Latin America*, in *Government and Opposition*, n. 2, 2013, pp. 147-174, in particolare le *Conclusioni*, pp. 166-169. Su questi temi rimando anche a P. Serra, *Sull'utilità e il danno della categoria di populismo*, in *Critica marxista*, n. 6, 2011, pp. 43-49; Id., *Il problema del populismo nel pensiero politico argentino da Germani a Laclau (nei suoi rapporti con la crisi della democrazia europea)*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2015, pp. 185-209.

20. M. Canovan, *Il populismo come l'ombra della democrazia* (1999), in *Europa Europe*, 1993, n. 2, p. 44. Molto schematicamente, per Canovan, mentre il populismo come *movimento sociale* offre una declinazione economica e sociale (classista) delle sue istanze (in quanto viene considerato fondamentale il posto reale occupato dall'individuo nel sistema di produzione o nella gerarchia sociale); il populismo come *stile politico* offre invece una declinazione psicologica o romantica delle sue istanze, in quanto l'unità viene considerata *al di là*, o a prescindere, dal posto reale che gli individui occupano nella gerarchia sociale o nel sistema di produzione. Sulle tesi della Canovan cfr. B. Arditi, *Il populismo come spettro della democrazia. Una risposta a Margaret Canovan* (2004), in *Trasgressioni*, 2004, n. 38, pp. 25-36. Su questa tematica cfr. anche Z. Sternhell, *La terza via fascista*, in *Il Mulino*, 1990, n. 330, pp. 519-520 (oltre che ovviamente il classico *Né destra né sinistra*, Napoli, Akropolis, 1984), nel quale il fascismo viene letto come una sorta di *rivoluzione psicologica*.

21. Cfr., tra i tanti interventi in tal senso, E. Laclau, *En América Latina el populismo es de izquierda* (intervista a cura di F. Canoni), in *Revista Socialista*, 2011, n. 5, pp. 17-27; Id., *El kirchnerismo es la verdadera izquierda en la Argentina*, in H. A. Bernardo e G. Dolce (a cura di), *Bisagra K: el kirchnerismo en el contexto latinoamericano*, Avellaneda, Acercándonos, 2013, pp. 154-160. Da ultimo di C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Bari-Roma, Laterza, 2018. Cfr. anche P. Serra, *Il problema del populismo nel pensiero politico argentino da Germani a Laclau (nei suoi rapporti con la crisi della democrazia europea)*, cit.

22. M. Canovan, *Populism*, New York-London, Harcourt Brace Jovanovich, 1981, p. 175. È come se non si riuscisse ad andare oltre la definizione di Peter Wiles che considerava il concetto come una semplice *sindrome*: P. Wiles, *A Syndrome, not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism*, in G. Jonescu e E. Gelner (a cura di), *Populism: its Meaning and National Characteristics*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1969, pp. 166-179. Cfr. anche I. Diamanti, *Populismo: una definizione indefinita per eccesso di definizioni*, in *Italianieuropei*, 2010, n. 4, pp. 168-175, il quale ha sottolineato che, oggi, la parola si adopera con dieci sensi diversi.

23. A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Torino, cit., pp. 266-267. Di Mastropaolo cfr. anche *Equivoci populistri*, in Id., *La mucca pazza della democrazia. Nuove destre, populismo, antipolitica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005, pp. 48-64. Lo stesso Asor Rosa, proprio in apertura a *Scrittori e popolo (Le premesse: da Gioberti a Oriani)*, dava una definizione di populismo che rimane tuttora valida: «l'uso del termine populismo è legittimo solo quando sia presente nel discorso letterario una valutazione *positiva* del popolo, sotto il profilo ideologico oppure storico-sociale oppure etico. *Perché ci sia populismo, è necessario insomma che il popolo sia rappresentato come un modello*» (A. Asor Rosa, *Scrittori e popolo. Saggio sulla letteratura populista in Italia*, Roma, Samonà e Savelli, 1965, p. 13).

anni Novanta, rispetto alla quale la categoria di *sostituti funzionali del fascismo* possiede una maggiore pregnanza analitica. Infatti, in Italia, dopo la fine dei grandi partiti di massa, c'è stato poco populismo, e c'è stato poco populismo, perché a partire da Berlusconi è stata sviluppata una critica delle élite o del passato, senza però nessun riferimento al popolo come unità, e come unità positiva da difendere (il riferimento è sempre al singolo individuo, e all'orizzonte delle sue utilità), senza cioè quella "costruzione del popolo" che i populistici mettono al centro di tutto il loro ragionamento, e della loro politica. Quanto al berlusconismo, per esempio, possiamo facilmente riscontrare che si è trattato di un tipo di mobilitazione secondaria (nella quale la classe da cui furono tratte le masse mobilitate è stata sostanzialmente la classe media<sup>24</sup>), una forma determinata di contro mobilitazione, che si oppone alla precedente mobilitazione economico-sociale, e al movimento collettivo che ne seguì, per difendere le classi e gli interessi che erano stati colpiti o, comunque, minacciati, nel ciclo precedente di mobilitazione<sup>25</sup>, alle quale si associarono ampi settori (disillusi) del ciclo precedente (rispetto ai quali il concetto di populismo è in grado forse di interpretare in modo adeguato la loro vicenda e i loro spostamenti) che incominciarono a percepire la crisi della mobilitazione economico-sociale come l'inizio di una nuova esclusione, e quindi di una nuova marginalità, i quali, proprio per questo, si resero di nuovo *disponibili*<sup>26</sup>. Dunque: chi ha paura di scendere, ed è terrorizzato dalla marginalità; chi percepisce disperatamente che, forse, non riuscirà mai più a salire<sup>27</sup>, questo è stato il blocco sociale del berlusconismo, un blocco sociale leggibile non con la categoria di populismo, ma con quella, molto più congrua, di sostituti funzionali del fascismo. Berlusconi – ha scritto Ciliberto – «non si è mai mosso in una prospettiva comunitaria e organicistica, cioè populistica [...]; ma, anzi, ha accentuato – fino a stravolgerli in senso dispotico – il carattere e

la dimensione strutturalmente individualistica della "democrazia dei moderni". Con il suo messaggio ha proposto, e fatto diventare modello di vita e senso comune, una sorta di *bellum omnium contra omnes*, per riprendere la distinzione di Hobbes, ha sostenuto, e anche realizzato, una regressione dalla "società politica" alla "società naturale" [...], dalla legge al primato degli spiriti animali. Nel suo messaggio Berlusconi non si è mai rivolto né alla massa, né al popolo inteso come un *totum* ma sempre e soltanto agli individui, ai singoli individui [...] chiusi nei loro interessi»<sup>28</sup>. Il problema è che ad un certo punto questo blocco si sfalda, perché il classismo, che caratterizza la politica di Berlusconi, aveva bisogno per inverarsi di un esplicito apparato autoritario, che Berlusconi, in democrazia, non ha, o non si è voluto dare, e di un rapporto più stretto con l'ideologia populista che Berlusconi non ha mai istituito o non è mai riuscito a istituire. E in assenza di questo sbocco il *sostituto funzionale del fascismo* rimase come sospeso nell'aria, e passò il testimone ad altri soggetti politici.

A cominciare da Grillo, intorno alla cui figura si sono raccolti negli ultimi quindici anni settori rilevanti del nuovo ceto medio (il nuovo precariato giovanile e intellettuale) bloccato nelle sue aspirazioni, mai incluso nella politica *di classe* berlusconiana, e ora disponibile ad una nuova mobilitazione politica primaria, per entrare dentro una società che fino ad ora gli ha sempre impedito di entrare e di partecipare; e forze emerse dentro la crisi della mobilitazione secondaria che aveva strutturato nel profondo l'epoca berlusconiana, per aprire una rivolta generalizzata contro la politica e contro la mediazione, intorno alla quale saldare – con effetti non controllabili – le classi medie tradizionali e le classi medie rivoluzionarie, la crisi della mobilitazione secondaria con l'affermarsi di una nuova mobilitazione politica primaria, una miscela magmatica e esplosiva per mettere realmente in questione la forma democratica, di fronte alla quale,

24. Con tutto quello che questo significa riguardo alla razionalità degli attori coinvolti nei processi di mobilitazione politica: «Uno degli aspetti che hanno più fortemente colpito gli studiosi è il carattere "irrazionale" del comportamento delle classi medie – specialmente la piccola borghesia – in relazione al fascismo e al nazismo. In realtà tutta la teoria psicosociale della "personalità autoritaria" si riferisce specialmente a tale "irrazionalità". Riguardo al peronismo si è tentato di applicare delle spiegazioni simili [...]. Ora da quanto si è detto [...] non sembra che l'ipotesi della "irrazionalità" sia applicabile al caso del nazional populismo»: G. Germani, *Autoritarismo, fascismo, classi sociali*, cit., p.243. Di Germani cfr. anche *La irracionalidad de las masas en el nazifascismo y en el peronismo*, par. 4 de *La integracion de las masas a la vida politica y el totalitarismo* (1956), in Id., *Politica y Sociedad en una epoca de transicion*, Buenos Aires, Paidós, 1962, pp. 245-252.

25. Sul *classismo* del sistema Berlusconi cfr. il fascicolo di *Democrazia e diritto* (*Il sistema Berlusconi*), 2003, n. 1.

26. Sulla categoria di *disponibilità*, categoria centrale della sua *teoria generale del fascismo*, cfr. G. Germani, *Fascismo e classe sociale*, in *La critica sociologica*, 1967, n. 1, pp. 37-44; 1967, n. 2, pp. 76-93.

27. Su tutta questa tematica rimando a P. Serra, *Individualismo e populismo. La destra nella crisi italiana dell'ultimo ventennio*, Roma, Datanews, 1997.

28. M. Ciliberto, *Non confondete berlusconismo con populismo*, cit., p. 38. Di Ciliberto cfr. anche *Il declino di Berlusconi*, in *l'Unità*, 2011, 26 luglio, p. 1 e p. 24.

non a caso, il tentativo di Berlusconi è cozzato, ed è andato in frantumi. Infatti, sebbene si è trattato, almeno prevalentemente o almeno all'inizio, di una mobilitazione politica primaria, questo tipo di mobilitazione oggi assomiglia antropologicamente sempre di più alla mobilitazione politica secondaria, in quanto impregnata pure essa, dei valori di questa società, e dove dominante è il rancore, il «muoia Sansone con tutti i filistei», e quindi la irrazionalità, sentimenti che, invece, sono assenti, o molto attenuati, nella mobilitazione politica primaria, propria dei populismi classici. E tuttavia, occorre dire che la situazione, oggi, è molto più complessa di questo schema e, per certi versi, più esplosiva: in primo luogo, perché queste due forme diverse di dislocazione/mobilitazione si manifestano contemporaneamente o, comunque, sono in campo entrambe; e poi perché le due mobilitazioni sul piano antropologico si assomigliano sempre di più e, proprio per questo, si intersecano e, per molti aspetti, si sovrappongono. Cruciale nel grillismo non è tanto la tematica della democrazia diretta e simili, come stiamo assistendo *ad abundantiam* in questi ultimi mesi, ma una sorta di desiderio di *azzeramento della storia*, anche perché, come ci ricorda

efficacemente l'*Eichman* di Hannah Arendt, in alcuni momenti l'alternativa alla distruzione è una vita senza speranza, una specie di morte, e solo la prospettiva dell'azzeramento della storia, offerta ad Eichmann dal nazismo, poteva permettere ad un fallito come lui, «un fallito sia agli occhi del suo ceto e della sua famiglia che agli occhi propri» di poter «ricominciare da zero a far carriera»<sup>29</sup>. Questo blocco oggi sta per implodere, perché è mancata una élite adeguata a questo nuovo blocco, così come una adeguata ideologia<sup>30</sup>, e, nel suo implodere, sta trasportando il suo consenso verso la Lega di Salvini, incarnazione perfetta della categoria di *sostituti funzionali del fascismo*, la quale ha sostanzialmente uno strumentario più adeguato e più coerente rispetto a tale blocco: classismo, introduzione di elementi di autoritarismo, *mobilitazione psicologica*, per riprendere la definizione del fascismo come *rivoluzione psicologica*, appunto, proposta da Sternhell, per venire incontro alla necessità che la nostra società ha di continuare a mobilitarsi, seppure con altri mezzi, e per portare così a compimento la lunga transizione dalla mobilitazione economica e sociale alla mobilitazione psicologica<sup>31</sup>, che ha caratterizzato la vicenda italiana a partire dagli anni Ses-

29. E. Eichmann, nota acutamente Arendt, «avrebbe sempre preferito essere impiccato [...] anziché condurre una normale e tranquilla esistenza come rappresentante della compagnia petrolifera Vacuum», dove egli lavorava prima di essere licenziato H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1963), Milano, Feltrinelli, 1992, pp. 41-42.

30. Infatti, «l'esistenza di élite interne ed esterne disponibili e mobilitate costituisce una condizione per il sorgere di movimenti basati su processi di mobilitazione di massa, e sono non meno necessari della presenza di questa stessa massa», così come «un'altra componente imprescindibile affinché la mobilitazione si esprima come movimento è la adozione di ideologie *adeguate*, compatibili cioè sia con il contesto storico-sociale interno della società di cui si tratta, sia con quello esterno o internazionale, sia con la cultura (politica ed altra) delle masse e delle élites, nonché degli interessi "reali" o "percepiti" come tali da ambedue» (G. Germani, *Autoritarismo, fascismo, classi sociali*, cit., p. 44).

31. «Il fascismo, scrive Sternhell, pretendeva di essere capace di creare, senza toccare in nessun modo la realtà sociale ed economica, la stessa armonia all'interno del tessuto sociale. Per riuscirci era sufficiente considerare la società non come un aggregato di individui o come la coesistenza di gruppi antagonisti, bensì come un'unica entità la cui unità organica, biologica e culturale, distrutta, o almeno fortemente compromessa, dalla modernizzazione, potesse e dovesse essere ristabilita. Il fascismo fu in grado di affermarsi nel momento in cui veniva carezzata l'idea che l'uomo, in ultima analisi, non che il fascismo non era l'"homo oeconomicus" del liberalismo e del marxismo. La concezione fascista del mondo prese piede non appena venne raggiunta la conclusione che la vita degli uomini poteva essere trasformata senza scardinare le strutture sociali ed economiche. Questa era una idea che i rivoluzionari del diciottesimo e del diciannovesimo secolo non avevano mai preso in considerazione. Era basata sull'assunzione, così come venne esposta da Hendrik de Man, che "il concetto di sfruttamento è una categoria etica e non economica" [...]. Ne conseguiva che se lo sfruttamento era un fenomeno psicologico, allora la soluzione ai problemi economici e sociali doveva necessariamente essere anch'essa di natura psicologica. Questa era l'idea partorita dal fascismo e basata sulla convinzione che i veri problemi erano di carattere culturale, emozionale e affettivo. In questo modo, non ci si preoccupava più del tenore di vita reale, non ci si interessava più del posto reale occupato dall'individuo nel sistema di produzione o nella gerarchia sociale, bensì dei suoi sentimenti, della sua dignità, dei suoi complessi, del suo "istinto di auto rispetto". Questa era la visione delle motivazioni umane sulla quale era basata la rivoluzione fascista. Ogni cosa, ora, diventava straordinariamente semplice: la rivoluzione appariva possibile, senza dover cambiare le fondamenta dell'ordine sociale esistente». E in un altro luogo: «mentre per il liberalismo e il marxismo i problemi di fondo sono sempre problemi economici, per il fascismo invece i problemi essenziali sono d'ordine psicologico e culturale e possono perciò essere risolti con mezzi d'ordine psicologico e culturale. È possibile rispondere al senso di alienazione o a quello di sfruttamento senza affrontare le leggi del mercato che il fascismo [...] considera delle leggi naturali [...]. È per questo che la rivoluzione fascista resta quello che fu sin dal momento della presa del potere: una rivoluzione politica [...] che non implica mai dei mutamenti delle strutture economiche». Infine, la conclusione: col fascismo la *psicologia* sostituisce l'*economia* come forza motrice dell'attività rivoluzionaria (Z. Sternhell, *La terza via fascista o la ricerca di una cultura politica alternativa*, in *Storia contemporanea*, 1991, n. 6, pp. 962-963. Per ulteriori approfondimenti sul tema, ed anche per un confronto tra Germani e Sternhell, rimando a P. Serra, «*Né destra né sinistra*»: uno studio su Zeev Sternhell, in *Democrazia e diritto*, 1992, n. 4, pp. 69-84. Su questo passaggio dalla *mobilitazione sociale* alla *mobilitazione psicologica* rimando a P. Serra, *Il secolo che oscilla*, Roma, DataneWS, 1995; Id., *Dalla mobilitazione politica alla mobilitazione psicologica* (Intervista a cura di G. Valente), in *30giorni nella Chiesa e nel mondo*, 1996, n. 4, pp. 46-50.

santa. È difficile stabilire con precisione verso dove va o vuole andare Salvini, o verso dove realisticamente potrà andare, ma quel che è certo, così a me sembra, è che la nostra società sta scivolando impercettibilmente in una sorta di pessimismo tragico, in quel senso della morte che incombe che Renzo De Felice individuava a metà degli anni Settanta come la caratteristica fondamentale della destra radicale, e che oggi esprime in forma parossistica le aspirazioni profonde della nostra società: «questa gente, scriveva De Felice, lotta per una affermazione quasi demoniaca della propria personalità, del proprio io, contro tutto il resto; un'affermazione appunto di tragico pessimismo, di un superomismo che sa di morire, ma dice “voglio farvi vedere se ho il coraggio di battermi contro di voi; anche se vi fermo per un decennio solo, per un anno solo, è una affermazione della mia personalità contro di voi. Ma so molto bene che sono morto, ormai”. Questo distingue nettamente il fascismo storico dal neonazismo di oggi. E non solo marca l'enorme differenza, ma determina la drammatica pericolosità di questa gente. Qui, ormai, non siamo più su nessun terreno, altro che su quello del fanatismo fine a se stesso, del “muoia Sansone con tutti i filistei”»<sup>32</sup>.

#### 4. Populismo inclusivo e democrazia: una riflessione dall'Argentina

Se le cose stanno in questi termini, se lo spettro che si aggira per l'Italia e per l'Europa non è tanto il populismo, quanto piuttosto il moltiplicarsi di sostituti funzionali del fascismo, forse dal nazional-populismo latinoamericano, e soprattutto argentino, potremmo imparare qualcosa di significativo ai fini della critica e della costruzione di una alternativa nazionale e popolare ad essi, sebbene anche questa forma di populismo incontra, come vedremo più avanti, nel diritto il suo limite invalicabile. E tuttavia, il problema non è qui quello di riproporre il populismo argentino come un modello positivo per l'Europa (il cosiddetto populismo di sinistra, o progressivo, che pure significa qualcosa), ma quello di spingere l'Europa e il suo pensiero politico a confrontarsi con esso, perché dietro la crisi della rappresentanza democratica in Europa, quella scissione drammatica che qui *da noi* si è venuta a configurare tra sistema della rappresentanza e masse eterogenee, sempre più centrali, e sempre meno omogeneizzabili e

integrabili nei quadri delle comunità nazionali, vi è il fatto storico, enorme, della *eterogeneità sociale*, su cui la cultura politica argentina, da Germani a Laclau, appunto, per ragioni legate alla specificità della sua storia (e alla irriducibile eterogeneità sociale che costituisce nel profondo questa storia), ha riflettuto a lungo, e che oggi riguarda tutti, e in modo speciale, il pensiero europeo, perché il nodo teorico e politico in gioco, in questa discussione, è relativo alla possibilità o meno di definire una *unità politica* nel mondo contemporaneo, e in quale forma definirla, ovvero *se e come* questa società radicalmente eterogenea è capace di essere soggetto di un'azione politica, di agire politicamente, e dunque di trasformarsi in una unità politica. Perché non può esistere nessuna dimensione orizzontale di autonomia senza unità politica, senza mettere in campo la questione del *politico*. Su questi aspetti così problematici di una autonomia senza unità politica, elaborata e sostenuta in particolare da Negri, hanno scritto cose, dal nostro punto di vista, molto interessanti Macherey, Laclau, e Chantall Mouffe. Esemplare, a riguardo, è la polemica tra Macherey e Negri su questo tema, nella quale Macherey pone il problema essenziale e invalicabile: la molteplicità orizzontale (l'eterogeneità della moltitudine) presuppone, per poter continuare ad esistere, una qualche forma di unità verticale<sup>33</sup>. Con ancora maggiore chiarezza il problema è stato posto da Ernesto Laclau: la «*dimensión horizontal de “autonomía” [...]»*, scrive Laclau, «*corresponde exactamente a lo que en nuestros trabajos hemos denominado “lógicas de equivalencia”*. Pero nuestra segunda tesis es que la *dimensión horizontal de la autonomía sería incapaz, si es librada a sí misma, de lograr un cambio histórico de largo plazo, a menos que sea complementada por la dimensión vertical de la “hegemonía, es decir, por una radical transformación del Estado. La autonomía, librada a sí misma, conduce, más tarde o más temprano, al agotamiento y la dispersión de los movimientos de protesta. Pero, continua Laclau, la hegemonía, si no es acompañada de una acción de masas al nivel de la sociedad civil, conduce a una burocratización y a una fácil colonización por parte del poder corporativo de las fuerzas del statu quo. Avanzar paralelamente – conclude Laclau – en las direcciones de la autonomía y de la hegemonía es el verdadero desafío para aquellos que luchan por un futuro democrático que dé un real significado al – con frecuencia abogado – “socialismo del siglo XXI”*»<sup>34</sup>. E

32. R. De Felice, *Intervista sul nazismo* (a cura di M. A. Ledeen), Roma-Bari, Laterza, 1975, pp. 102-103; Id., *Il colore nazista del neofascismo di oggi* (intervista a cura di D. Sassoli), in *Il Popolo*, 1975, 10 ottobre, p. 3.

33. P. Macherey, *Présentation*, Chitéphilo, Palais des Beaux Arts, Lille, 19/11/2004, reperibile all'indirizzo [www.univ-lille3.fr/set/machereynegri.html](http://www.univ-lille3.fr/set/machereynegri.html), 19 novembre 2004. Una risposta di Negri a questo testo di Macherey (*Réponse à Pierre Macherey*) è stata pubblicata in «*Multitudes*», n. 22, 2005, pp. 111-117.

34. E. Laclau, *Prefacio a la edición inglesa*, in Id., *Los fundamentos retóricos de la sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos



su questo punto, come ha sostenuto ancora lo stesso Laclau, le democrazie latinoamericane, seppure oggi in crisi, «*pueden dar un ejemplo a las democracias europeas*», soprattutto riguardo a «*la naturaleza de los nuevos tipos de movilización y la forma en que estos pueden integrarse institucionalmente*»<sup>35</sup>. Lo stesso Di Tella, protagonista indiscusso del dibattito latino americano dell'ultimo sessantennio, negli ultimi suoi scritti, aveva sostenuto, seppure da una prospettiva molto diversa da quella di Laclau, che mentre il peronismo si stava trasformando in una variante latinoamericana della socialdemocrazia europea, e stava approdando compiutamente alla democrazia, l'Europa, invece, stava passando dalla socialdemocrazia al populismo, e alla feroce critica della democrazia che *questo* populismo ha incorporato dentro di sé, un populismo che ha come principali nemici, scrive Di Tella, «non le classi agiate, o la borghesia, grande, media o piccola», ma soprattutto il popolo e le sue organizzazioni, politiche e culturali. E che, quindi, come mai prima d'ora, dall'America Latina poteva venire qualche indicazione per l'Europa di oggi, perché in America Latina, conclude Di Tella, «i "populisti", o meglio i "nazional populist" trovano appoggio, fundamentalmente, nelle classi popolari», ed è ancora da lì che l'Europa di oggi deve partire, se vuole davvero, ancora una volta, tornare a guardare davanti a sé<sup>36</sup>. Insomma, una volta definito lo specifico problema che la democrazia ha oggi concretamente di fronte, e che consiste sostanzialmente nella difficoltà di rappresentare l'eterogeneità sociale, enorme e devastante, che sta squadernata davanti ai nostri

occhi, la cosa che dobbiamo subito comprendere è come fronteggiare tutto questo, con quale cultura. E qui il dibattito argentino, come ho cercato di ricostruire in un libro recente<sup>37</sup>, è di straordinaria importanza, perché è un dibattito che ha provato a sistematizzare i rapporti tra eterogeneità sociale e unità politica, offrendo una rappresentazione unitaria, e politica, della eterogeneità sociale, dal quale può venire un contributo importante alla cultura politica europea, perché tali teorie, da Germani a Laclau, hanno non solo riconosciuto l'unità populista come un problema della democrazia (Germani<sup>38</sup>), ovvero hanno riconosciuto il fatto che se c'è unità populista è perché la democrazia non è riuscita ad intrattenere nessuna relazione produttiva, e feconda, con la eterogeneità sociale, ma l'hanno considerata anche come una componente essenziale della stessa (Laclau<sup>39</sup>), perché, sostiene Laclau, quando ci riferiamo a volontà non pienamente formate, e che vanno formate, la rappresentanza deve introiettare al proprio interno la logica della rappresentazione (deve considerare, cioè, la rappresentazione come una funzione della rappresentanza), la quale diventa così lo strumento per la omogeneizzazione di una massa eterogenea, la cui costituzione richiede la rappresentazione, e la rappresentazione è in fondo la premessa di questa costituzione<sup>40</sup>. L'unità populista, in questa prospettiva, non solo non è contrapposta alla democrazia, ma, in un certo senso, ne è anche la premessa fondamentale e costitutiva. Insomma, Laclau, così a me sembra, radicalizza sostanzialmente la riflessione di Germani, e, radicalizzandola, la trascina nel cuore del-

---

Aires, 2014, pp. 19-20. Ma per una analisi dettagliata di tutto questo dibattito rimando ancora una volta a P. Serra, *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, cit.

35. E. Laclau, *Las democracias latinoamericanas pueden dar un buen ejemplo a las democracias europeas*, in AA. VV., *La palabra política. Debates contemporáneos sobre la emancipación* (2011), Buenos Aires, 2012, p. 20.

36. T. Di Tella, *Populismo in Europa? Socialdemocrazia in America Latina?* Testo preparato per una Conferenza tenuta al Circolo Rosselli di Milano, il 13-2-2011, messo a disposizione di chi scrive dall'autore. Su questa tematica è di prossima pubblicazione (a cura e con Introduzione di P. Serra) anche l'ultima ricerca di T. Di Tella, *Movimenti nazional-popolari e socialdemocrazia. L'esperienza dell'America Latina*.

37. P. Serra, *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, cit.

38. Sulla prospettiva di Germani rimando a P. Serra, *Sulla crisi contemporanea. Uno schema di ricerca su Gino Germani*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 2011, pp. 379-412; Id., *Il problema del populismo nel pensiero politico argentino da Germani a Laclau (nei suoi rapporti con la crisi della democrazia europea)*, cit; Id., *Il problema dell'autoritarismo moderno nel pensiero politico di Gino Germani*, cit; Id., *Tres notas sobre populismo*, in «Le Monde Diplomatique-Argentina», febbraio-marzo, 2016, pp. 26-27; Id., *Sobre la crisis contemporánea. Un plan de investigación en torno a Gino Germani*, in *Prismas. Revista de historia intelectual*, n. 20, 2016, pp. 85-106; Id., *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, cit. Su questo tema è uscito di Samuel Amaral, forse il più importante studioso mondiale di Germani e del peronismo, un libro fondamentale e imprescindibile: S. Amaral, *El movimiento nacional-popular: Gino Germani y el peronismo*, Buenos Aires, Eduntref, 2018.

39. Sulla prospettiva di Laclau rimando a P. Serra, *Classe nazione filosofia. Tre note sulla sinistra (a partire da Ernesto Laclau)*, in *Democrazia e diritto*, 2016, n. 4, pp. 32-60; Id., *Eterogeneità e trascendenza. La teoria del populismo nella prospettiva di Ernesto Laclau*, in M. Giardiello e M. A. Quiroz Vitale (a cura di), *La crisi della contemporaneità. Una prospettiva sociologica*, Roma, Roma Tre-Press, 2016, pp. 129-164; Id., *Populismo progressivo. Una riflessione sulla crisi della democrazia europea*, cit.

40. E. Laclau, *Populismo, rappresentazione e democrazia*, in Id., *La ragione populista*, (2005), Laterza, Roma-Bari, 2008, a cura di D. Tarizzo, pp. 149-163.

le nostre società. Il punto è che mentre, per Germani, il populismo è, come abbiamo visto, un *problema della democrazia*, per Laclau, invece, il populismo è la stessa democrazia, una forma radicale di democrazia. Si tratta di un mutamento significativo di prospettiva, che va letto in parallelo con il mutamento di forma della eterogeneità sociale, nel senso che oggi, rispetto alla realtà analizzata da Germani, le *masse eterogenee* non sono solo un settore, pur rilevante, della società, ma coprono e occupano l'intero spazio della società. Ecco perché, per Laclau, il populismo non è tanto, o non è più, un problema della democrazia, ma coincide con la stessa democrazia, perché in democrazia (in una democrazia senza ontologia, che è quella che coincide, secondo Laclau, con il populismo) si parla a tutti, e si ascolta tutti, e in certi casi, con certi settori, quelli eterogenei, appunto (soprattutto quando questi casi, e questi settori, si espandono, fino al punto di coprire e di occupare l'intero spazio della società), si può parlare solo utilizzando la logica della rappresentazione, perché solo la rappresentazione è capace di omogeneizzare una massa eterogenea, altrimenti non omogeneizzabile. Da Germani a Laclau, questo mi sembra il percorso argentino su questo tema, anche se qui Laclau introduce una novità rispetto a Germani, e la novità è che Laclau pone sì con forza il problema dell'unità politica (o dell'*integrazione*, per usare il linguaggio di Germani), ma pone anche, e contemporaneamente, il problema o la necessità di tenere sempre aperta questa unità. Da qui il tema della *trascendenza*<sup>41</sup>, un tema completamente assente in Germani, e il *significante vuoto*, che riprende da Lacan, così centrale nella sua teoria, non

rappresenta nient'altro che questo<sup>42</sup>, che mi sembra un reale passo in avanti rispetto al metodo sostanzialmente *teologico-politico* di Germani, perché il *teologico-politico* è necessario, ma insufficiente, questo è il punto veramente fondamentale della riflessione di Laclau, il reale punto di svolta del suo pensiero, il punto che lo separa non solo da Germani, ma anche da tutta la tradizione populista argentina. Ecco, in conclusione, l'importanza della svolta di Laclau rispetto alla prospettiva teologico-politica di Germani, perché è una svolta che conduce Laclau a pensare il problema dell'unità politica nel tempo eterogeneo in connessione al problema di come tenere sempre aperta questa unità, al fine di ridurre al minimo tutte quelle tensioni che si possono creare tra «*el estilo populista y la protección sustantiva de los derechos de las personas*»<sup>43</sup>, le quali non stanno *tutte e solo* dentro la politica, ma *in parte* preesistono ad essa.

## 5. Alla ricerca dei limiti del potere

Trascendenza e rappresentazione, questo è il nesso veramente importante della teoria del populismo di Laclau, nonché della sua intera prospettiva di ricerca. Ed è interessante notare come proprio Laclau, la punta più avanzata, e più interessante, del populismo *inclusivo* a livello mondiale, che pure con la nozione di trascendenza si approssima alle soglie della teoria dei limiti e del controllo del potere, non riesce tuttavia mai ad oltrepassare davvero questa soglia, e a pensare insieme Nomos, norma e trascendenza<sup>44</sup>, configuran-

41. Una critica di questo tema in T. Negri, *Un diálogo crítico y cercano*, in «Debates y Combates», n. 9, 2015, vol 2, pp. 71-85. Il problema, scrive Mouffe, di «questa ontologia immanentista sta nella sua incapacità di dar conto della negatività radicale, ovvero dell'antagonismo» (C. Mouffe, *Immanentismo contro negatività radicale*, in Id., *Il conflitto democratico*, a cura di D. Tarizzo, Mimesis, Milano-Udine, 2015, p. 97), del «carattere ineliminabile dell'antagonismo» (Ivi, p. 101). Ecco perché, secondo Mouffe, «occorre un approccio ontologico diverso. Non è possibile accogliere l'idea di negatività radicale senza abbandonare l'idea immanentistica di uno spazio sociale omogeneo, saturato, e senza riconoscere la funzione fondamentale dell'eterogeneità. Infatti, come evidenziato da Laclau, i due poli dell'antagonismo non appartengono allo stesso spazio di rappresentazione. Sono essenzialmente eterogenei. Ed emergono proprio da questa eterogeneità irriducibile» (Ivi, p. 98). Una critica a questa ontologia immanente di Negri era stata elaborata anche da Ernesto Laclau: E. Laclau, *¿Puede la immanencia explicar las luchas sociales? Crítica a Imperio*, in «Sociedad», n. 22, 2003, pp. 209-220. Sul rapporto tra Negri e Laclau cfr. il bel lavoro di R. Nunes, *Entre Negri e Laclau: los límites de la multitud*, in «Políticas de la Memoria», n. 16, 2015/16, pp. 39-49, nel quale si sostiene che «en definitiva, ambos autores plantean la divergencia en términos de una disyuntiva fundante entre immanencia (Negri) y transcendencia (Laclau)» (Ivi, p. 39).

42. «Un significante vuoto è, in senso stretto, un significante senza significato». Un significante che non è unito a nessun significato e rimane, «ciononostante, parte integrante di un sistema di significazione»: E. Laclau, *Perché i significanti vuoti interessano la politica?*, in Id., *Emancipazione/i*, op. cit., p. 53 (Su questo tema vedi anche il *Debate* tra E. Laclau e J. Alemán, *¿Por qué los significantes vacíos son importantes para la política?*, in J. Alemán, *Para una izquierda lacaniana .. Intervenciones y textos*, grama, Buenos Aires, 2009, pp. 89-11).

43. A. Salinas, *El populismo según Laclau: ¿hegemonía vs. derechos?*, in *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, 2012, n. 57, p. 189.

44. Così come sostiene con forza per esempio Emilio De Ipola, un importante intellettuale argentino. Laclau, scrive De Ipola, «reconoce que el movimientismo populista no es ni debe ser incompatible con el respeto a las instituciones, o que el rol del Líder, aun siendo fundamental, requiere que el sistema político mantenga el pluralismo como principio intocable. Sin duda, estas cláusulas precautorias introducen proposiciones que compartimos. Pero, si chiede De Ipola, ¿puede compartirlas el populismo? ¿Puede ser institucionalista, respetuoso de la ley, auténticamente pluralista y continuar llamándose "populismo"? No lo creemos: lo que el populismo de Laclau podría ganar en apertura de ideas, en respeto a las reglas institucionales y en apoyo al pluralismo, lo perdería en identidad»: E. De

do così un rapporto fecondo tra populismo e istituzionalismo, tra liberalismo e democrazia radicale<sup>45</sup>, perché per superare questa soglia è necessario sì dare risposta al problema (schmittiano) dell'ordine del mondo, ma è necessario anche *sovrapporre ad esso*, e *introdurre in esso*, qualcosa di altro, che dal di dentro o dall'alto lo metta permanentemente in discussione<sup>46</sup>. «Dal di dentro» e «dall'alto», *contemporaneamente*, questo è il punto fondamentale, «dal di dentro» (dove solamente la messa al centro del tema dell'individuo, della sua libertà *originaria*, della pluralità, del limite giuridico e morale del potere, distrugge l'idea di un potere illimitato nel mondo, come dirà in più occasioni Sturzo, e questo vale sia per lo Stato assoluto e panteista, che considera la società e la vita dei singoli come una appendice di esso, sia per una *certa* idea di sovranità popolare, che considera il popolo come «fonte assoluta di autorità e di sovranità»<sup>47</sup>) e «dall'alto» (dove solamente il tema della trascendenza fonda questa apertura dal di dentro, perché solo il pensiero di un oltre impedisce la assolutizzazione di qualunque forma politica, e rende vigili rispetto a progetti politici che si pretendono portatori di valori salvifici, che si presentano come misura di ogni pratica, e di ogni linguaggio). Unità/pluralità/istituzionalismo/trascendenza/trasformazione, questo è l'insieme, come ho sostenuto in uno scritto recente<sup>48</sup>, che costituisce una svolta, ma questo insieme va oltre *tutti* i popu-

lismi, e rappresenta una radicale alternativa ad essi, perché è solo approdando pienamente ad una cultura che, nei miei studi sull'Europa, ho definito *antiperfettista*<sup>49</sup>, che si possono ricavare materiali fondamentali per impiantare finalmente una *scienza critica della società contemporanea*, capace di restituire all'intero *movimento democratico* una nuova e rinnovata presa sull'*attualità*. Il fatto è che non si costruisce un'*alternativa nazionale* alla forma di autoritarismo che abbiamo di fronte senza un nuovo rapporto con il popolo, in quanto «i tentativi di trovare una via di fuga in una interpretazione meramente pragmatica della democrazia sono illusori, perché il potere e la legittimità della democrazia come sistema pragmatico continuano a dipendere perlomeno in parte dai suoi elementi redentori»<sup>50</sup>. Infatti, è illusorio pensare di estirpare il populismo dalla democrazia, semplicemente spogliando «la democrazia di tutti i suoi aspetti redentori e di sottolinearne il lato non messianico. Questa è la democrazia senza fondamenti, la democrazia come pratica politica espandibile, la democrazia dalla quale non dobbiamo aspettarci troppo [...]. Questo modo di interpretare la democrazia assomiglia al tentativo di far funzionare una Chiesa senza fede. In politica come nella religione, conclude Canovan, riprendendo ancora una volta la classificazione di Michael Oakeshott, la mancanza di fede tende a portare alla corruzione e cede terreno al revivalismo»<sup>51</sup>. E quindi «un

Ipola, *La última utopía. Reflexiones sobre la teoría del populismo de Ernesto Laclau*, in C. Hilb (a cura di), *El Politico y el Científico. Ensayos en homenaje a Juan Carlos Portantiero*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, p. 210.

45. Su questa tematica, crucialissima, cfr. S. Critchley, *¿Hay un déficit normativo en la teoría de la hegemonía?*, in S. Critchley e O. Marchart (a cura di), *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra* (2004), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, pp. 145-155; H. R. Leis e E. Viola, *El dilema de América del Sur en el siglo XXI: democracia de mercado con Estado de Derecho o Populismo*, in *Cadal (Centro para la apertura y el desarrollo de América Latina)*, 2009, n. 97, pp. 1-7; A. Salinas, *Populismo, democracia, capitalismo: La teoría política de Ernesto Laclau*, in *Crítica Contemporánea. Revista de Teoría Política*, 2011, n. 1; Id., *El populismo según Laclau: ¿hegemonía vs. derechos?*, cit.; G. Bustamante Kuschel, *Racionalidad populista versus democracia representativa*, in *Revista Cultura Económica*, 2012, n. 83, pp. 20-35; A. Salinas, *Emancipación y hegemonía populista en Laclau: tensiones y críticas desde el liberalismo*, in G. Lousteau (a cura di), *Sociedades mayoritarias o sociedades por consenso: ¿hacia un nuevo contrato social?*, The Democracy Papers n. 10, Charleston, SC: Inter American Institute for Democracy, 2014, pp. 109-140; H. Fair, *Lo ético-político en las democracias contemporáneas. Reflexiones críticas en torno al déficit normativo en la teoría de la hegemonía de Ernesto Laclau*, in *Revista CS en Ciencias Sociales*, 2014, n. 13, pp. 20-46; D. de Mendonça, *O limite da normatividade na teoria política de Ernesto Laclau*, in *Lua Nova*, 2014, n. 91, pp. 135-167, nei quali si trova anche una ricca bibliografia sul tema.

46. Critiche interessanti a questo Schmitt, alla teologia politica di Schmitt, in M. Tronti, *Il nano e il manichino. La teologia come lingua della politica*, Roma, Castelvechi, 2015.

47. L. Sturzo, *Il Partito popolare italiano*, I, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2003, p. 112.

48. Cfr. P. Serra, *Per una teoria del popolarismo*, in Istituto Luigi Sturzo, *Attualità del popolarismo?* (Atti Tavola rotonda, Roma Istituto Luigi Sturzo 5 luglio 2018), Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 59-71.

49. Cfr. P. Serra, *Europa e mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Ediesse, Roma, 2004; Id., *Hegel Heller Vico. Frammenti di un nomos europeo*, Roma, Aracne, 2009; Id., *Il problema dello Stato. Scienza giuridica e rapporto tra ordinamenti (Analisi critica di due modelli di relazione)*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, pp. 29-59; Id., *La funzione dello Stato. Scienza giuridica europea e rapporti tra ordinamenti*, Roma, Aracne, 2010.

50. Ed è proprio questa interpretazione pragmatica della democrazia che, conclude Canovan, «lascia spazio al populismo, che accompagna le democrazie come un'ombra» (M. Canovan, *Abbate fede nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, in *Trasgressioni*, 2000, n. 31, pp. 25-42, la citazione è tratta da p. 40).

51. M. Canovan, *Abbate fede nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., pp. 39-40

qualche grado di promessa di salvezza, tipica della democrazia redentrice, è effettivamente necessario per lubrificare il macchinario della democrazia pragmatica<sup>52</sup>, tanto che «persino dal punto di vista della politica pragmatica, le vitali prassi della capacità di risposta e della responsabilità faticano a crescere se mancano dell'energia fornita dal lato ispirante, mobilizzante e redentore della democrazia»<sup>53</sup>. Ma come deve essere il *lubrificatore*? In che cosa deve consistere l'energia fornita dal lato ispirante? Ovvero quale rapporto tra *redenzione* e *realizzazione*? Questo è il vero problema oggi della *teoria democratica*, perché se il *lubrificatore* della democrazia va rintracciato in una forma *tutta immanente* di redenzione<sup>54</sup>, in «una visione redentrice, imparentata con la famiglia delle ideologie moderne che promettono la salvezza attraverso la politica»<sup>55</sup>, la democrazia è destinata necessariamente a finire prima o poi nel populismo, e, in ogni caso, nelle sue vicinanze immediate, e in prossimità dei suoi punti nevralgici. Infatti, secondo Canovan, «le riflessioni sul populismo mettono in luce l'inevitabile ambiguità della democrazia. La tensione fra i suoi due volti è un perpetuo invito alla mobilitazione populista»<sup>56</sup>, e noi dobbiamo riflettere seriamente sulla pretesa populista di legittimità democratica in quanto realmente il populismo fa «affidamento su uno schema di legittimazione fornito dal concetto di potere popolare, cioè, in altre parole, da una certa idea di democrazia»<sup>57</sup>, perché «se non lo faremo, perderemo l'opportunità di trarre importanti lezioni sulla natura della democrazia»<sup>58</sup>. Qui, il discorso sul populismo si fa più complesso e, per certi versi, si allarga, perché è esattamente la presenza costante del populismo nelle democrazie consolidate che necessita una riflessione nuova sulla stessa democrazia, e, cioè, precisamente, sul rapporto, tra *democrazia* e *antropologia*, che è, oggi, il capitolo cruciale della *teoria democratica*<sup>59</sup>. Anche perché, nel frattempo, di fronte a noi ci sono «tutti gli ingredienti per delle esplosioni

catastrofiche», perché la crisi, come sosteneva acutamente Germani in uno dei suoi ultimi scritti della fine degli anni Settanta, «ha di nuovo messo in marcia il processo di marginalizzazione di settori finora incorporati nel sistema e ha frenato la vera o immaginaria ascesa sociale continua e normalmente attesa degli anni cinquanta e sessanta [...]. Da un lato frena l'incorporazione primaria, cioè un enorme settore della popolazione che rimane ancora, per molti aspetti, fuori o ai margini della società nazionale. A questa si aggiunga la possibile e ogni volta più autentica marginalizzazione di settori già incorporati, che ha posto fine alla possibilità dell'ascesa sociale, reale o fittizia», che le generazioni precedenti consideravano perfettamente normale. Insomma, «la crisi, una mescolanza di inflazione e stagnazione, sta mettendo fine a queste speranze e ha creato in cambio una situazione opposta di paura e angoscia per l'avvenire. I giovani specialmente, i gruppi meno favoriti della popolazione e i vari settori delle classi medie e degli strati superiori degli operai temono per il loro impiego e per il valore del loro salario. L'interruzione della crescita reale (necessaria per soddisfare le aspirazioni) sta creando una nuova frattura nelle società avanzate o in via di sviluppo: la parte della popolazione già incorporata nel sistema e che lotta per rimanerci (impiego, salario, domicilio, qualità della vita), e quelli che sono rimasti fuori e che avendo tutti i requisiti per esservi ammessi (educazione ed attitudini specialmente) non lo possono essere perché il sistema ha smesso di espandersi. Dato che come sopra accennato, una parte di coloro che sono già inseriti probabilmente verrà espulsa dal sistema (se non si verifica una inversione di tendenza), si creano tutti gli ingredienti per delle esplosioni catastrofiche. Ancora una volta sono gli "anelli" più deboli dei Paesi industrializzati quelli che si trovano in maggior pericolo [...], e che possono mettere a dura prova non solo la propria democrazia ma anche l'equilibrio mondiale»<sup>60</sup>.

52. M. Canovan, *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., p. 35.

53. M. Canovan, *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., p. 34.

54. Perché se «il contenuto della promessa della democrazia redentrice è il potere al popolo», «sfortunatamente, questa promessa è in profondo e inevitabile conflitto con la democrazia vista alla fredda luce del pragmatismo, e lo scarto tra le due è un fecondo terreno di coltura per la protesta populista» (M. Canovan, *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., p. 35).

55. M. Canovan, *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., p. 33.

56. M. Canovan *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit., p. 40.

57. M. Canovan *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit. p. 28.

58. M. Canovan *Abbiat fedel nel popolo! Il populismo e i due volti della democrazia*, cit. p. 29.

59. Su questa tematica rimando a P. Serra, *Democrazia e antropologia*, in Id., *Trascendenza e politica. Struttura dell'azione sociale e democrazia*, Roma, Ediesse, 2012, pp. 11-20.

60. G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, cit. p. 26.

# Populismo e diritto.

## Dialogando con Enrico Scoditti

di Barbara Randazzo

Il *vulnus* alla Costituzione, sia sul fronte dei diritti degli immigrati che sul fronte del diritto penale, può e deve essere combattuto con le armi che la stessa Costituzione fornisce in sua difesa, senza assunzione di compiti anomali da parte della magistratura, con la consapevolezza tuttavia che i populismi politici paiono uno dei sintomi della crisi dei sistemi democratici travolti dalla globalizzazione, e non soltanto mere forme di regressione della civiltà occidentale, a cui guardare come stimoli in vista della correzione dei difetti dei sistemi democratici.

**1.** Affrontare una riflessione sul rapporto tra populismo e diritto – per quanto limitata e senza pretese – obbliga a fermare lo sguardo per qualche istante sul suo orizzonte (non solo concettuale)<sup>1</sup>.

Essa tocca al fondo il rapporto tra *politica* e *diritto*, incrocia una molteplicità di questioni costituzionali, a loro volta oggetto di ampio dibattito<sup>2</sup>: la crisi della democrazia rappresentativa, della partecipazione democratica, dei partiti politici, del *welfare state*, soltanto per ricordarne alcune.

La riflessione neppure può sfuggire alla constatazione del precario stato di salute della *politica* che, per dirla con Agamben, da tempo sembra aver smarrito la consapevolezza del suo *proprium* lasciandosi “contaminare” dal diritto<sup>3</sup>. E pure quest’ultimo non versa in migliori condizioni di salute: la globalizzazione ne ha investito la cultura, il linguaggio e le categorie, rendendoli progressiva-

mente più simili a gusci vuoti, simulacri di un nobile e antico passato.

Lo iato tra *diritto* e *vita* generato dalle trasformazioni epocali discendenti dagli straordinari sviluppi tecnologici tocca la dimensione spazio-temporale e la natura di tutte le azioni e le relazioni umane, giungendo financo al cuore della questione antropologica (si pensi all’impatto della biogenetica, all’applicazione degli algoritmi e dell’intelligenza artificiale).

Élites intellettuali e classi politiche paiono in prevalenza distratte o in disarmo, “schiacciate” dalla gravità delle sfide o forse dalla sottovalutazione dei fenomeni ad esse correlati.

Anche i cultori del diritto faticano ad orientarsi in questo inedito contesto, in cui la “positività” del diritto statutale è messa sotto scacco da una più “efficiente” *liquidità* del diritto globale<sup>4</sup>. Dal canto loro internazionalisti, cultori del diritto europeo, costituzionali-

1. Sul quale si rinvia al limpido testo introduttivo di Enrico Scoditti, *Populismo e diritto. Un’introduzione* in questo fascicolo.

2. Si v. gli Atti del convegno AIC, *Democrazia, oggi*, svoltosi a Modena, 10-11 novembre 2017, ed in particolare le relazioni conclusive di A. D’Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, n.1/2018 e di L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018.

3. Scrive G. Agamben (in *Lo Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003): «La politica ha subito una durevole eclisse perché si è contaminata col diritto, concependo se stessa nel migliore dei casi come potere costituente (cioè violenza che pone il diritto) quando non si riduce semplicemente a potere di negoziare col diritto. Veramente politica è, invece, soltanto quell’azione che recide il nesso fra violenza e diritto.» p. 112.

4. In argomento cfr. G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, Rappresentanza, Territori. Atti del XXXI Convegno annuale AIC, Trento 11-12 novembre 2016*, Jovene, Napoli, 2017.

sti e comparatisti hanno dedicato spazi di riflessione condivisa alla ricerca di un “diritto comune” in grado di restituire i lineamenti di un ordine globale.

Smarrito il paradigma di *validità* formale del diritto, ci si rivolge alla sostanza, l'*efficacia* (saldata all'*effettività*)<sup>5</sup>, con tutte le conseguenze che ne discendono in termini di garanzie (legalità, certezza, giustiziabilità).

Le trasformazioni in atto investono la forma di Governo ed esigono la ridefinizione dei confini tra i *poteri*, inducono altresì a riconsiderare la nozione stessa di potere. Grandi multinazionali, mercati finanziari, agenzie di *rating*, autorità indipendenti, potenti *law firms* sottraggono decisioni alle istituzioni politiche, sfilandole dal circuito democratico<sup>6</sup>. Difficile in tal guisa approntare adeguati limiti, *checks and balances*, a poteri “sfuggenti”, che minacciano in radice i principi fondanti del costituzionalismo, *in primis* la separazione dei poteri e la *rule of law*.

I più attrezzati culturalmente potrebbero essere tentati di osservare che non v'è nulla di nuovo in tutto ciò<sup>7</sup>, invocando i corsi e i ricorsi storici di vichiana memoria. Può darsi che abbiano ragione, eppure vi è chi vi intravede un che di potenzialmente dirompente<sup>8</sup>.

**2.** Questo l'orizzonte nel quale si iscrive il diritto oggi e che costituisce il terreno fertile di coltura in cui negli ultimi anni sono fioriti movimenti politici, tra loro assai eterogenei – anche in ragione dell'area geo-culturale di riferimento (europea, nordamericana, sudamericana) – che si suole ricondurre alla poli-semantica nozione di populismo.

Sebbene in tali movimenti siano riconoscibili tratti delle elaborazioni del pensiero giuridico del secolo scorso<sup>9</sup> – come l'idea di “capo”, di *leader* carismatico che interpreta lo “spirito del popolo”, di popolo assunto in chiave identitaria, come Nazione,

contrapposto agli stranieri e all'*establishment* corrotto, opportunistico ed autoreferenziale – pur tuttavia, com'è stato opportunamente sottolineato, gli attuali populismi esprimono in realtà un nuovo *cleavage* insorto con la globalizzazione e l'integrazione europea che registra l'emersione di *populismi di destra* (nazionalisti, contrari all'immigrazione) e *di sinistra* (contrari al mercato globale, alle liberalizzazioni che pregiudicano *welfare* e servizi pubblici)<sup>10</sup>.

E a livello nazionale troviamo, infatti, ben rappresentati entrambi i versanti, accomunati dalla critica alle istituzioni democratiche, ai cd. “poteri forti”, ai poteri di garanzia; dalla valorizzazione degli istituti di democrazia diretta; da una comunicazione politica volta a suggestionare più che ad informare e persuadere razionalmente; da *leaders* carismatici interpreti autentici della *vox populi*<sup>11</sup>.

Si comprenderanno allora le ragioni per le quali non pare condivisibile, se ben la si è compresa, la prospettiva ideologico-culturale che sembra sottesa alle considerazioni conclusive di Enrico Scoditti nella sua bella introduzione (*Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo).

Dall'incapacità di mediazione della politica, dalla sua perdita di «capacità di formare il proprio popolo», dal suo venir meno alla funzione di civilizzazione, divenendo «espressione di disagio e rancore sociale»<sup>12</sup> si fa discendere una sorta di “chiamata” rivolta ai giuristi:

«Gli uomini del diritto potrebbero entrare in una terra irta di ostacoli e dalla luce opaca, nella quale assolvere con convinzione ma anche con nuove responsabilità i propri compiti. Almeno finché non sia tornato il tempo della politica e di una nuova civilizzazione».

Ma gli uomini del diritto da tempo abitano «una terra irta di ostacoli e dalla luce opaca»! Confesso perciò il brivido che mi ha attraversato al pensiero

5. A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 106.

6. Cfr. ancora A. Algostino, *Op. cit.*, pp. 98 ss e M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 1996, pp. 164 ss.

7. E in effetti le pagine di F. Calasso (in *Medio evo del diritto. I. Le fonti*, Giuffrè, Milano, 1954) sembrano di grande attualità.

8. Si v. Y.N. Harari, *From Animals into Gods: A Brief History of Humankind* (2011), trad. it. *Sapiens. Da Animali a dèi. Breve storia dell'umanità*, Bompiani, 2014 e Id., *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow* (2015), trad. it. *Homo Deus. Breve storia del futuro*, Bompiani, Milano, 2017.

9. Invero già G. Le Bon (in *Psychologie des foules - 1895*, trad. it. *Psicologia delle folle. Un'analisi del comportamento delle masse*, TEA, Milano, 1970) individuò gli elementi che divennero rappresentativi dei populismi attraverso l'osservazione del comportamento delle folle.

10. M. Manetti, *Costituzione, Partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, p. 2.

11. Si v. ancora, tra i molti contributi in argomento, più di recente V. Baldini, *Populismo versus democrazia costituzionale. In “dialogo” con Andreas Voßkuhle...*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018; P. Ciarlo, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018; L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, cit., M. Manetti, *op cit.*

12. Ancora E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, cit.

dell'ennesima *supplenza* degli “uomini del diritto” alla politica: ho rivisto i costituzionalisti scrivere documenti di centinaia di pagine sulle possibili riforme costituzionali; li ho visti dividersi in due schieramenti contrapposti nella stagione del *referendum* costituzionale da poco archiviata. Ho ripercorso in un istante la stagione di Tangentopoli, la “Seconda Repubblica”, e la “Terza”<sup>13</sup>, domandandomi se gli “uomini del diritto” cui si rivolge la “chiamata” fossero in realtà solo i magistrati e se si auspicasse l'apertura di una nuova stagione di reazioni contro il populismo di Salvini e di Di Maio-Grillo, analoghe a quelle messe in atto contro altri populismi, quelli di Bossi, di Berlusconi, di Renzi.

**3.** Il *vulnus* alla Costituzione di cui oggi si discute, sia sul fronte dei diritti degli immigrati<sup>14</sup> che sul fronte del diritto penale<sup>15</sup>, può e deve essere combattuto con le armi che la stessa Costituzione fornisce in sua difesa.

L'indebolimento delle istituzioni nazionali ad opera della globalizzazione e dell'integrazione europea non ha toccato il potere giudiziario, il quale trae forza da una collaudata rete internazionale<sup>16</sup>. Non è dunque ingenuo ritenere che esso sia già tecnicamente ben attrezzato per difendere la Costituzione, senza che si invocino compiti e responsabilità straordinarie.

La garanzia della soggezione del giudice (soltanto) alla *legge*, infatti, non può che essere intesa nel quadro delle garanzie poste a presidio della Costituzione, della sua rigidità, *in primis* il *judicial review of legislation*<sup>17</sup>.

Il giudice pertanto non è affatto obbligato ad applicare in ogni caso la legge incostituzionale, al contrario, egli è tenuto semmai a sollevare il relativo dubbio di costituzionalità dinanzi al Giudice delle leggi allorché non sia in grado di risolvere in via interpretativa il contrasto con la Costituzione, secondo la celebre sentenza n. 356 del 1996, in modo che la Corte costituzionale possa espungere definitivamente dall'ordinamento la norma incostituzionale con effetti *ex tunc* ed *erga omnes*<sup>18</sup>.

Se è la *passione civile* a suscitare la preoccupazione del magistrato, allora andrebbe ricordato ch'essa trova nella garanzia dell'indipendenza il proprio limite<sup>19</sup>. Le giurisprudenze costituzionali ed europee fanno discendere proprio dal principio di imparzialità e di indipendenza l'obbligo per il giudice di essere e di apparire tale.

Nessuna forma di *supplenza* della politica può dirsi perciò compatibile con questa imprescindibile garanzia, salvo ritenere che sia possibile svincolare la interpretazione dei due commi dell'articolo 101 della Costituzione: reinterprestando il rapporto tra il giudice e la sovranità popolare a prescindere dalla mediazione formale della legge, vale a dire ancorandolo direttamente al consenso popolare impropriamente forzando il senso dell'inciso «*in nome del popolo*» contenuto nel primo comma.

Ci troveremmo però al cospetto di un altro tipo di populismo, quello *giudiziario*: fenomeno che ricorre, infatti, «tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (...) al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non

13. Per una compiuta ricostruzione si v. E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblica*, Laterza, Bari-Roma, 2018, pp. 241 ss.

14. Con la emblematica vicenda della Nave Diciotti, sulla quale si rinvia agli scritti di L. Masera pubblicati in questa *Rivista on line*, [www.questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti\\_29-01-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti_29-01-2019.php).

15. Nel limpido affresco di V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in questo fascicolo.

16. S. Cassese, *Chi governa il mondo?*, Il Mulino, Bologna, 2013.

17. Nella storica sentenza *Marbury v. Madison*, U.S. 137 (1803), si legge, infatti: «[...] *if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. Those, then, who controvert the principle that the Constitution is to be considered in court as a paramount law are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the Constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written Constitutions.*».

18. In argomento si v. V. Onida, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 503 ss.

19. L. Saraceni, *Un secolo e poco più*, Sellerio, Palermo, 2019.

addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale»<sup>20</sup>. Un magistrato-tribuno, un magistrato-sacerdote, paladino della giustizia, interprete degli interessi dell'*altra parte* del popolo, quella (ritenuta) *buona, sana*.

E in tale ottica, il magistrato può contare proprio sulla crisi della legge, del *diritto politico-legislativo*, può sfruttare abilmente i varchi aperti dai principi della Costituzione repubblicana<sup>21</sup>, dalla globalizzazione e di quelli aperti dall'integrazione europea che gli consentono financo di "non applicare" la legge incompatibile col diritto europeo.

È allora la stessa inclusione della giurisprudenza (il cd. *diritto giurisprudenziale*) tra le fonti del diritto a rendere urgente il ripensamento delle garanzie costituzionali, perché i rischi del *populismo giudiziario*, di qualsiasi natura esso sia, paiono più devastanti di quelli connessi al *populismo politico*<sup>22</sup>.

**4.** In conclusione, pur senza arretrare di un passo rispetto all'esigenza di protezione dei diritti fondamentali, patrimonio comune "indisponibile" del costituzionalismo, e pur vigilando con la massima attenzione sulle derive sempre possibili dei populismi politici, non può obliterarsi che essi paiono uno

dei *sintomi* della crisi dei sistemi democratici travolti dalla globalizzazione, non soltanto *mere forme di regressione* della civiltà occidentale.

Il cambio di prospettiva, non è banale. Può essere pericoloso, infatti, indulgere alla tentazione di colpire l'ultimo bersaglio politico a tiro, la cui sconfitta non può che essere scontata, con l'illusione di contribuire a ripristinare in tal guisa il tessuto sfilacciato della democrazia. Le cellule cancerogene che affliggono i sistemi democratici, intanto, continuano a riprodursi indisturbate, lontane dal "circo mediatico-giudiziario".

Si potrebbero invece rinvigorire *alleanze* tra le diverse componenti della comunità degli "uomini del diritto": magistratura, avvocatura e accademia, affinché nessuna componente possa sentirsi isolata o costretta ad una sovraesposizione; e, al contempo, ciascuna faccia responsabilmente la sua parte.

La riflessione scientifica su populismo e diritto andrebbe dunque condotta con la prospettiva di comprendere (non di giudicare) le *ragioni* e i *sentimenti* che finiscono con il nutrire i movimenti populistici, assumendo tali fenomeni come *stimoli* in vista della correzione dei difetti dei sistemi democratici.

Senza paura, senza allarmismi, con la serenità di chi cerca di fare bene il suo mestiere.

20. Così G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 105.

21. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979, pp. 29 ss.

22. E. Bruti Liberati, *Magistratura e società...*, cit., p. 333.



# Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo

di Giuseppe Martinico\*

In questo lavoro verranno sviluppate tre considerazioni relative al rapporto fra populismo e costituzionalismo. La prima riflessione è relativa all'uso di categorie proprie del costituzionalismo da parte dei populistici. Il secondo punto concerne le strategie seguite dai populismi di governo, che verranno descritte attraverso due parole-chiave: "mimetismo" e "parassitismo". Il terzo punto, infine, riguarda la validità analitica del cd. "costituzionalismo populista".

## 1. Finalità e struttura dello scritto

Ci sono varie ragioni che rendono lo scenario italiano di sicuro interesse per gli studiosi dei populismi. Se ne menzionano tre: 1) innanzitutto, abbiamo a che fare con un "populismo di Governo"<sup>1</sup>, parte di una tendenza sempre più crescente a livello globale; 2) è un populismo "autodichiarato"; sia Salvini<sup>2</sup> sia Conte<sup>3</sup>, infatti, si sono definiti orgogliosamente populistici in più occasioni; 3) si tratta, in realtà, di un Governo che è incontro fra due populismi, con agende

politiche molto diverse<sup>4</sup>, uniti nella retorica del "contratto"<sup>5</sup>, ma divisi su molti punti (infrastrutture e migrazioni, ad esempio) e, non a caso, in permanente campagna elettorale. Quest'ultimo punto conferma una delle caratteristiche dei populismi: la loro "costitutiva ambiguità"<sup>6</sup>.

Allo stesso tempo, come autorevoli studiosi hanno sostenuto, sarebbe un errore pensare che lo scenario italiano sia il prodotto di un'improvvisa ondata populista<sup>7</sup>. Il fenomeno ha radici lontane e la stessa immagine del contratto, del resto, era stata già in

\* L'Autore ringrazia Paolo Addis, Giacomo Delle Donne, Matteo Monti, Costanza Margiotta, Fabio Pacini e Marta Simoncini per i commenti. Questo articolo è parte del progetto legato al modulo Jean Monnet "Eur.Publ.IUS" (European Public Law-IUS), [www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius](http://www.santannapisa.it/it/ricerca/progetti/jean-monnet-module-european-public-law-ius-eurpublius).

1. M. Anselmi, P. Blokker e N. Urbinati (a cura di), *Populismo di lotta e di governo*, Feltrinelli, Milano, 2018.

2. *Salvini, sono orgogliosamente populista*, 30 dicembre 2017, [www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2017/12/30/salvini-sono-orgogliosamente-populista\\_3c6ae45b-134c-4945-a3c3-4e10056764b4.html](http://www.ansa.it/sito/notizie/topnews/2017/12/30/salvini-sono-orgogliosamente-populista_3c6ae45b-134c-4945-a3c3-4e10056764b4.html).

3. *Giuseppe Conte: Populisti? Lo siamo, se questo significa ascoltare la gente*, 5 giugno 2018, [www.secoloditalia.it/2018/06/conte-populisti-lo-siamo-se-questo-significa-ascoltare-la-gente/](http://www.secoloditalia.it/2018/06/conte-populisti-lo-siamo-se-questo-significa-ascoltare-la-gente/).

4. G. Orsina: *Sono populismi diversi, i 5S vogliono la democrazia diretta, la Lega è sovranista*, 10 settembre 2018, [https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2018/09/10/news/orsina\\_sovranismo\\_svezia\\_populismo\\_di\\_mai\\_salvini-206105337/](https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2018/09/10/news/orsina_sovranismo_svezia_populismo_di_mai_salvini-206105337/).

5. F. Di Marzio, *La politica e il contratto*, Donzelli, Roma, 2018.

6. Y. Mény e Y. Surel, *The Constitutive Ambiguity of Populism*, in Y. Mény, Y. Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave, Londra, 2002, P. 1.

7. M. Tarchi, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2018; G. Orsina, *Democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Marsilio, Venezia, 2018; E. Galli della Loggia, *Speranze d'Italia. Illusioni e realtà nella storia dell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2018. M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017. I. Diamanti e M. Lazar, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

precedenza richiamata<sup>8</sup>. L'ambizione di questo breve scritto non è quello di offrire una panoramica esaustiva, ma di sviluppare tre considerazioni sul rapporto fra populismo e costituzionalismo. Del resto, esiste una letteratura immensa sui populismi e anche i costituzionalisti si sono avvicinati al tema negli ultimi anni. La prima riflessione riguarda l'uso di categorie proprie del costituzionalismo da parte dei populistici. Il secondo punto concerne le strategie seguite dai populismi di governo che verranno analizzate alla luce di due parole chiave: mimetismo e parassitismo. Il terzo punto, infine, "farà i conti" con la validità analitica del cd. "costituzionalismo populista".

## 2. Un inquadramento teorico: oltre un approccio meramente oppositivo

Come ha rilevato Corrias<sup>9</sup>, nell'Europa continentale solo recentemente costituzionalisti e comparatisti hanno affrontato il tema in maniera, per così dire,

organica<sup>10</sup> e quando lo hanno fatto spesso hanno concepito il rapporto fra populismo e costituzionalismo in termini meramente oppositivi. Molto diverso è il discorso per i politologi e i sociologi che hanno dato un contributo notevole, soprattutto in termini definitivi<sup>11</sup>, scontrandosi con le difficoltà riscontrate già da Berlin che non a caso parlò di "paradosso di Cenerentola" per descrivere l'ambiguità del fenomeno populista<sup>12</sup>.

Parzialmente distinto è il discorso per i teorici e filosofi del diritto<sup>13</sup> che hanno, anche di recente, evidenziato le differenze esistenti nell'approccio al tema nella letteratura anglo-americana e in quella europea continentale. In relazione al contesto anglo-americano<sup>14</sup>, è stato evidenziato come il dibattito su populismo e costituzionalismo sia stato analizzato con riferimento alla nota contrapposizione fra costituzionalismo "legal" e "political/popular"<sup>15</sup>. Se in questo ambito il filo conduttore del dibattito è stato indubbiamente la complessa questione del *judicial review*<sup>16</sup>, nell'Europa continentale la possibilità del controllo di costituzionalità delle leggi è un dato non solo pacifico,

8. Si vedano le considerazioni di M. Revelli, *Populismo* cit.

9. «Constitutional theorists have not devoted a lot of attention to the phenomenon of populism [...] There may be two interpretations of this silence. Either constitutional theory has nothing to say about populism, in which case the silence is justified, or constitutional theory does have something to say, in which case the silence is unjustified and (potentially) problematic», L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6.

10. Esistono, ovviamente, le eccezioni: C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 5. Si veda anche il XXXII convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) svoltosi a Modena il 10 e 11 novembre 2017 e dedicato al tema «Democrazia, oggi», i cui atti sono disponibili nella sezione «Eventi AIC» del sito della *Rivista AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)). Sul rapporto fra diritto e populismo si veda da ultimo: E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.

11. Y. Mény e Y. Surel, *Populismo e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004; Y. Mény e Y. Surel (eds.), *Democracies* cit.; J. W. Müller, *What is populism?* University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016. M. Canovan, *Populism*, Harcourt Brace Javonovich, New York, 1981; M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 1999, p. 2; E. Laclau, *On Populist Reason*, Verso, Londra, 2005; K. Abts e S. Rummens, *Populism versus Democracy*, in *Political Studies*, 2007, p. 407; N. Urbinati, *Democracy and Populism*, in *Constellations*, 1998, p. 110; C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo e Pierre Ostiguy, *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford University Press, Oxford, 2017. Per una panoramica del dibattito si veda: V. Pazé, *Il populismo come antitesi della democrazia*, in *Teoria politica*, 2017, p. 111.

12. Berlin scrisse: «That there exists a shoe – the word 'populism' – for which somewhere there must exist a foot. There are all kinds of feet which it nearly fits, but we must not be trapped by these nearly-fitting feet. The prince is always wandering about with the shoe; and somewhere, we feel sure, there awaits it a limb called pure populism. This is the nucleus of populism, its essence» I. Berlin, *To Define Populism*, 1967, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>.

13. *In primis* L. Corso, *What does Populism have to do with Constitutional Law? Discussing Populist Constitutionalism and its Assumptions*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2014, p. 443.

14. Per esempio J. Balkin, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *Yale Law Journal*, 1995, 1935; A. R. Amar, *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism and Populism*, in *Fordham Law Review*, 1997, p. 1657; J. Bell, *Populism and Elitism. Politics in the Age of Equality*, Regnery Gateway, Washington, 1992.

15. R. Bellamy, *Political constitutionalism: a Republican Defence of Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; C. Mac Amhlaigh, *Putting Political Constitutionalism in Its Place*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 175; P. Minkinen, *Political Constitutional Theory vs Political Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 585; M. Tomkins, *In Defence of the Political Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, p. 157.

16. Su questo dibattito si veda almeno: M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from The Court*, Princeton University Press, Princeton, 1981; M. Tushnet, *Abolishing Judicial Review*, in *Constitutional Commentary*, 2011, p. 581; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *Yale Law Journal*, 2006, p. 1346.

ma in molti casi addirittura costituzionalizzato. Questo spiega la peculiarità del caso europeo rispetto alle categorie utilizzate nello scenario anglo-americano (soprattutto in quello statunitense)<sup>17</sup>. Ciò ovviamente non esclude margini per una feconda comparazione, e alcune recenti pubblicazioni sembrano suggerirla<sup>18</sup>; tuttavia, in questo breve scritto si guarderà solo al contesto europeo.

Se una definizione di populismo risulta complessa, si possono comunque trovare degli elementi comuni che, con Barberis<sup>19</sup>, identifichiamo nei seguenti: “l’appello al popolo”, “l’espulsione dal ‘popolo’ di un nemico”, la “personalizzazione”, la “mediatizzazione” e la “semplificazione”<sup>20</sup>. Vanno ricordate in questo senso anche le importanti riflessioni di Mény e Surel<sup>21</sup> sulla “non-mediazione” come caratteristica dei populismi, per non parlare dell’opposizione fra la maggioranza “virtuosa” e le élite “corrotte”, a cui vengono ricondotte – spesso – tutte le minoranze. Recentemente Voßkuhle ha riflettuto su questo aspetto, sottolineando la natura non pluralista del concetto di democrazia supportato dai populistici<sup>22</sup> e, ancora prima, Müller aveva spiegato in termini schmittiani la contrapposizione (amico-nemico) fra maggioranza e minoranza nell’ottica dei movimenti populistici<sup>23</sup>. Andando contro una lettura meramente oppositiva del rapporto fra costituzionalismo e populismo è stato detto che, in fondo, anche il populismo «contains a (largely implicit) constitutional theory»<sup>24</sup>, che rimanda, non a caso, ad elementi presenti nella tradizione rivoluzionaria e che, nel suo permanente appello al popolo, finisce anche per

«occupy the space of the constituent power», come ha scritto Arato<sup>25</sup>.

Del resto, i populismi fanno continuo uso di categorie proprie del costituzionalismo: popolo, maggioranza, sovranità, democrazia, solo per citare alcuni esempi.

Proprio questo elemento ci permette di sottolineare l’inadeguatezza – da un punto di vista metodologico – di un approccio puramente “manicheo” al tema del rapporto fra costituzionalismo e populismo. Allo stesso tempo, ciò rivela l’insidia della sfida populista (specie nel caso dei populismi di governo) che tende, come si vedrà nel successivo paragrafo, a presentarsi, in prima battuta almeno, come compatibile con la struttura delle democrazie costituzionali, salvo poi tentare di alternarne il nucleo essenziale.

### 3. L’insidia populista fra mimetismo e parassitismo

Volendo riassumere l’approccio seguito dai populismi al testo costituzionale si cercherà di farlo utilizzando i concetti di “mimetismo”<sup>26</sup> e “parassitismo”<sup>27</sup>.

Con “mimetismo” si fa riferimento alla strategia perseguita nel non porsi in completa antitesi con il testo costituzionale, cercando anzi di apparire conformi a quest’ultimo e tentando, quindi, di legittimarsi. Si tratta di un elemento che conferma la correttezza della scelta di un approccio non puramente oppositivo fra costituzionalismo e populismo. I populistici, in altre parole, nel presentarsi come compatibili con la

17. L. Corso, *What does Populism* cit., p. 443.

18. M. A. Graber, S. Levinson e M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018; W. A. Galston, *Anti-Pluralism: The Populist Threat to Liberal Democracy*, Yale University Press, New Haven, 2018; T. Ginsburg e A. Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago University Press, Chicago, 2018.

19. M. Barberis, *Europa, rinoceronti e populismo*, 2018, <http://temi.repubblica.it/micromega-online/europa-rinoceronti-e-populismo/>.

20. *Ibidem*.

21. Y. Mény e Y. Surel, *Populismo* cit.

22. A. Voßkuhle, *Demokratie und Populismus*, in *Der Staat*, 2018, p. 119.

23. J. W. Müller, *What* cit.

24. L. Corrias, *Populism* cit.

25. A. Arato, *How we got here? Transition Failures, their Causes, and the Populist Interest in the Constitution*, 2017, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3116219](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3116219).

26. «Mimesis is an ambiguous term. It is at the same time cognition and evaluation. Its cognitive result is imitation. There is no imitation without difference. To describe an object in terms of mimesis is to acknowledge that there is no identity. It is not the thing itself. We call toy animals realistic, but not a zoo. If mimetic imitation were to be wholly at one with what it represents, it would cease to be a representation», B. Hüppauf, *Camouflage and Mimesis: The Frog between the Devil’s Deceptions, Evolutionary Biology, and the Ecological Animal*, in *Paragrana Internationale Zeitschrift für Historische Anthropologie*, 2015, p. 132. Sul concetto di “mimesi” si veda anche: G. Mormino, *Per una teoria dell’imitazione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016, p. 75.

27. Scrivono di parassitismo N. Urbinati, *Democracy* cit. e T. Fournier, *From rhetoric to action: a constitutional analysis of populism*, in *EUI Working Paper* n. 08/2018, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/51725>.

Costituzione cercano di appropriarsi di alcuni suoi concetti, proponendo allo stesso tempo una interpretazione alternativa.

Per capire cosa si intenda con mimetismo in questo scritto conviene richiamare al testo del discorso pronunciato alle Nazioni Unite dal presidente del Consiglio Giuseppe Conte lo scorso 26 settembre 2018:

«Quando qualcuno ci accusa di sovranismo e populismo amo sempre ricordare che sovranità e popolo sono richiamati dall'Articolo 1 della Costituzione italiana, ed è esattamente in quella previsione che interpreto il concetto di sovranità e l'esercizio della stessa da parte del popolo. Tale impostazione non modifica la tradizionale posizione dell'Italia all'interno della comunità internazionale e di conseguenza nei confronti delle Nazioni Unite. Sicurezza, difesa della pace e dei valori che meglio la preservano, promozione dello sviluppo e dei diritti umani sono obiettivi che condividiamo e vogliamo continuare a perseguire con coraggio e convinzione, dal piano nazionale a quello globale»<sup>28</sup>.

Si può notare in queste battute il tentativo di legittimare populismo e sovranismo dinanzi alla Costituzione. Allo stesso tempo, si deve sottolineare anche l'interpretazione, forzata e selettiva, dell'articolo 1 della Costituzione italiana. Non viene (forse volutamente), infatti, richiamato il restante testo della disposizione che, come noto, si sofferma sulle "forme" e i "limiti" previsti dalla Costituzione in cui la sovranità popolare va esercitata. Tornano qui le riflessioni di Corrias sull'uso delle categorie proprie del costituzionalismo da parte dei populistici che, come già scritto in precedenza, procedono alla creazione di una narrazione costituzionale alternativa<sup>29</sup>.

Un altro esempio eclatante è quello ungherese, in cui il concetto di democrazia viene riletto sganciandolo dal patrimonio liberale, nell'affermazione del contro-concetto (secondo molti un ossimoro) di "il-liberal democracy"<sup>30</sup>. Conviene prestare attenzione al linguaggio utilizzato dal presidente Viktor Orbán in un discorso dato nel 2015:

«Honorable Ladies and Gentlemen

In order to be able to do this in 2010, and especially these days, we needed to courageously state a sentence, a sentence that, similar to the ones enumerated here, was considered to be a sacrilege in the liberal world order. We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy. Moreover, it could be and needed to be expressed, that probably societies founded upon the principle of the liberal way to organize a state will not be able to sustain their world-competitiveness in the following years, and more likely they will suffer a setback, unless they will be able to substantially reform themselves»<sup>31</sup>.

Anche qui un altro dei pilastri del costituzionalismo – il concetto di democrazia – viene riletto (se non stravolto) nella costruzione di una contro-narrazione costituzionale. Ha ragione in questo senso Blokker quando evidenzia che «while populism ought to be understood as a rejection of liberal constitutionalism, it equally constitutes a competing political force regarding the definition of constitutional democracy»<sup>32</sup>.

Proprio il rigetto del costituzionalismo liberale si collega inscindibilmente a quello svuotamento concettuale delle categorie proprie del costituzionalismo che viene sistematicamente perseguito dai populismi di governo. Queste considerazioni ci conducono all'analisi della seconda strategia perseguita dai populistici. Su questa scia, infatti, è stato suggerito che il populismo si alimenta delle categorie e delle opportunità offerte dal costituzionalismo per alterare le gerarchie – valoriali e giuridiche – delle democrazie costituzionali. Ha spiegato bene questo fenomeno, ad esempio, Fournier secondo cui «the relation between populism and constitutional democracy is comparable to a process of parasitism where constitutional democracy would be the host and populism the parasite»<sup>33</sup>.

Questo si nota particolarmente bene analizzando il rapporto fra il principio democratico e gli altri principi delle democrazie costituzionali (protezione delle minoranze, *rule of law*, solo per citarne solo alcuni). Nelle parole di Fournier: «Populist rhetoric

28. Qui il testo (e il video) del discorso di Giuseppe Conte alle Nazioni Unite: [www.governo.it/media/intervento-del-presidente-conte-al-lassemblea-generale-onu/10051](http://www.governo.it/media/intervento-del-presidente-conte-al-lassemblea-generale-onu/10051).

29. Si vedano anche gli esempi fatti da F. Palermo, *Il sacro dovere e la sua torsione populista*, 2019, [www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS\\_ITEM:4607?fbclid=IwAR3R21CuCYW0sjLllv6xuZptrkRdEhT-q9kxK4fbxNm16qoiY\\_Xu9mNlSjS](http://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:4607?fbclid=IwAR3R21CuCYW0sjLllv6xuZptrkRdEhT-q9kxK4fbxNm16qoiY_Xu9mNlSjS).

30. Per una panoramica su questo (e altri) concetti relativi al rapporto fra populismi e democrazia si veda: T. Pappas, *Populist Democracies: Post-Authoritarian Greece and Post-Communist Hungary*, in *Government and Opposition*, 2013, p. 1.

31. V. Orbán's speech at the XXV. Bálványos Free Summer University and Youth Camp Băile Tușnad (Tusnádfürdő), <https://budapest-beacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>.

32. P. Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, *Jean Monnet Working Paper*, 17/2017, <https://jeanmonnetprogram.org/paper/populism-as-a-constitutional-project/>.

33. T. Fournier, *From rhetoric* cit.

can be defined as the political discourse aiming to convince a fictional majority that constitutional democracy gives rise to the tyranny of minorities»<sup>34</sup>. Altrove<sup>35</sup> si sono ricordati almeno quattro importanti ingredienti della retorica populista, spesso utilizzati per erodere i pilastri della democrazia costituzionale: 1) la concezione riduttiva (se non “riduzionistica”<sup>36</sup>) del complesso concetto di democrazia<sup>37</sup>, intesa dai populistici come mera regola della maggioranza. 2) La tendenza a rappresentare la volontà popolare come fonte assoluta della verità politica e giuridica e come concetto non mediabile. 3) La contrapposizione fra la “maggioranza” e gli “altri” (le minoranze), spesso descritti in termini di élite corrotte<sup>38</sup>. 4) L’uso della democrazia come “trump card”, un “asso” che prevale sugli altri principi costituzionali<sup>39</sup>. Tutto ciò si lega, da ultimo, a una concezione monolitica della maggioranza, vista come entità caratterizzata da un’evidente superiorità morale: «Populists combine anti-elitism with a conviction that they hold a superior vision of what it means to be a true citizen of their nation»<sup>40</sup>.

Questo passaggio ci riporta all’approccio dicotomico dei populismi che tendono ad opporre gli “altri” al popolo, secondo dinamiche escludenti e anti-pluraliste. Come ha sottolineato Abromeit il populismo si appella a una “mythical Volksgemeinschaft” e tenta di costruire “imagined communities”<sup>41</sup> cercando il nemico politico. Ciò spiega anche i toni eclatanti dei populistici, che hanno bisogno di muri immaginari funzionali alla costruzione di un’identità escludente nei confronti degli avversari politici. Si tornerà su questo punto nel successivo paragrafo, quando si scriverà della natura necessariamente contro-maggioritaria del costituzionalismo del dopoguerra.

#### 4. Può esistere un costituzionalismo populista?

Qualche anno fa, Sartori usò la formula “populismo costituzionale”<sup>42</sup> per descrivere l’operato del governo Berlusconi, più recentemente altri autori hanno usato la categoria del “costituzionalismo populista” per descrivere l’operato di molte maggioranze alla guida del continente europeo. Per esempio, usa questa espressione Blokker, individuandone i contenuti nei seguenti elementi: «These components can be understood as distinctive parts of the populist critique on liberal or legal constitutionalism. First, populists emphasise the people and popular sovereignty. This reference to the people provides the main normative justification for the populist constitutional programme. Second, the populist project is based on an extreme form of majoritarianism, which is the core of the populist mode of government, or the way in which populists imagine their project politically. Third, the populists’ practical approach to the law is based on instrumentalism, which mobilizes the law in the name of a collectivist project. Fourth, the populist attitude towards the law, or its main prescriptive and evaluative judgments of the law, consists of a critical, emotional stance, or what I call ‘legal resentment’»<sup>43</sup>.

Il tentativo di Blokker è molto interessante: nella sua prospettiva, infatti, lo studio del populismo come “progetto costituzionale” alternativo offre una prospettiva privilegiata per analizzare la crisi delle democrazie liberali. Tuttavia, si ritiene di dover negare la validità analitica del concetto di costituzionalismo populista. Innanzitutto, nonostante le indubbe analogie esistenti fra populismo e costituziona-

34. T. Fournier, *From rhetoric* cit.

35. G. Martinico, *Populismo e democrazia costituzionale: l’attualità della lezione canadese*, in *Ordines*, 2018, p. 54.

36. Si prende qui a prestito il linguaggio utilizzato nelle scienze naturali. Si veda, ad esempio, V. Fano, E. Giannetto, G. Giannini e P. Graziani, *Complessità e riduzionismo*, in *Isonomia*, 2012, <https://philarchive.org/archive/FANCER>

37. Per una recente e profonda analisi del concetto di democrazia si veda S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano, 2017.

38. J. W. Müller, *What* cit.

39. «Populist rhetoric argues that the rule-of-law is used for a specific agenda by non-elected (and so non-representative) bodies. Populism turns the original equilibrium of constitutional democracy into a balance of power in which the majority no longer sits alongside the rule of law, but rather is constrained by it», T. Fournier, *From rhetoric* cit.

40. M. Marchlewska, A. Cichočka, O. Panayiotou, K. Castellanos e J. Batayneh, *Populism as Identity Politics: Perceived In-Group Disadvantage, Collective Narcissism, and Support for Populism*, in *Social Psychological and Personality Science*, 2018, p. 151.

41. J. Abromeit, *A Critical Review of Recent Literature on Populism, Politics and Governance*, 2017, 177. Sul concetto di “imagined communities” si veda Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, Londra, 1983.

42. G. Sartori, *Populismo costituzionale*, 9 settembre 2010, [https://www.corriere.it/editoriali/10\\_settembre\\_09/sartori-populismo-costituzionale\\_8fd4a598-bbcf-11df-8260-00144f02aabe.shtml](https://www.corriere.it/editoriali/10_settembre_09/sartori-populismo-costituzionale_8fd4a598-bbcf-11df-8260-00144f02aabe.shtml).

43. P. Blokker, *Populism* cit.

lismo politico, conviene ricordare come il secondo non arrivi mai a contestare, almeno nei termini usati dal primo, l'assetto istituzionale delle democrazie costituzionali. Si tratta di una distinzione centrale che si lega, del resto, a uno degli elementi ricordati da Blokker nell'approccio dei populistici alle Costituzioni e alle categorie del costituzionalismo. I populistici tendono a contestare la distinzione fra leggi e costituzioni, scorgendo in queste ultime spesso documenti non neutrali e ostacoli alla vera realizzazione della democrazia. Questo è l'essenza di quello che Blokker chiama "legal resentment"<sup>44</sup> e ciò ci riporta alla tendenza descritta da Arato secondo cui i populistici, nel loro appellarsi alla continua "regeneration of the people"<sup>45</sup>, tenderebbero a "occupare" lo spazio del potere costituente: «Most importantly, populists implicitly claim that there is an absolute primacy of constituent power vis-à-vis the constitution and the rules and powers derived from it. The people as constituent power is ultimately not bound by constitutional constraints because it is the source from which the constitution receives its legitimacy»<sup>46</sup>.

Tale approccio rivela anche l'insofferenza per le Corti concepite come «illegitimate constraint on majority rule, and hence legal means are to be employed to counter this situation»<sup>47</sup>. Un approccio simile si può trovare anche in Polonia – non a caso – dove le Corti sono state descritte come una minaccia alla separazione dei poteri e alla democrazia<sup>48</sup>. Si tratta di uno spunto interessante che sembrerebbe confermare l'analogia con il (o con alcune interpretazioni del) costituzionalismo politico, come ricorda lo stesso Blokker: «A particularly manifest populist

form of legal-instrumental action regards judicial independence and judicial review, as independent judges and courts are understood as an illegitimate constraint on majority rule, and hence legal means are to be employed to counter this situation. This critique can be understood as a populist version of the theoretical critique raised against legal constitutionalism in the form of a 'political constitutionalism', as endorsed, for instance, Jeremy Waldron and Richard Bellamy, inter alia in its questioning of the political engagement of unaccountable constitutional courts and the status of judicial review»<sup>49</sup>.

Tuttavia, il rigetto di ogni forma di mediazione da parte dei populistici mi porta, ancora una volta a distinguere fra populismo e costituzionalismo politico. Quest'ultimo, infatti, non risulta necessariamente caratterizzato dallo spirito chiaramente anti-istituzionale che invece contraddistingue il primo, come l'enfasi sugli strumenti di democrazia diretta e le tentazioni del mandato imperativo dimostrano. Non a caso Davide Casaleggio ha più volte parlato della inevitabilità del superamento della democrazia rappresentativa<sup>50</sup> e – forse più ambiguamente – l'attuale ministro per rapporti con il Parlamento e la democrazia diretta, Riccardo Fraccaro, ha in varie sedi parlato (e scritto) di una "democrazia integrale", che, nelle sue parole: «Veda affiancate la democrazia rappresentativa e quella diretta come due forme complementari. I referendum propositivi, le leggi di iniziativa popolare a data certa e le consultazioni pubbliche sono strumenti attraverso cui il popolo attua la propria volontà accanto al Parlamento, come organi politici pienamente legittimati»<sup>51</sup>.

44. «Legal resentment, so I argue, is a crucial dimension of the populist constitutional programme, and comes forth out of a distinctive populist reading of liberal constitutionalism. The populist approach regards liberal constitutionalism as both a mindset and a practice. The latter could be aptly described as the post-Second World War 'default design choice for political systems across Europe and North America', in the form of a constitutionalism that 'typically hinges on a written constitution that includes an enumeration of individual rights, the existence of rights-based judicial review, a heightened threshold for constitutional amendment, a commitment to periodic democratic elections, and a commitment to the rule of law'. In this, the populist criticisms are not unlike those that have emerged in academic debates on 'new constitutionalism' and judicial review. Populists tend to be critical about the strong and independent nature of apex courts, the role and form of judicial review, and the extensive and entrenched nature of individual rights», P. Blokker, *Populism* cit.

45. A. Arato, *Political Theology and Populism*, in *Political Theology*, 2013, p. 143.

46. L. Corrias, *Populism* cit., p. 9.

47. P. Blokker, *Populism* cit.

48. A conferma di questo si veda il *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, 2018, [www.premier.gov.pl/files/files/white\\_paper\\_en\\_full.pdf](http://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf) e il dibattito fra Koncewicz e Morawski, sul *Verfassungsblog*: T. T. Koncewicz, *On the Separation of Powers and Judicial Self-Defence at times of unconstitutional capture*, 2017, <https://verfassungsblog.de/on-the-separation-of-powers-and-the-judicial-self-defence-at-times-of-unconstitutional-capture/> e L. Morawski, *A Critical Response*, 2017, <https://verfassungsblog.de/a-critical-response/>.

49. P. Blokker, *Populism* cit.

50. *Forse in futuro il Parlamento sarà inutile. È bufera su Casaleggio*, 23 luglio 2018, [www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio\\_parlamento\\_inutile-202476029/](http://www.repubblica.it/politica/2018/07/23/news/casaleggio_parlamento_inutile-202476029/).

51. *La democrazia integrale*, 19 giugno 2018, <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2018/06/19/la-democrazia-integrale32.html>.

Su questa scia sono state presentate delle proposte di legge costituzionale che, come noto, sono state già ampiamente commentate dai costituzionalisti<sup>52</sup>.

Ad avviso di chi scrive, il costituzionalismo del dopoguerra è, tuttavia, in ultima analisi incompatibile con ogni forma di populismo, anche se ciò non esclude *a priori* che le democrazie costituzionali possano riuscire a “filtrare” e introiettare alcune delle rivendicazioni fatte proprie anche dai populismi.

Come ha bene ricordato Vermeule, le Costituzioni sono «strumenti di gestione del rischio»<sup>53</sup>, inclusi i rischi derivanti dalla mera applicazione del principio di maggioranza. Questo rivela la natura per certi versi “contro-maggioritaria”<sup>54</sup> del costituzionalismo stesso, natura che si manifesta nel momento in cui esso impedisce di decidere su alcuni “beni” che ritiene intoccabili (*in primis* i diritti fondamentali<sup>55</sup>). Nella selezione delle “emozioni”<sup>56</sup> operata dalle Costituzioni ha, indubbiamente, un ruolo fondamentale la storia di ogni ordinamento: gli orrori, i conflitti, il passato. Tutto ciò, insomma, che ha indotto alla rottura dell’ordinamento *che fu* e all’istaurazione di quello *che sarà*. In particolare, le Costituzioni “nate dalla Resistenza”, per dirla con Mortati<sup>57</sup>, sono ricchissime di disposizioni volte a esorcizzare la paura del passato, a codificare quella che Todorov ha chiamato la «memoria del male»<sup>58</sup>. Su questa scia il costituzionalismo del secondo dopoguerra ha inevitabilmente accentuato il suo carattere contro-maggioritario<sup>59</sup>, finendo per identificare alcuni nuclei intoccabili la cui alterazione porterebbe a rivoluzioni in senso tecnico, a interruzioni della catena di validità<sup>60</sup> su cui i delicati equilibri costituzionali si reggono.

In questo senso la grande sfida del costituzionalismo post-totalitario consiste nel respingere gli insidiosi attacchi del populismo alle gerarchie di valori che caratterizzano le democrazie costituzionali. In tali contesti l’idea di democrazia non può essere ridotta al suo mero dato procedurale né tantomeno al concetto di governo della maggioranza. Anzi, il costituzionalismo del secondo dopoguerra concepisce come democratico quello scenario in cui su certi beni non si può decidere nemmeno a maggioranza. Non a caso il costituzionalismo post-totalitario concepisce delle “clausole di eternità”<sup>61</sup> al fine di «protect itself against its own predictable tendency to make unwise decisions»<sup>62</sup>. Lo stesso concetto di maggioranza, del resto, non è esente da critiche, come ha recentemente ricordato anche Steinbeis nel sottolineare l’importante ruolo che le norme giuridiche (e le scelte politiche) hanno sulla determinazione di cosa sia “maggioranza”: «A majority is not something you will find in nature. It is an artifact of law. You need legal rules to determine who counts, and in which way. You need legal safeguards of liberty, equality and diversity of opinion. You also need legal rules to determine what the majority will be able to do, which necessarily implies that the majority gets told what she is not allowed to do. In short, you need constitutional law»<sup>63</sup>.

Anche il diritto comparato conferma questa intuizione, come si è cercato di dimostrare altrove analizzando il ruolo degli attori politici nella determinazione (*ex ante* o *ex post*) delle maggioranze di turno<sup>64</sup>. Del resto, nel suo *Minoranze e maggioranze* Pizzorusso scriveva che: «Benché, infatti, l’impiego del principio maggioritario sia progressivamente divenuto un essenziale indice di riconoscimento

52. Per tutti A. Morrone, *L’iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in *federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

53. A. Vermeule, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

54. In un senso solo in parte coincidente con la “counter-majoritarian difficulty” descritta, con riferimento al *judicial review*, da A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1986.

55. G. Palombella, *L’autorità dei diritti*, Laterza, Bari-Roma, 2002.

56. A. Sajó, *Emotions in constitutional design*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, pp. 354-355.

57. C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, p. 222.

58. T. Todorov, *Memoria del male, tentazione del bene. Inchiesta su un secolo tragico*, Garzanti, Milano, 2004.

59. Coglie molto bene questo aspetto L. Corso, *What does Populism* cit., p. 464.

60. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York, Russell and Russell, 1945, p. 115.

61. Si fa riferimento a disposizioni come l’art. 79, c. 3, della Legge fondamentale tedesca o all’art. 139 della Costituzione italiana, ad esempio.

62. J. Elster, *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 88.

63. M. Steinbeis, *Majority is a Legal Concept*, 2017, <https://verfassungsblog.de/majority-is-a-legal-concept/>

64. Su questo si permetta di rinviare a: G. Martinico, *Populismo* cit.

della democraticità degli ordinamenti giuridici, deve tuttavia ammettersi che il ricorso a tale principio non può essere considerato l'unico strumento utilizzabile, con riferimento a qualunque situazione, per risolvere i problemi che si pongono nell'ambito della società moderna»<sup>65</sup>.

Si tratta di riflessioni che si legano indissolubilmente a quelle sviluppate già nel 1927 da Ruffini<sup>66</sup> che, non a caso, sottolineava la varietà di applicazioni a cui

si presterebbe il principio maggioritario. Tali considerazioni inducono a diffidare di quelle ricostruzioni che presentano la maggioranza come dato neutrale da cui far derivare, in virtù di pericolosi automatismi, *tutte* le scelte fondamentali nella vita di un'organizzazione politica. Queste impostazioni rischiano infatti di ridurre le Costituzioni a meri strumenti di governo e di svuotare così la natura oppositiva (di limitazione del potere politico) del fenomeno costituzionale<sup>67</sup>.

---

65. A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993, p. 49.

66. *Il principio maggioritario non ha in sé la sua ragione di essere; la può acquistare o non, a seconda del dove e del come lo si applica*, E. Ruffini, *Il principio maggioritario*, Adelphi, Milano, 1976 (1927), p. 94.

67. P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 4.



## Il populismo penale nell'età dei populismi politici

di *Luigi Ferrajoli*

L'odierno populismo penale si connota per l'ostentazione di politiche esse stesse illecite. Le misure contro l'ingresso dei migranti in Italia adottate da questo Governo costituiscono violazioni massicce dei diritti umani, le quali hanno l'effetto per un verso dell'abbassamento dello spirito pubblico e del senso morale nella cultura di massa, per l'altro del logoramento dei legami sociali. È necessario introdurre nel dibattito pubblico tre anti-corpi democratici: chiamare queste politiche con il loro nome, e cioè violazioni massicce dei diritti umani; provocare la vergogna con una battaglia culturale a sostegno dei valori costituzionali e un appello alla coscienza civile di tutti; prendere sul serio i diritti umani ed in particolare il diritto di emigrare, quale potere costituente di un nuovo ordine globale.

### 1. Il nesso funzionale tra populismo penale e populismo politico

La questione penale è sempre più centrale nei nostri sistemi politici. Non si tratta di un fenomeno nuovo. Da molti anni l'uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali – in breve il populismo penale – forma un tratto caratteristico delle nostre politiche securitarie. In questi ultimi mesi, tuttavia, tutti i tradizionali aspetti del populismo penale si sono fortemente accentuati perché si sono rivelati perfettamente funzionali al populismo politico oggi al governo del Paese. Per tre ragioni, tutte legate al nesso tra populismo penale e populismo politico e al connaturato antigarantismo di qualunque populismo.

La prima ragione è il consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie. L'Italia è uno dei Paesi più sicuri del mondo. In questi ultimi 20 anni si è prodotta una riduzione costante del numero dei delitti: 397 omicidi nel 2017, gran parte dei quali consistenti in femminicidi, rispetto alle molte migliaia degli anni passati: oltre 4.000 alla fine dell'Ottocento, più di

3800 negli anni Venti e quasi 2.000 negli anni Novanta del secolo scorso. Siamo anche in presenza di una riduzione delle violenze sessuali e perfino dei furti, benché si sia notevolmente ridotta la cifra nera delle une e degli altri. E tuttavia è aumentata l'insicurezza a causa della distanza crescente tra percezione e realtà. In passato la cronaca nera occupava le ultime pagine dei giornali. Oggi i telegiornali si aprono con l'ultimo omicidio o l'ultimo stupro. La percezione dell'insicurezza è insomma interamente una costruzione sociale, prodotta da quelle fabbriche della paura nelle quali si sono trasformati i media e in particolare la televisione. Se infatti tutti gli omicidi e tutti gli stupri vengono raccontati in televisione, se su di essi si svolgono dibattiti e inchieste giornalistiche, se poi i relativi processi vengono seguiti in tutte le loro fasi, si crea la sensazione che viviamo nella giungla. È precisamente questa paura e la conseguente richiesta di punizione che il populismo politico intende interpretare e prima ancora alimentare quale facile fonte di consenso.

La seconda ragione è il tendenziale colpevolismo dell'opinione pubblica. Le garanzie non fanno parte della cultura di massa e neppure del senso comune. Gli imputati, secondo l'opinione corrente, non si presumono innocenti, ma colpevoli. Il garantismo non fa parte del senso comune, che ha bisogno, purtroppo, di avventarsi immediatamente su capri espiatori.

In breve, esso non è popolare e questo basta al populismo per rifiutarlo come un lusso da anime belle. Naturalmente siamo qui di fronte a un paradosso. Il garantismo non è solo un sistema di limiti e vincoli al potere punitivo, sia legislativo che giudiziario, a garanzia delle libertà delle persone da punizioni eccessive o arbitrarie. Esso è ancor prima un sistema di regole razionali che garantiscono, nella massima misura, l'accertamento plausibile della "verità processuale" e perciò la punizione dei veri colpevoli. Ma è precisamente questa razionalità che non viene accettata né capita da gran parte dell'opinione pubblica, che aspira al contrario alla giustizia sommaria, tendenzialmente al linciaggio dei sospetti. E anche questo è sufficiente al populismo per offrire rappresentanza a tale concezione e alla conseguente domanda di vendetta.

La terza ragione della funzionalità del populismo penale al populismo politico è la convergenza tra la tendenza di questo a definirsi sulla base dell'identificazione di nemici e il paradigma del diritto penale del nemico. Tutti i populismi hanno bisogno di legittimarsi attraverso un nemico o meglio attraverso più nemici: nemici interni che complottano e nemici esterni come la Francia o l'Unione europea o l'Onu; nemici in alto, rappresentati dalle *élites*, e nemici in basso rappresentati dai migranti e dai soggetti devianti; nemici identificati con i precedenti Governi e nemici consistenti nelle opposizioni. Auto-identificazione degli eletti con il popolo sovrano, aggressioni alle *élites*, razzismo, paura per i crimini di strada, intolleranza del dissenso, fastidio per il pluralismo sia politico che istituzionale, vittimismo permanente sono gli ingredienti di questa logica del nemico. È chiaro che i devianti e, prima ancora, gli indagati e gli imputati si rivelano come i nemici ideali. L'abbiamo visto con la spettacolarizzazione dell'arresto di Cesare Battisti, messo in scena come una gogna. Il populismo, del resto, non conosce cittadini ma solo amici e nemici. Concepisce la giustizia penale come una guerra contro il male e l'insicurezza come emergenza quotidiana che richiede di essere rappresentata, drammatizzata e spettacolarizzata. Alimenta ed interpreta il desiderio di vendetta su capri espiatori. Configura l'irrogazione di pene come nuova e principale domanda sociale e perfino come risposta a gran parte dei problemi politici.

## 2. Quattro differenze tra il populismo penale tradizionale e quello odierno

Ma l'uso populistico del penale non si limita alla sua accentuazione demagogica quale strumento per ottenere consenso. Non si tratta soltanto di una cre-

scita quantitativa, ma anche di una sua mutazione qualitativa. Questa mutazione è legata al suo terreno privilegiato, oggi costituito dalle politiche contro i migranti – i differenti per antonomasia – che stanno mettendo in crisi tutti i principi della nostra democrazia.

Certamente questo Governo e, in particolare, il ministro dell'interno Salvini non hanno affatto inaugurato, ma hanno solo proseguito le politiche e le pratiche contro gli immigrati del precedente ministro Minniti e quelle degli altri Governi europei. Ci sono però quattro gravissime differenze qualitative nell'operato di questo Governo rispetto a quello dei Governi passati, tutte connesse all'approccio populistico alla questione dell'immigrazione e tutte corrispondenti ad altrettante perversioni del tradizionale populismo penale.

**2.1.** La prima differenza è il carattere criminogeno assunto oggi in Italia dalle leggi e dalle politiche governative in tema di sicurezza. Mi limito a ricordare due misure il cui effetto sarà quello di accrescere la devianza, la marginalità sociale e l'insicurezza.

La prima è il decreto cosiddetto "sicurezza" voluto dal ministro Salvini, che oltre alle solite misure punitive ha ridotto le forme di integrazione e soppresso di fatto il permesso di soggiorno per motivi umanitari. Ne sta seguendo l'espulsione dal sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (Sprar) e dai centri di accoglienza straordinaria (Cas) di decine di migliaia di migranti, gettati sulla strada come irregolari e destinati ad alimentare l'emarginazione sociale e la delinquenza a beneficio ulteriore della politica della paura. Si tratta di una misura disumana e crudele, stupidamente persecutoria, con la quale migliaia di persone perfettamente integrate nella società italiana vengono strappate dal loro mondo e trasformate in persone illegali e virtualmente devianti: giacché sempre le persone escluse dalla società civile sono esposte e disposte ad essere incluse nelle società incivili o illegali o peggio nelle organizzazioni criminali.

La seconda misura criminogena è la proposta di legge sull'estensione dei presupposti della legittima difesa. Nel testo approvato al Senato viene di fatto soppresso il requisito della proporzionalità tra difesa e offesa, semplicemente con l'aggiunta che in caso di violazione di domicilio tale requisito ricorre "sempre", senza possibile valutazione da parte del giudice, e quindi anche nel caso di chi in casa propria spari per difendere i propri beni. L'inviolabilità del domicilio e dei beni viene così anteposta all'inviolabilità della vita umana. Ne risulterà inoltre l'aumento degli omicidi mediante la ragion fattasi, ma anche dei suicidi e degli infortuni dovuti all'uso di armi da fuoco. Basti pensare al numero attuale degli omicidi in Italia, dove nessuno va in giro armato, e al loro numero in

America, dove tutti possono comprare armi: meno di 400 omicidi in un anno in Italia, come ho già ricordato, 66.000 in Brasile, circa 30.000 negli Stati Uniti e in Messico dove tutti si armano per paura. Non è azzardato prevedere che l'uso delle armi promosso da Salvini porterà anche da noi il numero delle morti violente ai livelli americani.

**2.2.** La seconda differenza delle attuali politiche con quelle del passato è ancor più inquietante. Consiste nel fatto che il consenso popolare viene perseguito, dagli odierni populismi, non soltanto nei confronti di misure punitive, ma anche nei confronti di politiche e di pratiche consistenti in aperte violazioni dei diritti umani delle persone e talora in veri e propri reati. Qui il populismo penale consiste nella ricerca del consenso non già facendo leva sulla paura per la criminalità di strada e inasprendo le pene, bensì ostentando politiche esse stesse illecite, consistenti in lesioni massicce dei diritti umani. Si pensi alla preordinata omissione di soccorso, alla chiusura dei porti e allo spettacolo penoso dapprima dell'Aquarius e della Diciotti e poi della Sea-Watch lasciate vagare in mare o impedito all'approdo con i loro carichi sofferenti di centinaia di persone, così private della libertà. Il ministro Salvini ha non solo commesso, ma ha anche rivendicato il reato di sequestro di persona contestatogli dalla Procura di Agrigento e per il quale è stata chiesta l'autorizzazione a procedere. Con la cosiddetta "chiusura dei porti" – misura informale equivalente di fatto a un provvedimento discriminatorio, perché adottato unicamente nei confronti delle navi recanti a bordo migranti – e più in generale con le diffide contro chi tenta di approdare in Italia, sono state inoltre violate una lunga serie di norme di diritto interno e di diritto internazionale: dalle norme penali sull'omissione di soccorso alla Convenzione di Amburgo del 1979 che impone di operare i salvataggi «nel modo più efficace possibile» portando i naufraghi in un «porto sicuro», al Testo Unico sull'immigrazione del 1998 che vieta i respingimenti di quanti intendono chiedere asilo, nonché dei minori non accompagnati e delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto, fino al principio elementare del diritto del mare, oltre che delle tradizioni marinare di tutti i Paesi civili, che chi rischia la vita in mare deve essere comunque salvato.

Ebbene, questo cumulo di illegalità sta provocando una catastrofe della quale l'Italia, l'Europa dovranno un giorno vergognarsi e saranno, dalla storia, chiamate a rispondere. Negli anni 2014-2016 centinaia di migliaia di persone furono salvate dalle navi della Marina militare italiana e della Guardia costiera, dalle navi delle Ong, le quali da sole hanno salvato ben 46.796 persone nel solo 2016, e dai mercantili di passaggio. Ma ora, a causa della preordinata omissione

di soccorso decisa dal Governo con la chiusura dei porti, la strage continua in dimensioni ben maggiori. Poiché la Marina militare italiana viene tenuta a distanza, le navi delle Ong sono state allontanate e i mercantili di passaggio girano al largo per non perdere giorni di viaggio a causa dell'impossibilità di trasferire a terra i migranti salvati – altre migliaia di naufraghi resteranno senza soccorsi e moriranno affogati, ovviamente lontano dai nostri occhi e dalle nostre coscienze. Secondo l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, nel 2018 ben 2.275 persone sono affogate nel Mediterraneo, e il tasso di mortalità, lungo la rotta Libia-Europa, che nel 2017 è stato di un decesso ogni 38 arrivi, è stato nel 2018 di un decesso ogni 14 arrivi. Inoltre l'85% dei migranti tratti in salvo nell'area di mare libica sono stati consegnati alla Libia dove sono stati incarcerati in condizioni spaventose. A causa dell'omissione di soccorso, lo scorso 18 gennaio sono affogati ben 117 migranti dei 120 naufraghi al largo della Libia, tra cui 10 donne e due bambini, uno dei quali di 10 mesi. Si è trattato di una strage, di cui questo Governo porta la responsabilità, dato che esso non solo non si è direttamente attivato, ma con la chiusura dei porti e l'allontanamento delle navi della nostra Marina e delle navi delle Ong ha di fatto impedito che altri prestassero soccorso a questi disperati. Non solo. Alla strage e poi all'inerzia si è aggiunta l'incredibile aggressione del ministro Salvini alle Ong, alle quali proprio Salvini aveva impedito i salvataggi: «Tornano in mare davanti alla Libia le navi delle Ong, gli scafisti tornano a fare affari e a uccidere e il cattivo sono io?». «La pacchia è finita ... La mangiatoia è finita ... Basta con il cinismo delle Ong».

Sono queste gigantesche omissioni di soccorso e soprattutto la loro aperta rivendicazione e ostentazione i tratti principali per i quali questo Governo cosiddetto "del cambiamento" passerà tristemente alla storia e che valgono a oscurare, per la loro drammatica immoralità e illegittimità, tutte le altre politiche governative. Non si tratta soltanto di politiche che alimentano il veleno razzista dell'intolleranza e del disprezzo per i diversi quale veicolo di facile consenso. Perseguire il consenso dell'elettorato tramite l'esibizione dell'illegalità equivale a deprimere la moralità corrente e ad alterare, nel senso comune, le basi del nostro Stato di diritto: non più la soggezione alla legge e alla Costituzione, ma il consenso elettorale quale fonte di legittimazione di qualunque arbitrio, persino se delittuoso.

**2.3.** Vengo così alla terza differenza delle politiche di questo Governo contro i migranti rispetto a quelle messe in atto dai Minniti e dai Macron e che semmai assimila Salvini al presidente americano Trump. Essa consiste nel fatto che la violazione dei diritti umani, mentre era occultata da Minniti, viene ora

sbandierata come fonte di consenso. Di qui il veleno distruttivo immesso nella società italiana. Il ministro Salvini non si limita a interpretare la xenofobia, ma la alimenta e la amplifica, producendo due effetti distruttivi sui presupposti della democrazia.

Il primo effetto è l'abbassamento dello spirito pubblico e del senso morale nella cultura di massa. Quando l'indifferenza per le sofferenze e per i morti, la disumanità e l'immoralità di formule come «prima gli italiani» o «la pacchia è finita» a sostegno dell'omissione di soccorso sono praticate e ostentate dalle istituzioni, esse non soltanto sono legittimate, ma sono anche assecondate e alimentate. Diventano contagiose e si normalizzano. Non capiremmo, senza questo ruolo performativo del senso morale svolto dall'esibizione dell'immoralità al vertice dello Stato, il consenso di massa di cui godettero il nazismo e il fascismo. Queste politiche crudeli stanno avvelenando e incattivendo la società, in Italia e in Europa. Stanno seminando la paura e l'odio per i diversi. Stanno logorando i legami sociali. Stanno screditando, con la diffamazione di quanti salvano vite umane, la pratica elementare del soccorso di chi è in pericolo di vita. Stanno fascistizzando il senso comune. Stanno svalutando i normali sentimenti di umanità e solidarietà che formano il presupposto elementare della democrazia.

Stanno, infine, ricostruendo le basi ideologiche del razzismo; il quale, come scrisse lucidamente Michel Foucault, non è la causa ma l'effetto delle oppressioni e delle violazioni istituzionali dei diritti umani: la «condizione», egli scrisse, che consente l'«accettabilità della messa a morte» di una parte dell'umanità. In tanto, infatti, possiamo accettare che decine di migliaia di disperati vengano respinti ogni anno alle nostre frontiere, che vengano internati senza altra colpa che la loro fame e la loro disperazione, che affoghino nel tentativo di approdare nei nostri Paesi, in quanto questa accettazione sia sorretta dal razzismo. Non a caso il razzismo è un fenomeno moderno, sviluppatosi dopo la conquista del «nuovo» mondo, allorché i rapporti con gli «altri» furono instaurati come rapporti di dominio e occorreva perciò giustificarli disumanizzando le vittime perché diverse e inferiori. Che è lo stesso riflesso circolare che in passato ha generato l'immagine sessista della donna e quella classista del proletario come inferiori, perché solo così se ne poteva giustificare l'oppressione, lo sfruttamento e la mancanza di diritti. Ricchezza, dominio e privilegio non si accontentano di prevaricare. Pretendono anche una qualche legittimazione sostanziale.

**2.4.** C'è poi un altro effetto, non meno grave, e una quarta differenza di queste politiche ostentatamente disumane rispetto al passato. Consiste nel mutamento da esse prodotto delle soggettività politiche e

sociali: non più le vecchie soggettività di classe, basate sull'uguaglianza e su lotte comuni per comuni diritti, ma nuove soggettività politiche di tipo identitario – italiani contro migranti, prima gli italiani, come in Usa prima gli americani, noi contro gli stranieri, le identità nazionali l'una contro l'altra – basate sull'identificazione delle identità diverse come nemiche e sul capovolgimento delle lotte sociali: non più di chi sta in basso contro chi sta in alto, ma di chi sta in basso contro chi sta ancora più in basso, dei poveri contro i poverissimi e soprattutto dei cittadini contro i migranti, trasformati in nemici contro cui scaricare la rabbia e la disperazione generate dalla crescita delle disuguaglianze e della povertà.

Le politiche contro i migranti si coniugano così con le politiche antisociali che in questi anni hanno accresciuto la disoccupazione e il precariato nei rapporti di lavoro, provocando la disgregazione delle vecchie forme di soggettività politica collettiva basate sull'uguaglianza nei diritti e sulla solidarietà tra uguali. Espressioni come «movimento operaio» e «classe operaia», «coscienza di classe» e «solidarietà di classe», che per oltre un secolo sono state centrali nel lessico della sinistra, suppongono infatti l'uguaglianza dei lavoratori nelle condizioni di vita e nella titolarità dei diritti e la stabilità dei rapporti di lavoro e delle relazioni tra lavoratori. Oggi, a causa dei rapporti precari e mutevoli, perfino nelle grandi fabbriche i lavoratori neppure si conoscono tra loro. Quelle espressioni sono quindi andate fuori uso essendo venuta meno, con la precarietà e la moltiplicazione dei tipi di rapporto di lavoro, l'uguaglianza nei diritti, sicché i lavoratori, anziché solidarizzare in lotte comuni, sono costretti a entrare in competizione tra loro.

Questo mutamento di struttura della società, prodottosi in questi anni in Italia come in gran parte delle democrazie occidentali, è stato provocato da molti fattori. Ma io credo che il principale fattore siano state le politiche contro il lavoro: la crescente svalutazione del lavoro, la precarizzazione dei rapporti di lavoro e la loro arbitraria differenziazione, la distruzione dell'uguaglianza nei diritti e con essa della solidarietà di classe su cui si basavano la soggettività politica dei lavoratori e la forza delle lotte sociali. Si capisce come questo mutamento della struttura sociale abbia inciso profondamente sulle basi della democrazia. Le politiche antisociali di questi anni e, soprattutto, quelle che hanno demolito il diritto del lavoro generalizzando il precariato e introducendo la disuguaglianza e la competizione tra lavoratori, hanno alterato e distrutto le basi sociali del pluralismo politico e, in particolare, della sinistra.

Si spiega così la svolta reazionaria, non solo in Italia, avviata alla fine degli anni Settanta. Le lotte sociali della stagione sessantottesca avevano prodotto una lunga serie di riforme, tutte informate all'uguaglianza

e alla garanzia dei diritti fondamentali: lo Statuto dei diritti dei lavoratori, il nuovo processo del lavoro, la riforma della scuola e dell'università, la riforma sanitaria, l'introduzione del divorzio, la depenalizzazione dell'aborto, la riforma dell'ordinamento penitenziario e le altre riforme garantiste in materia penale. Queste lotte sociali e le riforme da esse conquistate avevano minacciato uno spostamento di potere, nelle fabbriche e nella società, a favore dei lavoratori e dei ceti più deboli. Di qui, negli anni Ottanta e Novanta, il capovolgimento del rapporto tra politica ed economia, tra sfera pubblica e sfera privata e il primato dei poteri economici privati su quelli pubblici: una vera controrivoluzione, in risposta alle lotte sociali degli anni Sessanta e Settanta, che si è realizzata attraverso la lesione del principio di uguaglianza in entrambe le sue dimensioni – l'uguale valore delle differenze personali e la riduzione delle disuguaglianze materiali – e la conseguente trasformazione delle soggettività e dei conflitti sociali.

Stiamo infatti assistendo a un ribaltamento delle forme delle soggettività collettive: non più il rispetto e l'inclusione delle differenze e la lotta contro le disuguaglianze, sulla cui base si sono sempre formate le soggettività politiche di tipo progressista, bensì lo sviluppo di soggettività e di conflitti identitari contro le differenze e a sostegno delle disuguaglianze; non più le vecchie soggettività politiche di classe, unificate dall'uguaglianza, dalla solidarietà e dai conflitti sociali contro le disuguaglianze, bensì la ricomposizione regressiva di nuove soggettività, cementate dalla difesa delle loro identità, dall'intolleranza per le identità altrui e dai conflitti contro le altre differenze. Si sono insomma prodotti due processi convergenti, l'uno di scomposizione e l'altro di ricomposizione sociale: la disgregazione, ad opera delle politiche liberiste di precarizzazione del lavoro e di moltiplicazione delle disuguaglianze, delle tradizionali soggettività di classe basate sull'uguaglianza e la solidarietà, e la riaggregazione in chiave reazionaria, ad opera delle politiche populiste, di nuove soggettività basate sull'intolleranza per i differenti alimentata dalle campagne sulla sicurezza e dai sentimenti di paura e di rancore da esse generati contro capri espiatori: gli italiani contro i migranti, gli integrati contro i soggetti emarginati, i garantiti contro i non garantiti e viceversa.

Si è trattato di due azioni congiunte e complementari messe in atto dalle due destre – le destre razziste e le destre liberiste, di fatto alleate – che hanno prodotto un ribaltamento della direzione della vecchia lotta di classe: non più gli operai contro i padroni e i poveri contro i ricchi in nome dell'uguaglianza e contro le disuguaglianze, ma i poveri contro i poverissimi, i deboli contro i debolissimi e soprattutto i cittadini contro i migranti, in nome dell'affermazione delle proprie identità superiori contro le differenze,

espulse o emarginate come inferiori. Non più il conflitto tra le classi, ma la divisione, la competizione e la concorrenza tra lavoratori messi gli uni contro gli altri. Si è così rivelato il nesso tra la crisi delle garanzie del lavoro e la perdita delle basi sociali della sinistra, tra il crollo dell'uguaglianza tra i lavoratori e il declino della rappresentanza politica.

### 3. Tre anticorpi culturali all'attuale deriva della democrazia

Domandiamoci a questo punto: cosa è possibile fare contro una simile deriva? Io penso che quanto meno occorra introdurre, nel dibattito pubblico, taluni efficaci antidoti o anti-corpi democratici.

**3.1.** Il primo antidoto contro la corruzione del senso comune e del senso morale prodotta dall'ostentazione dell'immoralità e della disumanità operata da questo Governo a sostegno delle sue politiche anti-migranti consiste nel chiamare queste politiche con il loro nome: si tratta di violazioni massicce dei diritti umani costituzionalmente stabiliti e, in molti casi, di veri e propri reati. È questa l'importanza civile, ancor prima che giuridica, svolta dalle denunce e dalle iniziative giudiziarie contro queste politiche, al di là dei loro esiti processuali: la creazione della percezione sociale della loro illegalità, oltre che della loro immoralità, in grado di arginare la loro accettazione acritica o peggio il loro aperto sostegno.

Non è facile, giacché oggi l'opinione pubblica è portata a indignarsi assai più per un fatto di corruzione che per una strage di 117 migranti. Ma questa è una ragione di più della necessità di questa battaglia. La negazione parlamentare dell'autorizzazione a procedere, anche da parte di quanti fino a ieri hanno gridato "onestà" e "legalità", non è stata motivata, infatti, dalla supposta esistenza di un qualche *fumus persecutionis* o comunque, come nel caso del famoso voto del Parlamento sul fatto che Berlusconi supponeva che la minore Ruby fosse la nipote di Mubarak, dalla tesi dell'inesistenza del reato contestato. Esattamente al contrario, è stata motivata con l'aperta rivendicazione del reato da parte dell'intero Governo in nome di un preminente interesse pubblico. E qui dobbiamo purtroppo riconoscere che l'articolo 9 della legge costituzionale n. 1 del 16.1.1989 – prevedendo la negazione parlamentare dell'autorizzazione a procedere sulla base della "valutazione insindacabile" della maggioranza, del cui sostegno i ministri godono per definizione, «che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico» – ha introdotto una mina nel nostro sistema costituzionale. Questa mina

è esplosa, forse nell'inconsapevolezza generale, con il voto parlamentare del 19 febbraio in favore del ministro Salvini, la cui legittimità formale nulla toglie alla sua gravità politica. Con quel voto è stato deliberato che è nell'interesse dello Stato la violazione dei diritti umani e dei doveri di solidarietà stabiliti dalla nostra Costituzione: è stata affermata, in breve, l'insindacabilità della politica, ed è stata perciò negata la sostanza del costituzionalismo e dello Stato costituzionale di diritto, cioè il sistema dei limiti e dei vincoli imposti dalla Costituzione al potere politico.

**3.2.** Il secondo anticorpo contro la deriva in atto è la vergogna, che dobbiamo provocare con un appello alla coscienza civile di tutti. Di quanto sta accadendo dovranno, un giorno, vergognarsi non soltanto gli attuali governanti, ma anche quanti li hanno votati e li sostengono con il loro consenso. Costoro non potranno dire: non sapevamo. Nell'età dell'informazione sappiamo tutto. Siamo a conoscenza delle migliaia di morti provocati dalle nostre politiche. Sappiamo perfettamente che in Libia i migranti vengono torturati, stuprati, schiavizzati, uccisi. Conosciamo esattamente le forme di sfruttamento fino alla riduzione in schiavitù cui sono sottoposti, in Italia, molti migranti. Per questo difendere i diritti dei migranti significa anzitutto difendere noi stessi. Per questo affermare la dignità dei migranti come persone equivale ad affermare e a difendere la nostra dignità. Per questo rifiutare la parola d'ordine "prima gli italiani" equivale a rifiutare il razzismo che ad essa sta dietro e difendere, contro il razzismo, l'identità democratica del nostro Paese.

È questa vergogna, io credo, che deve portarci ad auspicare che i terribili effetti della chiusura delle frontiere dei Paesi ricchi – le penose odissee di quanti fuggono dalla miseria, dalle guerre o dalle persecuzioni, le migliaia di persone che muoiono ogni anno nel tentativo di raggiungere le nostre coste, le decine migliaia di disperati che si affollano ai nostri confini contro barriere e fili spinati – saranno un giorno condannati come gli orrori dei nostri tempi che imporranno al costituzionalismo del futuro un nuovo *mai più*: l'affermazione e la garanzia della libertà di circolazione sul pianeta di tutti gli esseri umani, lo *ius migrandi* appunto come autentico diritto ad avere diritti, condizione elementare dell'indivisibilità e dell'effettività di tutti gli altri diritti della persona oggi sanciti nelle tante carte dei diritti facenti parte del nostro diritto internazionale ma sistematicamente violate. Si stabilirebbe così il presupposto elementare di un costituzionalismo globale. Si chiuderebbe il mezzo millennio del falso universalismo dei diritti umani inaugurato con la proclamazione del diritto di emigrare ad uso esclusivo delle politiche di conquista dell'Occidente. Si rifonderebbe la dignità di tutti gli

esseri umani – dei migranti, ma anche di noi stessi – in quanto ugualmente persone e si avrebbe un aumento della qualità della vita di tutti.

**3.3.** È precisamente questo il terzo e forse il più importante anticorpo. Esso consiste nella cattiva coscienza che dobbiamo creare intorno all'enorme contraddizione tra le attuali politiche contro l'immigrazione e tutti i valori costituzionali. Consiste perciò nella scelta che la questione dei migranti impone alla coscienza civile di tutti: se i diritti umani e la dignità delle persone vadano presi sul serio o se si ridurranno, a causa delle loro massicce violazioni, in una vuota e insopportabile retorica. Dei diritti umani, infatti, fa parte anche il diritto di emigrare. Questo diritto è stabilito dalla nostra Costituzione, che lo enuncia nell'articolo 35, 2° comma, e nel diritto internazionale, che lo afferma negli articoli 13, 2° comma e 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani e nell'articolo 12, 2° comma, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Non solo. Esso è il più antico dei diritti fondamentali, essendo stato formulato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno della conquista del "nuovo mondo", quando erano gli europei a "emigrare" per colonizzare e depredare il resto del pianeta, e poi da John Locke, che lo pose alla base del diritto alla sopravvivenza: il quale, egli scrisse, diversamente dal diritto alla vita contro la violenza omicida non richiede garanzie, essendo assicurato dal lavoro, sempre accessibile a tutti purché lo si voglia, quanto meno emigrando nelle «terre incolte» dell'America perché c'è «terra sufficiente nel mondo a bastare al doppio dei suoi abitanti».

Ebbene, prendere sul serio i diritti umani stabiliti in tutte queste carte vuol dire, di nuovo, chiamare con il suo nome – diritto fondamentale – anche questo diritto, e quindi assicurare la libertà di circolazione delle persone al pari della libertà di circolazione delle merci. Vuol dire abbattere le frontiere. Non è un'ipotesi utopistica o estremistica, ma al contrario un imperativo di ragione e insieme una risposta realistica alla questione migranti. I flussi migratori sono infatti fenomeni strutturali e irreversibili, frutto della globalizzazione selvaggia promossa dall'attuale capitalismo, che né le leggi, né i muri, né le polizie di frontiera saranno mai in grado di fermare ma solo di drammatizzare e clandestinizzare. Inoltre, come ha mostrato Thomas Pogge in un libro di dieci anni fa su *La povertà e i diritti umani*, «la povertà nel mondo è molto più grande, ma anche molto più piccola di quanto pensiamo... La sua eliminazione richiederebbe poco più dell'1% del prodotto globale»: precisamente l'1,13% del Pil mondiale, circa 500 miliardi di dollari l'anno, meno del bilancio annuale della difesa dei soli Stati Uniti. È certo, d'altro canto, che l'Occidente non affronterà mai seriamente i proble-

mi che sono all'origine delle migrazioni di massa – la miseria, la fame, le devastazioni ambientali – se non li sentirà come propri, e non li sentirà mai come propri se la pressione degli esclusi alle sue frontiere non diventerà irresistibile.

Naturalmente so bene che nessun uomo politico potrebbe oggi sostenere una simile tesi. Non potrebbe farlo a causa di due aporie che vincolano la politica e la democrazia, l'una relativa allo spazio e l'altra al tempo: gli spazi angusti dei territori rappresentati e i tempi brevi delle scadenze elettorali e dei sondaggi ai quali sono ancorati il consenso e la rappresentanza politica. Ma questa non è una ragione sufficiente – ed è anzi una ragione di più – perché la cultura giuridica dica le cose che la politica non riesce a dire. Sostenere e mostrare che il diritto di emigrare è un diritto vigente, che in quanto tale richiede di essere garantito significa nient'altro che prendere il diritto positivo sul serio, rilevarne la normatività e criticare come un'indebita lacuna la mancata produzione delle sue garanzie e delle connesse funzioni e istituzioni di garanzia. Se la politica non è capace di dire tutto questo, se non ha il coraggio, perché vittima della demagogia, di riconoscere che il diritto di emigrare è stato ed è tuttora un diritto di tutti, allora è la cultura giuridica che deve dirlo, sul piano scientifico ancor prima che su quello politico. È questo ruolo critico e progettuale che il costituzionalismo rigido, disegnando con i diritti e gli altri principi costituzionali il “dover essere giuridico” del diritto positivo, ha imposto alla scienza del diritto e ovviamente alla politica: un dover essere – i principi costituzionali presi sul serio – dalla cui

attuazione peraltro, come continuano ad ammonirci realisticamente i preamboli alla Carta dell'Onu e alla Dichiarazione universale dei diritti umani, dipende il futuro della convivenza pacifica e, dobbiamo oggi aggiungere, dell'abitabilità del pianeta.

La cattiva coscienza di questo “dover essere” del diritto, oggi così vistosamente violato, dovrebbe quanto meno suggerire la creazione di corridoi umanitari per l'ingresso regolare in Italia e in Europa di quote minime di migranti. E potrebbe far maturare, nel senso comune, la concezione del fenomeno migratorio come l'autentico *fatto costituente* di un futuro ordine internazionale basato sull'effettiva uguaglianza di tutti gli esseri umani. Una politica realista, oltre che informata alla garanzia della dignità e dei diritti fondamentali di tutti, potrebbe, su questa base, trovare il coraggio di assumere il diritto di emigrare come il *potere costituente* di questo nuovo ordine globale e il popolo meticcio ed oppresso dei migranti, con le sue infinite differenze culturali, religiose e linguistiche, come il *popolo costituente* dell'umanità futura quale unico popolo globale, anch'esso meticcio perché formato dall'incontro e dalla contaminazione di più nazionalità e di più culture, senza più differenze privilegiate né differenze discriminate, senza più cittadini né stranieri perché tutti accomunati dalla condivisione, finalmente, di un unico *status*, quello di persona umana, e dal pacifico riconoscimento dell'uguale dignità di tutte le differenze. L'alternativa, dobbiamo saperlo, è un futuro di regressione globale, segnato dall'esplosione delle disuguaglianze, dei razzismi e delle paure e, insieme, delle guerre, dei terrorismi e della generale fragilità e insicurezza.

## Diritto penale *no-limits*. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione\*

di Vittorio Manes

Il diritto penale è diventato parte integrante della politica e, in linea con le declinazioni tipiche del populismo penale, risponde ad un nuovo paradigma che si caratterizza per l'utilizzo della penalità protesa a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e drammatizzate ed a legittimare i nuovi assetti di potere politico. Si tratta di un diritto penale sempre più disarticolato dalle proprie premesse fondative liberali, teso al congedo dalla tipicità legale del reato, dal principio di proporzione tra reato e pena e dalla presunzione di innocenza, come dimostra la recente legge cosiddetta "spazzacorrotti", ed affidato interamente alla gestione del giudice, con l'effetto ulteriore della sovraesposizione della magistratura rispetto a compiti impropri.

**1.** Mai come nell'epoca attuale, le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale.

Ad esso si attinge a piene mani, non solo eleggendo la pena ad *instrumentum regni*, secondo un utilizzo tradizionale cui da sempre indulge la politica<sup>1</sup>; non solo manipolandone le componenti emotive come strumento di consenso elettorale<sup>2</sup>, secondo le dinamiche ormai tipiche del "populismo penale" che ha ridotto la scelta di criminalizzazione ad una

operazione di *marketin*<sup>3</sup>; ma ora, persino, utilizzando lo strumento penale come modalità di "riconoscimento" (*Anerkennung*) dei nuovi attori politici, quasi attraverso una «elaborazione *punitiva* del passato» orientata su «tipologie d'autore» – più che su condotte – riferibili a precisi segmenti sociali, con conseguente autolegittimazione del nuovo assetto di potere rispetto ai precedenti.

Dopo una lunga e faticosa stagione in cui si è cercato di distinguerlo dalla politica (e dalla politica cri-

\* È il testo della relazione, rivista e corredata di note, svolta al XXII congresso di *Magistratura democratica*, sul tema «Il giudice nell'Europa dei populismi», Roma, 1-3 marzo 2019.

1. Si veda, al riguardo, D. Pulitanò, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, pp. 73 ss.

2. Quasi fosse un "bene di consumo": v. già F. Sgubbi, *Presentazione*, in G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XIII.

3. Al riguardo, D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; J. Pratt, *Penal populism*, New York, 2007; J. Pratt-M. Miao, *Penal populism: The End of Reason*, in The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law, Research Paper No. 2017-02; F. Nobis, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, in StV, 2018, pp. 453 ss.; nel contesto italiano, fra gli altri, D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss.; L. Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, ivi, 2014, pp. 197 ss.; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, ivi, 2013, pp. 95 ss., ed ora Id., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, p. 186 ss., segnalando, nell'esperienza recente, oltre alla «[...] l'enfatizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo [...] il levarsi di rozze ventate "populiste" nell'ambito della stessa politica penale» che «hanno finito con l'alimentare, in alcuni settori dell'opinione pubblica, l'illusione che il 'panpunitivismo' sia il miglior rimedio a ogni male sociale»; v. altresì i contributi raccolti in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it), 21 dicembre 2016; e E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.



minale)<sup>4</sup>, dunque, il diritto penale né è divenuto parte integrante, componente identitaria e trainante.

**2.** In questa prospettiva, il “modello” di diritto penale che si affaccia negli itinerari più recenti<sup>5</sup>, esito di mutazioni progressive che si sono stratificate e moltiplicate con un’accelerazione incalzante, sembra rispondere ad un paradigma non solo distante ma radicalmente distinto rispetto a quello tradizionale, sino a profilare un vero e proprio “mutamento di paradigma”<sup>6</sup>, emblemizzato da un lessico inequivoco come quello che accompagna il più recente prodotto dell’opificio legislativo populista, la legge n. 3 del 2019, ossia la cd. legge “spazzacorrotti”: e si sa che le definizioni non hanno mai nulla di ingenuo, ma riflettono – orwellianamente – una relazione intima con il potere<sup>7</sup>.

**2.1.** In effetti, l’archetipo non pare più – lo si deve riconoscere con franchezza e disincanto, certo non con disimpegno – quello della *Magna Charta del reo*, pur deformato dalle ciniche finalità a cui si è andato adattando nel tempo: non più, dunque, il modello reocentrico, antiautoritario, che vuole il diritto penale come «diritto negativo», come «scienza dei limiti» (*Strafbegrenzungswissenschaft*), dove il co-

dice penale segna le «barriere insuperabili della politica criminale», e che fonda e limita la legittimazione dello *ius puniendi* in ragione del grado di accettazione sociale delle “regole” e delle garanzie sostanziali e processuali che lo presidiano, frutto di una sedimentazione secolare a partire dai lasciti di Beccaria, Carrara e F. von Liszt. Non più un modello che vuole il processo un meccanismo dove «la caccia vale più della preda», strumento di accertamento di responsabilità individuali e puntiformi, secondo un rigoroso itinerario di razionalità costruito, soprattutto, su regole di esclusione, e dominato dal principio *in dubio pro libertate*.

Certo questo modello “liberale” – che pur persiste nell’immaginario dei penalisti nella sua valenza idealtipica<sup>8</sup> e necessitata<sup>9</sup> – era già apparso scomposto ed alterato, come noto, dalle recenti evoluzioni della politica criminale<sup>10</sup>, e fortemente destabilizzato dalla «curvatura vittimocentrica» del diritto penale<sup>11</sup>, sino ad essere dichiaratamente sfidato – pur solo in taluni ambiti “eccezionali” – dal paradigma alternativo del «diritto penale del nemico».

Ma anche questi due “prototipi” – pur lasciando una traccia evidente della loro epifania – non sembrano spiegare compiutamente le evoluzioni attuali, visto che esse, da un lato, si registrano anche ed anzitutto al cospetto di idealtipi criminosi “senza vittime”

4. Pur ammettendo che le sue categorie ne dovessero essere “funzionalizzate”: per tutti, C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2. Auflage, 1973), trad. it. *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 3° ed., 1991; ma v. anche F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in RIDPP, 1988, pp. 3 ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, pp. 1585 ss.

5. Lucidamente ripercorsi da F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/2019, pp. 5 ss.

6. Ad analoghe conclusioni giunge, ancora, F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit. 9, segnalando che «il volto che sta assumendo il nostro sistema penale comincia ad allontanarsi da quello delineato dalla Costituzione», ed una «distanza ancor più grave dei puntuali contrasti con i parametri costituzionali, che pur ci sono».

7. Sulla l. n. 3 del 2019, con varietà di accenti critici, v. T. Padovani, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, pp. 1 ss.; sulle novità proposte nella riforma, v. altresì A. Manna, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018, pp. 1 ss.; A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, ivi, n. 3/2018, pp. 1 ss.; R. Cantone, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 10; N. Pisani, *Il disegno di legge “spazzacorrotti”: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, pp. 3589 ss.; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5.

8. Tematizzata nella sua forma più compiuta, ed alta, da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996; ma sulla continuità tra “garantismo” e tradizione classica del sistema penale liberale, v. altresì Id., *Cos’è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, pp. 129 ss.

9. Sul perché tale modello continui ad essere riferimento necessario, di recente, v. G. Insolera, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, pp. 3 ss.

10. V. ad es. T. Vorbaum, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, pp. 27 ss., pp. 29 ss. e *passim*.

11. L’“irruption des victimes” di cui parlavano A. Garapon e D. Salas già vent’anni fa (A. Garapon-D. Salas, *La République pénalisée*, Paris, 1996, pp. 16 ss.), divenuto poi propriamente “il tempo delle vittime” (C. Eliacheff-D. Soulez Larivière, “*Il tempo delle vittime*”. *Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Milano, 2008); al riguardo, v. altresì A. Pugiotto, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. Corleone-A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, pp. 157 ss.; A. Manna, *La vittima del reato: «À la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. Dolcini-C. E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 957 ss.; V. Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 1, pp. 97 ss.

(o a “vittima diffusa”, come i reati di corruzione)<sup>12</sup>; e che, dall’altro, anche il (pur prossimo, per certi versi) modello estremo del «diritto penale del nemico»<sup>13</sup> – condivisibili o meno che ne fossero i postulati – era pur sempre basato su un presupposto epistemologico – la possibilità di dialogare, o meno, con il reo/destinatario del precetto da parte dello Stato, e la conseguente differenziazione *ratione subiecti* dello strumentario giuridico-penale – che di fronte all’attuale modello (e non solo al cospetto dei *white collars*) appare, sostanzialmente, privo di rilievo<sup>14</sup>.

Piuttosto, il modello attuale di diritto penale, estremizzando l’idea di “lotta”<sup>15</sup> indiscriminata e focalizzandola – nella più recente *moral crusade* – su forme di devianza riferibili a soggetti appartenenti alle élites politico-amministrative (e/o su condotte trasgressive riconducibili a precedenti assetti di potere), appare realmente ispirato a finalità di diffrazione del sociale attraverso il prisma della pena, se non di “vendetta sociale”, come quella cui sembra protesa, appunto, la legge n. 3 del 2019 – sulla quale maggiormente ci si concentrerà<sup>16</sup>, espressiva di una «giustizia repressiva e vendicativa»<sup>17</sup>, o di un autentico «accanimento repressivo» o di una «furia punitiva» assunta «come fuoco purificatore del marciame criminale»<sup>18</sup>.

**2.2.** Questo “nuovo paradigma punitivo” sembra avere, in linea generale, alcuni tratti caratterizzanti.

In primo luogo, in linea con le declinazioni tipiche del populismo penale<sup>19</sup>, l’istanza di razionalità non è più assunta come base edificativa del diritto penale, ma lo è piuttosto la effettività *coûte que coûte* – cieca e pervicace – dello strumento repressivo, che si vuole massimamente *user friendly* anzitutto nel perseguire un agognato traguardo di “certezza della pena” – sintagma quanto mai polisemico e ambiguo, qui inteso distorsivamente come «indefettibilità della punizione» se non come «certezza del carcere»<sup>20</sup> – e che ha come primo obiettivo la «lotta all’impunità» (*fight against impunity*).

In secondo luogo, e conseguentemente, esso evoca un utilizzo della penalità che, in sostanza, si autolegittima e non deve cercare referenti esterni: e come si sa, ciò che non ha *fondamento* non ha neppure *limiti*. Cosicché sembra scomparire – in uno con le basi di legittimazione gettate dall’Illuminismo – l’idea-forza della penalistica italiana, ed anzitutto di Franco Bricola, che ha proposto di intravedere la Carta costituzionale – con la teoria costituzionalmente orientata del reato – non solo come limite, ma come fondamento stesso del diritto penale<sup>21</sup>.

12. Ma analoghe considerazioni possono farsi in relazione alla criminalizzazione di precedenti infrazioni amministrative come l’inottemperanza al divieto del questore di accesso a specifiche aree urbane (art. 21-ter, l. 1 dicembre 2018, n. 132, introdotto in sede di conversione del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113), ovvero nuovi reati come l’art. 669-bis cp. – ad opera dell’art. 21-quater della stessa legge – che sanziona l’esercizio molesto dell’accontonaggio, collocato tra le contravvenzioni a tutela di macro-oggettività giuridiche *victimless* come “ordine pubblico” e “tranquillità pubblica” (sul punto, v. G. Mentasti, *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2018; F. Curi, *Il reato di accontonaggio: “a volte ritornano”*, ivi, 21 gennaio 2019).

13. Secondo il modello tematizzato da G. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* (Hrrs), 2004, p. 88 ss., ed oggetto di un vastissimo dibattito dottrinale impossibile, qui, richiamare.

14. Si vuole infatti un diritto penale truce e monologico non perché i destinatari siano “immotivabili dal diritto” – come il terrorista protagonista del *Feindstrafrecht* proposto da Jakobs – ma solo perché non vi è interesse per il dialogo che, semmai, è rivolto ad altri interlocutori.

15. Sui diversi paradigmi, cfr. M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, pp. 55 ss.; v. altresì Id., *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006, pp. 19 ss.

16. Ma tale finalità non sembra estranea, del resto, anche a taluni impulsi punitivi che – sulla scorta di un retroterra ideologico ben diverso – hanno trovato spazio nel cd. decreto-sicurezza, come il già menzionato reato di “Esercizio molesto dell’accontonaggio”, di cui al nuovo art. 669-bis cp.

17. Cfr. anche il recente comunicato della *Associazione Italiana dei Professori di diritto penale*, evidenziando come il *trait d’union* delle recenti politiche criminali sia «l’esibizione di *severità sempre maggiore*: le leggi penali (e le proposte di legge) sono usate come messaggi volti a coagulare consensi, a soddisfare un sentimento di giustizia repressiva e vendicativa, e paure non sempre fondate su dati di realtà» (*Due comunicati dell’Associazione Italiana dei Professori di diritto penale su recenti modifiche e progetti di riforma del sistema penale: pena carceraria e politiche criminali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 novembre 2018).

18. F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., p. 6.

19. Sulla “*end of reason*” come cifra caratterizzante del “*penal populism*”, rappresentando questo “*an attack on the long established link between reason and modern punishment*”, v. ancora J. Pratt-M. Miao, *Penal populism*, cit., pp. 2 ss.

20. V. al riguardo ancora F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., pp. 6 ss.

21. V. al riguardo M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’espe-*

Infine, e soprattutto, esso tramanda un utilizzo della penalità funzionale, principalmente, a legittimare chi lo propugna, dove la “catarsi punitiva” serve anzitutto come meccanismo di identificazione, contrassegnando come “diversi” i suoi promotori, per consacrarli nell’eliseo degli “incontaminati” dal malaffare (legge n. 3 del 2019) – la «virginale società civile» opposta alla «diabolica società politica»<sup>22</sup> – o nell’emiciclo dei paladini della sicurezza e della pace pubblica (legge n. 132 del 2018, di conv. del dl. n. 113 del 2018).

**2.3.** Può consolare, forse, il fatto che una simile “evoluzione” non identifichi un fenomeno solo italiano, e registri aspetti di similitudine in altre esperienze.

In Germania, ad esempio, a fronte del profluvio di leggi penali dello scorcio della scorsa legislatura<sup>23</sup>, si è denunciata apertamente l’«ubriacatura punitiva» (o, più esattamente, il «*finale Inkriminierungsrauch*»<sup>24</sup>) di un legislatore tradizionalmente più ponderato, che invece – sostituito ormai pienamente il “vecchio” «diritto penale dei beni giuridici» (*Rechtsgüterschutzstrafrecht*) con il «diritto penale della prevenzione di pericoli» (*Gefahrenabwehrstrafrecht*), somministrato dai nuovi attori del “populismo” come sedativo alle ansie sociali – adotta moduli di intervento punitivo contaminati dal diritto di polizia, instradato su binari processuali sempre più distanti dai principi liberali e sempre più mortificanti per i diritti della difesa<sup>25</sup>.

E nella più recente esperienza brasiliana, muovendo dalla nostra prospettiva, possono ravvisarsi

tratti di analogia persino più marcati nel *Projeto de ley anticrime*, proposto dal Governo Bolsonaro (e dal neoministro della Giustizia Sergio Moro), come “biglietto da visita” del nuovo *establishment*<sup>26</sup>: per adeguare la legislazione alla realtà attuale e “diminuire la sensazione di impunità” la variegata ricetta consiste – *inter alia* – in nuove ipotesi di sospensione della prescrizione del reato, estensione delle condotte scriminate per gli agenti di polizia, ampliamento della discrezionalità del giudice, sentenze di condanna non definitive provvisoriamente esecutive,<sup>27</sup> radicale estensione della pena carceraria (non solo inflitta ma) concretamente eseguita, e spirale carcerocentrica dalla quale è sempre più difficile uscire per il condannato<sup>28</sup>.

**3.** Limitandoci all’esperienza italiana, su queste basi, dunque, i dispositivi della nuova meccanica punitiva risultano sempre più avulsi – *i.e.* si vogliono avulsi – da ogni vincolo, criterio, limite, con intensità (asseritamente) commisurata alla *magnitudo* del fenomeno criminoso da contrastare, e quasi a ricordare che «*in atrocissimis [...] licet iura transgredi*»: sino ad approdare a quello che potrebbe definirsi il «diritto penale *no-limits*» dell’epoca attuale, che non è solo frutto di un *trade-off* tra efficienza e garanzie con un saldo conclusivo a tutto scapito di queste, ma che è un modello *altro* di diritto penale, predisposto e proteso a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e drammatizzate, ed a realizzare – persino – una sorta di *class action* punitiva.

rienza italiana, in *Foro it.*, 2001, V, pp. 29 ss.; più di recente, Id., *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2012.

22. L. Violante, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017, pp. 113.

23. Secondo i dati riportati da F. Nobis, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, cit., pp. 453 ss., la scorsa legislatura annovera 40 riforme penali nelle quali sono state modificate 250 disposizioni sostanziali e processuali.

24. Così M. Jahn, recensione all’ultima edizione del *Nomos Kommentar* (a cura di U. Kindhäuser-U. Neumann-H.U. Paeffgen, Baden-Baden, 2017), in *NJW*, 2017, 3638.

25. Cfr. ancora F. Nobis, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, cit., pp. 455 ss., segnalando non solo il (non nuovo) “circolo vizioso” innescato – puntualmente – dalla mancata soddisfazione delle aspettative sociali di sicurezza (*Sicherheitserwartungen*), con conseguente richiesta di nuove “proposte di soluzione” che esitano, fatalmente, nel “sovradosaggio” della farmacopea sanzionatoria, ma alcune caratteristiche che si accompagnano alle attuali tendenze, e tra queste una contaminazione tra diritto penale repressivo (*repressives Strafrecht*) e diritto di polizia preventivo (*präventives Polizeirecht*), la costante estensione dei poteri invasivi e coercitivi degli organi inquirenti e della polizia giudiziaria, e, più in generale, l’accelerazione e la progressiva “deformalizzazione” del processo penale, trainata dall’obiettivo dell’efficienza e dalla necessità di calmierare le richieste di “processi più veloci, pene più severe e leggi più restrittive”, e perseguita mediante la rinuncia ai principi dello stato di diritto e lo “smantellamento” dei diritti della difesa (pp. 459 ss.).

26. Il progetto è volto a introdurre, come recita l’art. 1, [misure contro la corruzione, il crimine organizzato e i crimini commessi con grave violenza alla persona».

27. V. in particolare la parte I del progetto, dedicata a introdurre “misure per assicurare la provvisoria esecutività della condanna penale dopo la pronuncia di seconda istanza”.

28. Sul progetto, v. le critiche, tanto aspre quanto autorevoli, di M. Reale Jr., *O pacote-punição de Moro*, in *Estadão*, 23 febbraio 2019, segnalando che, con il pretesto di adeguare la legislazione e ridurre il senso di impunità, il “pacchetto Moro” “commette abusi, minimizza garanzie, acutizza vulnerabilità e premia mancanze del sistema di giustizia”, introducendo solo “misure per ampliare la punizione penale”.

Esso registra quindi non solo un allontanamento progressivo dai canoni di offensività ed *extrema ratio*<sup>29</sup>, o una diastasi dai principi di ragionevolezza e proporzione, ovvero cedimenti già anticipati – in modo più o meno evidente – da esperienze legislative recenti<sup>30</sup>. Ma evoca appunto un modello di diritto penale *eccentrico* (perché non ha più un centro) ed *ametrico* (perché è privo ormai di misura) che, completando una traiettoria ondivaga e intermittente, sembra avere ormai – dichiaratamente e definitivamente – sciolto gli ormeggi dai suoi valori fondativi e dai suoi dispositivi caratterizzanti: accomiatandosi, anzitutto, dalla tipicità legale del reato, da ogni idea di proporzione come metro dell’equilibrio interno al rapporto precetto/disvalore/sanzione e come canone generale e trasversale dell’intervento punitivo (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*), e dalla presunzione di innocenza, sempre più debilitata da una crescente relativizzazione.

**3.1.** Quanto al primo aspetto, per vero, il congedo dalla primazia della legge e dalla “tipicità legale” – eletta a snodo fondamentale del passaggio al moderno<sup>31</sup> – ha radici risalenti, e ha preso piede su un terreno ampiamente dissodato da una pluralità di fattori.

**3.1.1.** Ben inteso: che la “tipicità penale” – specie in un’epoca dove il concetto di “fattispecie” è da tem-

po associato alla sua “crisi”<sup>32</sup> – non fosse più quella custodita in uno “schema logico-concettuale chiuso” e conchiuso nella “graniticità” del *Tatbestand* lo aveva testimoniato, prepotentemente, la progressiva consapevolezza sul “valore del precedente” nel diritto penale<sup>33</sup> e, di qui, l’irruzione sulla scena della “legalità giurisprudenziale”<sup>34</sup>, che ha protagonizzato il momento interpretativo a scapito della legge: una presenza ormai tanto incalzante da costringere la Corte costituzionale – come pure si vedrà – a trincerarsi nella cittadella fortificata dei principi supremi (sottoposizione del giudice alla legge – articolo 101, secondo comma, della Costituzione – separazione dei poteri) in diverse occasioni recenti<sup>35</sup>.

Senonché, l’erompere della legalità giurisprudenziale – per certi versi inevitabile, se non del tutto fisiologico – si è talvolta accompagnato ad una sorta di pretesa “liberalizzazione” dei metodi interpretativi, quasi che la centralità dell’interpretazione giurisprudenziale – questo il fraintendimento – significhi libertà dell’interpretazione *tout court*, se non ritorno ad un vero e proprio “diritto libero”.

È un fatto che la “lettera della legge” sia assunta, spesso, a semplice *starting point*, e che l’analogia *in malam partem* – il cui divieto incarna il «postulato costituzionale identitario di tutta la disciplina»<sup>36</sup> – venga ormai silenziosamente considerata “sofferenza bilanciabile” con altre istanze, volta a volta promosse dal “diritto vivente” alla luce di criteri storici, si-

29. A tutto questo eravamo già abituati, non solo al cospetto di una espansione qualitativamente e quantitativamente abnorme del diritto penale, in Italia come altrove: v., al riguardo, le diverse denunce di C.E. Paliero, *Minima non curat praetor*, Milano, 1985; F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990; Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995; J.M. Silva Sanchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos del la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1° ed., Madrid, 1999; ed ancora A. Garapon-D. Salas, *La République pénalisée*, cit., pp. 5 ss., denunciando “la pénalisation de la vie collective”.

30. Con picchi di irrazionalità registratisi, ad esempio quando abbiamo assistito all’omicidio stradale punito con pene irragionevolmente draconiane, o alla progressiva *escalation* delle cornici edittali nei reati contro la Pa, ovvero ancora all’exasperazione dell’uso delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in ragione di valutazioni di puro allarme sociale, etc.

31. Per tutti, v. l’importante studio di A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

32. In un panorama dottrinale vastissimo, che spesso intreccia il *topos* della crisi della legalità (per tutti, M. Vogliotti, voce *Legalità*, *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, pp. 371 ss.), v. di recente A. Gamberini, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31 marzo 2016, e M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del penale*, Torino, 2018, pp. 91 ss.

33. Al riguardo, v. in particolare lo studio “pionieristico” di A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2 ed., Torino, 2014; cfr. ora anche Id., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Torino, 2016, pp. 407 ss.

34. Per un istruttivo affresco, v. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, pp. 77 ss.

35. Il riferimento è – *inter alia* – alla sentenza n. 230 del 2012 ed alla sentenza n. 115 del 2018, ma anche alla recente sentenza n. 25 del 2019, la quale – sulla traccia di quanto già affermato nella sentenza n. 230 del 2012 – ha ribadito che «In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato», precisando altresì che «L’attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell’interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l’area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un’attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo».

36. M. Donini, *Fattispecie o case law?*, cit., p. 87.

stematici, logici, teleologici, orientati ad altri valori costituzionali, all'effetto utile o, più in generale, alle conseguenze e agli scopi: anche nelle decisioni più autorevoli delle Sezioni Unite<sup>37</sup>.

Senza contare che tale libertà interpretativa si associa spesso, specie nei gradi di merito, a prassi applicative del diritto – incalzate da un efficientismo tanto agognato quanto miope – dove la “scelta” dell'interprete è costretta a limitarsi, il più delle volte, a reperire *ex post* un qualche precedente – più o meno “consolidato”<sup>38</sup> – richiamato acriticamente, se non in chiave di mera «*reassurance juridique*».

Quindi, crescente libertà nell'interpretazione del diritto (*Rechtsauslegung*) e crescente acriticità nell'applicazione del diritto (*Rechtsanwendung*): fenomeno, questo, tanto più rimarchevole e preoccupante in materia penale, a cui ha cercato di porre freno la dottrina, di recente, evidenziando con insistenza crescente l'urgenza di una vera e propria “deontologia ermeneutica”<sup>39</sup>, che instrada l'interpretazione penale sui binari di un «diritto giurisprudenziale maturo»<sup>40</sup>.

**3.1.2.** Ora, una tale deriva interpretativa (e applicativa) del diritto penale si è affermata – senza dubbio – grazie al *laissez faire* del legislatore, che l'ha anzi alimentata – per ragioni sulle quali cercherà di tornare – abdicando progressivamente alla tipicità legale, con evidenza immediata in alcuni settori più che in altri.

Tra i tanti che potrebbero menzionarsi, se ne ha un esempio significativo proprio nell'ambito dei delitti contro la Pubblica amministrazione, oggetto della legge n. 3 del 2019, e segnatamente al cospetto dei delitti di corruzione, che – muovendo dall'accoglimento di una nozione sociologica di corruzione – sono ormai scivolati verso una “tendenziale atipicità”: in effetti, questo settore sembra ormai affidato a “fattispecie ubiquitarie”, “a tipicità sintomatica”, dove la linea di intervento penale propende pericolosamente dal fatto all'autore (o al “tipo criminologico d'autore”/ *Tätertyp*), polarizzando persino il fuoco del disvalore sul solo *corpus delicti* (il denaro o – più latamente – la “utilità indebita” che qualifica ogni transazione corruttiva), accompagnato da contrassegni di tipicità sempre più diafani e inespressivi (come l'*abuso della mera qualità*)<sup>41</sup>.

Ed è noto che dalla porta dei reati contro la Pubblica amministrazione passa il sindacato sulla discrezionalità amministrativa e, quindi, sulla politica da parte del giudice penale, cosicché una maggior lassità nel definire i contrassegni di tipicità in quel settore corrisponde all'ampliamento di forme di controllo più o meno pervasive delegate alla magistratura; forme di controllo talvolta esasperate, che penetrano anche attraverso l'impiego di fattispecie tradizionali sino a raggiungere – come è stato rilevato – un'autentica presunzione di criminalità dell'attività politica, o una sorta di “demonizzazione”<sup>42</sup>, che ora sembra aver

37. Se ne hanno due esemplificazioni recenti, entrambi volti a porre riparo a – più o meno evidenti – illogicità del testo normativo (dunque decisioni che possono apparire politicamente ben motivate): SS.UU., 31 marzo-27 maggio 2016, n. 22474, in tema di falso in bilancio e valutazioni estimative [sulla quale, ad es., A. Manna, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma (art. 2621-2622 cc)*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2017, pp. 5 ss.]; e SS.UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770 (sulla quale, tra gli altri, C. Cupelli, *L'art. 590-sexies cp nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2018, pp. 246 ss.; e M. L. Mattheudakis-G. M. Caletti, *La fisionomia dell'art. 590-sexies cp dopo le Sezioni Unite tra “nuovi” spazi di graduazione dell'imperizia e “antiche” incertezze*, ivi, n. 4/2018, pp. 25 ss.; M. Caputo, *Le Sezioni Unite alle prese con la colpa medica: nomofilachia e nomopoiesi per il gran ritorno dell'imperizia lieve*, RIML, 2018, pp. 345 ss.).

38. Al riguardo, è istruttivo rileggere le sintetiche riflessioni di F. Carnelutti, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 41 ss.

39. Sul punto, oltre a M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., si veda, volendo, V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: Appunti di “deontologia ermeneutica”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 gennaio 2018.

40. Tornano sul tema, ancora, M. Donini, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 4/2018, pp. 79 ss., [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2018-4\\_09.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_09.pdf), ed altresì C. Sotis, *“Ragionevoli prevedibilità” e giurisprudenza della Corte Edu*, ivi, n. 4/2018, pp. 68 ss., [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2018-4\\_08.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-4_08.pdf).

41. Si è cercato altrove di analizzare questa evoluzione: V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in RIDPP, 2018, pp. 1126 ss.

42. Alcuni eccessi evidenti sono emersi – ad esempio – nei procedimenti che hanno riguardato le moltissime ccdd. spese pazze dei consiglieri regionali, applicando spesso in modo rigoristico e indifferenziato, aperto a logiche di inversione probatoria, la fattispecie di peculato (art. 314 cp), sino a contestare come forma di “distrazione appropriativa” anche l'utilizzo di fondi consiliari per finanziare manifestazioni/incontri latamente politici, come tali non riconducibili – in tesi d'accusa – al versante istituzionale dell'operato del consigliere regionale (ma un tale impiego dello strumento penale è stato spesso smentito – e apertamente stigmatizzato – dagli organi giudicanti: cfr., ad es., Gup Bologna, 28.1.2016 –dep. 31.3.2016, n. 99, dott.ssa Zaccariello, che parla di «una sorta di *demonizzazione* delle spese di cui è stato chiesto il rimborso in occasione della partecipazione del capogruppo e del consigliere a iniziative politiche [...], spese qualificate illegittime perché ritenute, a torto, non coerenti con il dettato della normativa in esame [...]»).

trovato riscontro – ancora nella legge n. 3 del 2019 – nella disposizione che estende intransigenti regimi di incompatibilità e gravosi obblighi di trasparenza a fondazioni, associazioni, comitati<sup>43</sup>.

**3.1.3.** Il commiato dalla tipicità legale ha poi trovato una ragione di conferma strutturale, e quasi di convalidazione *ab externo*: in particolare, che la tipicità – il “fatto tipico offensivo”, architrave del giudizio di colpevolezza – non rispecchi più l’unico paradigma legittimo lo ha confermato il progressivo protagonismo di un modello alternativo e antitetico, ossia il paradigma della prevenzione<sup>44</sup>, al quale via via sono state affidate le «magnifiche sorti e progressive» dell’intervento penale, con una *overdose* di potenziale afflittivo che solo il faticoso travaglio della Cassazione – e della Corte costituzionale, come pure si dirà – sta cercando di riportare ad un equilibrio sostenibile.

In sostanza, trainato dall’asserita ineffettività del “diritto penale classico”, l’armamentario della prevenzione si è affermato in chiave di “surroga” come paradigma non più *eccezionale* (dal brigantaggio, al terrorismo, al crimine organizzato) ma come *regola*, ormai “consolidat[a] e nobilitat[a] anche linguisticamente nel *codice antimafia*”<sup>45</sup>; e le misure di prevenzione personali e patrimoniali – cresciute nel cono d’ombra del diritto penale liberale, e idolo polemico dei penalisti “costituzionalmente orientati”<sup>46</sup> – sono diventate elemento centrale della odierna meccanica punitiva, estendendo a dismisura il proprio raggio di azione a costellazioni di ipotesi caratterizzate da indici di “pericolosità presunta”, generica e specifica, che sono solo – per così dire – l’*ombre portées* delle corrispondenti matrici tipologiche del diritto penale<sup>47</sup>, e che la dottrina più sensibile e la giurisprudenza più consapevole, con notevole travaglio ermeneutico, tentano di sagomare “alla meno peggio” mediante letture “tassativizzanti e tipizzanti”<sup>48</sup>.

**3.1.4.** Rileggere in chiave problematica questo *trend*, oggi, potrà forse apparire “antistorico” – se non persino “nostalgico” –, ma il *follow up* ci sembra necessario per comprendere dove si è arrivati, e soprattutto come è stato preparato il campo all’irruzione dell’attuale modello di diritto penale.

In sintesi: lo sfaldamento della tipicità legale, espropriata da una interpretazione senza più criteri, affidata a fattispecie senza confini nitidi nella tipizzazione del comportamento (*Verhaltenstypus*) e del “tipo di lesione valoriale” (*Wertverletzungstypus*), si accompagna ormai ad un affiancamento del paradigma del «diritto penale della tipicità legale» al paradigma epistemologicamente diverso ed opposto del «diritto penale preventivo», che con il suo dispiegarsi – visto che ogni sistema è incline alla reotrazione, e così pure quello normativo – ha modificato l’inerzia del sistema, prospettando come modello possibile – e costituzionalmente tollerabile – quello di una “giurisdizione senza fatto”<sup>49</sup> e di misure disposte *praeter probationem delicti*, con l’effetto perverso di sdrammatizzare ogni problema di tassatività e determinatezza – così come ogni problema di interpretazione/analogia – diluito ormai in un contesto che ha già accettato una diversa base epistemologica per l’intervento penale.

In questo quadro sconnesso, non deve dunque sorprendere che circoli pericolosamente nel sistema – e nell’immaginario collettivo – lo *slogan* per cui «non esistono innocenti, ma solo colpevoli non ancora scoperti», e l’idea consequenziale che, quindi, leggi penali lasche servano a rimediare ad improvvide assoluzioni (con le ricadute che si evidenzieranno in punto di presunzione di innocenza).

E non sorprende nemmeno che ferite ancor più eclatanti alla “legalità legale”, persino nel suo contenuto “storico” della irretroattività, possano risultare accettabili, nascoste dietro la paratia formale – tanto comoda quanto inappagante – di qualche tralozia distinzione, come quella tra *disposizioni sostanziali* e

43. Sollevando notevoli critiche: cfr. P. D’Amico, *Legge spazzacorrotti, prime proposte per salvare il no profit*, in *Corriere della sera*, 18 marzo 2019, 22.

44. Ormai, come noto, sempre più diffuso, anche in contesti giuridici di tradizione diversa: v. ad es. A. Ashworth-L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford University Press, 2014.

45. F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., p. 5.

46. F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, pp. 351 ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., 1997, pp. 871 ss.

47. Anche quelle poste a fondamento di un quadro di pericolosità cd. qualificata: il protagonista non è infatti – ad esempio – il promotore o il partecipe dell’associazione per delinquere di stampo mafioso (art. 416 *bis*, commi primo e secondo), e neppure il concorrente esterno (art. 416 *bis*/110 cp), ma è l’«indiziato di appartenere alle associazioni di cui all’art. 416 *bis* cp» [art. 4, comma primo, lett. a), d.lgs n. 159 del 2011].

48. Tra queste, SS.UU., 27 aprile-5 settembre 2017, n. 40076, *Paternò*; SS.UU., 30 novembre 2017-4 gennaio 2018, n. 111, *Gattuso*, alle quali hanno fatto seguito molte altre importanti pronunce “restrittive” delle sezioni semplici.

49. Così M. Ceresa Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolombabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in [www.penalecontemporaneo.it/upload/1449060304CERESA-GASTALDO\\_2015b.pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1449060304CERESA-GASTALDO_2015b.pdf).

disposizioni concernenti l'esecuzione penale, con immediata applicazione di queste ultime nonostante le evidenti e contundenti ricadute afflittive, e nonostante – soprattutto – la diversa lettura antiformalistica che sembra emergere dalla giurisprudenza europea<sup>50</sup> (il pensiero corre all'estensione dell'articolo 4 bis dell'ordinamento penitenziario – e del regime di ostatività – ai delitti contro la Pubblica amministrazione)<sup>51</sup>.

Quasi che il *nullum crimen sine praevia lege poenali*, di fronte a talune forme di criminalità odiosa come quella della corruzione, sia ormai *quantité négligeable*, improvvido intralcio all'affermarsi della palingenesi punitiva intesa – appunto – come “vendetta sociale”.

**3.2.** Non meno evidente ed incalzante il congedo dal principio di proporzione tra reato e pena, istanza che – come si sa – vanta nobili ascendenti,<sup>52</sup> referenti costituzionali immediati che la saldano alla finalità rieducativa della pena, e riferimenti nelle principali Carte dei diritti (articolo 49 Cdfue); e che purtuttavia oggi appare un vincolo troppo angusto per un diritto penale che si vuole truculenta manifestazione di *revanchismo* punitivo.

Anche su questo fronte, le lacerazioni non sono nuove, e i bagliori si sono avvertiti nelle frequenti impennate delle cornici edittali, in diversi settori, sempre al traino dell'acutizzarsi dell'allarme sociale, anche episodico, e alla risposta cnicamente placativa del legislatore (come nell'esempio emblematico dell'omicidio stradale, o dello *stalking*, o ancora dei reati di corruzione, ovvero nel settore dei reati di *market abuse*, etc.).

Senonché, l'abnormità della reazione sanzionatoria appare oggi apertamente tematizzata come esibizione di integralismo e diversità di *Weltanschau-*

*ung*: veicolata da “misure manifesto” come il Daspo per i corrotti (ossia pene interdittive pressoché perpetue capaci di resistere non solo alla sospensione condizionale ma anche – quasi una sorta di *damnatio memoriae* – alla riabilitazione<sup>53</sup>) o da spinte carcerocentriche come quelle promosse dalla menzionata estensione dell'articolo 4-bis ord. pen. anche ai reati contro la Pubblica amministrazione, con necessario “assaggio di pena” imposto anche a chi avrebbe avuto ragionevolmente accesso a misura extramuraria secondo la disciplina ordinaria.

Del resto, la rimozione dell'idea stessa di proporzionalità e di ogni equilibrio costituzionale nella allocazione della responsabilità penale penetra nei più diversi ambiti, ed emerge anche nei progetti di riforma – prossimi al traguardo – della «legittima difesa armata domiciliare», che vorrebbe anteporre – non so bene come – l'invio della vita umana. Si dirà che è solo propaganda, e che la giurisprudenza – domani come ieri – non potrà che neutralizzare gran parte del *novum* legislativo (e dell'*intentio auctoris*)<sup>54</sup>: ma la semiologia in cui si esprime è chiaramente tesa a sovvertire il rapporto tra i valori in gioco.

**3.3.** Sullo sfondo, questa disarticolazione del diritto penale dai suoi presupposti fondativi, e dai corrispondenti limiti, trova un campo reso particolarmente fertile dal progressivo declino e dalla “relativizzazione” della presunzione di innocenza – la garanzia più semplice e disarmata, pietra d'angolo di una giustizia penale liberale –, sempre più svilita sia come *regola di giudizio* che come *regola di trattamento*.

**3.3.1.** Sul primo fronte, la progressiva ipotrofia della presunzione di innocenza – come noto – si deve

50. Sul punto, v. le considerazioni di F. Mazzacova, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, pp. 277 ss.

51. Sul punto, volendo, V. Manes, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la Pa: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2019, pp. 105 ss.; va al riguardo menzionata la recente, coraggiosa decisione del Gip di Como, 8 marzo 2019, dott.ssa Luisa Lo Gatto, che – prendendo le distanze dal “diritto vivente” della Cassazione che vuole la normativa penitenziaria assoggettata al principio del *tempus regit actum* – ha affermato la irretroattività della nuova disciplina peggiorativa, per il tramite di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme (al riguardo, v. ora L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 marzo 2019); i dubbi di costituzionalità, peraltro, sono stati già ritenuti non manifestamente infondati da Cass., sez. VI, 14 marzo 2019 (notizia di decisione n. 17/19).

52. Cfr. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1774), in ptc. § VI e XXVII.

53. V. il nuovo art. 317-bis cp, modificato dall'art. 1, comma 1, lett. m) della l. n. 3 del 2019, ai sensi del quale la condanna alla reclusione (superiore a due anni) «per i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis e 346-bis importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio», e quanto alla non operatività della riabilitazione, il comma aggiunto – dall'art. 1, comma 1, lett. i) della medesima legge – all'art. 179 cp, ai sensi del quale «La riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti non produce effetti sulle pene accessorie perpetue. Decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta, quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta».

54. In questo senso, v. ad esempio l'intervista a E. Bruti Liberati, *Questa legge è un inganno ed è anche incostituzionale*, *La Repubblica*, 7 marzo 2019.

all'impoverimento della tipicità legale, e alla perdita di "rigore" del tipo di cui si è accennato.

Del resto, quando si assottiglia il coefficiente di tassatività/determinatezza del tipo, e il perimetro di rilievo penale è affidato a "fattispecie a tipicità sintomatica" costruite su elementi "a tassatività debole", si atrofizza anche il *thema probandum*, con ricadute simmetriche sul versante della tenuta processuale, dove il pericolo costante è "che la prova si fondi su meri dati presuntivi", in spregio alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio; ed a fronte di fattispecie poco determinate è la stessa giurisprudenza – nella sua composizione più autorevole – ad ammonire sulla necessità di «scongiorare mere presunzioni o inaffidabili automatismi nella verifica della ipotesi accusatoria»<sup>55</sup>.

**3.3.2.** Ma la garanzia della presunzione di innocenza è ormai sfibrata da attacchi persino più frontali e graffianti, anzitutto come "regola di trattamento".

Se ne ha traccia evidente nella progressiva anticipazione degli "effetti del procedimento penale" sulla sfera giuridica dell'imputato: in una campionario di esempi crescente e sempre più variegato, basti pensare alle diverse incapacitazioni e limitazioni che incidono – nelle diverse sequenze processuali, ed in linea di principio a partire dalla sentenza di condanna "anche non definitiva" – sui diritti politici (si pensi alle incandidabilità a cariche elettive previste – in attuazione della legge Severino – dal d.lgs n. 235 del 2012), economici o lavorativi (si pensi alle cause ostative previste nel codice degli appalti, ma anche ai requisiti di onorabilità previsti per le società quotate, ovvero ancora alle inconfiribilità di incarichi presso pubbliche amministrazioni previsti, sempre in attuazione della legge n. 190 del 2012, dal d.lgs n. 39 del 2013), o sugli stessi diritti civili (come recentemente previsto dal citato dl. n. 113 del 2018 (conv. in legge n. 132 del 2018), rispetto al richiedente asilo internazionale che

sia anche solo «sottoposto a procedimento penale», o condannato anche con sentenza non definitiva (per reati tra i quali compare anche quello – di limitata gravità – di violenza o minaccia al pubblico ufficiale, ex articolo 336 cp<sup>56</sup>); tutte limitazioni imposte al prezzo di una contrazione della presunzione di innocenza, ritenuta soccombente rispetto ad altri interessi.

La relativizzazione della presunzione di innocenza sembra, persino, tematizzata in forma compiuta, quando si accetta – con l'avallo della Corte costituzionale e persino della Corte Edu<sup>57</sup> – che misure a contenuto afflittivo (e "sostanzialmente penali" quali sono talune ipotesi di confisca) siano disposte a fronte di un mero accertamento *sostanziale* della responsabilità, condotto *in itinere iudicii*, e pur in presenza di un proscioglimento determinato da una sopravvenuta causa di estinzione del reato come la prescrizione: con una "licenza" rispetto al principio *nullum crimen sine iudicio* che – è stato autorevolmente rilevato – sembra rievocare formule medievali come quella che voleva l'imputato a moitié acquitté<sup>58</sup>.

A questo progressivo svilimento della presunzione di innocenza come "regola di trattamento" ci siamo, del resto, assuefatti: la si tocca con mano dagli spalti del "processo mediatico", quella rappresentazione di "giustizia parallela" ormai diffusa nei più diversi format (dal *talk show*, al *docufiction*, all'*infotainment*) che rappresenta una delle esperienze più "immersive" della penalità contemporanea, e che – incalzata dall'urgenza di costruire una risposta che soddisfi la voracità dell'*audience* – ha l'unico comune denominatore nel presentare l'indagato come reo, secondo la sommaria e tribale ricostruzione operata, appunto, sul «palcoscenico catodico di verità di pronto consumo offerto dai *media*»<sup>59</sup>.

**3.3.3.** Su queste basi, il congedo definitivo dalla presunzione di innocenza – come "valore di fondo"

55. Così le SS.UU., 24 ottobre 2013, *Maldera*, in ptc. § 22, con riferimento alla distinzione tra concussione e art. 319-*quater* cp (in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di G. L. Gatta, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e 'induzione indebita': minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*).

56. Art. 10, comma 1-bis, dl. n. 113 del 2018, cit., che ha modificato l'art. 32 del d.lgs n. 25 del 2008, modificando la disciplina del «*Procedimento immediato innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale*»: in tali casi, il questore, salvo che la domanda sia già stata rigettata dalla Commissione territoriale competente, ne dà tempestiva comunicazione alla stessa Commissione, che provvede nell'immediatezza all'audizione dell'interessato adottando contestuale decisione, valutando l'accoglimento della domanda, la sospensione del processo o il rigetto della domanda; esito quest'ultimo facilmente prevedibile, con la conseguenza che il richiedente dovrà lasciare immediatamente il territorio dello Stato, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione (cfr. sul punto, le perplessità anche di M. Guglielmi, *Relazione* introduttiva al XXII congresso di Magistratura democratica, in Appendice in questo fascicolo).

57. Cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015 (e su quella traccia SS.UU. in materia di confisca); analogamente, ora, Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* (in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2018, pp. 759 ss., con nota di A. Scarcella).

58. Cfr., al riguardo, la *dissenting opinion* del giudice P. Pinto de Albuquerque, nella citata sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia*.

59. Cfr. G. Giostra, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, 2017, § 5.



del sistema – sembra evidente nella recente legge cd. “spazzacorrotti”.

In effetti, un primo indizio – alquanto sintomatico – sembrerebbe potersi desumere dall'estensione ancora ai reati di corruzione della figura del cd. “agente infiltrato”, profilato con tratti piuttosto ambigui nonostante i moniti della giurisprudenza europea<sup>60</sup>, ed inoculato dunque in un settore di criminalità comune che può germinare nei quotidiani rapporti tra politica/amministrazione e impresa e/o nel contesto ordinario del traffico economico-sociale:<sup>61</sup> introduzione alla quale – visto l'incerto perimetro normativo che non sembra neutralizzare con chiarezza la provocazione da parte dell'agente *undercover*<sup>62</sup> – sembra sottesa l'idea che il cittadino comune – e non il soggetto gravato da una presunzione di pericolosità più o meno fondata come quello che orbita nel contesto del crimine organizzato e/o del traffico internazionale di droga – sia un potenziale corruttore, che nella penombra della prassi – non si può escluderlo – potrà essere trascinato nell'orto del Getsemani e messo alla prova con la tentazione di chi si dispone al *pactum sceleris*, se non persino con un velato *integrity test*, secondo una logica chiaramente espressiva di uno “stato di polizia”, che diffida dei propri concittadini presumendoli, appunto, potenziali rei, o “proclivi a delinquere”.

Ma è soprattutto la “sterilizzazione” della prescrizione del reato ad evocare il tramonto assiologico della presunzione di innocenza: con una scelta di campo che tramanda una idea di “giustizia assoluta” – secondo il principio *fiat iustitia et pereat mundus*, che non tollera limitazioni temporali, utilitaristiche, proporzionate quali quelle imposte dalla “pena utile”

e da una idea “secolarizzata di giustizia” – si adotta un modello tanto esasperato da far ricadere sull'imputato (persino dopo una assoluzione in primo grado) il passaggio del tempo e le inefficienze della giustizia: dove il retropensiero sembra chiaro, e coincide con l'abbandono del principio *in dubio pro reo* in favore dell'*in dubio pro republica*.

**4.** In un quadro così scomposto, e a fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, l'unico freno ad una tale deriva è quello che tenta di opporre la Corte costituzionale, con decisioni che – sintomaticamente – interpellano sempre più spesso, di recente, principi fondamentali, riaffermati con forza e rigore indubbiamente inconsueti<sup>63</sup>.

Se ne è avuto un esempio con le decisioni rese a margine della cd. “saga Taricco”<sup>64</sup>, dove la Corte si è diffusa in una perentoria riaffermazione della legalità – nelle sue componenti più intime e nelle sue peculiarità “continentali” –, ripudiando apertamente l'idea del «giudice di scopo», chiudendo spazi a interventi “paralegislativi” dell'interpretazione giudiziale, disancorati da ogni «fondamento ermeneutico controllabile», ribadendo la primazia della legge nella sua inamovibile centralità «nei sistemi di *civil law*», e persino rivitalizzandola con un “sorprendente” richiamo al testo come limite ad ogni libertà di interpretazione, ridimensionata ad «un *posterius* incaricato a scrutare nelle eventuali zone d'ombra»<sup>65</sup>.

Ancora sul fronte della tipicità legale, ma sul versante della prevenzione – oggetto di un recente

60. V. al riguardo già A. Vallini, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte Edu* [nota a Cass., sez. III, 7.4.2011 (dep. 3.5.2011), n. 751], in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31 maggio 2011.

61. Art. 1, comma 8, l. n. 3 del 2019.

62. Cfr., specie in relazione alle condotte “consentite” al “simulato corrotto”, ossia al simulato pubblico agente che sollecita la “tangente”, B. Fragasso, *L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte Edu, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 marzo 2019, sottolineando, più in generale, che la vaghezza nel delineare le condotte scriminate «è ancora più preoccupante se si tiene conto del fatto che l'art. 9 comma 1, in chiusura, menziona anche le condotte “prodromiche e strumentali” tra quelle la cui punibilità è esclusa: vi è dunque il concreto pericolo che tale scriminante si trasformi in una causa di impunità indiscriminata per tutte le attività compiute “sotto copertura”, ivi comprese quelle preparatorie o provocatorie; e pur sottolineando il requisito secondo il quale le operazioni sotto copertura debbano essere disposte “al solo fine di acquisire elementi di prova”, cosicché esse “[...] non potrebbero, dunque, essere utilizzate a fini meramente preventivi e dovrebbero svolgersi soltanto successivamente all'acquisizione di una *notitia criminis*, nell'ambito di un procedimento penale già instaurato»; meno preoccupato sul punto, alla luce delle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Cassazione e della Corte Edu, P. Ielo, *L'agente sotto copertura per reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, ivi, 5 marzo 2019.

63. Più in generale sul ruolo delle giurisdizioni (ordinarie, costituzionali ed europee) come “ultima difesa contro un attacco esiziale portato ai principi e allo spirito di umanitarizzazione del diritto penale, frutto di un plurisecolare processo di civilizzazione”, v. G. Insolera, *Una discesa nel maelström*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 20 settembre 2018, 14.

64. Il riferimento è all'ordinanza n. 24 del 2017 e alla sentenza n. 115 del 2018.

65. Così, in particolare, la sentenza n. 115 del 2018.

“trittico” di importanti pronunce di accoglimento<sup>66</sup> – la Corte da un lato ha censurato – con un *overruling* rispetto al proprio precedente orientamento<sup>67</sup> – l’eccessiva genericità della prescrizione del «vivere onestamente e rispettare le leggi»<sup>68</sup>; dall’altro è giunta ad affermare – per quanto qui maggiormente interessa – che il difetto di tipizzazione non può essere compensato da «pur significativi sforzi della giurisprudenza» ove questi – coltivati soprattutto sul versante processuale e non sul versante della «tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*»<sup>69</sup> –, in ragione della perdurante convivenza di «due contrapposti indirizzi interpretativi», non siano riusciti ad «assicurare in via interpretativa con torni sufficientemente precisi alla fattispecie [...] si

da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali “casi” – oltre che in quali “modi” – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca»<sup>70</sup>.

Si deve sempre alla Corte una significativa accentuazione del principio di proporzione, e della sua “capacità dimostrativa” – amplificata dalla rinuncia al geometrismo tipico del *tertium comparationis*<sup>71</sup> così come dal temperamento del dogma delle “rime obbligate” – messa subito alla prova sull’impervio campo delle cosiddette pene fisse (previste per i reati di bancarotta)<sup>72</sup>, e confermata anche successivamente, in tema di stupefacenti<sup>73</sup>; ed una ulteriore “svolta”

66. Le sentenze nn. 24, 25 e 26 del 2019.

67. Sentenza n. 282 del 2010.

68. Sentenza n. 25 del 2019, sulla traccia di una palese *interpretatio abrogans* già operata dalla citata sentenza delle SS.UU., n. 40076 del 2017, *Paternò*.

69. Come evidenzia la sentenza n. 24 del 2019, la «tassatività sostanziale, concernente il *thema probandum*», va distinta dalla tassatività processuale, «concernente il *quomodo* della prova»: «Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dall’art. 6 Cedu – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame», cosicché «Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali “elementi di fatto”) suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle “fattispecie di pericolosità generica” descritte dalle disposizioni in questa sede censurate [...]».

70. Su queste basi, la citata sentenza n. 24 del 2019 – dopo un silenzio sostanzialmente protrattosi, sulle misure di prevenzione, per quasi quarant’anni (dalla sentenza n. 177 del 1980) – ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 1, lett. a), del d.lgs n. 159 del 2011, concernente «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», rilevando una «radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso», posto che «[a]lla giurisprudenza [...] non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l’interessato, il disposto normativo in esame»; e ciò, a differenza di quanto ritenuto con riferimento alla diversa fattispecie “preventiva” di cui all’art. 1, lett. b), d.lgs n. 159 del 2011 (relativa a «coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»), al cospetto della quale si è rilevato che l’interpretazione giurisprudenziale della fattispecie «permette di ritenere soddisfatta l’esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l’attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei “tipi di comportamento” (“types of behaviour”) assunti a presupposto della misura».

71. Così la sentenza n. 236 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 2092 ss., con nota di V. Manes, *Proporzione senza geometrie*.

72. Sentenza n. 222 del 2018 (in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di A. Galluccio, *La sentenza della Consulta su pene fisse e rime obbligate*: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta; ed in *Giur. comm.*, 2019, con nota di P. Insolera, *Oltre le “rime costituzionali obbligate”*: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene, in corso di pubblicazione), cui ha fatto seguito la sentenza n. 233 del 2018).

73. Il riferimento è alla sentenza n. 40 del 2019, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 73, comma primo, dPR n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale di otto anni anziché di sei anni, ritenendo che «[l]a misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore», e pur rilevando che «[è] appena il caso di osservare che la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità [...]» (sul tema, v. già R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in [www.penalecontemporaneo.it/d/6493-la-corte-costituzionale-al-bivio-tra-rime-obbligate-e-discrezionalità-prospettabile-una-terza-via](http://www.penalecontemporaneo.it/d/6493-la-corte-costituzionale-al-bivio-tra-rime-obbligate-e-discrezionalità-prospettabile-una-terza-via)).

in punto di finalità rieducativa (articolo 27/3 della Costituzione), sul delicato tema dell'ergastolo, culminata nell'affermare – con valenza ben più generale – il «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»<sup>74</sup>.

Nel complesso, pur a fronte di talune decisioni di segno diverso – e più “compromissorie”<sup>75</sup> – l'approccio della Corte appare indubbiamente rigoroso, e sempre più impegnato nello sforzo di salvaguardare – o controbilanciare – le spinte deformanti di cui si è accennato.

Ma è chiaro a tutti che l'opera di freno della Consulta – necessariamente e strutturalmente parziale, specie in un sistema a “controllo accentrato” – ha un margine di azione limitato, non solo perché dipende da una certa composizione della Corte e dall'autorevolezza, indipendenza ed equilibrio dei suoi giudici (e di chi è chiamato a sceglierli, direttamente o indirettamente); ma anche e soprattutto perché la Corte – è stato da tempo evidenziato – è pur sempre un «decisore politico nazionale»<sup>76</sup>, come tale non certo immune da condizionamenti esterni – ivi compresa la pubblica opinione – che ne mettono costantemente alla prova la vocazione anti-maggioritaria.

Ed è chiaro pure che anche le sentenze più coraggiose ed illuminate – come testimonia proprio la ma-

teria dell'immigrazione<sup>77</sup> – non hanno alcun valore fideiussorio per il futuro<sup>78</sup>.

**5.** Verrebbe da chiedere, dunque, quali sono le funzioni di questo peculiare modello di diritto penale, eccentrico e ametrico, che appare come un vero e proprio «diritto penale *no-limits*»; e soprattutto quali conseguenze potrebbe implicare il farsi strada di questo paradigma – propagandosi ad altri settori sulla scia delle *moral campaign* volta a volta trainanti – non solo per i diritti e le garanzie, ma per l'assetto ordinamentale e per gli stessi equilibri dello stato di diritto.

Quanto alle funzioni, sembra chiaro che tra queste non vi sia alcun interesse per la prevenzione speciale positiva, e per la finalità rieducativa, che non può coesistere con la “neutralizzazione sociale” del reo<sup>79</sup>; ma anche la prevenzione generale – pur sempre basata su un calcolo di razionalità *ex parte legislatoris* sotteso all'idea di *deterrence* – non appare davvero un interesse centrale, e così pure la retribuzione – che pur potrebbe sembrare prossima, con la sua “maestosità svincolata da scopi”, a determinati automatismi, che sembrano evocare una radicalizzazione del *just desert*<sup>80</sup> – non sembra pertinente, tale e tanta è la di-

74. Posto che la “pur legittima” finalità general preventiva non può però «nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società»: così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall'art. 4-*bis*, comma 1, l. cit., i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 cp – e per il delitto di cui all'art. 289-*bis* cp – che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che dunque – riconoscendo l'inderogabilità del finalismo rieducativo – si profonde in una affermazione «assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all'unica finalità della pena enunciata nella costituzione» [in questi termini, E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 luglio 2018, 3; al riguardo, v. anche M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *RIDPP*, 2018, pp. 1359 ss., e F. Siracusano, *Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, ivi, 1787 ss.; ed ancora A. Pugiotto, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149 /2018)*, in *www.osservatorioaic.it*, 19 novembre 2018, pp. 405 ss.].

75. Ne è un esempio la sentenza n. 49 del 2015, in tema di “confisca senza condanna”, che ha trovato il suo *pendant* in una “debole” e per molti versi ambigua sentenza della Grande Camera della Corte Edu, 28 giugno 2018, *G.I.E.M.s.r.l. e a. c. Italia*.

76. R.A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *J. Pub. L.*, 1957, pp. 279 ss., p. 281.

77. Sulla dissociazione tra opzioni legislative (penali e amministrative) e indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale, v. ad es. M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in C. Sotis-M. Meccarelli-P. Palchetti (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità statale e regimi dell'esclusione*, Macerata, 2011, pp. 35 ss.

78. N. Recchia, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019 (in corso di pubblicazione).

79. La finalità imposta dall'art. 27/3 Cost., che ha una corrispondenza biunivoca con il divieto di usare il singolo per finalità impersonali, è del resto chiaramente negletta al cospetto di misure come le citate pene interdittive “perpetue” o di meccanismi che implicano la neutralizzazione di percorsi di riabilitazione extramuraria *sine necessitate*.

80. Cfr. G. D. Caiazza, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in *Guida al dir.*, n. 11 del 2019, p. 10 ss.: «[...] Una idea cioè schiettamente etica, neo-retributiva, che concepisce la incriminazione non come mera prescrizione di regole di comportamento sociale

stanza dal canone di proporzione che è consustanziale all'idea di retribuzione.

Si tratta dunque di altro: l'impiego della pena – come accennato – sembra funzionale ad una simbologia comunicativa che assume l'ostentazione punitiva, anzitutto, come strumento di legittimazione dei nuovi assetti di potere, dove però il messaggio non sembra divulgato in chiave di deterrenza (*pro futuro*), ma in chiave retrospettiva, appunto come una sorta di “*re-vanche* punitiva” che serve anzitutto a legittimare i nuovi attori politici; dove, peraltro, la severità della pena – o il cieco rigore nella sua esecuzione – non è solo eclatante manifestazione di integerrimo rigore in chiave di stabilizzazione sociale, ma è anzitutto – come accennato – truculenta ostentazione della diversità, nella tacita assunzione che le leggi sociali «non sono fatte per essere applicate da persone alle quali sono destinate, ma per essere applicate a coloro che non le hanno fatte»<sup>81</sup>.

La “punizione”, dunque, neppure come “istituzione di memoria” a beneficio della collettività, ma come profilassi identitaria per un singolo gruppo, unita anche – difficile negarlo – alla elargizione pubblica del “godimento derivante dal castigo”<sup>82</sup> o dalla premonizione di una sofferenza provocata ad altri (*Schadenfreude*).

**6.** Ciò premesso, diventa più utile, ed urgente, interrogarsi sulle “conseguenze del futuro”, e sulle ricadute di questo “mutamento di paradigma”, partendo da una osservazione d'insieme.

Da una prospettiva grandangolare, non è difficile intravedere la transizione dal modello dello *stato liberale* al modello dello *stato etico* (dove il diritto penale è inteso come “strumento di purificazione dal male”,<sup>83</sup> e proteso verso un ideale di giustizia assoluta: *fiat iustitia et pereat mundus*), a cui non sono del resto estranei – storicamente – tratti di *stato di polizia*; e non è dunque difficile scorgere – anche qui

– l'avverarsi del presagio di chi, più di cinquant'anni or sono, avvertiva che lo stato liberale secolarizzato si fonda su presupposti che esso stesso non è in grado di garantire<sup>84</sup>.

Su questo piano inclinato, ci si può chiedere quali possano essere le ricadute per la giurisdizione, e quali i nuovi (dis-)equilibri che potranno determinarsi sul piano della separazione dei poteri, al cospetto di un diritto penale liberato da ogni argine, ed affidato interamente alla gestione del giudice: considerando che a questi si chiede – in modo sempre più esplicito – di utilizzarlo come strumento di contrasto a fenomeni, e di operare come “giudice di scopo”, direttamente corresponsabilizzato nel perseguimento dell'obiettivo, la lotta alla criminalità e, anzitutto, la *fight against impunity*.

**6.1.** L'impressione è che dietro alla *nouvelle vague* politico-criminale vi sia una implicita – e forse perseguita – deresponsabilizzazione della politica e, parallelamente, una iper-responsabilizzazione della magistratura.

Sarebbe infatti ingenuo, a nostro avviso, intravedere – nell'evoluzione che si è ripercorsa – una reale apertura di credito nei confronti della magistratura e della discrezionalità giudiziaria, che del resto è oggetto di palese sfiducia in diversi ambiti, e gravata di interventi limitativi quando l'interesse “effettivo e concreto” è quello di ridurre o ricalibrarne il margine di azione<sup>85</sup>, come emblematicamente dimostrato – è solo un esempio – dalla riforma *in progress* della legittima difesa<sup>86</sup>.

Piuttosto, la “discrezionalità rinforzata” – sottesa a uno strumentario punitivo sempre più libero da contorni *hard edge* e da freni – sembra frutto di un cinico calcolo deresponsabilizzante, a cui corrisponde una delega in bianco alla magistratura e la progressione verso un orizzonte dove la giustizia penale – e forse la stessa condanna dell'imputato – sembra declinarsi, sempre più, come “obbligazione di risultato”; un oriz-

---

cui deve schiettamente conformarsi, ma come individuazione di uno *standard* morale la cui violazione esige, anche emotivamente, una compensazione prossima alla vendetta da parte della comunità sociale offesa e dunque alla umiliazione del reo piuttosto che al progetto della sua emenda».

81. M. Foucault, *La société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, trad. it., *La società punitiva. Corso al Collegio di Francia 1972-1973*, Milano, 2016, pp. 25.

82. Parafrasando E. Durkheim (*De la division du travail social*, Paris, 1893, tr. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962, p. 106), secondo il quale le componenti emotive del punire sarebbero tanto più enfatizzate “quanto le società sono meno civilizzate”.

83. F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., p. 8.

84. E.W. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt, 1976, p. 6.

85. V. ad esempio il nuovo art. 316-ter, primo comma, seconda parte, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. l) della l. n. 3 del 2019 con chiara vocazione a rideterminare il perimetro applicativo dell'art. 314 cp.

86. Cfr., al riguardo, anche le considerazioni di M. Guglielmi, *Relazione introduttiva al XXII congresso di Md*, cit., con riferimento sia alla proposta di riforma della legittima difesa sia al decreto Pillon.

zonte di attesa al cospetto del quale i giudici alla fine dovranno dire – alla politica e soprattutto all’opinione pubblica – “da che parte stanno”<sup>87</sup>, se dalla parte della legalità o di chi la mette a repentaglio.

**6.2.** In filigrana, si intravede dunque una progressiva e pericolosa sovraesposizione della giurisdizione che – non è difficile prevederlo – comporterà, prima o dopo, un fatale *redde rationem*, dove la magistratura – avuta “carta bianca” nel contrasto alla criminalità – sarà chiamata a dare conto dei risultati conseguiti – e/o degli obiettivi (eventualmente) mancati – alla politica o, forse peggio, alla “folla in tumulto”; e dove il giudice vedrà abbandonate le sue decisioni, sempre più, al “bacchanale delle opinioni”, senza più il riparo del bagaglio tecnico di garanzie e principi che le guidano e proteggono: garanzie e principi volti da un lato, a neutralizzare la fallibilità del decidere e a proteggere la sfera di libertà dei singoli, ma tesi, dall’altro ed al contempo, a garantire appunto l’accettazione sociale della sentenza di condanna o di assoluzione.

E quanto questo rischio sia vivo lo confermano, del resto, i casi sempre più frequenti di attacchi feroci alla magistratura, in caso di assoluzione o anche semplicemente di attenuazione della pena<sup>88</sup>, che dimostrano la frustrazione della pubblica opinione rispetto a quella che appare, sempre più, una aspettativa delusa, di cui il giudice – quale terminale delle aspettative sociali e “custode delle promesse”<sup>89</sup> – viene additato quale primo responsabile, in quel teatro attuale dello *strepitus fori* che è il circuito mediatico, dove si sta consumando – dopo una alleanza a lungo protrattasi,

e ora rivelatasi un abbraccio mortale – la progressiva espropriazione della giurisdizione dalle mani dei suoi legittimi titolari<sup>90</sup>.

**6.3.** Si dirà che sono solo casi episodici: ma la virulenza di tali fattori di condizionamento è tanto forte da minacciare di produrre ricadute di sistema ed effetti immediati – come conferma proprio la cronaca di questi giorni<sup>91</sup> – persino sul piano disciplinare, secondo prospettive che anche solo pochi anni fa sarebbero apparse impensabili, e intollerabili attacchi al “libero convincimento” del giudice.

Le contropunte di questa deriva devono ancora essere misurare con attenzione, ma non è difficile ipotizzare – ripercorrendo la parabola della responsabilità medica – possibili fughe nella “giurisprudenza difensiva”, che del resto potrebbe penetrare nei più diversi interstizi di discrezionalità che contrassegnano l’attività inquirente o giudicante, sospingendo – questo il timore – il margine di scelta verso il limite più severo, ed assunto – prevedibilmente – come maggiormente cautelativo per chi decide: automatismi sempre più marcati nell’apprezzamento delle esigenze cautelari, rigido ossequio alle presunzioni legali, formalismi nell’istruttoria, motivazioni appiattite sul richiamo a massime giurisprudenziali reperite *ex post* per suffragare l’*iter* decisionale, appiattimento della commisurazione della pena verso livelli maggiori di severità, irrigidimento nel bilanciamento tra circostanze a scapito delle attenuanti, sino a forme di surrettizia “delega di giurisdizione ai periti” e più in generale al “sapere tecnico”, anche fuori dei casi che lo richiederebbero<sup>92</sup>.

87. Si veda quanto ipotizzato, in relazione all’acuirsi dell’emergenza del terrorismo internazionale, da M. Donini, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Gli speciali di Questione Giustizia*, e-book, *Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza, Diritti fondamentali*, 2016, pp. 113 ss. e 120 ss., [www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/lotta-al-terrorismo-e-ruolo-della-giurisdizione\\_da\\_11.php](http://www.questionegiustizia.it/speciale/2016/1/lotta-al-terrorismo-e-ruolo-della-giurisdizione_da_11.php).

88. Come emerso recentemente in relazione alla decisione della Corte d’appello di Bologna, I sez., 214 novembre 2018-8 febbraio 2019, sulla cd. “tempesta emotiva”, che ha ridotto la pena comminata in primo grado per un omicidio “passionale” da 30 anni a 16 anni di reclusione; e così pure in relazione alla analoga vicenda decisa, sempre in abbreviato, dal Gup di Genova, 6 dicembre 2018 (che ha riconosciuto la medesima pena riconoscendo il dolo d’impeto e, al contempo, le attenuanti generiche – si legge – avendo l’autore agito mosso «da un misto di rabbia e disperazione, profonda delusione e risentimento; ha agito sotto la spinta di uno stato d’animo molto intenso, non pretestuoso, né unanamente del tutto incomprensibile», ed in particolare «non [...] sotto la spinta della gelosia ma come reazione al comportamento della donna, del tutto incoerente e contraddittorio, che l’ha illuso e disilluso allo stesso tempo [...]»), sentenza pure accolta da un vasto coro di polemiche, anche da parte di opinionisti e intellettuali autorevoli.

89. La accentuazione del ruolo del giudice rispetto alle aspettative sociali è stata da tempo evidenziata, ad es. nell’istruttivo saggio di A. Garapon, *Les gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 1996, ed. it. *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997, con prefazione di E. Bruti Liberati.

90. Cfr. le lucide riflessioni del presidente del Tribunale di Torino, Massimo Terzi, nell’intervista rilasciata a *Il Dubbio*, 30 gennaio 2018 (*I processi in tv rischiano di sostituire noi giudici*, a cura di E. Novi), segnalando il rischio «di un paradossale slittamento della giustizia dal luogo propriamente assegnatole a quello improprio dei *mass media*», e che «la decisione del magistrato giudicante venga ridotta a opinione personale», alla stregua di «una delle tante opinioni espresse nel circuito mediatico [...]».

91. In relazione al menzionato “caso mediatico” della “tempesta emotiva”, deciso dalla Corte d’appello di Bologna, il *Corriere della sera* di sabato 16 marzo 2019 dà notizia della possibile apertura di un procedimento disciplinare, su impulso del procuratore generale della Cassazione.

92. Così giungendo paradossalmente, per altra strada, a lambire comunque il crinale dell’illecito disciplinare: sul divieto della cd. delega

Senza contare il pèlago della sorveglianza, dove il margine di discrezionalità è ancor più marcato.

Cosicché chi giudica sarà stretto nella morsa tra efficienza e formalismo, libero convincimento e *vox populi*, ed esposto su ciascuno dei diversi versanti a possibili addebiti disciplinari<sup>93</sup>.

Il tutto, con lo scenario distopico delle *justice machines*<sup>94</sup> ormai alle porte, *bon gré mal gré*, come dimostra il riemergere – non solo nel dibattito nordamericano – di paradigmi che anelano ad sorta di *just desert model*<sup>95</sup> affidato a una futuristica “macchina per sillogismi” (*Subsumptionsautomat*) che l’intelligenza artificiale e il dilagare degli algoritmi rendono sempre meno remota<sup>96</sup>: paradigmi che, oltre la “calcolabilità del diritto”, prospettano, in filigrana, l’ideale di una “giustizia esatta” che non lascerà più spazio ad arbitri o episodi di “*breakfast sentencing*”, né ad emozioni o aspettative deluse.

**6.4.** Anche a prescindere degli scenari di una possibile *defensive jurisprudence* ed a quelli, ulteriori, che prospettano di declinare le aspettative di giustizia verso una “giustizia esatta” al posto di una “giustizia giusta”, è in questa cornice che si tocca con mano, forse, il significato più intimo delle garanzie e dei diritti fondamentali, che – generati dalla sedimentazione secolare di “ingiustizie” (*rights from wrongs*<sup>97</sup>) – non sono solo un sistema di presidi a tutela dell’indagato o imputato rispetto all’errore giudiziario – come vuole la metafora liziana della *Magna Charta del reo* – ma, prima e più in alto, recinto di protezione e riparo per il giudice e per la legittimazione della stessa giurisdizione rispetto alle aspettative connesse al bisogno emotivo di punire: quell’istinto primordiale che la storia del diritto e del

processo penale – con le sue garanzie e le sue forme – da sempre cerca di addomesticare, e che è ormai divenuto, come si sa, una “passione contemporanea”<sup>98</sup>.

**7.** Se è così, assecondare la deriva verso un diritto penale senza regole, nell’ingenua illusione che la predisposizione di una macchina punitiva totipotente e priva di limiti possa garantire maggior effettività al contrasto alla criminalità – e che debba, in questa prospettiva, attribuire ulteriore centralità all’istanza giurisdizionale –, significherebbe assecondare questa deresponsabilizzazione della politica e, simmetricamente, la sovraesposizione della magistratura rispetto a compiti impropri, e ad obiettivi che, prima o dopo, rappresenteranno l’orizzonte di valutazione dell’operato del magistrato, con le prevedibili conseguenze in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi prefigurati.

L’impressione, dunque, è che debba aprirsi una stagione analoga a quella inaugurata dal convegno di Gardone, ormai cinquant’anni or sono (1965), ma contrassegnata da una diversa direzione di senso<sup>99</sup>: una stagione dove diverrà urgente (non promuovere, bensì) difendere la Costituzione – da parte dell’intera comunità di giuristi – da una aggressione ai suoi contenuti minimi, e di preservare l’eredità giacente del diritto penale costituzionalmente orientato dagli sfregi inferti da questo nuovo *trend di overdose* punitiva (selettivamente) illimitata, proteggendo il prezioso sedime frutto dell’impegno comune di magistratura e dottrina, e del dialogo tra Corte costituzionale, giudici comuni e avvocati.

Questa – a mio avviso – è la vera prova di resilienza che attende la nostra democrazia penale.

---

della giurisdizione, cfr. P. Fimiani-M. Fresa, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, pp. 193 ss.

93. Al riguardo, ed in margine ad alcune oscillazioni della giurisprudenza di legittimità in sede di disciplinari, v. ad es. G. Altieri, *Contro la “giurisprudenza difensiva”*, in *Questione giustizia on line*, 3 maggio 2016, [www.questionegiustizia.it/articolo/contro-la-giurisprudenza-difensiva\\_03-05-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/contro-la-giurisprudenza-difensiva_03-05-2016.php).

94. Secondo il titolo del racconto di fantascienza giudiziaria di J. Charpentier, *Justice Machines*, a cura di G. Vitiello, Macerata, 2015.

95. Cfr. G. Mannozi, *Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Cedam, Padova, 1996.

96. Si veda, al riguardo, A. Garapon-J. Lassègue, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018; ma v. al riguardo anche la preoccupata riflessione di uno dei due autori, A. Garapon, *La tecnologia non potrà mai sostituire giudice e avvocato*, intervista a cura di E. Novi, in *Il Dubbio*, 25 novembre 2018.

97. Come recita il titolo di un istruttivo saggio di A. Dershowitz, *Rights from wrongs. Una teoria laica dell’origine dei diritti*, Codice, Bologna, 2005.

98. D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

99. Lì si trattava infatti di far penetrare la Costituzione nel “diritto vivente”, garantendone una maggior attuazione, specie per il tramite dell’interpretazione conforme, promuovendone una attuazione “diretta” da parte del giudice comune (cfr. in ptc. G. Maranini, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in A. Pizzorusso, a cura di, *L’ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 279 ss., che proprio al convegno di Gardone molto insistette sul potere “creativo di diritto” degli organi investiti della funzione giurisdizionale, e sul compito spettante alla magistratura ordinaria di “sindacare la conformità del diritto vivente alla costituzione, e di dare concretamente vita alla stessa Costituzione nel contatto continuo con i fatti concreti”).

## L'infausto riemergere del tipo di autore

di *Luciano Violante*

Con la delegittimazione delle istituzioni intermedie è cresciuto il cortocircuito fra lessico populistico e utilizzo del diritto penale in chiave di perseguimento di scopi che determina lo schiacciamento della sanzione penale a strumento di legittimazione di politiche populistiche. Per i giuristi si apre la stagione di una nuova funzione civile.

**1.** Le condizioni di disagio economico, la difficoltà di nutrire fiducia nel futuro, lo svuotamento della funzione pedagogica dell'azione politica hanno dato corpo a un diffuso rancore sociale in parte spontaneo e in parte alimentato da forze politiche interessate a trarre vantaggi in termini di consenso e di legittimazione. In queste fasi è ricorrente un processo sociale e politico diretto alla costruzione del nemico, colui che a torto o a ragione è considerato responsabile o beneficiario delle disgrazie altrui. Il principale capro espiatorio è il settore pubblico e, all'interno di questo, il mondo politico, chi ha responsabilità politiche o chi le ha avute. La disintermediazione sociale, che è stata portata avanti con determinazione da un precedente Governo ha involontariamente rafforzato le istanze populiste, ha indotto alla Grande Semplificazione come linea conduttrice della narrazione politica e della stessa azione di Governo. Ne sono derivate sottovalutazioni delle competenze tecniche (con ricadute sulla qualità dei disegni di legge che vengono dal Governo e delle leggi che vengono dal Parlamento), sopravvalutazione delle competenze comunicative, marginalizzazione degli argomenti razionali, sopravvalutazione di quelli emotivi. Diventa frequente lo scivolamento dalla semplificazione alla banalizzazione. Come spiegò una volta un grande maestro di politica, chi semplifica toglie il superfluo e ne è consapevole, chi banalizza toglie l'essenziale e non se ne accorge.

**2.** In tale contesto il diritto penale costituisce il principale strumento d'ordine. Sui gravi problemi sociali si invoca l'intervento penale come panacea e come

forma di legittimazione di sé stessi davanti a cittadini. Questo primato del penale come terreno del risanamento sociale ha scatenato una forma di pericoloso irrazionalismo caratterizzato dall'inseguimento della sanzione più severa, del trattamento penale più rigoroso, della norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale. Il cittadino comune, stimolato dalla rozzezza dei social, pensa a sua volta che invocare più pena possa costituire una soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Molti politici trovano nel diritto penale una facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del Paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini.

**3.** Si manifesta una sorta di integrazione tra una domanda di repressione esemplare, e quindi iniqua, che viene dalla società e le risposte condiscendenti della parte astuta del mondo politico. Questa non è una connessione virtuosa tra due istanze coincidenti nei contenuti e negli obiettivi; è un temibile corto circuito destinato a produrre frutti velenosi. Scompare o delegittimate le istituzioni intermedie, che sono quelle della razionalità, costruito un rapporto diretto tra il *leader* e la società, proposte alla società soluzioni banalizzanti e sollecitata la società a proporre domande dello stesso carattere, il populismo diventa inevitabile. La comunicazione semplificata, o banalizzata, non propone un ragionamento, una valutazione degli argomenti e una conclusione razionale. Propone un messaggio. È immediata, facile da

comprendere, disponibile a farsi giudicare con i “mi piace”, il cui numero a sua volta segna il successo o l’insuccesso del *leader*. Essa attiva a sua volta semplificazioni e banalizzazioni dalla parte dei cittadini e disabituata alla riflessione.

**4.** Il diritto penale vive ormai da decenni una stagione difficile. Nella pratica giudiziaria è schiacciato dalla prevalenza della procedura. Nella pratica parlamentare è ridotto a tecnica di accoglienza delle istanze vendicative che vengono dalla società e dai mezzi di comunicazione. Il dominio della procedura nelle aule dei tribunali è determinato dalla crisi del processo come luogo ove si accerta, con modalità ragionevoli, la responsabilità per un fatto che costituisce reato. La lunghezza dei tempi, la prevalenza della spettacolarizzazione dovuta all’invadenza dei mezzi di comunicazione, l’incertezza delle interpretazioni, la frammentazione di categorie originariamente unitarie, hanno trasformato il processo in un teatro dove la dialettica tra accusa e difesa diventa competizione di astuzie attorno alla regola processuale. I gorghi del processo hanno inghiottito il significato stesso delle fattispecie incriminatrici, come limiti chiari e certi della potestà punitiva dello Stato.

**5.** Negli ultimi anni la situazione è diventata ancora più difficile. I “nemici”, responsabili delle difficili condizioni di vita dei cittadini più deboli o beneficiari delle ingiustizie sociali sono lo straniero immigrato povero, il politico, il pubblico funzionario. Costoro rientrano nel tipo d’autore del soggetto pericoloso: se ne chiede la *damnatio* o la punizione, non per quello che eventualmente avrebbero fatto (o sono accusati di aver fatto), ma per quello che sono, a prescindere dalla commissione di un fatto: perché sono immigrati o responsabili politici o responsabili amministrativi. E se la punizione non arriva, la dichiarazione di innocenza è spesso denunciata come il frutto avvelenato della corruzione o della fragilità del sistema. Sempre più frequente è lo scivolamento verso altre forme di discriminazione, ad esempio contro gli ebrei come accaduto recentemente in Francia e in molti altri Paesi europei. Non a caso il Pontefice, parlando delle conseguenze del populismo penale ai giuristi dell’Associazione internazionale di diritto penale, il 23 ottobre 2014, ha ricordato che «i meccanismi di formazione di queste immagini sono i medesimi che, a suo tempo, permisero l’espansione delle idee razziste».

**6.** Società, mezzi di comunicazione e potere politico chiedono sempre più spesso all’autorità giudiziaria non l’accertamento della responsabilità penale

di singoli attraverso l’applicazione della legge, ma il conseguimento di una finalità generale attraverso il perseguimento di persone che rientrano nelle figure del tipo di autore. Il pubblico ministero o il giudice, come è proprio delle fasi populistiche, diventano magistrati di scopo: devono punire, duramente, il guidatore sbadato, per ammonire tutti i guidatori, devono sanzionare il politico o il pubblico funzionario accusati di malversazione perché rientrano nel tipo d’autore che il populismo ha configurato, devono sempre e comunque assolvere il cittadino che ha ucciso il ladro.

**7.** In coerenza con l’indirizzo panpenalistico, il lessico della comunicazione giornalistica in materia si è arricchito di una nuova categoria, la categoria del coinvolto. Il coinvolto è non solo chi è stato arrestato, chi è stato destinatario di una comunicazione giudiziaria, ma anche chi è semplicemente citato nella motivazione di un provvedimento giudiziario, purché appartenga alle categorie tipiche. La nuova categoria permette di trattare tutti allo stesso modo, indipendentemente dalla posizione che occupano nella inchiesta giudiziaria. Favorisce quindi la costruzione del nemico anzi il consolidamento della idea che ci sia un nemico da abbattere, responsabile delle difficili condizioni di vita di grandi fasce della popolazione.

**8.** La permanente costruzione del nemico costituisce un carattere proprio dei regimi populistici anche sotto un diverso profilo. Se le proposte che le forze populiste hanno fatto all’elettorato non sono realizzate, la responsabilità è del nemico, in genere il pubblico funzionario. Il suo abbattimento eliminerà gli ostacoli e renderà realizzabili le proposte bloccate. E se le proposte non si sbloccano è segno non di una loro irrealizzabilità, ma della presenza di altri nemici che bisogna a loro volta abbattere. Il diritto, penale e non solo, viene piegato alle esigenze della lotta al nemico. L’alleanza con il Giudiziario è una componente essenziale di questo populismo, perché attraverso il Giudiziario il nemico può essere individuato, segnalato alla pubblica opinione e punito.

**9.** Nelle aule parlamentari e, più in generale, nello spazio pubblico il primato del penale prescinde dalla natura dell’oggetto e dalla coerenza del sistema. Descrizione della fattispecie, tipo e misura della sanzione dipendono solo dal messaggio che si vuole lanciare, non per stabilire un’equa punizione, ma per acquisire consenso davanti all’opinione pubblica, per impedire la prescrizione, per consentire le intercettazioni. Ne deriva l’alterazione della proporzione tra gravità oggettiva del reato ed entità della sanzione



e l'ingresso in campo di nuove gerarchie di valori, spesso irragionevoli perché dettate dallo spirito del tempo, dalla convenienza politica, dalle pressioni dei *social*.

**10.** L'illusione populista ha sostituito l'illusione repressiva, propria degli anni Settanta; il Governo migliore non è quello che guarda al futuro, ma quello che va incontro ai sentimenti, veri o presunti, del popolo e vive perciò in un eterno presente. L'illusione populista nasce dall'idea che la politica non abbia alcuna funzione di mediazione tra confliggenti interessi, ma debba limitarsi a riprendere e realizzare le domande, vere o presunte che vengono dalla società, meglio delle domande che le oligarchie dirigenti imputano al popolo. Questa forma di Governo, sotto l'apparente schermo della democraticità, in genere si presta a formidabili espressioni di incontrollato autoritarismo.

**11.** In tale contesto i problemi politici si risolvono attraverso la sanzione penale, la costruzione del

nemico, la individuazione di colpevoli da criminalizzare, mentre le questioni sociali si risolvono attraverso salari di Stato ai quali non corrisponde alcun lavoro. Queste scelte vanno incontro a gravi sconfitte. Ignorano che il diritto penale punisce ma non risana. La politica ha il compito di risanare. Ma se è la politica ad affidarsi al diritto penale, chi si assume il compito di risanare? Le questioni sociali, a loro volta, si affrontano correttamente attraverso lo sviluppo. Ma se mancano politiche di sviluppo con quali risorse si pagano i salari di Stato? Anche l'indebitamento a carico delle generazioni future ha un limite oltre il quale non si può andare.

**12.** Forse i giuristi possono avere oggi una nuova funzione civile segnalando con autorevolezza e ricchezza di argomenti i limiti e i costi della espansione eccessiva del diritto, il carattere improvvido del ricorso al penale come politica pubblica restauratrice dell'ordine, la necessità di politiche di risanamento che abbiano al centro una visione del futuro, gli errori, a volte le tragedie, cui può portare l'infausto ritorno al tipo di autore.

## Cattura di Cesare Battisti e muta da caccia: «Un giorno che difficilmente dimenticheremo»

di *Claudio Sarzotti*

Nell'evento mediatico relativo all'esposizione pubblica del terrorista Cesare Battisti in occasione della sua estradizione in Italia si colgono gli elementi caratterizzanti il populismo penale nel suo fare appello ad istinti primordiali che il processo di civilizzazione moderna ha cercato in tutti i modi di sopire e di governare. La vicenda può essere utilmente interpretata alla luce del concetto di "muta da caccia" elaborato in *Massa e potere*, capolavoro della letteratura antropologica dovuto ad Elias Canetti.

### Premessa: gli elementi passionali della penalità

Uno degli elementi che caratterizzano il fenomeno che è stato chiamato populismo penale è il suo fare appello agli istinti e all'emotività che da sempre i fatti sociali legati al crimine suscitano nell'opinione pubblica o in quella che più opportunamente è stata chiamata emozione pubblica<sup>1</sup>. «[P]enal populism takes the form of "feelings and intuitions" rather than some more quantifiable indicator: for example, expressions of everyday talk between citizens which revolves around concerns and anxieties about crime and disorder; anger and concern about these matters volubly expressed in the media (...); and a variety of new information and media outlets which allow the voices of the general public a much more direct airing»<sup>2</sup>. Infatti, un altro elemento del populismo penale,

che lo accomuna al populismo *tout court*, è rappresentato dalla critica alle élite intellettuali, ai cd. saperi esperti che a lungo, almeno per quanto riguarda l'Italia, hanno esercitato un potere egemonico sul discorso pubblico in tema di penalità<sup>3</sup>.

Entrambi questi elementi fanno leva su di una caratteristica dell'atto del punire che è stata recentemente ricollocata al centro della riflessione sociologica e filosofica sulla pena da un importante lavoro dell'antropologo francese Didier Fassin<sup>4</sup>: la dimensione emotiva e passionale di tale atto. In particolare, egli ha sottolineato come «l'approche rationnelle développée par les disciplines normatives autant que par les sciences sociales laisse inexplorée une double dimension à la fois émotionnelle et pulsionnelle: l'indignation devant l'infraction et la jouissance dans l'administration de la sanction constituent la part occultée du châtement»<sup>5</sup>.

1. Concetto sviluppato da Paul Virilio come conseguenza della sovraesposizione mediatica e dell'avvento dei nuovi media digitali in uno dei suoi ultimi lavori: *L'arte dell'accecamento*, R. Cortina, Milano, 2007.

2. J. Pratt, *Penal populism*, London-New York, Routledge, 2007, p. 12.

3. Si veda la ricostruzione che Massimo Pavarini ha fatto della domanda di penalità nell'Italia repubblicana sino alle soglie di Tangentopoli caratterizzata dalla percezione diffusa dai saperi esperti che il vocabolario punitivo dovesse svilupparsi nell'ambito delle questioni politiche e sociali più che secondo le categorie morali della colpa e della pena (cfr. Id., *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in L. Violante, a cura di, *La criminalità*, Storia d'Italia, Annali, vol. 12, Einaudi, Torino, in particolare pp. 1026 ss.).

4. Si tratta del libro *Punir une passion contemporaine*, Paris, Éd. du Seuil, 2017, recentemente tradotto in italiano da Lorenzo Alunni per l'editore Feltrinelli.

5. *Ivi*, p. 155.

L'indignazione verso il crimine e il sottile piacere che si prova nel punire il colpevole sarebbero quindi stati occultati da una prospettiva razionalista che sottovaluta il peso che tali aspetti passionali giocano nel motivare l'agire e il sentire degli individui. Se questa affermazione coglie senza dubbio un punto di forza del consenso che il populismo penale ha trovato nella impaurita opinione pubblica delle società occidentali tardo-moderne, rischia di trascurare quel filone dei saperi esperti che, a partire per lo meno da Durkheim, ha considerato il processo della civilizzazione moderna proprio come il tentativo di liberarsi dalle "passioni retributive", addomesticando attraverso gli strumenti della giustizia penale il sentimento della rabbia suscitato dal crimine e offrendo «alle persone un modo di relazionarsi che non preveda estenuanti progetti di vendetta a catena»<sup>6</sup>. Faccio qui riferimento ad un'altra recente riflessione sulla pena elaborata dalla filosofa statunitense Martha C. Nussbaum che, partendo dal richiamo mitologico alla figura delle Erinni (anche dette Furie), le dee della vendetta, nella trilogia dell'Orestea di Eschilo, ha messo in evidenza la trasformazione per la quale le Erinni mutano identità diventando Eumenidi, le benevole. Il loro spirito rabbioso della vendetta viene infatti imbrigliato e moderato dalle istituzioni della città e dell'amministrazione della giustizia. «Le Erinni sono ancora necessarie – scrive la Nussbaum – perché il mondo è imperfetto e ci saranno sempre reati da giudicare. Ma non devono mantenere la loro forma originaria. Non sono più le stesse: sono infatti divenute strumenti di giustizia e di benessere. La città (lo Stato) è liberata dal flagello della furia vendicativa, che produce disordini civili e morti premature. Al posto della rabbia, la città ottiene la giustizia politica»<sup>7</sup>.

Vedremo tra breve come tutti gli elementi che qui ho brevemente delineato del populismo penale emergano da un recente caso di cronaca che ha particolarmente turbato l'opinione pubblica e che ha riguardato

un momento tipico dal punto di vista emotivo delle varie fasi di cui si compone l'agire riguardante la penalità: la cattura del reo. Si è assistito, a tal proposito, ad un fenomeno di esposizione pubblica del corpo del condannato che in qualche misura inverte il processo storico che ha caratterizzato l'esercizio della penalità nella società disciplinare. Parafrasando Foucault, si potrebbe sostenere che ricompare, all'inizio del XXI secolo, il grande spettacolo della punizione, non si nasconde più il corpo del condannato e non si esclude dal castigo l'esposizione della sua sofferenza; si è abbandonata quella "sobrietà punitiva" che ha contraddistinto la cultura della penalità moderna<sup>8</sup>. Tratteremo, in particolare, dell'evento mediatico relativo alla esposizione pubblica del terrorista Cesare Battisti in occasione della sua estradizione in Italia dopo l'arresto avvenuto in Bolivia il 12 gennaio 2019, in specifico attraverso l'analisi del video che il ministro della giustizia Alfonso Bonafede ha diffuso tramite i *social networks* e ha intitolato «Un giorno che difficilmente dimenticheremo». Si vedrà come la vicenda possa essere utilmente interpretata alla luce del concetto di "muta da caccia" elaborato in *Massa e potere*, capolavoro della letteratura antropologica dovuto ad Elias Canetti<sup>9</sup>. Tale lettura consentirà di far emergere ulteriori elementi della passionalità primordiale legati all'esercizio della penalità e la loro pericolosità per l'ordine sociale democratico se non adeguatamente "addomesticati" dalla temperanza della legge<sup>10</sup>.

## 1. La muta da caccia secondo Elias Canetti

«La muta» – afferma Canetti – «è la forma di eccitazione collettiva che si ritrova ovunque»<sup>11</sup>. Essa ha la sua origine primordiale dall'istinto della caccia; è la prima e più limitata forma di massa umana, là dove il singolo scioglie la sua paura di essere toccato dall'i-

6. M. C. Nussbaum, *Rabbia e perdono. La generosità come giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 17.

7. *Ivi*, p. 15.

8. Come noto, Foucault sottolinea come all'inizio del XIX secolo, nel breve giro di qualche decennio, scompaia il grande spettacolo della punizione fisica tipica dell'età dei supplizi e si instauri quella "vergogna a punire" tipica di una società che delega al carcere, istituzione totale opaca e separata dalla comunità dei cittadini liberi, l'esercizio della penalità (cfr. Id., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, pp. 17 ss.).

9. Concetto che, a mio parere, si presta molto bene alla descrizione di altre fasi di cui si compone l'esercizio della penalità. Ad esempio, i casi di tortura o di rivolte all'interno delle carceri rispetto ai quali sto lavorando al caso giudiziario di due detenuti torturati nell'Istituto penitenziario di Asti. Cfr. C. Sarzotti, *La carogna da dentro a me. Piéce teatrale liberamente tratta da una sentenza penale*, con post-fazione di M. Palma, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2012.

10. Relativamente al profilo giuridico e alle numerose violazioni normative poste in essere attraverso la diffusione del video sul caso Battisti si può leggere M. Miceli, *Le tutele da parte dell'ordinamento penale nelle traduzioni da un luogo ad un altro. Il caso di Cesare Battisti*, «Cammino diritto. Rivista giuridica online», n. 1/2019, nonché l'esposto presentato dalle Camere Penali di Roma.

11. E. Canetti, *Massa e potere*, tr. it. di F. Jesi, Rizzoli, Milano, 1972, p. 99.

gnoto e da ciò che può rappresentare una minaccia. «La sua attività attraverso decine di millenni è stata così intensa da lasciare tracce ovunque, e perfino nella nostra epoca, profondamente diversa dalle precedenti, sopravvivono numerose forme che procedono direttamente da essa»<sup>12</sup>. Tra queste sopravvivenze, Canetti cita espressamente il linciaggio come forma di “sospensione della giustizia” in cui «l'imputato non conta più nulla. (...) La diversità del suo aspetto e del suo comportamento, l'abisso aperto dall'omicidio fra lui e la sua vittima, inducono a trattarlo come un animale»<sup>13</sup>. Quanto più a lungo egli riesce a sottrarsi con la fuga ai suoi inseguitori, tanto più avidamente essi divengono una muta»<sup>14</sup>.

La penalità ha molto a che fare con queste pratiche ancestrali che hanno lasciato tracce nel linguaggio dei media quando si occupano del crimine. È sufficiente anche una superficiale ricerca negli archivi *online* dei principali quotidiani per trovare decine di articoli e di relative titolazioni che utilizzano metafore venatorie parlando dei fatti criminali e delle operazioni di polizia che ne seguono. Termini come “caccia”, “fuga”, “cattura”, “tracce”, “depistaggio”, “preda” si presentano più volte nelle narrazioni giornalistiche a rievocare l'eccitazione della ricerca del criminale e il compiacimento per il suo arresto.

La muta per sua natura coinvolge direttamente un numero limitato di individui. I suoi componenti infatti devono nutrire tra loro una certa confidenza, l'iquei pochi si conoscono bene fra loro. Hanno sempre vissuto insieme, s'incontrano ogni giorno, in molte imprese collettive hanno imparato a valutarsi l'un l'altro nel modo più preciso»<sup>15</sup>. Si tratta di quello che viene definito nei percorsi di socializzazione professionale delle forze dell'ordine “spirito di corpo”<sup>16</sup>. I processi di civilizzazione e di burocratizzazione hanno ovviamente depositato massicci strati di cultura su questo fiume di lava sotterranea che, tuttavia, riemerge in

alcune occasioni proprio come un'improvvisa e devastante eruzione vulcanica. Occorre sottolineare questa autovalutazione che i membri della muta svolgono reciprocamente nelle imprese collettive perché la muta, contrariamente ad altri gruppi sociali statici, è di per sé dinamica e protesa all'agire. «La muta è (...) una unità di azione, e si manifesta in modo concreto»<sup>17</sup>. Tale concretezza si mostra in primo luogo nella sua determinazione a raggiungere un obiettivo, nella impossibilità di ammettere anche il minimo dissenso del singolo componente rispetto a quell'obiettivo trascendente e pervasivo. «La prima cosa che spicca nella muta è l'immutabilità del suo orientamento. L'uguaglianza si manifesta nell'essere tutti ossessionati dalla medesima meta: per esempio, dall'aspetto di un animale che si vorrebbe uccidere»<sup>18</sup>.

In questa ossessione della cattura perde la sua umanità non solo la preda, ma anche coloro che cacciano. La muta infatti si ispira ad un modello di agire animalesco: il branco di animali che cacciano insieme. «Gli uomini hanno imparato dai lupi. (...) Uso la parola “muta” – continua Canetti – per uomini anziché per animali, poiché designa nel modo migliore la collettività del movimento frettoloso e la meta concreta dinanzi agli occhi di tutti coloro che vi sono coinvolti. La muta vuole una preda: vuole il suo sangue e la sua morte. (...) La muta si incoraggia abbaiando tutta insieme. Non si deve sottovalutare il significato di questo clamore, in cui si mescolano le voci dei singoli animali»<sup>19</sup>.

Il clamore non è finalizzato solamente al reciproco incoraggiarsi ed eccitarsi, ma sia ad attrarre altri cacciatori per farli unire alla caccia, sia eventualmente a richiamare l'attenzione di un pubblico che assista al rito della spartizione della preda una volta catturata. Sotto il primo profilo, è nella natura della muta accrescere il numero dei suoi componenti. «La muta è un gruppo di uomini eccitati, il cui desiderio più intenso

12. *Ivi*, p. 101.

13. Canetti scrive a partire dagli anni Trenta la sua opera comparsa solo nel 1960 nella sua prima edizione, in un periodo storico in cui la cultura animalista non era ancora molto diffusa. Oggi si potrebbe affermare che il trattamento che la muta riserva alla preda non sarebbe tollerato dalla maggior parte dell'opinione pubblica neanche nei confronti degli esseri viventi non umani.

14. *Ivi*, p. 126. L'altra forma di sopravvivenza della muta ricordata da Canetti è quella relativa a piccoli gruppi di individui che, in situazioni arcaiche, si impegnano in imprese come attraversate oceaniche su piccole imbarcazioni, spedizioni in terre sconosciute, «il sogno di vivere con pochi altri in una natura paradisiaca». Qui Canetti sembra preconizzare quei *reality* televisivi ambientati in contesti esotici come *L'isola dei famosi* ...

15. *Ivi*, p. 100.

16. Una penetrante descrizione cinematografica dei processi attraverso i quali si crea questo spirito di corpo e delle pratiche di stigmatizzazione a cui sono sottoposti coloro che ad esso non si adeguano si trova nel film di Stefano Sollima *ACAB. All Cops Are Bastards* (2012) tratto dall'omonimo libro di Carlo Bonini.

17. *Ivi*, p. 101.

18. *Ivi*, p. 100.

19. *Ivi*, p. 103.

è essere di più. Qualunque cosa essi intraprendano insieme, caccia o guerra, sarebbe meglio per loro essere di più»<sup>20</sup>. Non è detto necessariamente che la partecipazione alla muta fornisca un contributo diretto alla caccia; può essere sufficiente l'incitamento di un pubblico che sprona all'inseguimento e alla cattura della preda. E qui emerge il secondo profilo, la ricerca di un pubblico che assista alla cattura e all'uccisione della preda. Nell'istante in cui la fuga della preda è terminata, e dunque l'obiettivo della muta è stato raggiunto, essa si trasforma immediatamente. «La smania frenetica cessa nell'istante dell'uccisione. Tutti stanno improvvisamente silenziosi intorno alla vittima caduta. Tutti gli astanti formano il cerchio di coloro fra i quali andrà spartita la preda»<sup>21</sup>. La più antica legge, secondo Canetti, è quella della sua spartizione. Colui che presiede a tale spartizione è di regola il capo della muta; egli talvolta non soddisfa direttamente il proprio desiderio di appropriarsi della preda: la sua generosità verso gli altri componenti della muta è un segno del suo potere. Molto spesso alla spartizione partecipano anche coloro che hanno solo assistito alla caccia. «[L]’aver osservato rappresenta una complicità nell’azione: se ne è corresponsabili, e dunque se ne godono i frutti»<sup>22</sup>. Ciò rafforza l'unità che si instaura tra la muta e il resto del gruppo. Essa diventa il braccio armato che, dopo aver individuato e catturato la preda, la spartisce a beneficio di tutto il gruppo.

## 2. Caccia e cattura di Cesare Battisti: il video del ministro Bonafede

Istinti primordiali, dinamiche di potere che si instaurano tra esseri umani ed animali in contesti apparentemente a distanze siderali dall'*homo sapiens* tardo moderno. Forse non è proprio così. Possiamo rintracciare nel presente eredità che provengono dalla radice ancestrale dell'agire umano. Vengono alla mente le prime scene di quel capolavoro della cinematografia novecentesca di Stanley Kubrick: *2001 Odissea nello spazio*. Sono immagini che ci interrogano sulla capacità del processo di civilizzazione di aver

addomesticato del tutto gli istinti che guidavano l'azione dei primi ominidi che si affacciavano sul globo terracqueo. Il caso della cattura del terrorista italiano Cesare Battisti ripresenta alcuni tratti del paradigma della muta da caccia particolarmente inquietanti per chi abbia a cuore il destino del processo di civilizzazione compiutosi in particolare a partire dell'illuminismo penale moderno.

La vicenda contiene singolari elementi che consentono di iscrivere abbastanza agevolmente nel modello antropologico della muta da caccia nel quadro politico-culturale del populismo penale contemporaneo. Abbiamo visto che uno di tali elementi sia la fuga prolungata ed ostinata della preda<sup>23</sup>. Il primo arresto di Battisti risale addirittura al 1972 per una rapina<sup>24</sup>; è controverso se la sua politicizzazione sia avvenuta in carcere, ma in ogni caso la sua latitanza comincia a partire dall'evasione dall'Istituto penitenziario di Frosinone avvenuta il 4 ottobre 1981. La sua ostinazione a sfuggire alla cattura e a non accettare il ruolo di condannato, almeno fino al suo ultimo arresto, è confermata sia dalle ripetute dichiarazioni pubbliche in cui si è professato innocente dei reati attribuitigli e non pentito dell'attività "politica" svolta durante i cd. anni di piombo<sup>25</sup>, sia dalle successive scarcerazioni/evasioni avvenute in Francia nel 1991 e nel 2004 e in Brasile nel 2018, venuto meno il suo *status* di rifugiato politico concessogli dal governo Lula. Inoltre, il profilo socio-politico-culturale di Battisti si presta molto bene a sollecitare quel risentimento verso le élites intellettuali che abbiamo visto essere uno degli elementi costitutivi del populismo in generale e di quello penale in particolare. Battisti infatti, nonostante la sua estrazione sociale sia, si sarebbe detto un tempo, proletaria, è diventato nel corso del tempo uno scrittore, un esponente di quella sinistra "salottiera" e *radical chic*, in Francia chiamata *Gauche caviar* o *Bo-bo (Bourgeois-bohème)*, che il populismo, non solo nostrano, vede come bersaglio preferito su cui attirare il risentimento popolare delle classi sociali più colpite dai processi di globalizzazione. Questo tra l'altro dimostra come sia solo parzialmente vero ciò che Didier Fassin sostiene a proposito dell'esi-

20. *Ivi*, p. 99. Tra i quattro modelli di muta indicati da Canetti ve n'è una chiamata espressamente di accrescimento.

21. *Ivi*, p. 105.

22. *Ibidem*.

23. Le notizie biografiche sulla vicenda sono contenute nei lavori dell'ex magistrato Giuliano Turone: cfr. *Cesare Battisti: storia di un'inchiesta*, Garzanti, Milano, 2019; *Il caso Battisti: un terrorista omicida o un perseguitato politico?*, Garzanti, Milano, 2011.

24. Battisti ha sempre sostenuto che anche i suoi primi reati rappresentassero degli "espropri proletari", motivati dal suo impegno politico, e non fossero quindi delle semplici rapine.

25. È interessante leggere, in questa prospettiva, la lettera che Battisti inviò al Tribunale Supremo Federale del Brasile nel 2009 pubblicata dal settimanale *Panorama* (cfr. [www.vuotoaperdere.org/articoli/Articolo.asp?ArtID=130](http://www.vuotoaperdere.org/articoli/Articolo.asp?ArtID=130)). Affermazioni, tra l'altro, totalmente smentite dall'ampia confessione che Battisti avrebbe reso al procuratore Alberto Nobili nel carcere di Oristano il 24 marzo scorso.

stenza di una forte disparità sociale a svantaggio dei gruppi sociali marginali nella distribuzione del desiderio di vendetta suscitata dalle azioni criminali. Se questo è indubbio dal punto di vista della penalità materialmente esercitata, lo è molto meno sotto il profilo simbolico delle politiche criminali: politici corrotti, terroristi irriducibili, finanzieri spregiudicati possono senza troppe difficoltà essere utilizzati come *target* della rabbia popolare<sup>26</sup>.

La preda dunque appare particolarmente ostinata nello sfuggire alla cattura e la sua astuzia si è manifestata anche nel saper sfruttare protezioni e tradimenti registratisi nella schiera dei cacciatori o per lo meno tra coloro che avrebbero dovuto essere suoi sostenitori. Quella ossessione della preda, quella unità e determinatezza che si manifesta nell'essere tutti orientati alla sua cattura è stata intaccata da qualche traditore. In particolare, questi traditori si annidano in Paesi che sono diventati nemici da additare all'emozione pubblica come la Francia o il Brasile di Lula. Uno dei capi della muta, infatti, commenta: «è un giorno di festa. Vedere un assassino che beveva champagne a Parigi o prendeva il sole sulla spiaggia brasiliana era immorale (...). Se io fossi uno di quegli pseudo-intellettuali che negli anni passati ha firmato appelli a favore di questo assassino oggi starei zitto»<sup>27</sup>.

Ma infine la preda è stata raggiunta, grazie anche ad amici che si sono aggiunti alla muta e hanno defenestrato i traditori<sup>28</sup>, e ora «all'istante decisivo, ciascuno ha la possibilità di uccidere e ciascuno tenta di farlo. Le frecce o le lance di tutti possono concentrarsi

su una creatura. Esse non sono che il proseguimento degli sguardi bramosi durante la caccia»<sup>29</sup>. Che l'uccisione non sia fisica è particolare non certo irrilevante, ma meno importante in una società che non ha più il coraggio della coerenza dell'azione coi propri pensieri. Del resto, che l'annientamento della preda debba essere il suo destino è chiarissimo dalle parole dello stesso capo muta: «Ergastolo, dibattito surreale, a me interessa che stia in galera fino all'ultimo dei suoi giorni di vita, poi gli auguro che il buon Dio gliene dia tanti, dieci, venti, trenta, quaranta ... l'importante è che non esca da uomo libero da una galera italiana»<sup>30</sup>. L'ergastolo, dunque, come equivalente funzionale dell'uccisione della preda.

Il momento tipico della spartizione della preda, la ripartizione del bottino, tuttavia, non può avvenire se non attraverso un rituale, una cerimonia. «Ciascuno vuole qualcosa per sé, e quanto più è possibile. Se la ripartizione non fosse regolata con precisione, secondo una legge tradizionale, e non vi presiedessero uomini esperti, essa potrebbe finire in contese mortali e in uccisioni»<sup>31</sup>. Si sviluppa in tal modo un processo che è esattamente opposto a quello della formazione della muta che si era costituita attraverso un progressivo accrescimento: la muta si scioglie nelle sue varie componenti che erano parse una cosa sola nel corso della caccia. Due elementi specifici del caso Battisti rendono più evidente tale scioglimento: la tradizionale conflittualità dei vari corpi di polizia in Italia<sup>32</sup> e la presenza nella muta di due *leader* che fanno parte, come ministri, dello stesso Governo,

26. L'Italia è stata uno dei primi Paesi a sperimentare tali dinamiche nei confronti delle élites che per certi aspetti richiamano quelle del cd. panico morale con le vicende di Tangentopoli all'inizio degli anni '90 del secolo scorso.

27. Dichiarazioni del ministro dell'interno Matteo Salvini del 13 gennaio 2019 visibili in <https://www.youtube.com/watch?v=KCTQUQaRtxE> (trascrizione mia). In un'altra intervista Salvini ha dichiarato: «37 anni di attesa per vedere questo balordo che mi sembrava fosse sogghignante con tutti i morti che ha sulle spalle. (...) Ce ne sono tanti, troppi, di terroristi ancora liberi anche in Francia. Nella vicina Francia che ci dà lezioni di morale, di accoglienza, di solidarietà, di generosità. Penso sia giusto ora scrivere al Presidente francese perché i terroristi che hanno ammazzato in Italia smettano di andar liberi a bersi champagne in giro per la Francia» (cfr. [www.ilmessaggero.it/video/cronaca/battisti\\_salvini\\_ciampino\\_arrivo-4230115.html](http://www.ilmessaggero.it/video/cronaca/battisti_salvini_ciampino_arrivo-4230115.html)).

28. Come noto, l'estradizione di Battisti è stata resa possibile dalla svolta politica registrata in Brasile con l'avvento del Governo di estrema destra guidato da Jair Bolsonaro che non a caso è stato ringraziato dal Governo italiano in più di un'occasione. Cfr. *infra* nota 46.

29. E. Canetti, op. cit., p. 104.

30. Dichiarazioni del ministro dell'interno Matteo Salvini del 13 gennaio 2019 (cfr. <https://www.youtube.com/watch?v=KCTQUQaRtxE>, trascrizione mia). In un'altra dichiarazione nello stesso giorno dell'arrivo di Battisti in Italia si utilizza l'espressione, ormai diventata proverbiale, «marcirà in galera»: «Vedevo in queste ore che c'è ancora qualche cretino che su Facebook scrive, beh però ha ammazzato per motivi politici, poverino è passato tanto tempo, però il carcere è disumano, l'ergastolo non è rispettoso dei diritti umani. Come se questo qua quando ammazzava avesse pensato ai diritti umani dei morti e dei parenti dei morti. Quindi marcirà in galera. Qualche giornale oggi scriveva, ma un ministro non può dire marcirà in galera, sì marcirà in galera, anzi lo farà troppo tardi» (cfr. [www.ilmessaggero.it/video/cronaca/battisti\\_salvini\\_ciampino\\_arrivo-4230115.html](http://www.ilmessaggero.it/video/cronaca/battisti_salvini_ciampino_arrivo-4230115.html)).

31. E. Canetti, op. cit., p. 105.

32. Come noto, l'Italia è forse l'unico Paese al mondo in cui operano cinque corpi di polizia con specifici culture professionali, modelli organizzativi e *mission* istituzionali. Tutto ciò non può che produrre non solo difficoltà di coordinamento, ma anche conflitti relativi all'acquisizione di risorse e di visibilità pubblica. Cfr., tra gli altri, F. Battistelli, *Produttori di sicurezza. I Corpi di polizia in Italia tra competizione e cooperazione*, Quaderni di Sociologia, n. 46, 2008, pp. 169-192.

ma che hanno prospettive politiche assai diverse e sono quindi in perenne competizione nell'ampliare la propria visibilità mediatica, spesso l'uno a discapito dell'altro<sup>33</sup>. Ciò rievoca un altro elemento che Foucault aveva considerato tipico dei supplizi: «Il supplizio non ristabiliva la giustizia riattivava il potere. (...) un cerimoniale accurato, in breve tutto il suo apparato, si iscriveva nel funzionamento politico della penalità»<sup>34</sup>. Questo scomporsi della muta e il sotteso conflitto di potere lo apprezzeremo proprio durante il rito della spartizione che, come tutte le cerimonie nella società dell'immagine, non poteva non avere una appendice visuale da affidare alla rete dei *social network*. Ecco così che, nell'età della disintermediazione, uno dei capi della muta decide di autoprodurre un filmato del rituale di spartizione della preda che, proprio in ragione del dilettantismo con cui è stato confezionato<sup>35</sup>, si trasforma in uno straordinario documento visivo sull'immaginario del populismo penale italiano.

Il video va analizzato in modo dettagliato per poterne apprezzare il suo significato recondito<sup>36</sup>. Comincia con alcune immagini del volto in primo piano di Battisti con il sottofondo sonoro del tipico *click* dell'otturatore della macchina fotografica. I cinque scatti non sono posti in sequenza casuale, ma si susseguono per indicare che la preda, dapprima certa di sfuggire alla muta, perde progressivamente la sua sicurezza e comincia a sentirsi braccata e preoccupata della cattura. In particolare, la seconda immagine mostra Battisti con un bicchiere di vino in mano mentre augura buona salute, con aria strafottente, a coloro che stanno dietro l'obiettivo, come a farsi beffe della muta che lo insegue. Nell'ultima, invece, il suo sguardo è triste, ferito e rassegnato, simile a quei cani che vengono bastonati dal loro padrone<sup>37</sup>.

A questo punto prende avvio la colonna sonora e la prima sequenza mostra immediatamente quella che è la protagonista dell'intera narrazione: la muta da caccia. Qui è rappresentata nella fiduciosa attesa dell'arrivo della preda, ma è sottolineato come essa venga colta da subito nella sua composizione non più unitaria come nella fase della caccia. Il movimento della cinepresa che si sposta da destra verso sinistra coglie, infatti, dapprima un gruppo di agenti di Polizia penitenziaria con i caratteristici baschi azzurri e, subito dopo, l'altra parte della muta costituita dal gruppo di agenti della Polizia di Stato con la scritta POLIZIA sul dorso della divisa. Già da questa primissima inquadratura si nota peraltro che sarà la prima ad avere un ruolo preponderante nella narrazione: gli agenti della Polizia penitenziaria non solo vengono inquadrati per primi, ma mostrano anche un atteggiamento marziale ostentando il possesso di armi automatiche in primo piano<sup>38</sup>, a simboleggiare la loro posizione preminente nella cattura della preda. Anche qui sovviene il cerimoniale dei supplizi delle società *d'ancien régime*: «la giustizia del re si mostra come una giustizia armata. La spada che punisce il colpevole è anche quella che distrugge i nemici»<sup>39</sup>. Non siamo nell'ambito del temperato esercizio della giustizia, ma piuttosto in quello della «ostentazione della forza fisica, materiale e temibile del sovrano»<sup>40</sup>.

La muta dopo la cattura comincia a dissolversi e le sue componenti che erano amalgamate nella determinatezza della caccia emergono nelle loro identità. Anche l'assoluta eguaglianza dei cacciatori lascia spazio alle gerarchie nella ripartizione della preda. Ecco allora l'inquadratura per uno dei capi della muta, il ministro della giustizia Alfonso Bonafede, che scende dall'auto ministeriale e viene immediatamente ossequiato da alcuni funzionari che gli aprono lo sportello

33. È interessante notare come, nel caso specifico, Matteo Salvini della Lega e Alfonso Bonafede del Movimento Cinque Stelle abbiano mostrato piena identità di vedute rispetto al contenuto del messaggio da inviare al proprio elettorato attraverso il caso Battisti. Il conflitto, infatti, è insorto esclusivamente su chi dovesse avere una posizione di prima fila nel rito di spartizione della preda: la Polizia penitenziaria operante alle dipendenze del Ministero della giustizia o la Polizia di Stato in attività presso il Ministero dell'interno?

34. M. Foucault, op. cit., p. 54.

35. Il giornalista Sebastiano Messina del quotidiano *La Repubblica* ha ironizzato sul video definendolo «un inquietante filmato matrimoniale» con la parte della sposa toccata all'ex terrorista, quella dello sposo a Salvini e con il Guardasigilli che si è riservato il ruolo del celebrante. Vedremo *infra* come il modello narrativo in effetti ricordi in qualche misura questo tipo di produzioni amatoriali, ma il suo contenuto è molto più complesso ed interessante rispetto al tema che sto affrontando.

36. Il filmato è reperibile in [www.youtube.com/watch?v=HSMH-6WooAo](http://www.youtube.com/watch?v=HSMH-6WooAo) (visitato il 18/03/2019).

37. Triste pratica molto in uso e perfettamente tollerata sino a qualche decennio fa dalla cultura contadina e da cui traggio questa similitudine. Nel dialetto piemontese esiste un'espressione che indica con precisione questa condizione: *un can patlà* (un cane bastonato).

38. L'esibizione delle armi che hanno consentito la cattura della preda è un altro segno di distinzione che consente di differenziare i singoli membri della muta una volta avvenuta tale cattura.

39. M. Foucault, op. cit., p. 54.

40. *Ivi*, p. 55.

in segno di deferenza e da un agente che, al suo cospetto, porge il saluto militare<sup>41</sup>.

Nella scena successiva entra in scena un altro degli attori fondamentali della narrazione: il gruppo di coloro che hanno assistito alla caccia senza parteciparvi, ma che hanno sostenuto la muta nella sua ossessione vendicativa. Questo ruolo è impersonato nel video dalla schiera di fotoreporter e giornalisti in attesa dell'arrivo della preda all'aeroporto di Ciampino. Il video li passa in rassegna con una breve carrellata, muniti delle loro armi per scrutare e immortalare ciò che avviene: macchine fotografiche con vistosi teleobiettivi montati su treppiedi, telecamere portate a spalla come potenti lanciarazzi. Il rito a cui assisteremo perderebbe ogni senso se non esistesse questa componente. Il video, in tal modo, diventa meta-racconto, in quanto ingloba in esso anche le infinite narrazioni che di quell'evento verranno prodotte dai media presenti.

In un istantaneo fotogramma, prima di inquadrare l'atterraggio dell'aereo che porta la preda, viene mostrato in primo piano, sull'avambraccio della divisa di un agente di polizia penitenziaria, lo stemma dei GOM (Gruppo Operativo Mobile). Si tratta di un reparto speciale della Polizia penitenziaria addetto alla custodia dei detenuti ad alto tasso di pericolosità, in particolare quelli reclusi con il regime detentivo di cui all'articolo 41 *bis* dell'Ordinamento penitenziario, e all'intervento di ripristino dell'ordine e della sicurezza in occasione di rivolte carcerarie. È evidente qui l'intenzione di ribadire l'identità e la supremazia della componente principale della muta attraverso l'esposizione di un emblema che raffigura, all'interno di due riquadri, un tondo cerchiato col tricolore della bandiera italiana in cui si mostra un'aquila ad ali spiegate, mentre si accinge ad artigliare un bersaglio posto sulla cartina geografica dello Stivale. Stemma che, tra l'altro, si differenzia da quello tradizionale della Polizia penitenziaria<sup>42</sup> per il suo carattere particolarmente bellicoso che rievoca proprio la metafora

della caccia attraverso l'inesorabile volo dell'aquila che piomba dall'alto a ghermire la preda.

Ma ecco finalmente, sotto un cielo cupo di nuvole basse, comparire il velivolo che custodisce al proprio interno la preda. Appena si arresta sulla pista di atterraggio, vediamo le sagome scure di un gruppo di uomini avvicinarsi all'aereo; sono una quindicina, la misura tipica della muta da caccia<sup>43</sup>. Anche in questa sequenza che la riprende a distanza, si distinguono chiaramente le sue due componenti: gli agenti della Polizia di Stato con le consuete pettorine con la scritta e gli agenti della Polizia penitenziaria coi baschi azzurri. Compare qui per la prima volta la preda Battisti, ma senza particolare enfasi, mentre scende dalla scaletta dell'aereo e si avvia sulla pista verso gli uffici dell'aeroporto di Ciampino. È circondato dal gruppo di agenti che lo seguono, lo affiancano e lo precedono mentre cammina come ad impedire ogni residua via di fuga. Si accompagnano alla muta degli agenti alcuni cineoperatori e fotografi intenti a riprendere la preda catturata.

Nella scena successiva vengono inquadrati per la prima volta insieme i capi della muta che, con la stessa ansia con cui il cacciatore aspetta i cani da riporto<sup>44</sup>, attendono che venga loro consegnata la preda: vediamo schierati in primo piano a partire da sinistra il ministro dell'interno Matteo Salvini che sfoggia una delle sue ormai consuete divise da poliziotto, al centro il ministro Bonafede "in borghese" e a destra un altro uomo in divisa. Alle loro spalle altri uomini in divisa che sembrano comporre una muta indifferenziata che sta alle spalle dei capi per ribadirne la forza. È da sottolineare come nessuno dei capi muta entri in contatto diretto con la preda. Emerge qui un aspetto che si è già rilevato della legge della spartizione: il componente che si pone alla direzione della muta può scegliere di esercitare il suo potere anche rinunciando alla sua parte di preda a beneficio degli altri membri<sup>45</sup>.

Che la muta abbia comunque perso quel senso di assoluta uguaglianza tra i suoi membri che si produce

41. Pratica non superata anche dopo la smilitarizzazione del corpo di polizia dello Stato e regolata dall'articolo 16 del dPR n. 782 del 25 ottobre 1985.

42. Lo stemma del Corpo richiama, invece, l'articolo 27 della Costituzione attraverso la speranza del recupero nella società della persona in espiatione della pena rappresentata attraverso tre fiamme azzurre, simbolo appunto di speranza e con il motto *Despondere spem minus nostrum*, iscritto nella lista d'oro alla base dell'emblema.

43. Canetti parla di «gruppi di dieci o venti uomini» (Id., op. cit., p. 99).

44. Come noto agli appassionati dell'attività venatoria, i cani da caccia si distinguono in cani da cerca, cani da ferma, cani da tana e cani da riporto. Questi ultimi si caratterizzano per cacciare a vista e per riportare la preda al loro padrone, trionfanti per il servizio reso loro. Di solito si tende a chiamare la loro bocca "soffice" in quanto non rovina la preda. Il loro addestramento è particolarmente complesso perché bisogna vincere l'istinto dell'animale di cibarsi immediatamente della preda uccisa per soddisfare il senso di fame.

45. In questo senso vanno colte anche le dichiarazioni del ministro Bonafede: «Non ho fatto alcun video spot, era semplicemente un video per onorare il lavoro che stava facendo in quel momento la Polizia penitenziaria e che abbiamo postato sul sito della Polizia penitenziaria. (...) Era semplicemente un riconoscimento del lavoro che aveva fatto la Polizia penitenziaria» Cfr. <https://video.repubblica.it/politica/video-spot-arresto-battisti-bonafede-critiche-social-era-solo-un-tributo-a-polizia-penitenziaria/324621/325239>.



nel corso della caccia, lo si evince chiaramente nella scena successiva nella quale ascoltiamo le uniche frasi presenti nel video che sono appunto del capo muta: l'unico soggetto che ha diritto di parola e che può quindi descrivere verbalmente il significato da attribuire al rito che si sta celebrando. Ecco allora il Guardasigilli dichiarare, rivolto ai giornalisti davanti ad un piccolo tavolino ingombro di microfoni: «Battisti varcherà la soglia del carcere, a quel punto sconterà finalmente la pena, che è la pena dell'ergastolo per tutti i reati che ha commesso». Risuona anche qui il termine ergastolo come sinonimo di uccisione della preda e la prospettiva della telecamera è laterale in modo che compaiano nell'inquadratura, ma in una posizione chiaramente defilata, sia l'altro capo muta, il ministro Salvini<sup>46</sup>, sia la schiera di giornalisti che fanno da uditorio alle parole di Bonafede.

Nella inquadratura successiva, in una soggettiva sull'auto degli agenti che si trova nel corteo che scorta la preda verso il luogo dove avverrà la sua spartizione vera e propria, troviamo la rievocazione attenuata della muta intenta alla battuta di caccia. Vengono ripresi, adottando la loro prospettiva, due agenti: l'uno alla guida dell'auto e l'altro al suo fianco che impugna un *walkie-talkie* con cui presumibilmente comunica con gli altri componenti della muta. Si nota anche, riflesso nello specchietto retrovisore, lo sguardo attento dell'agente alla guida che sembra essere pronto a reagire a qualche estremo tentativo di fuga della preda. Viene riproposta, in tal modo, la tensione e l'ossessione della cattura che hanno caratterizzato la fase della caccia; tensione che si ripresenta ogni qualvolta la preda catturata deve essere spostata da un luogo all'altro e quindi potrebbe approfittare di ciò per ritentare la fuga<sup>47</sup>.

Stiamo arrivando al climax del video e nella scena successiva finalmente la preda diventa protagonista. Inquadrato di mezza figura, Battisti viene ripreso, circondato da quattro agenti della Polizia di Stato, mentre un agente in camice e guanti bianchi gli afferra la mano destra e gliela pone sulla superficie di uno scanner per il rilevamento delle impronte digitali. È da notare come la preda venga rappresentata come del tutto soggiogata dal potere della muta: il semplice gesto di appoggiare le dita di una mano su

di uno scanner non viene svolto autonomamente, ma viene forzato attraverso la presa dell'agente. In tutto il filmato, infatti, non si nota alcuno scambio verbale tra la muta e la preda catturata; quest'ultima viene rappresentata come un essere in completa balia della muta e tutto ciò accentua evidentemente l'aspetto ferino della narrazione. In questa scena, tra l'altro, nel suo movimento la camera riprende di sfuggita anche un poliziotto che cerca di coprirsi il volto per non essere riconosciuto, essendo probabilmente in una condizione di agente sotto copertura. Episodio che riconferma il carattere "amatoriale" del filmato, ma che ha dato vita ad una reazione della principale forza politica di opposizione che mostra la pervasività del populismo penale contemporaneo. Infatti, uno dei principali atti di protesta istituzionale posti in essere dal Partito democratico in merito al video<sup>48</sup> è stata una interrogazione parlamentare, presentata dall'on. le Anna Rossomando ed altri deputati nella seduta del 18 gennaio 2019, nella quale si chiede «se il Ministro [della giustizia] abbia valutato l'opportunità di diffondere tale video, alla luce delle evidenti ragioni di sicurezza e protezione che dovrebbero essere garantite ai poliziotti penitenziari impiegati in un servizio così delicato; se tra gli uomini ripresi vi fossero anche appartenenti al GOM (Gruppo Operativo Mobile), reparto della Polizia penitenziaria, che svolge il delicato compito della custodia di pericolosi detenuti mafiosi e terroristi; se la pubblicazione del video non abbia esposto poliziotti penitenziari e agenti della Polizia di Stato a rischi per la loro sicurezza e incolumità e cosa intenda fare il Ministro per tutelarli, dopo la rivelazione e diffusione ad un larghissimo pubblico della loro identità». Dunque, per il maggior partito di opposizione, la questione principale sollevata dal video sembra essere quella di preservare l'anonimato degli agenti di polizia e la loro sicurezza. Tutti gli altri aspetti inquietanti del populismo penale che emergono dal video vengono ignorati, con ogni probabilità, per timore di opporsi a quel sentire comune dell'emozione pubblica percepito come un'onda che si può solamente cavalcare, ma a cui non ci si può opporre in alcun modo.

Arriviamo così alla scena *clou* dell'intero filmato preceduta da una soggettiva nella quale tre agen-

46. È significativo, a mio parere, che Salvini non abbia rilasciato alcun commento al video evidentemente per non fornirgli altro spazio mediatico. Tra l'altro, da un altro video che si trova sul sito del quotidiano *Il Giornale*, risulta che nell'occasione le parole di Bonafede non siano state le uniche pronunciate durante la cerimonia. Salvini, infatti, ha tenuto a ringraziare brevemente il Governo brasiliano, il presidente Bolsonaro e le autorità boliviane, cfr. [www.ilgiornale.it/video/politica/battisti-salvini-ringrazio-bolsonaro-1628619.html](http://www.ilgiornale.it/video/politica/battisti-salvini-ringrazio-bolsonaro-1628619.html).

47. La stessa scena, infatti, verrà riproposta qualche secondo più avanti, in modo pressoché identico, quando Battisti viene portato in auto all'aeroporto dove dovrà imbarcarsi per la sua destinazione definitiva.

48. Un'altra interrogazione parlamentare presentata dall'On.le Alfredo Bazoli il 22 gennaio 2019 ha un contenuto diverso e fa riferimento anche alla «lesione di ogni minimo principio di tutela della dignità della persona, che deve riguardare chiunque, anche i condannati per reati efferati, che non possono essere sottoposti ad una gogna pubblica come accadeva nel passato».

ti camminano nei corridoi degli uffici per arrivare al luogo dove avrà luogo la spartizione della preda. Vengono inquadrati di passaggio computer, monitor, stampanti in una citazione della cinematografia statunitense che mostra spesso gli uffici della polizia come luoghi efficienti e frenetici nella caccia ai criminali; citazione che si trasforma ben presto in parodia quando la camera non può evitare di inquadrare la trasandatezza e la sciattezza di un corridoio con l'intonaco sbrecciato in più punti<sup>49</sup>.

Gli agenti infine giungono nella stanza dove Battisti sta attendendo con il solito sguardo smarrito. Assistiamo al momento tipico dell'intera narrazione perché la preda è qui letteralmente "spartita" attraverso la presa di possesso del suo corpo che passa da un gruppo all'altro della muta. I due agenti della Polizia di Stato che stringono per le braccia Battisti abbandonano la preda per consegnarla a due agenti di Polizia penitenziaria con guanti di lattice<sup>50</sup> e basco azzurri. La preda li guarda stranito e sembra chiedere con lo sguardo se debba svestirsi del giubbotto che indossa, ma non viene degnato nemmeno di un'occhiata. Ogni interlocuzione verbale con la preda è interdetta. Uno dei due agenti a questo punto guarda in camera come per ottenere il consenso da parte di chi sta girando il video se il rituale preveda ora la traduzione della preda verso il luogo della sua "ultima destinazione". Si tratta, tra l'altro, dell'unica inquadratura in cui il filmato sembra mostrare l'esistenza di una regia che abbia predisposto una sceneggiatura. Battisti viene condotto al di fuori della stanza e la prospettiva cambia perché non si tratta più di una soggettiva, ma la camera attende i protagonisti che gli si avvicinano. La formazione del drappello rispecchia perfettamente la muta che ha catturato la preda: quest'ultima è posta al centro di un'ideale rombo rispetto al quale sono occupati i quattro punti cardinali che rappresentano le possibili vie di fuga. Il drappello, infatti, è guidato da un agente di Polizia penitenziaria in divisa scura, segue Battisti tenuto strettamente per le braccia dai due agenti che l'hanno preso in consegna nella scena precedente e, per ultimo, giunge un altro agente di Polizia penitenziaria di statura imponente a chiudere la tragicomica processione.

Nel suo incedere il gruppo si avvicina alla cinepresa e, per un breve istante, il volto di Battisti viene ripreso per la prima volta in primo piano, mentre il suo sguardo inespressivo sembra rivolgersi verso la camera. Il gruppo esce, infine, dagli uffici sempre accompagnato da mute laterali che guardano passare la preda e viene accolto all'esterno da un altro stuolo di fotoreporter con gli obiettivi delle macchine fotografiche spianati, come se anch'essi, con l'esibizione delle loro armi, volessero partecipare alla spartizione della preda.

Dopo un'altra soggettiva all'interno di una delle auto del corteo che riaccompagna la preda all'aeroporto molto simile a quella precedente, ecco che Battisti viene finalmente accompagnato e spinto ad entrare nel piccolo velivolo che dovrà condurlo alla sua meta definitiva. All'interno dell'abitacolo la camera si concentra sulla figura di un agente che, seduto di fronte alla preda, presumibilmente deve sorvegliare che essa non tenti qualche gesto disperato. Qui il componente della muta mostra tutto il suo imbarazzo nell'esercitare una mansione così indiscreta in favore di telecamera<sup>51</sup>. Il malcapitato giovane agente, scruta per un attimo la preda per sondarne la pericolosità con ogni probabilità senza trovarne alcun riscontro considerato il grado di prostrazione in cui essa si trova; poi lancia uno sguardo imbarazzato alla camera, controlla l'allacciatura delle sue cinture di sicurezza, si volta verso l'oblò accanto al suo sedile come farebbe un qualunque passeggero in attesa del decollo; ad un certo punto sembra quasi volersi alzare e liberarsi delle cinture per porre fine all'imbarazzante situazione. Nell'atteggiamento di questo giovane agente sembra manifestarsi tutto il turbamento di quei componenti della muta che debbono prestarsi ad un rituale di cui intuiscono i connotati grotteschi.

E siamo giunti in tal modo alla scena conclusiva, in cui la colonna sonora si tace per lasciare posto al fruscio delle eliche dell'aereo che viene inquadrato in movimento sulla pista mentre si accinge all'accelerazione che precede il decollo. Questa scena finale richiama, in modo ovviamente involontario, il modello dei filmini amatoriali da matrimonio con gli sposi che dopo la cerimonia si allontanano verso il

49. Da notare che anche in questo frangente, come in altri precedenti, emerge nei componenti della muta appartenenti alla Polizia penitenziaria una certa distanza tra, da un lato, gli aiutanti e giovani agenti in tuta mimetica e basco azzurro e, dall'altro, gli anziani signori, un po' panciuti, con la divisa classica da ispettore. I primi fanno parte dei GOM e si identificano perfettamente con il profilo aggressivo della muta da caccia; i secondi, invece, rappresentano il tipico agente che opera nelle sezioni detentive, abituato a convivere ogni giorno con la preda ormai addomesticata e che quindi può assumere atteggiamenti molto più bonari.

50. È da notare che anche gli agenti della Polizia di Stato indossano guanti non di lattice, ma di pelle. I guanti, tra l'altro, rappresentano un segno inequivocabile di come la muta non debba essere contaminata dal contatto fisico con la preda.

51. È noto alla letteratura di sociologia della vita penitenziaria come l'attività di sorvegliare di per sé sia un agire considerato poco gratificante e stigmatizzante per chi lo esercita. In questo caso, la situazione è resa ancor più imbarazzante dal fatto di essere esposta all'attenzione del pubblico attraverso una ripresa cinematografica.

tradizionale viaggio di nozze su di un'automobile; alcuni commentatori hanno sottolineato questa analogia ironizzando sull'assenza dei tradizionali barattoli che in queste occasioni si agganciano all'auto degli sposi. Tale modello è suggerito soprattutto dal commento musicale che è quello tipico di filmini amatoriali che suggeriscono, con un tema semplice e ripetitivo che prevede tuttavia un "crescendo" con l'attacco della chitarra elettrica per raggiungere il climax del motivo musicale, l'idea di celebrare un evento che giunge da una lunga storia (il fidanzamento) e si proietta verso un futuro altrettanto duraturo e radioso (il matrimonio indissolubile). Qui in realtà tale narrazione musicale non si addice alla trama e alla scena finale del video<sup>52</sup>, in quanto l'immagine del velivolo che abbandona la pista non esprime l'idea della proiezione verso un'esistenza futura, ma vorrebbe invece rievocare all'opposto il totale annientamento della preda, la sua definitiva

espulsione dal consesso sociale che, nell'immaginario collettivo della cultura popolare, ha il suo corrispettivo giuridico nella pena dell'ergastolo. La preda è dunque spartita, divorata e definitivamente eliminata allo stesso modo in cui i resti del corpo del suppliziato venivano bruciati e le ceneri disperse al vento nell'età dei supplizi. La scena «deve manifestare il potere smisurato del sovrano su quegli che egli ha ridotto all'impotenza»<sup>53</sup>. Che tutto questo avvenga sul piano simbolico della comunicazione pubblica e non più nella penalità praticata non è certo un elemento da trascurare. Pur tuttavia che il populismo penale si nutra della riemersione di istinti primordiali che il processo di civilizzazione moderna ha cercato in tutti i modi di sopire e di governare è altrettanto evidente ed estremamente inquietante. Dunque non si può che concordare col ministro Bonafede sul significato da dare alla cattura di Cesare Battisti: «un giorno che difficilmente dimenticheremo».

---

52. È significativo che il ministro Bonafede, chiamato a dare un giudizio sul video, abbia esercitato una critica quasi esclusivamente sulla colonna sonora, quasi come avesse intuito la sua inadeguatezza per il messaggio che si voleva trasmettere.

53. M. Foucault, op. cit., p. 55.

# Le Corti costituzionali possono diventare populiste? \*

di Simina Tănăsescu

Mentre il ruolo delle Corti con riferimento al populismo rimane importante, il semplice svolgimento delle loro funzioni non è più sufficiente per la sopravvivenza della democrazia costituzionale nel momento in cui esse diventano uno degli obiettivi principali delle minacce populiste. In ogni caso, anche le Corti possono comportarsi secondo schemi populistici, allo scopo di evitare intrusioni populiste nella propria attività oppure per riallineare le proprie posizioni con gli orientamenti generali della società. Rafforzare il potere giudiziario, e le Corti costituzionali in particolare, ha sempre rappresentato una valida risposta al declino democratico populista. Il caso della Corte costituzionale della Romania è interessante poiché esemplifica una situazione nella quale il populismo giudiziario si sostanzia semplicemente nel supporto al potere politico in carica, mentre un clima di “populismo penale” sembra dominare la società.

## 1. Il populismo come ideologia

Nell'ultimo decennio, il populismo<sup>1</sup> è stato oggetto di studio da parte delle scienze sociali<sup>2</sup> in maniera crescente. Gli studi empirici si sono concentrati sulla descrizione dei movimenti populistici in Paesi specifici,

mentre la ricerca teorica ha tentato di presentare una teoria complessiva sulla versione contemporanea del populismo. Ad ogni modo, né il termine, né la realtà che esso descrive, sono nuovi. Anzi, il populismo attira l'attenzione degli studiosi di scienze sociali da molto prima<sup>3</sup>. Concetto politico piuttosto diffuso, il populi-

\* Una versione leggermente diversa di questo *paper* sarà pubblicata (a cura di) Martin Belov, in *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019 (di prossima pubblicazione). La traduzione italiana è a cura di Sara Cocchi, dottoressa di ricerca in diritto comparato, Università di Firenze, che l'Autrice ringrazia sentitamente. Ogni responsabilità rimane dell'Autrice.

1. L'etimologia del termine populismo si riscontra nella parola latina *populus*, che significa “popolo”. I dizionari definiscono il termine “populismo” come la fede nel potere della gente comune. Un significato secondario, specifico delle scienze sociali, si riferisce ad una narrazione politica che oppone il popolo dotato di moralità alle élites immorali e proclama la superiorità della volontà politica di tale popolo virtuoso su qualunque altra possibile volontà politica (dissidente, marginale, plurale, ecc.).

2. C. Pinelli, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 7 (1), 2011, pp. 5-16; C. Mudde, C. R. Kaltwasser, *Populism* in Michael Freeden, Marc Stears (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Ideologies*, OUP, 2013; C. R. Kaltwasser, *Latin American populism: some conceptual and normative lessons*, *Constellations* 21 (4), 2014, pp. 494-504; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty, and Constitutional Identity*, *European Constitutional Law Review*, Vol. 12 (1), 2016, pp. 6-26; J. W. Muller, *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016; B. Moffit, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Stanford, Stanford University, 2016; B. N. Bakker, M. Rooduijn, G. Schumacher, *The psychological roots of populist voting; evidence from the United States, The Netherlands and Germany*, *European Journal of Political Research*, Vol. 55 (2), 2016, pp. 302-320; A. Arato, J. L. Cohen, *Civil Society, Populism and Religion*, *Constellations* Vol. 24(3), 2017, pp. 283-295; Y. Mounk, *The People vs. Democracy – Why our Freedom is in Danger & How to Save It*, Cambridge/MA, Harvard University Press, 2018; J. Petrov, *The Populist Challenge to the European Court of Human Rights*, <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-03-Jan-Petrov.pdf>.

3. G. Ionescu, E. Gellner (a cura di), *Populism: its meanings and national characteristics*, 1<sup>a</sup> ed., Londra, The Nature of Human Soci-

simo è contestuale e camaleontico; muta nel contenuto e può essere associato a vari altri termini per descrivere nuove, ulteriori manifestazioni. Ad oggi, non è stata data nessuna definizione ufficiale di populismo<sup>4</sup>, che è stato inquadrato o in termini di psicologia politica o come anti-fenomeno, come «atteggiamento mentale ricorrente che appare in diversi contesti storici e geografici quale risultato di una particolare situazione sociale caratteristica delle società in cui i fattori sociali intermedi sono assenti o troppo deboli<sup>5</sup>». In estrema sintesi, il populismo si riferisce al risentimento popolare contro l'ordine imposto ad una determinata società da una classe dirigente ben consolidata, percepita come élite che gode del monopolio sul potere e sulla ricchezza. Tuttavia, da questo comune punto di partenza, i vari approcci e definizioni tendono a divergere a seconda della disciplina che studia il populismo e del termine al quale esso è associato.

Per i sociologi, «il populismo rappresenta, sotto varie forme, gli umori, i sentimenti e le voci di distinti e significativi segmenti del pubblico: non l'opinione pubblica in generale, ma piuttosto quei segmenti che sentono di essere stati ignorati dai governanti, a differenza di gruppi più favoriti ma meno meritevoli; quei segmenti che sentono di essere stati in un modo o in un altro defraudati dalla traiettoria delle politiche di Governo, che sembrano andare a beneficio non loro, ma di altri meno degni<sup>6</sup>». La tensione tra questi segmenti alla base della società e l'élite è fondato sul sentimento/percezione di alienazione, marginalizzazione e defraudazione della “gente comune”, che normalmente chiede solo di poter vivere la propria vita così com'è, ma che ha raggiunto un livello di insoddisfazione ormai incontenibile ed ha bisogno di esprimere il proprio disappunto nei confronti di coloro che ritengono responsabili della situazione, siano essi politici, organizzazioni burocratiche, tecnocrati, mezzi di comunicazione, ecc.<sup>7</sup>. Una tale miscela di risentimento può rimanere isolata nonostante la sua intensità, o può provocare scompiglio nella società, ma senza ulteriori conseguenze, oppure ancora può

condurre alla creazione di nuovi strumenti politici per incanalare e trasfigurare la frustrazione in un indirizzo politico. Talvolta, istituti di democrazia diretta, come l'iniziativa popolare, il *referendum* o altre forme di democrazia partecipativa o deliberativa possono essere il risultato di risentimenti populistici.

Il populismo penale è una variante del populismo che fa leva sull'espressione di rabbia e disillusione nei confronti dell'*establishment* della giustizia penale. Esso ruota attorno all'idea della *legalità* per la “gente comune” attraverso una esacerbata criminalizzazione di determinati comportamenti, il più delle volte senza alcun tipo di connessione con le tendenze criminali esistenti all'interno della società. «Il populismo penale si riferisce al modo in cui i criminali e i detenuti sono ritenuti favoriti, in particolare, a spese delle vittime di reato e, più in generale, della popolazione che rispetta la legge<sup>8</sup>. Fondato sulla divisione e sul dissenso più che sul consenso, il populismo penale esemplifica un'intolleranza sociale selettiva e può facilmente trasformare in nemici della “gente comune” non solo i criminali, ma anche l'apparato statale che ha il compito di ristabilire la legalità. In tal modo, il legislatore, gli agenti delle forze dell'ordine, il pubblico ministero, il giudice, gli agenti penitenziari, possono diventare bersaglio del populismo penale, a causa di una ritenuta inattività o incapacità di gestire adeguatamente il fenomeno criminale, indipendentemente dalle azioni effettivamente svolte. In maniera tutt'altro che paradossale, ma anzi come reazione al populismo penale, può svilupparsi un certo opportunismo politico, che “conquista” il gradimento dell'elettorato inasprendo cinicamente il rigore dei meccanismi punitivi, ritenendo che il pubblico sostenga e approvi tali politiche.

Per un certo periodo di tempo, il populismo, ed in particolare la sua variante autoritaria, è stato oggetto di ricerca da parte della scienza politica. Ideologicamente caratterizzato da correnti conservatrici o di destra e storicamente associato ad esse, il populismo autoritario si è manifestato nella Russia prerivoluzionaria o

ety Series, Weidenfeld and Nicolson, 1969; M. Canovan, *Populism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1981; M. Canovan, *Trust the people! Populism and the two faces of democracy*, *Political Studies*, Vol. 47, 1999, pp.2-16; M. K. Curtis, 'Judicial Review and Populism', *Wake Forest Law Review*, Vol. 38 (1), 2003, <https://ssrn.com/abstract=394822> ; J. Pratt, *Penal Populism*, London and New York, Routledge, 2006.

4. Per una panoramica sulle definizioni di populismo, che conclude che oggi sembra esistere un consenso su almeno due caratteristiche specifiche, ovvero (i) una forte attenzione da parte dei *leader* populistici sul “popolo” e (ii) un implicito o esplicito riferimento ad un “anti-gruppo”, spesso l'élite politica, alla quale il popolo si contrappone, si veda C. Deiwiiks, *Populism*, *Living Reviews in Democracy*, Vol.1, 2009, [www.cis.ethz.ch/research/living-reviews-in-democracy.html](http://www.cis.ethz.ch/research/living-reviews-in-democracy.html)

5. G. Ionescu, E. Gellner, op.cit., p.3.

6. J. Pratt, op.cit., p.9.

7. M. Canovan, *Populism*, op.cit., p.9.

8. J. Pratt, op.cit., p.12.

nella Germania nazista, generalmente fra popolazione rurale ed attraverso la valorizzazione di una moralità semplice, dell'orgoglio nazionalista e di atteggiamenti autoritari<sup>9</sup>. Ad ogni modo, gli scienziati politici hanno anche associato il populismo al fondamentalismo islamico del Medio Oriente arabo, o ad alcune scuole di pensiero sociale in Polonia<sup>10</sup>, o alle politiche di Nixon, Reagan o Thatcher nel settore della sicurezza e dell'ordine pubblico<sup>11</sup>. L'analisi ha rivelato un meccanismo interno specifico del populismo autoritario, consistente nel creare prima un'opinione pubblica fondata sul malcontento e sulla polarizzazione sociale, e successivamente nel consultarla ipocritamente, fingendo solo, nell'affermare intenti autoritari, di dar voce alla sua volontà. Questa sequenza è stata osservata in numerosi studi empirici condotti in tutto il mondo, indipendentemente dalle ideologie di destra o di sinistra in tal modo sostenute e dal periodo in cui il populismo si è affacciato sulla scena politica<sup>12</sup>. Gli attori politici hanno utilizzato questo meccanismo principalmente per andare al potere, e ne hanno abusato una volta ottenuto il proprio obiettivo. Certamente, una volta al potere, i politici populistici non smettono di sostenere di essere dalla parte della "gente comune", che contrappongono agli "altri", ma continuano semplicemente a dividere la società in due gruppi omogenei ed antagonisti, "la gente perbene" contro "l'élite corrotta", e ad affermare che la politica dovrebbe essere un'espressione della *volonté générale* del popolo per come essi lo identificano.

Per quanto riguarda l'esercizio del potere, il populismo ha naturalmente interessato i giuristi, e i costituzionalisti in particolare, poiché esemplifica uno specifico modo d'intendere i concetti fondamentali della teoria costituzionale. Così, nel linguaggio populista, concetti come *popolo*, *volontà generale del popolo*, *sovranità* o *identità costituzionale* acquistano nuovi significati. Il rifiuto populista del moderno ordine costituzionale sembra essere contagioso nell'uso scorretto della terminologia giuridica. Generalmente, i populistici tendono ad utilizzare i concetti costituzionali per decostruire il "vecchio" ordine istituzionale e sviluppare un nuovo progetto sostanziale radicato proprio nella critica di quello "vecchio", e per consolidare il potere nelle proprie mani<sup>13</sup>.

Sebbene differenti sotto molti aspetti, le caratteristiche che vari costituzionalisti identificano come tipiche del populismo sono: l'esercizio autoritario del potere fondato sulla pretesa di una genuina rappresentanza del popolo; il disprezzo per le élites e l'*establishment*; l'avversione per il pluralismo in ogni tipo di dibattito sociale e politico; la tendenza a colonizzare e occupare tutte le istituzioni politiche per ottenere un potere rafforzato e successivamente contrapporsi apertamente alla democrazia e ai limiti giuridici razionali imposti dal costituzionalismo. In altre parole, non può esservi populismo senza qualcuno che parli in nome del popolo complessivamente inteso<sup>14</sup>. Da questa avversione "di principio" per il pluralismo deriva l'autoritarismo, che ha quale corollario il disprezzo per le regole e per le istituzioni. Dal punto di vista dei teorici delle Costituzioni, quest'ultima caratteristica merita particolare attenzione, poiché uno dei comuni denominatori di ogni analisi empirica del fenomeno populista è la minaccia che esso rappresenta per la democrazia e il costituzionalismo, anche a livello sovranazionale<sup>15</sup>. È facile individuare tale minaccia, ma condurne un'analisi giuridica in profondità non lo è altrettanto.

Un'area nella quale la tensione tra populismo e costituzionalismo è del tutto ovvia è quella della relazione fra rivendicazioni populiste contro le élites e le regole da esse create, e il ruolo svolto in qualsiasi democrazia costituzionale dalle Corti, quali guardiane tecnocratiche della legalità e protettrici dei diritti fondamentali<sup>16</sup>. Le Corti possono dunque essere facilmente etichettate come istituzioni tecnocratiche ed elitiste e possono essere percepite come un ostacolo per i Governi populistici e un impedimento alla realizzazione delle loro politiche di clientelismo di massa, colonizzazione delle istituzioni statali e repressione della società civile.

## 2. Corti e populismo

Effettivamente, la maggior parte degli studiosi si è occupata della relazione fra populismo e Corti sotto una prospettiva ben definita, considerando che sono in particolare gli attori politici, come gli organi legisla-

9. G. Ionescu, E. Gellner, op.cit., p.3.

10. G. W. Sheldon, *Encyclopedia of Political Thought*, New York, Facts on File, 2001, p.237.

11. G. W. Sheldon, *ibidem.*; J. Pratt, op.cit., pp.31-33.

12. C. Mudde, C. R. Kaltwasser, *Populism*, 2013, op.cit., *passim*.

13. D. Landau, *Populist Constitutions*, *The University of Chicago Law Review*, vol.85 (2) 2018, pp.521-543.

14. J. W. Muller, op.cit., 2016, p. 20.

15. C. Pinelli, op.cit., *passim*.

16. A. Arato, *Populism and the Courts*, *VerfBlog*, 25 April 2017, <https://verfassungsblog.de/populism-and-the-courts/>.

tivi o l'esecutivo, ad abbracciare il populismo, mentre il potere giudiziario rimane l'ultimo guardiano non solo dei diritti fondamentali ma anche dei limiti razionali imposti dalla Costituzione al potere politico. In un simile contesto, fra Corti e Governi populistici si verifica un ovvio conflitto. Sostenendo i principi fondamentali e le garanzie costituzionali come richiesto dal proprio ruolo, le Corti si oppongono al populismo sfrenato dei Governi e possono facilmente diventarne il bersaglio.

Questa è una delle ragioni per cui molti Governi populistici si sono concentrati su riforme del potere giudiziario finalizzate a relativizzare l'indipendenza della giustizia. Ad esempio, in Ungheria<sup>17</sup>, Polonia<sup>18</sup> e Romania<sup>19</sup>, si è andati a toccare l'immovibilità dei giudici tanto a livello individuale che sistemico, così suscitando il disappunto di alcuni organi del Consiglio d'Europa (in particolare la Commissione di Venezia) e dell'Unione europea (Commissione e Consiglio). I Parlamenti hanno approvato leggi che hanno reso possibile la rimozione di singoli giudici mediante trasferimento contro la volontà degli interessati o sanzioni disciplinari, così come congedi di massa mediante l'abbassamento dell'età del pensionamento obbligatorio, la conclusione anticipata del servizio a seguito della chiusura o della riorganizzazione degli uffici giudiziari, o la riconferma di coloro che ricoprono posizioni dirigenziali. In alcuni casi le giurisdizioni sovranazionali hanno individuato violazioni degli *standard* europei relativi all'indipendenza del potere giudiziario e allo Stato di diritto<sup>20</sup>.

Nel caso specifico della Romania, la riforma del potere giudiziario è stata compiuta dal Parlamento nel

corso degli ultimi tre mesi (da ottobre a dicembre) del 2017. Ci sono voluti più di dieci mesi (da gennaio a ottobre 2018) e ben diciotto pronunce<sup>21</sup> perché la Corte costituzionale rumena ne passasse al setaccio le varie disposizioni incostituzionali. In sintesi, la Corte costituzionale ha ritenuto che fosse minacciata l'indipendenza dei magistrati, ad esempio da disposizioni che ne ampliavano la responsabilità professionale e civile; che il funzionamento della magistratura fosse posto in pericolo, ad esempio a causa delle intersezioni fra potenziali pensionamenti di massa di magistrati con solo 20 anni di esperienza e 45 anni d'età e le nuove norme che regolano l'accesso alla magistratura; e che le garanzie costituzionali della magistratura fossero minacciate dal suo sistematico indebolimento e dalla netta ripartizione delle competenze tra le due distinte sezioni, rispettivamente per la magistratura giudicante e quella requirente, dell'organo di autogoverno, il Consiglio superiore della magistratura. Al tempo stesso, le valutazioni esterne<sup>22</sup> di questa controversa riforma hanno concluso che le misure adottate rappresenterebbero un notevole arretramento per lo Stato di diritto in Romania e le hanno paragonate alle analoghe riforme intraprese da Ungheria o Polonia. E in effetti, la semplificazione normativa delle rimozioni individuali e collettive dei giudici erano fra le caratteristiche comuni individuate da tutti gli osservatori esterni, mentre la creazione all'interno dell'Ufficio del procuratore generale di una unità speciale per le indagini sui comportamenti dei magistrati è stata considerata una problematica novità istituzionale.

Nonostante le somiglianze relative all'architettura istituzionale e all'ambito delle varie riforme giudiziarie

17. B. Somody, *Theme with Variations: Lessons from the Recent History of Judicial Administration in Hungary*, P. Mikuli (a cura di), *Current Challenges in Court Administration*, The Hague, Eleven International Publishing, 2017, pp.157-158; G. Halmay, *Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, F. Nicola, B. Davies (a cura di), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, New York, Cambridge University Press, 2017, pp.477-479.

18. M. Matczak, *An Eye for an Eye: Law as an Instrument of Revenge in Poland*, *VerfBlog*, 8 March 2017, <https://verfassungsblog.de/an-eye-for-an-eye-law-as-an-instrument-of-revenge-in-poland/>

19. B. Selejan Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, *VerfBlog*, 22 February 2019, <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>; B. Selejan Gutan, *Failing to Struggle or Struggling to Fail? On the New Judiciary Legislation Changes in Romania*, *VerfBlog*, 31 January 2018, <https://verfassungsblog.de/failing-to-struggle-or-struggling-to-fail-on-the-new-judiciary-legislation-changes-in-romania/>

20. C 286/2012, Ungheria c. Commissione, 6 novembre 2012; Corte europea dei Diritti dell'uomo, *Baka v. Hungary*, Grand Chamber, 23 giugno 2016; ordinanza del Vicepresidente della Corte nel caso C-619/18 Commissione c. Polonia, 19 October 2018.

21. La l. 303/2004 sullo statuto dei giudici e dei pubblici ministeri è stata sottoposta a scrutinio con le sentenze n. 45/2018, 66/2018, 252/2018, 417/2018, 533/2018, 583/2018 e ritenuta carente dalla maggior parte di esse. Lo stesso è accaduto rispettivamente alla l. 304/2004 sull'organizzazione giudiziaria, mediante le decisioni n. 33/2018, 67/2018, 250/2018, 357/2018, 457/2018 e 483/2018, e alla l. 317/2004 sul Consiglio superiore della magistratura con le decisioni n. 61/2018, 65/2018, 251/2018, 385/2018, 530/2018 e 562/2018.

22. Un dibattito al Parlamento europeo sulle minacce allo Stato di diritto in Romania del febbraio 2018, ([https://multimedia.europarl.europa.eu/en/threats-to-rule-of-law-by-romanian-justice-debate\\_1150531-V\\_v](https://multimedia.europarl.europa.eu/en/threats-to-rule-of-law-by-romanian-justice-debate_1150531-V_v)), il primo rapporto ad hoc (*Rule 34*) sulla Romania adottato da GRECO durante la sua 79<sup>a</sup> seduta plenaria del 19-23 Marzo 2018 ([www.just.ro/wp-content/uploads/2015/09/Greco-AdHoc-Rep20182-Final-eng-Romania.pdf](http://www.just.ro/wp-content/uploads/2015/09/Greco-AdHoc-Rep20182-Final-eng-Romania.pdf)), e l'opinione preliminare n. 924/2018 della Commissione di Venezia sulla bozza di emendamenti alla l. 303/2004 sullo statuto dei giudici e dei pubblici ministeri, alla l. 304/2004 sull'organizzazione giudiziaria, e alla l. 317/2004 sul Consiglio superiore della magistratura ([www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2018\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2018)007-e)).

rie, i motivi che le sorreggono rimangono specifiche e contestuali a ciascuno Stato. Nel caso della Polonia o dell'Ungheria, la motivazione è stata la vendetta e l'intenzione di sostituire l'élite precedentemente in carica con una classe dirigente compiacente; nel caso della Romania, l'intenzione era quella di indebolire le Corti sotto l'aspetto della lotta alla corruzione delle élites politiche<sup>23</sup>. Comunque, ad ogni modo, ciò che rafforza gli attori politici che adottano misure contro di esso e permette le epurazioni promosse al riguardo dai governi populistici, è una certa mancanza, reale o percepita, di meccanismi di controllo esterno sulla responsabilità del potere giudiziario. Presumibilmente, la responsabilità dei giudici deve essere sottoposta ad uno scrutinio più penetrante che mai, poiché nei sistemi giuridici contemporanei le Corti godono di poteri più ampi che in passato, e poiché, nell'era dell'informazione istantanea, è possibile sottoporre un giudice imperfetto al giudizio del tribunale dell'opinione pubblica<sup>24</sup>.

Tuttavia, il ruolo giocato da un potere giudiziario indipendente rimane essenziale in qualsiasi Stato di diritto, non soltanto per la protezione dei diritti fondamentali, ma anche per assicurare il bilanciamento fra poteri dello Stato. Ad essere esposte alle minacce populiste sono in particolar modo le Corti di vertice e le Corti costituzionali, in ragione della loro posizione e delle loro funzioni: la maggior parte delle Corti supreme possono orientare la giurisprudenza delle altre Corti del Paese, mentre le Corti costituzionali si trovano nella posizione di interpretare la Costituzione come cornice normativa che limita il potere politico.

La resistenza che il costituzionalismo può opporre al populismo passa necessariamente attraverso la resistenza delle Corti che si trovano ad affrontarne le minacce, e trova ad affrontare una problematica più ampia, ovvero il modo in cui l'architettura costituzionale delle democrazie contemporanee può mostrare la propria resilienza a fronte dell'ascesa globale del populismo<sup>25</sup>.

### 3. Il populismo giudiziario

Pochi studiosi hanno trattato la relazione fra populismo e Corti da un'altra possibile prospettiva,

quella in cui le Corti seguono, nei propri comportamenti, modelli populistici<sup>26</sup>. Stante la vaghezza del concetto di populismo, è difficile individuare una specifica condotta in grado di definire una Corte come "populista". Ad ogni modo, una giurisprudenza che rafforzasse la sovranità popolare, conferisse priorità all'identità costituzionale, riducesse il pluralismo e il bilanciamento fra poteri, relativizzasse i diritti fondamentali o semplicemente cercasse di dare effetto al comune sentire o supportasse le concezioni populiste del Governo, potrebbe rispondere alle caratteristiche del populismo giudiziario. Tuttavia, non necessariamente né senza distinzioni.

A ben vedere, il populismo giudiziario può rappresentare sia una tecnica di resilienza che una deriva rispetto al compito proprio delle Corti. In alcuni casi, ciò che può sembrare populismo giudiziario può tranquillamente essere un esempio del concetto di Costituzione vivente, ovvero, un adattamento della giurisprudenza ad una realtà sociale e a costumi in evoluzione, come nel caso di un qualsiasi ribaltamento della giurisprudenza che semplicemente riallinei la posizione di una determinata Corte con gli orientamenti generali della società. In altri casi, le Corti possono decidere di esercitare il proprio *self-restraint* con riferimento a questioni di ordine politico, al fine di lasciare un margine di manovra più ampio proprio agli attori politici. Inoltre, populismo giudiziario può semplicemente significare che le Corti si allineano al sentimento populista e fanno pendere il piatto della bilancia a favore delle visioni maggioritarie percepite, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga per guadagnarsi il favore del popolo o per evitarne il risentimento. Il populismo penale può essere una forma particolarmente significativa di questo tipo di populismo. Infine, e mettendo in discussione molto più che il solo sostegno popolare, le Corti possono semplicemente abdicare alla propria indipendenza per supportare le politiche dei Governi populistici.

È stato affermato che il populismo giudiziario dovrebbe essere utilizzato con un po' di senso comune, ovvero che le Corti dovrebbero prestare attenzione a non allontanarsi troppo dai costumi sociali e dalle tendenze maggioritarie quando si trovano a giudicare sui diritti fondamentali, mentre dovrebbero essere

23. W. Brzozowski, *The Removal of Judges and the Rule of Law*, M. Belov (a cura di), *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*, The Hague, Eleven Publishing House, 2018, p. 288.

24. Idem, p.290.

25. D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, *UC Davis Law Review*, Vol. 47, 2013, pp. 189-261; D. S. Law, M. Versteeg, *Sham Constitutions*, *California Law Review*, Vol. 101, No. 4, 2013, pp. 863-952; S. Issacharoff, *Fragile Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; T. Ginsburg, H. Aziz, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

26. M. Blauberger, R. D. Kelemen, *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, *Journal of European Public Policy*, Vol.24, No.3, 2016, pp.321-336.



più aggressive ed integre quando si tratti di sostenere le istituzioni dello Stato<sup>27</sup>. Ciò significherebbe, ad esempio, che in luoghi in cui prevale una visione conservatrice, le Corti non dovrebbero rendere possibili i matrimoni fra persone dello stesso sesso, mentre dovrebbero proteggere con vigore la separazione dei poteri. La conseguenza di un simile approccio sarebbe una contemporanea imposizione di limiti tanto al Governo quanto alla protezione dei diritti fondamentali, che autorizzerebbe in tal modo una versione originale del costituzionalismo formale, non corrispondente allo scopo proprio del costituzionalismo liberale, cioè la tutela della libertà individuale.

In ciascuna di queste versioni, il populismo è destinato a portare con sé delle conseguenze sia per le Corti che per la “gente comune”. Fungendo da cassa di risonanza per il populismo, le Corti mettono in pericolo la propria legittimazione razionale e, paradossalmente, rischiano di pregiudicare il sostegno della popolazione nei loro confronti<sup>28</sup>. Al tempo stesso, appoggiando una visione populista, le Corti possono restringere il proprio raggio d’azione, poiché la tutela in giudizio non è più destinata alla parte più debole di una qualsiasi controversia<sup>29</sup>, ma piuttosto a quella che gode di una maggior accettazione sociale. Ha così inizio una spirale argomentativa che esclude pluralismo e differenziazione che, in fin dei conti, può avere un impatto negativo unicamente su quegli individui che esprimono punti di vista differenti da quelli della maggioranza, ovvero della “gente comune”. Come un cane che si morde la coda, il populismo giudiziario può finire per abusare del populismo stesso.

Da ciò consegue che il ruolo delle Corti con riferimento al populismo è e rimane importante, sebbene

la sostanza di questo ruolo possa subire variazioni: le Corti possono rappresentare un importante elemento di resistenza contro il populismo, oppure possono soccombere al populismo giudiziario. Queste alternative tendono ad essere tanto semplicemente contrapposte in teoria quanto poco lo sono in pratica. Anzi, diventano ancor più complesse quando ad essere coinvolte sono le Corti costituzionali, in ragione dell’annoso dibattito relativo alla legittimazione del controllo di costituzionalità<sup>30</sup>.

#### 4. Il populismo giudiziario e il controllo di costituzionalità

Occorre distinguere le controversie relative alla legittimazione del controllo di legittimità<sup>31</sup>, ovvero il controllo operato dai giudici ordinari sulla legge, le controversie relative alla legittimità del controllo di costituzionalità, ovvero la verifica svolta sulla legge da Corti costituzionali specializzate<sup>32</sup>, e il populismo giudiziario delle Corti costituzionali.

Ancora oggi si dibatte se la legge prodotta da rappresentanti eletti dal popolo possa essere invalidata da giudici non eletti, qualora essi ritengano che tale legge violi i diritti individuali<sup>33</sup>. Vi è chi sostiene che il controllo di costituzionalità sia un modello decisorio non appropriato per una società democratica, poiché è la supremazia della legge ad essere associata all’autogoverno del popolo, e non le decisioni tecnocratiche prese da giudici professionisti. Vi è poi chi ritiene che nessun processo democratico sia perfetto e che esso rimanga costantemente esposto alla tirannia della maggioranza.

27. B. Petkova, *Populism and Judicial Backlash in the United States and Europe*’ *VerfBlog*, 30 April 2017, <https://verfassungsblog.de/populism-and-judicial-backlash-in-the-united-states-and-europe/>.

28. Per un’analisi della legittimazione dei giudici in generale, si veda A. A. Levasseur, *Legitimacy of Judges*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (4), 2002, pp.43-85. Si veda altresì A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton (N.J), 2008.

29. Sebbene ci si possa domandare perché le Corti dovrebbero sistematicamente tentare di evitare errori nei confronti degli imputati (presunti innocenti) piuttosto che gli errori relativi all’amministrazione della giustizia in generale (anche perpetrati non condannando i colpevoli). Il costituzionalismo è definito dalla protezione dei diritti fondamentali, e dunque favorevole ad un potere giudiziario che prova ad evitare gli errori in generale, o dalla protezione di specifici diritti, e dunque comporta la possibilità di scegliere di evitare errori giudiziari che vadano in una specifica direzione, indipendentemente dal fatto che essa sia in linea con la volontà popolare o meno?

30. A. Bickel, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs Merrill, 1962; M. Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs Merrill, 1971; M. Cappelletti, *The “Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis*, *California Law Review*, vol.53, 1979-1980, pp.409-445; J. Waldron, *The Core Case Against Judicial Review*, *Yale Law Journal*, vol.115 (6), 2005, pp.1346-1406; R. H. Fallon, *The Core Of An Uneasy Case For Judicial Review*, *Harvard Law Review*, vol.121 (7), 2008, pp.1693-1736.

31. A. Bickel, *op.cit.*, *passim*.

32. H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)*, *Revue de droit public*, vol.35, 1928, pp.197-259; H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study on the Austrian and the American Constitution*, *The Journal of Politics*, vol.4 (2), 1942, pp.183-200.

33. Per lo stato dell’arte di tale dibattito, si vedano J. Waldron, *op.cit.*, e R. H. Fallon, *op. cit.*

Per affrontare la questione del *deficit* di democrazia che gli è proprio, Hans Kelsen ha immaginato diverse modalità organizzative e procedure istituzionali per condurre il controllo di costituzionalità. Ha legittimato il Parlamento e la Corte costituzionale attraverso il potere costituente, ponendoli in tal modo sullo stesso piano in termini di origine e scopo, sostenendo altresì che entrambi svolgono un'attività correlata alla legge, ma in direzioni differenti: mentre il Parlamento – quale legislatore positivo – approva le leggi, la Corte costituzionale – quale legislatore negativo – può dichiararle invalide. E se da un lato concordava sul fatto che i giudici delle Corti costituzionali avrebbero finito inevitabilmente per avere a che fare con decisioni di carattere politico, egli difendeva altresì la posizione secondo la quale, anche in simili situazioni, le decisioni emesse sarebbero state fondate su argomentazioni giuridiche razionali, sebbene concludesse che «il controllo sulla legittimità delle leggi è una funzione legislativa, e non puramente giudiziaria<sup>34</sup>». All'opposto, Carl Schmitt riteneva che le Corti costituzionali avrebbero solo potuto trasformare la giustizia in politica e non il contrario, e sosteneva che la volontà del popolo prevalesse sull'interpretazione giuridica e persino sulla Costituzione<sup>35</sup>. Un giusto compromesso fra il processo decisionale democratico e il controllo esterno sulla legge deve ancora essere trovato<sup>36</sup>, ma tale questione è diversa rispetto a quella dell'interazione fra Corti costituzionali e populismo giudiziario.

Il populismo delle Corti costituzionali è stato occasionalmente analizzato con riferimento alla democrazia militante<sup>37</sup>, un concetto sviluppato per evitare che la democrazia si trasformasse in estremismo attraverso l'attribuzione di poteri alle istituzioni democratiche affinché esse potessero resistere agli attacchi anti-democratici in tempi di crisi. Sviluppato prima della Seconda guerra mondiale, il concetto di democrazia militante implica il rafforzamento del controllo di legittimità al di là del tipico *self-restraint* dei giudici tecnocrati. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità, ciò comporta che, per mantenere il proprio ruolo di arbitri ultimi delle controversie giuridiche, le Corti costituzionali debbano agire secondo

modalità ben diverse da quelle piuttosto limitate che Hans Kelsen aveva delineato per loro. Questo giustifica l'attivismo giudiziario come forma di confronto fra potere giudiziario e organi politici di Governo ogniqualvolta questi ultimi si trasformino in una minaccia per la democrazia. Consentire alle Corti costituzionali di ricorrere a decisioni creative o di indicare misure provvisorie in grado di evitare che la legge contestata possa produrre effetti irreversibili è parte integrante della democrazia militante. Gli apprezzamenti per le fasi iniziali dell'attivismo giudiziario della Corte costituzionale ungherese o le sentenze interpretative utilizzate talvolta dalla Corte costituzionale italiana devono molto a questa impostazione teorica. Tuttavia, la democrazia militante può facilmente sfociare in attivismo giudiziario che a sua volta finisce per trasformarsi in populismo giudiziario. Così, una Corte costituzionale attivista che si schieri con un Governo populista, anziché opporsi ad esso, può produrre danni duraturi per la democrazia. La democrazia, del resto, sembra essere mal equipaggiata per contrastare quelli che sono solitamente considerati i suoi guardiani, ovvero i meccanismi intesi a rafforzare, e non ad indebolire, la Costituzione.

Talvolta, il populismo delle Corti costituzionali è stato ritenuto equivalente al populismo costituzionale, sebbene i due concetti non possano essere certo considerati sinonimi. Il populismo costituzionale<sup>38</sup> si riferisce al predominio permanente del popolo in ogni attività correlata all'interpretazione e all'applicazione del diritto costituzionale, e non soltanto nello specifico momento costituente. Il suo contrario è il gius-costituzionalismo, che attribuisce al potere giudiziario l'autorità definitiva sull'interpretazione ed applicazione del diritto costituzionale<sup>39</sup>. Il costituzionalismo popolare è un semplice concetto che racchiude in sé un'argomentazione secondo la quale la Costituzione dovrebbe esser presa sul serio non solo dalle Corti, ma anche dal potere legislativo, dal potere esecutivo e, in ultima analisi, dal popolo stesso, i quali tutti debbono aver cura della sua interpretazione ed applicazione nella vita di tutti i giorni. Poiché, se accettiamo l'idea che la Costituzione è una norma giuridica, allora dobbiamo anche riconoscere che la Costituzione si

34. H. Kelsen, *Judicial Review of Legislation*, loc.cit., p.200.

35. C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Parigi, Quadrige/PUF, 1993, pp. 377 ss.

36. A. S. Stone, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

37. K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Right*, *The American Political Science Review*, Vol.31, No.3, 1937, pp.417-432.

38. L. D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

39. Also see L. D. Kramer, *Popular Constitutionalism*, *Circa 2004*, *California Law Review*, vol.92 (4), 2004, p. 959.

auto-applica tanto attraverso i processi politici quanto mediante la giurisprudenza costituzionale<sup>40</sup>.

Il costituzionalismo popolare non mette in discussione la legittimazione democratica del controllo di legittimità o di costituzionalità, poiché accetta che un controllo esterno sulla legge possa rivelarsi utile e persino necessario, bensì gli atteggiamenti profondamente antidemocratici sottostanti all'attuale sostegno alla supremazia dei giudici<sup>41</sup>. Per il momento, se l'auto-applicazione della Costituzione si verifichi anche in assenza di controllo di legittimità rimane una questione aperta, sebbene alcuni studiosi sembrano alludere ad una simile possibilità<sup>42</sup>. Inoltre, naturalmente, il costituzionalismo popolare è agli antipodi rispetto alle visioni legalistiche sulla interpretazione ed applicazione costituzionale; ciò, tra i vari motivi poiché non riesce a spiegare i meccanismi disponibili affinché il popolo possa consapevolmente interpretare ed applicare la Costituzione in altro modo che non mediante le pubbliche istituzioni, fra cui spiccano le Corti. I recenti tentativi di democrazia deliberativa in Islanda o Irlanda hanno avuto scarso successo<sup>43</sup>, ma non è possibile stabilire alcuna connessione fra gli esiti infausti di tale coinvolgimento diretto del popolo nei confronti della Costituzione e una qualsiasi forma di controllo tecnocratico esterno della legge<sup>44</sup>. Mentre la funzione principale del controllo di legittimità o di costituzionalità rimane quella di trattenere l'organo rappresentativo del popolo dal danneggiare coloro che lo hanno eletto, il popolo può godere di funzioni proprie con riferimento all'interpretazione e all'applicazione della Costituzione, ma esse non sostituiranno le Corti né subentreranno ad esse.

Ad ogni modo, è corretto dire che il costituzionalismo popolare talvolta ha favorito l'emersione di rivendicazioni relative ad un diritto costituzionale "populista" che possa fare a meno delle Corti costituzionali. Secondo questa visione idilliaca, le questioni costituzionali devono essere risolte non dalle Corti, bensì dal

popolo, con la guida di principi e valori piuttosto che di norme giuridiche<sup>45</sup>. Tale impostazione prende la metafora della sovranità popolare troppo alla lettera e non riesce a riflettere i problemi della rappresentanza nelle democrazie contemporanee<sup>46</sup>. Se da un lato è vero che il popolo gioca un ruolo importante nel dar forma al diritto, in questa equazione è il concetto astratto di popolo a dover essere considerato e non l'espressione di una qualunque "tirannia della maggioranza", che può essere instaurata o direttamente – mediante ad esempio un *referendum* – o indirettamente, attraverso un organo rappresentativo del popolo. Se il diritto costituzionale "populista" implica il coinvolgimento del popolo in ogni attività correlata alla Costituzione, allora è necessario ideare meccanismi che consentano l'interazione diretta del popolo con le Corti costituzionali.

In questo contesto, il ruolo delle Corti costituzionali in relazione al populismo non è diverso dal ruolo di qualunque altra Corte, ma la loro controversa legittimazione democratica e l'ascesa di nuovi strumenti concettuali nell'analisi del diritto costituzionale, come il costituzionalismo popolare, rendono il loro contributo al dibattito sul populismo giudiziario ancora più rilevante.

## 5. Il populismo giudiziario contestuale e la repressione penale della corruzione

Le Corti costituzionali possono sia fungere da importante elemento di resistenza al populismo che arrendersi al populismo giudiziario. L'efficacia della loro resistenza al populismo può essere influenzata dalla cultura giuridica e politica, dal contesto storico e da numerose altre variabili, che potenzialmente conducono le Corti costituzionali al punto di abbracciare un diverso atteggiamento e giungere così al populismo

40. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

41. R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

42. M. Tushnet, *Political Power and Judicial Power: Some Observations on their Relation*, *Fordham Law Review*, vol. 75 (2006-2007), pp. 755-768.

43. S. Suteu, *Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland*, *Boston College International and Comparative Law Review*, 2015, vol.38, pp.251-276. Also see B. Thorarensen, *Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed*, 26.02.2014, <https://constitutional-change.com/why-the-making-of-a-crowd-sourced-constitution-in-iceland-failed/>.

44. In questo contesto, può essere utile ricordare che, secondo Hans Kelsen, non esiste alcuna "volontà del popolo". Si può solamente conoscere l'esito delle elezioni; pertanto, qualsiasi concezione organica dell'unità o della coerenza del popolo sono pure "illusioni metapolitiche". Si veda anche P. Pasquino, *Hans Kelsen: Verfassungsgerichtbarkeit und demokratietheorie*, O. Beaud, P. Pasquino (a cura di), *La controversie sur "le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, Parigi, Editions Panthéon Assas, 2007, p. 30.

45. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, *passim*.

46. M. K. Curtis, *Judicial Review and Populism*, p. 330.

giudiziario. Come si è visto, il populismo giudiziario non equivale necessariamente a sostenere i populistici al potere in un determinato Stato e non sempre si contrappone alla democrazia costituzionale. Gli scienziati politici hanno dimostrato che talvolta il controllo di legittimità traduce in diritto costituzionale convinzioni popolari fortemente radicate<sup>47</sup>. Inoltre, all'interno di una democrazia costituzionale, possono aver rilievo la consapevolezza delle scelte pubbliche o i meccanismi esterni di controllo della responsabilità dei giudici, rendendo in tal modo tutt'altro che semplice qualificare una Corte costituzionale come populista. Il rispetto dell'opinione pubblica può rivelarsi un elemento importante nel "kit di sopravvivenza" delle Corti costituzionali che si trovino a confrontarsi, da un lato, con le controversie relative alla propria legittimazione democratica, dall'altro con le pressioni dei Governi populistici. Per sapere se la consapevolezza che una Corte costituzionale ha della "volontà popolare" stia crescendo oppure se detta Corte sta semplicemente per soccombere alla volubilità dell'opinione pubblica occorre seguirne l'operato per un certo periodo di tempo.

Prendiamo il caso della Corte costituzionale rumena e ripercorriamone la giurisprudenza degli ultimi tre-quattro anni, ovvero a partire grosso modo dalle ultime elezioni parlamentari (dicembre 2016) lungo un periodo che copre il regolare rinnovo di un terzo dei suoi nove membri (giugno 2016-giugno 2019). Altrove ho sostenuto che le ultime elezioni parlamentari in Romania hanno portato al potere una coalizione di partiti che stanno mostrando alcune delle principali caratteristiche del populismo come ideologia politica<sup>48</sup>. In questa sede, proverò a descrivere come, negli ultimi tre anni, la Corte costituzionale rumena abbia gradualmente sposato un'agenda populista nel settore della repressione penale della corruzione e ad illustrare il paradosso di questa tipologia contestuale di populismo: se teoricamente il populismo penale avrebbe richiesto che la Corte sostenesse il rafforzamento della repressione penale, la particolare situazione della Romania l'ha condotta ad abbracciare una posizione opposta.

Fin dall'avvio dei negoziati per l'ingresso nell'Unione europea nel 1995, il contrasto della corruzione, specialmente attraverso gli strumenti del diritto pe-

nale, ha rappresentato una delle priorità dell'agenda politica della Romania (e dell'Unione europea con riferimento alla Romania). Dichiarazioni politiche, politiche pubbliche, istituzioni specifiche e legislazione penale *ad hoc* sono state costantemente oggetto di rafforzamento con l'obiettivo di affrontare un fenomeno considerato uno dei principali ostacoli allo sviluppo del Paese. A seguito dell'ingresso nell'Unione europea nel 2007, è stato istituito un Meccanismo di cooperazione e verifica (*Cooperation and verification mechanism, Cvm*), ovvero uno strumento di monitoraggio mediante il quale la Commissione europea (Ce) avrebbe seguito i progressi della Romania in quei settori in cui il Paese era stato ritenuto non sufficientemente preparato per l'accesso, sebbene fosse comunque entrato a far parte del *club* Ue. La Ce ha specificamente incluso nel monitoraggio l'indipendenza del potere giudiziario e la lotta alla corruzione. Dal 2007, sono stati pubblicati rapporti annuali o biennali, che hanno evidenziato parziali e costanti progressi fino al 2017, quando per la prima volta la Ce ha utilizzato le seguenti parole: «si mette ampiamente in dubbio la buona *performance* delle istituzioni giudiziarie nella lotta alla corruzione<sup>49</sup>». I successivi *report* del Cvm per gli anni 2018 e 2019 riflettono la crescente preoccupazione delle istituzioni europee rispetto alla direzione presa dalla lotta alla corruzione in Romania in ragione della "situazione politica". In termini eufemistici, nei due anni passati, la Ce ha evidenziato una regressione nella lotta alla corruzione, avviata a livello politico, attuata tramite la legislazione approvata dal Parlamento e dal Governo<sup>50</sup>, contrastata dal potere giudiziario con il supporto del recente risveglio della società civile<sup>51</sup>, e in gran parte confermata dalla Corte costituzionale. In sintesi, la giurisprudenza della Corte costituzionale rumena nel corso dell'ultimo triennio può essere riassunta come segue: allentare la repressione penale della corruzione per migliorare la protezione dei diritti fondamentali. Uno sguardo più attento alle sentenze della Corte costituzionale rivela un approccio più sfumato.

Con la sentenza n. 802/2018, la Corte costituzionale ha operato un'importante distinzione fra le minacce alla sicurezza nazionale e i reati ad essa correlati, ed ha

47. J. González-Jácome, *In Defense of Judicial Populism: Lessons from Colombia*, I-CONNECT, [www.iconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/](http://www.iconnectblog.com/2017/05/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia/).

48. S. Tanasescu, *Romania: From Constitutional Democracy to Constitutional Decay?*, V. Besirevic (a cura di), *New Politics of Decisionism*, The Hague, Eleven International Publishing, 2019, pp. 177-191.

49. [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comm-2017-751\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/comm-2017-751_en.pdf), p. 2.

50. B. Selejan-Gutan, *New Challenges against the Judiciary in Romania*, <https://verfassungsblog.de/new-challenges-against-the-judiciary-in-romania/>.

51. E. S. Tanasescu, *Criminal Policy or Criminal Politics?*, IACL-AIDC Blog, <https://blog-iacl-aidc.org/test-3/2018/5/26/analysis-criminal-policy-or-criminal-politics>.

limitato la repressione penale solo alle effettive violazioni della legislazione in materia di sicurezza nazionale. Gli strumenti del diritto penale non dovrebbero essere utilizzati per prevenire i reati, anche se pericolosi come quelli contro la sicurezza nazionale. Salvaguardare la democrazia persino da se stessa e proteggere i diritti fondamentali dei cittadini anche quando essi sono sospettati di rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale è il compito precipuo di qualunque Corte costituzionale, indipendentemente da attivismo o populismo, ed è un atteggiamento encomiabile.

Ad ogni modo, nella sentenza n. 91/2018 la Corte costituzionale ha affermato che la corruzione e i reati che come quest'ultima hanno una natura meramente patrimoniale, non rappresentano né minacce alla sicurezza nazionale, né crimini ad essa correlati, «poiché privi della rilevanza necessaria» (paragrafo 81), diversamente dai crimini contro l'umanità o dal genocidio. Apparentemente, anche qui la Corte sta tracciando una linea sottile fra minaccia e reato. In realtà, mostra semplicemente una posizione attivista sostituendo il concetto di sicurezza nazionale, così come definito dal legislatore, con la propria interpretazione di esso, e riduce l'ambito della repressione penale solo a quei reati non qualificati come corruzione. La Corte ha chiesto al legislatore di tracciare una netta distinzione fra le violazioni dei diritti fondamentali contrastabili mediante gli strumenti del diritto penale e quelle che, in ragione della propria rilevanza, possono costituire una minaccia alla sicurezza nazionale (paragrafo 82). Mentre la prima categoria di reati va a colpire una vittima ben individuata, meritevole di protezione mediante la repressione penale nei confronti del responsabile, la seconda categoria va a toccare i diritti fondamentali dei cittadini come categoria, indipendentemente dal fatto che essi siano considerati individualmente o come collettività (Paragrafo 83). Da ciò la Corte costituzionale desume che qualsiasi atto possa diventare una minaccia alla sicurezza nazionale, ma che non tutti gli atti debbano essere perseguibili penalmente. La Corte non dichiara che le minacce alla sicurezza nazionale non sono reati poiché colpiscono la comunità e non il singolo individuo, ma si spinge oltre ed afferma che, poiché le minacce alla sicurezza nazionale si riferiscono ad una vittima "collettiva" non identificabile, essi non presentano sufficiente certezza e non consentono al responsabile di conoscere quale condotta ricada sotto la fattispecie di reato individuata dalla legge penale. In altre parole, la legge sulla sicurezza nazionale non rispetta i requisiti di certezza e prevedibilità del diritto richiesti dall'articolo 1 della Costituzione e sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale, poiché i potenziali responsabili non sono messi in condizione di modificare la propria condotta al fine di evitare di essere condannati per violazione dei diritti fondamentali dei cittadini considerati come collettività.

L'argomentazione della Corte lascia perplessi quantomeno sotto due aspetti. Da un lato, la Corte sembra essere consapevole delle principali caratteristiche di quei reati che rappresentino anche minacce alla sicurezza nazionale, ovvero il fatto che essi vadano a colpire non tanto un singolo individuo, quanto piuttosto la comunità nel suo complesso, ma dall'altro lato, ciò è precisamente l'argomento che la Corte sostiene contro il reato di corruzione, finendo per non qualificarlo come minaccia alla sicurezza nazionale. In effetti, alcuni dei reati generalmente classificati come "corruzione" non hanno necessariamente un singolo individuo come vittima, bensì la società nel suo complesso. Così, il traffico di influenze o l'abuso d'ufficio non danneggiano uno specifico essere umano, ma riguardano un'intera comunità di persone destinate a subire le conseguenze di un reato del quale possono persino non essere a conoscenza. Tali condotte criminose non creano un danno patrimonialmente valutabile, ma hanno un impatto sui valori fondamentali di qualsiasi Stato di diritto. Affermare che questa è la ragione per cui tali azioni non debbano essere affrontate come minacce alla sicurezza nazionale è contro la logica e, fatto ancor più importante, non è compito di una Corte costituzionale, ma spetta unicamente al legislatore.

D'altra parte, affermare che la lotta alla corruzione non è un obiettivo strategico di uno Stato sottoposto a monitoraggio internazionale precisamente perché non ha adeguatamente affrontato la corruzione nei decenni passati, mette in discussione la ragionevolezza dell'accesso della Romania all'Unione europea. La lotta alla corruzione è stata inclusa nella strategia nazionale per la difesa e la sicurezza esattamente per riconoscerne l'importanza per la Romania e consentire un trattamento adeguato proprio di quei reati considerati particolarmente dannosi per lo Stato rumeno tanto dalle istituzioni nazionali quanto da quelle europee. La Romania è riuscita ad entrare nell'Unione europea a condizione che continuasse a contrastare la corruzione. Il meccanismo di monitoraggio istituito per supervisionare i progressi in questo campo rileva improvvisamente un'inversione di tendenza. In questo contesto, le sentenze della Corte costituzionale della Romania appaiono quantomeno provocatorie. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ulteriormente chiarito la propria posizione con riferimento all'ingresso della Romania nell'Ue. Nella sentenza n. 104/2018, ha affermato che il Cvm non è un parametro per il controllo di costituzionalità, mentre «la Costituzione è espressione della volontà del popolo e non può essere invalidata dalla semplice esistenza di una contraddizione fra di essa e le disposizioni europee» (paragrafo 90).

Inoltre, nella sentenza n. 26/2019, la Corte costituzionale ha deciso che i procedimenti penali per corruzione attualmente pendenti debbano essere sottoposti a revisione se le prove sono state ottenu-

te attraverso modalità di sorveglianza mirata, poiché quest'ultima<sup>52</sup> è limitata solo alla sicurezza nazionale e non può più essere utilizzata nei procedimenti penali ordinari. Quest'ultima sentenza si è fermata ad un passo dal contravvenire al principio di cosa giudicata e dall'imporre la riapertura di tutti i procedimenti già conclusi che fossero basati su prove raccolte mediante modalità di sorveglianza mirata, sebbene la Corte costituzionale le consideri alterate.

Inoltre, con la sentenza n. 405/2016 la Corte costituzionale ha ridotto l'ambito della lotta alla corruzione, dichiarando costituzionale solo una definizione restrittiva del reato di abuso d'ufficio, mentre con la sentenza n. 392/2017 ha improvvisamente scoperto un'omissione legislativa obbligando il legislatore a individuare una soglia per il reato di abuso d'ufficio senza alcun tipo di fondamento nella lettera della Costituzione. Inoltre, in due sentenze, la Corte costituzionale è andata oltre i propri poteri, negando la sussistenza della giurisdizione amministrativa riguardo a specifici atti amministrativi con lo scopo di riservarsi la decisione sulle questioni coinvolte: nella sentenza n. 358/2018, relativa alla rimozione del procuratore capo incaricato della lotta alla corruzione, e nella sentenza n. 685/2018, sulle regole di funzionamento interno della Corte suprema, relative, fra l'altro, alla composizione delle sezioni chiamate a giudicare sui reati di corruzione.

Tutte queste decisioni veicolano un certo rilassamento della repressione penale della corruzione, in completo contrasto rispetto alla percezione pubblica di essa<sup>53</sup>. Perché dunque parlare di populismo giudiziario della Corte costituzionale rumena? Perché fin dalle ultime elezioni parlamentari, la lotta alla corruzione in Romania è stato territorio di scontro fra il populismo penale di chi ritiene che la transizione democratica sia stata accompagnata dalle élites economicamente corrotte, ed è pronto persino ad accettare una distorsione dei principi fondamentali di umanità pur di veder rendere giustizia in maniera severa e talvolta dura, e le politiche populiste di coloro che sono attualmente al potere, che incitano il risentimento nazionalista contro l'ingombrante "Stato parallelo" che utilizza la repressione penale per arrestare lo sviluppo economico del Paese<sup>54</sup>.

Non sono nuove né la contrapposizione fra un diritto penale "vittimocentrico" ed uno incentrato

sull'indagato, né la traduzione delle priorità individuate dagli attori politici in meccanismi di repressione penale. Se dieci-quindici anni fa in Romania l'agenda politica considerava altamente prioritaria la lotta alla corruzione in funzione dell'accesso del Paese all'Ue, negli ultimi tre anni sembra aver preso piede l'atteggiamento opposto. Se da un lato tali evoluzioni sono concepibili ed entrambe ammesse dalla Costituzione, non è ammissibile che a far pendere il piatto della bilancia in favore di una di esse sia una Corte costituzionale, il cui compito specifico dovrebbe essere quello di difendere la supremazia della Costituzione e dei valori che essa promuove, ovvero la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

In una democrazia costituzionale, le Corti dovrebbero promuovere la separazione dei poteri e i diritti fondamentali dei cittadini così come racchiusi nella Costituzione. In altre parole, le Corti devono assicurare che né il potere legislativo né il potere esecutivo possano conquistare il monopolio della sovranità popolare e che entrambi rispettino i diritti fondamentali come giuridicamente protetti e non come soggettivamente interpretati da una volontà popolare incarnata dai populistici. Se i poteri costituiti – come il legislativo e l'esecutivo – arrivano ad imporre il proprio punto di vista sulla sovranità popolare e riescono ad andare oltre il potere costituente democratico, indipendentemente dal fatto che ciò sia stato ottenuto con o senza il consenso delle Corti, l'impatto del potere giudiziario sulla democrazia risulta privo di significato e può pregiudicare la fiducia dei cittadini in tale ruolo, l'importanza e persino l'indipendenza dei giudici.

Il caso della Corte costituzionale rumena è interessante proprio perché evidenzia una situazione nella quale, in un arco di tempo relativamente breve, senza alcuna pressione da parte degli attori politici ed in un contesto che può favorire, ma non imporre, questo tipo di atteggiamento, ha preso campo una forma paradossale di populismo. La facilità e la velocità con la quale la Corte costituzionale rumena ha sposato il populismo giudiziario, nonostante l'opposizione di una vivace società civile a una simile tendenza, possono essere rivelatrici del pericolo che il declino costituzionale rappresenta per una democrazia ancora giovane.

52. La sorveglianza mirata è rivolta ad uno specifico individuo e presuppone una precedente autorizzazione del giudice. Al contrario, la sorveglianza di massa riguarda indiscriminatamente la popolazione nel suo complesso e può essere effettuata senza garanzie giudiziarie.

53. Commissione europea, Flash Eurobarometer 445, The Cooperation and Verification Mechanism for Bulgaria and Romania - third wave, p.3.

54. O. Gherasim-Proca, *Anti-corruption protests and political crisis. A contextual analysis*, O. Gherasim-Proca (a cura di), *Borders, Barriers and Protest Culture*, Iasi, Editura Universitatii "Al.I.Cuza", 2018, pp.35-38, [www.researchgate.net/publication/328853512\\_Anti-corruption\\_protests\\_and\\_political\\_crisis\\_A\\_contextual\\_analysis](http://www.researchgate.net/publication/328853512_Anti-corruption_protests_and_political_crisis_A_contextual_analysis).

# Populismo, associazionismo giudiziario e Consiglio superiore della magistratura

di Vincenza (Ezia) Maccora

Viviamo in un'epoca di grande mutamento, sono cambiate molte delle personalità del mondo politico e giudiziario, è mutato il rispetto tra Istituzioni e il concetto stesso di rappresentanza. Anche in magistratura vi è chi investe fortemente sui *leader*, esalta la partecipazione diretta dei magistrati non più mediata da corpi intermedi, contesta il sistema, i professionisti dell'associazionismo e la "casta", indica il sorteggio come strumento idoneo per la scelta dei componenti del Csm. Occorre verificare se questi elementi evidenzino la presenza di pulsioni populiste e cosa ciò può significare per l'Associazione nazionale magistrati e per il Consiglio superiore della magistratura.

## 1. Il contesto storico culturale che influenza le politiche associative e il governo autonomo della magistratura

Viviamo in un'epoca di grande mutamento, sono cambiate molte delle personalità del mondo politico e giudiziario, è mutato il rispetto tra Istituzioni e il concetto stesso di rappresentanza.

In questo contesto storico, ben descritto in questo volume nelle sue molteplici sfaccettature, avanza sempre più il rifiuto di avere un luogo politico e culturale per il riconoscimento reciproco tra le Istituzioni.

Tutto viene rimesso in discussione, nel dileggio di ogni competenza e in nome di un presunto rispetto della volontà del popolo contrapposta al sapere ed alla cultura.

Gli sconfinati orizzonti globali suscitano paura, le persone si sentono minacciate dall'arrivo dei "lontani", dalla fragilità dell'economia, da un'Europa vissuta come luogo di doveri e non di diritti; l'egoismo cresce a dismisura e gli stessi migranti vengono percepiti con il volto dell'invasione e si è disposti a volgere lo sguardo altrove anche rispetto alla tragedia del Mediterraneo.

La razionalità e la solidarietà lasciano il posto alla rabbia, come dimostra la violenza che quotidianamen-

te è sotto i nostri occhi e che riguarda l'Italia così come il resto del mondo, una rabbia violenta che purtroppo non trova proposte politiche capaci di introiettarla e trasformarla in un positivo cambiamento. Una rabbia utilizzata anche da interpreti politici capaci di rinfocolarla. Rabbia in tanti soggetti figli della società del consumismo, dell'insoddisfazione, dell'assenza del limite.

Soggetti che non si trovano più rappresentati nelle Istituzioni che disprezzano, additandole come caste responsabili di tutti i mali, da eliminare e combattere.

Soggetti che vivono spesso nelle periferie delle nostre città, che un tempo erano abitate da associazioni, partiti, sindacati che costituivano una moltitudine di corpi intermedi che li legava alle Istituzioni e alla politica.

Tutto questo oggi non c'è più.

Nell'era della *Rete* in cui tutti possono partecipare (votare) stando seduti nel salotto della propria casa, non vi è differenza tra premere un bottone per cacciare un cantante da *X Factor* o un vip dal *Grande Fratello* ed espellere un parlamentare che non si è attenuto alle direttive.

Ma soprattutto nella diffusa solitudine che contrassegna la nostra epoca, fanno presa gli *slogan* «vengono prima gli italiani», che oggi trovano seguaci anche nelle Istituzioni<sup>1</sup> se si arriva a definire il con-

1. Così il presidente del Tar di Brescia il 14.3.2019 nella relazione di apertura dell'anno giudiziario.

tezioso in materia di immigrazione (cioè la richiesta di tutela dei diritti fondamentali) *una penosa litania* applaudendo a un Governo finalmente *meno pavido* capace di tutelare i *cittadini italiani nati in Italia da cittadini a loro volta italiani*.

Non si tratta di mere contingenze ma di cambiamenti profondi che richiedono risposte di lungo periodo a cominciare dal tornare a investire sulla cultura per arginare le paure dei cittadini in un mondo complesso e contenere il populismo che oggi è riuscito a intercettare il malessere della nostra società, dalla ostilità verso i partiti soprattutto quelli cd. di sinistra non più ritenuti in grado di dare risposte soddisfacenti in tema di lavoro e diritti fondamentali alla rottura del patto tra cittadini ed élites<sup>2</sup>; dalla sfiducia verso le Istituzioni della rappresentanza politica, in cui non ci si riconosce, alla ricerca del *leader* forte capace di allontanare le paure.

Non sono questioni nuove. Vi è una famosa profezia di Pasolini<sup>3</sup> espressa in una intervista rilasciata a Luisella Re, pubblicata sul quotidiano *La Stampa*, che sembra descrivere proprio questi nostri giorni: «prevedo la spoliticizzazione completa dell'Italia: diventeremo un gran corpo senza nervi, senza più riflessi. Lo so: i comitati di quartiere, la partecipazione dei genitori nelle scuole, la politica dal basso ... Ma sono tutte iniziative pratiche, utilitaristiche, in definitiva non politiche. La strada maestra, fatta di qualunque e di aliante egoismo è già tracciata. Resterà forse, come sempre è accaduto in passato, qualche sentiero: non so però chi lo percorrerà, e come».

Parole amare ma vere. Ed ecco perché occorre prestare sempre più attenzione a quei piccoli segnali che sono sempre più espressione di una preoccupante regressione culturale.

È notizia di questi mesi l'adozione di alcuni libri di testo per le scuole elementari dove per descrivere il ruolo della donna e dell'uomo nella nostra società si perpetuano vecchi stereotipi. La mamma è colei che cucina e stira e il papà quello che lavora e legge.

Luoghi comuni che ben esprimono il contesto culturale che viviamo e in cui trovano terreno fertile scelte legislative come quella del disegno di legge Pillon.

Così come significativa risulta la scelta di abolire la traccia storica nei temi di maturità rispetto alla quale inascoltato è rimasto l'appello rivolto dalla se-

natrice Liliana Segre che ha sottolineato il forte legame tra conoscenza storica e esercizio della cittadinanza, dato che proprio la conoscenza storica *rende capaci di orientare criticamente le proprie azione nel bene e nel male*<sup>4</sup>.

Si tratta di scelte culturali, che vengono sempre più sbeffeggiate nella stagione della semplificazione in cui tutto viene sbriciolato sulla misura di un tweet, dove ogni problema si consuma nel tempo di un annuncio, dove alla capacità di analisi si sostituisce la battuta o la foto su Instagram e al confronto l'insulto e la delegittimazione dell'interlocutore.

Una stagione in cui il presidente del Consiglio Conte, rispondendo a un giornalista che lo interroga su cosa deve intendersi per popolo, afferma «il Popolo è la somma degli azionisti che sostengono questo Governo» così dimenticando che il popolo sono anche tutti gli italiani che in esso non si riconoscono.

Una risposta che non può essere liquidata relegandola sul piano della superficialità perché nasconde una verità molto più profonda e cioè che nell'epoca dei populismi il pluralismo non è un valore.

I populistici *non guidano il popolo, lo trascinano. E riescono ad alimentare il suo risentimento, nei periodi in cui le crisi della società scuotono nel profondo le Istituzioni e screditano le forze politiche indicate come responsabili delle crisi stesse*<sup>5</sup>.

Un contesto storico culturale che interessa anche la magistratura, e i riflessi immediati si manifestano sia nell'ambito più strettamente associativo sia in quello del governo autonomo della magistratura.

## 2. L'associazionismo giudiziario

L'Italia è l'unico Paese europeo ad avere un'unica Associazione nazionale magistrati, che racchiude in sé più gruppi organizzati (correnti) caratterizzati da una diversa visione della giurisdizione e del ruolo del giudice. Una grande posizione di forza per la rappresentanza della magistratura, se si considera che si tratta di una associazione unica che raccoglie il 93,5% dei magistrati e che è, pertanto, pienamente rappresentativa della magistratura nel suo complesso.

Come ha scritto Edmondo Bruti Liberati nella relazione di apertura del XXVII Congresso Nazionale: *l'Anm, quale libera associazione con la sua dirigenza*

2. A. Baricco, *E ora le élite si mettano in gioco*, *La Repubblica*, 11.1.2019.

3. P.P. Pasolini, *Il nudo e la rabbia*, *La Stampa* di Torino del 9 gennaio 1975.

4. Così Gustavo Zagrebelsky cfr. <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2019/02/28/da-asor-rosaazagrebelsky-tutti-in-difesa-della-storia30.html>.

5. M.L. Salvadori, *Le ingannevoli sirene, La sinistra tra populismi, sovranismi e partiti liquidi*, Collana Rosso e Nero, Donzelli, Roma, 2019, pp. 83 ss.



*democraticamente espressa, è la magistratura italiana.*

Dal congresso di Gardone<sup>6</sup>, dove all'unanimità l'associazionismo ha accettato, pur con le diverse sfumature dei singoli gruppi, la dimensione politica dell'attività giudiziaria e il nuovo ruolo dei magistrati quali soggetti che si confrontano con i grandi problemi del Paese, alla scelta di un sistema proporzionale per l'elezione del Comitato direttivo, è dato accertato di questi ultimi 70 anni la continua ricerca di un punto di equilibrio tra chiusura corporativa e ruolo dell'istituzione giudiziaria nella società<sup>7</sup>. Un equilibrio, o forse più propriamente una tensione, ricercato da una rappresentanza fortemente pluralista. La dialettica interna tra i diversi gruppi associativi, nel pieno riconoscimento dell'Associazione come casa comune, contribuisce da sempre a rendere vitale il confronto associativo e ad attribuire all'Anm una forte rappresentanza.

E come affermano, fin dal 1983, diversi autorevoli magistrati<sup>8</sup>, quando prevale il ripiegamento corporativo operano le deplorable logiche clientelari e lottizzatorie, quando invece prevale il ruolo istituzionale della magistratura si formano ampie convergenze peraltro non sempre rispondenti alle divisioni delle correnti.

Ma in ogni caso all'esterno l'Associazione nazionale magistrati è sempre stata rappresentata da una unica autorevole voce, quella del Presidente, capace di creare sintesi tra le diverse sensibilità presenti nel governo dell'associazione, e ciò le ha consentito di assumere un ruolo sempre più forte nel dibattito pubblico, nonostante i tentativi sterili di contestarne la legittimazione definendola un soggetto politico, una sorta di partito dei giudici. Significative le parole di Alessandro Criscuolo *devo spiegare quanto c'è di strumentale o di culturalmente arretrato nella polemica della cosiddetta politicizzazione, che tenta di far passare per una sorta di correntismo partitico quello che è invece un pluralismo reale presente nell'ordine giudiziario e che è stato fattore fecondo di crescita ideale e professionale. Certo anche le correnti dell'Anm registrano cadute, debolezze, disfunzioni. Ma la ricetta giusta è quella di curare codesti mali senza compromissione dei principi, non già quella*

*di riportare la magistratura in un blocco omogeneo funzionale agli interessi del potere dominante, come talune ventilate riforme del sistema elettorale per il rinnovo del Csm ad esempio lasciano intravedere<sup>9</sup>.*

Una associazione unitaria e compatta che nel ventennio berlusconiano, a fronte di reiterati gravissimi attacchi all'indipendente esercizio della funzione giudiziaria, delle leggi *ad personam* e della riforma ordinamentale Castelli, ha fatto la sua parte, dando il suo contributo tecnico sui progetti di riforma e intervenendo nel dibattito pubblico a difesa della giurisdizione e della autonomia e indipendenza dei magistrati, sempre più spesso oggetto di pesanti ed ingiuriosi attacchi, rei di aver assicurato il controllo di legalità e l'applicazione delle leggi in modo imparziale ed eguale per tutti.

Alle elezioni del 2012 per il rinnovo del Comitato direttivo centrale dell'Associazione nazionale esordisce nel panorama associativo, una nuova aggregazione di magistrati con una lista – *Proposta B* – che pone al centro del proprio programma elettorale il contrasto alle degenerazioni correntizie, individuate come il principale problema che affligge l'Associazione nazionale magistrati e il sistema dell'autogoverno della magistratura. Si legge nel programma elettorale di quel gruppo che *le correnti, nate con l'alto scopo di dare un'impronta al contenuto della giurisdizione rispetto a una legislazione in gran parte adottata durante il regime fascista, sono principalmente divenute, col tempo, degli apparati di potere che, di fatto, controllano tanto l'Anm quanto il Csm ... selezionano di fatto i componenti del Csm e, attraverso loro, condizionano, secondo strettissime logiche di appartenenza, il governo della magistratura, a cominciare dalla selezione dei magistrati dirigenti ... la sostanziale commistione tra Anm e Csm rappresenta un pesante freno rispetto all'azione sia dell'uno che dell'altro e, non di rado, un vero e proprio fattore deviante rispetto agli scopi e agli interessi che ciascuno dei due soggetti dovrebbe perseguire e tutelare. In particolare, per l'Anm, essa comporta un effetto paralizzante nell'attività di vigilanza e, se del caso, denuncia e contrasto, rispetto all'azione del Csm e dei dirigenti degli Uffici<sup>10</sup>.*

Nel corso di quel mandato l'unico eletto della lista (1 su 36 componenti) ha concentrato l'azione politica

6. XII Congresso Nazionale dell'Anm che si tenne a Gardone dal 25 al 28 settembre 1965.

7. E. Bruti Liberati, *Cento Anni di Associazione nazionale magistrati*, Ipsa, Milano, p. 21

8. V. Zagrebelsky, *Tendenze e problemi del Consiglio superiore della magistratura*, in *Quaderni cost.*, 1983, n. 1, pp. 128 ss; S. Senese, *Il Consiglio Superiore della magistratura*, in *Atti del seminario su La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 503 ss.

9. A. Criscuolo, *Valori e garanzie della giurisdizione. Responsabilità del magistrato. Ruolo dell'Associazione Nazionale Magistrati*, Relazione di apertura al XIX Congresso Nazionale Genova, 18-21-novembre 1987.

10. [www.associazionemagistrati.it/allegati/programma\\_ed\\_impegni--proposta-b](http://www.associazionemagistrati.it/allegati/programma_ed_impegni--proposta-b).

nella continua opposizione al sistema senza però riuscire a mettere in campo una condivisibile prospettiva costruttiva. Le critiche sono state rivolte indistintamente nei confronti di tutti i gruppi, accumulati dell'essere divenuti meri centri di potere, e la logica *sono tutti uguali e tutti egualmente responsabili*, è stata la cifra politica di quella nuova presenza all'interno dell'Associazione nazionale magistrati. Con l'inevitabile conseguenza che se sono tutti eguali, non vi sono distinzioni da fare, ed è il sistema nel suo complesso a dover essere mutato.

Quell'esperienza politica non si è tradotta nella stabilità di quel gruppo.

Nella successiva elezione del 2016 vi è stata la presenza di un'altra lista, denominata *Democratici ed Indipendenti*, con un programma elettorale in linea con quello di *Proposta B*, che non ha ottenuto alcun seggio<sup>11</sup>. Quella sensibilità politica ha comunque mantenuto una presenza, per quanto sporadica, nell'ambito associativo e nel dibattito sulle *mailing-list*, e si è continuata a caratterizzare con posizioni di "contestazione" verso coloro che, di volta in volta, hanno assunto ruoli di rappresentanza, descrivendo questi ultimi anni come *di forte chiusura corporativa delle correnti rispetto a qualsiasi altra forma di manifestazione di idee a loro estranee o diverse, riducendo a lumicino gli spazi del confronto assembleare e democratico, obliterando l'attuazione degli esiti di consultazione referendaria rappresentanti il volere della maggioranza degli iscritti, tarpando il confronto persino nella rivista dell'Anm, La Magistratura, con improprie forme di censura*<sup>12</sup>.

La presenza di questo movimento non ha provocato grandi mutamenti nella rappresentanza associativa se si considera che le ultime elezioni del Comitato direttivo centrale hanno visto i gruppi di Magistratura Indipendente e Unità per la Costituzione mantenere sostanzialmente il loro consenso a scapito delle forze progressiste (gli originari gruppi di Magistratura democratica e Movimento per la giustizia-Articolo 3 sono confluite sin dal 2012 in AreaDG) e si è registrata l'ascesa del nuovo gruppo di Autonomia & Indipendenza che, anche grazie alla presenza di Piercamillo Davigo, personalità particolarmente apprezzata professionalmente e mediaticamente forte, ha avuto una importante affermazione elettorale<sup>13</sup>.

È interessante notare che proprio nel programma elettorale predisposto dal gruppo di A&I<sup>14</sup>, molte delle

istanze che hanno caratterizzato la nascita di *Proposta B*, sono state assorbite e riproposte in forme di maggiore progettualità politica. Si legge infatti che *l'Anm deve essere il cane da guardia del Csm* dato che uno degli obiettivi primari fissato nello Statuto di costituzione del gruppo è proprio la lotta alle degenerazioni del correntismo all'interno del Csm ed ancora che A&I intende sperimentare un nuovo modo di fare associazionismo, in cui ognuno vale «uno», senza sovrastrutture dirigistiche e gruppi di potere consolidati, sperimentando il voto telematico così da consentire a tutti di scegliere i propri rappresentanti, senza la presenza dei cosiddetti portatori di deleghe o la mediazione dei maggioretti della corrente. Sistema già sperimentato nell'elezione dei rappresentanti del gruppo e proposto in campagna elettorale come metodo di elezione per tutta l'Anm.

Ed ancora per la prima volta sia il programma elettorale sia i contenuti e le forme della campagna elettorale di quel gruppo hanno indicato, da subito, il loro candidato alla presidenza dell'Anm, una modalità nuova per l'associazionismo giudiziario che fino a quel momento aveva visto la presentazione delle liste come insieme di personalità e con una operatività collettiva rimandando l'indicazione del Presidente a un momento successivo alla elezione del Cdc, dato che per ricoprire tale ruolo assumeva valore non solo il numero di preferenze ottenute ma anche il gradimento degli altri gruppi se si considera che il Presidente dell'Associazione deve rappresentare tutta la magistratura.

Questi elementi di novità (investire fortemente sui *leader*, esaltare la partecipazione diretta degli associati non più mediata da corpi intermedi, contestare il sistema, *i professionisti* dell'associazionismo e la "casta") presentano alcuni tratti caratterizzanti che potrebbero essere lo specchio di quanto accade nel mondo politico *tout court*.

Ed è per questo che occorre interrogarsi, verificando se questi elementi, uniti ad altri, come la scelta del sorteggio per l'individuazione dei componenti togati del Csm (di cui si dirà nel paragrafo successivo), evidenzino il rischio di spinte populiste anche nell'associazionismo e cosa ciò potrebbe significare per l'Associazione nazionale magistrati, per i suoi compiti di tutela dell'assetto costituzionale della magistratura, per il rapporto con gli altri poteri, per la tutela dei diritti e per l'eguaglianza dei cittadini.

11. La lista ha riportato un numero di voti molto esiguo pari a 54 voti di lista e 118 voti di preferenza.

12. A. Reale, *Io dico che il Papa ha scomunicato le correnti di noi magistrati*, *Il Dubbio*, 29 marzo 2019, <http://ildubbio.news/ildubbio/2019/03/07/lo-dico-che-il-papa-ha-scomunicato-le-correnti-di-noi-magistrati>.

13. Piercamillo Davigo è stato eletto con il numero più alto di preferenze (1041 voti) e la lista ha ottenuto 6 seggi.

14. [www.autonomiaeindependenza.it/il-programma-di-autonomia-e-indipendenza](http://www.autonomiaeindependenza.it/il-programma-di-autonomia-e-indipendenza).

Occorre in definitiva essere consapevoli del rischio che anche il ruolo svolto dell'Anm in questi 110 anni<sup>15</sup> possa modificarsi se al nuovo scenario socio-politico del Paese si sommano le pulsioni "populiste" interne.

Un contesto politico che lo stesso presidente del Consiglio ama definire populista e dove però, ancora una volta, è proprio il ruolo dell'Associazione nazionale magistrati a essere messo in discussione. E così anche il diritto-dovere di esprimersi tecnicamente sulle proposte di legge, evidenziando profili di incostituzionalità, costituisce motivo di scontro, essendo critiche espresse da soggetti non eletti dal popolo e quindi non legittimati alla parola<sup>16</sup>.

Ed ancora più grave risulta il comportamento di chi, anche in questo ultimo periodo, rivestendo ruoli pubblici alimenta, senza alcun senso del ruolo e della misura, alla ricerca di un facile consenso, un clima di delegittimazione della magistratura e di quella associata esiziale per la democrazia e lo Stato di diritto.

Vecchi suoni di campane che ritornano, dalla manifestazione sulle scale del palazzo di giustizia di Milano da parte di chi rivestiva ruoli istituzionali per manifestare solidarietà a Silvio Berlusconi nel giorno dell'udienza del processo Ruby alla visita del Ministro degli interni al detenuto condannato per tentato omi-

cidio solidarizzando pubblicamente con chi si ritiene non meriti il carcere nonostante sia responsabile di un gravissimo delitto accertato con sentenza irrevocabile<sup>17</sup>.

L'insofferenza verso coloro che sono chiamati ad applicare la legge con cui da sempre l'Associazione nazionale magistrati è chiamata a confrontarsi.

Ecco perché, a fronte della continua delegittimazione della funzione giurisdizionale, appare decisamente sorprendente il comportamento del gruppo di Magistratura Indipendente, che pur partecipando oggi alla Giunta unitaria dell'Associazione, ha ritenuto di prendere pubblicamente le distanze dalle dichiarazioni del presidente Minisci<sup>18</sup>, indebolendo la stessa forza dell'Associazione magistrati nella difesa dell'autonomia ed indipendenza della magistratura e nella tutela dei diritti<sup>19</sup>.

Un comportamento da leggere unitamente alle perplessità, manifestate sempre dal gruppo di Magistratura Indipendente, rispetto alle posizioni assunte dall'Anm di doverosa critica a quei provvedimenti legislativi che presentano profili di dubbia costituzionalità per la possibile lesione di diritti primari, quasi a voler rimettere in discussione quanto raggiunto nel 1965 al Congresso di Gardone, da tutti sempre ritenuto un punto di non ritorno.<sup>20</sup>

15. A Roma, 8 e 9 febbraio 2019, alla presenza del Capo dello Stato, si è svolta la manifestazione per i 110 anni dalla fondazione dell'Anm.

16. Vedi quanto dichiarato dal Ministro degli interni Matteo Salvini, riportato sui maggiori quotidiani, a fronte delle dichiarazioni critiche del presidente dell'Associazione Minisci sul disegno di legge in tema di legittima difesa. Per tutti [www.repubblica.it/politica/2019/02/27/news/legittima\\_difesa\\_anm\\_justizia\\_lega\\_m5s\\_rinvio-220246281](http://www.repubblica.it/politica/2019/02/27/news/legittima_difesa_anm_justizia_lega_m5s_rinvio-220246281); [www.corriere.it/politica/19\\_febbraio\\_27/legittima-difesa-nuovo-scontro-l-anm-salvini-7c4c719e-3aa211e9a94b-7b2b39079b0a.shtml](http://www.corriere.it/politica/19_febbraio_27/legittima-difesa-nuovo-scontro-l-anm-salvini-7c4c719e-3aa211e9a94b-7b2b39079b0a.shtml).

17. Vedi R. De Vito, *Legittima difesa: una legge per un Paese più pericoloso*, in *Questione giustizia on line* 28.3.2019, [www.questionegiustizia.it/articolo/legittima-difesa-una-legge-per-un-paese-piu-pericoloso\\_28-03-2019.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/legittima-difesa-una-legge-per-un-paese-piu-pericoloso_28-03-2019.php). «... il Ministro dell'interno si è recato in carcere a trovare il condannato, eleggendolo così a simbolo delle vittime di una discrezionalità giudiziaria che trasforma la persona offesa in carnefice. Eppure, a leggere la sentenza, emerge la seguente dinamica dei fatti: tre persone si recano sul greto del torrente Tidone per sottrarre gasolio da un escavatore di proprietà di un imprenditore che stava effettuando lavori sul letto del fiume; non appena inserito un tubo di gomma nel serbatoio dell'escavatore, si attiva un sistema di allarme del mezzo, collegato al telefono cellulare dell'imprenditore; quest'ultimo salta a bordo della propria vettura e, portando con sé un fucile a pompa, si reca sul posto, dove nel frattempo giungono anche il figlio e un altro dipendente; arrivato all'altezza del ponte sul torrente l'imprenditore scende dalla vettura, imbraccia il fucile e esplose colpi d'arma da fuoco verso la zona del fiume, mettendo in fuga i ladri e colpendo uno di essi all'altezza dell'epicondilo mediale destro. Non è finita: il dipendente dell'imprenditore intima l'alt ad uno dei ladri in fuga, lo fa inginocchiare con le mani dietro la testa e lo colpisce con due colpi che lo fanno cadere supino a terra; in quel momento arriva l'imprenditore che, a circa un metro di distanza dal ladro ormai immobilizzato, gli esplose due colpi di fucile a pompa in direzione del torace. Non vi è bisogno di troppa attenzione nella lettura della motivazione per rendersi conto di come un dibattito pubblico svincolato dal contenuto degli atti giudiziari possa indurre a confondere le acque e a "pensar male" della discrezionalità dei giudici nella valutazione dei casi concreti.»

18. Il riferimento va alle dichiarazioni del segretario di MI Antonello Racanelli che si è dissociato dalle dichiarazioni del presidente Minisci volte alla tutela delle prerogative della magistratura e del principio della separazione dei poteri a fronte del rischio di delegittimazione della stessa giurisdizione conseguente alla visita del Ministro Salvini che si è recato a trovare in carcere un imprenditore condannato con sentenza irrevocabile per il tentato omicidio di un uomo affermando all'uscita «qualcosa che non è giusto, che non funziona, ... che sia in galera l'imprenditore che si è difeso dopo cento furti e rapina e sia a spasso il rapinatore in attesa di un risarcimento dei danni».

19. Ed infatti gli organi di informazione hanno presentato la situazione come una spaccatura all'interno dell'Anm per la dissociazione delle toghe di destra. cfr. «Toghe spaccate sul leader Salvini. La destra contro le critiche dell'Anm», [https://roma.corriere.it/notizie/politica/19\\_febbraio\\_25/toghe-spaccate-leghista-salvini-peveri-anm-9f80bad8-386f-11e9-af2a-db624861da78.shtml](https://roma.corriere.it/notizie/politica/19_febbraio_25/toghe-spaccate-leghista-salvini-peveri-anm-9f80bad8-386f-11e9-af2a-db624861da78.shtml).

20. Il Cdc tenutosi in data 25.11.2018 ha licenziato un parere al decreto legge n. 113/2018, cd. pacchetto sicurezza, con l'astensione dei componenti del Cdc dell'Anm di Magistratura Indipendente che hanno a loro volta presentato ed affidato al dibattito un documento *Non vogliamo una Anm che si comporti da soggetto politico*.

Ecco quindi che anche nell'associazionismo giudiziario si può scorgere, guardando agli avvenimenti che hanno caratterizzato questo ultimo decennio, quell'esito solo apparentemente contraddittorio che riscontriamo nella società e che ben è stato descritto da Massimo L. Salvadori<sup>21</sup>: da un lato l'emergere di una molteplicità di individui inclini a chiudersi nell'anonimato, nell'isolamento, nell'indifferenza, nel perseguimento dei propri interessi personali e dall'altro la pronta disponibilità, quando turbati dal sopraggiungere di difficoltà che li colpiscono o desiderosi di tutela e/o di carriera, a fare massa affidandosi ai *leader* nuovi o antichi i quali lanciano loro messaggi e promesse di "benessere" ponendosi come risolutori dei problemi ma di fatto occupando quelle posizioni di potere che dichiarano di voler contrastare.

Così anche nella magistratura, analogamente alla società, l'avvento di orientamenti cd. liquidi<sup>22</sup> ha portato a una grande piazza aperta (alimentata dalle mailing-list) in cui si entra e si esce a piacere, e dove conta più il rapporto con il singolo rappresentante territoriale che quello, laddove esiste, con il gruppo associativo in cui il rappresentante si riconosce. Una caotica nuova agorà in cui gli associati, lontani dal sentirsi parte di gruppi stabili e riconoscibili nei loro chiari orientamenti culturali e di politica associativa, sono soggetti a rapidi mutamenti di opinione e di posizione in preda a linee politiche superficiali e irrazionali (anche "l'informazione associativa" si è trasformata da lettura politica e urticante su ciò che accade ad approccio superficiale e dallo stile accattivante) e a lusinghe demagogiche.

In questo contesto di restringimento della politicità dell'associazionismo su temi alti quali sono la salvaguardia dei diritti e la difesa dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, della capacità di far rete con l'avvocatura e l'accademia, della forte caduta della cultura politica diffusa tra i magistrati a perdere consenso è soprattutto la magistratura di orientamento progressista. *In primis* perché proprio da quei gruppi che hanno iscritto l'aggettivo «democratico» nella loro ragione sociale, cioè «il rapporto con il demos, il dialogo con il popolo, l'attenzione alle istanze popolari che sarebbero stati la loro stella polare nel pensare i problemi della giustizia e dei diritti»,<sup>23</sup> ci si attende una politica razionale, efficace, coerente con i valori proclamati, e quando questa non c'è la delusione fa prendere le

distanze, e, negli appuntamenti elettorali, si traduce nella astensione dal voto o nel voto di protesta in favore di altri gruppi.

Per tornare a far innamorare dell'associazionismo, allontanando il rischio di pericolose derive populiste, sia i giovani sia coloro che hanno voltato le spalle a un certo modo di fare e intendere la politica associativa occorre saper spiegare la complessità della stagione che viviamo, smascherare chi propone soluzioni propagandistiche e reinvestire in un associazionismo che sia consapevole del ruolo che la giurisdizione è chiamata a svolgere nell'epoca dei populismi. Occorrono luoghi reali, e non solo virtuali, in cui i magistrati si sentano pienamente partecipi della costruzione di una valida politica associativa, in cui sia possibile l'incontro tra le persone, il dialogo e il confronto dialettico tra tutte le innumerevoli intelligenze che la magistratura possiede.

Soprattutto occorre essere consapevoli che la complessità del momento storico richiede l'unità di tutta la magistratura, e soprattutto di quella di orientamento democratico, senza distinguo rivolti al mondo esterno.

La realtà associativa della magistratura è una piccola società e vale anche in questo campo l'invito che il presidente Mattarella ha rivolto ai cittadini italiani nel messaggio di fine anno: occorre sentirsi "comunità" e ciò significa condividere valori e prospettive, diritti e doveri. Significa legittimarsi reciprocamente. Significa "pensarsi" dentro un futuro comune, da costruire insieme, rafforzando il ruolo esterno dell'Anm nel dibattito pubblico, senza metterlo inutilmente in discussione, ribadendo ancora oggi l'attualità e la validità di quanto affermato al Congresso di Gardone nel lontano 1965.

### 3. Il Consiglio superiore della magistratura

La disillusione e la sfiducia dei magistrati verso il proprio organo di governo autonomo, che caratterizza questo momento storico, sono fattori estremamente pericolosi, ma lo saranno ancora di più se si fonderanno con le "insofferenze" del mondo politico verso il Csm, che sono sempre in agguato e che possono dare vita a un *cocktail* mortale per il sistema ordinamentale che abbiamo fin qui conosciuto.

21. M.L. Salvadori, *Le ingannevoli sirene, La sinistra tra populismi, sovranismi e partiti liquidi*, cit., pp. 108 ss.

22. Secondo la definizione del sociologo polacco Zygmunt Bauman, che ha definito liquida la società globalizzata caratterizzata da un dominante individualismo che ha soppiantato le precedenti solidarietà collettive provocando nella rappresentanza i cd "bacini elettorali fluidi" che si formano e si disfano sotto il condizionamento della "crazia" esercitata dai camineti televisivi e dai social media.

23. Così Nello Rossi, *I giudici, il popolo, i cittadini*, in questo fascicolo.

Innanzitutto occorre precisare che diverse sono le esigenze poste a base di questa insofferenza verso l'Istituzione. Per quanto riguarda la sfiducia che serpeggia tra i magistrati essa è direttamente collegata al modo in cui il Consiglio esercita la discrezionalità nella gestione degli affari che attengono alla vita professionale dei magistrati (conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi, nomine alla Corte di cassazione ed alla Procura generale, ecc.); mentre per quanto attiene alle insofferenze che provengono dall'esterno esse si concentrano soprattutto sulle modalità con cui il Consiglio si rapporta con il mondo politico e con il Ministro della giustizia nella formulazione dei pareri e delle proposte fornite *ex art 10 legge 24 marzo 1958, n. 195* e in occasione delle cd. pratiche a tutela.

Per comprendere il primo sentimento occorre ricordare cosa è accaduto all'indomani della attuazione, nel 2006-2007, del nuovo sistema ordinamentale. La legge ha attuato molte delle richieste della magistratura associata, a partire da quella storica della temporaneità degli incarichi direttivi fino alla valutazione, nella selezione degli incarichi direttivi e semidirettivi, del parametro dell'anzianità come mero requisito di legittimazione, valorizzando i parametri del merito e delle attitudini. Ci ricorda Mariarosaria Guglielmi<sup>24</sup> «che chi ha vissuto la prima fase di attuazione della riforma dall'interno del Consiglio è stato testimone ... del ruolo trainante che il Consiglio ha svolto rispetto a tutto il circuito del governo autonomo: vincendo le resistenze culturali al cambiamento provenienti da una parte della magistratura e, al suo interno, dalle componenti associative che più hanno sostenuto questa azione di resistenza, il Consiglio ha garantito il rapido adeguamento della normativa secondaria necessaria per operare il rinnovamento della dirigenza e consentire a Consigli giudiziari e dirigenti di fornire elementi di valutazione effettivi e attendibili. Una stagione di protagonismo culturale e di assunzione di responsabilità, dunque, che ha prodotto risultati tangibili in termini di rinnovamento della dirigenza e, nell'immediato, un impegno di tutto il circuito di autogoverno finalizzato a raccogliere la "sfida di professionalità"».

Ma dopo cos'è successo? Quali sono state le modalità con cui la riforma del 2006-2007 è stata attua-

ta nella normativa secondaria del Consiglio e come è stata metabolizzata dalla stessa magistratura?

Come molti commentatori hanno osservato,<sup>25</sup> da un lato la magistratura ha interpretato la riforma ricercando nuovi modi per restaurare forme antiche di carriera dall'altro il Consiglio non è riuscito a instaurare quel clima di fiducia verso le sue decisioni che era indispensabile in un momento in cui allontanandosi il requisito rassicurante dell'anzianità aumentava l'ambito della discrezionalità.

È stata sicuramente una grande occasione mancata, perché, come ci ricordava Pino Borrè, con una riflessione ancora oggi di grande attualità: «È necessario che il Csm sappia essere all'altezza del compito che, a ben vedere, è forse il più significativo fra quelli che gli spettano (*la scelta dei dirigenti, ndr*). Occorre capire che è in gioco non solo l'immagine ma la stessa sopravvivenza del sistema dell'autogoverno. Perché il giorno in cui si potesse dire (non per impeto polemico com'è già accaduto, ma con sicura coscienza) che c'era da avere più fiducia negli antichi strumenti di selezione generale e in una vecchia Commissione giudicatrice che non nella funzione valutativa dell'organo di autogoverno, si tornerebbe incommensurabilmente indietro nella storia del pluralismo e dell'indipendenza della magistratura»<sup>26</sup>.

Parole profetiche, quelle di Borrè come quelle di Pasolini già citate.

Ed è infatti da questa sfiducia e disillusione che sono nate le reazioni più pericolose, irrazionali e nell'ambito delle proposte, soluzioni errate e comunque non risolutive.

Se da un lato la magistratura progressista è stata quella maggiormente punita dagli elettori, che non le perdonano la mancata coerenza tra quanto proclamato e quanto attuato, dall'altro più preoccupante appare la richiesta proveniente dall'interno della magistratura di modificare il sistema elettorale aderendo all'ipotesi del sorteggio. Proprio in occasione dell'ultima tornata elettorale, infatti, in continuità con quella sensibilità politica-associativa nata intorno a *Proposta B*, si colloca l'appello firmato da 106 magistrati «La liberazione del Csm dalle correnti» inviato al Ministro della giustizia a sostegno della modifica del sistema elettorale del Csm in favore del "sorteggio"<sup>27</sup>.

24. M. Guglielmi, *La discrezionalità del Consiglio: una prerogativa irrinunciabile dell'autogoverno o un peso insostenibile per la magistratura?*, in questa Rivista, n. 4, 2017, pp. 30-36, [http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_04.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_04.pdf).

25. R. De Vito, *Soggetti soltanto alla legge. I magistrati e le carriere*, in questa Rivista, n. 3, 2018, pp. 58-65, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_08.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_08.pdf); R. Sanlorenzo, *Le nomine dei dirigenti: banco di prova per la difesa dell'autogoverno*, in questa Rivista, n. 4, 2017, pp. 66-70, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_08.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_08.pdf).

26. *C'è ancora una carriera in magistratura?*, in *L'eresia di Magistratura democratica, raccolta di scritti di Giuseppe Borrè*, a cura di Livio Pepino, pubblicato ne *I quaderni di Questione giustizia*, Franco Angeli, Milano, 2001.

27. L. Tedesco, *Csm, nuovo attacco dal giudice controcorrenti. La petizione Mirenda arriva fino al Ministro*, *Corriere di Verona*, 6 ottobre 2018.

Una soluzione da sempre considerata inaccettabile sia dalla stragrande maggioranza dei magistrati sia dalla cultura giuridica più significativa<sup>28</sup>, a cui invece sembra voler dar credito l'attuale Ministro della giustizia<sup>29</sup>.

Si legge nella relazione della Commissione Scotti che «il Costituente, fissando il principio della elettività dei componenti, ha inteso sia fondare la scelta su base fiduciaria perché, nell'esprimere il voto, l'elettore riconosce idoneità, capacità, valenza istituzionale all'eligendo, il che è *incompatibile con una sua individuazione meramente casuale, sia valorizzare la caratteristica essenziale del Consiglio superiore che non è un semplice consiglio di amministrazione; è piuttosto una istituzione di garanzia nonché rappresentativa di idee, di prospettive, di orientamenti su come si effettua il governo della magistratura e su come si organizza il servizio di giustizia, anzi su quale sia il ruolo della magistratura e dello stesso Consiglio superiore. Insomma, anche sotto questo profilo il sorteggio suscita dubbi di costituzionalità. Senza dire che esso risulterebbe quantomeno distonico rispetto al parallelo meccanismo di elezione dei componenti laici*»<sup>30</sup>.

D'altra parte l'idea di sorteggiare se non gli eletti almeno i candidati al Csm appare del tutto coerente alla ormai diffusa avversione sia verso le competenze tecniche in quanto tali (viste come generatrici di "caste") sia verso lo stesso concetto di "rappresentanza politica" ... con l'ulteriore corollario che spesso si sente utilizzare, che se «ogni magistrato, professionista dà ergastoli e sequestra per milioni di euro» perché non potrebbe essere sorteggiato per fare il consigliere superiore da un giorno all'altro<sup>31</sup>.

Eppure questa proposta, una volta relegata nella "stravaganza" di qualche politico<sup>32</sup>, oggi trae linfa tra le fila della magistratura, dove c'è chi ritiene che «quattro associazioni di diritto privato si siano im-

padronite di un organo di rilevanza culturale come il Csm, distribuendo incarichi e trasformandolo in un mezzo di asservimento dei magistrati. Il Csm non è affatto un padre amorevole per i magistrati, non è più l'organo di autotutela, non è più garanzia dell'indipendenza, ma è diventato una minaccia, perché non vi siedono soggetti distaccati, ma faziosi che promuovono i sodali e abbattano i nemici, utilizzando metodi mafiosi»<sup>33</sup>.

Una metafora gravissima, un'accusa tanto forte quanto generica, che non differenzia le responsabilità e nel non indicarle finisce per criminalizzare il sistema nel suo complesso, delegittimando fortemente l'Istituzione e così aprendo la strada a quei tentativi di modificare il sistema elettorale e le competenze del Consiglio superiore della magistratura da sempre esistenti.

Correttamente si osserva *che pretendere che l'autogoverno della magistratura sia affidato alla somma di scelte meramente individuali di magistrati concepiti come monadi non comunicanti più ancora che un'utopia appare un'ipocrisia. Non sono le correnti il male assoluto; il male è la loro degenerazione* ... È questo che va combattuto, sapendo che, per fortuna, non sempre è così e che occorre saper distinguere contrastando la pigrizia mentale di chi pone sempre tutto e tutti sullo stesso piano<sup>34</sup>.

Occorre quindi denunciare le criticità e le cadute, pur esistenti, nell'attività del Consiglio, affrontarle con spirito costruttivo e in ogni caso identificare le responsabilità dei singoli o dei gruppi di riferimento, avendo sempre cura di salvaguardare l'Istituzione Consiglio superiore.

Uno sforzo che *Questione Giustizia* ha affrontato dedicando a questo tema un intero volume, *L'orgoglio dell'autogoverno una sfida possibile per i 60 anni del Csm*<sup>35</sup>, evidenziando i motivi che hanno con-

28. Cfr. parere ai sensi dell'articolo 10 della L. 24 marzo 1958, n. 195 sullo schema del disegno di legge *Modifiche al sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, approvato dal Csm il 25.10.2001; Gaetano Silvestri, *Consiglio superiore della magistratura e sistema costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 4, 2017, pp. 19-29, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_03.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_03.pdf).

29. Ai lavori del congresso nazionale Forense tenutasi a Catania il 18.10.2018 il ministro Bonafede, come riportano articoli di stampa, ha dichiarato che «*all'interno delle ipotesi di possibile sistema elettorale ci sono quelle che prevedono un fase di sorteggio non integrale*», cfr. [www.ilfattoquotidiano.it/2018/10/04/csm-bonafede-per-combattere-il-correntismo-cambieremo-sistema-elezione-si-a-ipotesi-sorteggio/4670122](http://www.ilfattoquotidiano.it/2018/10/04/csm-bonafede-per-combattere-il-correntismo-cambieremo-sistema-elezione-si-a-ipotesi-sorteggio/4670122).

30. La Commissione è stata istituita dal ministro Orlando ed i lavori sono stati ultimati con la consegna della relazione conclusiva al Presidente Mattarella il 7.4.2016.

31. Valerio Savio, *Il sorteggio dei candidati Csm, una riforma incostituzionale, irrazionale, dannosa*, in *Questione giustizia on line*, Rubrica *Cronache fuori dal Consiglio*, 24-10-2018, [www.questionegiustizia.it/articolo/il-sorteggio-dei-candidati-csm-una-riforma-incostituzionale-irrazionale-dannosa\\_24-10-2018.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-sorteggio-dei-candidati-csm-una-riforma-incostituzionale-irrazionale-dannosa_24-10-2018.php).

32. Nel 1971 il sorteggio era stato proposto dall'on.le Almirante.

33. Così Andrea Mirenda intervistato da R. Iacona, *Palazzo d'ingiustizia*, Marsilio, Collana *Nodi*, Venezia, p. 160.

34. Così Renato Rordorf, *Editoriale*, in questa *Rivista*, n. 4, 2017, pp. 3-5, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_01.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_01.pdf).

35. Il numero 4 del 2017 è stato pubblicato in concomitanza con lo svolgimento della campagna elettorale per l'elezione dei componenti

tribuito alla disaffezione dei magistrati verso il proprio organo di autogoverno, fornendo delle possibili soluzioni ma soprattutto sottolineando la necessità per l'Istituzione di dover rendere conto al fine di ricostruire quel legame tra magistrati ed Istituzione che sembra essersi interrotto.

Non si tratta di una questione di *bon ton*, ma di non sottovalutare il rischio sempre presente di approvazione da parte del Legislatore di progetti di modifica della struttura e delle competenze del Consiglio, dato che all'esterno è proprio il ruolo del Consiglio in difesa dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura (pratiche a tutela) e come interlocutore tecnico del Legislatore (pareri e proposte) a essere sempre messo in discussione.

Un Consiglio superiore delegittimato avrà sempre meno possibilità e autorevolezza nell'intervenire in questi ambiti, dove fondamentale è il suo operato.

Significativi gli esempi recenti.

A fronte dei gravissimi attacchi subiti dai magistrati negli ultimi mesi la richiesta di apertura di pratica a tutela non è stata sottoscritta da nessun

componente laico ma solo dai componenti togati, peraltro con l'esclusione di quelli che si riconoscono in Magistratura Indipendente<sup>36</sup>. E come ci ricordano i consiglieri appartenenti al gruppo di AreaDG si tratta di una competenza *molto importante e delicata, in quanto sono divenuti ormai sempre più frequenti i comportamenti che mettono in discussione il ruolo della giurisdizione e si susseguono e intensificano reazioni scomposte all'esito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria non gradite*<sup>37 38</sup>.

Anche i pareri resi al Ministro della giustizia ex articolo 10 legge 195/58 non hanno visto il voto favorevole di molti componenti laici, e addirittura un componente laico che era correlatore del parere sul decreto legge n. 113 del 4 ottobre 2018, recante «Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, pubblica sicurezza, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata», approvato all'unanimità in Commissione, si

---

togati del Csm, ed è stato presentato al Palazzo di Giustizia di Milano il 20 giugno 2018, invitando al confronto i candidati al Consiglio appartenenti a tutti i gruppi associativi

36. I consiglieri che si riconoscono nel gruppo di magistratura indipendente hanno emesso un comunicato il 6.2.2019 in cui precisano quanto segue: «Con riferimento alla richiesta di apertura di pratica a tutela presentata da alcuni consiglieri in merito al cd. caso "Diciotti", riteniamo la stessa gravemente inopportuna in quanto interviene nel corso del procedimento presso la Giunta del senato competente per la autorizzazione a procedere. Pur prendendo atto della gravità delle dichiarazioni del Ministro dell'interno laddove ha indicato i nomi ed i cognomi dei componenti del Tribunale dei Ministri, ai quali va la nostra piena ed incondizionata solidarietà, la richiesta di apertura pratica a tutela, per il momento in cui interviene, è destinata oggettivamente ad interferire sulle prerogative del Parlamento, trascinando il Consiglio superiore della magistratura in uno scontro politico-istituzionale al quale non intendiamo partecipare».

Gli stessi consiglieri, non hanno sottoscritto la richiesta di apertura di pratica a tutela a favore del giudice monocratico del Tribunale di Avellino aggredito dopo la lettura di un dispositivo di sentenza con minacce ed insulti amplificate mediaticamente dalle reazioni successive che come si legge nella stessa richiesta di apertura di pratica a tutela avanzata in data 16.1.2019 sono solo l'ultimo di una lunga serie di episodi che compromettono l'indipendente esercizio della funzione giurisdizionale, che la magistratura deve esercitare nel solo rispetto della legge, indipendentemente dalla critica e dal consenso che ne possa derivare, con conseguente rischio di pregiudicare i valori fondanti di uno Stato di Diritto, quali il principio di non colpevolezza degli imputati e il diritto di difesa nel processo penale.

37. [www.areasdg.it/areacsm/diario/22febbraio2019](http://www.areasdg.it/areacsm/diario/22febbraio2019).

38. Sempre dal Diario dal Consiglio: *ribadire alcuni punti fermi con riferimento alle "pratiche a tutela" oggi espressamente previste dall'art.36 del Regolamento Interno. ... noi crediamo nel ruolo "politico" del Consiglio, quale funzione che Salvatore Senese ebbe a definire in anni passati di orientamento in senso democratico dei contraddittori processi in corso nella magistratura, nei rapporti fra magistratura e Paese, istituzione giudiziaria e sfera politica, e intendiamo valorizzarlo, come dimostra anche l'iniziativa assunta in questo caso. ... reputiamo più convincente e coerente con l'assetto costituzionale l'opinione di chi sottolinea che al Csm compete il governo di ogni aspetto che concerne lo statuto del magistrato, che nell'art. 104 Cost. è definito in termini di "ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere" e che, nell'interesse dei cittadini che ne sono i destinatari, va salvaguardato rispetto ad ogni intervento che possa compromettere o mettere in discussione l'esercizio imparziale e autonomo della giurisdizione. In questo senso riteniamo che le attribuzioni del Consiglio non costituiscano un numerus clausus (come potrebbe ritenersi se si potesse definire il Csm un semplice organo di autogestione delle carriere dei magistrati e del "servizio giustizia") e che invece al Csm competa intervenire a tutela dell'autonomia della magistratura e di ogni singolo magistrato, anche con interventi esterni, che, pur quando non codificati dalla legge istitutiva, rappresentano comunque un connotato di carattere generale degli organi costituzionali o di rilevanza costituzionale. Perciò reputiamo uno strumento importante – certo da maneggiare con prudenza ed attenzione – quello individuato infine (dopo molte Risoluzioni a partire da quella dell'1.12.1994) dal Decreto 15 luglio 2009 che introduce l'art.21 bis nel Regolamento interno, ora art.36) con cui il Consiglio ha definito la procedura specifica per gli interventi a tutela dell'indipendenza e del prestigio dei magistrati e della funzione giudiziaria e stabilito che detti interventi "hanno come presupposto l'esistenza di comportamenti lesivi del prestigio e dell'indipendente esercizio della giurisdizione tali da determinare un turbamento al regolare svolgimento o alla credibilità della funzione giudiziaria, e devono essere proposti su delibera della commissione competente (previa istruttoria) all'Assemblea plenaria. Riteniamo si tratti di uno dei modi con cui il Csm dialoga con i poteri dello Stato e con l'opinione pubblica non nell'esclusivo interesse della magistratura bensì nell'interesse generale dell'ordinamento nell'ambito del suo ruolo di garanzia.».* Vedi [www.areasdg.it/areacsm/diario/6dicembre2018](http://www.areasdg.it/areacsm/diario/6dicembre2018).

è poi astenuto dal voto nell'Assemblea plenaria. Le accuse sono sempre le stesse, ripetute negli anni<sup>39</sup>: invasione nella competenza del legislatore, coltivare ambizioni da terza Camera, agire per fini politici e di opposizione al Governo<sup>40</sup>.

Anche in questo caso suoni di vecchie campane che ritornano, indifferenti al contenuto nella Relazione Paladin e dell'attività svolta dal Csm, che costituisce una prassi costante riconosciuta espressamente dal Presidente Ciampi nel 1999 «il Csm è un importante interlocutore anche delle Camere e può recare al dibattito sulle questioni della giustizia un contributo tecnicamente qualificato e politicamente neutrale»<sup>41</sup> e nel 2008 anche dal Presidente Napolitano «si tratta di una facoltà attribuita al Csm espressamente dalla legge 194/1958, il cui esercizio si è consolidato in una costante prassi istituzionale»<sup>42</sup>.

La complessità che è sotto i nostri occhi, richiede nel prossimo futuro una paziente opera di ricostruzione, senza la tentazione di cedere a semplificazioni o ammiccamenti con atteggiamenti populistici per ottenere un facile, ma aleatorio, consenso<sup>43</sup>, perché come ho già avuto modo di scrivere, ... si tratta ... di avere chiaro che in assenza del modello ordinamen-

*tale di governo autonomo della magistratura che delinea la nostra Carta costituzionale non sarà possibile avere una magistratura autonoma e indipendente e una giurisdizione libera e imparziale. Questa consapevolezza deve spingerci ad operare collettivamente per costruire un sistema di governo autonomo migliore nella sua operatività restituendo a tutti i magistrati l'orgoglio di difenderlo e di sentirsi parte di esso. E per far sì che questo processo di rilegittimazione riparta occorre che ognuno di noi senta il peso della discrezionalità come caratteristica imprescindibile di un organo di rilievo costituzionale e nel contempo si senta parte di quell'autogoverno diffuso che richiede, in ogni suo anello, responsabilità politica e dovere di render conto. Di questo in fondo si nutre ogni Democrazia, che è faticosa sia per gli eletti sia per gli elettori, ma che non dovremmo voler perdere. Quanto sta avvenendo in Turchia, con epurazioni massicce di magistrati, in Polonia e in Romania, in tema di riforme ordinali, dovrebbe farci capire qual è oggi la vera posta in gioco e perché occorra rifondare un patto etico e culturale nell'associazionismo giudiziario e nell'autogoverno»<sup>44</sup>.*

39. *Una giornata calda per il Csm*, in questa Rivista, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4, 2008, pp. 73-108.

40. Né da conto ampiamente il Diario dal Consiglio [www.aredg.it/areacsm/diario/23novembre2018](http://www.aredg.it/areacsm/diario/23novembre2018).

41. Discorso tenuto davanti al Csm all'indomani della elezione, cioè il 26 maggio 1999, consultabile sul sito del Csm: [www.csm.it](http://www.csm.it).

42. Giorgio Napolitano *Il messaggio del Presidente della Repubblica al Vicepresidente del Consiglio Superiore Nicola Mancino*, in questa Rivista, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, n. 4, 2008, p. 92.

43. Così Marco Patarnello, *60 anni di vita: la struttura e le nostre rughe*, nell'analizzare come «*Sedersi in plenum*» in questa Rivista, n. 4, 2017, pp. 39 ss., [www.questionegiustizia.it/rivista/2017-4.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2017-4.php).

44. Vincenza (Ezia) Maccora *Introduzione. Una prospettiva è possibile per un compleanno difficile*, in questa Rivista, n. 4, 2017, pp. 6-18, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-4\\_02.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-4_02.pdf).



# Giudici e populismo. Uno sguardo all'America (e non solo)

di Lucia Corso

Si pensa di solito ai giudici come alle prime vittime del populismo ed anzi si costruisce il concetto di populismo proprio a partire dall'atteggiamento che i regimi populistici mostrano nei confronti del potere giudiziario. Attingendo alla letteratura nordamericana, si definirà piuttosto il populismo come un'ideologia, uno dei cui ingredienti caratterizzante è l'antielitismo. Il ruolo dei giudici in una società populista verrà tratteggiato a partire da questa premessa.

## 1. Populismo e potere giudiziario

Si pensa di solito ai giudici come alle prime vittime del populismo ed anzi si costruisce il concetto di populismo proprio a partire dall'atteggiamento che i regimi populistici mostrano nei confronti del potere giudiziario. Secondo questo modo di procedere un sistema politico è populista se il potere politico, ma più correttamente il potere esecutivo, agisce facendo appello ad un popolo ritenuto omogeneo e tende a sconfinare sugli altri poteri. Seguendo questo modo di ragionare il carattere distintivo del populismo è il sostanziale rifiuto del principio della separazione dei poteri e soprattutto dell'indipendenza della funzione giudiziaria<sup>1</sup>.

Di norma tale lettura del populismo si associa ad un'altra che colloca il nocciolo ideologico del fenomeno nell'idea che la politica debba essere espressione diretta ed immediata della volontà di un popolo che si esprime all'unisono. In questa concezione, che può essere definita rousseauiana, i controllimiti al potere populista vengono rifiutati con tre argomenti. Innanzitutto, poiché la volontà generale è una, essa può essere autenticamente rappresentata da una sola

istituzione (tipicamente il gruppo politico populista o addirittura il *leader* populista). In secondo luogo, poiché la volontà generale è per definizione corretta non ha bisogno di *standard* a cui essere ancorata. Ne segue il rifiuto dei parametri costituzionali. In terzo luogo, poiché la volontà generale è trasparente, e cioè immediatamente traducibile in qualche atto di governo, le forme in cui essa viene resa palese diventano irrilevanti. Un comunicato sui *social network* può svolgere la funzione della legge, un messaggio televisivo sostituire il Parlamento.

C'è del vero in questa ricostruzione. Eppure, questo approccio, che può essere definito istituzionale, non solo non spiega in cosa l'autoritarismo di stampo populista differisca da altre forme di autoritarismo, ma trascura anche un aspetto essenziale del populismo, e cioè l'antielitismo, e dunque non consente di cogliere la dimensione *difensiva* del populismo che discende da una profonda diffidenza nei confronti dei poteri tradizionali.

Vi è poi un'ultima ragione dell'insufficienza dell'approccio istituzionale. Se si accoglie la possibilità che il populismo sia qualcosa di più che uno stile politico diretto e promosso dai nuovi media<sup>2</sup> o una

1. D. Landau, *Populist Constitutions*, in *University of Chicago Law Review*, 2017, p. 85; pp. 521-543; L. Corrias, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular and Constitutional Identity*, in *EuConst*, 12/2016, pp. 6-26.

2. M. Barberis, *Dopo Romano. Istituzioni, razionalità, populismo*, in *Jura Gentium*, in corso di stampa.

forma di strategia politica che premia gli *outsiders*<sup>3</sup> o la prepotenza di una maggioranza al potere e se ne riconosce la dimensione ideologica, allora è opportuno porsi le domande necessarie di fronte a qualsiasi ideologia politica. Occorre cioè chiedersi da dove derivi il successo dell'ideologia populista, quali elementi ne abbiano propiziato la nascita e poi la diffusione, se essa non lambisca settori della società ben più ampi dei partiti che si professano populistici, e se non condizioni perfino il modo di intendere la funzione giudiziaria.

In queste pagine non si avanza naturalmente la pretesa di rispondere a tutte le domande. Si proverà piuttosto a buttare giù qualche considerazione neanche troppo organizzata. Non si può sfuggire però ad una pure approssimativa descrizione dei tratti salienti dell'ideologia populista. Ed è da qui che bisogna partire.

## 2. Populismo come ideologia che esalta il *common man*. Uno sguardo alla letteratura nordamericana

L'idea centrale del populismo è normativa. Non descrive uno stato di cose ma prescrive un corso d'azione. L'idea è: la società politica va distinta in due gruppi antagonisti, l'élite e il popolo, e tale contrapposizione è preordinata a consentire che il popolo possa dire la sua su questioni pubbliche per opporsi al potere della élite. Si tratta di un'ideologia a tal punto generica che è possibile che finisca accoppiata o addirittura fagocitata da ideologie più dense e opposte come il nazionalismo, il razzismo ma anche il socialismo. Non è un caso che gli autori che riconoscono il carattere ideologico del populismo tengano a specificare che si tratta di un'ideologia sottile<sup>4</sup>.

Due sono gli ingredienti dell'ideologia populista, l'antielitismo e un'idea di popolo tendenzialmente omogenea<sup>5</sup>. Sebbene gran parte della letteratura sul populismo ponga maggiore (se non esclusiva) enfasi su questo secondo ingrediente, vale la pena segnala-

re come spesso il popolo dei populistici sia definito in negativo, in contrasto alla élite. Come afferma Ernesto Laclau il popolo è un significativo vuoto, colmabile con qualsiasi contenuto<sup>6</sup>.

È su questo aspetto che il contrasto fra la letteratura americana e quella europea è più stridente. Se in Europa si tende ad associare il populismo ad ideologie più dense – come il nazionalismo, il sovranismo, il razzismo etc. –<sup>7</sup>, in America l'approccio al populismo è radicato su un'idea, per così dire, plurale del popolo (e non è un caso che *people* sia un termine plurale). Secondo buona parte della storiografia americana, della scienza politica e perfino della scienza giuridica, il popolo dei populistici è composto da *common people*, da *ordinary men* che, proprio in ragione della loro ordinarietà, interpretata ora come senso di realtà, ora come capacità di andare al nocciolo delle questioni e dunque di semplificare, ora come onestà, se non altro per la asserita distanza dal potere corruttivo, vengono ritenuti più capaci di risolvere le questioni pubbliche rispetto a politici di professione, giuristi, economisti. La prospettiva del repubblicanesimo civico viene ribaltata. Sono il buon padre di famiglia, il consumatore truffato, il contribuente vessato e magari anche in ritardo con i pagamenti, l'utente insoddisfatto della pubblica amministrazione, il giurato che non legge mai i giornali e perfino il cittadino che tiene una pistola in tasca la migliore garanzia contro gli abusi di potere.

Secondo questo modo di ragionare è l'idea dell'uomo comune a cui i populistici fanno riferimento che consente di distinguere le gradazioni e le differenze fra un populismo ed un altro. Se Michael Kazin definisce il populismo (o almeno un certo populismo) la rivolta del *common man*, descritto come laborioso, serio e religioso, contro élite ciniche diventate sorde alle richieste della società a causa dell'opulenza in cui vivono<sup>8</sup>, lo storico Richard Hofstadter vede le cose diversamente. Collocando la radice del populismo nello spirito riottoso e belligerante dei cittadini americani, Hofstadter segnala la spinta vendicativa e risentita dell'uomo comune e soprattutto lo spirito manicheo e paranoico che domina la contrapposizione fra popolo ed élite<sup>9</sup>.

3. K. Weyland, *Populism: A Political-Strategic Approach*, in C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, and P. Ostiguy (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017 (d'ora in avanti «*The Oxford Handbook of Populism*»), pp. 48-72.

4. C. Mudde, *Populism: an Ideational Approach*, in C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, and P. Ostiguy (eds.), *The Oxford Handbook of Populism* (Oxford University Press 2017) p. 6.

5. J-W. Müller, *What is Populism?* Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2016.

6. E. Laclau, *La ragione populista*, Bari-Roma, Laterza, 2019.

7. H.G. Betz, *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*, New York, St. Martin's Press, 1994.

8. M. Kazin, *The Populist Persuasion: An American History*, New York, Basic Books, 1995.

9. R. Hofstadter, *The Age of Reform. From Bryan to F.D.R.*, New York, Vintage Book, 1955; cfr. Id., *The Paranoid Style of American Pol-*

L'antielitismo getta luce su un'ulteriore caratteristica del populismo. Il populismo nasce come idea prevalentemente *difensiva* pervasa da una profonda sfiducia nel potere. Non è un caso che il populismo dilaga proprio in quelle società in cui è maggiore la sfiducia nei confronti del potere politico.

### 3. I giudici in una società populista

Si è già anticipato come il populismo spesso finisce fagocitato da ideologie più dense come il nazionalismo, il razzismo, lo sciovinismo. È naturale che quando ciò accade i giudici degli Stati costituzionali siano chiamati a vigilare sull'osservanza dei principi fondamentali anche a costo di ingaggiare una lotta frontale con i Governi populistici.

In questa sede però non si discuterà del ruolo della magistratura di fronte a politiche palesemente in contrasto con i diritti costituzionali e discriminatorie. Piuttosto si proverà a ricostruire la posizione della magistratura di fronte all'elemento, a mio avviso, più insidioso (se non altro perché in apparenza più neutro) del populismo e cioè l'antielitismo.

Che sorta toccherà al magistrato in una società pervasa dall'antielitismo?

Sebbene l'antielitismo possa avere esiti illiberali, esso però spesso nasce e cresce all'interno della cultura costituzionale. Come il costituzionalismo, l'antielitismo è animato dalla preoccupazione di limitare il potere, e non deve dunque stupire se non pochi costituzionalisti americani, sulla base dell'equiparazione fra antielitismo e populismo, invocano un'interpretazione della costituzione in chiave populista<sup>10</sup>. La contrapposizione fra popolo ed élite si sovrappone ai due principali meccanismi utilizzati per vincolare le istituzioni al rispetto dei principi costituzionali e cioè la separazione dei poteri ed il controllo giudiziario di costituzionalità. Il controllo sull'attività di Governo è affidato alla società vigile, all'occhio implacabile del cittadino sull'attività di Governo, e soprattutto ad una sistematica attività di ricerca di oligarchie da neutralizzare o addirittura annientare.

Lo storico francese Pierre Rosanvallon afferma che nelle moderne democrazie esiste sia una dimensione istituzionale (regole elettorali, istituzioni rappresentative, controllo di un potere su un altro) ma anche una dimensione sociale a cui è assegnato il compito di vigilare contro gli abusi di potere. La di-

mensione sociale, che Rosanvallon chiama "contro democrazia", include il potere di sorvegliare, di interdire e di giudicare<sup>11</sup> e tutti e tre poteri sono propri dei cittadini comuni. L'autore spiega la genesi dei populismi di oggi con un eccesso di contro democrazia, a suo dire fonte di un clima sociale in cui il potere di sorvegliare assume tratti ossessivi, il potere di interdire diventa paradossale ed il potere di giudicare cresce a dismisura (da qui la riduzione della politica alla sua funzione repressiva). Secondo Rosanvallon l'antielitismo oggi non può essere letto senza considerare il carattere esasperato assunto dalla contro democrazia anche per effetto delle nuove tecnologie. I meccanismi contro democratici, a dire dell'autore, hanno perso il compito di conferire legittimità alle istituzioni e sono sfociati in una critica radicale e permanente di qualsiasi assetto istituzionale.

Questo spiega perché i populistici ritengano le Costituzioni degli strumenti insufficienti a mettere al riparo la società dalle oligarchie. Il populismo è animato dal sospetto che i poteri tenderanno a coalizzarsi a dispetto di qualsiasi disegno costituzionale e contiene una chiamata generale alla lotta contro le oligarchie con tutti i mezzi (e soprattutto col diritto penale) per finire il compito che il costituzionalismo non può portare al termine<sup>12</sup>. La chiamata è diretta a tutti coloro che possono parlare a nome dei cittadini comuni: non solo ai politici populistici che si professano i più fedeli interpreti dei loro elettori, ma anche a giudici che si dichiarano pronti a sposare la lotta contro le oligarchie.

### 4. Élite dei giudici: uno sguardo all'America

Sebbene i populistici possano immaginare un'alleanza con i giudici nella battaglia contro le oligarchie non può essere negato che i regimi populistici spesso nutrano poche simpatie per la magistratura.

La scienza giuridica americana da più di un secolo descrive l'acrimonia dei populistici nei confronti dei giudici. I giudici che cadono sotto la scure dei populistici sono investiti dalle stesse accuse che colpiscono l'élite. Da un punto di vista populista i giudici agiscono come una élite in quattro sensi distinti: o perché sono compiacenti nei confronti di élite economiche, o perché fanno gli interessi di qualche élite politica, o perché agiscono al servizio di qualche minoranza a

*itics and other Essays*, Cambridge, Ma, Harvard University Press, 1966.

10. M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

11. P. Rosanvallon, *Counter Democracy. Politics in the Age of Distrust*. New York, Columbia University Press, 2007.

12. Basta dare un'occhiata al testo: G. Casaleggio and B. Grillo, *Siamo in guerra. Per una nuova politica*, Brossura, 2011.

cui i populistici ritengono si attribuisca una voce eccessiva, ovvero perché smettono di capire la società che cambia.

#### 4.1. Giudici e plutocrazia

La prima accusa populista alla magistratura è quella di essere compiacente nei confronti del potere finanziario. Basti dare uno sguardo agli anatemi lanciati dai *leader* del Partito del Popolo americano (un partito che ha molte affinità con i partiti populistici di oggi), già alla fine dell'Ottocento, per avere idea di questo stato di cose. Nel 1906 un polemista scriveva che la plutocrazia «può fare affidamento durevole su [...] uomini abituati a vedere le cose non dal punto di vista della gente, e nemmeno con una visione ampia ed imparziale, ma dall'angolazione di chi gode di una posizione di vantaggio ed ha il privilegio della ricchezza»<sup>13</sup>. Perfino Oliver Wendell Holmes aderì alla tesi della contiguità fra il ceto dei giudici e quello degli avvocati della grande industria. Questa tesi ha goduto di ampi consensi anche in tempi molto più recenti. Ad esempio, Lucas Powe osserva che «i giudici sono soggetti alle stesse correnti economiche, sociali ed intellettuali di altre élite professionali appartenenti alle classi medio alte»<sup>14</sup>. Nel 2010 la sentenza *Citizens United*<sup>15</sup>, con cui la Corte Suprema ha cassato i limiti alle contribuzioni private ai partiti, è stata recepita da una parte dell'opinione pubblica americana come il tributo pagato dai giudici costituzionali alla grande industria.

#### 4.2. Giudici e politici

Immensa poi è la letteratura americana sulla contiguità fra ceto giudiziario e ceto politico. Da una prospettiva populista lo sconfinamento del potere giudiziario su questioni politiche (e viceversa) non desta preoccupazione in quanto tale. Il populismo infatti non fa particolare affidamento sul principio della separazione dei poteri. Giudici non eletti e tuttavia percepiti come coinvolti in battaglie contro qualche oligarchia suscitano le simpatie dei populistici. Ciò che suscita lo sdegno populista è semmai l'alleanza fra élite: fra *alcune* élite politiche ed *alcune* élite giudiziarie. Poco importa che questo sdegno possa essere finalizzato anche a reprimere il dissenso politico: nel linguaggio populista una Corte che cassa provve-

dimenti emessi da Governi populistici è una Corte al servizio dell'opposizione politica, verosimilmente già squalificata come una élite di cui arginare il potere.

#### 4.3. Giudici al servizio di minoranze sovra-rappresentate

Altra accusa mossa ai giudici dai populistici è quella di dare uno spazio eccessivo a minoranze sociali a scapito di quella che viene definita la maggioranza silenziosa. Questa accusa, che segnala la tensione fra populismo e cultura dei diritti, di solito si radica sull'idea che la moralità del *common man* (che di solito è uomo, bianco, magari bigotto) venga messa a repentaglio da una giurisprudenza pervasa da una moralità astratta, universalistica e secolarizzata. Essa però di frequente si sposa ad un'altra idea: che le minoranze da tutelare non siano affatto tali e che anzi detengano il vero potere (da qui la formulazione di tesi bizzarre come le *lobby* dei Lgbt o dei gay; le *lobby* ebraiche; le *lobby* delle donne che abortiscono, o più recente da noi, le Ong al servizio degli scafisti)<sup>16</sup>.

#### 4.4. Miopia giudiziaria e spirito di corpo.

L'ultima accusa mossa ai giudici dai populistici è quella di non comprendere la società. Questa accusa può avere varie declinazioni: da quella più sofisticata che imputa alla magistratura un'eccessiva indifferenza nei confronti di alcuni temi (come quelli sociali)<sup>17</sup>, a forme più radicali in cui viene insinuato che sia lo spirito di corpo alla base dell'elitismo giudiziario.

Si noti in ogni caso che i populistici cercano di tenersi a distanza da dispute ideologiche. Facendo abbondante uso di argomenti *ad hominem* preferiscono insinuare il sospetto dell'interesse privato di questo o quel magistrato o di questo o quel gruppo a cui il magistrato accorda tutela.

### 5. Giudici contro le élite

Poiché si è parlato del populismo come di un'ideologia può capitare che anche la giurisprudenza assuma una tonalità populista. Afferma Bruce Ackerman che una Corte è populista ad esempio se asseconda interpretazioni della Costituzione che godono del gradimento dell'opinione pubblica magari al prezzo di

13. B.O. Flower, *The Courts, the Plutocracy and the People; or the Age-Long Attempt to Bulwark Privilege and Despotism*, in *Arena*, 1906, p. 36, p. 84.

14. L. Powe, *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, p. IX.

15. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

16. <https://video.repubblica.it/dossier/scandalo-lega/governo-salvini-ong-amiche-degli-scafisti-italia-non-ha-colpe-per-i-morti-in-mare/309344/309978>.

17. M. Tushnet, *In the Balance: Law and Politics in the Roberts Court*, New York, W.W. Norton & Co, 2013.

rinnegare precedenti giudiziari consolidati. L'autore avanza la congettura che i giudici siano in genere indotti ad assecondare un'opinione pubblica pervicace per evitare ritorsioni politiche ovvero per non scatenare reazioni sociali, ovvero per non essere investita da una profonda crisi di legittimità nella società, ovvero ancora per competere con il potere politico populista sullo stesso terreno<sup>18</sup>.

La giurisprudenza però può assumere un tono populista in un senso più specifico. Questo succede quando i giudici interpretano il proprio ruolo proprio come una battaglia contro le oligarchie e quindi sposano l'idea populista di riformulare i mali sociali (che includono i reati, le crisi economiche, o il malfunzionamento delle istituzioni) nel linguaggio populista della contrapposizione fra popolo ed élite. Si faranno tre esempi ma potrebbero esservene altri.

### 5.1. Giudici che parlano a nome della gente contro istituzioni corrotte

È noto che la percezione di una corruzione diffusa fra le istituzioni sia fra le cause principali del populismo. La circostanza che i giudici siano in prima linea nella battaglia contro la corruzione di certo non fa di loro dei populistici. Tuttavia, può capitare che la funzione giudiziaria venga percorsa dall'antagonismo ideologico fra popolo ed élite e che dunque il giudizio venga interpretato come un'opportunità di condurre questa battaglia. Qui non si guarderà agli Stati Uniti (sebbene anch'essi possano offrire parecchi esempi) ma al Brasile dove l'espressione populismo giudiziario è diventata frequente fra i costituzionalisti e travalica i confini del processo penale<sup>19</sup>. Senza entrare troppo nel dettaglio, a seguito delle numerose inchieste che dal 2014 hanno colpito *leader* politici di tutti gli schieramenti, il giudice Sérgio Moro, coinvolto nell'operazione Lava Jato (Macchina Pulita) e oggi ministro nel Governo di Bolsonaro, ha intimato ai rappresentanti eletti di «ascoltare la voce delle strade» e ha ringraziato la gente da una pagina Facebook per il sostegno a Lava Jato. Il giudice della Corte superiore elettorale Gilmar Mendes ha accusato il Partito dei Lavoratori di essersi trasformato in un

*sindicato de ladrões* e di aver istituito una cleptocrazia. Nel 2015, giudicando sulla custodia cautelare di un senatore, la giudice costituzionale Carmen Lúcia si è spinta a scrivere: «nella storia recente della nostra patria, c'è stato un momento in cui la maggior parte di noi brasiliani credevamo che la speranza prevalesse sulla paura [...]. I criminali non prevarranno sui giudici. Non prevarranno sulla speranza del popolo brasiliano»<sup>20</sup>.

Dal 2002 le udienze e perfino le deliberazioni della Corte costituzionale sono trasmesse in TV e dal 2006 su Youtube.

### 5.2. Giudici e oligarchie economiche

I giudici possono sposare poi la battaglia populista di isolare le scelte pubbliche da influenze eccessive di quelle che vengono ritenute oligarchie economiche. Come scrisse il giudice della Corte Suprema Field, qualora le libertà di rispettabili agricoltori, piccoli imprenditori, commercianti e lavoratori sono calpestate la Repubblica è tale sono di nome<sup>21</sup>.

John Fishkin e William Forbath definiscono antioligarchica la costituzione (*rectius*: l'interpretazione costituzionale) che tutela la classe media<sup>22</sup> e sollecitano un atteggiamento di diffidenza nei confronti della grande impresa. Auspicano inoltre che la politica venga schermata, anche con interventi giudiziari, da gruppi di pressione economici e chiedono dei limiti alle contribuzioni private ai partiti.

Può esserci qualche merito in questa chiamata, ma non vanno sottovalutati gli effetti che essa può produrre in una società populista. La giurisprudenza che anziché limitarsi ad accertare fenomeni collusivi fra qualche imprenditore e qualche politico si avventuri a formulare ipotesi sulla contiguità sistemica fra politica ed impresa (o fra élite economiche ed élite politiche) offre il destro ai populistici di sostenere la tesi della naturale alleanza fra élite e della sostanziale inutilità del principio della separazione dei poteri.

### 5.3. Giudici e potere finanziario

Un altro tema in cui la giurisprudenza può fare da battistrada al populismo o coltivarne alcune tema-

18. B. Ackerman, *We The People: Foundation*, vol. I, Cambridge, Ma, Harvard University Press, 1991; cfr. Anche O. Bassok, *The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls. Constellations* 23, no. 4 (2016), pp. 573-584; cfr. anche, con riferimento alla Corte costituzionale della Colombia, cfr. González Jácome, Jorge, *In Defense of Judicial Populism: Lessons from Colombia*, *VerfBlog*, 2017/5/03, <https://verfassungsblog.de/in-defense-of-judicial-populism-lessons-from-colombia>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170503-112107>.

19. Cfr. fra gli altri, Arguelles, D. Werneck, *Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions*, *VerfBlog*, 2017/5/04, <https://verfassungsblog.de/judges-speaking-for-the-people-judicial-populism-beyond-judicial-decisions/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170504-091531>.

20. *Ibidem*.

21. *Slaughter-house Cases* 83 US 36 110 (1873), *Field dissenting*.

22. W.E. Forbath & J. Fishkin, *The Anti-Oligarchy Constitution*, in *Boston Law Review*, 94: 671-698, 2014, p. 680.

tiche è quello del rapporto fra amministrazione pubblica e potere finanziario. È noto infatti che i populistici nutrono poche simpatie per il debito, e per quello pubblico in particolare. Ancora una volta la storia costituzionale americana ha qualcosa da dirci. Intorno alla seconda metà dell'Ottocento, parecchi tribunali ritennero nulli i prestiti contratti da varie amministrazioni locali con l'argomento che l'obbligazione eccedeva il tetto fissato per i debiti dalla Costituzione dello Stato e che comunque il debito era stato contratto per spese che facevano gli interessi dei privati. In queste pronunce, che non a caso diedero origine all'espressione "giurisprudenza populista"<sup>23</sup>, i tribunali ponevano enfasi sul fatto di agire a tutela dei *common people*, contro amministratori pubblici sprovveduti e compiacenti nei confronti di qualche potere economico finanziario. Quasi tutte le pronunce furono ribaltate dalla Corte Suprema che espresse sdegno per quella che venne definita come la perdita del *public honor*<sup>24</sup>, e cioè dell'onore, da parte di istituzioni incapaci di tener fede agli impegni assunti.

## 6. Magistratura indipendente ed assiomi del populismo

La lettura del populismo attraverso le lenti dell'antielitismo, propria anche della scienza giuridica americana, sembra suggerire che il popolo cui i populistici fanno appello assomigli più ai partecipanti ad una *class action* contro qualche amministrazione pubblica (o qualche altra entità definita oligarchica) che ad una comunità politica che si caratterizza su basi identitarie. Perfino la proposta di rimpiazzare la democrazia rappresentativa con quella diretta va interpretata in questa luce: l'idea di delegare al cittadino il compito di emettere la decisione politica, magari attraverso il filtro di una piattaforma digitale, ha innanzitutto la funzione di scongiurare il rischio che la decisione politica rimanga preda di qualche interesse.

Questo ci porta a formulare tre conclusioni.

Innanzitutto il populismo non ha radici nell'idea romantica di una comunità che si autogoverna ma nell'idea scettica che il Governo finirà preda di

oligarchie. Lo storico americano Richard Hofstadter segnala come il populismo sia pervaso da uno spirito paranoico. Una paranoia che scredita il potere pubblico denunciando la contiguità con qualche interesse privato (tipicamente la soggezione alla finanza, ma anche al potere criminale), e scredita l'azione privata denunciando qualche piaggeria nei confronti del potere pubblico<sup>25</sup>.

Questo ci porta alla seconda conclusione. È vero che il populismo può finire con l'esaltare il potere politico a scapito di altri poteri e difendere una versione esasperata del principio di maggioranza a detrimento delle minoranze<sup>26</sup>. Tuttavia risolvere la minaccia populista facendo semplicemente affidamento sui meccanismi istituzionali, prima di tutto quello dell'indipendenza della magistratura, può non essere sufficiente. Il populismo è un'ideologia, non soltanto una forma di Governo (o un regime), e come tale va contrastata. Ed eccoci all'ultima conclusione.

Scardinare un'ideologia è opera immane, perché l'ideologia si struttura proprio per schermarsi dalle smentite empiriche. Tuttavia il diritto da tempo immemorabile è attrezzato per smorzare visioni radicali della realtà<sup>27</sup>: sia per i tempi più lenti di riflessione, sia per il legame necessario fra prove e giudizio, sia per la stretta relazione fra scienza giuridica e libertà. Questo è ancor più vero negli Stati costituzionali di diritto.

I giuristi in una società populista sono innanzitutto chiamati a vigilare affinché i principi fondamentali non siano calpestati. Forse però, devono fare qualcosa'altro, mettendo in discussione alcuni assiomi su cui il populismo si regge.

In primo luogo va contestato l'assioma della naturale tendenza delle élite a coalizzarsi fino a convergere in un unico blocco (la élite da contrapporre al popolo), perché è proprio questa idea che giustifica politiche liberticide ed eccessivamente repressive. Sotto questo profilo, quando il populismo dilaga, forse sarebbe opportuno astenersi dal formulare con eccessiva frequenza ipotesi di contiguità sistemica fra politica e poteri criminali, o fra politica e potere economico o ideologico.

In secondo luogo, andrebbe contestata quella che Rosanvallon definisce la concezione sicofantesca

23. W. Wiecek, *The Lost World of Classical Legal Thought. Law and Ideology in America 1886-1937*, Oxford University Press, 1998, p. 79.

24. *Gelpcke v. Dubuque*, 68 U.S. 175 (1864); *Havemeyer v. Iowa County*, 70 U.S. 294 (1866).

25. B. Grillo, *Processi popolari in rete*, 21 maggio 2014, [www.beppegrillo.it/processi-popolari-in-rete/](http://www.beppegrillo.it/processi-popolari-in-rete/), dove si chiama alla battaglia contro tre tipi di avversari: «giornalisti che si coprono a vicenda per perpetuare la casta (e i propri introiti); industriali che sostengono l'establishment attraverso favori (o voti garantiti) per ottenere accesso a contratti pubblici e a concessioni; e finalmente i politici, che sono peggio delle prostitute»

26. N. Urbinati, *Populism and the Principle of Majority in The Oxford Handbook of Populism*, p. 571 ss. e p. 582.

27. E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.

dell'uomo comune, interessato solo a giudicare gli altri (e ad assolvere sé stesso). Esiste infatti un'altra tradizione, quella del populismo romantico americano, che vede le cose in modo esattamente opposto, tanto che la Corte Suprema, chiamata a pronunciarsi sulla giuria, arriva a stabilire che la presenza dell'uomo comune nei processi penali può far da scudo contro un pubblico ministero persecutorio o troppo zelante ed un giudice eccentrico o prono di fronte alla pubblica accusa<sup>28</sup>. Seguendo questo modo di ragionare, si potrebbe contrapporre alla concezione rancorosa e giudicante del *common man*, tipica dei populismi contemporanei, quella di un individuo animato dal senso di umanità, con ovvi riflessi sulle politiche in materia di sicurezza ed immigrazione spesso motivate sulla base del buon senso dell'uomo comune.

L'ultimo punto è il più importante. Fra le equazioni dei populistici ve ne sono alcune particolarmente pericolose che attengono alla identificazione fra minoranze ed élite. Si tratta di un modo di procedere tristemente noto, mosso dal desiderio di squalificare le minoranze dipingendole come il *vero potere* da abbattere. Oggi gli esempi non mancano: l'opposizione politica viene spesso identificata con i potentati economici, i migranti dipinti come emissari di una politica deliberatamente mirata a distruggere l'identità europea<sup>29</sup>, le donne separate e magari vittima di violenza come macchinatrici a danno degli *ex mariti*<sup>30</sup>, le associazioni di volontariato come venali sfruttatrici di disgrazie, le Ong identificate con gli scafisti.

Su questo punto ai giuristi è richiesta la massima inflessibilità e sono i giudici che possono offrire il contributo più prezioso<sup>31</sup>.

---

28. *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

29. <http://blog.ilgiornale.it/rossi/2017/02/02/lo-schema-soros-e-limmigrazione-indotta>.

30. Emblematico è il disegno di legge *Pillon* per quel che riguarda le norme sull'alienazione parentale.

31. Va proprio in questa direzione la richiesta di archiviazione accolta dal GIP di Palermo nel procedimento a carico delle ONG, [www.questionegiustizia.it/doc/ong\\_richiesta\\_archiviazione\\_palermo.pdf](http://www.questionegiustizia.it/doc/ong_richiesta_archiviazione_palermo.pdf).

# Cittadinanza attiva/populismo: fare politica con la Costituzione

di *Giuseppe Cotturri*

Nel 2001 su proposta di forze della cittadinanza attiva è entrato nella Costituzione italiana il riconoscimento dell'autonoma capacità dei cittadini di svolgere attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà (articolo 118, comma 4, della Costituzione). Si tratta di un cambiamento del rapporto istituzioni-cittadini, per sbarrare la strada alle tendenze disgreganti del populismo. Il popolo dei populismi è incapace di formare politicamente una "volontà generale". La sfida dei cittadini attivi per il civismo è contribuire invece all'affermazione della *sovranità dei valori* attraverso cui una diversa costruzione sovranazionale europea può essere realizzata.

## 1. Il mondo dei populismi

Il programma di società basate su meccanismi progressivi di welfare attraverso diritti costituzionalizzati, tipicamente europeo, è entrato in urto con le tendenze del neoliberalismo e col "pensiero unico" dagli anni Novanta dello scorso secolo, con la globalizzazione. Trump in America è solo l'espressione più clamorosa (e pericolosa) del tipo di politica che, in queste condizioni, si diffonde nei Paesi capitalistico-democratici, con la conquista di larghe basi popolari ovunque la crisi accresce disagio sociale, allarga l'area delle povertà, investe tutti i ceti medi. Nel vecchio continente forze antieuropee avanzano, le classi dirigenti inglesi hanno provato a cavalcare quest'onda con la Brexit, ma ora ne sono travolte. La crisi economica si rovescia in crisi politica e crisi delle democrazie.

Paure per il futuro spingono le persone comuni, ovunque, a ritirarsi dalle prospettive sbandierate dalla globalizzazione. Forze politiche espressive di un nuovo "populismo" cavalcano i timori diffusi e il rancore per "inutili sistemi" di partiti e di Parlamenti che non governano e non difendono. Si comincia infatti a parlare anche di "abolire i Parlamenti", e in ogni caso si sperimentano improvvisate forme di partito-movimento, che governano non governando per la coesione sociale, e distorcenti manifestazioni di "democrazia diretta", che non portano allargamento del potere democratico, ma restrizioni tribali.

Enrico Scoditti, riflettendo sul rapporto di tutto ciò col diritto, ha scritto: «C'è un lato oscuro del tema dei diritti da cui i giuristi devono guardarsi: la riduzione del rapporto fra cittadino e autorità a tutela dei diritti e l'integrale giuridificazione dei rapporti di potere è l'altra faccia della società spolicizzata e ridotta ad una massa di individui titolari di pretese cui rinvia il discorso populista». E ancora: «l'incorporazione del popolo nel diritto [...] ha rappresentato uno dei tratti costitutivi di una specifica esperienza storica, il costituzionalismo del Novecento europeo, che vede fra gli esempi più significativi la Costituzione italiana del 1948 e la Legge fondamentale tedesca del 1949»; ma oggi dobbiamo avere «la consapevolezza dell'eccezionalità di un quadro istituzionale che vede il diritto come la polarità di un conflitto e che nella sua normalità dovrebbe invece essere governato da logiche di equilibrio e di moderazione affidate alla politica. Le possibilità di discernimento sono rese complicate dal fatto che il costituzionalismo nazionale, nel quadro peraltro oggi dei vincoli sovranazionali ed internazionali, non è meramente liberale, ma ha incorporato la questione sociale».

## 2. La formazione politica del popolo

Dobbiamo riflettere sui processi che alimentano spinte disgregative. Un popolo può rialzare la sua te-



sta se si sente unito e a ciascuno dei suoi individui sono riconosciute libertà dal bisogno e dignità della persona. Un popolo sovrano è quello che sa di aver diritti, ma anche poteri e responsabilità per la loro realizzazione. Se non c'è questo, nessuna sovranità popolare potrà emergere. L'attacco e lo smantellamento del sistema di garanzie per il lavoro e la dignità dei lavoratori e delle loro famiglie hanno spezzato il cammino di formazione di un popolo capace di autonomia e dignità politica nell'affermazione di un indirizzo di Governo responsabile verso la comunità. Un mondo di precari e senza lavoro, di donne e uomini che a cinquant'anni ancora non possono emanciparsi dalle case paterne e non possono mettere su una propria famiglia, è folla di figure dipendenti da altri per la pura sussistenza. Mortificate, ricattabili e sottomesse.

Questo viene non solo dall'economia, ma dalla politica che a lungo ha tenuto in condizioni di "minorità" i cittadini. Contro il dispiegarsi di piena sovranità popolare in Italia c'è una lunga storia di partiti, che mai l'hanno promossa e sempre l'hanno "sequestrata", mantenendo nelle proprie mani tutto il potere possibile: che poi questo oggi sia poca cosa è nemesi della storia, che non si ribalta automaticamente in rilancio di sovranità popolare. Nemesi della storia è il fatto che in nome di un popolo che non c'è – perché politicamente non s'è formato, anzi politicamente è ora ancor più diviso e indebolito – forze antidemocratiche possano autoproclamarsi «governo del cambiamento» correndo ciecamente nella medesima direzione di sottomissione al dominio economico-finanziario mondiale sulle società democratiche.

Perché questo è il punto, se si vuol cominciare a contrastare efficacemente le "varianti" di populismo che, non a caso, in Italia corrono insieme. È perfettamente conveniente agli interessi finanziari dominanti che le democrazie siano destrutturate e depotenziate, che i diritti di ciascuno e delle collettività siano vanificati e svaporati. Perché miliardi di individui senza relazioni e poteri collettivi, miliardi di individui "convinti" che questa sia la maggior libertà possibile per essi, e dediti al consumismo individualistico di massa senza alcuna percezione delle enormi responsabilità collettive che abbiamo per la alterazione degli equilibri naturali (risorse esauribili, clima): individui così non sono un popolo, e neppure un insieme di popoli che muovono alla ricerca di un diverso "Governo del mondo". Le potenze economico-finanziarie vogliono una economia-mondo, ma non vogliono un Governo-mondo.

I populismi contemporanei di varia tendenza sono, più inconsapevolmente che consapevolmente, vettori di questa riduzione del mondo a moltitudine

destinata al mercato capitalistico, senza soggettività delle persone, senza capacità di formare nuovi "beni comuni", senza cura e rispetto delle variazioni culturali e della irriducibilità di ogni singolo individuo alla figura a "una dimensione" del consumatore compulsivo eterodiretto.

Non è possibile però far conto sulla cultura della rappresentanza politico-sociale dei vecchi partiti "di massa", che a loro modo son stati veicolo di appiattimento e massificazione delle società. La crisi dei sistemi rappresentativi è strutturale, perché la questione della *qualità della vita e del valore di ciascuna persona* non è entrata nel loro orizzonte quando, in modo prorompente, fu posta da ondate di "contestazione" delle nuove generazioni in tutto il mondo. È proprio lo sviluppo delle società democratiche che ha reso evidente questo limite, a partire dal '68. Risposte reazionarie o soltanto conservatrici delle classi dirigenti ovunque hanno impedito che spinte partecipative si componessero in un nuovo sistema. Ma anche i riformismi, che in certi Paesi sono stati tentati per "assorbire" almeno una parte delle spinte di cambiamento, hanno avuto piuttosto intenti divisivi, con pratiche di manipolazione delle domande di cambiamento senza mai mettere veramente in discussione assetti di potere e forme politiche. La "autonomia sociale" nella costruzione di forme nuove è stata bandita, segnando l'impazzimento delle schegge più radicali di essa, fino al terrorismo autodistruttivo. Non si è neppure tentato di coltivare le "capacità istituenti" che le società hanno<sup>1</sup>, integrando positivamente la sfera pubblica statualizzata. Le riforme istituzionali di cui si è cominciato ovunque a discutere hanno mirato alla concentrazione di potere, non all'allargamento della partecipazione democratica. La linea di frattura tra crescita di popoli e sistemi politico-parlamentari cristallizzati risale a un "movimento di faglia" nel profondo della comunità umana, il quel fine di anni sessanta.

Il popolo dei populistici non nasce dalla mediazione politica di così gravi lacerazioni sociali, ma realizza una accozzaglia di manifestazioni senza mediazioni e senza temperamenti di civiltà: è a suo modo barbaro, immediato e reattivo, alimenta aggressività verso qualunque supposto nemico, il risentimento anti-partiti è solo un aspetto di un più generale atteggiamento anti-comunitario e anti-sociale – che nasce da una crescente paura del mondo così com'è – e immagina quindi di poter costruire barriere sempre più forti contro chiunque sia sentito come "altro da sé": il diverso è da escludere dai nostri recinti. Le comunità devono essere "chiuse", possono abitarle solo i nativi. Che devono essere sempre di meno. Se si leggono le

1. M. Magatti, *Il potere istituyente della società civile*, Laterza, Bari, 2005.

fantasie visionarie di Gianroberto Casaleggio, l'umanità sarà ridotta a un miliardo, e la "liberazione" del potenziale democratico verrà dalla capacità degli individui di comunicare tra loro in Rete. Al confronto di questo catastrofismo salvifico, Salvini è un moderato: si accontenta di dire che intanto i migranti devono essere rimandati indietro, o fermati in mare, si chiudano i porti, poi si vedrà ...

Occorre indagare la possibilità che in qualche *altra forma* si possa combattere la battaglia della democrazia. Affiancando e forse riportando le istituzioni di Governo a una utilità collettiva, per la presenza di manifestazioni popolari *ben temperate*. Espressioni piene di sovranità dal basso, con partecipazione di tutti i cittadini, in forme articolate e diversificate, ma coordinate tra loro in un nuovo sistema di pesi e contrappesi. Certo che la *rete* può servire per questo, ma deve cominciare a essere alfabetizzata alla democrazia. La lotta per la Costituzione comincia da qui. E un sistema più articolato e equilibrato contiene una politica: la diversificazione degli attori non passa necessariamente da un processo di spoliticizzazione sociale, ma può avvenire con la formazione politica di un popolo secondo un diverso modello organizzativo.

### 3. La responsabilità delle culture del diritto

Credo che questo sia sostanzialmente il problema posto da Scoditti. E il suo interrogativo, circa i rischi di una combinazione "cieca" tra pretese giuridico-sociali e spoliticizzazione politica, si rivolge opportunamente non ai cittadini e neppure ai giudici, ma ai giuristi. Ai cittadini infatti non si può chiedere di "moderare" le proprie pretese giuridiche, se il clima politico è quello denunciato, e se le leggi – come ad es. quella cosiddetta per la sicurezza – sono palesemente di dubbia costituzionalità. Per soggetti esposti all'arbitrio politico di maggioranze sempre meno rispettose dei diritti, infatti, non c'è altra via che attestarsi nelle trincee predisposte dalle Costituzioni. La domanda non riguarda neppure propriamente i giudici, poiché essi sono tenuti all'applicazione delle leggi e al controllo di costituzionalità.

I giuristi dunque: cioè coloro che concorrono a formare il pensiero e la cultura del diritto, e che proprio con ciò concorrono alla civilizzazione. In questo la cultura del diritto è già una cultura politica. E la politica del costituzionalismo è particolarmente progressiva. Ma i giuristi – in assenza di indirizzi di go-

verno politico che sappiano affermarsi come espressione di "volontà generale" – non possono certo assumere direttamente su di sé il problema della mediazione tra diritti sociali e unità politica sostanziale, nel perseguimento di un fine comune. Per i giuristi si apre però, come scrive Scoditti, un tempo nuovo, in cui dovrebbero «essere guidati, per dirla con Max Weber, non solo dall'etica della convinzione, ma anche da quella della responsabilità. [...] Gli uomini del diritto devono affrontare con nuove responsabilità i propri compiti»<sup>2</sup>.

Al cuore del pensiero giuridico e costituzionale deve cioè giungere la consapevolezza critica che ormai orienta la riflessione sulle culture politiche, in particolare su quella storica delle sinistre italiane. Franco Cassano<sup>3</sup> è intervenuto su questo, criticando l'egualitarismo astratto di molta parte del rivendicazionismo delle sinistre politiche. I diritti non sono tutti uguali, e anche le disuguaglianze non sono tutte sullo stesso piano. Diritti confliggono tra loro, ad es. diritto alla salute e diritto al lavoro, protezione dell'ambiente e protezione dell'occupazione. E anche condizioni di disuguaglianza sociale registrano spaccature interne, cosicché ai deboli si contrappongono altri più deboli ancora: la lotta per la protezione del lavoro subordinato tutela la condizione degli occupati, ma la disoccupazione dilaga tra le nuove generazioni. Gli anziani che difendono le conquiste previdenziali a seguito di una vita di lavoro, sanno bene che di fatto ora grava su loro soli – finché hanno vita – il peso di figli e nipoti con lavoro precario e senza futuro pensionistico.

Le lacerazioni sono devastanti: la sinistra che difende il suo insediamento sociale storico tra i lavoratori (e i pensionati) perde contatto con le urgenze drammatiche della vita collettiva. Trascurare le ragioni dell'impresa, o l'importanza di valorizzare i meriti, non allarga il "bene comune" ma lo riduce: ormai i conflitti sociali mostrano in campo nuovi "ceti popolari", che le sinistre non hanno nel loro orizzonte. L'egualitarismo astratto non giova alla costruzione di società e non ha contribuito alla formazione di un popolo politicamente maturo.

Dare concretezza al pensiero politico, sociale e giuridico è una responsabilità civile che incombe su tutte le forze intellettuali. Per quel che riguarda specificamente il pensiero del diritto, io credo che si debba cominciare a gettare uno sguardo più attento sulle forme diffuse di assunzione di responsabilità politica per interessi generali, anche fuori dal sistema in crisi della rappresentanza, e valutare come questo possa concorrere al ripristino di un disegno di civilizzazione

2. E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.

3. F. Cassano, *Senza il vento della storia. La sinistra nell'era del cambiamento*, Laterza, Bari, 2014.

via costituzionalismo. Infatti una risposta all'altezza di questi interrogativi deve essere anzitutto capace di proporre una visione culturale e politica nuova del costituzionalismo. La concretezza in tale ambito consiste nel rispondere a domande come queste: quale politica del diritto può accompagnare una ripresa della politica democratica e quindi dell'opera di civilizzazione? Quale politica del diritto insomma può evitare che l'*empowerment* dei cittadini si risolva in *boom-rang* per le società?

#### 4. La sfida della cittadinanza attiva: un altro modo di pensare politica

Dopo l'artificio moderno della rappresentanza politica, quella del costituzionalismo del Novecento è la più straordinaria invenzione politico-giuridica: un potente meccanismo "autopoietico" di civilizzazione, una super-legge contenente un "programma sociale" progressivo e vincolante, diretta a limitare gli arbitri legislativi e affidata a "custodi" dotati di autonomia e indipendenza dal potere politico. E non solo di una Corte suprema come negli Usa: con l'allargamento a tutta la magistratura del compito di vagliare la questione di costituzionalità, l'appello alla Costituzione è alla portata di qualunque cittadino che accede alla giustizia ordinaria. Questo è un primo significato di cittadini attivi rispetto alla realizzazione della Costituzione. Ma dal 2001 in Italia c'è un secondo innovativo significato: si è riconosciuto che, con autonoma iniziativa, cittadini anche singoli possano realizzare "interessi generali" (articolo 118.4 Cost.it.). Enormi sono gli sforzi per dare corpo a questa possibilità, ma è sicuro che questo implichi l'allargamento dei significati di "politica costituzionale". Non solo della giurisdizione si tratta, e dunque protagonisti non ne sono soltanto i giudici, e neppure i cittadini *soltanto* attraverso il ricorso ai giudici.

La "autonomia" di azioni civiche riconosce a individui e minoranze attive un *potere di "trascinamento" dell'indirizzo politico*, purché si muovano per interessi generali con riferimento preciso a beni costituzionali. Non è tutto il popolo sovrano in astratto (e per deleghe) che può agire questo potere, e neppure una rappresentanza maggioritaria di esso. In questa disposizione dell'articolo 118 in realtà ha trovato per la prima volta *traduzione concreta il diritto di tutti i cittadini di concorrere alla direzione politica nazionale* (articolo 49 della Costituzione). Che si tratti esattamente di questo – influire sulla direzione politica del Paese – è dimostrato dal dispositivo conte-

nuto nell'articolo 118: Stato, Regioni e ogni altra istituzione di Governo nel territorio devono *favorire* le attività autonome di questo tipo. Questo significa che non possono mettersi contro di esse, che devono accoglierle e accompagnarle, devono sostenerle e devono prolungarne la politica, perché lì appunto si sono manifestate istanze di interesse generale. Io credo che si possa dire che, coll'articolo 118 della revisione costituzionale del 2001, è entrata in Costituzione la "sovranità pratica" del cittadino. Di qualunque cittadino: tutti infatti hanno diritto di esercitare tale autonomia.

Il civismo così è assunto a ruolo di forza di indirizzo del Governo. E non è una forza di poco conto, se guardiamo allo sviluppo reale di forme del civismo nella crisi, in tutti i Paesi, e in Italia appunto con una prima conquista di riconoscimento costituzionale. Nel Censimento Istat del 2011 il 34% di oltre 300mila organizzazioni di "terzo settore" perseguono interessi generali secondo Costituzione: tutelare diritti, sostenere soggetti deboli, curare beni comuni. In pratica sono milioni di persone. Con azioni concrete, orientate a obiettivi costituzionali, esse contribuiscono a definire veri indirizzi popolari per politiche di Governo. E c'è di più: intervenendo nel dibattito sulla riforma istituzionale – di cui le forze politiche discutono inutilmente da quarant'anni! – alcune espressioni della cittadinanza attiva italiana sospingono la Costituzione a sviluppi impensati. È quanto ho cercato di mostrare in un recente libro, sul tema del ruolo che la cittadinanza attiva sta assumendo per riforme costituzionali. E per questo mi si è richiesto il presente intervento su *Questione Giustizia*. Nella sua *postfazione* al libro, infatti, Scoditti<sup>4</sup> dopo aver ribadito che i diritti sociali e di partecipazione soffrono di una strutturale ambivalenza nel mondo di oggi, ammonisce che un crinale molto stretto e pericoloso divide populismo e cittadinanza attiva: «alla consapevolezza circa le virtù democratiche del civismo deve quindi accompagnarsi lo sguardo vigile e costante sull'incombente lato oscuro della luna».

#### 5. Sul modo di pensare

Per restare alla metafora del crinale, si possono evitare errori di percorso e passi falsi se il tracciato è stato definito con cura e attenzione ai pericoli insiti in ogni punto di restringimento della pista. Fuor di metafora, si deve considerare che un'idea semplicistica delle cose non aiuta. Immaginare che basti una "resistenza costituzionale" in un solo Paese, per influenzare i processi di costruzione sovranazionale

4. G. Cotturri, *La Costituzione come un romanzo. Per un costituzionalismo dei cittadini*, postfazione di E. Scoditti, Castelvecchi, Roma, 2019.

dell'Europa e la integrazione nel sistema di relazioni internazionali, non porta lontano. Alla sua base ci sarebbe una visione semplificata e lineare di processi che invece sono molto complessi e si sviluppano con "moto circolare", piuttosto che nella logica di movimenti alto-basso e viceversa.

La concezione tradizionale del rapporto politica-diritto immagina due movimenti paralleli, uno ascendente (quello della politica democratica che dà legittimazione dal basso e consente accentramento e verticalizzazione del potere) e uno discendente (quello della regolazione giuridica dei comportamenti individuali e collettivi, a seguito dell'esercizio di autorità riconosciuta a quei poteri). Questa costruzione concettuale realizza al vertice una "commutazione" della politica in diritto attraverso istituzioni legislative, ma in basso non riesce a chiudere il cerchio, perché disconosce ruolo costituente alla autonomia sociale e quindi nega che possa aversi una *politica costituzionale dei cittadini*. Il processo generativo di "altra politica" quindi non trova spiegazioni: o essa resta cristallizzata e immobile nelle forme costituite, quindi è diretta dall'alto, o appare solo drammatica rivolta senza "abilitazione politica" a riforma del sistema dei poteri. Il movimento dal basso della democrazia allora è in gran parte ridotto a retorica (non può "agire" cambiamenti sostanziali), e il costituzionalismo diventa formalismo giuridico che non opera per il cambiamento, vi fa anzi resistenza.

Un'idea circolare è invece contenuta nel potere sussidiario riconosciuto alla cittadinanza attiva nella Costituzione italiana, idea che valorizza la creatività e la comune responsabilità di tutti i soggetti posti nella "catena di legittimazione" all'agire, quelli posti nella base sociale e quelli posti nelle gerarchie del potere. Per questo Cittadinanza attiva si apparenta con un'idea di processo costituente: c'è interattività e scambio permanente tra tutti i soggetti della relazione società-istituzioni. È la circolazione culturale il motore del movimento, non la corrente alternata deleghe/regole. (Questo aiuta a capire perché oggi la comunicazione in *rete* prenda, per fare politica, il sopravvento sulla comunicazione alto-basso del sistema rappresentativo e dei media tradizionali).

Nella costruzione europea a un certo punto si è fatto ricorso all'idea di sussidiarietà, ma era sempre rapporto verticale, dall'alto al basso dell'Unione verso gli Stati membri. Non ha funzionato, perché gli Stati hanno difeso la propria autonomia (rinvio a un mio saggio del 2001). Più in generale tutta la costruzione europea soffre di questa visione "lineare" dei problemi: l'idea di sovranità su cui si vuol modellare una nuova *governance*, e l'idea stessa di cittadinan-

za europea pensata come spinta diretta e lineare dal basso per dare volto (embrionale) a un unico popolo europeo. E per quel che riguarda la globalizzazione, intesa come costruzione multilivello ricondotta a un unico potere "imperiale" non ha funzionato. Ritornano con effetto dirompente rivendicazioni "sovraniste" di tipo medioevale. Diceva infatti un antico broccardo (della scuola dei glossatori di Bologna): *quisque in regno suo imperator est*. Significa che poteri delimitati territorialmente non escludono che ci possa essere dipendenza da poteri più ampi e superiori, ma rifiutano interferenze nell'esercizio del dominio domestico. E invece oggi è proprio questa logica che non è più praticabile: la comunicazione globale crea circolazione continua di "interferenze" di poteri posti fuori dal nostro controllo nazionale (economia, immaginario, scienza e tecnologia, saperi e culture del mondo).

Se lo schema dell'autorità e della gerarchizzazione per linee verticali non funziona, né per la costruzione sovranazionale né per il Governo della globalizzazione, dobbiamo trarne conseguenze per quel che può una politica del diritto e dei diritti. Partire dal significato della Cittadinanza attiva non vuol dire che in Italia ci sia già un "movimento della Costituzione" e neppure una soggettività consapevole di questo ruolo politico-costituzionale del civismo. Ma si tratta di capire che siamo oltre l'orizzonte indicato qualche anno fa da Jürgen Habermas, quando parlava dell'importanza del "patriottismo costituzionale" come base identitaria dell'Europa. Il potere sussidiario dei cittadini italiani va aldilà del semplice richiamo a valori fondativi di una comune identità, poiché introduce nel costituzionalismo una innovazione che ancora non è comune ad altre esperienze costituzionali europee.

## 6. Il problema della sovranità popolare

Se la Cittadinanza attiva è una manifestazione della sovranità pratica del cittadino il tema politico della sovranità muta profondamente. Le difficoltà della costruzione sovranazionale europea risalgono proprio all'incapacità di andare oltre certe linee tradizionali del pensiero della sovranità. Che si debba trovare un modo di concepire una *sovranità condivisa* è la sola soluzione<sup>5</sup>. Ma ogni sforzo di costituzionalizzare l'Unione s'è arenato sulla difficoltà di fare l'unità del molteplice (identità nazionali, lingue, culture e tradizioni politiche). L'ossimoro unità-molteplice non può essere sciolto. La riduzione a unico Stato, o a federazione di Stati, si è rivelata impervia. Alla prova

5. P. Serra, *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Ediesse, Roma, 2004.

di pronunciamenti su base nazionale, l'idea di unificazione sovranazionale finora è stata bloccata (bocciatura del Trattato che istituiva una Costituzione europea, Brexit). Tutte le popolazioni però, dopo due guerre mondiali scatenate in Europa, sanno che il *fatto dell'Unione* reca in sé uno straordinario valore di pacificazione: come ha detto Paul Mignette<sup>6</sup>, si è trattato di *addomesticamento* delle pulsioni aggressive e violente delle politiche nazionalistiche. La resistenza a ulteriori passi di costruzione unitaria sovranazionale indica probabilmente un problema politico rilevante. C'è qualcosa di più profondo che le attuali classi politiche nazionali sembrano non comprendere, e riguarda invece proprio il loro ruolo nella faccenda. Negli ultimi trent'anni le guerre cui hanno partecipato, a cominciare da quella in Iraq, e lo smantellamento dei sistemi di welfare le rendono inaffidabili.

È dal lato della sovranità popolare che può essere concepito un significato concreto dell'unità nel molteplice. A cominciare dal superamento dell'idea, ancora una volta ideologicamente politica, di costruire un *unico demos* europeo. Si deve usare il plurale: sovranità dei popoli, non di un popolo unificato. È qui il passaggio stretto per dare forma a una "sovranità condivisa". Per ripartirla occorre cominciare a dare effettività a sovranità popolari distinte. *Tra le quali* si stabilisce il patto fondamentale di salvezza comune da guerre e di tutela di diritti sociali. Soltanto un patto tra *questo tipo di soggettività politico-culturale*, quella dei popoli sovrani, può volgersi sicuramente a obiettivi di pace e sviluppo comune. I popoli, non i Governi, chiamati a una espressione generale di volontà assicurano le ragioni della vita. Echeggia qui l'idea di Rousseau che nella "volontà generale" dei popoli si esprima "l'istinto di sopravvivenza dell'umanità"<sup>7</sup>.

Una nuova teoria della sovranità, abbandonando la visione classica di una pluralità di soggetti *unificati* nel potere, può accedere alla idea di *sovranità dei valori*. Ha scritto Gaetano Silvestri<sup>8</sup>: la sovranità non è più «roccaforte dell'autorità ma presidio della intangibilità dei valori fondamentali». La effettività dei valori «diventa *punto archimedeo* dell'ordinamento, la sovranità ideale di una teoria dello Stato interamente sciolta dal principio soggettivo di autorità». Uno Stato sciolto dal principio di autorità è concepibile solo come Stato di pace tra popoli che si riconoscono e si rispettano.

È per questo che politiche di Cittadinanza che portino alla effettività del principio di sovranità popolare in ciascun Paese non sono espressione di ingenua speranza, ma di *realismo politico*. Si tratta dei tasselli fondamentali della più ampia costruzione di popoli capaci di vincolare l'indirizzo politico dei propri Governi.

Del resto, nonostante le contraddizioni, i ritardi e gli errori dei governanti europei, almeno per ragioni retoriche essi hanno continuato a parlare di Costituzione europea. Oltre i tentativi non riusciti ce n'è uno che ha messo in moto processi giuridici di costituzionalizzazione del diritto europeo, che sfuggono alle mani dei politici e trovano nei giudici convinti agenti. La Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei scritta a Nizza nel 2000, benché non sia conclusa la formazione costituzionale dell'Europa, è riferimento vigente per il controllo di costituzionalità di leggi nazionali e anche del diritto europeo. Una parte importante della costruzione europea quindi è stata messa in moto dall'embrione di una Costituzione. Questo accresce l'interesse a definire una politica costituzionale dei cittadini.

## 7. Cittadini in Europa e costruzione del "popolo" tra Stato e Unione

È possibile concepire una pratica civica in ciascun Paese che possa assumere ruolo di politica costituzionale nazionale *influyente* sulla costruzione sovranazionale? Se teniamo fermo il punto che riguarda la necessità di un pensiero sulla sovranità dei popoli – non sulla riduzione a una sovranità superiore, né sulla riduzione alla retorica di un solo popolo europeo – questa è infatti la questione da porre. Come ciascun popolo può percorrere quella strada? E come risolve ciascun popolo il conflitto tra diritti sociali e limiti della Costituzione europea?

Faccio notare che diversa è la domanda relativa ai modi in cui una cittadinanza europea, finalmente formalmente riconosciuta, riesca ad animarsi fino a contribuire essa alla costruzione europea. Seguendo questa diversa prospettiva si è guardato con attenzione ad alcune pratiche di cittadinanza europea intese proprio sotto il profilo del loro concorrere alla costruzione. Rinvio a un eccellente saggio di Giovanni

6. P. Mignette, *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le Souverain apprivoisé*, Bruxelles, 2000.

7. K. Polanyi, *La libertà in una società complessa*, Bollati-Boringhieri, Torino, 1987.

8. G. Silvestri, *La parabola della sovranità*, in *Riv.dir. costituzionale*, 1, 1996.

9. D. Grimm, *The Constitution of European Democracy*, Gebundenes, 2017, si vedano anche. F. Mancini, *Per uno stato europeo*, in Il Mulino, Bologna, n. 3, 1998, pp. 405-418 e J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Moro<sup>10</sup> che, dopo aver discusso i modi di pensare relativi al ruolo dei cittadini rispetto all'esperimento democratico europeo, ha analizzato le politiche con cui "cittadini fanno l'Europa". Queste si sono concretate nella Carta europea dei diritti del malato, presentata a Bruxelles nel 2002; nell'Agenda dei cittadini definita a Varsavia nel 2003; nella Carta europea della Cittadinanza attiva, presentata a compimento del progetto di Active Citizenship Network, i cui risultati sono stati presentati nella conferenza finale di Vienna nel 2006; fino alle esperienze di dialogo tra cittadini e imprese per definire il ruolo di "una cittadinanza d'impresa" per la *governance* europea.

Basato su molta ricerca empirica, questo studio ha mostrato che i vari "modelli" di *governance* ipotizzati per l'Europa, così come le ambiguità delle teorie partecipative, nel concreto laboratorio della cittadinanza europea non aiutano a cogliere i punti critici di tutto l'esperimento, che consistono soprattutto nel formarsi di "una società civile di Bruxelles", composta di professionisti e burocrati della rappresentanza di questi interessi civici; cui consegue un impedimento al dispiegarsi della *sussidiarietà* cittadini-istituzioni come principio generale di una Costituzione europea *vivente*.

Questa analisi aiuta a guardare con altri occhi al problema. Partendo dall'idea che il civismo consiste in interventi concreti di persone determinate in situazioni e territori determinati, senza passare da rappresentanze, si deve valutare quale capacità di "trascinamento" possano avere queste attività rispetto all'indirizzo che si afferma in situazioni lontane dall'ambito di immediata loro operatività. Questo risulta dalla combinazione di azioni politiche e conquiste giuridiche in una dinamica che non guarda l'alto o il basso, ma l'obiettivo di spostare progressivamente la tutela verso esiti migliorativi. Nell'articolo 53 della Carta di Nizza è chiaramente detto che il criterio interpretativo della Carta non è dato dalla gerarchia delle fonti normative, ma dalla capacità di trascinamento che ha la tutela più avanzata, tra quelle predisposte ai vari livelli istituzionali. Vedremo un esempio di questa logica della interpretazione giuridica più favorevole a proposito del diritto alla salute. È proprio una dinamica circolare che costruisce questo risultato.

Tale impostazione consente di cogliere il nesso tra "formazione di popoli" – non di un popolo europeo – a dialettiche concrete di cittadinanza che collegandosi a livello sovranazionale diano sostanza al formarsi di un'Europa fondata sulla "sovranità di va-

lori". Tali valori non risultano da una tavola astratta, ma da concrete battaglie della cittadinanza, tradotte in nuovi dispositivi normativi. Quel che hanno fatto le iniziative civiche analizzate da Moro è esattamente questo.

## 8. Formazione di un popolo e vincoli sovranazionali

Qui possiamo solo cominciare il discorso, esemplificando sul diritto alla salute, che è quello in cui maggiormente si vedono spiragli nell'indirizzo europeo e allo stesso tempo forte contraddizione con le pretese di rigore "in astratto", cioè a prescindere dalle concrete materie su cui si discute. L'approvazione sostanzialmente unanime in Parlamento della revisione dell'articolo 81 della Costituzione (legge cost.1/2012), che ha introdotto il vincolo di equilibrio di bilancio, ha suscitato enorme dibattito, critiche al legislatore italiano per "eccesso di zelo" rispetto a forti pressioni dell'Unione europea<sup>11</sup>. Per il Trattato europeo che assunse questo obiettivo non era obbligatorio ma soltanto preferibile che si provvedesse con modifica costituzionale. La questione è infatti interamente politica, e la trasformazione in legge costituzionale ha posto non pochi problemi non ancora risolti. Sul piano giuridico c'era e c'è una discussione non conclusa sui limiti che possono essere imposti alla compressione dei diritti sociali fondamentali.

Ora, che i diritti sociali siano condizionati alla disponibilità di risorse è pacifico – la Corte costituzionale l'ha più volte affermato – ma la manovra su quelle messe in bilancio dipende dalla prevalenza di un criterio numerico astratto, o richiede ancor più una assunzione di responsabilità politica per la scelta tra cosa sacrificare e cosa difendere strenuamente? Eluso questo nodo dalla politica, ai giuristi non è restato altro che discutere di una eventuale "soglia" di non comprimibilità. Ma quali sarebbero i diritti per cui si può variare la soglia di tutela? E poi: a queste condizioni, come si può continuare a discutere di bilanci in cui le voci più pesanti sono fisse e indisponibili per il Governo nazionale? È qui che scatta la questione politica, qui hanno spazio le spinte antieuropee.

Restando agli aspetti di diritto, si dice che i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie, richiamati in più leggi, segnino il limite ai tagli. Ma anche la specificazione dei criteri di tali livelli è oggetto di controversia. Si è sostenuto che i tagli di bilancio in materia

10. G. Moro, *Cittadini in Europa. L'attivismo civico e l'esperimento democratico comunitario*, Carocci, Roma, 2009.

11. D. De Grazia, *L'introduzione del principio di pareggio del bilancio in Costituzione (tra vincolo europeo e zelo del Legislatore)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.3, 2012, pp. 2483-2516.

di diritto alla salute raggiungano «un punto di rottura, quando riguardano cure indifferibili e urgenti»<sup>12</sup>. Anche questo si presta a una elasticità di applicazione, perché in definitiva il criterio in concreto lo fisserebbero i medici (la cui autonomia e professionalità non si vuole qui discutere, ma si tratta pur sempre di dipendenti del Sistema sanitario nazionale, che funziona in base alle risorse ricevute). Ma come si è detto non tutti i diritti sono uguali e quello della salute richiede una particolare considerazione: è in gioco la vita delle persone non solo quando si raggiungono situazioni estreme, ma anche quando stabilmente si riducono le cure “ordinarie” e le politiche per la prevenzione. È documentato che ci sia stata in Italia una riduzione di 4 anni nella aspettativa di vita di donne e uomini, da quando il Sistema sanitario nazionale è stato sottoposto a “cura dimagrante” (dati Istat 2018). A questo punto non è astratto egualitarismo ricordare che l’articolo 32 della Costituzione parla di «tutela della salute come fondamentale diritto dell’individuo», che non consente di aspettare che la situazione individuale diventi grave, o addirittura estrema.

La Corte costituzionale italiana si è affannata a trovare limitazioni al prevalere del principio di bilancio con l’impiego dei suoi tradizionali criteri (gradualità dei sacrifici, ragionevolezza, ecc.), ma poi non ha potuto esimersi dal dire che la compressione dei diritti sociali non può essere che «eccezionale, transeunte, non arbitraria, consentanea allo scopo fissato, nonché temporalmente limitata» (sentenze 310/2012, 304/2013). Belle parole. Ma chi decide quanto può durare la “transitorietà” dei tagli? Il Trattato, che ha impegnato gli Stati a assumere il vincolo di bilancio, all’articolo 16 stabilisce che la norma, per ora applicabile solo dagli Stati firmatari, entro 5 anni debba passare a integrare stabilmente il diritto europeo.

A questo punto lo spazio per una lotta che proceda dalla difesa del diritto alla salute dei cittadini col sostegno della cultura del diritto si trova nella dimensione europea. La Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000 indica all’articolo 35 che «l’Unione deve garantire un alto livello di protezione della salute umana»: la contraddizione con il criterio dei livelli minimi, che si applica in Italia, è evidente. Come abbiamo detto la Carta è in vigore e fanno riferimento ad essa i giudici dei vari Paesi per allineare le legislazioni nazionali a un diritto costitu-

zionale europeo. Aprendo questo percorso, tra Costituzione nazionale e dimensione costituzionale europea, si avrebbe non solo espansione della tutela della salute ma “politicizzazione” del movimento relativo di tutela dei malati, poiché emergerebbe la natura tutta politica dello scontro su questo punto nella gestione dell’equilibrio di bilancio. È chiaro che sto pensando ad alternative di reperimento delle risorse (equità fiscale, lotta alle evasioni, progressività della tassazione, taglio nelle spese per armamenti e partecipazione a guerre e missioni militari che la nostra Costituzione dovrebbe impedire, ecc.). La linea e gli argomenti di politicizzazione sono suggeriti dalle Costituzioni, costruire movimento politico su queste linee è costruire un diverso popolo, costruire i popoli d’Europa.

## 9. Le “Costituzioni civili” nella globalizzazione

Un cenno alle tendenze di costituzionalizzazione che emergono nel diritto internazionale nella globalizzazione. Secondo Gunther Teubner<sup>13</sup> «la Costituzione della società-mondo sta emergendo né solo all’interno delle istituzioni rappresentative della politica internazionale, né come Costituzione globale unitaria capace di ricomprendere tutte le aree della società; essa emerge invece sempre più dalla costituzionalizzazione di una molteplicità di sottosistemi autonomi della società-mondo». Non si tratta solo degli usi mercatori: «il diritto del lavoro, la regolazione delle professioni e delle tecnologie, il discorso dei diritti umani, il mondo delle telecomunicazioni e di Internet, quello dei problemi ecologici, lo sport, la famiglia, la bioetica diventano generatori di nuovi “regimi privati” di diritto e si connettono imprevedibilmente nell’arena pubblica globale cercando una istituzionalizzazione *sui generis*, non mediata dall’ordine legale dello Stato nazionale»<sup>14</sup>. Si parla di società civili, al plurale, aldilà degli orizzonti statali, non per dire di una pluralità di società civili statali-nazionali, ma della articolazione mondiale di forze civili che si collegano a dimensione transnazionale per realizzare possibilità di costituzionalizzazione della propria autonomia. La prospettiva concettuale, per quanto riguarda il diritto, si potrebbe trovare nella teoria della pluralità di ordinamenti

12. C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell’esperienza. Scritti scelti 1985-2011* (saggio su *Diritti sociali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

13. G. Teubner, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005.

14. P. Donati, *Il farsi del civile come norma sociale*, presentazione in Teubner, 2005, pp. 7-16.

del giurista italiano Santi Romano: lo nota con interesse de Giovanni<sup>15</sup>.

Quel che si è voluto indicare con questi accenni è che la complessità della costruzione di un mondo articolato e non ridotto a modelli d'impero procede non da affermazioni di potere sempre più in alto, ma

dalla trama di rapporti civili che s'intrecciano trasversalmente ai diversi livelli istituzionali costituiti. Precise analisi sull'evolversi del diritto confermano che la strategia che presiede alla connessione dei "mondi nuovi" sia impiantata su linee di costituzionalizzazione del pluralismo sociale e della sua autonomia.

---

15. B. de Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida editori, Napoli, 2002.



# Populismo, religioni, diritto

di Nicola Colaianni

Il populismo politico è fatto di una materia prima che non sempre si scorge: il senso del religioso o del sacro, che anima la visione olistica, senza corpi intermedi, del popolo. Il populismo politico ha bisogno di simboli e attinge all'antico immaginario religioso. L'intreccio è minaccioso sul piano del diritto perché punta a scardinare le norme fondamentali dello Stato costituzionale, in particolare l'eguaglianza dei cittadini nelle loro differenti culture e identità. A contrastare l'antipluralismo congenito del populismo si erge il principio di laicità, con il suo contenuto di rispetto delle diversità e, per questo aspetto, di limite della sovranità popolare.

## 1. Alla ricerca del popolo

«Ma che cos'è questo popolo?»: quasi riecheggiante quella celebre di Pilato «Che cos'è la verità?» – poi affrontata in conclusione del suo primo saggio sulla democrazia<sup>1</sup> – è la domanda che poneva un secolo fa Hans Kelsen. Un'illusione, egli rispondeva, che gli individui che lo compongono vi aderiscano «con tutto il loro essere» tanto da farne un tutt'uno. La supposta unità è una finzione giuridica perché solo normativa, è un postulato etico-politico necessario per giustificare la soggezione di un certo numero di soggetti allo stesso ordinamento. Nella realtà si riscontra non l'unità ma la pluralità di differenze e contrasti di genere, di lingua, di religione, di condizioni sociali, di cultura: *people* come persone, non come popolo.

Alla stessa riflessione probabilmente molti secoli prima il padre della Chiesa Cipriano fu indotto dall'osservazione della realtà del “popolo di Dio” – l'antico Israele e, secondo il cristianesimo, la Chiesa universale – che si presenta come «un popolo aduna-

to nell'unità del Padre, del Figlio e dello Spirito Santo»<sup>2</sup>: un'unità ideale, più che effettiva, un postulato a sua volta per giustificare l'appartenenza allo stesso ordinamento di tanti fedeli diversi per lingua, cultura, condizioni personali e sociali. Lo stesso si può dire della *Umma* – il popolo, la nazione – islamica, che se si è sparsa in tutto il mondo è perché ha saputo convivere con le grandi differenze di lingua, di cultura, di costumi, di assetti istituzionali. Le “religioni del libro”, cristianesimo, ebraismo e islam, che hanno in comune il ceppo abramitico e peraltro sono le più diffuse nell'Occidente europeo e nordamericano, sono dunque religioni di popolo nello stesso senso, plurale, suggerito a Kelsen dal principio di realtà.

Ma, come un fiume carsico, riappare ad intermittenza e sta ora attraversando la sua “fase di sfondamento”<sup>3</sup> la corrente politica che vede nel popolo un'entità unitaria e omogenea per pensiero e volontà, una comunità depositaria di valori positivi generati da lunghe tradizioni e generatori di legami forti, capaci di offrire un senso comune di identità e di appar-

1. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, (1929), in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 58 ss. e p. 151.

2. Cipriano, *De Oratione Dominica*, XXIII, in *Patrologia latina*, a cura di J.P. Migne, in *documentacatholicaomnia.eu*, IV, 553, attualizzato dalla citazione che ne ha fatto il Concilio Vaticano II, cost. *Lumen gentium* (1965).

3. L. Ricolfi, *Sinistra e popolo. Il conflitto politico nell'era dei populismi*, Longanesi, Milano, 2017, pp. 131 ss., cui si rinvia anche per un prospetto dei risultati ottenuti da partiti populistici in diversi paesi europei.

tenenza. Non che vengano negate le differenze ma le si vedono combinate naturalmente, prodigiosamente in un tutt'organico: il modello è quello descritto nell'apologo di Menenio Agrippa, dove tutte le membra contribuiscono alla salute del corpo, anzi devono contribuire perché, come riporta Tito Livio, «*quasi unum corpus discordia pereunt concordia valent*».

Questa visione olistica della società, con una identità non porosa ma granitica, è comune anche alle religioni. Non può non impressionare che l'apologo di Menenio Agrippa venga rivisitato dall'apostolo Paolo nella prima lettera ai Corinzi «E in realtà noi tutti siamo stati battezzati in un solo Spirito per formare un solo corpo, Giudei o Greci, schiavi o liberi» (I Cor. 12, 13; in Gal. 3, 27-28 aggiungerà che «non c'è più uomo né donna, poiché tutti voi siete uno in Cristo Gesù»). Ciò non significa che Paolo ignorasse quelle differenze di cultura, di genere, di condizioni personali e sociali. Egli era consapevole anche della differenza di opinioni, che nella chiesa di Corinto aveva dato origine a partiti: «ciascuno di voi dice: "Io sono di Paolo", "Io invece sono di Apollo", "E io di Cefa", "E io di Cristo!"» (I Cor. 1, 12). Predicava evidentemente un'unità ideale, un traguardo che sempre si allontana ogni volta che si pensa di aver raggiunto. Ma nella storia della Chiesa è prevalsa la lotta, anche cruenta, contro le differenze per raggiungere l'unanimità del popolo di Dio, cioè un populismo religioso.

Esiste allora un nesso tra populismo politico e populismo religioso? O, per porre la stessa questione in termini non filosofici ma storici, l'attuale diffusione di idee e politiche populistiche anche in un'area come quella europea, finora presidiata dal pluralismo dei partiti, dipende (anche) dal nesso tra politica – ieri pluralistica, oggi populistica – e religione? E l'ordinamento giuridico ne subisce il riflesso, vi si adegua o in qualche misura vi resiste? Più radicalmente, ha risorse per resistere?

Un'avvertenza preliminare è che è impossibile individuare una nozione unica di religione, non ne esiste una definizione giuridicamente appagante<sup>4</sup>. Neppure il riferimento alla divinità è comune: per esempio, ne prescinde il buddhismo, pur ordinariamente riconosciuto come religione al punto che in Italia due sue denominazioni riconosciute come

confessioni religiose (l'Unione buddhisti italiani e la Soka Gakkai) hanno concluso intese con lo Stato. È opportuno, quindi, prendere in considerazione, come del resto intuibile dai riferimenti fatti prima, le sole "religioni del libro", che non solo sono le più diffuse nell'Occidente europeo e nordamericano ma anche hanno il comune connotato di religioni di popolo, che sull'unità del popolo di Dio investono la loro missione. Per altro verso molti e diversi sono anche i populismi politici. Ma, a differenza che per le religioni per le quali manca una nozione comune, qui gioca il "complesso di Cenerentola", che nella celebre conferenza alla London School of Economy Isahia Berlin introdusse nel dibattito sul populismo: il principe va ancora alla ricerca del piede, il modello storico che calza perfettamente la scarpa, di cui è in possesso, ma quell'idea, la scarpa, ce l'ha<sup>5</sup>. Ai fini della valutazione comparativa è opportuno, quindi, evidenziarne i caratteri più vicini a quelli delle religioni considerate tanto a volte da sembrare da esse derivati: a conferma della tesi di Carl Schmitt secondo cui «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»<sup>6</sup>. A quelli da lui portati ad esempio, l'onnipotenza del legislatore e lo Stato di eccezione, ben potrebbe aggiungersi il concetto, contrastato da Kelsen, del popolo come società naturale preesistente all'ordinamento giuridico perché "popolo di Dio", creato da Dio.

## 2. Il popolo politico

Dell'idea di populismo è essenziale nei modelli contemporanei appunto il richiamo alla comunità, per dir così, primordiale, precedente l'ordinamento giuridico, naturalmente virtuosa e dotata di valori, poi offuscata dalle artificiose distinzioni partitiche e dall'élite al potere. Ma, siccome i popoli sono numerosi, il proprio, quello a cui si appartiene, viene prima di tutti gli altri. Emblematico è lo slogan *America first*, che riprende il nome del movimento degli oppositori nel 1940 all'ingresso degli Stati Uniti nella seconda guerra mondiale, alimentato da un sentimento pro-nazista e antisemita<sup>7</sup>: e il razzismo è causa di chiusura e di esclusione. L'uso, che di quello slogan

4. Riferimenti in N. Colaianni, *Il concetto di religione nella giurisprudenza costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 2015, ora in Id., *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2017, pp. 85 ss.

5. «We must not suffer from a Cinderella complex, by which I mean the following: that there exists a shoe – the word 'populism' – for which somewhere there must exist a foot. There are all kinds of feet which it nearly fits, but we must not be trapped by these nearly-fitting feet. The prince is always wandering about with the shoe; and somewhere, we feel sure, there awaits it a limb called pure populism» (<http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>).

6. C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 61.

7. Cfr. K. Calamur, *A Short History of 'America First'*, in *theatlantic.com*, 21 gennaio 2017. Intorno a questi caratteri si svolge la trama del romanzo fantapolitico di P. Roth, *Il complotto contro l'America*, Einaudi, Torino, 2004.

fa il presidente americano Trump, esprime appunto lo storico eccezionalismo americano in termini non di libertà e ideali ma di unità: *more as an identity than an idea*<sup>8</sup>. Inteso in questo senso di unità e appartenenza, l'eccezionalismo è tipico del populismo: ogni popolo si ritiene *first* rispetto agli altri, si pone prima degli altri. Una priorità, questa, che alimenta un nazionalismo aggressivo ed escludente, benché non si traduca necessariamente in superiorità e quindi in mire espansionistiche.

Ma è all'interno dell'ordinamento nazionale la trasformazione più rilevante operata dal populismo. Esso narra di una lotta tra due gruppi omogenei al loro interno e portatori di interessi e valori opposti: il popolo naturalmente virtuoso, la massa del "noi", e l'élite o la casta o l'*establishment*, cioè "loro", quei pochi, l'1 per cento<sup>9</sup>, il non-popolo che ne espropria la sovranità. Come rendere protagonista il popolo, dato che nessuna forza politica potrebbe mai avere alle spalle quella massa del 99%, non è un problema perché il populismo coltiva la pulsione a fare del suo popolo il popolo intero *tout court*<sup>10</sup>. Ove poi conquisti la maggioranza (non si dice del variegato popolo ma solo) dei votanti il *leader* populista con un abuso di posizione dominante si arroga il *moral monopoly of representation* di tutto il popolo, del *real people*<sup>11</sup>. Il rapporto tra popolo e *leadership* è diretto e immediato, secondo il modello della democrazia diretta invece che rappresentativa. Basta dare voce al popolo, il quale, siccome omogeneo, indifferenziato<sup>12</sup>, di un solo sentire, è capace di dare un mandato chiaro e distinto, non ambiguo<sup>13</sup>. Mandato, perciò, vincolante, che

chiunque può eseguire nelle istituzioni, anche se alla prima esperienza e senza una specifica competenza (del resto, di questi tempi anche generalmente misconosciuta<sup>14</sup>).

Conseguenza della democrazia diretta è l'anti-pluralismo<sup>15</sup>. Il costituzionalismo democratico, riconoscendo le differenze interne al popolo, esclude che le scelte politiche possano promanare direttamente e immediatamente da un inesistente popolo unitario e indifferenziato. Nell'organizzazione sociale narrata dal populismo, invece, non occorrono corpi intermedi, come le formazioni sociali in cui l'individuo svolge la sua personalità, con differenti interessi, valori, origini (gli stessi partiti sono "comitati elettorali da montare e smontare"<sup>16</sup>). Il principio di eguaglianza costituzionale funziona da norma di riconoscimento delle differenze personali esistenti e, proprio perché attribuisce ad esse tutte uguale valore, si pone come il vero fattore di unità del popolo, sempre in corso di realizzazione attraverso il bilanciamento tra eguaglianza e differenze. Nella visione populistica, viceversa, l'unità è preconstituita, antecedente all'ordinamento, e quindi l'eguaglianza è declinata come egualitarismo ("uno vale uno" o "io valgo quanto te" di Berlicche<sup>17</sup>) per cui l'individuo si confonde con l'intero. A risentirne sono le minoranze che non vogliono o non possono integrarsi e perciò diventano gruppi di non appartenenza al "vero" popolo, i cui interessi possono essere legittimamente ignorati. Non a caso, è stato osservato<sup>18</sup>, «in campagna elettorale i populisti rivolgono la loro ira soprattutto contro i gruppi etnici o religiosi che non riconoscono come parte del "vero"

8. «He promised that America's example "will shine for everyone to follow", but he defined that example not in terms of our liberties or ideals, but in terms of unity» (J. Goldberg, *What Trump Means When He Says, "America First"*, in *nationalreview.com*, 25 gennaio 2017).

9. Queste immagini percentuali, rinomate per l'uso fattone dai manifestanti di Occupy Wall Street, si devono – per vero, in una prospettiva economica di prevenzione di politiche populistiche – a J. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013, pp. XI e 3 ss.

10. L. Zanatta, *Il populismo*, Carocci, Roma, 2013, pp. 18 ss.

11. J-W. Müller, *Capitalism in One Family*, in *London Review of Books*, 2016, n. 23, p. 10. (il titolo si riferisce al populismo di Trump, ma nello studio si esaminano anche le posizioni di Farage, Berlusconi e Grillo).

12. Il populismo perciò non è di destra, di sinistra o di centro, come dimostra per l'Italia M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.

13. Il popolo può «develop a singular judgment, a singular will, and hence a singular, unambiguous mandate»: J-W. Müller, *What Is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, p. 77.

14. Cfr. T. Nichols, *La conoscenza e i suoi nemici. L'era dell'incompetenza e i rischi per la democrazia*, Luiss University Press, Roma, 2017, in particolare per gli effetti sulla democrazia pp. 209 ss.

15. «Populism is the enemy of pluralism, and thus of modern democracy (...), which stands or falls with the protection of pluralism»: W.A. Galston, *Anti-Pluralism: The Populist Threat to Liberal Democracy (Politics and Culture)*, Yale University Press, New Haven & London, 2018., p. 11.

16. G. De Rita – A. Galdo, *Prigionieri del presente. Come uscire dalla trappola della modernità*, Einaudi, Torino, 2018, p. 71.

17. Secondo il quale «L'io valgo quanto te è un mezzo utile per la distruzione delle società democratiche» (C.S. Lewis, *Le lettere di Berlicche e il brindisi di Berlicche. Corrispondenza immaginaria e altri scritti*, Jaca book, Milano, 1990, p. 147).

18. Y. Mounk, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 49.

popolo». È l'opposto del costituzionalismo, che si preoccupa delle minoranze, dei più deboli perché ciascuna persona continui ad essere un individuo diverso dagli altri e nondimeno sia uguale alle altre, non discriminata per la sua differenza: a ciò sono funzionali i diritti fondamentali, a garantire i più bisognosi di protezione contro le maggioranze e i poteri, sono i diritti del più debole.

### 3. Il popolo religioso

Il popolo è elemento centrale anche nelle religioni monoteistiche. Come s'è detto ricordando la lettera paolina, esso è un corpo organico, vivente, in cui le diversità delle funzioni e dei carismi individuali non ostacola ma anzi si coordina al fine del benessere dell'insieme. L'appartenenza al popolo è naturale, nell'ebraismo e nell'islam avviene per nascita: da madre ebrea o da padre musulmano, rispettivamente. Per gli ebrei la legge italiana ne trasse la conseguenza della loro appartenenza di diritto alla comunità israelitica di residenza<sup>19</sup>. In ogni caso la naturalità dell'appartenenza religiosa ha reso ebraismo e islam due fenomeni non solo religiosi ma anche culturali e politici. L'ebraismo non è definibile come semplice confessione religiosa – ancorché a tale definizione si sia dichiaratamente acconciato al solo scopo di concludere un'intesa con lo Stato – perché è un fenomeno più vasto «di cultura e di religione, di tradizioni e di norme di comportamento, di popolo e di storia»<sup>20</sup>. L'Islam, analogamente, è anche un sistema giuridico e comportamentale, comunemente ritenuto caratterizzato dalla sovrapposizione di società e Stato sulla religione: *din – dunja – dawla*, ancorché per un processo storico non essenziale come dimostrato da alcune voci dissonanti di giuristi e teologi islamici<sup>21</sup>.

Un processo del genere è avvenuto anche nel cristianesimo, pur caratterizzato da un'appartenenza soggettiva non biologica e obbligatoria per nascita che sarebbe contraria al principio canonistico «*Nemo ad fidem amplectendam invitus cogatur*». Il popo-

lo perciò non è uno Stato di natura, come nelle altre due religioni abramitiche, ma si forma nel corso di un processo storico dipendente dalla volontà umana che trova espressione appunto in un atto volontario costituito dal battesimo. Senonché la prassi del battesimo dei bambini, diventato largamente la forma abituale di celebrazione, ha reso quasi naturale, per nascita, l'appartenenza alle chiese cristiane (con qualche eccezione, come quella delle chiese battiste). Ciò spiega perché nella medievale *respublica gentium christianarum* il legame tra ordine religioso e ordine giuridico abbia prodotto un *ius commune*: per dirla con Calasso, «nel mondo della legalità, l'unità spirituale dell'Europa nasce»<sup>22</sup>. Con la riforma tridentina, nel prendere atto della frantumazione dell'ordine medievale in una pluralità di ordinamenti anche religiosi, la chiesa cattolica accentua i suoi caratteri mondani di società giuridica, organizzata, visibile, perfetta: la Chiesa – confermerà ancora tre secoli dopo l'ultimo papa prima del Concilio – come popolo composto «organicamente» e «gerarchicamente»<sup>23</sup>.

Questa progressiva opera di «culturizzazione» del «popolo di Dio» – cristiano, ebraico o musulmano – percorre la stessa strada imboccata dal populismo e porta ad analoghe conseguenze, prima viste. Ogni chiesa è prima rispetto alle altre. Basta pensare al principio (rappresentativo di un solipsismo di Stato, come direbbe Kelsen<sup>24</sup>): *Prima sedes a nemine iudicatur* (can. 1404 *cod. iur. can.*). L'eccezionalismo tipico del populismo appare davvero la trasposizione secolare di quello religioso, per cui ogni religione, sottolineando più l'identità che la fede, si proclama come unica via di salvezza escludendo le altre: *extra Ecclesiam nulla salus*. Analogamente, la visione armonica e olistica del popolo («un cuore solo e un'anima sola», nella versione idilliaca degli *Atti degli apostoli* 4, 32) non sopporta differenze politiche e, soprattutto, religiose. Le distinzioni ammesse sono sublimite nell'unità di fondo, per cui «i battezzati, nonostante vi siano differenze di riti e di disciplina, formano tutt'insieme un sol corpo sociale, cioè il corpo mistico di Gesù Cristo»<sup>25</sup>. Nelle organizzazioni religiose, ana-

19. Art. 4 Rd 1731/1930, poi dichiarato illegittimo per contrasto con il principio della libertà di associazione da Corte cost. 239/1984.

20. G. Disegni, *Ebraismo e libertà religiosa in Italia. Dal diritto all'uguaglianza al diritto alla diversità*, Einaudi, Torino, 1983, p. 81.

21. Perentorio l'ex giudice della Corte suprema egiziana M. S. al-'Ašmāwī, *L'Islam politico*, nell'antologia curata da P. Branca, *Voci dell'Islam moderno. Il pensiero arabo-musulmano fra rinnovamento e tradizione*, Genova, Marietti 1820, 2001, pp. 292 ss.: «Dio voleva che l'islam fosse una religione, ma gli uomini hanno voluto farne una politica».

22. F. Calasso, *Il diritto comune come fatto spirituale*, 1948, in *rivistaitalianaperlescienzeigiuridiche.it*, 2015. Conf., anche se critico sull'uso insistito dell'aggettivo «legislativo», P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p.229.

23. Pio XII (E. Pacelli), Enc. *Mystici corporis Christi*, 29.6.1943, in *vatican.va*.

24. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1994, p. 392.

25. V. Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 54.

logamente all'atteggiamento del populismo politico, si diffida del pluralismo, specialmente in materia di interpretazione del libro sacro. Il dissenso, la "irregolarità", l'eresia vengono combattuti come dimostra la storia delle religioni ancor oggi perché in definitiva il magistero è attribuito ad un ceto specializzato, che nella chiesa cattolica si concentra nell'episcopato e soprattutto nel sommo pontefice.

Il superamento della rappresentanza, che si è visto come obiettivo del populismo, è di stretta derivazione religiosa e, in particolare, cattolica, nella quale la *potestas* del pontefice è *suprema, plena, immediata, universalis* (can. 331 *cod. iur. can.*). Come ben descritto da Carl Schmitt, qui vale non il principio di rappresentanza ma il principio di rappresentazione. La chiesa non ha istituzioni rappresentative, i suoi organi esponenziali non traggono dal popolo dei fedeli l'autorizzazione ad esercitare i poteri loro conferiti dalla legge. Essi li esercitano solo grazie al fatto che la Chiesa «ha la forza della rappresentazione. La Chiesa rappresenta la *civitas humana*, rappresenta in ogni attimo il rapporto storico con l'incarnazione e con il sacrificio in croce di Cristo, rappresenta Cristo stesso in forma personale, il Dio che si è fatto uomo nella realtà storica»<sup>26</sup>.

Certamente, questo quadro è parziale e non riflette i mutamenti intervenuti nelle religioni anche a livello apicale. Tra i quali colpisce maggiormente, date le condizioni di partenza più autoritaristiche, quello legato al secondo Concilio Vaticano e al superamento della visione della Chiesa come società perfetta<sup>27</sup> in favore della ripresa continuità con la visione patristica, spirituale e storica, del popolo di Dio, che non è già preconstituito ma «che tutti gli uomini sono chiamati a formare»<sup>28</sup>. Ma neppure si possono trascurare le voci dell'Islam moderno, non di rado perciò messe a tacere con la violenza fisica, le quali ritornano alle radici spirituali dell'Islam, che «Dio voleva che fosse una religione, ma gli uomini hanno voluto farne una politica»<sup>29</sup>. Ancorché un aspetto essenziale dell'Islam sia lo sguardo a ritroso, nella convinzione che la verità più profonda è stata già rivelata e che in quel momento della storia unico ed esaustivo (di qui un fondamentalismo religioso quasi strutturale) s'è riversato «ogni

evento fondamentale che tocchi il nucleo della vita dell'uomo»<sup>30</sup>. In ogni caso, non certo a questi approfondimenti del messaggio religioso presta attenzione il populismo politico. Esso si appropria delle idee e dei simboli religiosi convenienti alla sua visione, che sono quelli portati avanti dalle correnti tradizionaliste e conservatrici e si identificano con quelli sopra passati in rapida rassegna.

#### 4. L'intreccio populistico ereditato

Il nesso tra populismo politico e populismo religioso appare evidente al punto che da taluno è stato definito addirittura "incestuoso"<sup>31</sup> perché questa comunanza di caratteri sembra maturata in seno alla stessa "famiglia", in un orizzonte culturale e spirituale condiviso. Il bisogno di identità e di comunità, la credenza in una comunità necessaria per la redenzione e al contempo omogenea, incontaminata, indifferenziata, disintermediata al proprio interno, sono caratteri comuni che destinano i due populismi all'incontro. Un incontro non solo ideale ma, per dir così, demografico perché il popolo di riferimento – a differenza di quello degli Stati – è lo stesso, individualmente composto dalle stesse persone. Ciò spiega la storica fusione dei due populismi, politico e religioso, negli Stati arabi o nel movimento sionista, che è recentemente riuscito a sancirla anche formalmente con l'approvazione della «*Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People*» del 14 luglio 2018. Ma, se pur non fisiologica a causa del processo storico di tendenziale separazione tra politica e religione, ugualmente realizzabile è quella fusione nei paesi dell'Occidente come è reso evidente dalla storia, tra altre, del diritto italiano. Essa non dipende tanto dal principio di ascendenza westfaliana (*cuius regio eius et religio*), scolpito nell'articolo 1 dello Statuto albertino «La religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato». Non c'è dubbio che questo principio abbia non solo legittimato ma anche incrementato un certo confessionismo di costume continuato pur dopo la svolta costituzionale in favore dell'eguale libertà di tutte le confessioni religiose

26. C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*, Il Mulino, Bologna, 2010 (1923), p. 38.

27. Si può ricordare la definizione classica di Roberto Bellarmino della Chiesa come «l'assemblea degli uomini, che professano la medesima fede cristiana, tenuta insieme dalla comunione dei medesimi sacramenti, sotto la guida dei legittimi pastori e specialmente del romano Pontefice» (*De Controversiis*, III, *De Ecclesia*, II, Venezia, 1596).

28. Conc. Vat. II, cost. *Lumen gentium*, cit., n. 13.

29. M.M. Taha, *La seconda missione dell'Islam*, Bologna, Emi, 2002, pp. 6 ss., il quale per queste idee innovatrici fu condannato a morte e giustiziato il 18 gennaio 1985.

30. S. Al-Azm, *La tragedia del diavolo. Fede, ragione e potere nel mondo arabo*, Luiss University Press, Roma, 2016, p. 15.

31. Zanatta, *Il populismo*, cit., pp. 48 ss.

(articolo 8)<sup>32</sup> ma d'altronde non impedì l'introduzione del matrimonio civile come unica forma giuridicamente rilevante o la soppressione di corporazioni religiose ed enti ecclesiastici.

La fusione dei populismi si realizzò, o si ripristinò, solo con la "conciliazione" tra Chiesa e Stato fascista, con cui la Chiesa ritenne di «aver ridato Dio all'Italia e l'Italia a Dio»<sup>33</sup>. Il progetto era stato lapidariamente definito da Alfredo Rocco, il futuro ministro della giustizia in un articolo di qualche mese precedente la "marcia su Roma": «Assuma lo Stato un contenuto religioso, difenda apertamente quella religione cattolica che è la fede dell'immensa maggioranza degli italiani. Cessi la Chiesa dall'ingerirsi nella politica interna dello Stato italiano per indebolirlo, gli dia anzi il suo aiuto leale per il mantenimento civile e nazionale»<sup>34</sup>. In effetti, in un Paese diviso e alla ricerca di una forte identità, individuata dai fascisti nella tradizione imperiale di Roma, la cattolicità era un collante già esistente: si trattava di piegarla al progetto politico<sup>35</sup>, rinunciando al programma separatistico dello Stato liberale: il che andava incontro alle pretese espresse in forma di anatema dal Sillabo del 1864, come darà atto il pontefice con il famoso riconoscimento della linea anti-liberale all'«uomo che la Provvidenza ci ha fatto incontrare»<sup>36</sup>.

Naturalmente, la pulsione manichea ed esclusiva di ogni populismo, la logica amico – nemico, non consente un rapporto autenticamente pacificato. L'accordo, quindi, è vissuto come strumentale per l'affermazione della superiorità di ciascun populismo rispetto all'altro, per impadronirsene, si potrebbe dire, secolarizzandolo o sacralizzandolo. «Lo Stato fascista – affermò Mussolini nel suo discorso alla Camera<sup>37</sup> – rivendica in pieno il suo carattere di eticità: è cattolico, ma è fascista, anzi soprattutto, esclusivamente, essenzialmente fascista. Il cattolicesimo lo integra, e noi lo dichiariamo apertamente, ma nessuno pensi, sotto la specie filosofica o metafisica, di cambiarci le carte in tavola». A questo cattolicesimo come religione secolare facente parte integrante del fascismo il pontefice subito replicò dipingendo un fascismo ideologicamente e praticamente cattolico: «Lo Stato

fascista, tanto nell'ordine delle idee e delle dottrine quanto nell'ordine della pratica azione, nulla vuol ammettere che non s'accordi con la dottrina e con la pratica cattolica; senza di che lo Stato cattolico non sarebbe né potrebbe essere»<sup>38</sup>.

Al di là delle reciproche rivendicazioni e strumentalizzazioni il Concordato è un atto che dichiara di basarsi su un senso comune di tipo religioso proprio del popolo. In disparte le norme agevolatrici ed esoneratrici a favore della Chiesa come apparato e dei suoi vari enti, emblematiche sono le norme sull'efficacia civile del matrimonio e della giurisdizione ecclesiastica matrimoniale (articolo 34) e quelle sull'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche (articolo 36). La volontà dello Stato è di «ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo». Il solo matrimonio civile, introdotto dal moderno Stato liberale, non ha dignità o comunque essa non risponde alle tradizioni cattoliche: attribuire efficacia civile a quelle tradizioni non è liberale riconoscimento di una pluralità di forme matrimoniali, è recupero della dignità che l'istituto aveva sempre avuto. Un'opzione, quindi, tipica del populismo, che ambisce a presentarsi con una purezza derivante direttamente dalle antiche tradizioni di un popolo omogeneo e virtuoso.

Il richiamo della tradizione cattolica è alla base anche dell'introduzione dell'insegnamento religioso cattolico nelle scuole. Non come insegnamento facoltativo ma obbligatorio perché la dottrina cattolica è posta a «fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica». Nella visione populistica la religione è «un fattore di unità morale della Nazione», un «bene di civiltà» di «interesse generale» e «della più alta importanza, anche per il raggiungimento dei fini etici dello Stato», da tutelare quindi «per sé medesima, cioè come istituzione»<sup>39</sup>. La dottrina cattolica diventa così oggetto di tutela penale. A differenza del codice Zanardelli, che prevedeva solo il vilipendio personale del credente, punibile peraltro a querela di parte (articolo 141), o del ministro di culto (articolo 142), il codice Rocco introdusse il vilipendio della religione cattolica, cioè del suo contenuto dogmatico e morale:

32. Solo nel 1984, nell'accordo di revisione del Concordato lateranense, "si considera non più in vigore" quel principio.

33. Pio XI (A. Ratti), *Allocuzione ai professori e studenti dell'Università cattolica*, 13 febbraio 1929, in *vatican.va*.

34. A. Rocco, *Chiesa e Stato*, in *Il resto del Carlino*, 4 aprile 1922.

35. «La tradizione latina e imperiale di Roma oggi è rappresentata dal cattolicesimo»: B. Mussolini, *Scritti e discorsi*, II, *La rivoluzione fascista*, 23 marzo – 28 ottobre 1922, Hoepli, Milano, 1934, pp. 183 ss.

36. Pio XI (A. Ratti), *Allocuzione*, cit.

37. *Atti parlamentari, Camera, Discussioni*, leg. XXVIII, tornata 13 maggio 1929, pp. 129 ss.

38. Pio XI (A. Ratti), *Chirografo al card. Pietro Gasparri*, 30 maggio 1929, in *vatican.va*.

39. Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, citata in V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Utet, Torino, 1993, p. 6.

precisamente la «dottrina cristiana secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica», lo stesso oggetto dell'istruzione religiosa introdotta nelle scuole dal Concordato.

E, coerentemente, alla tradizione, esaltata dal populismo, si richiama la stessa Corte costituzionale nella sua prima decisione in argomento per giustificare il sistema di tutela contenuto nel codice penale, che «ha fondamento nella rilevanza che ha avuto ed ha la Chiesa cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene»<sup>40</sup>. E a questa totalità, con cui populisticamente l'individuo si confonde, non farà fatica, vista la sua giurisprudenza nel corso del ventennio fascista, ad allinearsi la Cassazione, richiamando il sentimento religioso collettivo, tutelato quale «patrimonio altamente sociale» per i suoi «valori etico-spirituali»<sup>41</sup>. L'ormai insostenibile «anacronismo» di questa posizione sarà rilevata solo all'alba del nuovo secolo come «riflesso del principio di laicità che la Corte costituzionale ha tratto dal sistema delle norme costituzionali, un principio che assurge al rango di “principio supremo” (sentenze nn. 203 del 1989, 259 del 1990, 195 del 1993 e 329 del 1997), caratterizzando in senso pluralistico la forma del nostro Stato, entro il quale hanno da convivere, in uguaglianza di libertà, fedi, culture e tradizioni diverse (sentenza n. 440 del 1995)»<sup>42</sup>.

## 5. L'intreccio populistico in atto

L'anacronismo con cui la Corte ha bollato la norma emblematica del populismo politico-religioso non deve indurre a pensare che, anche per altri profili, questo sia un residuo del passato. Il populismo è una costante nella produzione normativa pur nella società ormai evidentemente multiculturale e multireligiosa, constatata dalla Corte costituzionale. Ancora nell'accordo di revisione del 1984 la persistente assicurazione dell'insegnamento religioso cattolico, sebbene previsto come facoltativo a richiesta dello studente e non più obbligatorio salvo esonero, viene giustificata

sul presupposto che «i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano». Di nuovo, è il popolo il protagonista: con il suo patrimonio e quella sua virtuosa omogeneità, che sotto il profilo cultural-religioso è di tradizione cattolica.

E, significativamente, è il «rispetto della tradizione locale», in cui «i valori della religione cattolica sono stati sempre profondamente radicati», che il Governo italiano invoca nel giudizio di fronte alla Grande Camera della Corte europea dei diritti umani<sup>43</sup> per difendere l'esposizione del crocifisso negli edifici pubblici, scolastici in ispecie: un simbolo religioso perciò incompatibile con il principio di laicità, secondo la Cassazione<sup>44</sup>, ma compatibile, secondo il Consiglio di Stato, perché esprime «l'elevato fondamento dei valori civili sopra richiamati (...) certamente laici, quantunque di origine religiosa»<sup>45</sup>. Secondo il Governo la scelta di «mantenere il crocifisso è stata stimata come la più adeguata per conservare, in una società pluralistica, la pace religiosa e sociale» in quanto esso «rispecchia un dato culturale ed è coerente con il sentire comune della popolazione italiana», con la «sensibilità media (l'unica riconosciuta dalla legge)». E rivendica la propria «posizione migliore per apprezzare i sentimenti religiosi delle persone in un tempo e in un dato contesto». Con il che il potere politico non solo riesuma il sintagma “sentimento religioso” del vecchio codice Rocco, pur laicamente abbandonato nella riforma del 2006 sui delitti contro le confessioni religiose, ma, con una forma di neo-giurisdizionalismo, dichiara la propria competenza a valutare e tutelare la qualificazione religiosa del sentimento delle persone.

Unità politica ed omogeneità religiosa tornano così a sovrapporsi in materia di simboli religiosi. Il populismo ha bisogno di simboli per agganciare la comunità unanime e pura, che vuole restaurare, all'antico immaginario religioso. E il crocifisso, com'è scritto nella relazione ad una proposta di legge presentata alla Camera da un gruppo di deputati leghisti, «rimane per migliaia di cittadini, famiglie e lavoratori il simbolo della storia condivisa da un intero popolo», fa parte dei «simboli e i valori che sono parte integrante della nostra storia, della cultura e delle tradi-

40. Corte cost. 30 novembre 1957, n. 125.

41. Cass. 24 febbraio 1967, Pasalini; 23 novembre 1967, Nobilini.

42. Corte cost. 20 novembre 2000, n. 508.

43. Corte europea dei diritti umani, 18 marzo 2011, *Lautsi ed altri c. Italia*, che “assolverà” l'Italia per il pluralismo educativo comunque assicurato nelle scuole. Per una sintesi critica dell'intera vicenda si può vedere, volendo, N. Colaianni, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 79 ss.

44. Cass. 6 aprile 2000, Montagnana.

45. Cons. Stato 13 febbraio 2006, n. 556. Pochi mesi prima una motivazione storico-secolarizzante del genere, a giustificazione di un monumento ai dieci comandamenti per il loro ruolo formativo dell'ordinamento giuridico statunitense, era stata rigettata da U.S. Supreme Court, *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

zioni del nostro Paese». Perciò la proposta populista è di estendere l'esposizione del simbolo non solo nelle «università e accademie del sistema pubblico integrato d'istruzione» (ciò che non osò fare neppure il fascismo, limitatosi ad introdurre il crocifisso nelle sole aule scolastiche oltre che in quelle giudiziarie e negli uffici pubblici in genere) ma in ogni angolo del sistema pubblico<sup>46</sup>. D'altronde, il riferimento di ogni atto politico direttamente al popolo (sedicente «avvocato del popolo» il presidente del Consiglio, «manovra del popolo» la legge finanziaria, così definita da un suo vice) ben è espresso e comunicato con una simbologia religiosa (si pensi al giuramento pronunciato in campagna elettorale dall'altro vicepresidente del consiglio sventolando una corona di rosario e mostrando un volume della Costituzione italiana e del Vangelo: «Mi impegno e giuro di essere fedele al mio popolo, ai 60 milioni di italiani e di farlo rispettando gli insegnamenti contenuti nella Costituzione e nel sacro Vangelo. Io lo giuro, lo giurate con me?»<sup>47</sup>).

Il progetto di appropriazione culturale dell'identità religiosa a sostegno di una politica di reazione all'assetto normativo raggiunto negli ultimi cinquant'anni su temi eticamente sensibili si sovrappone, sia pure in maniera non espressa, anche a dottrine etiche delle religioni, opportunamente secolarizzate e utilizzate strumentalmente. Emblematico è il caso della dottrina sulla famiglia, elaborata da tutte le religioni sul presupposto che essa è la cellula della società: il primo nucleo comunitario della *Umma* sovraperonale e sovraterritoriale, secondo l'islam; analogamente, istituzione che «precede qualsiasi riconoscimento da parte della pubblica autorità»<sup>48</sup> nel cristianesimo. Il populismo ne trae la conseguenza che perciò essa è «normalmente capace di equilibri e bilanciamenti che la norma giuridica deve saper rispettare quanto più possibile». Ne occorre, quindi, «una progressiva de-giurisdizionalizzazione», che

assegna al giudice un «ruolo residuale» in favore del protagonismo di un mediatore, obbligatorio e a spese delle parti, e, nell'intento di restituire «in ogni occasione possibile ai genitori il diritto di decidere sul futuro dei loro figli», ne stabilisce in realtà non una condivisione ma piuttosto uno spacchettamento dell'affido in nome del pari diritto soggettivo alla genitorialità. Questo distopico esito è proposto nel disegno di legge 735/18 di iniziativa parlamentare leghista sulla premessa della celebre immagine di Jemolo della famiglia come «isola che il mare del diritto può solo lambire»<sup>49</sup>: una similitudine che «ha incontrato una fortuna inquietante»<sup>50</sup> grazie a interpretazioni – invero, fuori del contesto dell'autore – di tipo «comunitarista» intese a sottrarre allo Stato in nome di un pluralismo normativo l'intervento in determinati ambiti della vita sociale, come la famiglia (e a contrastare la rivendicazione, portata avanti soprattutto dai movimenti femministi, del privato come pubblico).

Nella retorica populista l'identità religiosa, ridotta a cultura, si presta pure ad essere presentata come fondamento non solo della comunità nazionale ma anche della più generale civiltà occidentale, in quanto cristiana: ovviamente dando importanza al *belonging without believing*. In tal caso il «noi» e «loro» è funzionale all'affermazione che solo la cultura occidentale (cristiana, anche se laicizzata) ha dignità culturale, e perciò è universale, mentre le altre non sono culture ma subculture. Questa posizione non compare in enunciati legislativi, è propria del dibattito politico ma non solo dei polemisti<sup>51</sup> perché affiora anche nella giurisprudenza, in cui si riscontrano asserzioni quali: «sub-culture relative ad ordinamenti diversi da quello italiano»<sup>52</sup>. Vero è che prevalentemente la Cassazione ha isolato pronunce del genere, individuando la soluzione dei conflitti in quella che «armonizza i comportamenti individuali rispondenti alla varietà delle culture in base al principio unificatore della centralità

46. «Negli uffici delle pubbliche amministrazioni e degli enti locali territoriali, nelle aule nelle quali sono convocati i consigli regionali, provinciali, comunali, circoscrizionali e delle comunità montane, nei seggi elettorali, negli stabilimenti di detenzione e pena, negli uffici giudiziari e nei reparti delle aziende sanitarie e ospedaliere, nelle stazioni e nelle autostazioni, nei porti e negli aeroporti, nelle sedi diplomatiche e consolari italiane e negli uffici pubblici italiani all'estero» (A.C. 387/2018).

47. Cfr. *milano.corriere.it*, 24.2.2018. Per le citazioni precedenti v. *ilblogdellestelle.it*, 11.12.2018; *ansa.it*, 5.6.2018.

48. *Catechismo della Chiesa cattolica*, in *vatican.va*, n. 2202.

49. La frase completa è «un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto» perché «La famiglia è la rocca sull'onda, ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agli istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto» (A. C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, ora in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 241).

50. S. Caprioli, *La riva destra dell'Adda*, lettura a F. Vassalli, *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la dogmatica ludicra*, Forni, Bologna, 1981, p. 4. Ma non mancano letture non riduttive: cfr. anche per altri richiami E. Dieni, *Il diritto come «cura»*. *Suggerimenti dall'esperienza canonistica*, in *StatoeChiese.it*, 2007.

51. Per non trarre riferimenti dal dibattito corrente basta richiamare O. Fallaci, *La rabbia e l'orgoglio*, Rizzoli, Milano, 2001, p. 91.

52. Cass. pen. 3398/1999 in una sentenza peraltro convincente nel suo dispositivo. Correttamente una settimana dopo Cass. civ. 12077/1999 parla di «diversità culturale». Ma dieci anni dopo la posizione stravagante ricompare in Cass. pen. 32824/2009.



della persona umana, quale denominatore minimo comune per l'instaurazione di una società civile»<sup>53</sup>.

Tale corretta soluzione, tuttavia, viene giustificata con la realtà di una "società multietnica". Si produce così una confusione tra cultura ed etnia, attraverso la quale s'insinua di nuovo la retorica della civiltà giuridica (dell'etnia) occidentale come universale. Nella molto discussa sentenza sul *kirpan*<sup>54</sup> si argomenta, invero, che «In una società *multietnica*», appunto, «la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere. Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'articolo 2 della Costituzione che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della *civiltà giuridica della società ospitante*. È quindi essenziale l'obbligo per l'immigrato di *conformare i propri valori a quelli del mondo occidentale*, in cui ha liberamente scelto di inserirsi, e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina». Si tratta di un vistoso *obiter dictum*, la condanna del porto del *kirpan* essendo argomentata (sia pure in maniera non convincente) tecnicamente con riferimenti normativi e giurisprudenziali. Aver utilizzato, come già nelle altre pronunce riferite, i luoghi comuni populistici<sup>55</sup>, adattati al mondo globalizzato, non delinea, certamente, un diritto vivente ma evidenzia il pericolo del formarsi di fronte all'ondata populista di quella «funesta docilità degli animi appassionati all'affermare appassionato di molti», che mise nei guai il buon Renzo<sup>56</sup>.

## 6. L'assalto dell'anti-pluralismo

Per tornare al complesso di Cenerentola si può evincere dalla breve analisi fatta che, ferma restando la difficoltà di rinvenire un piede che la calzi perfettamente, la scarpa del populismo politico è fatta di una materia prima non sempre considerata nella sua importanza: che si potrebbe definire il senso del religioso o del sacro. Questo anima la visione organica del popolo intero, simile al corpo umano (come nell'apo-

logo di Menenio Agrippa e nelle lettere di Paolo), un macro-antropo che si regolerebbe naturalmente senza bisogno di sovrastrutture giuridiche. Il populismo, in ultima analisi, adombra una sorta di diritto naturale – un riflesso di quello divino – precedente quello legislativo, statale, e di questo più efficace, come per esempio ritenuto nella citata proposta di legge sull'affidamento dei figli.

L'appropriazione culturale di dottrine e simboli religiosi si risolve normalmente in un'espropriazione del significato autentico che ad essi danno le organizzazioni religiose in quanto "quel che è di Dio" viene ideologizzato. Così il populismo assume le vesti di una nuova fede secolare ma strutturata come le religioni: una *leadership* infallibile, che detiene il monopolio della retta linea politica ed è dotata perciò del potere disciplinare esclusivo fino alla "scomunica" del dissenziente. Una visione religiosa, analogamente secolarizzata, è, del resto, quella di un popolo unitario, non attraversato da divisioni, con individui in rapporto diretto, e sottomesso, con il sovrano o la *leadership* senza l'intermediazione di una pluralità di formazioni sociali. L'uguaglianza dei cittadini riposa sulla loro comune identità, non ne presuppone la diversità. In quest'ottica, s'è osservato, il populismo diventa una minaccia per la democrazia perché ne scardina il fondamento della irriducibile diversità dei cittadini per opinioni politiche, condizioni personali e sociali, lingua e così via, secondo le previsioni dell'articolo 3 della Costituzione<sup>57</sup>.

Questa visione antipluralista si scontra frontalmente con quella pluralista dello Stato costituzionale di diritto. Qui la personalità del singolo si svolge nelle formazioni sociali e la sovranità popolare è la risultante di una serie di conflitti e compromessi tra i soggetti sociali, di cui la Costituzione detta la disciplina: «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Limiti che, com'è noto, possono giungere addirittura a paralizzare il potere legislativo, come per esempio in materia di trattamenti sanitari per cui «la legge non può in alcun modo violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (articolo 32 Cost.). Si tratta di quei campi dominati dalla coscienza di ciascun individuo, nei quali la maggioranza non ha ingresso e potere decisionale: la parte di popolo che essa rappresenta non ha modo di esercitare la sua sovranità, perché questa

53. Cass. pen. 14960/2015.

54. Cass. 24084/2017.

55. Cfr. A. Bernardi, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, n. 2.

56. A. Manzoni, *I promessi sposi*, Rizzoli, 2014 (1840), cap. XIII, p. 435.

57. Cfr. Müller, *What Is Populism?*, cit., p. 3: «Populism becomes a threat to democracy, which requires pluralism and the recognition that we need to find fair terms of living together as free, equal, but also irreducibly diverse citizens.».

non si coagula ma si frammenta e ritorna in capo a ciascun soggetto. La sovranità popolare, invece, nella visione populistica si esercita tendenzialmente in maniera diretta senza filtri e senza limiti di materia<sup>58</sup>. All'insofferenza verso il pluralismo delle formazioni sociali si accompagna, quindi, quella verso l'equilibrio tra i poteri proprio del costituzionalismo.

Un'insofferenza che i due populismi, religioso e politico, condividono. La visione religiosa non conosce la divisione dei poteri. Il papa cattolico, emblematicamente, è dotato della *plenitudo potestatis* e assomma in sé la triplice funzione legislativa, giudiziaria e di governo. Ciò spiega la mancanza di un organo legislativo collegiale nella Chiesa<sup>59</sup>. Analogamente, il populismo politico svolge un'opposizione sempre più esplicita nei confronti del Parlamento, di cui non solo preconizza il superamento per obsolescenza in un futuro più o meno prossimo ma ne attua in concreto lo svuotamento, riducendone progressivamente l'attività legislativa e trasferendola, attraverso leggi di delega con generici principi e criteri direttivi, al Governo<sup>60</sup>.

L'insofferenza poi è marcata nei confronti del potere giudiziario, mossa da una comune diffidenza nei confronti dell'attività interpretativa dei giudici. Si può ricordare, per il verso religioso, il caso del vescovo segretario della Conferenza episcopale italiana, che accusò senza mezzi termini di ribellione alla legge il giudice che aveva ritenuto autorizzabile la diagnosi pre-impiantatoria degli embrioni<sup>61</sup>. Numerosi, per l'altro verso, sono i casi politici. Forse il più emblematico è quello del diniego di autorizzazione a procedere per sequestro di persona di 177 immigrati nei confronti di un ministro per aver egli agito nel

preminente interesse pubblico. Questa asserita causa di giustificazione di carattere generale, che implica quindi il riconoscimento dell'esistenza della condotta anti-giuridica sottraendone la cognizione alla magistratura, trova populisticamente la sua *ratio* nel consenso elettorale ricevuto dalla maggioranza, che la può utilizzare *ad libitum*<sup>62</sup>. S'è abbattuta in tal caso «la più grande barriera contro gli eccessi della democrazia», costituita secondo Tocqueville dai «legisti» contro la «tirannide della maggioranza»<sup>63</sup>.

## 7. L'antidoto della laicità

Possiede gli anticorpi per contrastare questa distorsione del diritto lo Stato costituzionale, in particolare il nostro sorto dalla rottura con un populismo di tipo totalitario? Con riguardo specificamente all'influenza del populismo religioso, oggetto di queste riflessioni, esso in effetti offre la barra del dualismo tra i «poteri» spirituale e temporale contro la «norma ad una dimensione»<sup>64</sup>. Il dualismo è un prodotto della storia, che per il costituzionalismo non è negoziabile e non va perciò disperso in campo giuridico. È ciò che l'ebreo, e perciò «diverso», Taubes voleva far comprendere al totalitario Schmitt: «Capite che cosa volevo da Schmitt? Volevo mostrargli che la divisione fra potere terreno e potere spirituale è assolutamente necessaria e che senza questa delimitazione l'Occidente esalerà il suo ultimo respiro. Questo volevo che capisse, contro il suo concetto totalitario»<sup>65</sup>. Ed è ciò che il costituzionalismo esprime con il principio fondamentale di laicità dello Stato nella sua accezione essenziale di «distinzione di ordini distinti», per cui lo

58. Incontrerebbe per esempio, solo i limiti del *referendum* abrogativo quello propositivo, di cui alla proposta di legge costituzionale A.C. 1173/2018 approvata in prima lettura alla Camera: esso perciò potrebbe avere ad oggetto anche i diritti delle minoranze e le fattispecie penali.

59. Sulla svolta a partire dal secolo XIX in favore della visione monocratica e autoritaria del Ministero petrino v. R. Lill, *Il potere dei papi. Dall'età moderna a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

60. Nel suo primo anno l'attuale Parlamento ha ridotto l'attività legislativa di circa due terzi e, se saranno approvati dieci disegni di legge di delega già presentati, «ci si potrà chiedere allora che cosa è restato al Parlamento» (S. Cassese, *Elezioni, un anno dopo*, in *Corriere della sera*, 3 marzo 2019).

61. La dichiarazione di mons. Betori è reperibile in *Agensir.it* del 25 settembre 2007: ]Mi sembra molto strano che un giudice possa giudicare a prescindere da una legge e da una sentenza della Corte costituzionale, ed emettere poi un giudizio che sconfessa sia la legge, sia la sentenza». La sentenza criticata era di Trib. Cagliari 24 settembre 2007, poi seguito da Trib. Firenze 17 dicembre 2007.

62. Cfr. il limpido intervento di L. Ferrajoli al XXII congresso di Magistratura democratica, 1 marzo 2019, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in questo fascicolo.

63. A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1992 (1835-1840), p. 268, che così continua a p. 272: «Quando il popolo americano si lascia trascinare dalle passioni e si abbandona alle proprie idee, i legisti gli fanno sentire un freno quasi invisibile che lo modera e lo trattiene».

64. P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna, 2000, spec. pp. 480 ss.

65. J. Taubes, *La teologia politica di san Paolo*, Adelphi, Milano, 1997, p. 186.

Stato incontra il «divieto di ricorrere a obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l'efficacia dei propri precetti»<sup>66</sup>: il che implica il divieto di adottare norme civili vuoi in esecuzione di precetti religiosi vuoi in traduzione secolarizzata di visioni del mondo religiose. La laicità, intesa come pluralistica e quindi non esclusivista à la française, cieca alle differenze, consente di non disconoscere l'esistenza o la legittimità delle differenti culture e identità dei vari soggetti sociali ed è idonea a garantire le distanze tanto quanto a stabilire i punti di contatto tra individui e gruppi in antagonismo pluralistico.

Può rappresentare questo principio, rinvenuto dalla Corte costituzionale negli strati profondi della Costituzione, un antidoto anche nei confronti dell'intreccio tra populismi sotto il profilo qui considerato? Teoricamente sì, perché il carattere di principio supremo, non modificabile neppure con procedimento di revisione costituzionale, riconosciutogli dalla Corte e il rispetto delle diversità e del pluralismo, che ne costituisce il contenuto, configurano chiaramente uno dei limiti posti all'esercizio della sovranità popolare. Ma non è facile. Finora la laicità s'è misurata soprattutto con il suo oppositore storico: il confessionismo, ispirato in Italia principalmente al cattolicesimo. Su questo terreno è stata valorizzata dalla giurisprudenza e ha dato buona prova di funzionalità, benché non bisogna trascurare l'indebolimento del clericalismo dacché il Pontefice attuale ha riconosciuto le conseguenze del pluralismo: «rispetto dovuto alle minoranze di agnostici o di non credenti», con l'unico limite che tale rispetto non «metta a tacere le convinzioni di maggioranze credenti o ignori la ricchezza delle tradizioni religiose» (il Papa parla non solo *pro domo sua*, dal momento che cita anche sinagoghe e moschee)<sup>67</sup>. Certo, nuovi fondamentalismi avanzano, in particolare gli islamismi che prendono di mira proprio il dualismo sul quale si basano gli ordinamenti occidentali, ma non c'è motivo di temere oltre misura per la tenuta della laicità: anzi la giurisprudenza, come s'è visto, dimostra di essere talvolta finanche oltranzista.

Vero è, d'altro canto e in generale, che nello Stato secolarizzato la religione viene liberata dalla sua

funzione di legittimazione del potere politico perché, come ha scritto di recente Habermas, «la responsabilità dell'integrazione dei cittadini passa ormai dalla religione alle norme fondamentali dello Stato costituzionale, che s'iscrivono in una cultura politica comune»<sup>68</sup>. Senonché il populismo religioso esercita una forte capacità di attrazione sulle forze politiche che esattamente quelle norme fondamentali vogliono scardinare in nome del ritorno ad un passato in cui il popolo era asseritamente pacificato in natura e non per effetto della posizione di quelle norme. Di conseguenza la laicità deve guardarsi dal «fuoco amico» degli stessi organi dello Stato che invece dovrebbero rivendicarla e rispettarla. Significativo è l'esempio del crocifisso, di cui s'è riferita la proposta di obbligatoria esposizione in ogni luogo pubblico: come ha ben osservato il direttore della rivista dei gesuiti «La civiltà cattolica», esso «è usato come segno dal valore politico, ma in maniera inversa rispetto al passato: se prima si dava a Dio ciò che invece sarebbe stato bene restasse nelle mani di Cesare, adesso è Cesare ad impugnare e brandire quel che è di Dio, a volte pure con la complicità dei chierici»<sup>69</sup>.

Per tener fermo il disegno costituzionale occorre allora un grande ed inedito sforzo politico e culturale, ma consapevole che i populismi non nascono semplicemente dalla prava volontà di forze politiche reazionarie nei confronti del modello costituzionale, e finanche liberale, dello Stato. Certo, ci sono gli imprenditori della paura, ma la paura esiste a causa del disagio sociale determinato da una crescita economica diseguale e dalla diffusa ansia demografica per l'"incontro migratorio"<sup>70</sup> che si va preparando tra Africa ed Europa ed è foriero di una scommessa sulla tenuta del rapporto tra eguaglianza e diversità. Se non sapranno sostenere il confronto con questi problemi reali il principio liberale di separazione e il pluralismo sociale saranno scossi fin dalle fondamenta. E con essi la laicità, che come principio giuridico è estremamente vulnerabile. La laicità, invero, funzionerà come antidoto al populismo tanto più a lungo e con maggior vigore quanto i cittadini crederanno che sia miglior partito lottare per essa.

66. Corte cost. 334/96 (ma cfr. ovviamente la prima sentenza 203/1989).

67. Francesco (J. M. Bergoglio), esortazione *Evangelii gaudium*, in *vatican.va*, 24 novembre 2013, n. 203.

68. J. Habermas, *Filosofia e religioni sfidano la globalizzazione*, a cura di M. Foessel, in *Vita e pensiero*, 2016, n. 2, p. 54.

69. A. Spadaro, *Il Popolo? È un progetto comune*, colloquio con G. Genna, in *L'Espresso*, 3 febbraio 2019, n. 6, p. 41.

70. L'espressione è di S. Smith, *Fuga in Europa. La giovane Africa verso il vecchio continente*, Einaudi, Torino, 2018, p. 109, che stima in 150 milioni gli africani che partiranno per l'Europa entro il 2050.

## Populismo e informazione. Intervista a Maurizio Molinari

a cura di *Enrico Scoditti*

### Questione Giustizia

Il suo recente volume, *Perché è successo qui. Viaggio all'origine del populismo italiano che scuote l'Europa*, è stato scritto, come Lei dice nell'introduzione, «on the road», viaggiando in lungo ed in largo sul territorio nazionale. È un libro quindi scritto a partire dalla percezione del Paese reale ancor prima del suo ceto politico. Si può affermare, sulla base del suo viaggio in Italia, che ancor prima dell'apparizione di un ceto politico di segno populistico, sia l'epoca in cui viviamo ad avere i caratteri del populismo? Lei si chiede come sia possibile che proposte legislative anti-costituzionali trovino spazio nel dibattito pubblico e si diffondano a macchia d'olio nella popolazione e si imputa ad una carenza di memoria nazionale sulle devastazioni che il nazifascismo ha arrecato al nostro Paese: più in profondità, è possibile affermare che l'estremismo del vertice politico sia non solo causa, ma anche e soprattutto effetto dell'estremismo che tende a diffondersi nella società?

### Molinari

L'estremismo, che sia presente o meno in politica, è frutto di una stagione nella quale i problemi aggrediscono il ceto medio e sono di dimensioni tali da rendere difficile per la *leadership* politica la loro gestione. Le diseguaglianze economiche, l'integrazione dei migranti e la lotta alla corruzione, che sono le tre cause chiare del populismo in Italia, hanno dimensioni tali e richiedono soluzioni così vaste, che i partiti tradizionali non vi rispondono e i partiti della protesta si limitano ad offrire soluzioni che sono tali nella narrativa ma non nell'efficacia e questo crea una dinamica che tende all'estremismo perché nell'assenza della elaborazione delle soluzioni vere alle questioni delle diseguaglianze, dei migranti e della corruzione, ciò che i populistici fanno semplicemente è identificare degli avversari: per le diseguaglianze la globalizzazione, per gli emigranti gli stranieri, per la corruzione la casta. La dinamica è contro gli avversari e non a favore di soluzioni e quindi tende all'estremismo.

### Questione Giustizia

Alla base del fenomeno populistico, non solo italiano, lei individua il tema della rivolta del ceto medio, colpito al cuore da tre grandi questioni cui la politica sarebbe rimasta inadempiente: diseguaglianze sociali, migrazioni e corruzione. È innegabile che stiamo vivendo, come lei scrive, la prima grande sollevazione del ceto medio del XXI secolo. Il ceto medio, che a partire dagli anni Cinquanta-Sessanta del secolo scorso aveva occupato gran parte della composizione sociale all'insegna di un benessere generalizzato, si è stratificato e frammentato sia al di qua che al di là dell'Oceano Atlantico in una crescente pluralità di segmenti sociali, che vivono in condizioni assai lontane da quella che gli analisti una volta chiamavano società opulenta. Non si assiste però solo ad un mutamento della geografia sociale. Progressivamente a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso sono arrivate ad un punto di esaurimento le culture politiche che hanno dominato la scena nella seconda metà del Novecento. Quelle culture, attraverso la forma-partito politico, si erano date un grande compito: formare il popolo, dargli un'ossatura politica. Possiamo rovesciare il paradigma ed affermare che il fallimento principale della politica non risiede tanto nell'incapacità di rispondere alle nuove questioni sociali, che per il loro carattere inedito e per la loro potenza rappresentano un ostacolo obiettivo ed una sfida temibile per qualsiasi agire politico, quanto nell'incapacità di formare il popolo, di diffondere una coscienza politica circa la complessità del presente? In una parola, nell'incapacità di prevenire la spolticizzazione della società?

### Molinari

Non sono d'accordo. Il punto vero è che le tre questioni che noi abbiamo davanti sono questioni reali, che hanno a che vedere con la trasformazione delle democrazie in Occidente. La democrazia cresce e si sviluppa affrontando i pericoli, i rischi, gli ostacoli che via via la storia le frappa. La sfida per la democrazia è trovare sempre delle soluzioni. Il problema non

è la politicizzazione o non politicizzazione dei singoli, il problema è che questi problemi sono reali e che le democrazie devono affrontarli. Non c'è nessun dubbio che la globalizzazione ha creato degli squilibri sociali con la rilocalizzazione delle aziende, la competizione al ribasso dei mercati locali e la polverizzazione dei lavori nelle manifatture. Di fronte a questo la classe media ha bisogno di nuove protezioni, ha bisogno di un nuovo Stato sociale. Il punto è che un nuovo Stato sociale per il ceto medio significa ridefinire, ridisegnare l'uso delle risorse dello Stato, delle finanze pubbliche, ed è una sfida esattamente come quella dell'arrivo di un numero consistente di migranti, la quale implica per i Paesi europei seguire le democrazie anglosassoni nella definizione di un nuovo patto sociale tra chi arriva e chi accoglie. E sono sfide epocali. Per questo le democrazie sono impreparate ma per questo quelle sfide devono essere affrontate. I *leader* delle nuove generazioni saranno coloro che si faranno portavoce delle risposte più efficaci e che si dimostreranno in grado di rendere il tessuto democratico più stabile. Fino a quando tali risposte mancheranno, saranno invece i populistici a prevalere.

### Questione Giustizia

Depoliticizzazione della società e diffusione di movimenti populistici rinviano al cosiddetto fenomeno della disintermediazione: il rapporto fra cittadino e potere non è più mediato da corpi intermedi e l'individuo è lasciato solo a se stesso. L'informazione, soprattutto la carta stampata tradizionale, è stata uno di questi corpi intermedi? Che ruolo ha svolto l'informazione nell'intermediazione sociale? In quali termini l'informazione è ancora agente di intermediazione fra cittadino e potere?

### Molinari

Non c'è dubbio che nella sfida all'intermediazione e alla rappresentanza dopo il Parlamento, dopo i partiti ed i sindacati, i populistici arrivino ad affrontare il nodo dei giornali, dei media, perché il giornalista di per sé è un intermediario. Il punto è che la società democratica si è sviluppata nel Novecento, dall'indomani della rivoluzione industriale, nel segno della sua diversificazione interna attorno ai corpi intermedi. L'evoluzione digitale consente ai movimenti populistici di poter ambire a una sorta di democrazia diretta anche sul fonte dell'informazione, cioè una persona parla e improvvisamente può essere ascoltata da un miliardo di persone. Il punto però è che le *fake news* dimostrano come nell'assenza di regole si moltiplichino le falsità, le bugie e anche le informazioni destinate a recare danni fisici alle persone. Da qui la necessità di una correzione. Quanto sta avvenendo nella società

americana in merito alla correzione del comportamento dell'opinione pubblica ci lascia comprendere la capacità del mercato di correggersi. Nella misura in cui le *fake news* minacciano la sicurezza dei singoli, cosa succede? I singoli utenti iniziano a pagare in quantità sempre maggiori le informazioni e quindi noi oggi abbiamo grandi giornali come il *Washington Post* o il *New York Times*, dove per una parte strategica i bilanci sono sostenuti da lettori che pagano. Il mercato dunque si corregge. La democrazia diretta porta alle *fake news* e dunque in ultima istanza proprio sul fronte dell'informazione ci può essere la reazione all'eccesso di democrazia diretta.

### Questione Giustizia

Fra le tante cose che il Novecento ci lascia in eredità vi è il primato del linguaggio comunicativo e della comunicazione in generale. La tecnologia digitale rappresenta un fattore di straordinario potenziamento della primazia del momento della comunicazione. Come cambia l'informazione nell'epoca del dominio della comunicazione e del digitale? Quali sono i rischi per l'informazione, al di là del tema, che ormai connota la nostra quotidianità, delle *fake news*? Come può l'informazione formare ed accrescere la consapevolezza del proprio pubblico in un tempo in cui tutto è comunicazione?

### Molinari

Come ho appena detto, la chiave è che le *fake news* mettono a rischio i diritti digitali. Come vengono difesi i diritti digitali? I diritti digitali si difendono con l'informazione pagata dagli utenti, cioè gli utenti per difendersi dalle *fake news* scelgono la informazione di qualità e scelgono l'informazione di qualità pagando.

### Questione Giustizia

Il populismo contemporaneo si alimenta fortemente della miscela di linguaggio comunicativo e tecnologia digitale. Si può anzi affermare che populismo e comunicazione digitale siano in una relazione di reciproco potenziamento. Come si va delineando in generale il terreno dei rapporti fra questa nuova tendenza ed il mondo dell'informazione?

### Molinari

Torno su quanto appena detto. Il populismo si nutre della rivoluzione digitale e ciò avverrà fino a quando la rivoluzione digitale non entrerà nella fase della protezione dei diritti digitali, ovvero della presenza di regole che tutelino i singoli quando interagiscono con

il mondo digitale. Anche la rivoluzione industriale quando inizia vede i singoli non protetti e poi nell'arco di uno, due generazioni c'è la protezione con i diritti dei lavoratori. Siamo nella rivoluzione digitale, la rivoluzione digitale comporta i diritti digitali. Quando i diritti saranno creati, declinati e applicati le *fake news* saranno abbattute e non ci sarà più terreno per i populistici, ma è una fase di trasformazione che dal punto di vista normativo deve essere creata. Ripeto, siamo in una fase in cui noi abbiamo bisogno di nuovi concetti, nuove istituzioni, nuove idee. La democrazia ha bisogno di adattarsi alla sfida delle comunicazioni digitali per poter fronteggiare la sfida del populismo.

### Questione Giustizia

Se ci avviciniamo al tema del populismo dal punto di vista del costituzionalismo la grande questione che viene in primo piano è quella dei diritti fondamentali che devono restare intangibili e dei limiti del potere politico. In quali termini anche il diritto dell'informazione, e il diritto all'informazione, diventano un limite da opporre al potere in un'epoca dai tratti populistici?

### Molinari

I diritti per essere declinati nella stagione digitale devono essere reinterpretati. Alan Dershowitz lo dice benissimo nel suo libro *Rights From Wrongs*. Egli ci spiega in maniera chiara che quando c'è un reato importante, un grande crimine, la società democratica risponde creando diritto. Noi siamo in una fase nella quale i diritti di proprietà, i diritti della sicurezza personale, i diritti della produzione intellettuale, non vengono protetti sul *web*. Abbiamo dunque bisogno di declinare il nostro Stato di diritto nella realtà digitale, di incrociare le nuove piattaforme con i contenuti che già disponiamo. Esattamente come i giornali stanno tentando di trasferire i contenuti nella realtà digitale, così bisogna fare sul fronte del diritto e del rispetto delle garanzie. È una sfida temibile, ma è la sfida della nostra generazione.

### Questione Giustizia

Il tema dell'oggi è sicuramente quello della risposta alle grandi questioni sociali da cui siamo partiti, le nuove povertà ed il gigantesco irrompere dell'immigrazione, ma anche quello di un ritorno della società alla politica quale sentimento di appartenenza ad una comunità e consapevolezza diffusa della complessità del presente. Come può l'informazione contribuire per un verso ad una fuoriuscita dalla dimensione im-

politica del rancore, del risentimento e della disgregazione e per l'altro al ritrovamento di un senso dello stare insieme?

### Molinari

Non c'è nessuno dubbio che bisogna ritrovare uno spirito di comunità, io direi che bisogna non ritrovare ma creare, riportare nel mondo digitale la capacità di operare assieme. È molto interessante che non quest'anno ma l'anno precedente a Davos Jack Ma, Ceo di Alibaba, sia partito nel suo intervento dal seguente interrogativo: come possono i nostri figli vincere la competizione dei robot? Egli si è chiesto: che cosa devono studiare i nostri figli per poter avere successo nella competizione con i robot? Come ha risposto Jack Ma? Il segreto non è insegnare loro numeri, geometrie e dati, perché i robot saranno sempre più efficaci. Quello che invece i nostri figli potranno fare, che è la vera differenza tra esseri umani e robot, è il *teamwork*, la capacità di lavorare assieme, la creatività. Questo è l'elemento chiave: stare assieme, essere creativi, rispettarsi l'uno l'altro, ciò che rende gli esseri umani superiori ai robot è questa dimensione comunitaria. Il punto vero è che bisogna trasferire queste competenze, queste cognizioni, nella realtà digitale per consentire a tutti di prendervi parte. Quindi serve un nuovo corpo di regole, serve un nuovo corpo di diritti, servono i diritti digitali. La sfida della nostra generazione è trasformare gli elementi di fondo dello Stato di diritto nel corpo dei diritti digitali, rendendoli capaci di essere condivisi da ogni singolo cittadino. Certo, è una sfida difficile perché non è chiaro chi lo farà, in quale spazio verrà fatto, quale autorità sarà in grado di farlo. Però attenzione perché la discussione che è iniziata al Parlamento europeo sulla protezione dei diritti digitali sta andando avanti, ha trovato dei voti favorevoli e può diventare un terreno di compromesso fra i due modelli alternativi che in questo momento abbiamo a disposizione, da una parte le grandi *corporation* che dispongono della maggioranza dei dati scambiati dai cittadini negli Stati Uniti, dall'altra il modello cinese, dove l'unico Stato dispone dei dati di tutti i cittadini. Guardando al modello iper-statale dei cinesi in cui uno Stato possiede tutti i dati di un miliardo e quattrocento milioni di persone, al modello americano, con cinque o sei grandi *corporation* della West Coast che possiedono la rete, e al modello europeo della protezione dei diritti dei cittadini come via mediana tra i due grandi competitori globali in questo momento, comprendiamo che la sfida più temibile e avvincente per la nostra generazione è già iniziata e soprattutto può essere vinta.

# La rivendicazione di uno *ius existentiae* per i cittadini europei come contrasto del populismo sovranista

di Giuseppe Bronzini

A sostegno del rilancio del tema del reddito di base nel dibattito internazionale degli ultimi anni vi sono le nuove tecnologie informatiche che minacciano di distruggere irreversibilmente il lavoro disponibile e le dinamiche di globalizzazione sregolate che generano un nuovo bisogno di protezione il quale però in Europa, stanti la modestia del suo capitolo sociale e le politiche di *austerità*, viene ricercato in una nuova chiusura dei confini nazionali, alimentando così le spinte populiste. Solo un deciso rilancio dell'Europa sociale con la garanzia di un reddito minimo che recuperi una solidarietà paneuropea può rompere questa spirale distruttiva mediante la combinazione tra la razionalizzazione inclusiva degli esistenti schemi (nazionali) di reddito minimo garantito (che proteggono chi si trova a rischio concreto di esclusione sociale) ed una piccola quota di reddito di base per tutti i residenti stabili nel vecchio continente, finanziato attraverso risorse proprie dall'Unione che mostrino la "potenza" coesiva della cittadinanza sovranazionale.

## Premessa

Prima di illustrare in che modo la proposta di uno *ius existentiae* per i cittadini dell'Unione (e conseguentemente per i residenti stabili in Ue alla luce dell'articolo 34 della Carta dei diritti che – a proposito del diritto ad una assistenza sociale ed abitativo diretta ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa – parla di "ognuno" il che implica, secondo il metodo classificatorio utilizzato nella Carta<sup>1</sup>, ogni persona residente stabilmente nel territorio dell'Unione) può essere interpretata come una risposta alle dinamiche

sovversive messe in atto dalle forze politiche cosiddette populiste contro gli assetti istituzionali sovranazionali occorre fare delle premesse terminologiche.

Utilizziamo il termine *ius existentiae* nella sua accezione più larga di misura di assicurazione dei "minimi vitali" intermedia tra la nozione di reddito minimo garantito (d'ora in poi Rmg) destinato a coloro che sono concretamente in una situazione di rischio esclusione sociale, in genere subordinato all'accettazione di offerte di lavoro o corsi di formazione<sup>2</sup>, e reddito di base (o di cittadinanza) che invece spetta a tutti indipendentemente dalle condizioni economi-

1. Ma notoriamente anche per la direttiva 2003/109/Ce che, a certi fini previdenziali ed assistenziali (soprattutto per quest'ultimi in ordine alle prestazioni di carattere essenziale), equipara il trattamento dei cittadini Ue a quelli dei Paesi terzi legalmente residenti nei territori dell'Unione; cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 2012, C-571/2010, *Kamberay* nella quale viene anche richiamato l'articolo 34 della Carta dei diritti a proposito di un contributo per l'alloggio della Provincia di Bolzano.

2. Come ormai è chiaro a tutti il Reddito di cittadinanza del Governo italiano è in realtà un reddito minimo garantito che protegge coloro che sono a rischio sociale; da questo punto di vista si tratta di un abuso terminologico che tuttavia chi scrive non ritiene particolarmente grave in quanto anche questa misura rafforza in sé la cittadinanza impedendo che si determini una popolazione di "serie b" che concretamente non riesce a dare il proprio contributo alla società in cui vive, anche dal punto di vista della partecipazione democratica. Alla fine si tratta di una distinzione nata in ambito accademico che già nel 2004 era stata ignorata allorché il reddito minimo della Regione Campania (che comportava una minima copertura per soggetti davvero in situazioni di estrema difficoltà) fu chiamata enfaticamente "Reddito di cittadinanza".

che e sociali del soggetto che lo riceve<sup>3</sup>. Questo perché – come si accennerà brevemente più avanti – la direzione da seguire (come riteneva anche Stefano Rodotà<sup>4</sup>) non può che essere nel senso dell'introduzione di una misura più radicale di quella attualmente diffusa nei Paesi occidentali che separi più nettamente reddito e lavoro, soluzione necessitata sul lungo periodo dall'innovazione tecnologica ed anche dalle nuove modalità di generazione della ricchezza collettiva che mal si prestano ad essere ricondotte nella costellazione otto-novecentesca del "lavoro", ma oggi questa svolta implicherebbe trasformazioni rivoluzionarie dei sistemi sociali occidentali (a cominciare da quelli fiscali) ancora difficilmente gestibili, oltre a non essere ancora pienamente in agenda perché ancora il "lavoro" costituisce un aspetto potente nelle nostre vite, anche se sempre più spesso attraverso modalità inedite. Questo percorso gradualistico ed attento alle obiezioni delle forze politiche e culturali *pro-labour* verso il reddito di base oggi viene in genere riconosciuto anche nelle proposte che vengono dalla Scuola del Basic Income Earth Network e dai suoi Autori più noti ed autorevoli come Philippe Van Parijs e Yannick Vanderborght, come si dirà più avanti nella loro recente *summa* sul tema<sup>5</sup>, che mirano ad un rafforzamento in senso inclusivo (e di affievolimento degli strumenti di controllo e coercizione sui destinatari) degli esistenti sistemi di Rmg (soprattutto di quelli europei che sono più avanzati ed hanno copertura costituzionale nella Carta di Nizza) e all'introduzione di una piccola e gestibile (sul piano finanziario) quota di reddito di base per tutti (tra 150 e i 200 euro), che però – essendo erogata nella stessa misura a tutti i cittadini Ue – realizzerebbe una embrionale forma di redistribuzione equitativa del reddito dai *member states* più ricchi a quelli ove questo piccolo contributo sarebbe significativo. Il termine di *ius existentiae* rende bene, a nostro avviso, l'aria di famiglia tra le due

strade per realizzare una "dignità" per tutti che condividono una medesima storia e gli stessi fini; esistono peraltro anche soluzioni intermedie<sup>6</sup> che tengono conto delle difficoltà realizzative o delle obiezioni ancora forti all'idea in sé di un "reddito per tutti", anche se sempre più deboli e meno ideologiche o di principio<sup>7</sup>. Si tratterebbe, quindi, di partire da ciò che è già stato realizzato soprattutto in Europa come momento più avanzato del *welfare* post-bellico e cioè una copertura dei bisogni di base per tutti (che quindi si aggiunge allo zoccolo propriamente universalistico dello Stato sociale costituito dal diritto alla salute ed all'istruzione) per renderlo coerente in via tendenziale con le nuove urgenze e gli interrogativi che l'automazione e la cosiddetta economia *data driven* (fondata sui dati) pone ai nostri sistemi di sicurezza sociale.

L'altra avvertenza riguarda invece il termine "populismo". Come bene illustra l'ultimo saggio di Marco Revelli<sup>8</sup> è arduo ricondurre il fenomeno "populismo" ad univoche categorie definitorie: sin dagli anni 20 e 30 i politologi (ma non solo, basterà pensare agli studi sulla psicologia delle masse su cui si misurarono Sigmund Freud o Elias Canetti) si sono cimentati con questa sfida ma con dubbi risultati classificatori che – al più- rivelano degli "indici" comportamentali che possono aiutare nell'impresa ricostruttiva ed anche nelle politiche di contrasto. È quindi utile seguire le tracce che ci consegna la ricerca di Revelli senza la pretesa di poter cogliere i mille risvolti del fenomeno della cosiddetta "rinascita del populismo" ma concentrando su alcune caratteristiche che in questa fase sembrano salienti e che sembrano rappresentare una discontinuità rispetto a quanto già sperimentato nel 900 (un "populismo 2.0", quindi). Senza soprattutto la pretesa di una riconduzione forzata di questa "piaga" delle democrazie (anche di quelle più avanzate del Nord Europa) alla coppia destra/sinistra perché purtroppo è innegabile che esiste un nuovo ed aggressivo

3. Sulla distinzione cfr. E. Granaglia, M. Bulzoni, M., *Il reddito di base*, Ediesse, Roma, 2016; S. Toso S., *Reddito di cittadinanza o reddito minimo?*, Il Mulino, Bologna, 2016.

4. Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere dei diritti*, Laterza, Roma- Bari, 2014; G. Bronzini, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'età dell'innovazione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2017; Giuseppe Allegri, *Il reddito di base nell'era digitale. Libertà, solidarietà, condivisione*, Fefè Editore, Roma, 2018.

5. P. Van Parijs, Y. Vanderborght Y., *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Bologna, Il Mulino, 2017; su tale Volume cfr. G. Bronzini, *Verso una maggiore inclusività e promozionalità individuale*, in *Rassegna sindacale* n. 3/2018.

6. Cfr. la proposta di reddito di partecipazione (reddito condizionato allo svolgimento di un'attività socialmente utile ivi comprese quella di cura, di formazione, il lavoro volontario) avanzata dal notissimo economista neo-keynesiano Tony Atkinson nel recente, *Disuguaglianza. Che cosa si può fare?*, Raffaello Cortina, Milano, 2017.

7. Per un panorama del dibattito internazionale cfr. a cura del BIN (Basic income network) Italia, *Reddito per tutti. Un'utopia possibile*, Manifestolibri, Roma, 2009.

8. M. Revelli, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Einaudi, Torino, 2019; cfr. anche M. Revelli, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino, 2017.



sivo “populismo di sinistra” che talvolta con Ernesto Laclau<sup>9</sup> e Chantal Mouffe si è dotata di un apparato argomentativo filosofico e gauchista; momenti “populisti”, tutto sommato rimasti non egemoni, hanno certamente conosciuto il primo governo greco di Tsipras (con l’indizione di un improvvisato referendum sul no all’Europa) ed anche il Movimento Podemos, così come fortissima è sempre sembrata la componente *folkish*<sup>10</sup> del Labour inglese di Jeremy Corbyn al punto da non contrastare davvero l’avventura della Brexit.

Cerchiamo di seguire, quindi, alcuni brillanti spunti di Revelli, sotto il profilo del nesso con il rilancio del tema dello *ius existantiae* nell’impostazione offre la scuola, diffusa a livello planetario, del “reddito di base”.

## 1. Il nazionalismo sociale del populismo “2.0”

Sembra esserci un certo consenso sul fatto che una matrice essenziale della “costellazione populista” risieda nel risentimento per gli effetti della globalizzazione economica e del connesso indebolimento dell’efficacia delle regolazioni degli Stati soprattutto a livello sociale (ma anche di controllo delle migrazioni) che si articola nel ridimensionamento dei sistemi di *welfare*, del potere dei sindacati e nel peggiorare delle condizioni di lavoro, il tutto miscelato alla paura per l’innovazione tecnologica, la sparizione di posti di lavoro fissi e decenti con una disoccupazione di massa non recuperabile e con il precipitare del ceto medio, anch’esso travolto dalla rivoluzione digitale e costretto a subire una competizione distruttiva a livello internazionale che lo ha spogliato degli antichi privilegi. L’aspetto sociale – semplificando al massimo – e la dilagante ricerca di sicurezza sembrano saldarsi con la nostalgia per i confini protettivi de-

gli Stati nazionali nella diffidenza per quello che un tempo era definito (anche nella sinistra marxista) il “progresso”, legato alla scienza ed alle sue applicazioni<sup>11</sup>. In Europa questo *milieu* di temi e sentimenti ha come bersaglio prioritario l’Unione europea, per le popolazioni dei Paesi più indebitati dell’area dell’olio d’ulivo per via delle politiche di *austerità* e per la mancanza di quel minimo di solidarietà, anche per i rischi di crescita economica, che sembrerebbe dovuta per Paesi che condividono un mercato comune, e meccanismi quasi-statali di *governance* su tanti settori primari (a cominciare dalla moneta); per i Paesi del Nord Europa, che hanno invece ancora efficaci istituzioni di *welfare* (non messi a repentaglio dalla crisi economica), per il timore che questi vantaggi si possano perdere nella socializzazione dei rischi (soprattutto nei debiti sovrani nazionali) o nel passaggio ad un Governo politico europeo autenticamente sovranazionale che potrebbe sacrificare le esigenze dei singoli popoli. In ogni caso la paura delle dinamiche connesse alla globalizzazione, con l’emergere di nuovi potentati economici come Amazon, Google, Apple, Facebook (ormai dalla redditività superiore a quella di molti Stati nazionali), spinge verso nuovi muri e per la rigidità dei confini che sembrano poter ancora proteggere le persone, in un micidiale *cocktail* di terrore del nuovo, lavorismo di stampo ottocentesco, nazionalismo di ritorno e retorica dell’*Heimat*.

Dentro questo quadro, ricostruito sommariamente, si è dispiegato un rilancio del dibattito sulle protezioni di base con la formulazione di alcune proposte in chiave di difesa ed intensificazione del processo di integrazione europea. Ricordiamo che il sorgere della Scuola del reddito di base è riconducibile agli sviluppi della celeberrima polemica tra John Rawls ed il suo allievo Philippe Van Parijs sul “surfista di Malibù” che si fa mantenere (come un parassita) in attività oziose dai suoi concittadini, sabotando ogni obbligo di collaborazione sociale. Durante una pre-

9. E. Laclau, *La ragione populista*, Laterza, Roma-Bari, 2019, C. Mouffe, *For a left populism*, Verso, London, 2018. Nel volume del primo però il termine “populismo” è reso in una maniera così originale da rivelarsi piuttosto inservibile per le rozze e riduzioniste battaglie che si compiono nel suo nome perché si parte della negazione che esista un collante ontologico del “popolo”, una sua connotazione primaria e determinante, ma piuttosto si afferma che il “popolo” si forma nella rivendicazione di significati e contenuti che trascendono il piano del discorso dominante e consolidato, il cosiddetto “linguaggio del padre” per dirla con Jacques Lacan o con il femminismo differenzialista («il popolo è in altre parole il profilo che la società assume nella sua rappresentazione politica, che è sempre distorta. Nevrotizzata, sintomatizzata dall’inaccessibilità della Cosa sociale ... È un popolo nella misura in cui si contrappone ad un sistema (differenziale) antagonista») – Introduzione di D. Tarizzo al Volume di Laclau, p. XVII; nel rendersi produttivo di questa apertura “comunicativa” democratica si costituisce il popolo (che non avendo presupposti sociali è più il contrario che il sostituto della vecchia “classe”) e questo stesso processo non può essere predefinito come di destra come di sinistra. Questa vuotezza della definizione del filosofo argentino è già stata individuata da S. Žižek, *In difesa della cause perse*, Ponte alle grazie, Milano, 2009, che ne ha mostrato l’astrattezza irriducibile che la distanzia dalle battaglie oggi imprescindibili come quelle in difesa dei migranti o per la salvaguardia dello Stato sociale. Il confronto è ricostruito anche nei primi capitoli del libro già citato di M. Revelli; cfr. anche P. Baker, *Cos’è davvero il populismo*, in *Internazionale*, 15.2.2019.

10. Per una critica di stampo libertario e neo-anarchico alla politica *folkish* cfr. Srnicek N., Williams A., *Inventare il futuro*. Roma, Nero Edizioni, 2018.

11. Cfr. F. Fukujama, *Il populismo? È tutta colpa dell’autostima*, in *Ilsole24 ore*, 24.2.2019.

sentazione di un volume di Rawls a Parigi fu questa la replica di quest'ultimo all'intervento di Van Parijs che mirava a ricomprendere l'idea di un reddito di base nel disegno rawlsiano di codificare gli schemi di una società giusta condotto soprattutto nel suo capolavoro del 1970, *A Theory of Justice*<sup>12</sup>. Lo spunto della Scuola di Van Parijs, fondatore (insieme a Guy Standing, Claus Offe ed altri) della rete mondiale prima ricordata, rimane la nozione di "minimo sociale" elaborato da John Rawls, quell'insieme di prestazioni garantito (in quanto non comprimibile) dalle istituzioni che compongono la struttura fondamentale di una comunità politica in ossequio al cosiddetto "principio di differenza" per cui le ineguaglianze permesse devono poter migliorare la condizione dei meno avvantaggiati. Si cercò di ricondurre l'immagine di un reddito nel sistema rawlsiano affermando che un reddito di base rientrerebbe nel "minimo sociale" che gli individui sceglierebbero, secondo i parametri della scelta razionale, se non conoscessero in concreto la loro posizione sociale, ma solo le condizioni generali socio-economiche del tempo cui appartengono (secondo la nota procedura controfattuale del "velo di ignoranza"). Sarebbero davvero in pochi a non volere una "copertura" minima del genere affidandosi alla mera competizione propria del sistema capitalistico. Certamente esistono altre vie anche di natura squisitamente filosofica per difendere questa prospettiva (da quella "repubblicana" di Phillip Pettit a quella neo-marxista di Antonio Negri sino alla scuola dell'economia del dono che si richiama all'antropologia di Marcel Mauss etc.) ma la strada neo-contrattualista rimane la più rilevante anche perché si aggancia alle importanti aperture di grandi economisti keynesiani come James Tobin e James Meade. Si replicò a Rawls che solo il reddito di base riesce a valorizzare compiutamente la scelta del "proprio" progetto di vita dei cittadini perché consente a tutti di poter determinare autonomamente il rapporto con la sfera lavorativa optando anche per attività non remunerate (non necessariamente di mero svago) o poco remunerate, o di optare per un maggior tempo libero da destinare a quello che gli antichi definivano *otium*. In linea di principio il cittadino deve poter conservare una libertà dal bisogno che è la premessa dell'autodeterminazione; ma tuttavia gli Autori della Scuola sono ben consapevoli che l'obiezione di Rawls è ben radicata nell'opinione pubblica democratica e che, proprio in tempi nei quali le risorse pubbliche sono più limitate, l'accusa di favorire con il reddito di base forme di *mo-*

*ral hazard* o di egoismo solipsistico possono essere distruttive di questa prospettiva. Pertanto la strategia dell'ultimo lavoro di Van Parijs e Vanderborght, un grande successo internazionale<sup>13</sup>, è quella di indebolire le obiezioni dei "lavoristi" (cioè di coloro che sostengono che ogni forma di *ius existantiae* debba essere subordinato ad una disponibilità al "lavoro" o a qualche attività socialmente utile) mostrando il carattere dilemmatico dal punto di vista morale ed anche pragmatico dell'"universalismo selettivo" (quello che – tipicamente nei modelli europei di Rmg – condiziona le misure di garanzia di un reddito non solo all'accettazione di occasioni di lavoro disponibili ma anche ad un *means test*, cioè ad una concreta situazione di bisogno). Inoltre i due Autori insistono sulle mutazioni del "lavoro" dai tempi di Rawls quando ancora era imperante l'idea di una società del pubblico impiego, raggiungibile soprattutto attraverso un intervento massiccio pubblico nell'economia.

Ora, seguendo gli Autori, non vi è dubbio che il reddito di base torni in agenda prepotentemente in virtù dell'accelerazione in atto nell'innovazione tecnologica: robots, A.I., Internet delle cose, Industria 4.0, *platform economy*, soprattutto nelle loro interconnessioni, sembrano riscrivere profondamente i sistemi produttivi ed anche gli stili di vita contemporanei. Difficile valutare l'impatto prevedibile nei prossimi anni di questa costellazione di fenomeni: pur essendo le valutazioni diverse, un sensibile declino del tasso di occupazione sembra piuttosto inevitabile (in genere valutato, entro i prossimi venti anni, tra un terzo e la metà delle occupazioni attualmente disponibili). Anche nel voler dare ancora come possibile una riconfigurazione produttiva con l'emergere di nuove attività dopo l'ondata tecnologica in atto non sembra davvero che le occasioni recuperate potranno mai darsi con le modalità di reclutamento imprenditoriali di ieri attraverso forme di aggregazione stabile della forza lavoro a processi produttivi anch'essi durevoli nel tempo e impressi corposamente in una dimensione spaziale obiettiva.

Contemporaneo a questa tendenza, si sviluppa un altro fenomeno forse ancora più evidente: è lo stesso "lavoro" a mutare le proprie caratteristiche di fondo. Con la *digital economy* i soggetti diventano direttamente produttivi agendo su Internet (il che sembra sopprimere la figura dell'imprenditore weberianamente inteso che arruola, forma e disciplina i propri dipendenti); non solo l'attività svolta viene "disintermediata" e difficilmente può essere

12. J. Rawls; *Una teoria della giustizia*. Feltrinelli, Milano, 1982.

13. Si devono segnalare altri importanti volumi che hanno rilanciato il tema del reddito di base tra cui G. Standing, *Basic income and how we can make it happen*. Pelican Books, London, 2017; R. Bregman, *Utopia per realisti. Come costruire davvero il mondo ideale*, Feltrinelli, Milano, 2017 e Z. Bauman, *Retrotopia*, Laterza, Roma- Bari, 2017.

ricostruita entro dimensioni spazio/temporali, ma qualche Autore parla, ora, di “economia circolare”, cioè della creazione di reti nelle quali chi eroga un servizio e chi lo riceve si scambiano continuamente di posizione e gli stessi servizi talvolta sono compensati con monete non ufficiali, senza corso legale. Non sembra un caso che proprio questo aspetto, che porta a dubitare che il termine “lavoro” (di cui si legge nelle Costituzioni occidentali) sia ancora apertamente spendibile per riassumere ogni attività produttiva, ha portato ad una nuova effervescenza del movimento cooperativistico che vede in queste nuove forme “produttive” un’inedita modalità di accesso al mondo degli scambi sociali senza costrizioni, né contrattuali né “tecniche” etero-imposte, in una dimensione finalmente “tra pari”, resa possibile dal carattere aperto e flessibile della rete<sup>14</sup>. Questo nuovo cooperativismo chiede che il “pubblico” favorisca questi processi mettendo a disposizione spazi (oggi più che altro piattaforme) virtuali nei quali i singoli imparino a condividere ed a scambiarsi progetti di interesse sociale, sui quali molti Comuni europei (ad esempio quello di Barcellona), e non solo, stanno sviluppando interessanti sperimentazioni. Il *platform capitalism* non sembra lasciare, nel suo inegabile dinamismo, grande spazio né per diritti né per aggregazioni collettive pur ritagliando qualche isola felice di “mansioni strategiche”. Tra riduzione della giornata lavorativa sociale per effetto dell’automazione e “disintermediazione” delle prestazioni rese su internet la cosiddetta classe lavoratrice viene a trovarsi sotto attacco sia a livello retributivo che pensionistico oltre ad avere perso da tempo quella dimensione della contrattazione collettiva molto difficile da replicare nel mondo virtuale, almeno sino ad oggi. Le politiche pubbliche, anche quelle più avanzate, rischiano di essere eccentriche rispetto a questi smottamenti, a cominciare dalle cosiddette politiche attive elaborate nell’Unione europea che non possono essere più concepite all’insegna del *workfare* visto la progressiva carenza di opportunità disponibili<sup>15</sup> o, in ogni caso, il carattere multiforme, poco formalizzabile, iperflessibile che vantano, in genere, le attività possibili nella *digital economy*.

È questo lo sfondo obiettivo nel quale viene nuovamente discussa anche in Europa l’ipotesi di un reddito erogato senza condizioni, in particolare non finalizzato ad una “rieducazione al lavoro” come

rideclinato negli ultimi anni attraverso l’ideologia correzionalista e neo-luterana del “*workfare*”: negli ultimi decenni il fenomeno della precarietà (connesso alla delocalizzazione ed al decentramento della produzione) ha messo in crisi la certezza di una “disponibilità” di un lavoro dignitoso per tutti mostrando la concreta possibilità di una “segmentazione” lacerante del mercato del lavoro, tra garantiti e non garantiti: per rispondere a tali rischi si sono elaborati (soprattutto in Europa) nuovi diritti sociali fondamentali per favorire una piena inclusione di tutti e cercare di contrastare una divaricazione eccessiva nelle protezioni come il diritto alla formazione permanente e continua, l’accesso gratuito ai servizi pubblici per l’impiego e, soprattutto, il Rmg. Per cercare di offrire ad ognuno la possibilità di valorizzare le proprie *capabilities* (secondo la felice formula del premio Nobel per l’Economia Amartya Sen), l’Unione europea ha elaborato da tempo le cosiddette politiche attive che aiutano il soggetto, soprattutto se in difficoltà, a mettere in atto concretamente il proprio “piano di vita”, sfuggendo ai ricatti occupazionali. Si tratterebbe invece, oggi, di radicalizzare questa impostazione nel momento in cui il “lavoro” (subordinato o autonomo che sia) perde il ruolo di collante della società, assumendo contorni più indefiniti, avvicinandosi alla nozione di attività in senso ampio, diventando quantitativamente e qualitativamente sempre più difficile da valutare (per il lavoratore digitale è altamente problematico definire quando si sta formando o sta comunicando da quando effettivamente offre ad altri servizi o prestazioni). Per contro l’aggiramento delle protezioni tradizionali dei “lavoratori” (legislative e/o contrattuali) diventa anche un pericolo per la società creando masse sempre più grandi di esclusi, di soggetti costretti ad accettare forme di prestazione sempre meno retribuite (ai limiti del lavoro servile) con la distruzione di opportunità produttive inedite ed innovative. L’istituzione del Rmg è stata pensata e realizzata per fronteggiare situazioni di bisogno o di disoccupazione; oggi invece la sfida è quella di completare questa grandiosa esperienza in un nuovo diritto universale ad un’esistenza libera e dignitosa (*ius existentiae*) che consenta ad ognuno di poter disporre di quella libertà di autodeterminazione produttiva ed esistenziale, nella libertà dal bisogno, che le nuove tecnologie già rendono in parte obiettivamente possibile<sup>16</sup>.

14. Cfr. il W.P. della Fondazione Rosa Luxembourg Stiftung di T. Scholz, *Platform cooperativism. Challenging the corporate sharing economy*, 2016.

15. Cfr. il Report dell’*Economist* del gennaio 2017 leggibile a : [www.economist.com/news/leaders/21714341-it-easy-say-people-need-keep-learning-throughout-their-careers-practicalities](http://www.economist.com/news/leaders/21714341-it-easy-say-people-need-keep-learning-throughout-their-careers-practicalities).

16. Cfr. a cura del BIN (Basic income network) Italia, *Reddito garantito e innovazione tecnologica. Tra algoritmi e robotica*, Asterios, Trieste, 2017.

## 2. Le proposte in campo. Un antidoto al pericolo di disintegrazione europea?

Tuttavia permane il dubbio che ben più del fantasma dello sfaccendato di Malibù a generare oggi un perdurante scetticismo sia la costosità eccessiva di un reddito di base contro la fattibilità del Rmg che solo in Italia solleva resistenze, unico Paese tra i 27 dell'Ue a non godere di questa misura. Qui le proposte di Van Parijs e del suo collega belga diventano innovative e coraggiose: a questo tema si dedica una trattazione molto ampia esaminando le proposte avanzate nel tempo tra le quali l'unica di una qualche realismo è il finanziamento attraverso una tassa *ad hoc* sui consumi (come l'Iva) che determinerebbe una caduta dei consumi che – sembra di capire – gli stessi Autori non disprezzino per ragioni di ordine ecologico. Sono effetti, però, che difficilmente verrebbero accettati dall'opinione pubblica e dagli elettori, almeno sino a che gli effetti della furia distruttiva dei robot non siano più evidenti nella loro irreversibilità. Occorre, insomma, identificare qualche obiettivo intermedio che recepisca i principi di un reddito per tutti ma nella mediazione con il sistema di protezione sociale esistente di cui fa ormai parte integrante il Rmg.

L'ipotesi che viene, quindi, caldeggiata ci pare, alla fine, sia quella dell'attribuzione, almeno nell'Unione europea che si rivela il contesto istituzionale più promettente, di una quota modesta (150-200 euro, quindi insufficiente in quasi tutti i Paesi per condurre una vita decente) di un reddito minimo a tutti i cittadini Ue che si accompagni ai sistemi più selettivi (oggi nazionali) di Rmg che invece erogano una copertura dei bisogni vitali ai soggetti a rischio di esclusione sociale attraverso una loro razionalizzazione verso una o maggiore inclusività e promozionalità individuale rendendoli indipendenti dalle forme di induzione più o meno forzata al lavoro. È una proposta che richiama quella avanzata dallo stesso Van Parijs nelle sedi dei progressisti del vecchio continente di erogazione circa 180 euro direttamente da parte di un'Unione passata ad un bilancio del 5% (anche attraverso risorse proprie come un'eco-tassa, una Tobin tax etc.). Certamente si tratta di un'opzione di difficile ma non impossibile realizzazione che ha l'attrattiva di introdurre una componente di un *welfare* sovranazionale (gestito ed erogato dall'Unione) come simbolo di una solidarietà paneuropea che attualizza la vecchia prospettiva di un *European dividend* cui hanno guardato i federalisti europei sin dai primi spunti del Manifesto

di Ventotene. In alcune zone dell'Unione europea ma anche a livello internazionale (dall'Ontario all'Aquitania, da Barcellona alla Finlandia) si è tentato nella stessa direzione "realistica" di sperimentare forme di reddito minimo garantito ma non finalizzate all'induzione più o meno forzata al reinserimento lavorativo in modo da verificare se davvero i soggetti beneficiari della misura siano disincentivati all'attività produttiva. Un rilancio dell'idea di un *European dividend* (un reddito minimo erogato dall'Unione), sia pure in chiave realistica e necessariamente gradualistica, ci sembra possa essere l'architrave di una politica anti-populista nel vecchio continente.

In primo luogo mostrerebbe come l'Unione prenda sul serio la Dichiarazione di Göteborg del novembre del 2017 sull'*European social pillar* (e del suo punto n. 14 sulla necessità di assicurare un *adequate minimum income*), come un proprio imprescindibile "compito" per lo meno riguardo le garanzie di base del "cittadino laborioso", proposta da collegare ad altri temi di straordinaria urgenza connessi alla "situazione sociale europea", fonte di allarme e paura sulle quali prospera la mala pianta populista. Come un sistema unico di assicurazione contro la disoccupazione, la predisposizione di tutele per i nuovi lavori della *digital economy* (evitando una sorta di concorrenza sleale tra Stati membri che stanno regolando ciascuno per proprio conto la materia, nonostante il mercato comune), un salario minimo legale unitario e ragguagliato al tenore di vita dei singoli Stati, l'accesso ad una carta previdenziale europea che consenta il cumulo dei contributi lavorativi al di là della loro forma contrattuale etc.<sup>17</sup>. Si è parlato di "Unione sociale europea"<sup>18</sup> che, per lo meno su aspetti fondamentali, assicuri nel territorio Ue protezioni simili e garantite dal diritto Ue. Se per lo meno sul reddito minimo l'Unione potesse finanziare una piccola quota per tutti i cittadini attraverso risorse proprie, verrebbe compiuto anche il primo passo verso il superamento del carattere solo regolativo del capitolo sociale dell'Unione per cui questa si limita a disciplinare una materia ed a punire gli Stati disobbedienti ma senza che questo intervento sia visibile e diretto: l'arrivo di un assegno, per quanto di modesta entità, firmato da un organo sovranazionale (la Bce?) dimostrerebbe che l'Unione può proteggere le persone anche direttamente e, anzi, potrebbe costituire quel *plus* di forza ed autorità che in tempi di turbolenza planetaria e di riassetamenti dei poteri mondiali appare imprescindibile per uscire dall'ansia e dalla paura collettiva. Peraltro solo l'Ue possiede quella dimensione istituzionale minima che

17. Cfr. M. Ferrera, *Prove di Unione sociale europea*, in *Il Corriere della sera*, 25.2.2019.

18. Cfr. a cura di G. Bronzini, *Verso un pilastro sociale europeo?*, Fondazione Basso, leggibile nel sito della Fondazione, 2019.

consentirebbe di imporre alle superpotenze societarie digitali di restituire (attraverso una *web tax*) qualcosa dell'espropriazione del nuovo "petrolio" contemporaneo e cioè dei *big data*<sup>19</sup> o di implementare una *tobin tax* efficace, operando così – attraverso l'erogazione in termini di reddito minimo dei relativi incassi – non solo una forma di redistribuzione equitativa ma anche – come sostiene l'economista Andrea Fumagalli e molti altri – una remunerazione di quell'attività di produzione quotidiana di ricchezza che tutti svolgiamo nel metterci in rete e comunicare in una rete universale<sup>20</sup>.

Questa attribuzione minima monetaria a tutti i cittadini Ue dovrebbe accompagnarsi con una razionalizzazione dei sistemi di Rmg. Va sul punto segnalato che il 20.2.2019 il Comitato economico sociale dell'Unione europea ha finalmente richiesto con un cosiddetto "parere d'iniziativa" con una certa energia l'adozione di una direttiva sul reddito minimo garantito. Secondo il parere ormai schemi di reddito minimo garantito sono presenti in pratica in tutti i Paesi (effettivamente in tutti dopo che anche la Grecia e l'Italia li hanno adottati) ma in moltissimi Paesi gli schemi non sono "degni", non riescono davvero a contrastare il rischio di esclusione sociale ed a ridurre i tassi di povertà che invece in molte zone sono in aumento. La promessa della Strategia 20-20 che voleva eliminare almeno il 20% dei poveri non sarà, sembra, mantenuta e il cosiddetto metodo aperto di coordinamento non riesce ad orientare davvero gli Stati ed ad imporre politiche più efficienti e rigorose; da ciò la necessità di una regolazione vincolante dell'Unione che stabilisca con la forza del diritto europeo dei criteri inderogabili per tutti gli Stati. A questa netta conclusione non erano arrivate neppure le tre Risoluzioni sul tema del Parlamento europeo certamente molto avanzate sul piano dei contenuti del 2009, del 2010 e del 2017 che non avevano mai osato infrangere il tabù per cui i "signori" della solidarietà dovevano rimanere gli Stati membri. Secondo il parere la base giuri-

dica della ventilata "svolta" può essere individuato nell'articolo 153 Tfeue; anche se si parla di "reinserimento dei lavoratori nel mercato del lavoro" secondo il Comitato la nozione di "lavoratore" sarebbe quella per l'accesso ai sistemi di sicurezza sociale, quindi meramente "potenziale", in modo da salvaguardare la vocazione universalistica ed inclusiva del reddito minimo garantito<sup>21</sup>.

Importanti anche le indicazioni in ordine ai contenuti della futura direttiva – quadro: «l'introduzione di un reddito minimo deve aver luogo nel quadro di un approccio globale alle diverse necessità umane, che non si limiti a considerare il livello di mera sussistenza o semplicemente il tasso di povertà calcolato a partire dal reddito mediano, che in realtà in alcuni Paesi non corrisponde ai bisogni essenziali. Occorre pertanto integrare tutte le necessità in termini di tenore di vita, alloggio, istruzione, salute e cultura, al fine di offrire alle persone escluse dal mercato del lavoro e intrappolate nella povertà le migliori condizioni di integrazione o reinserimento. Le condizioni di accesso formano attualmente oggetto di dibattito, ma è necessario che vengano chiarite». Si allude agli studi di Amartya Sen ed alla sua teoria delle "capabilities", le quali, ricorda il Comitato, si compongono di tre elementi: «Salute/aspettativa di vita - Recenti studi hanno dimostrato che le persone che vivono in condizioni di povertà risparmiano sulle cure sanitarie, in particolare quelle dentistiche. Hanno uno stile di vita e un'alimentazione meno sani, ragion per cui soffrono maggiormente di problemi legati all'obesità. Tra i ricchi e i poveri esistono inoltre differenze notevoli anche in termini di aspettativa di vita. E un altro elemento di cui occorre tenere conto è costituito dalla gravosità del lavoro. Conoscenze/livello di istruzione - Le statistiche indicano chiaramente che il livello di disoccupazione varia in base ai livelli di istruzione. Secondo i dati Eurostat del 2015, l'11 % degli europei di età compresa tra i 18 e i 24 anni ha abbandonato precocemente la scuola. Tenore di vita - Nel potere

19. Cfr. Quaderno reddito n. 9, a cura del Bin Italia, *Big data, Welfare e reddito per tutti*, Marzo 2019.

20. A. Fumagalli A., *Economia politica del comune*, Deriveapprodi, Roma, 2017.

21. Per capire il valore "politico" del parere occorre leggerlo nel contesto del confronto che si è aperto in Europa sulla dimensione sociale dopo la Dichiarazione (con valore anche di Raccomandazione) del giugno del 2017 sull'*European social pillar*. Quest'ultimo documento che pure offre una ricognizione molto avanzata di 20 principi e diritti che devono essere salvaguardati nel vecchio continente, con un'attenzione particolare al tema delle garanzie welfaristiche (a cominciare dal reddito minimo di cui si predica con insistenza l'adeguatezza) è molto ambiguo sul problema delle competenze, se siano degli Stati, dell'Unione o condivise. Per il reddito minimo il Comitato vuole invece uscire dall'ambiguità: deve entrare in campo l'Unione con norme vincolanti sulla base di criteri condivisi nelle modalità di erogazione ed anche con un contributo per le risorse da impiegare attraverso la creazione di un Fondo *ad hoc* per il contrasto dell'esclusione sociale. La Commissione non può trincerarsi dietro il principio di sussidiarietà perché la situazione è troppo grave e perché il tema è l'architettura della costruzione di una autentica Europa sociale: «Il Cese, che condivide senza riserve i principi enunciati nel pilastro sociale, ritiene che l'adozione di un quadro europeo vincolante per l'introduzione di un reddito minimo dignitoso su scala europea darà concretezza alle dichiarazioni solenni che, a partire dalla Carta dei diritti sociali fondamentali, invocano tutte l'imprescindibile lotta contro l'esclusione sociale, e al tempo stesso veicolerà il messaggio che nel XXI secolo la costruzione europea non può essere realizzata senza preoccuparsi della vita dei cittadini europei» (punto 3.1.10).

d'acquisto vanno integrati tutti gli elementi della qualità della vita, non solo quelli relativi alla sopravvivenza alimentare. La mobilità e l'accesso alla cultura sono elementi importanti di integrazione/inclusione nel rapporto con gli altri e nella socialità, vale a dire i mezzi che permettono di non rinchiudere le persone povere in un isolamento che diventa un circolo vizioso di desocializzazione». Quindi si va ben oltre la richiesta di un reddito "adeguato" secondo i noti criteri sovranazionali (60% del reddito mediano con forme di tariffazione agevolata e copertura delle spese impreviste), per alludere ad una dimensione di accompagnamento della "fioritura umana" ben più ampia ed inclusiva. È vero che nel parere si ripropone, sia pure molto genericamente, la connessione con le politiche attive (senza avviare quella doverosa riflessione una loro plausibile riconfigurazione alla luce delle potenti trasformazioni tecnologiche in atto) ma ci sembra che questa apertura anche solo di tipo culturale (in una dimensione non strettamente "lavoristica" in senso tradizionale) sia molto apprezzabile.

Infine va ricordato come in ambito europeo in molti Stati si stanno moltiplicando forme ibride di Rmg che non sono vincolate al reinserimento lavorativo e che quindi sperimentano l'incondizionalità della prestazione sul capo: un modo non ideologico e pragmatistico di verificare la sensatezza delle obiezioni che si muovono al reddito di base per il suo preteso carattere passivizzante, che non a caso è stato escluso alla luce delle sperimentazioni sin qui studiate.

## Conclusioni

Insomma un deciso rilancio delle protezioni sociali, con al centro la garanzia di uno *ius existantiae*, ci sembra il modo in cui l'Unione potrebbe falsificare gli assunti irrazionali su cui si basa spessissimo la propaganda populista: che solo gli Stati riescono a proteggere le persone; che l'Unione riesce a regolare ed a punire chi trasgredisce ma non è in grado di intervenire direttamente sul campo essendo troppo lontana dalle situazioni di sofferenza e priva di apparati operativi propri; che il mercato comune sia per natura squilibrato a favore delle imprese rispetto agli Stati nazionali posto che il capitolo sociale dell'Unione è troppo ristretto e troppo differenti i sistemi di sicurezza sociale nazionali e via dicendo. L'Unione offrirebbe così il suo contributo fattivo anche per una razionale gestione della transizione tecnologica offrendo alle persone quella copertura di base che

solo può salvaguardare oggi non solo la sicurezza ma anche l'autodeterminazione delle persone nelle scelte lavorative, favorendo la ricerca di quelle più creative ed appaganti. Un modo quindi per svelenire la transizione in atto ed evitare che il senso di paura dilagante porti al blocco dei processi innovativi. In conclusione ci sembra che il reddito di cittadinanza italiano, di recente istituzione, sia coerente su un punto importante con l'aspirazione, di cui si è detto, verso sistemi di garanzia dei bisogni vitali efficienti ed inclusivi: l'entità della misura introdotta è infatti abbastanza alta, tenuto conto delle medie continentali e sembra offrire una protezione significativa, non banale, alle famiglie in difficoltà, dopo anni di ostentato cinismo verso i più deboli. Tuttavia ci sembra che su alcuni aspetti ci sia una contraddizione con la prospettiva prima indicata. In primo luogo per la discriminazione indiretta plateale dei migranti ed anche degli stessi cittadini Ue sul punto del requisito dei dieci anni di residenza, già dichiarato violativo del diritto dell'Unione per prestazioni consimili dalla Corte di giustizia, che restituisce un'immagine di chiusura etnocentrica per una prestazione che è il correlato necessario (così la pensava anche Jaques Delors che voleva introdurre una direttiva già nel 1992) del mercato comune cui partecipiamo con l'insieme dei lavoratori che operano stabilmente nel nostro Paese. In secondo luogo il cosiddetto reddito di cittadinanza italiano appare troppo condizionato al lavoro<sup>22</sup>, per lo meno nella narrazione tossica che alcuni esperti del Governo propongono della legislazione che, comunque, ha fornito qualche precisazione in ordine al carattere congruo delle occasioni offerte (che comunque saranno ben poche in questo contesto storico, da cui il carattere pletorico dell'apparato burocratico predisposto). La prestazione, inoltre, non è una misura a carattere individuale (come dovrebbe alla luce dell'articolo 34 della Carta dei diritti) ed anzi configura delle odiose forme di responsabilità collettiva dell'intera famiglia per comportamenti non collaborativi dei singoli membri di questa. Infine prevede persino forme di lavoro servile obbligando i beneficiari a svolgere otto ore settimanali di "attività comunitaria" per conto dei Comuni. Si tratta certamente di una misura che abbiamo aspettato per ben 21 anni preceduta dal Reddito di inclusione del Governo Renzi che non poteva, per la sua esiguità scandalosa, essere in alcun modo ricondotto ad una misura di Rmg "all'europea" e che le recenti elezioni hanno giustamente consegnato alla *damnatio memoriae*. Il nuovo reddito di cittadinanza certamente apre una stagione nuova, realizza una di-

22. Anche se in realtà chi è in formazione, chi svolge attività di cura per figli sino a tre anni, chi già lavora e chi non può lavorare non dovrà stipulare alcun patto per il lavoro, anche se questo aspetto viene rimosso dagli stessi esponenti del Governo che sottolineano solo le cosiddette norme "antidivano".

scontinuità notevole con il passato di sprezzo e ignavia istituzionale per i poveri, ma mantiene un'ambiguità pericolosa sul punto dell'effettivo *enforcement* delle persone, le vincola inutilmente, non scommette sino in fondo sulla loro libertà ed autodeterminazione (anche lavorativa) e sulla loro eguaglianza perché a carattere marcatamente discriminatorio, non con-

tribuisce (paradossalmente costituendo una forma di adeguamento alle indicazioni da decenni degli organi di Bruxelles), a creare (ed anzi osteggia) quella solidarietà paneuropea che oggi ci pare la vera posta in gioco e senza la quale tutti, vincenti e perdenti nel vecchio continente, verranno trascinati – volenti o meno – nel gorgo di una globalizzazione sregolata<sup>23</sup>.

---

23. Sul cosiddetto Reddito di cittadinanza italiano cfr. G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza: una tappa per un nuovo welfare e l'autodeterminazione delle persone*, in [www.volerealaluna.it](http://www.volerealaluna.it), febbraio 2019.

# Il diritto nordamericano all'epoca del populismo. Quali tutele per i lavoratori?

di *Elisabetta Grande*

Nell'epoca del populismo di Trump il dinamismo di un sistema a federalismo pieno dà fiato a livello statale (e locale) a una nuova brezza, in controtendenza rispetto alla direzione di un vento che a livello federale da trent'anni a questa parte ha spazzato via i diritti dei lavoratori statunitensi. L'articolo esplora le vicende che riguardano l'emblematico caso dell'arbitrato obbligatorio negli Stati Uniti.

## Introduzione

I sistemi giuridici caratterizzati, secondo una distinzione divenuta ormai classica, dalla prevalenza – quale strumento di controllo sociale – del diritto professionale sulla politica (o sulla religione), lascerebbero al diritto politico, ossia al legislatore o in via d'eccezione e urgenza al Governo, il compito di effettuare le macro-scelte e al diritto aggiudicativo a carattere puramente tecnico, ossia al giudice, il compito di effettuare le micro-scelte, ossia quelle che nella quotidianità dei casi concreti danno attuazione alle prime<sup>1</sup>.

Nei sistemi della *rule of (professional) law*, fra i quali notoriamente spiccano i sistemi della tradizione giuridica occidentale, le preferenze politico/morali del giudice non troverebbero quindi spazio nelle sue pronunce, teoricamente guidate invece da principi, logiche e criteri squisitamente tecnici. Quanto tuttavia quell'ideale non corrisponda alla realtà è stato da tempo messo in luce da più parti e la forte contaminazione fra politica e diritto, anche nel momento delle micro-scelte, è spesso sotto gli occhi di tutti<sup>2</sup>. Ciò è vero in particolare, anche se non esclusivamente, nel mondo statunitense, dove quella commistione è resa più evidente dalla natura politica del sistema di reclutamento dei giudici.

Difficilmente perciò, in tempi di politiche populiste, che sfruttano le paure irrazionali della gente e le alimentano, dando luogo a pesanti regressioni dal punto di vista della civiltà giuridica, si potrà davvero fare affidamento sul diritto aggiudicativo per arginare l'onda della becera irrazionalità e per mantenere ferma la barra sui principi di civiltà, abbandonati a livello di macro-scelte. Come la vicenda del *travel ban* dell'anno scorso ha ben reso chiaro, negli Stati Uniti solo un sano gioco dei *checks and balances*, che mantenga i tre poteri dello Stato in mani politiche diverse, consente al diritto aggiudicativo di opporsi alle tracimazioni del populismo. Quando ciò non accade e il Presidente nomina alla Corte Suprema anche solo un Gorsuch in più che faccia maggioranza, le interpretazioni dei giudici della Corte Suprema federale si allineano con l'Esecutivo e la barriera, che pur il diritto dovrebbe opporre alle più pesanti discriminazioni che quelle politiche portano con sé, scompare.

È a fronte di un tal quadro che in questa sede si vorrebbe analizzare un diritto nordamericano in controtendenza, non tanto rispetto al potere politico, quanto rispetto agli interessi del potere economico, la cui influenza sulle decisioni politiche, e quindi sul diritto, sta alla base dell'impoverimento della gen-

1. Cfr. Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System*, 45 *The American Journal of Comparative Law*, 5 (1997).

2. La questione, da tempo dibattuta, è stata com'è noto affrontata a fondo, e con punti di vista differenti, per esempio da Ronald Dworkin (*Law's Empire*, London, 1986), John A.G. Griffith (*Politics of the Judiciary*, London, 1985) e Jeremy Waldron (*The Law*, London, 1989).



te. È il progressivo scivolamento verso il basso della classe media, infatti, che ha creato e continua a creare il senso di insicurezza, su cui si innesta con facilità il discorso populista, volto a mettere i meno deboli contro i più deboli, in un gioco al massacro utile solamente ai soggetti economicamente forti. Ogni presa di posizione delle Corti o dei legislativi – anche di prossimità – che freni lo strapotere degli attori più ricchi ai danni dei più deboli rappresenta, perciò, una piccola pietra d'inciampo nel disegno complessivo che mette il diritto al servizio del capitale, alimentando povertà, insicurezza, guerre fra poveri e, in ultima analisi, facili scalate populiste. In attesa che, dopo la timida ripresa delle elezioni di *mid-term*, il gioco dei *checks and balances* recuperi tutto il suo vigore a livello federale, la partita si sposta così sul piano delle tutele multilivello che un federalismo pieno, quale quello statunitense, consente. Sono, infatti, alcune scelte del giudiziario e del legislativo statale (e comunale) a tentare di scardinare l'ormai risalente e sempre più stretto connubio fra diritto e mercato e a offrire una speranza di arresto di quella riduzione delle sicurezze sociali da cui traggono origine gli istinti di barbarie su cui il populismo si sviluppa e che a sua volta rialimenta con forza.

Nella pletora di leggi e decisioni giudiziarie che da molto tempo a questa parte non fanno che avallare una politica neoliberista che crea precarietà, toglie sostegno sociale ai più deboli, cancella strumenti volti a ridurre le storiche discriminazioni (quali si presentavano le *affirmative action* o le quote che garantivano l'accesso ai bimbi delle minoranze nelle scuole pubbliche migliori<sup>3</sup>), criminalizza i più poveri per la loro indigenza<sup>4</sup>, privatizza le carceri che diventano fonte di enormi profitti per chi sulla *mass incarceration* dei più deboli fa affari<sup>5</sup>, attribuisce diritti umani alle *corporation* che però di umano non hanno nulla<sup>6</sup>, e così via, alcune recenti pronunce delle Corti nordamericane, soprattutto statali, sostenute dai rispettivi legislatori anche locali, sembrano andare in direzione opposta. Ciò avviene in un settore particolarmente

cruciale: quello dei diritti dei lavoratori. Non si tratterà forse di un vento nuovo, ma anche qualora fosse una leggera brezza, capace di limitare temporaneamente, e in via circoscritta, le regressioni di civiltà cui da ultimo abbiamo assistito, vale la pena di darne adeguato conto.

## 1. L'arbitrato obbligatorio e la sostanziale cancellazione dei diritti dei lavoratori

Uno degli attacchi più pesanti ai diritti dei singoli che negli ultimi trent'anni la Corte Suprema federale statunitense ha perpetrato, in sintonia con una visione neoliberista che tutela il mercato e le grandi *corporation* a scapito della dignità e della vita delle persone (fisiche), soprattutto se deboli, riguarda l'ambito fondamentale del lavoro. I lavoratori americani meno qualificati, colpiti da una globalizzazione estrattiva che – a partire dagli anni '80 del secolo scorso – li ha messi in competizione con tutti i lavoratori poveri del mondo, minacciati dalle delocalizzazioni e trasferiti dal settore industriale all'assai meno remunerativo terzo settore, non hanno infatti solo visto corrispondentemente decrescere le loro tutele e i loro salari (al punto che ancora oggi il salario mediano del lavoratore maschio statunitense, a parità di potere di acquisto, è più basso rispetto al 1973, così come più bassi rispetto ad allora sono i salari del 10 per cento più povero di tutti lavoratori, uomini e donne, nord-americani)<sup>7</sup>. A partire dal 1991 quegli stessi lavoratori si sono addirittura visti progressivamente negare la possibilità di far valere di fronte alle Corti di giustizia i loro (pur ridotti) diritti, giacché una Corte Suprema conservatrice e al servizio dei poteri forti ha fatto gradualmente spazio a un meccanismo di risoluzione delle controversie sul lavoro, l'arbitrato obbligatorio, largamente sbilanciato a favore del datore di lavoro, in particolare se incarnato da una potente multinazionale. Ciò ha

3. Cfr. quali ultime espressioni di in una lunga linea giurisprudenziale volta a limitare l'uso del criterio razziale per consentire un accesso facilitato all'Università alle minoranze, *Fisher v. University of Texas* del 2013, cd. *Fisher I* e *Fisher v. University of Texas*, del 2016, cd. *Fisher II*, ma soprattutto *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014), che dichiara costituzionale il divieto di *affirmative action* nelle Università pubbliche imposto dal Michigan. Oppure, per le scuole primarie e secondarie, cfr. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) e la linea di forte chiusura inaugurata sul punto dal Presidente Trump.

4. Sul punto mi permetto di rinviare a Elisabetta Grande, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Ega, 2017.

5. Sul tema mi permetto di rinviare a Elisabetta Grande, *Il terzo Strike. La prigione in America*, Sellerio, Palermo, 2007.

6. Cfr. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

7. Oltre ai dati riportati in Elisabetta Grande, *Guai ai poveri*, cit., si vedano le ultime statistiche ufficiali riportate in *Income and Poverty in the United States*, U.S. Census Bureau, 2018, tavola A-4: «Number and Real Median Earnings of Total Workers and Full-Time, Year-Round Workers by Sex and Female-to-Male Earnings Ratio: 1960 to 2017», disponibile online [www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2018/demo/p60-263.pdf](http://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2018/demo/p60-263.pdf).

significato il sostanziale silenziamento dei lavoratori e delle loro richieste di protezione nei confronti dei comportamenti illeciti dei datori di lavoro, tanto in ambito salariale, assicurativo, pensionistico o di permessi – anche di maternità e di malattia – e ferie, quanto in casi di discriminazione, molestie sessuali o mancato rispetto delle norme a tutela dei disabili. Senza accesso a un foro neutrale in cui far valere i loro diritti e vieppiù privati della possibilità di agire in forma collettiva, i lavoratori statunitensi contrattualmente obbligati a rivolgersi individualmente a un arbitro privato scelto dalla controparte, finiscono infatti per reprimere le loro richieste di giustizia. A fronte di mancate corresponsioni del minimo salariale da parte dei datori di lavoro di una cifra stimata intorno ai 15 miliardi di dollari all'anno<sup>8</sup>, recenti studi dimostrano come negli Stati Uniti centinaia di migliaia di violazioni dei diritti dei lavoratori rimangano ogni anno intrappolate “nel buco nero dell'arbitrato obbligatorio”, ossia restino del tutto insoddisfatte perché mai denunciate<sup>9</sup>. Non c'è allora da stupirsi se, nonostante una disoccupazione ai minimi storici, i salari dei lavoratori americani non aumentino (Oxfam riporta come nel 2015 addirittura la metà dei lavoratori nordamericani ricevessero una paga oraria al limite della sopravvivenza e la situazione non è ad oggi migliorata di troppo<sup>10</sup>) con buona pace della legge della domanda e dell'offerta. Una competizione salariale al rialzo fra datori di lavoro risulta, infatti, preclusa dalle fusioni e dagli intrecci azionari fra *corporation* o dagli obblighi contrattuali che al termine del rapporto di lavoro impongono al lavoratore di non offrire ad altri, per un certo periodo di tempo, la sua prestazione nello stesso settore lavorativo. A deprimere fortemente i salari e a innescare una corsa al ribasso contribuisce però certamente anche l'impunità per le violazioni salariali perpetrate, ottenuta dai datori di lavoro grazie alla clausola contrattuale dell'arbitrato obbligatorio. Le grandi *corporation* che tengono bassi, illecitamente ma impunemente, i salari dei lavoratori o che li sfruttano negando loro le pause cui hanno diritto per legge, si possono infatti permettere prezzi particolarmente competitivi per i prodotti che vendono, buttando così fuori mercato coloro che pagano di più la propria forza lavoro.

## 2. L'arbitrato obbligatorio nelle controversie sul lavoro e le decisioni della Corte Suprema federale

È con il *Federal Arbitration Act* del 1925 che, per la prima volta negli Stati Uniti, la clausola arbitrale nei contratti riceve riconoscimento giuridico e il suo rispetto viene imposto alle Corti di giustizia nordamericane. Fino a quel momento esse non si erano sentite obbligate a darvi attuazione e, in un'ottica di prevalenza della giustizia pubblica su quella privata, avocavano regolarmente a sé le relative controversie. La clausola arbitrale che in base al *FAA*, e in forza di una giurisprudenza costante, le Corti americane sono da allora obbligate a rispettare riguarda però solo i contratti commerciali fra contraenti di pari livello, *business to business*, ossia fra aziende, ma non ha alcuna efficacia vincolante nei contratti di lavoro o fra aziende e consumatori. La logica ovviamente è quella per cui in un rapporto fra contraenti con potere contrattuale asimmetrico la clausola sarebbe facilmente imposta al più debole dal più forte. A partire dal 1991, tuttavia, con il caso *Gilmer v. Interstate/Johson Lane Corp.*<sup>11</sup>, una Corte Suprema federale formata in maggioranza da giudici nominati da Nixon e Reagan muta indirizzo interpretativo e ritiene vincolanti le clausole arbitrali anche qualora inserite in contratti lavorativi o fra aziende e consumatori. In quel caso infatti, di fronte alle lamentele del lavoratore di inadeguatezza del foro arbitrale, di fronte a cui sarebbe risultato obbligato ad agire a tutela dei suoi diritti in forza della clausola arbitrale inserita nel suo contratto di lavoro, la Corte Suprema risponde che si tratta di preoccupazioni inconsistenti (“*mere speculation*”)<sup>12</sup>. Ritenendo inoltre quella clausola volontariamente accettata dalle parti, la Corte – in nome del favore verso l'arbitrato dimostrato dal *FAA* – ne impone il rispetto a tutte le giurisdizioni federali e statali, giacché quello *statute*, che riguarda il commercio, in forza della *commerce clause* della costituzione federale appartiene all'esclusiva competenza federale e non può essere derogato da alcuna normativa statale. Da quel momento in poi la strada delle clausole arbitrali nei contratti di lavoro (e fra aziende e consumatori) è in discesa e si moltiplicano i contratti che la contemplano. Re-

8. Cfr. David Cooper & Terisa Kroeger, *Employers Steal Billions From Workers' Paychecks Each Year* (Economic Policy Institute, 2017), disponibile online [www.epi.org/files/pdf/125116.pdf](http://www.epi.org/files/pdf/125116.pdf).

9. Cynthia Estlund, *The Black Hole of Mandatory Arbitration*, 96 *N.C.L. Rev.* 102, 120.

10. Oxfam America and EPI (Economic Policy Institute), *Few Rewards, An agenda to Give Poor American A Rise*, disponibile online [www.oxfamamerica.org/static/media/files/Few\\_Rewards\\_Report\\_2016\\_web.pdf](http://www.oxfamamerica.org/static/media/files/Few_Rewards_Report_2016_web.pdf).

11. 500 *U.S.* 20 (1991).

12. Cfr. *ibidem*, pp. 30-32.

sta però il dubbio se nel silenzio sul punto o anche in presenza di un'espressa rinuncia del lavoratore (o del consumatore), cd. *class action waiver*, sia legittimo escludere la possibilità di azioni collettive. Anche in questo caso la Corte Suprema federale muta avviso nel tempo, prendendo gradualmente posizione a favore dell'arbitrato individuale obbligatorio a tutto vantaggio del datore di lavoro *corporate*. Se, infatti, nel caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* del 2003<sup>13</sup>, essa decide che il silenzio contrattuale in relazione alla possibilità di una azione collettiva, sia pur di fronte a un foro arbitrale, sia interpretabile dall'arbitro in senso affermativo, in un caso successivo, *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*<sup>14</sup> del 2010, la stessa ritiene viceversa che la clausola arbitrale vada necessariamente interpretata nel senso di escludere una *class arbitration*. Le parti di un contratto che prevede una clausola arbitrale non possono essere obbligate ad accettare un'azione collettiva, sostiene infatti la Corte Roberts, a meno che sul punto non risulti un chiaro accordo in proposito. La decisione anticipa la risposta al quesito che le viene posto nel 2011, nel caso *AT&T Mobility LLC v. Conception*<sup>15</sup>, in relazione al tema della legittimità delle rinunce espresse alle azioni collettive inserite in un contratto con clausola arbitrale. La questione qui riguarda l'interpretazione del *FAA*, laddove una clausola di salvezza (la sezione 2 che stabilisce l'obbligo delle Corti di rispettare la clausola arbitrale, salvo che «*upon such grounds as exists at law or in equity for the revocation of any contract*») pare lasciare spazio alle normative statali che ritengono *unconscionable*, ossia palesemente scorretto, negare all'attore un'azione collettiva. Il caso riguarda un contratto fra l'azienda telefonica AT&T e un consumatore, ma è ovviamente estensibile a ogni ipotesi di *class action waiver* all'interno di un contratto che preveda una clausola arbitrale.

Le *class action* entrano com'è noto nel panorama giuridico statunitense nel 1966 con la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* e da allora rappresentano uno strumento essenziale per il consumatore o il lavoratore che vogliono far valere in giudizio la violazione dei loro diritti, soprattutto se la controparte è una grande *corporation*. Non solo l'ammontare del possibile risarcimento ai tanti danneggiati da uno stesso comportamento dell'azienda dà loro una forza nei suoi confronti che come singoli non avrebbero, spingendo spesso l'azienda a transare la lite. In un si-

stema che non conosce il principio della soccombenza e in cui le spese legali sono alte, è inoltre solamente grazie alla *class action* che la parte economicamente debole può permettersi di intentare causa anche per danni di piccola entità. In tali casi, quand'anche risultasse vittorioso, l'attore singolo finirebbe, infatti, per avere un risarcimento di ammontare inferiore alle spese sostenute per far causa, mentre l'eventuale risarcimento complessivo ai tanti danneggiati di un'azione collettiva convince facilmente un legale ad accettare un patto di quota lite che altrimenti non avrebbe mai accettato. Ecco perché le *class action* sono state salutate come importanti strumenti al servizio di una funzione pubblica: esse permettono «ai più deboli di far gruppo – usando i legali come loro paladini –<sup>16</sup> per denunciare le violazioni subite, contro le quali non vi sarebbe invece rimedio se ciascun attore dovesse agire da solo».

Riconoscere come valida la rinuncia ad agire collettivamente, sia pure di fronte all'arbitro privato e non al giudice, da parte del lavoratore o del consumatore che abbia stipulato un contratto con clausola arbitrale, significa dunque negargli in molti casi la possibilità di avvalersi dell'unico strumento che ha a disposizione per far valere le sue ragioni. E ciò è particolarmente vero per i lavoratori più poveri e fra di loro soprattutto per chi, con un minimo salariale federale pari a 240 dollari per 40 ore a settimana, non può certamente permettersi di sostenere da solo i costi elevati di un arbitrato. È per questo che fino al caso *Conception* le Corti, sia statali che federali, si presentavano divise sul tema della validità delle rinunce ad agire come classe e spesso, come in California, ritenevano che in ragione della clausola di salvezza del *FAA* dovesse trovare applicazione il diritto statale che tutelava la parte debole reputando “*unconscionable*” una simile rinuncia. Questo non fu però il parere della Corte Suprema federale nel 2011, che per la penna dell'estensore dell'opinione della maggioranza, Antonin Scalia, ritenne invece che la clausola di salvezza del *FAA* non fosse interpretabile nel senso che il diritto statale potesse prevalere su quello federale, ma che quest'ultimo precludesse viceversa ogni applicazione del primo. Il favore dimostrato dal *FAA* nei confronti dell'arbitrato, disse Scalia, che per sua natura è bilaterale e che proprio dalla bilateralità deriva la sua efficienza come strumento di risoluzione delle liti, comporta la piena legittimità della rinuncia ad agire collettivamente. In fondo, egli aggiunse in un

13. 539 U.S. 444 (2003).

14. 130 S. Ct. 1758 (2010).

15. 131 S. Ct. 1740 (2011).

16. Sul punto Maureen A. Weston, *The Death of Class Arbitration After Conception?*, 60 *Kansas Law Review* pp. 767, 770 ss. (2012).

caso successivo, non esiste un diritto ad avere accesso a un foro economicamente abbordabile per far valere le proprie ragioni<sup>17</sup>!

*Conception* segna quindi una vittoria netta per i datori di lavoro, i quali tramite le clausole arbitrali nei contratti di lavoro e le rinunce esplicite alle azioni collettive da parte del lavoratore, sanno oggi di poter andare esenti da responsabilità qualora ne violino i diritti. Senza la possibilità di agire collettivamente i lavoratori sottopagati, discriminati o sessualmente abusati non hanno infatti sufficienti mezzi economici per chiedere giustizia al pur poco neutrale arbitro privato e chi li sfrutta può così continuare a farlo impunemente. Non è un caso dunque che da *Conception* in poi le clausole arbitrali nei contratti di lavoro abbiano visto un'impennata e che oggi più del 55% della forza lavoro statunitense sia soggetta ad arbitrato obbligatorio, contro il 2% del 1992, quando il riconoscimento da parte della Corte Suprema federale della validità dell'arbitrato obbligatorio era agli albori. Il dato più significativo è, inoltre, che attualmente le clausole arbitrali obbligatorie riguardano soprattutto la forza lavoro economicamente più debole e sono applicate in particolare ai neri e alle donne<sup>18</sup>.

Non sono, d'altronde, solamente le difficoltà economiche dei lavoratori meno abbienti, che impediscono loro di adire l'arbitro privato (il quale spesso prima ancora di dare avvio all'esame delle domande chiede a entrambe le parti di depositare una somma di danaro), a rendere l'arbitrato obbligatorio particolarmente vantaggioso per il datore di lavoro, specie se *corporate*. La clausola arbitrale inserita nel contratto di lavoro e sottoposta alla firma del lavoratore – la cui scelta consiste di norma solamente nel prendere o lasciare il lavoro, ma non nell'accettare o meno la clausola stessa ed essere ugualmente assunto (ed è per questo che tali clausole vanno sotto il nome di *forced arbitration*) – contiene sovente regole relative allo svolgimento dell'arbitrato stabilite dallo stesso datore di lavoro. Così non sono pochi i casi in cui le previsioni arbitrali stabiliscono che il foro da adire sia molto lontano dal luogo in cui si trova il lavoratore, ciò che implica costi inaccettabili per quest'ultimo, che non solo deve perdere giorni di lavoro e di paga, ma deve

aggiungervi i costi del trasporto. A volte è previsto addirittura che l'arbitro sia in uno Stato diverso rispetto a quello in cui si trovano il lavoratore e l'azienda. Il datore di lavoro poi può stabilire che il diritto che l'arbitro dovrà applicare nel dirimere la controversia sia quello di uno Stato le cui regole tutelano meno il lavoratore rispetto a quelle vigenti nello Stato in cui egli lavora, o può addirittura escludere la possibilità che in caso di sconfitta gli vengano inflitti i *punitive damages*. L'arbitro, inoltre, è già individuato nella clausola arbitrale fra una lista a rotazione di persone, non necessariamente giuristi, che fanno parte di associazioni specificate dal datore di lavoro. E mentre le statistiche, senza che per la verità ciò sia sorprendente, riportano che le decisioni arbitrali accordano ai datori di lavoro la vittoria in un numero sproporzionato di casi (e ciò in particolare se le interazioni fra datore di lavoro e arbitro sono frequenti)<sup>19</sup>, l'appello del lodo arbitrale di fronte a una Corte di giustizia, tanto in punto di fatto che di diritto, è sostanzialmente precluso<sup>20</sup>. Senza alcun obbligo di seguire i propri precedenti, gli arbitri possono poi decidere in modo diverso casi simili e, poiché l'intera procedura è assolutamente confidenziale, qualora il datore di lavoro dovesse vedersi condannato a risarcire i danni per un comportamento particolarmente scorretto, l'avvenimento non lascerà traccia nell'opinione pubblica, che ne resterà all'oscuro a tutto vantaggio della sfrontata *corporation*.

### 3. Gli ultimi tasselli di un percorso sul piano federale di negazione dei diritti dei lavoratori statunitensi e la resistenza posta in essere a livello di diritto statale e locale. Una riscossa dei diritti dei lavoratori dal basso?

Gli ultimi tasselli di un quadro che tende a cancellare tutti i diritti dei lavoratori statunitensi sono stati messi dalla Suprema Corte federale americana nell'arco di pochi recenti mesi. Sorprendentemente però l'ultimo di essi è in netta controtendenza rispet-

17. *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304, 2309 (2013).

18. Cfr. il rapporto dell'Economic Policy Institute redatto da Alexander J.S. Colvin, *The Growing use of Mandatory Arbitration. Access to the Courts is now Barred for more than 60 Million American Workers*, April 6, 2018, disponibile online: <http://epi.org/144131>.

19. Dopo 25 volte che l'arbitro e la *corporation* hanno avuto rapporti professionali, per esempio, la percentuale di vittoria per il lavoratore scende statisticamente al 4.5%! Cfr. Alexander J.S. Colvin & Mark D. Gough, *Individual Employment Rights In Arbitration Outcomes*, 68(5) *IRL Review*, 1019 (2015). D'altronde un diverso studio dimostra come gli attori vincano mediamente presso le Corti federali il 36.4% delle volte contro il 21.4% in caso di arbitrato e come l'ammontare medio del danno risarcito nel primo caso sia di 176,426 dollari, mentre nel secondo di soli 36,500 dollari: cfr. Katherine V.W. Stone & Alexander J.S. Colvin, *The Arbitration Epidemic: Mandatory Arbitration Deprives Workers and Consumers of Their Rights*, Economic Policy Institute (2015).

20. Cfr. *Oxford Health Plans, LLC v. Sutter*, 133 S. Ct. 2064, 2070 (2013).

to alla direzione finora intrapresa e permette di dar fiato, intrecciandosi con essa, a una resistenza in atto a livello di diritto statale e locale all'attacco sferrato ai danni dei lavoratori sul piano federale. La prima pronuncia cui si fa riferimento è *Epic System, Inc. v. Lewis, et al.*, del maggio 2018. Posta nuovamente di fronte alla domanda se la clausola di salvezza del *FAA* non consentisse di escludere del tutto la vincolatività delle clausole arbitrali nei contratti di lavoro in quanto contrarie al *National Labor Relations Act* (una legge federale questa volta quindi!), o se per lo meno la rinuncia ad agire in forma collettiva prevista in quei contratti non violasse il diritto dei lavoratori "to engage in concerted activities" contenuto nella sezione 7 dello stesso *NLRA*, la risposta di una Corte Suprema divisa 5 a 4 è ancora una volta negativa. Mentre la strada verso il definitivo annullamento di ogni possibilità per i lavoratori di chiedere in giudizio il rispetto dei loro diritti sembra così segnata, insieme alla regressione del diritto del lavoro statunitense ad un periodo precedente l'era della legislazione sociale Rooseveltiana, una recentissima pronuncia del gennaio di quest'anno della Suprema Corte, *New Prime Inc. v. Oliveira*<sup>21</sup>, rimette però a sorpresa in gioco l'opportunità di alcuni fra loro di rivendicare di fronte alle Corti, anche in forma collettiva, le proprie tutele.

Il caso riguarda la richiesta di un'importante società di consegne, la *New Prime*, di dichiarare contraria all'accordo arbitrale contenuto nel contratto di lavoro, e quindi invalida, l'azione collettiva intrapresa contro di lei di fronte alle Corti da uno dei suoi camionisti, Dominic Oliveira, a nome di tanti altri. L'attore lamenta di essere stato assunto dalla *New Prime* come imprenditore indipendente e non come lavoratore subordinato, così da essere privato delle corrispondenti tutele in termini di minimo salariale, straordinario e molto altro ancora. Di fronte alla constatazione che il *FAA* esclude esplicitamente dal suo ambito di applicazione «i lavoratori impegnati nel commercio estero o interstatale», perché nel 1925 per i lavoratori del settore trasporti il Congresso americano aveva previsto un diverso tipo di meccanismo di risoluzione delle controversie, una Corte Suprema unanime dà ragione a Oliveira ritenendolo libero di adire le Corti, anche con un'azione collettiva, nonostante l'accordo arbitrale con la controparte.

La decisione riveste un'importanza notevolissima, non solo perché libera una parte importante della forza lavoro statunitense dal giogo dell'arbitrato obbligatorio, ma anche perché dà forza alla resistenza messa in atto sul piano del diritto di prossimità per

contrastare la negazione dei diritti dei lavoratori perpetrata a livello federale.

Il diritto statale (e locale) da tempo cerca infatti di controbilanciare l'attacco ai diritti dei lavoratori proveniente dal piano federale. Se già per esempio come si è visto la Corte Suprema della California, a partire dal 2005, aveva sempre dichiarato *unconscionable*, e quindi invalide, le rinunce contrattuali alle azioni collettive, quando la Corte Suprema federale, nel 2011, rovescia irreversibilmente quella linea interpretativa, la Corte californiana non si perde d'animo e offre ai lavoratori, economicamente troppo deboli per ottenere ristoro presso il foro arbitrale cui sono ormai obbligati a rivolgersi individualmente, una diversa via per denunciare le violazioni dei diritti che subiscono. Si tratta della possibilità di adire una Corte di giustizia in nome e per conto dell'Agenzia statale del diritto del lavoro, che irroga le sanzioni pecuniarie in caso di accertate infrazioni delle norme sul lavoro in forza del *Labor Code Private Attorneys General Act (Paga)*. Siccome il lavoratore, dice la Corte Suprema della California nel 2015, agisce in questa ipotesi per conto dello Stato che non è parte dell'accordo arbitrale, non è nella sua veste di delegato statale vincolato dalla clausola contrattuale<sup>22</sup>. Si tratta certamente di un ripiego rispetto alla possibilità di adire in via autonoma e collettivamente una Corte di giustizia. Anche in questo caso, però, il lavoratore ottiene un – pur ridotto – ristoro economico, in quanto è previsto che riceva il 25% della sanzione irrogata. L'azione da lui portata avanti permette, inoltre, che i datori di lavoro che ne violano i diritti di non vadano impuniti.

La Corte Suprema della California, così come le Corti di altri Stati che a loro volta tentano di resistere all'ondata federale di attacco ai diritti dei lavoratori, non è d'altronde lasciata da sola nella sua battaglia per invertire la rotta impartita a livello federale. I legislatori statali, infatti, ne appoggiano in tanti modi la linea di resistenza, emanando per esempio normative che dichiarano invalide le clausole arbitrali nella parte in cui impongono al lavoratore un foro fuori dai confini dello Stato o l'applicazione di un diritto del lavoro diverso da quello della giurisdizione cui appartengono. Ha per esempio fatto così nel 2016 il legislatore californiano e siccome quei limiti alle clausole arbitrali non aggirano il vincolo di arbitrato individuale imposto dal *FAA*, la normativa sembra al momento salva dalla scure della Corte Suprema federale. Lo Stato di Washington, da parte sua, nel marzo del 2018 ha poi emanato una normativa che dichiara illegale condizionare un'offerta di lavoro alla rinuncia al proprio diritto di denunciare

21. 586 U.S. (2019), del 15 gennaio 2019.

22. *Iskanian v. CLS Transportation L.A.*, 135 S. Ct. 1155 (2015).

presso una sede amministrativa o giudiziale un comportamento discriminatorio sul luogo di lavoro. Altrettanto è in procinto di fare la California<sup>23</sup>.

In questa strategia di opposizione del diritto di prossimità all'annullamento dei diritti dei lavoratori si inserisce la decisione di gennaio della Corte Suprema federale, che apre una finestra di recupero di tutele in un settore importantissimo, quale quello dei trasporti, in cui sono oggi caldissime le battaglie per la mancata protezione dei lavoratori derivante dalla loro classificazione contrattuale come autonomi invece che subordinati (cd. *misclassification*). La sentenza della Corte Suprema federale arriva, infatti, solo pochi giorni dopo che la Commissione del lavoro californiana aveva irrogato una delle sanzioni più pesanti della storia per "furto di salario" a una potente *corporation*, la *NFI Industries/California Cartage*, società numero uno per il movimento di merci presso gli importanti porti di Los Angeles e Long Beach. Riconosciuta responsabile di aver ingiustamente considerato autonomi, invece che subordinati, 24 camionisti portuali, nel gennaio di quest'anno la società è condannata a risarcire agli stessi ben 6 milioni di dollari. La novità più dirompente è però che per la prima volta la Commissione estende la responsabilità al *general manager* della società stessa, condannandolo al pagamento in solido, in applicazione di una recente normativa che colpisce al cuore le *misclassification*. Seguendo una durissima linea di attacco alle violazioni perpetrate dai datori di lavoro *corporate*, una diversa e recentissima normativa californiana prevede inoltre che possano essere condannati in solido perfino i clienti che ricevono le merci, quando la compagnia di cui si avvalgono (e il cui nome compare in una lista resa pubblica dalla Commissione del lavoro) non ha pagato le multe e i risarcimenti dovuti.

È dell'aprile scorso, d'altronde, una decisione della Corte Suprema della California che limita pesantemente la possibilità per i datori di lavoro di qualificare i propri lavoratori come autonomi invece che subordinati. Dichiarando che le leggi sui salari minimi e l'orario massimo di lavoro sono emanate per consentire alla gente di condurre un'esistenza dignitosa e per proteggere la salute dei lavoratori, la Corte Suprema dello stato del sole fa così suo il punto di vista di altre Corti supreme, quali quella del Massachusetts o del New Jersey, rafforzando l'azione della Commissione del lavoro nella battaglia per i diritti dei lavoratori. Anche i Consigli comunali partecipano spesso alla lotta, intervenendo a favore di chi protesta per i propri diritti negati, come ha fatto per esempio il Consiglio comunale di Los Angeles, rifiutando alla *NFI Industries/California Cartage* l'affitto di una parte del porto di sua proprietà.

In questo quadro di una riscossa dal basso, che parte dal diritto di prossimità (statale e locale), delle tutele dei lavoratori negate invece a livello federale, l'ultima decisione della Corte Suprema federale ha dunque forti potenzialità di impatto sui lavoratori della *gig economy*, da Amazon a Uber, da Lyft alle mille compagnie di servizi di vendita e trasporto a domicilio.

*The gig is up in California!*, titolano le agenzie di stampa americane nel dare notizia di quanto qui riportato<sup>24</sup>. Una nuova brezza sembra insomma spirare, in controtendenza rispetto alla direzione del vento che da trent'anni a questa parte ha spazzato via i diritti dei lavoratori statunitensi, relegandoli sulla carta, e la resistenza che il diritto statale ha saputo mostrare rispetto alla linea federale mette in chiaro la vitalità e le potenzialità di un sistema giuridico a federalismo compiuto come quello statunitense.

23. Sul punto cfr. Elizabeth Colman, *Forced Arbitration: A Race To the Bottom. How America's Wealthiest, Most Powerful Companies Use Fine Print to Subvert Employee Rights*, disponibile online: [http://employeerightsadvocacy.org/wp-content/uploads/2018/08/NE-LA-Institute-Report\\_Forced-Arbitration\\_A-Race-To-The-Bottom.pdf](http://employeerightsadvocacy.org/wp-content/uploads/2018/08/NE-LA-Institute-Report_Forced-Arbitration_A-Race-To-The-Bottom.pdf).

24. Cfr. online: <https://justiceforportdrivers.com/1973-2/>.

# L'ordine pubblico internazionale tra identità e condivisione

di *Giovanni Arnone*

La riflessione si sofferma sui più recenti sviluppi del concetto di ordine pubblico internazionale e sulle sue concrete applicazioni giurisprudenziali, traendone la convinzione che anche il giudizio di delibazione delle leggi straniere risente del clima di scetticismo che circonda le decisioni giudiziali chiamate a confrontarsi con fonti di produzione del diritto estranee alla comunità nazionale. Anche il diritto internazionale privato diviene così terreno d'elezione per la ripresa delle pulsioni identitarie e populistiche che contraddistinguono l'attuale frangente storico, specie quando investe materie sensibili sulle quali è forte l'attenzione dell'opinione pubblica. Lo studio segnala i rischi di avanguardismo morale insiti in alcune letture dell'ordine pubblico internazionale, ma anche l'arretramento culturale che può discendere dalla mancata partecipazione al percorso di costruzione di valori condivisi.

**1.** La recente evoluzione del concetto di ordine pubblico internazionale costituisce un interessante angolo prospettico dal quale osservare il riemergere delle pulsioni identitarie in ambito giuridico.

Secondo la prospettiva classica, che possiamo definire chiusa e difensiva, l'ordine pubblico internazionale costituisce un argine alla penetrazione del diritto straniero e rappresenta il contraltare dell'ordine pubblico interno, quale limite all'autonomia privata.

Questa concezione ha accompagnato la costruzione dello Stato moderno e ne è anzi divenuta coesenziale. Assieme ad altri principi, come ad esempio quello di irretroattività della legge, l'ordine pubblico occupava, prima dell'avvento delle costituzioni rigide del Novecento, uno spazio materialmente costituzionale, non a caso inserito in quel complesso di norme sovraordinate che era dato dalle disposizioni sulla legge in generale, che precedevano sia il codice civile del 1865 sia quello del 1942 (rispettivamente articoli 12 e 31). Nel descrivere quello che considera il processo di stravolgimento del diritto, nel suo passaggio dal ruolo di «ordinamento del sociale» a quello di «ap-

parecchio ortopedico del potere politico, di controllo sociale», dietro «l'inserimento – avvenuto nel corso della modernità – del diritto nell'apparato di potere più perfezionato, ossia nello Stato», Paolo Grossi intravede proprio «l'incubo parossistico dell'ordine pubblico»<sup>1</sup>.

Il culmine è stato raggiunto da chi, di fronte all'affacciarsi nella dottrina straniera di una nozione dell'ordine pubblico internazionale come strumento di protezione di valori di portata universale, la rifiutava o la considerava equivoca, giungendo così a far coincidere l'ordine pubblico internazionale con quello interno: «anche quando interviene per la tutela di esigenze che possono definirsi di portata universale, l'ordine pubblico protegge queste esigenze solo in quanto siano entrate a far parte dei principi fondamentali della comunità statale a cui esso inerisce»<sup>2</sup>.

Ordine pubblico e sovranità erano così legati indissolubilmente. Ancora nel 1982, in una sentenza peraltro di grande spessore in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio canonico trascritti agli effetti civili, la Corte costituzionale

1. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2008, pp. 31-32.

2. N. Palaia, *L'ordine pubblico «internazionale»*, Padova, 1974, p. 19.

afferitava che «*la inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società, è imposta soprattutto a presidio della sovranità dello Stato*»<sup>3</sup>.

In obbedienza al suo carattere di clausola generale, l'ordine pubblico internazionale è stato anche però il veicolo attraverso il quale sono state riproposte nel diritto moderno teorie universalistiche e giusnaturalistiche.

Dapprima, ciò è avvenuto in un'ottica che potremmo definire "colonialista", per la tendenza di alcuni ordinamenti ad ammantare di universalità principi propri dell'ordinamento di appartenenza, allo scopo di negare l'applicazione di diritti locali, considerati inferiori<sup>4</sup>.

Successivamente, l'ordine pubblico ha intercettato e assorbito alcune delle teoriche fondamentali della seconda metà del '900 in materia di diritti fondamentali e diritto sovranazionale, penetrando nei sistemi regionali più o meno strutturati (Cedu e Unione europea) e più in generale ancorandosi alla progressiva crescita dei diritti fondamentali in seno alla comunità internazionale<sup>5</sup>. Si è fatta così strada in dottrina e giurisprudenza l'identificazione dell'ordine pubblico internazionale «*nei principi fondamentali della nostra costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale*»<sup>6</sup>.

L'ordine pubblico ha così iniziato a disancorarsi dalla sovranità, restando però all'interno di una concezione ancora passiva, in base alla quale il giudice nazionale è tenuto ad attendere la maturazione, in seno alla comunità internazionale, di un consenso sufficientemente ampio intorno ad alcuni valori, prima di poterli utilizzare nello scrutinio del diritto straniero; e inoltre deve sempre verificare che tali valori trovino nell'ordinamento interno se non una piena affermazione, almeno un sicuro addentellato. Sulla categoria continuavano dunque a gravare le avvertenze

della dottrina più esperta, la quale non ha mai mancato di sottolinearne l'ambiguità di fondo, anche nella sua versione più avanzata: da un lato, si è osservato che l'ordine pubblico internazionale «*risente più di ogni altra degli umori nazionalisti e universalistici, laicistici o confessionali e così pure dei complessi cui vanno soggetti i giudici e gli ambienti nei quali essi operano*»<sup>7</sup>; dall'altro, si è fatto notare come le corti statali non sempre riescano a liberarsi della propria "appartenenza", sicché il giudizio sul livello di civiltà o inciviltà di una norma straniera è sempre filtrato dalla sensibilità di parte verso il superiore comune sentire, traducendosi in «*un universalismo qual è sentito da una particolare comunità e che, proprio per questa sua caratterizzazione, può dissolversi, al limite, in un particolarismo*»<sup>8</sup>.

In tempi più recenti, si è tuttavia assistito a uno sviluppo ulteriore. L'ordine pubblico internazionale sembra proporsi come strumento di emancipazione dell'ordinamento interno dai propri stessi limiti nazionalistici.

Alcuni esempi, tratti dalla giurisprudenza chiamata ad affrontare i casi più delicati, possono aiutare a comprendere questa traiettoria.

In una delle tappe fondamentali del noto contenzioso con la Germania sul risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini contro l'umanità nel corso della II guerra mondiale, la Corte di cassazione italiana ha operato una scrupolosa ricostruzione delle evoluzioni del diritto internazionale e, dopo aver sottolineato come «*una nuova cultura giuridica e sociale ha alimentato la nascita e la affermazione di nuovi diritti fondamentali e il rafforzamento di quelli tradizionali con la redazione di nuove carte costituzionali e l'istituzione di Corti costituzionali nazionali a tutela del loro rispetto*», ha così concluso: «*tutte queste conquiste civili dell'umanità, e del nostro continente in particolare, configurano un nuovo ordine pubblico internazionale ed europeo alla cui realizzazione il nostro Paese, insieme alla Germania e alla Grecia, ha pienamente contribuito. Rispetto a questa nuova configurazione dell'ordine pubblico internazionale il dettato costituzionale italiano è non solo coerente, ma è anche diretto alla sua piena attuazione nel territorio nazionale. Il richiamo è ovviamente all'articolo*

3. Corte cost. 2 febbraio 1982, n. 18, in *Foro it.*, 1982, I, c. 934.

4. Per una ricostruzione storica, con ampia bibliografia, v. R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1961, p. 276, dove si trova l'osservazione per cui l'ordine pubblico internazionale di tipo universalistico è stato spesso invocato «*ad pompam*».

5. F. Angelini, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino, 2005, pp. 503 ss.

6. V. ad es. Cass. 26 novembre 2004, n. 22332; C. Campiglio, *Ordine pubblico (dir. int. priv.)*, in *Diritto on line*, 2013.

7. R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., p. 280.

8. G. Barile, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.



10, primo comma, della Costituzione, secondo cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e all'articolo 11, secondo cui l'Italia, oltre a ripudiare la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali, consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. Deve quindi escludersi, alla luce dei principi costituzionali italiani e dei principi generali del diritto internazionale, che l'esecuzione in Italia di una sentenza di uno Stato estero con la quale si impone a un altro Stato estero, nella specie entrambi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'Unione europea, di risarcire le vittime (e per loro gli eredi) di gravissimi crimini di guerra, che hanno negato i loro diritti personali inviolabili e in primo luogo quello alla vita, possa porsi in contrasto con il rispetto dell'ordine pubblico italiano richiamato dalla legge n. 218 del 1995, articolo 64, comma 1, lett. g)»<sup>9</sup>.

Su un terreno diverso, ma altrettanto delicato, qual è quello del riconoscimento di sentenze straniere attributive dello *status filiationis* derivante da maternità surrogata (o, meglio, gestazione per altri), la Cassazione ha affermato che la moderna concezione dell'ordine pubblico internazionale «si fonda su una maggiore partecipazione dei singoli Stati alla vita della comunità internazionale, la quale sempre meglio è capace di esprimere principi generalmente condivisi e non necessariamente tradotti in norme interne, così da sottrarre la nozione di ordine pubblico internazionale sia ad un'eccessiva indeterminatezza sia ad un legame troppo rigido con i mutevoli contenuti delle legislazioni vigenti nei singoli ordinamenti nazionali»<sup>10</sup>. Ne è scaturita la conclusione che in materia di diritti fondamentali l'ordine pubblico internazionale possa essere incarnato soltanto dai principi e dai valori della Costituzione, non essendovi spazio per leggi ordinarie, che costituiscano esercizio di discrezionalità legislativa.

L'ordine pubblico internazionale è chiamato così a svolgere un ruolo promozionale, di ambasciatore delle più avanzate conquiste del diritto su scala globale<sup>11</sup>. Ogni Corte statale chiamata a valutare la confor-

mità all'ordine pubblico di una norma straniera gioca un ruolo di avamposto nella difesa attiva e nella ricostruzione dello stesso ordine pubblico internazionale.

Tale nuova concezione non porta necessariamente a spalancare le frontiere all'ingresso nell'ordinamento di qualsiasi norma straniera. Quando quest'ultima sia "arretrata", l'ordine pubblico ritrova apparentemente la sua funzione di argine, ma ciò solo perché adempie al suo (nuovo) ruolo di vigilanza sui progressi della civiltà giuridica; l'applicazione del diritto interno non è qui il frutto di una sua primazia formale, ma di una sua maggiore evoluzione rispetto al diritto straniero, al quale viene rivolta una sorta di implicito rimprovero per la sua inadeguatezza.

Esemplare è in tale direzione la giurisprudenza che ha fatto assurgere a principio di ordine pubblico internazionale la risarcibilità dei danni non patrimoniali patiti dai superstiti della vittima di un fatto costituente reato e che ha dunque negato l'applicabilità del diritto straniero, proveniente da Paesi non propriamente esotici (Austria e Serbia), che tale risarcimento non contempla<sup>12</sup>.

Siamo in presenza di un processo circolare che innalza a livello costituzionale, rendendoli indefettabili, principi che sono il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale avanzata, tesa ad adeguare alcuni dei più importanti settori del diritto privato al fondamento personalistico della Costituzione (diritto del lavoro, diritto della responsabilità civile, diritto di famiglia) per poi delimitare in termini corrispondenti l'applicazione del diritto straniero o il giudizio di delibazione delle sentenze e degli atti su di esso fondati: «si tratta di un giudizio (o di un test) simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui il giudice possa motivatamente ritenere che al legislatore ordinario sarebbe ipoteticamente precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con valori costituzionali primari»<sup>13</sup>.

**2.** Per quanto in modo meno vistoso, anche sul terreno del diritto internazionale privato e dell'ordine pubblico si manifesta dunque quel fenomeno di progressivo abbandono della triade "sovranità, territorio

9. Cass. 20 maggio 2011, n. 11163.

10. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599. V. anche, sullo stesso tema e sostanzialmente sulla stessa lunghezza d'onda, Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 e Cass. 31 maggio 2018, n. 14007.

11. In dottrina v. A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 317.

12. V. Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2909, con nota scettica di M. Casoria, «Per aspera sic itur ad astra»: la risarcibilità del danno «parentale» assurge a principio di ordine pubblico internazionale e, più di recente, Cass. 30 aprile 2018, n. 10321.

13. Cass. 30 settembre 2016, n. 19599.

e giurisdizione”, che la dottrina ha collocato all’interno «*di una crisi del monopolio statale della giurisdizione e di una operazione di sganciamento del giudice dallo Stato*»<sup>14</sup>. Sganciamento in questo caso da intendersi non come devoluzione ad altri organi giurisdizionali sovranazionali della potestà decisionale tradizionalmente propria dei giudici nazionali, ma come distacco di questi ultimi dal proprio diritto statale ordinario, considerato, sia pure in via provvisoria e in funzione della regola del caso concreto, subvalente rispetto al diritto straniero o prevalente su di esso, ma solo in nome di principi che trascendono le regole statali. Il tutto in un contesto fluido, non direttamente governato da istituzioni e Corti sovraordinate, e spesso anche povero di norme regolatrici della materia di volta in volta considerata, ancorché sempre sotto l’egida della Costituzione.

È un fenomeno di grande interesse, soprattutto se collocato nel dibattito sui rapporti tra giudici nazionali e diritto sovranazionale di rango potenzialmente costituzionale. Mentre infatti le spinte più favorevoli a un ruolo attivo dei giudici comuni in sede di applicazione del diritto Ue sembrano segnare il passo sui terreni dove erano stati compiuti i maggiori progressi<sup>15</sup>, accade che in un settore poco osservato dell’ordinamento, quasi sottotraccia, quegli stessi giudici comuni si siano ritagliati uno spazio in cui, per il tramite della delibazione del diritto straniero, si esercita di fatto un sindacato diffuso, attraverso quello che, come accennato, è stato definito e rivendicato come un *test* preventivo di costituzionalità.

È ben vero che un simile *test* è ancor meno incisivo della disapplicazione, visto che, oltre ad avere

valore limitato al singolo giudizio, viene condotto su norme straniere e non interne.

Il significato simbolico e culturale non è però da sottovalutare, poiché determina una significativa ricombinazione dei poteri.

Anzitutto, in un sistema caratterizzato dal riconoscimento automatico delle sentenze straniere come quello delineato nella legge n. 218 del 1995 (e nel diritto convenzionale che lo aveva preceduto), l’adozione di una concezione più o meno ampia di ordine pubblico internazionale si riflette anche sui poteri riconosciuti agli organi amministrativi che, specie in alcune materie, sono i primi (e talvolta unici) interpreti del concetto. Si pensi alla materia, non certo secondaria, dello stato civile delle persone e del ruolo in essa rivestito dall’Amministrazione dell’interno.

In secondo luogo, attribuire al giudice comune il compito di esercitare un simile *test* di costituzionalità nell’ambito del diritto internazionale privato va oltre il dovere di interpretazione conforme a Costituzione che, con alterne fortune, grava su di lui quando è chiamato ad applicare le norme nazionali<sup>16</sup>. Proprio in quanto le norme straniere non sono soggette al vaglio di costituzionalità, la lettura che il giudice della delibazione offre delle norme costituzionali è una lettura insindacabile e dunque “irresponsabile”, certo dotata di minor autorità, ma che corre parallela rispetto a quella del giudice delle leggi. Il controllo di costituzionalità sulle norme di rinvio del diritto internazionale privato, pur in astratto ammissibile, è molto più limitato e tortuoso di quello che può esercitare la Corte costituzionale nello sconfessare una erronea interpretazione conforme<sup>17</sup>.

14. N. Picardi, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale dell’associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2009, pp.21-22.

15. Il riferimento è, da un lato, alla nota vicenda *Taricco*, su cui v. A. Natale, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Questionegiustizia on line*, 7 dicembre 2017, [www.questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd-saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso-07-12-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-tappe-della-cd-saga-taricco-e-alcune-riflessioni-in-ordine-sparso-07-12-2017.php), dall’altro lato ai dubbi sollevati da un passo sulla doppia pregiudizialità, contenuto in Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269, in *Foro it.*, 2018, I, c. 406, con nota di E. Scoditti, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*. In tempi recentissimi, la Corte costituzionale è tornata sul tema, facendo alcune precisazioni con la sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, su cui v. A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto europolitano e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) e O. Pollicino - F. Resta, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

16. Sul tema v. di recente M. Ruotolo, *Quando il giudice deve fare da sé*, in *Questionegiustizia on line*, 22 ottobre 2018, [www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se-22-10-2018.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/quando-il-giudice-deve-fare-da-se-22-10-2018.php), e M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.

17. V. G. Barile, *Costituzione e rinvio mobile*, Padova, 1987, pp. 24 ss., a proposito della complementarità tra controllo accentrato di costituzionalità e delibazione del giudice ordinario sul diritto straniero, con la conclusione però che “*la difesa dell’ordine pubblico internazionale garantita dal giudice ordinario è quella che sola si addice in maniera soddisfacente ai casi di rinvio a valori stranieri operato dal diritto internazionale privato*”. La questione può comunque giungere in via indiretta all’attenzione della Corte costituzionale, come accaduto a proposito del citato contenzioso sui danni cagionati dalla Germania durante la II guerra mondiale e sull’immunità degli Stati dalla relativa responsabilità. Tale contenzioso, sviluppatosi prevalentemente sul terreno del diritto internazionale privato, è poi sfociato davanti alla Corte costituzionale a seguito della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 (in *Foro it.*, 2013, I, c. 389, con nota di D. Maltese) e della norma (articolo 3 della l. n. 5 del 2013) che aveva imposto ai giudici nazionali di adeguarsi a detta pronuncia: Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238 (in *Foro it.*, 2015, I, c. 1152, con note di A. Palmieri e A. Sandulli) ha dichiarato illegittimo sia l’articolo

In un sistema che rimette in via esclusiva alla Corte costituzionale «*la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale*»<sup>18</sup>, trasformare il giudizio di delibazione del diritto straniero in un *test* preventivo di costituzionalità rasenta, nelle materie in cui vengono in rilievo delicate questioni identitarie, il conflitto con il giudice delle leggi.

Infine, è interessante cogliere il rapporto che viene così a instaurarsi con il diritto straniero. Perfino il dibattito sul costituzionalismo universale viene a essere scavalcato<sup>19</sup>: lì si contrappongono una concezione chiusa e “sovranistica”, à la *Posner*, gelosa delle proprie leggi e dunque diffidente rispetto alle Costituzioni straniere, e una visione aperta, disposta ad accettare i contributi più avanzati provenienti dal diritto degli altri Stati, in un'ottica di collaborazione nella ricerca della verità del diritto<sup>20</sup>.

Nella concezione dell'ordine pubblico internazionale che sembra farsi strada, mentre si tende a dare più agevole ingresso nell'ordinamento interno ai “sì” più avanzati detti nelle legislazioni straniere, contemporaneamente si nega ingresso ai “no” di quelle legislazioni, considerate per questo retrive. Anche se il risultato finale è sempre quello di evitare l'ingresso della norma straniera, l'ordine pubblico internazionale non opera come strumento di difesa, attraverso cui l'ordinamento interno si rinchiude in se stesso, ma come strumento di propaganda di valori nuovi, di cui si auspica la diffusione e l'affermazione su scala universale. Il che implica anche un giudizio, che può a volte suonare sgradevole per l'implicito senso di superiorità morale che contiene, nei confronti degli Stati stranieri e delle loro legislazioni. Ogni dottrina dei valori, osservava del resto polemicamente Carl Schmitt, si mantiene «*sempre nella posizione di chi rimprovera all'avversario di non vedere valori manifesti, ossia lo squalifica come cieco nei confronti dei valori (wertblind)*»<sup>21</sup>.

**3.** La fragilità di questa così avanzata ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale può essere agevolmente intuita se si considera che essa è venuta a maturazione in una stagione in cui, come accennato, le conquiste del sistema multilivello sono messe in discussione e i controlimiti sembrano aver trovato, dopo un lungo periodo di esistenza solo virtuale e teorica, un concreto modo di esprimersi a difesa della legalità costituzionale nazionale. In un simile contesto, appare inverosimile che il più tradizionale degli *offendicula* posti dall'ordinamento a presidio della sovranità nazionale possa reggere a lungo nel ruolo, in un certo senso rovesciato, di strumento promozionale se non irenistico.

Al pari di tutte le ricostruzioni che tendono a sciogliere la sovranità statale in una più ampia sfera sovranazionale, fondata non più sulla legittimazione formale delle fonti, ma sui valori<sup>22</sup>, anche la lettura aperta e promozionale dell'ordine pubblico internazionale è esposta al pericolo del “brusco risveglio” di cui ha efficacemente parlato la dottrina costituzionalistica a proposito dell'integrazione europea<sup>23</sup>.

Il rischio di rigetto è poi ancor più elevato se si considera che il diritto che bussava alla porta dell'ordinamento nazionale non è neanche un diritto alla cui costruzione contribuisce lo Stato italiano, come invece accade nel diritto prodotto dalle fonti sovranazionali rispetto alle quali opera la pur discussa limitazione di sovranità dell'articolo 11 della Costituzione, e che nei casi più scottanti nemmeno si tratta di un diritto riportabile alle famiglie giuridiche più vicine alla comunità nazionale.

Le critiche rivolte ai fenomeni di costituzionalismo transfrontaliero – arroganza culturale, antidemocraticità, avanguardismo morale – rischiano di attagliarsi ancor meglio al fenomeno che stiamo esaminando<sup>24</sup>.

Alcuni segnali di ridimensionamento sono già visibili.

lo 3 citato, sia, seppur parzialmente, l'articolo 1 della l. n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'articolo 94 della carta delle Nazioni Unite. Sul tema v. i contributi apparsi sul fascicolo 1 di questa *Rivista* nel 2015, sotto il titolo *I diritti fondamentali tra obblighi internazionali e Costituzione*, [www.questionegiustizia.it/rivista/2015-1.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015-1.php).

18. V. da ultimo l'ordinanza del 26 gennaio 2017, n. 24 (in *Foro it.*, 2017, I, c. 393), con cui la Corte costituzionale ha operato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo sul caso *Taricco*.

19. Sul costituzionalismo universale v. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 386 ss.

20. V. la discussione su [www.legalaffairs.org](http://www.legalaffairs.org), 2004 e in particolare i saggi, su posizioni contrapposte, di R. Posner, *No Thanks, We Already Have Our Own Laws* e V. Jackson, *Yes Please, I'd Love to Talk With You*.

21. C. Schmitt, *La tirannia dei valori*, ed. it., Adelphi, Milano, 2008, p. 63.

22. V. in particolare i saggi raccolti in G. Silvestri, *Lo Stato senza principe, La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005.

23. V. M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in [ww.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2016, fasc. 2.

24. Sulle resistenze incontrate da questa corrente specie negli Stati Uniti, v. le pagine di G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit. p. 389.

In una recente e notissima sentenza, con cui è stata ammessa, pur con alcune cautele, la riconoscibilità in Italia dei provvedimenti stranieri di condanna al risarcimento dei danni punitivi, le sezioni unite della Cassazione hanno anche colto l'occasione per una forte puntualizzazione in tema di ordine pubblico: «*la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettività dei diritti fondamentali di difesa, il setaccio si è fatto più largo per rendere più agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non può dirsi altrettanto. Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversità costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso più complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potrà essere perciò arretramento del controllo sui principi essenziali della "lex fori" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potrà attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani. ... L'interrogativo è solo il seguente: se l'istituto che bussa alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione»<sup>25</sup>.*

La sentenza resta di respiro universalistico, ma in essa è leggibile anche un sottile monito ad evitare pericolose fughe in avanti, monito che è stato prontamente colto, oltre che dalla dottrina<sup>26</sup>, dalla prima sezione della stessa Corte di legittimità nell'ordinanza con cui è stata rimessa alle sezioni unite la questione della trascrivibilità in Italia delle sentenze straniere

attributive della paternità rispetto ai nati da gestazione per altri<sup>27</sup>.

Con tale ordinanza, ci si è chiesti infatti se anche in materia di *status* familiari, per dare contenuto all'ordine pubblico internazionale, vada seguito il suggerimento di Cass. n. 16601 del 2017 e si debba fare ricorso anche ai contenuti delle leggi ordinarie, le quali, com'è noto, quando non sanzionano penalmente la maternità surrogata (legge n. 40 del 2004), mantengono un atteggiamento equivoco sulla sorte dei nati da tale pratica. Oltre a ciò, l'ordinanza interlocutoria ha interrogato le sezioni unite su un'altra questione parallela, anch'essa evocativa dell'ordine pubblico, sia pure sotto un diverso profilo: se possa il pubblico ministero impugnare le decisioni sul riconoscimento delle sentenze straniere quando vengano in rilievo "leggi di ordine pubblico" nel senso voluto dall'articolo 73 dell'Ordinamento giudiziario.

Tra le due tematiche non vi è solo un'affinità lessicale, ma una saldatura culturale, che dovrebbe apparire chiara se si considera che le ultime pronunce, risalenti agli anni '70, in cui il potere d'impugnazione del pubblico ministero era stato fondato sull'articolo 73 dell' Ordinamento giudiziario, riguardavano proprio la delibazione di sentenze straniere in materia di *status* personali e familiari (riconoscimento di figlio naturale, rettificazione di sesso ecc.)<sup>28</sup> e che, a proposito di quella giurisprudenza, la dottrina aveva osservato che una simile lettura dell'ordine pubblico era dettata da «*esigenze pratiche di varia natura, tentazioni autoritarie e, forse, l'illusione di poter utilizzare uno strumento tipicamente garantista, come il processo civile, per scopi di difesa sociale*»<sup>29</sup>.

Si assiste dunque, nell'attuale frangente storico, contraddistinto da un ritorno alla sovranità identitaria, non solo alla riemersione di una concezione più chiusa e difensiva dell'ordine pubblico internazionale, ma anche al ritorno di un maggiore attivismo degli organi del pubblico ministero nelle materie riguardanti lo stato e la capacità delle persone. Non sono evidentemente bastate le chiare parole pronunciate dalle sezioni unite della Cassazione nella seconda sentenza sul caso *Englaro*<sup>30</sup>, allorché hanno sottolineato che l'interesse pubblico della cui tutela il pubblico

25. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2503, con nota di C. Salvi, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*.

26. V. criticamente A. Lamorgese, *Luci e ombre*, cit., p. 317.

27. Cass. 22 febbraio 2018, n. 4382. Per un commento v. M. Minutillo Turtur, *Omogenitorialità, ordine pubblico internazionale e status dei minori nati da gestazione per altri con tecnica di procreazione medicalmente assistita all'ombra dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 4832 del 2018*, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it), 2018.

28. Cass. 17 marzo 1970, n. 690, Cass. 3 dicembre 1974, n. 3948, Cass. 7 aprile 1975, n. 1236, Cass. 27 luglio 1978, n. 3769.

29. F. Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, § 4.

30. Cass., Sez. Un., 13 novembre 2008, n. 27145.

ministero è investito non giustifica una sua contrapposizione, attraverso l'impugnazione, all'esercizio dei diritti personalissimi di spessore costituzionale.

Si consideri al riguardo il ricorso presentato dalla Procura di Roma avverso la decisione del sindaco del Comune di Roma che aveva autorizzato la trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di nascita canadese, attestante la doppia genitorialità maschile di una coppia omosessuale che aveva fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero. Dopo aver ripercorso l'evoluzione del concetto di ordine pubblico internazionale che si è sopra sintetizzata, la Procura di Roma ha fortemente criticato le aperture della Cassazione nelle citate sentenze n. 19599 del 2016 e n. 14878 del 2017, sostenendo che «una nozione di ordine pubblico internazionale limitata alle sole disposizioni costituzionali, ovvero addirittura ai valori costituzionali primari, ed a quelle dei trattati internazionali, non ha alcuna base normativa espressa» e comunque finirebbe con lo snaturare il senso di clausola generale dell'ordine pubblico, cristallizzandone il contenuto nei valori costituzionali. Di qui l'accusa alla giurisprudenza di interpretazione normativa o creativa, di invasione del campo riservato al legislatore, con la finale evocazione di una terribile china discendente: poiché non vi è una norma costituzionale o sovranazionale che espressamente lo vieta, nessuno potrebbe impedire in futuro di avallare l'assurdo riconoscimento persino di una filiazione con più di due genitori.

Se dunque si arriva a incoraggiare, da parte di un organo giudiziario, il ricorso alle norme di rango ordinario per frenare un troppo libero affermarsi delle norme costituzionali, in un singolare rovesciamento gerarchico tra di esse, vuol dire che i termini del confronto sono più gravi di quanto ci si potesse aspettare. La legislazione ordinaria non è già più considerata, secondo l'intensa immagine delle sezioni unite nella pronuncia sui danni punitivi, come l'insieme delle norme «che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale», ma come una ridotta della vera identità culturale dell'ordinamento.

**4.** Le considerazioni sin qui svolte non preparano ad alcuna conclusione, né, tantomeno, a prese di posizione.

In attesa degli sviluppi del prossimo futuro, si conferma certo la necessità di maneggiare con parti-

colare cura l'ordine pubblico internazionale, che continua a trovarsi nel punto d'intersezione di tendenze contraddittorie: clausola generale per eccellenza, naturalmente portata a recepire le evoluzioni socio-culturali, ma anche a inseguire le mode del momento, l'ordine pubblico internazionale non dimentica la propria radice identitaria, che riemerge nei momenti di maggiore disorientamento. Il rischio è quello di interpretare i silenzi della Costituzione come assenti impliciti a valori nebulosi (si pensi al "superiore interesse del minore") o che non hanno ancora raggiunto un sufficiente grado di maturazione nella civiltà giuridica interna, con pericolose cadute nel soggettivismo giudiziale.

Un completo rifiuto, da parte dei giudici chiamati a dare concretezza all'ordine pubblico internazionale, della prospettiva evolutiva e promozionale sarebbe tuttavia concepibile unicamente nell'ambito di ordinamenti giuridici che non solo hanno attenzione alla conservazione dello spazio sovrano e sono pronti all'attivazione dei controllimiti, ma che guardano con diffidenza schmittiana alla stessa teoria dei valori e dei diritti fondamentali.

In un sistema costituzionale che invece, pur non avendo certamente rotto ogni legame con lo Stato di diritto nella sua accezione moderna<sup>31</sup>, ha comunque, «in virtù della validità delle norme dei diritti fondamentali, il carattere di sistema giuridico aperto, qualunque sia la dimensione di quest'apertura»<sup>32</sup>, una concezione negativa e difensiva dell'ordine pubblico internazionale non trova più alcuna giustificazione, tanto più che da tempo anche l'ordine pubblico interno ha assunto una dimensione valoriale di ispirazione costituzionale.

La stessa teoria dei controllimiti, pur avendo la propria legittimazione profonda nella sovranità popolare di cui parla l'articolo 1 della Costituzione, non si affida alle determinazioni transeunti delle maggioranze che quest'ultima produce, ma si incarna in quei valori di rango supremo che trovano compiuta espressione nei principi inviolabili della Costituzione. Come è stato osservato, in un sistema a costituzione rigida, i controllimiti trovano una giustificazione proprio e soltanto abbandonando «la tradizionale nozione di sovranità e il tradizionale positivismo legalistico»<sup>33</sup>.

Nel diritto internazionale privato, certo, è assente una previsione vincolante che possa aiutare i giudici, che si debbano confrontare con legislazioni extracomunitarie, nell'interpretazione del concetto di ordine pubblico, autorizzandoli a ricercarne la nozione

31. Secondo l'opportuna precisazione di M. Luciani, *Il brusco risveglio*, cit.

32. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it., Il Mulino, Bologna, 2012, p. 575.

33. G. Silvestri, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, n. 1, 2015 [www.questionegiustizia.it/rivista/2015-1.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015-1.php).

nell'ambito di una comunità più ampia di quella nazionale, sul modello delle identità plurali cui allude il Trattato sull'Unione europea negli articoli 4, par. 2, e 6, par. 3.

Manca un equivalente di quello che è stato definito «*il fattore decisivo di mitigazione del principio di identità*»<sup>34</sup>.

L'articolo 6, par. 3, Tue è tuttavia una norma che, con il suo contemporaneo richiamo alla Cedu e alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, esprime ormai un punto di vista imprescindibile per i giudici europei, fino a connotarne il ruolo, qualunque sia il campo applicativo e l'abito che essi sono chiamati a indossare.

---

34. E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.

# Popolo, Nazione e libero mandato: la sovranità popolare come limite, non già come potere

di Luigi Principato

Se alla sovranità si guarda come potere, il parlamentare ha nel popolo una fonte di legittimazione, in un processo di assimilazione che, sovrapponendo popolo, partito ed eletto, conduce ad un modello plebiscitario di democrazia ed all'istituzione del mandato imperativo di partito. Se, al contrario, la sovranità si interpreta come limite al potere, il parlamentare rappresenta non già il popolo ma la Nazione e l'assenza di vincolo di mandato resta strumento di protezione di una rappresentanza politica che resta rispettosa del ruolo di mediazione fra cittadini e Stato riconosciuto dall'articolo 49 della Costituzione al partito politico.

## 1. Populismo “in pillole” ed effetti sul libero mandato parlamentare

L'articolo 1 della Costituzione aiuta a leggere i più recenti sviluppi della società (non solo) italiana, nelle diverse declinazioni civile, politica e – inevitabilmente – giuridica.

Della disposizione è ormai diffusa una ermeneutica monca e sintetica, nella quale è intenzionalmente elisa una conquista della modernità: si afferma che la sovranità appartenga al popolo, ma si trascura che l'esercizio debba avvenire nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Per questa via si perde il significato più intimo del diritto quale limite al potere<sup>1</sup> e si guarda alla sovranità solo come situazione soggettiva, non anche quale precipitato ed al contempo elemento costitutivo dello Stato di diritto.

La lettura della sovranità come potere e non come limite è una tessera di un più ampio mosaico, la cui traccia essenziale sembra essere la mortificazione dell'efficacia prescrittiva della Costituzione, non a caso oggetto di costanti attacchi, dissimulati anche in più o meno radicali tentativi di riforma.

In questo affresco *plebiscitario*<sup>2</sup>, il popolo è fonte di legittimazione del potere politico; declinato quale somma dei cittadini, esso partecipa con metodo democratico alla determinazione della politica nazionale attraverso i partiti ed i rappresentanti politici, che ne costituiscono quasi articolazioni funzionali.

Per una esigenza antropomorfa, il popolo si entifica e personalizza, riconoscendosi nel vertice rappresentativo del partito. Il “capo” politico ha il ruolo di interpretare, diffondere e tutelare la volontà del popolo, trovando in ciò la propria legittimazione.

Si tratta di una relazione fortemente identitaria, perché soltanto la specularità assiologica consente al

1. A. Pace, *I limiti del potere*, Jovene, Napoli 2008, pp. 5 ss.; L. Carlassare, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 201.

2. Intendendosi il plebiscito nel senso di una professione di fede in un capo, secondo la lettura di M. Weber, *Parlamento e Governo*, trad. it. F. Fusillo, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 107. Si ha plebiscito – da distinguersi dalla consultazione referendaria – laddove vi sia «trasformazione della consultazione popolare in un'attestazione di fiducia in un uomo, in una forza politica, in un (titolare di) organo costituzionale» secondo M. Luciani, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Zanichelli – Il Foto It., Bologna, 2005.

popolo di riconoscersi nell'organo rappresentativo ed, al contempo, di versare in quest'ultimo quella sovranità come potere che deve riconoscersi ai cittadini<sup>3</sup>.

Ciò che accadrebbe senza pregiudizio per la democrazia pluralista, vivificata dal confronto fra diverse forze politiche, intese come strumenti di espressione di quel prisma identitario che è la volontà popolare, destinata ad una *reductio ad unum* in ragione del principio maggioritario: il popolo sovrano è quello che si afferma nella competizione elettorale e, semmai, la democraticità è risolta nella possibilità dell'alternanza<sup>4</sup>.

Una simile lettura del reale riposa – tra gli altri – su alcuni cardini imprescindibili.

Il primo cardine è la crisi del partito politico in quanto strumento per il concorso del cittadino alla determinazione della politica nazionale<sup>5</sup>. L'idealtipo del partito di massa del secondo dopoguerra svolge una funzione quasi pedagogica del popolo<sup>6</sup>, essendo chiamato ad organizzarne le forme cognitive ed espressive, da improntarsi all'attuazione dei valori della Costituzione democratica. Un partito che educa, istruisce e forma, acquisendo il consenso nel dialogo e nel confronto<sup>7</sup>.

Il partito della *post-modernità*<sup>8</sup> si legittima nella relazione identitaria con il popolo e ne intercetta acriticamente le esigenze e le pulsioni, senza stimolo per la riflessione. Tanto che la tecnica comunicativa per la formazione del consenso è quella pubblicitaria, fondata sullo *spot* o sul motto di spirito quale tecnica di captazione dell'adesione emozionale alla raffigurazione di una specifica necessità, in luogo della condivisione intima di una visione del mondo<sup>9</sup>.

Il secondo cardine è la sempre maggiore liquidità dei governati e, conseguentemente, dei governanti, che ha concorso ad esacerbare la crisi della rappresentanza politica<sup>10</sup>.

Il terzo cardine è la frammentazione sociale, che si è sostituita al pluralismo. Il popolo non è la sintesi di una articolata molteplicità, che esprime una volontà collettiva. È piuttosto interpretato come prisma di gruppi contrapposti, la composizione dei quali si trova soltanto nello scontro e nell'affermazione elettorale. In questa democrazia "per parti separate", si afferma l'idea che «la legalità possa, anzi, debba essere il mero prodotto dell'attività della maggioranza parlamentare»<sup>11</sup>, distorcendosi l'essenza della politi-

3. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, pp. 313 ss. guarda al popolo sia "entro" la Costituzione, come insieme di elettori che esercitano attribuzioni costituzionali, sia "al di sopra" di essa, interpretandolo come pubblica opinione: considerato che «solo il popolo effettivamente riunito e presente è popolo», capace di acclamare «un capo o un progetto», nelle democrazie rappresentative «*l'opinione pubblica è la forma moderna dell'acclamazione*», pur non negandosi che la formazione di essa passa per il ruolo essenziale di partiti e gruppi.

4. Per una critica alla tesi che vede nel popolo l'interprete della verità, v. V. Baldini, *Populismo versus democrazia costituzionale. In "dialogo" con Andreas Voßkuhle*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2018.

5. La letteratura giuridica sui partiti politici è sterminata e non può essere ridotta ad essenziali riferimenti bibliografici, fra i quali comunque v. P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.* XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 66 ss. e, di recente, M. Gorlani, *Ruolo e funzione costituzionale del partito politico*, Cacucci, Bari, 2017. Per una lettura di grande rigore giuridico ed elevata sensibilità politica, v. L. Elia, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, ora in *Costituzione, partiti, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 77 ss.

6. E. Scoditti, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in questo fascicolo.

7. Al punto di essere elevato ad elemento costitutivo della forma di Governo nella lezione di L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 634 ss., il quale, pur consapevole del fatto che «le forme di Governo dello Stato democratico non possono più essere né classificate né studiate, anche dal punto di vista giuridico, prescindendo dal "sistema dei partiti"», non nasconde il "disagio" di includere tale sistema «tra le varianti istituzionali delle forme di Governo». Nel senso che i partiti siano presupposti della forma di Governo, ma non elementi costitutivi di essa, M. Luciani, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, 2010 il quale precisa (Id., ult. op. cit., p. 568) che per forma di Governo deve intendersi «l'insieme delle regole giuridiche dei rapporti fra i poteri e gli organi costituzionali titolari di attribuzioni decisionali di natura politica».

8. Se si preferisce, nella *post-democrazia* (C. Crouch, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003).

9. C. De Fiore, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *costituzionalismo.it*, 1/2018 «*Unità ed indivisibilità della Repubblica*», il quale evidenzia che la metamorfosi postdemocratica dei partiti li rende strumenti del *leader*, descritto come un imprenditore politico alla conquista degli elettori-consumatori (nota 48), in un sistema che confonde concorrenza e concorso democratico alla determinazione della politica nazionale.

10. Se si vuole, L. Principato, *Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare*, in *Rivista AIC*, 4/2012, pp. 19 ss.

11. F. Bilancia, *Dal governo democratico-rappresentativo al governo a mera legittimazione popolare (brevi riflessioni sui mutamenti di regime)*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Jovene, Napoli, 2009, p. 1816.



ca, che da affermazione di libertà<sup>12</sup> diviene dominio di una *elite*. Con il che la sineddoche è compiuta e si confonde il popolo (portatore della verità) con una fazione elettorale (espressione, al più, di *una* verità)<sup>13</sup>.

Il corollario di tali presupposti si coglie sul piano della funzione parlamentare.

Se la volontà del popolo è potere sovrano che, attraverso il partito guidato da un *leader*, plasma la politica nazionale, il parlamentare è chiamato ad eseguirne le determinazioni: partito politico e gruppo parlamentare si giustappongono, senza che sia possibile più distinguere l'immagine del reale dalla sua proiezione<sup>14</sup>. In altri termini, la democrazia rappresentativa si trasforma in democrazia identitaria<sup>15</sup>.

L'eletto trae la propria legittimazione, all'atto di investitura, direttamente dal popolo e ad esso non può che ricondurre ogni propria funzione, essendo tenuto a realizzarne quel coacervo di esigenze, bisogni ed aspettative che si traducono in sintesi nella volontà popolare (in realtà, di un certo popolo e non del popolo nel suo insieme) e si risolvono nell'azione attraverso la quale si plasma la politica nazionale.

Il che svuota di contenuto, va da sé, il principio della libertà del mandato parlamentare, già minato alle fondamenta dal quel transfughismo che, talvolta legittimo<sup>16</sup> e talaltra dettato ora da ragioni ideali, ora da mera convenienza politica se non addirittura economica, costituisce una pratica applicazione della crisi della rappresentanza politica.

Il precipitato della svalutazione dell'articolo 67 della Costituzione si coglie *i)* dalle frequenti proposte di riforma della disposizione; *ii)* dal fiorire, negli

statuti dei partiti politici (dei movimenti o nei regolamenti dei gruppi parlamentari), di norme che espressamente sanzionano il parlamentare dissidente, anche comminando pene private in uno all'espulsione od all'obbligo di dimissioni; *iii)* in parte, pur se insieme a ben diverse ragioni di garanzia del corretto funzionamento dei lavori assembleari, dalle modifiche dei regolamenti parlamentari, che collegano al cambio di gruppo parlamentare la decadenza dalla carica di vicepresidente o segretario (articolo 13, comma 1, *bis* Regolamento Senato; articolo 5, comma 3, Regolamento Camera) o in genere dei componenti dell'ufficio di Presidenza (articolo 27, comma 3 *bis*, Regolamento Senato).

Ebbene, non sembra ancora giunto il tempo di un epitaffio del libero mandato parlamentare, perché i presupposti sui quali lo si pretende di fondare, per come descritti in estrema sintesi, appaiono assai fragili se guardati alla luce del diritto costituzionale positivo, contraddetto proprio nel considerare il popolo, siccome titolare della sovranità, il soggetto della relazione di rappresentanza politica con l'eletto.

## 2. La rappresentanza politica e la funzione del libero mandato parlamentare

La rappresentanza è una finzione<sup>17</sup> nella quale v'è al contempo la situazione soggettiva – che collega il rappresentante ai terzi con cui interagisce – ed il rapporto con il rappresentato<sup>18</sup>.

12. H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, Einaudi, Torino, 2006.

13. Dimenticando, in tal modo, che «il popolo non esiste se non in forme e manifestazioni parziali» (P. Rosanvallon, *Pensare il populismo*, trad. M. De Pascale, Castelvecchi, 2017, p. 26. Per la nozione costituzionale di popolo, v. D. Nocilla, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 341 ss., il quale rammenta che già nell'Assemblea costituente alla nozione di popolo come soggetto unitario, insieme di governanti e governati, capace di volere e titolare di soggettività giuridica, si opponeva quella di popolo come insieme dei soli governati (contrapposti ai governanti), guardati come una realtà multiforme di soggetti, enti, associazioni cui si imputano variegati ed anche contrapposti interessi.

14. Osserva A. Mannino, *L'abuso della mobilità parlamentare: ripensare il divieto di mandato imperativo*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 135 ss. che il parlamentare sarebbe subordinato agli orientamenti politici espressi dal partito cui appartenga, legittimati dagli elettori al momento del voto. Donde l'evidente svalutazione dell'articolo 67 della Costituzione.

15. M. Luciani, *Il referendum abrogativo*, cit., pp. 24 ss., il quale descrive il processo osservando che il «popolo si identifica nei partiti (che anzi, "sono" il popolo); i partiti si identificano con lo Stato (perché la volontà dello Stato, manifestata in Parlamento, è quella della maggioranza partitica); attraverso i partiti, per conseguenza, il popolo si fa Stato».

16. Sulle difficoltà della valutazione della mobilità parlamentare, v. N. Zanon, *Il transfughismo parlamentare: attenti a non toccare ciò che resta del libero mandato*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 139 ss.; A. Spadaro, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1985, p. 34.

17. Osserva C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, che «La dialettica del concetto [di rappresentanza] consiste nel fatto che l'invisibile è presupposto come assente ed è al tempo stesso reso presente».

18. D. Nocilla e L. Ciaurro, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, p. 544. Si legge in C. Esposito, *La rappresentanza istituzionale*, (già in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Cedam, Padova, 1939, pp. 303 ss.), in *Scritti giuridici scelti, II, Teoria generale dello Stato e diritto costituzionale prerепubblicano*, Napoli, Jovene, 1999, p. 369 che il *proprium* della rappresentanza consiste «in una situazione giuridica per cui il rappresentante come tale, entro determinati limiti, sta giuridicamente in luogo del rappresentato».

Non v'è una effettiva differenza strutturale fra rappresentanza giuridica e politica, nel senso che in entrambe esistono situazione e rapporto, pur se connotati da caratteristiche del tutto peculiari<sup>19</sup>. Radicale è, di contro, la diversità quanto al bene tutelato, poiché solo nella rappresentanza politica, in cui si trasmettono «identità culturali, valori, idee, convincimenti morali», si ha «capacità di orientamento di comportamenti umani e di intere visioni del mondo»<sup>20</sup>.

Nella rappresentanza giuridica si ha specifica determinazione dei limiti e dei poteri del rappresentante, al fine di assicurare la migliore cura del particolare interesse del rappresentato. Lo stesso accadeva in alcune<sup>21</sup> Assemblee medievali, laddove l'incarico conferito al rappresentante, revocabile ed oneroso, recava le prescrizioni vincolanti (*cahiers de doléance*) che impedivano il regolare funzionamento delle assemblee, quando venissero in discussione argomenti per i quali non era stata conferito alcun potere rappresentativo<sup>22</sup>.

In ciò riposa la genesi del principio del libero mandato parlamentare: esso, da prerogativa regia diviene strumento per assicurare il regolare funzionamento delle assemblee, così come il vincolo di mandato assicurava a contee, baliaaggi e corporazioni uno strumento di protezione verso l'esercizio del potere del sovrano<sup>23</sup>.

Al contempo, però, in questo processo evolutivo il rapporto rappresentativo si affranca dalla cura degli interessi particolari dei rappresentati, per divenire

funzionale alla protezione di un superiore e più ampio bene giuridico.

La palingenesi avviene in occasione della convocazione degli Stati Generali disposta da Luigi XVI: nel decreto che fissa la riunione del 23 giugno 1789 il sovrano si affanna a porre un divieto di mandato imperativo per i rappresentanti, affinché sia assicurato il regolare svolgimento dei lavori assembleari; ma nel contempo, Sieyès sollecita la convocazione di «tutti i rappresentanti della Nazione» e promuove la costituzione dell'Assemblea nazionale. Proprio nella sala della Pallacorda il 20 giugno 1789 viene data lettura del celebre giuramento, illuminante per la compiuta comprensione delle esigenze sottese alla successiva negazione della validità dei mandati imperativi.

Vi si legge che «L'Assemblea nazionale» è «chiamata a stabilire la Costituzione del regno, ad operare la rigenerazione dell'ordine pubblico». I rappresentanti del Terzo stato che in essa siedono, pur se per incarico di singoli mandanti e con prescrizioni espresse nei *cahiers*, divengono il motore di una rivoluzione politica e sociale che – pur rispettando ancora l'istituzione Monarchica – trascende l'atto di preposizione che ne fonda i poteri ed il mandato conferito dagli «elettori», ponendosi quale strumento d'attuazione di un diverso e superiore interesse collettivo.

In questo modo la situazione rappresentativa diviene preminente rispetto al rapporto, tanto che si nega alla radice l'ammissibilità della revoca degli eletti<sup>24</sup>, pur non ignorandosi le problematiche del

19. In senso contrario, G.U. Rescigno, *Alcune note sulla rappresentanza politica*, in *Dir. e soc.*, 1995, pp. 543 ss. ritiene che rappresentanza politica e rappresentanza giuridica non siano in rapporto di genere a specie, ma siano «congeneri», atteso che l'una ha caratteristiche strutturali completamente distinte dall'altra.

20. M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Atti del Convegno Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, Giuffrè, 2001, p. 112.

21. G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Costituzionalismo.it*, «sottolinea la eterogeneità delle assemblee parlamentari medioevali; del tutto eccentrica era l'esperienza inglese, nella quale la regola era piuttosto quella della *plena potestas* e dell'autonomia dei rappresentanti, dunque dell'assenza di mandato imperativo». Nel contesto anglosassone costituisce un segno di continuità e non di rottura, dunque, il noto discorso agli elettori di Bristol di Edmund Burke del 1774 (E. Burke, *Discorso agli elettori di Bristol del 3 novembre 1774*, in *Works*, I London, 1834, pp. 180 ss.), nel quale gli interessi di parte si accompagnano a quello superiore della Nazione.

22. Si legge in A. Marongiu, *Il Parlamento in Italia nel Medio Evo e nell'Età moderna. Contributo alla storia delle istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 499, nota 64, che Filippo il Bello, nella convocazione degli Stati Generali del 1302, invito i rappresentanti a presentarsi «muniti di pieno espresso e sufficiente mandato, per ascoltare, ricevere e fare ciò che il re avrebbe ordinato e per consentire a ciò, senza addurre il pretesto di doversi recare a riferire».

23. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'art. 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 69 ritiene che «la nullità dei mandati imperativi non derivò affatto dalla costruzione di una coerente teoria rappresentativa, ma ebbe lo scopo preciso di impedire la secessione della nobiltà e la conseguente minaccia all'esistenza stessa dell'Assemblea. [...] considerare nulle le clausole imperative dei *cahiers*, fu in definitiva un atto di autotutela». L'Autore, pertanto, distingue l'efficacia esterna dei vincoli di mandato, negandola in particolare verso l'Assemblea, dall'efficacia *inter partes*, pur nella consapevolezza che una simile distinzione non tiene conto del fatto che i vincoli medesimi intanto hanno un senso in quanto possano tradursi in attività compiuta proprio ed esclusivamente nell'Assemblea stessa. In senso analogo, v. G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari*, cit., p. 4.

24. G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari*, cit., p. 5, nota 25, riporta un episodio occorso il 6 novembre 1790: una delegazione della Corsica si presentò innanzi all'Assemblea per comunicare che quel dipartimento aveva deliberato la revoca del proprio deputa-

controllo e della responsabilità dei deputati, analizzate dallo stesso Robespierre<sup>25</sup>.

La libertà del mandato parlamentare continua a garantire al contempo il funzionamento dell'assemblea elettiva e la cura di un interesse superiore rispetto a quello imputabile ai rappresentati anche nel vigore dello Statuto Albertino, che all'articolo 41 recepisce la formula della rappresentanza della Nazione e del divieto di mandato imperativo. Attraverso l'esperienza fascista, durante la quale il bene protetto nell'esercizio della funzione parlamentare si è risolto nell'interesse superiore dello Stato, il principio è giunto sino alla Costituzione del 1947, pur nella palinogenesi dell'interesse protetto desumibile dalla corretta esegesi del riferimento alla "Nazione" come entità rappresentata.

### 3. La fragilità della critica populista alla libertà del mandato parlamentare: la nozione di popolo, guardata sotto la lente della rappresentanza politica dell'incapace

Per meglio intendere quali difficoltà dissimuli la superficialità dell'ipostatizzazione della sovranità popolare, quale fonte di legittimazione e vincolo alla libertà del mandato parlamentare, conviene riflettere sulla nozione di *popolo*, soffermandosi in particolare sulla rappresentanza politica dell'incapace.

Nel modello di democrazia identitaria fondata sul plebiscito, si assiste ad una superfetazione del rapporto rappresentativo, a discapito della situazione giuridica del rappresentante: questi, siccome trae responsabilità dal popolo attraverso i partiti, si pretende che ad esso soggiaccia, con la conseguenza che a) sia possibile eterodeterminarne la condotta e l'esercizio delle funzioni attraverso prescrizioni vincolanti, articolate per il tramite di mezzi informatici<sup>26</sup> o nella forma di vere e proprie direttive di partito; b) il rappresentante cessi l'esercizio dell'ufficio, laddove non

si uniformi alle direttive imposte, per effetto di istituti quali la decadenza o la revoca del mandato.

Nella rappresentanza giuridica, all'incapacità è connesso un sistema di protezione *ex lege*, come nel caso della responsabilità genitoriale o della tutela: la condotta del rappresentante è funzionalizzata alla migliore cura dell'incapace, tanto che la struttura della situazione soggettiva è descritta in termini di potestà e non di diritto soggettivo. La fonte del potere rappresentativo è la legge, che ne conforma l'esercizio assicurando all'incapace, che non potrebbe spendersi in attività negoziale, il sorgere di una relazione giuridica caratterizzata – ancora una volta – sia in termini di rapporto che di situazione rappresentativa.

Per comprendere cosa accada, invece, nella rappresentanza politica, occorre intendersi sul significato di *popolo* quale titolare del potere sovrano. Se esso fosse solo corpo elettorale o Stato-apparato, si dovrebbe pervenire alla inaccettabile, elitaria ed errata conclusione che l'incapace sia estraneo alla collettività dei "cittadini"<sup>27</sup> e non abbia parte nella relazione rappresentativa.

Addirittura, se si interpretasse il principio maggioritario nel senso che popolo fosse solo la parte che si afferma nelle elezioni (postulando l'assimilazione di governanti e governati), dovrebbe concludersi che non potrebbero mai essere tali gli incapaci, cui è precluso l'elettorato attivo e passivo.

Il paradosso lascia intendere che c'è un popolo *oltre* i diritti politici, che si pone in un rapporto dialettico, sia con il corpo elettorale che con l'organizzazione statale, assicurato da una pluralità di fattori: l'opinione pubblica, i partiti politici e le altre formazioni sociali, la massima circolazione delle idee e via discorrendo<sup>28</sup>.

La comunità è un coacervo di pulsioni, desideri, esigenze e variegate letture del reale.

Un caos che, trovato il proprio ordine nella Costituzione, si fa società e diviene popolo.

L'incapace è parte del rapporto rappresentativo, proprio perché la «sovranità del popolo esiste solo nei limiti e nelle forme in cui la Costituzione la organizza, la riconosce, la rende possibile, e fin quando

---

to, sostituendolo con un nuovo eletto. L'istanza non venne accolta, proprio a tutela dell'organo assembleare da pressioni esterne e particolaristiche, con ciò concretizzando la preminenza della sovranità della Nazione rispetto alla volontà di singoli baliaggi o siniscalcati.

25. Cfr. M. de Robespierre, *Sul governo rappresentativo*, trad. it. a cura di A. Burgio, Manifestolibri, Roma, 1995, il quale guardava infatti alla pubblicità dei lavori ed alla revoca quali garanzie del sistema; resta il fatto che la tesi della revocabilità dei deputati, in situazioni estreme quale sanzione e strumento per farne valere la responsabilità, non sarà recepita neanche nella Costituzione montagnarda del 1793.

26. Si pensi al sistema *Rousseau* del Movimento 5 stelle.

27. Il termine si utilizza in senso lato, inclusivo anche degli stranieri stanziati sul territorio, in forma stabile od occasionale, legittima od illegittima.

28. In questo senso, D. Nocilla, *Popolo*, cit. pp. 364 ss., il quale analizza le diverse forme di manifestazione della sovranità popolare.

sia esercitata nelle forme e nei limiti del diritto. Fuori dalla Costituzione e dal diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e le sue debolezze»<sup>29</sup>.

Si abbia della capacità giuridica una concezione atomistica<sup>30</sup>, organica<sup>31</sup> o gradualistica<sup>32</sup>, l'esercizio dei diritti costituzionali (che non implicino il compimento di atti giuridici) postula la sola capacità di intendere e di volere<sup>33</sup>: la soggettività giuridica è la chiave per comprendere come l'incapacità non sia mai ostacolo all'appartenenza ad una comunità, atteso che essa è riconosciuta, nelle forme prescritte dalla Costituzione, come sineddoche della titolarità e dell'esercizio dei diritti costituzionali e, *amplius*, come strumento per lo sviluppo della personalità umana<sup>34</sup>.

Proprio la riscoperta della portata precettiva dell'articolo 1 della Costituzione nella sua interezza, svela l'inganno della apodittica assimilazione di governanti, governati, organizzazione statale e formazioni intermedie, sulla quale si vorrebbe fondare una idea di democrazia identitaria, con il corollario della svalutazione dell'articolo 67 della Costituzione.

La sovranità appartiene al popolo solo nei limiti e nelle forme della Costituzione, proprio perché in questo modo si riafferma l'idea del diritto come argine al

potere e si plasma l'arbitrio della massa, rendendolo ordine, ossia sovranità<sup>35</sup>.

Solo in questo ordine sovrano v'è spazio anche per quella parte di popolo che sarebbe altrimenti incapace di esercitare la sovranità come potere e si riscopre l'essenza della relazione rappresentativa<sup>36</sup>, nella dimensione di situazione giuridica e dunque oltre l'angusto ambito del rapporto eletto-elettore.

#### **4. Il combinato disposto degli articoli 49 e 67 della Costituzione: la rappresentanza politica crea un nesso fra Nazione ed eletto, oltre il corpo elettorale ed il popolo stesso**

Alla determinazione della politica nazionale concorre l'elettore, così come l'incapace di agire e, per di più, l'incapace naturale: la dimensione della soggettività giuridica si valorizza nel disposto dell'articolo 49 della Costituzione, che qualifica parte di una relazione politica il cittadino senza distinzioni, anche di capacità, attribuendo<sup>37</sup> al partito politico il delicato compito di mediazione fra società e Stato.

29. C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana (Saggi)*, Cedam, Padova, 1954, p. 6.

30. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it., Einaudi, Torino 1967, pp. 77 ss., per il quale l'attività giuridica è la sommatoria delle situazioni attive o passive in cui il soggetto concretamente si trovi, le quali devono essere analizzate disgiuntamente giacché è la loro sommatoria a dare la complessiva sfera giuridica dell'uomo.

31. A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 12 ss., guarda alla capacità come idoneità ad essere soggetto di rapporti giuridici, sovrapponendola alla soggettività giuridica intesa come unità.

32. La definizione è in M. Cuniberti, *Art. 22*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto ed M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, p. 476: la capacità come "misura della personalità" è in F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società Ed. Foro It., Roma, 1951, p. 119 – Ristampa a cura del Centro Aud. St. Univ. Camerino, Camerino, 1998 – il quale riconosce che «non vi è alcun uomo, il quale non sia soggetto di rapporti giuridici», ma precisa come «la soggettività o personalità [non] sia attribuita a tutti gli uomini nella stessa misura», di tal che «la capacità giuridica è la misura della personalità giuridica riconosciuta a ciascun uomo o, in altre parole, la misura della sua partecipazione all'ordinamento giuridico» (Id., ult. op. cit., p. 120).

33. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2005, p. 311. Si è sostenuto (P. Barile, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Cedam, Padova, 1966, p. 31) che «il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; restando per altro salva l'effettiva capacità naturale: per grandi linee può dirsi infatti che sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza».

Qualificando la libertà come pretesa a che i terzi si astengano da illegittime interazioni con la sfera giuridica del titolare, P.F. Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni, I, II ed. ampliata*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 254 ss. nota 38 afferma che «i diritti di libertà – tutti i diritti di libertà, nessuno escluso – hanno carattere personale e non possono essere esercitati per il tramite di rappresentanti. E vengono, perciò, come tali direttamente goduti dai titolari delle rispettive pretese, ancorché civilisticamente incapaci e bisognevoli, quindi, di essere sostituiti od integrati nell'esercizio degli eventuali poteri corrispondenti». V. altresì P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, III. Ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 105; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1997, p. 110.

34. Se si vuole, L. Principato, *Obbligo di vaccinazione, "potestà" genitoriale e tutela del minore*, in *Giur. cost.*, 2017, pp. 3139 ss.

35. V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (1954)*, ora in *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 114 ss.

36. La rappresentanza, infatti, non è una «mera funzione organizzativa dello Stato, in vista ed in ragione del dogma dell'unità politico-ideale del popolo» (G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, p. 25).

37. Pur se non in via esclusiva (A. Ciancio, *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissidente*, in *Federalismi.it*, n. 13, 13 giugno 2018, p. 6). Sulla crisi della funzione di intermediazione dei partiti politici e le conseguenze di essa sulla rappresentanza della Nazione,

Al contempo, nell'articolo 67 della Costituzione il parlamentare rappresenta la Nazione, non già il popolo, che pure concorre alla determinazione della politica nazionale, proprio per il tramite dei partiti.

In tal modo la Costituzione ordina l'esercizio della sovranità: invero l'idea di politica come libertà di partecipare alla costruzione di un modello di società, riconosce e protegge l'interesse di tutti ad offrire un contributo nell'edificazione della casa comune, ma separa nettamente l'ufficio di parlamentare dalla molteplicità del reale e dalla naturale tendenza all'affermazione di una certa idea di realtà, da una certa *verità* che è già etimologicamente intrinseca nella struttura del partito politico, inteso come associazione tesa alla realizzazione di un *certo* modello di vita in comune.

Nell'esperienza liberale la *Nazione*<sup>38</sup> si identifica soggettivamente con la borghesia, il motore della rivoluzione e della crisi dell'*Ancien regime*, ossia con una classe assai articolata ma portatrice di interessi sufficientemente omogenei e, soprattutto, accomunata dal fine di osteggiare l'assolutismo regio. Se nell'esperienza fascista la Nazione viene a coincidere con lo Stato, nella Costituzione del 1947 il concetto è riempito di significato attraverso il quasi pacifico riferimento ad un vincolo di carattere etnico e culturale<sup>39</sup>.

È stato autorevolmente sostenuto che nell'articolo 67 della Costituzione Nazione significhi popolo<sup>40</sup>. La tesi desta perplessità.

In primo luogo per un argomento di diritto positivo: vi sono norme costituzionali che fondano una dicotomia concettuale fra cittadini e Nazione. È il caso dell'articolo 51, comma 3, della Costituzione: se per l'ammissione ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, la legge può «parificare ai cittadini anche gli italiani non appartenenti alla Repubblica», ciò significa che la Nazione ed il popolo italiano sono insieme non del tutto sovrapponibili.

In secondo luogo, per la necessaria diversità strutturale dei concetti, fra i quali è ben vero che vi sia un elemento di simpatia, giacché entrambi sono mosaici non riducibili ad unità, ma non è men vero che la distanza fra essi torni a marcarsi considerando che la Nazione è un fenomeno articolato nello spazio (sommatoria di individui, enti intermedi, formazioni sociali) e nel tempo (muove dalle generazioni passate, al fine di consentire a quelle attuali di preoccuparsi di quelle future), laddove al contrario il popolo è «vivente collettività degli appartenenti allo Stato»<sup>41</sup>.

In ragione di ciò, si è efficacemente proposto di distinguere la rappresentanza del popolo dalla rap-

v. A. Sterpa, *Come tenere insieme la "disintermediazione" istituzionale e la rappresentanza della Nazione?*, in *Federalismi.it*, 19 dicembre 2018.

38. La concezione moderna della Nazione sembra nascere proprio con le rivoluzioni borghesi: nelle città-stato greche o nell'esperienza romana (anche imperiale, cfr. G.F. Ferrari, *Nazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, pp. 1 ss.) la nozione può essere ricostruita piuttosto sotto il profilo etnico o culturale, ma l'accezione *post* rivoluzionaria e, segnatamente, romantica, la quale è improntata ad una tendenziale coincidenza tra Nazione culturale e Nazione territoriale, dotata di una struttura politica autonoma, è di più difficile applicazione a tali esperienze (C. De Fiore, *Nazione e Costituzione*, Napoli, Giappichelli, 2005, pp. 15 ss. in specie nota 57, richiamando Aristotele, *Politica*, VII, H, 7, 1327 b aderisce alla tesi secondo la quale proprio il perseguimento della unità costituzionale contribuisce "a fare del popolo greco una *Nazione*, in senso *politico* e non soltanto etnico"). Certo è che dopo il 1789 i fattori oggettivi (etnico, religioso, linguistico ed istituzionale) si sommano a quello volontaristico soggettivo (G.F. Ferrari, *Nazione*, cit. p. 4) e nelle rivoluzioni borghesi si ricostruisce intorno all'idea di Nazione proprio la forma della sovranità (non già popolare, né ancora statale, bensì) appunto nazionale. Non è questa la sede per una compiuta ed esaustiva esegesi del concetto di Nazione, ma rileva che il concetto sia da sempre sotteso da una connotazione fortemente individualistica (v. F. Chabod, *L'idea di Nazione*, Roma-Bari, Laterza, 1961, il quale principia il saggio proprio con la lapidaria affermazione «Dire senso di nazionalità significa dire senso di individualità storica». Osserva P. Carrozza, *Nazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2004, pp. 132 ss. che per i «grandi teorici liberali *Nazione* è uno dei principali elementi costitutivi dello Stato, è la giustificazione [...] dell'unità politica, ciò che differenzia e giustifica la formazione di un gruppo organizzato come comunità indipendente», richiamando conseguentemente l'idea di Sieyès, secondo il quale «La Nazione è preesistente a tutto, è l'origine di tutto») ed è teleologicamente orientato a costituire solida base sulla quale ricostruire un sistema di sovranità contrario a quello assolutistico, aristocratico e clericale. In questa ottica, si comprende come V. Crisafulli – D. Nocilla, *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, p. 806 ritengano che costituisca prova della continuità dello Stato italiano – secondo la nota visione Crisafulliana – il fatto che nella Costituzione i concetti di Nazione e Stato-comunità siano talora sovrapponibili ed in altri casi non coincidenti, ciò che «troverebbe a sua volta spiegazione nella circostanza che, per quanto trasformato ne sia sotto molti aspetti l'ordinamento (e per quante modificazioni abbia in precedenza subite), Lo Stato italiano è la prosecuzione dello Stato italiano risorgimentale, venuto formandosi sul tronco dell'antico Regno di Sardegna, in nome – appunto – del principio di nazionalità: tardiva conquista dell'unità politica da parte di una preesistente Nazione culturale».

39. Per un'acuta analisi, ricca di riferimenti bibliografici, v. C. De Fiore, *Sulla rappresentanza della nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*, in *Dir. soc.*, 2017, pp. 20 ss. (specie note 3 e 4).

40. L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1995, p. 104.

41. V. Crisafulli e D. Nocilla, *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 813; V. Crisafulli, *La sovranità*, cit., pp. 426 ss., ove si afferma che nell'art. 67 Cost. il popolo vivente è la Nazione stessa, ma al contempo si chiarisce che ne rappresenta una sezione temporale specifica, caratterizzata dalla attualità, lasciando intendere che la Nazione ha, per conseguenza, un ambito semantico assai più ampio, proprio perché diacronico.

presentazione della Nazione<sup>42</sup>, chiamando il parlamentare al difficile compito di porre al fondamento dell'esercizio del mandato non già la cognizione delle pulsioni o dei sentimenti del popolo, bensì le esigenze ed i bisogni della Nazione.

Il che vivifica il libero mandato parlamentare e lascia intendere lo stretto nesso che lega le due proposizioni normative dell'articolo 67 della Costituzione: il parlamentare rappresenta la Nazione e, proprio per questo, non sussistono vincoli di mandato né verso il popolo nel suo insieme, né verso il corpo elettorale in specie, né verso il partito politico di appartenenza.

Affermazione, quest'ultima, che richiede però un chiarimento sul ruolo dei partiti nella democrazia rappresentativa, oggi.

## 5. La determinazione della politica nazionale e la rappresentanza della Nazione. Affinità e divergenze

L'affermazione del *Parteinstaat* qualifica il partito politico come ingranaggio della determinazione della politica nazionale, ma – alla luce dell'articolo 49 della Costituzione – solo in quanto strumento di esercizio di un diritto che è attribuito direttamente ai cittadini.

Non è possibile in questa sede trattare con la dovuta cura il ruolo e la funzione del partito politico nell'ordinamento italiano, ma v'è spazio per una riflessione nella prospettiva del libero mandato parlamentare.

È stato sostenuto che «il formarsi in seno alla

popolazione di partiti politici implica [...] l'esistenza di un interesse generale, distinto dall'interesse dei singoli, la cui particolare visione ed il perseguimento vengono fatti propri dal partito che, con il consenso degli elettori, tende ad assumere la posizione di *rap-presentante*»<sup>43</sup>.

In tale processo, il partito diviene progressivamente “parte totale”<sup>44</sup>: la lezione di Mortati ha trovato riscontro nelle più recenti affermazioni di alcune forze politiche italiane che, anche in ragione del successo elettorale, hanno preteso di porsi come interpreti qualificati (per non dire unici) dei bisogni della Nazione<sup>45</sup>, secondo una deriva marcatamente plebiscitaria<sup>46</sup>.

Lo stesso Kelsen non esitava ad auspicare «un controllo permanente dei deputati da parte dei gruppi di elettori costituiti in partiti politici», cui attribuiva la facoltà di revoca dall'ufficio e, addirittura, la possibilità di designare i parlamentari alla stregua di funzionari, scegliendoli di volta in volta in ragione della materia da trattare<sup>47</sup>.

In realtà, «il divieto di mandato imperativo importa che il parlamentare è libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito ma è anche libero di sottrarsene; nessuna norma potrebbe disporre che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito»<sup>48</sup>.

L'idea del “partito della Nazione” non è coerente con una lettura sistematica della Costituzione, sia nel presupposto logico (il partito come parte totale, per dirla con Mortati), sia nella conseguenza, che pretenderebbe di affermare l'esistenza di un “mandato imperativo di partito”<sup>49</sup>.

In realtà il partito politico è ancora oggi lo stru-

42. C. De Fiore, *Sulla rappresentazione della Nazione*, cit., pp. 24 ss.

43. D. Nocilla e L. Ciaurro, *Rappresentanza politica*, op. cit., 572, i quali osservano che, per effetto dell'affermazione dei partiti politici, i parlamentari vengono eletti non perché riscuotono direttamente la fiducia degli elettori, bensì perché sostenuti da un partito cui gli elettori si affidano, per la realizzazione di un programma condiviso.

44. Secondo la nota espressione di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1969, pp. 795 ss. e Id., *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova, 1956, pp. 111 ss., con la quale si pone l'accento sulla consustanzialità tra l'idea di partito e l'esigenza di tradurre un'ideologia generale in azione concreta dello Stato.

45. Alla tentazione di divenire parte totale o “partito della Nazione” hanno ceduto in molti: da Forza Italia al Partito democratico, fino al Movimento 5 stelle, ma già a suo tempo la Democrazia cristiana di De Gasperi, come si legge in C. De Fiore, *Sulla rappresentazione della Nazione*, cit., pp. 39 ss.

46. La tesi è espressa da G. Leibholz, *Crisi della rappresentanza e sistemi elettorali*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, n. 3, specie p. 480, secondo il quale l'elettore designa la lista, prima ancora che il candidato; da D. Nocilla e L. Ciaurro, *Rappresentanza politica*, cit., p. 572, nota 164, rilevano – pur criticamente – che «I partiti politici [...] introducono nel sistema un elemento plebiscitario».

47. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *La Democrazia*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 89.

48. Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964.

49. N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare*, cit., pp. 89 ss. A. Spadaro, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, cit., pp. 21 ss. ha rilevato il contrasto fra il combinato disposto degli artt. 1 e 49 Cost, dai quali si potrebbe desumere l'esistenza di un mandato di partito, e l'art. 67 Cost., che ne sancirebbe un esplicito divieto. Cfr. D. Nocilla, *Il libero mandato parlamentare*, in Aa. Vv., *Il Parlamento*, Atti del XV convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Firenze 12-14 ottobre 2000, Cedam, Padova, 2001, pp. 47 ss. P. Ridola,

mento per lo sviluppo e l'affermazione di una certa visione della società e, per ciò stesso, marca una significativa distanza sia dalla nozione di popolo sia da quella di Nazione, in ciò accomunate dal carattere pluralistico delle tensioni che in esse si rappresentano, senza necessariamente individuare una sintesi.

Così riqualificato il ruolo del partito politico nell'ordinamento, esso appare coerente rispetto al libero mandato parlamentare, anche alla luce di una realistica considerazione del rapporto che fra eletto ed elettori si instaura all'interno del partito stesso.

Il mandato parlamentare, infatti, può concretamente operare «solo nel quadro di precondizioni che consentano al parlamentare di essere parte di una “società aperta” di interpreti della Costituzione»<sup>50</sup>.

Esso è elemento di una dialettica che implica il confronto ma che continua ad assicurare al rappresentante della Nazione un'autonomia di riflessione e decisione, in tutti i casi in cui l'indirizzo promosso dal partito politico di appartenenza, pur rispondendo alla tutela dell'interesse generale nell'ambito della specifica e parziale visione del mondo che il partito stesso caratterizza<sup>51</sup>, non si apprezzi allo stesso modo nei confronti di una più ampia analisi nel tempo e nello spazio, cui

il parlamentare è tenuto in ragione del proprio officio.

La “società liquida”<sup>52</sup> permea la struttura dei partiti politici «sempre meno portatori di identità collettive e sempre più “pragmatici” disposti a rendere relativi i propri valori *costitutivi*, negoziando ogni cosa, ma rendendo in tal modo indeterminato il legame di rappresentanza che ne legittima l'azione politica e parlamentare in particolare»<sup>53</sup>.

Il che enfatizza la libertà del mandato parlamentare (non solo verso gli elettori, ma soprattutto) verso il partito di appartenenza, siccome votato a consentire la rappresentanza (o rappresentazione, per dirla con De Fiores) della Nazione ed, al contempo, il corretto funzionamento dell'assemblea<sup>54</sup>.

Se ne può inferire che, a Costituzione invariata, non possano ritenersi ammissibili né istituti quali la decadenza prevista dall'articolo 160 della Costituzione del Portogallo del 1976<sup>55</sup> né sanzioni pecuniarie o di diverso tipo previste negli statuti dei partiti o dei gruppi parlamentari<sup>56</sup>, per il parlamentare che aderisca ad un partito diverso da quello in cui sia stato eletto<sup>57</sup>. Destano perplessità, al contempo, pur richiedendo un maggiore approfondimento, vincoli di vario genere all'attività di organi dello Stato, riscontrabili

---

*Divieto di mandato imperativo e pluralismo politico*, in Aa.Vv., *Studi su le fonti normative e altri temi di vario diritto pubblico in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova, 1985, pp. 679 ss.

50. P. Ridola, *La rappresentanza parlamentare fra unità politica e pluralismo*, in *Diritto e società*, 1994, p. 724.

51. Il che lascia intendere quale rilievo possa avere l'organizzazione interna del partito politico, necessaria a realizzare il metodo democratico affermato dall'art. 49 Cost. In tema v. F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giapichelli, Torino, 2017 e, di recente, gli interessanti interventi alla tavola rotonda «*Gli statuti dei gruppi parlamentari alla prova dell'art. 67 della Costituzione*», in *federalismi.it*, n. 13, 20 giugno 2018.

52. Z. Bauman, *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

53. G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari*, cit., p. 18.

54. In senso contrario, N. Zanon, *Il divieto di mandato imperativo e la rappresentanza nazionale: autopsia di due concetti*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, atti del convegno di Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 131 ss., il quale ritiene che la rappresentanza generale e l'assenza di mandato imperativo siano stati progressivamente fagocitati dalla crisi dei partiti, non più portatori di ideologie generalmente condivise; dal localismo e, più in generale, dall'emergere di interessi settoriali e parziali, che premono per un riconoscimento sul piano politico nazionale; dalla crisi del concetto stesso di Nazione, che è crisi della sovranità sia verso l'alto (si pensi all'Unione europea ed ai principi dell'integrazione) che verso il basso (si pensi alla rappresentanza del territorio).

55. L'art. VIII, sez. 6 della Costituzione del Minnesota prevede il *recall* in caso di «grave atto od omissione commessi nel corso del mandato, o condanna per grave crimine nel corso del mandato»; l'art. I, sez. 33 della Costituzione di Washington condiziona l'istituto al ricorrere di un «atto illecito o abuso d'ufficio commesso nel corso del mandato, od alla violazione del giuramento prestato al momento di accettare l'incarico».

56. Si può discutere se tali clausole sia affetta da nullità (in questo senso, A. Cerri, *Osservazioni sulla libertà del mandato parlamentare*; R. De Maria, *Una “clausola vessatoria” in bilico fra la democrazia rappresentativa e la tutela giurisdizionale dei diritti*; G. L. Conti, *Sfera pubblica e sfera privata nella rappresentanza. La giustiziabilità dell'art. 67 Cost. nella sua attuazione da parte dello statuto di un gruppo parlamentare*, tutti in *Federalismi.it*, n. 13, 13 giugno 2018, con interessanti e doverose precisazioni – delle quali non è possibile dare conto in questa sede – in ordine alla distinzione fra limiti di legge, limiti previsti negli statuti dei partiti politici e limiti contenuti nei regolamenti dei gruppi parlamentari).

57. Ritiene legittima la sanzione della decadenza in caso di transfughismo del parlamentare A. Mannino, *La mobilità parlamentare tra principio democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato*, in *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, a cura di L. Carlassarre, Cedam, Padova, 2001, p. 79, muovendo dal presupposto che «Il divieto di mandato imperativo [...] diventa inoperante nei confronti degli istituti (partiti, gruppi parlamentari) che caratterizzano l'articolazione democratica dello Stato (A. Mannino, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 69) e realizzano in concreto la funzione rappresentativa».

in accordi siglati dalle forze politiche al Governo<sup>58</sup>.

Resta il concreto problema della giustiziabilità<sup>59</sup>, cui qui è possibile solo un accenno.

Occorre individuare gli strumenti ed il giudice competente a conoscere le ipotesi di lesione del libero mandato parlamentare, cagionata da tentativi di regolazione (negoziale, nei gruppi parlamentari o nei partiti) che pretendono di coartare la rappresentanza della Nazione, offrendo una nuova lettura plebiscitaria della democrazia rappresentativa.

Ai rimedi dinanzi al giudice comune (civilistici – l'impugnazione della sanzione eventualmente comminata ed il connesso accertamento della nullità o inefficacia della clausola limitativa del potere di rappresentanza – ed in ipotesi anche penalistici), si

affianca l'ipotesi del conflitto fra poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale, che non si è mostrata del tutto chiusa ad una interpretazione estensiva del profilo della legittimazione attiva e passiva, atta a riconoscerla al singolo parlamentare ed al gruppo parlamentare<sup>60</sup>.

Ma oltre le forme di tutela, giurisdizionale o non, del libero mandato – in uno alla incostituzionalità delle ipotesi di riforma dell'articolo 67 della Costituzione, siccome nucleo essenziale della forma di Stato – resta una questione che il diritto può solo lambire, perché attiene alle fondamenta del vivere comune: il significato della politica nella *post-modernità*, sul quale il tema della rappresentanza politica aiuta a riflettere.

58. In merito, v. M. Carducci, *Le dimensioni di interferenza del "contratto" di governo e l'art. 67 Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 13, 13 giugno 2018, il quale analizza il fenomeno in rapporto ai cd. accordi di coalizione, anche in chiave comparativa.

59. Nel caso di clausole limitative del libero mandato contenute negli statuti dei gruppi parlamentari, v'è comunque la possibilità di rimedi – pur se poco efficaci siccome sprovvisti di sanzione – di carattere procedurale, ancor prima che giurisdizionale: il Presidente della Camera può infatti esercitare una funzione di controllo, dovendo garantire il buon andamento dei lavori assembleari (in questo senso, R. Bin, *La strana risposta del presidente Fico: è così che si rilancia il ruolo del Parlamento?*, in *lacostituzione.info*).

60. Fra i molti interventi sul tema, per tutti, v. R. Borrello, *Il conflitto di attribuzioni del singolo parlamentare: riflessioni sparse sulla cornice teorica di un istituto dai contorni ancora sfumati, in attesa del deposito dell'ordinanza della Corte*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1 del 2019. V. Corte cost. 10 gennaio 2019, n. 17, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org) ed in numerosi commenti alla decisione, editi su [ww.federalismi.it](http://ww.federalismi.it).



# Norma polisemica e discorso populista

di Giampiero Buonomo

Per conseguire una vera e propria alterazione dell'equilibrio dei poteri, a vantaggio di una concezione populistica della gestione della cosa pubblica, da un decennio la legistica si è piegata all'utilizzo di formulazioni normative ambigue o polisenso. La prima vittima di questa pratica è la Giurisdizione, che soffre di ingerenze crescenti della Legislazione, alla cui supremazia si sacrifica sempre più spesso la generalità ed astrattezza della norma. I controveleni interni ed esterni al procedimento legislativo appaiono spesso impotenti a frenare la deriva in via preventiva, scaricando sulla Corte costituzionale un controllo in via successiva che, giocoforza, risente delle strettoie dell'incidentalità con cui si investe il Giudice delle leggi.

## 1. Patologia della norma manifesto

«Ogni precetto normativo contenuto nell'atto è formulato evitando qualsiasi ambiguità semantica e sintattica e rispettando, per quanto possibile, sia il principio della semplicità che quello della precisione»: qual è il fine a cui tende questa prescrizione, collocata all'esordio del testo<sup>1</sup> che disciplina la legistica italiana? Se, come pure è stato sostenuto, *ex nihilo nihil* l'ambiguità è foriera soltanto di una sciatteria da evitare, o persegue un preciso programma politico? E se sì, quale? Si tratta di una versione nostrana della "manomissione" dell'Esecutivo sulle procedure parlamentari<sup>2</sup>, a vantaggio di una concezione populistica della gestione della cosa pubblica? Per scoprirlo, occorre partire dall'esame della modalità con cui per

prima la patologia si è fatta, da inutile<sup>3</sup>, pernicioso, cioè dalla norma manifesto.

Fedele alla regola secondo cui la storia si ripete in farsa, la legislazione italiana – ad inizio del decennio – scelse di mettere in opera una buffa scimmiettatura della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Il testo dell'articolo 5, con cui l'Assemblea costituente francese dava attuazione all'abolizione dei privilegi feudali, proclama, tra l'altro, che «*Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito*». Duecento anni dopo, un testo carico di significato storico-politico, prima che giuridico, venne riproposto in una pluralità di norme del sottobosco legislativo nostrano, nell'evidente sottotesto che occorreva una simile "clausola generale" per recidere il vincolismo amministrativo che sareb-

1. Si tratta del § 2 della circolare «Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi», emanata in pari data dalle presidenze delle Camere e dalla presidenza del Consiglio dei ministri il 20 aprile 2001, cui fece seguito la circolare della presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001 (Circolare n.1/1.1.26/10888/9.92, recante «Guida alla redazione dei testi normativi», pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2001, S.O. n. 105). Si tratta di testi per lo più riproduttivi delle circolari delle presidenze delle Camere del 28 febbraio 1986 e di quella, in identico testo, della presidenza del Consiglio dei ministri del 25 febbraio 1986, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 123 del 29 maggio 1986, S.O. n. 40.

2. Così la definisce, in Francia, Olivier Bonnefoy, *Les relations entre Parlement et Conseil Constitutionnel : les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'activité normative du Parlement*. Droit. Université de Bordeaux, 2015, § 40.

3. «Se dovesse prendersi alla lettera, una legge-manifesto supererebbe giocoforza qualunque analisi di fattibilità, perché il suo vero obiettivo si esaurisce nell'annuncio di una norma»: M. Ainis, *Attuazione di norme a mezzo di norme*, in *Giur. cost.*, fasc. 3, 1996, p. 2015, nota 7.

be stato presente nella “Costituzione economica” del nostro Paese.

Cominciò il disegno di legge costituzionale Atto Camera n. 4144 (presentato il 7 marzo 2011, iniziativa del Governo Berlusconi IV), volto ad aggiungere al primo comma dell’articolo 41 della Costituzione le faticose parole «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». La relazione governativa correlava la proposta novella con disinvolti giudizi sul testo licenziato dal Costituente: «è noto che l’articolo 41 emerge da un retroterra culturale scettico, allora, nei confronti del sistema di libero mercato»; il suo terzo comma avrebbe delineato «un modello di economia dirigista, nel quale sono poste su uno stesso piano l’attività economica pubblica e quella privata»; le «intrinseche contraddizioni presenti nella disposizione» avrebbero «riguardato essenzialmente la possibilità di conciliare il pieno riconoscimento dell’iniziativa economica privata con la previsione di un’economia di tipo dirigistico». «La crisi economica degli ultimi anni ha riaperto il dibattito giuridico sull’articolo 41 riproponendo i dubbi interpretativi presenti nella disposizione», pur «frutto di un alto compromesso tra diverse anime all’interno dell’Assemblea costituente»: ecco perché la frasetta del 1789 assume una valenza decisiva, per raddrizzare nel senso della piena tutela della libera iniziativa questo testo costituzionale che «se da un lato non ha imposto una normazione decisamente dirigista o comunque contraria ai principi del libero mercato né la cassazione di norme che si avviavano sulla strada della libertà dei mercati e dell’economia, dall’altro lato ha permeato di sé ampia parte dell’intervento pubblico nell’economia».

Tanto convinta era quella maggioranza della necessità di riaprire la questione, che, prontamente arenatasi la revisione costituzionale, pensò bene di farne oggetto di due diversi interventi legislativi. In fase di conversione del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, la legge 15 luglio 2011, n. 111 introdusse un articolo 29, comma 1-bis che prevedeva una “ghigliottina” normativa sulle norme incompatibili col principio in questione: la faceva però scattare ad otto mesi dall’entrata in vigore della legge di conversione, quando «ciò che non sarà espressamente regolamentato sarà libero».

Nemmeno un mese dopo, nuovo cambio di fronte: «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» diventa principio incorporato direttamente nell’articolo 3, comma 1, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, sia pure con una serie di eccezioni. Ma anche qui, Rodomonte inciampa sulla sua stessa

lama: il comma 3 generalizza l’effetto abrogativo a tutto l’ordinamento della Repubblica, ma nello stesso tempo dilaziona la ghigliottina alla scadenza al 30 settembre 2012. Per fortuna, ci pensò la Corte costituzionale a recidere questo nodo oramai avviluppato inestricabilmente: con la sentenza 17-20 luglio 2012, n. 200, il Giudice delle leggi caducava il comma 3, «sotto il profilo della ragionevolezza, determinando una violazione che si ripercuote sull’autonomia legislativa regionale garantita dall’articolo 117 della Costituzione, perché, anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, ingenerando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici».

La rampogna contro l’automaticità dell’abrogazione, unita all’indeterminatezza della sua portata, era declinata in rapporto alle competenze regionali conculcate, stante il ricorso in via principale che aveva dato origine al giudizio: ma la Corte non si limitò ad evidenziare come la «valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti». La relatrice al § 7.5 del *Considerato in diritto* non manca di sottolineare l’inanità dell’intera operazione: «l’atto impugnato, infatti, non stabilisce regole, ma piuttosto introduce disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza. (...) tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali». «Poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell’ordinamento statale» (§ 8.2).

C’è pur qualcosa che distingue questa clausola dalle non infrequenti rodromontate del Legislatore, e che la rende invece l’archetipo di tutte le successive vicende di emersione del populismo giuridico a livello legislativo. La chiave è proprio in quel precedente del 26 agosto 1789. È noto come quella Dichiarazione rivestisse anche un valore gius-filosofico, tanto che il Maestro del diritto parlamentare italiano vi ha rinvenuto la «norma-manifesto del costituzionalismo»<sup>4</sup>: ma ciò accresce i sospetti verso un Legislatore (viep-

4. Così G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 103, in riferimento all’articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 («Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la

più quello ordinario) che utilizza la stessa tecnica delle “fasi costituenti” per scopi tutti interni al “potere costituito”. Non dimostrarono certo uno spiccato senso del ridicolo coloro che scimmiottarono quella formula, adottata mentre i tizzoni della Bastiglia erano ancora caldi, per spacciare una menzogna storiografica, falsa quanto meno per un evidente difetto di proporzioni: la *vulgata* secondo cui la cosiddetta “prima Repubblica” aveva soffocato le “forze vive” del mercato, né più né meno di quanto avevano fatto i ministri dell’*Ancien Régime* nei confronti della borghesia d’Oltralpe.

La norma diventava quindi un enunciato polisemico: nel mentre affermava un metodo ermeneutico dell’atto adiettivo e del suo rapporto con le (auspiccate) “liberalizzazioni”, essa spacciava un’erba magica idonea a dare un significato alla “seconda Repubblica”: la transizione esiste nella misura in cui si rinnega lo Stato servile, cui il regime dei partiti aveva infeudato l’economia di uno Stato liberale (e liberista). Poco importava se questa visione non collimasse col dirigismo di liberaldemocrazie europee altrettanto, se non più, consolidate; ancor meno importava abbandonare l’antica critica allo sconfinamento del Legislatore nel

metagiuridico<sup>5</sup>, senza neppure riconoscere legittimità al “controvveleno” del sindacato di costituzionalità, che la dottrina aveva individuato per temperare gli eccessi del potere legislativo così scatenati<sup>6</sup>. Si confermava invece la deriva verso «una legislazione spesso fatta di annunci estemporanei e iniziative volte a impressionare gli elettori, per poi essere dimenticate»<sup>7</sup>.

Sarebbe però semplicistico ritenere che la vittima di questa deriva sia soltanto la legistica, a fronte del cui vuoto formalismo s’impone il rasoio di Occam, per corrispondere con immediatezza alle esigenze che prorompenti salgono dal Paese reale. Quando ad esempio si segnalò che la riforma Monti-Fornero (legge n. 92 del 2012) in più punti manifestava i più classici caratteri proprio della norma-manifesto<sup>8</sup>, vi fu, chi, al suo interno, evidenziò una norma in particolare, il comma 48: esso si prestava non soltanto ad una lettura come “norma inutile”<sup>9</sup>, ma anche come «una norma-manifesto contro i giudici»<sup>10</sup>.

Che l’organizzazione del lavoro della magistratura rientri in un ambito riservato all’autogoverno<sup>11</sup>, è in effetti assunto opinabile, non utilizzato neppure nel tentativo di contestare la legittimità dell’articolo 16 del decreto legge 12/09/2014, n. 132<sup>12</sup>; ma che le

separazione dei poteri determinata, non ha costituzione»).

5. Per le critiche che furono accese soprattutto contro le leggi di riforma agraria e nazionalizzazione dell’energia elettrica, che si valevano della delegazione legislativa per dettagliare in norme cogenti le scelte politico-economiche enunciate nella fonte primaria, v. G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 158 ss.

6. L. Paladin, *Il sindacato della Corte costituzionale sull’utilità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 144 ss.

7. B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 41.

8. A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, 2012, Utet, Torino, 2012, p. 10: l’articolo 1 dimostra «la bella intenzione di realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico in grado di contribuire alla creazione di occupazione», cui segue «un elenco di strumenti contrassegnati come tali dal gerundio introduttivo, ma che a ben vedere sono anch’essi obiettivi». Al suo interno, P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, fasc.1, 2013, p. 147 giudica «velleitaria la pretesa di discutere le finalità o le ragioni che sono state poste alla base della riforma per dichiarazione espressa del legislatore storico (nella norma-manifesto: cfr. articolo 1, comma 1, lett. c)».

9. «Non solo perché ciascun giudice ha sempre trattato i licenziamenti insieme alle altre cause di lavoro, ma soprattutto perché il problema non è tanto la calendarizzazione delle udienze, quanto piuttosto la durata complessiva dei processi»: L. Cavallaro, *Il processo del lavoro al tempo dei «tecnici»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.1, 2013, p. 287.

10. Si tratterebbe infatti di una norma che tradisce il convincimento che l’eccessiva durata dei processi sia in larga misura ascrivibile al loro scarso impegno sul lavoro, al punto da agitare lo spettro dei procedimenti disciplinari per obbligarli a lavorare di più: L. Cavallaro, *Il processo del lavoro al tempo dei «tecnici»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.1, 2013, p. 287.

11. La premessa alla circolare n. P. 10588 del 22 aprile 2011 (Delibera del 21 aprile 2011 e succ.mod.) si limitava, correttamente, a dichiarare che «il Consiglio superiore della magistratura è intervenuto frequentemente, sia con circolari sia in sede di risposta a specifici quesiti, in ordine alle modalità di godimento delle ferie da parte dei magistrati. Si tratta, invero, di un tema di un particolare rilevanza, giacché involge, per un verso, l’esercizio di un diritto irrinunciabile costituzionalmente garantito e, per altro verso, la necessità di assicurare il corretto funzionamento degli uffici giudiziari nel corso dell’intero anno solare, ivi compreso il periodo feriale di cui all’art. 90 O.G.».

12. La sentenza della Corte costituzionale 7 ottobre 2015, n. 222, che dichiarò il difetto di rilevanza della questione, dà conto del fatto che con ordinanza del 23 settembre 2014, il Tribunale ordinario di Ragusa aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della norma soltanto «in riferimento agli articoli 3 e 77, secondo comma, della Costituzione». In particolare, la questione di legittimità costituzionale in punto di ragionevolezza si limitava ad argomentare che «parificando il periodo di congedo ordinario riconosciuto ai magistrati a quello degli altri impiegati civili dello Stato, senza tener conto delle peculiarità dell’attività giudiziaria, mostrerebbe un assetto normativo inidoneo ad assicurare la concreta ed integrale fruizione, da parte dei magistrati, dei trenta giorni di congedo ordinario riconosciuti agli impiegati civili dello Stato, realizzando una disparità di trattamento rispetto a questi ultimi non giustificata e non ragionevole. Si tratterebbe di una parificazione solo apparente, perché la riforma non derogherebbe alla necessità che il giudice rispetti i termini per il deposito dei provve-

guarentigie – che assistono le funzioni requirente e giudicante – siano sempre più frequentemente sotto attacco è un fatto, di recente assunto addirittura a conflitto tra poteri (conclusosi con l’annullamento parziale dell’articolo 18, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177)<sup>13</sup>, ma da anni oramai costatato nel sindacato di costituzionalità delle leggi-provvedimento.

## 2. Eccesso di potere legislativo e leggi-provvedimento

I due contrapposti schemi dell’eccesso di potere legislativo – quello di Carnelutti sul vizio dell’organo legislativo che eserciti una potestà riservata ad altri poteri, e quello di Mortati sul «sorpasamento dei limiti posti all’esercizio della discrezionalità»<sup>14</sup> lata del legislatore – si dimostrano quindi assai più convergenti di quanto appaiano *prima facie*. La permeabilità delle frontiere tra i tre poteri si può apprezzare appieno quando si versa in un ambito di giustizia amministrativa, dove vengono in campo sia la sostituzione all’atto amministrativo con la legge, sia la sottrazione della sua sindacabilità al giudice amministrativo. In tali casi la Corte osserva che «in assenza nell’ordinamento attuale di una “riserva di amministrazione” opponibile al legislatore, non può ritenersi preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre

nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidate all’azione amministrativa [...] con la conseguenza che il diritto di difesa [...] non risulterà annullato, ma verrà a connotarsi secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, trasferendosi dall’ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale» (sentenza n. 62 del 1993)<sup>15</sup>.

Si tratta del massimo livello cui perviene la “giurisdizionalizzazione” della fattispecie della legge provvedimento, il cui contenuto, a monte, sarebbe di diritto sostanziale: come ricorda la Corte costituzionale nella sentenza n. 103 del 2013, «tale contenuto viene ad incidere su rapporti ancora in corso, vanificando il legittimo affidamento», nel caso concreto quello di «coloro che hanno acquistato beni immobili». In effetti, l’ingerenza del Legislatore nel Giudiziario<sup>16</sup> nasce come ombra proiettata sul processo da una regolamentazione in sé stessa sbilanciata del rapporto sostanziale, la cui (nuova) disciplina può ledere l’affidamento – legittimamente sorto nei soggetti destinatari – quale principio connaturato allo Stato di diritto<sup>17</sup>. Né è un caso che la sua tutela, nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo, sia stata originata da una giurisprudenza di diritto sostanziale (la violazione del *test* di legittimità e di proporzionalità, per l’arbitrarietà o imprevedibilità dei risultati della norma giuridica che limita i diritti)<sup>18</sup>, per poi dilagare *sub specie* di violazione dell’articolo 6 paragrafo 1

---

dimenti, anche qualora questi scadano nel periodo di sospensione feriale e nel corso del periodo di congedo ordinario. Il magistrato sarebbe, dunque, tenuto, come nel passato, a prestare la propria attività lavorativa anche durante il periodo di congedo ordinario, non potendo sottrarsi all’obbligo di predisporre e depositare gli atti i cui termini scadano nel corso delle proprie ferie».

13. Corte costituzionale 6-7 novembre 2018, n. 229, che ha dichiarato che non spettava al Governo della Repubblica adottare la norma, nella parte in cui prevede che «[e]ntro il medesimo termine, al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il Capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all’inoltro delle informative di reato all’autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale», e conseguentemente annullava tale disposizione nella parte indicata. Il ricorso è stato giudicato «fondato, essendo stata lesa la sfera di attribuzioni costituzionali del ricorrente delineata dall’articolo 109 della Costituzione. Nel presente caso, le peculiarità della disposizione oggetto di conflitto pongono innanzitutto in discussione la diretta dipendenza funzionale della Polizia giudiziaria dall’autorità giudiziaria. L’articolo 18, comma 5, del d.lgs n. 177 del 2016 prevede infatti, in capo alla Polizia giudiziaria, obblighi informativi in deroga al segreto investigativo in favore di soggetti, estranei al perimetro della Polizia giudiziaria stessa, che si identificano nei superiori gerarchici dei responsabili dei presidi di polizia di volta in volta interessati. Proprio questo aspetto pone in tensione il principio delineato dall’articolo 109 della Costituzione, con assorbimento, invece, delle censure relative all’asserita lesione dell’articolo 112 della Costituzione»: § 4 del *Considerato in diritto* della sentenza cit.

14. G. Arconzo, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentoale*, cit., pp. 201-211.

15. È evidente che le due procedure non sono esattamente fungibili, perché occorre trovare un atto amministrativo esecutivo della legge-provvedimento da impugnare e, poi, un giudice disposto a sollevare la questione di legittimità costituzionale, nella forma dell’incidente di costituzionalità.

16. Per la quale v. anche la sentenza n. 209 del 2010, § 5.1 del *Considerato in diritto*.

17. E. del Prato, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giurisprudenza italiana*, gennaio 2014, pp. 26-30.

18. A ben vedere, le statuizioni di Strasburgo affidano l’effettiva protezione dei diritti anche ad un elevato *standard* di qualità della legge, tale da offrire al cittadino sufficiente chiarezza sulle circostanze e le condizioni in cui un suo diritto potrebbe essere sacrificato (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 25 giugno 1997, caso *Halford*, § 49). Ma, soprattutto, tale *standard* prevede (in conformità coll’arti-

della Convenzione (che, ponendo i principi della preminenza del diritto e dell'equo processo, comportano il divieto di interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione dei motivi imperativi di interesse generale)<sup>19</sup>.

Già nella sentenza n. 93 del 2010 la Corte costituzionale aveva citato giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul divieto di interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale: in quel caso, però, la ricognizione dei precedenti europei, effettuata dalla Corte costituzionale italiana, si fece carico di una lettura che salvaguardasse la possibilità di sanare le discrasie tra le varie giurisprudenze<sup>20</sup>. Ricorrenti sono comunque diventati i casi in cui lo scrutinio di costituzionalità è svolto per il tramite dello scrutinio di "convenzionalità" (il che avviene a seguito di questione incidentale che denunci del contrasto fra la norma impugnata e l'articolo 6 della Cedu, norma interposta per valutare la violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione): nella sentenza 1-4 luglio 2013, n. 170 è stato sostenuto che «lo stato del giudizio e il grado di consolidamento dell'accertamento, l'imprevedibilità dell'intervento

legislativo e la circostanza che lo Stato sia parte in senso stretto della controversia, sono tutti elementi considerati dalla Corte europea per verificare se una legge retroattiva determini una violazione dell'articolo 6 della Cedu». Si tratta di figure sintomatiche di illegittimità dell'ingerenza, che oramai la Corte costituzionale «considera vincolanti anche per l'ordinamento italiano»<sup>21</sup> – pur se derivanti da pronunce non direttamente rivolte all'Italia – in quanto «contengono affermazioni generali, che la stessa Corte europea ritiene applicabili oltre il caso specifico»<sup>22</sup>.

### 3. Ingerenza del Legislativo nel giudiziario

Ma fu sul cosiddetto "caso Ilva" che il giudice italiano delle leggi si pose il problema di dettare una linea che avrebbe potuto, virtualmente, condurre ad una censura del Legislatore che, con la legge, ne forzasse i limiti della generalità ed astrattezza<sup>23</sup>: non si può, in proposito, non vedere una reazione alla grossolanità del retrotesto populista con cui il Governo del momento semplificava l'alternativa tra ambiente e lavoro evocando, come meccanismo di innesco del problema, il sequestro giudiziario dell'impianto, e

---

colo 13 della Convenzione europea) che si assicuri l'effettività della tutela, a prescindere dal fatto che la violazione sia stata compiuta da chi agisca investito di pubblico potere (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 4 maggio 2000, caso *Rotaru*, § 64).

19. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza Sez. II 7 giugno 2011, *Agrati ed altri contro Italia*. Tale orientamento trova i suoi precedenti nei casi *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri contro Francia* del 21 giugno del 2007, *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis contro Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinski e altri contro Francia*, del 28 ottobre 1999, che censurano la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modifichino retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica. Nel caso *Zielinski e altri contro Francia*, in particolare (come prima nel caso *Papageorgiou contro Grecia*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 ottobre 1997), si è riaffermato il principio che nega ogni indebita interferenza del legislatore, fatta salva la sussistenza di «motivi imperativi di interesse generale».

20. «Questa prassi può essere suscettibile di comportare una violazione dell'art. 6 della Cedu, risolvendosi in un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia. (...) Ciò posto, occorre rilevare che la Corte di Strasburgo non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore, dal momento che in varie occasioni ha ritenuto non contrari all'articolo 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali. La legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso *Forrer-Niederthal contro Germania*, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 febbraio 2003). (...) In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore» (Corte costituzionale, sentenza n. 93 del 2010).

21. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze 27 maggio 2004, *Ogis Institut Stanislas contro Francia*; 26 ottobre 1997, *Papageorgiou contro Grecia*; 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society contro Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del nord*.

22. Ne è derivato che – sia per violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzione, sia per violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 6 della Cedu – la citata sentenza 1-4 luglio 2013, n. 170 ha caducato una normativa che, ampliando il novero dei crediti erariali assistiti dal privilegio nell'ambito delle procedure fallimentari, regolava rapporti di natura privata tra creditori concorrenti di uno stesso debitore, con effetti retroattivi, fino ad influire sullo stato passivo esecutivo già divenuto definitivo, superando così anche il limite del giudicato "endo-fallimentare".

23. A partire dalla sentenza 22 gennaio 1957, n. 28 la Corte costituzionale ha chiarito che il rispetto del potere discrezionale del legislatore presuppone che «le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*». Nella sentenza 22-29 maggio 2013 n. 103, la Corte costituzionale – in riferimento alle norme retroattive, anche di interpretazione autentica – prosegue lungo questa strada, censurando quelle in cui la retroattività non trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale».

non la situazione di permanente pericolo in cui versavano lavoratori e popolazione tarantina. La sentenza della Corte costituzionale 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85 esordì, comunque, in maniera molto equilibrata: «la prevalente dottrina e la giurisprudenza di questa Corte non considerano la legge-provvedimento incompatibile, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri stabilito dalla Costituzione» (§ 12). Rispetto ai due fronti di possibile «ingerenza» del cattivo esercizio della funzione legislativa, il livello amministrativo e quello giurisdizionale, quella sentenza «capostipite» si soffermò anzitutto sul primo, ribadendo che «nessuna disposizione costituzionale [...] comporta una riserva agli organi amministrativi o «esecutivi» degli atti a contenuto particolare e concreto» (già così in sentenza n. 143 del 1989). Con riferimento al secondo fronte, quello che paventa il pericolo di ingerenze del Legislativo nella funzione giurisdizionale, la Corte ha inoltre precisato che «la legittimità costituzionale di tale tipo di leggi va valutata in relazione al loro specifico contenuto, con la conseguenza che devono emergere i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione (*ex plurimis*, sentenze n. 137 del 2009, n. 267 del 2007 e n. 492 del 1995)».

La sentenza n. 85 del 2013 è, ancora una volta, quella che reca l'impianto argomentativo più interessante, in proposito: non può essere consentito al legislatore di «risolvere, con la forma della legge, specifiche controversie e di vanificare gli effetti di una pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tu-

tela dei diritti e degli interessi legittimi»<sup>24</sup>. Si tratta di una statuizione che la Corte costituzionale affianca a quelle delle due principali Corti sovranazionali europee, senza commenti; eppure la discrasia dei punti di partenza – proprio nel caso Ilva – è di tutta evidenza, quanto meno nell'ampiezza delle deroghe e della stessa diversità tra le «vie di fuga» prescelte<sup>25</sup>. Rispetto all'esito della sentenza del 2013, che comunque accordò fiducia al Legislatore rigettando la questione di legittimità costituzionale, la consonanza con Strasburgo, proclamata in linea di principio, è ancora lungi dall'essere conseguita.

La strada successivamente intrapresa dal Legislatore ha messo a dura prova la statuizione secondo cui il bilanciamento deve essere condotto senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sent. n. 85 del 2013). Nel dichiarare incostituzionale la norma secondo cui «l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso di riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori»<sup>26</sup>, la sentenza 7 febbraio 2018, n. 58 ha ricordato proprio che il bilanciamento deve «rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzio-

24. La sentenza 9 aprile-9 maggio 2013, n. 85 cita, come precedente, la sentenza n. 94 del 2009, conforme a sentenza n. 374 del 2000.

25. La Corte costituzionale punta sul passaggio in giudicato della pronuncia giurisdizionale come limite invalicabile per qualsivoglia «ingerenza» legislativa sulla *causa petendi*, soprattutto se la avviene con l'emanazione di norme retroattive o comunque – pur se non configurate come retroattive in senso tecnico – applicabili alle disposizioni idonee a travolgere provvedimenti giurisdizionali definitivi (sentenza n. 364/2007); ciò perché, se vi fosse un'incidenza sul giudicato, la legge lederebbe i principi relativi ai rapporti tra poteri e le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (sentenze nn. 282/2005, 525 del 2000, 374 del 2000 e 15 del 1995). La giurisprudenza della Corte Edu ha invece fatto ricorso alle «impellenti ragioni di interesse pubblico» per eccezionare alcuni limitati casi all'operatività della regola secondo cui il principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo custoditi nell'articolo 6 della Cedu precludono l'interferenza dell'Assemblea legislativa nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia» (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, sentenza 14 dicembre 2012, *Arras contro Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati ed altri contro Italia*; 21 giugno 2007, *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri contro Francia*). Quanto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, essa si soddisfa nel richiedere che contro tutti gli atti, anche aventi natura legislativa, «gli Stati devono prevedere la possibilità di accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale o ad altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge» (sentenza 16 febbraio 2012, in causa C-182/10, *Solvay ed altri contro Région wallone*).

26. Il *caveat* del 2013 sono qui puntualmente riscontrabili come disattesi. Quando la sentenza n. 85 dichiarò che «nessuna delle norme qui censurate è idonea ad incidere, direttamente o indirettamente, sull'accertamento delle predette responsabilità, e che spetta naturalmente all'autorità giudiziaria, all'esito di un giusto processo, l'eventuale applicazione delle sanzioni previste dalla legge» (§ 8), la Corte costituzionale offrì pure una panoramica *exempli gratia* di ciò che invece avrebbe fatto scattare l'incostituzionalità di una legge provvedimento: disposizioni che cancellassero una fattispecie incriminatrice o ne attenuassero le pene; disposizioni che contenessero «norme interpretative e/o retroattive in grado di influire in qualsiasi modo sull'esito del procedimento penale in corso, come invece si è verificato nella maggior parte dei casi, di cui si sono dovute occupare la Corte costituzionale italiana e la Corte di Strasburgo nelle numerose pronunce risolutive di dubbi di legittimità riguardanti leggi produttive di effetti sulla definizione di processi in corso» (§ 12.5). Tutti casi, questi, che entrano a piedi uniti in un processo (spesso penale) in corso per alterarne l'esito.

nali implicati (sentenze n. 63 del 2016 e n. 264 del 2012)».

Ciò non ha impedito a Strasburgo, a meno di un anno dalla sentenza italiana n. 58/2018, di coinvolgere nella censura lo stesso meccanismo di accesso alla Corte costituzionale. Non solo, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup> ha dichiarato la violazione degli articoli 8 e 13 della Cedu in ragione del fatto che «la prosecuzione dell'inquinamento ambientale mette in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, dell'insieme della popolazione residente nelle zone a rischio» (§ 170). La statuizione si fonda sul fatto che l'attività industriale prosegue, in spregio alle constatazioni delle autorità giudiziarie competenti fondate su perizie chimiche ed epidemiologiche, e sul fatto che «un'immunità amministrativa e penale è stata riconosciuta a chiunque sia incaricato di garantire il rispetto delle prescrizioni in materia ambientale, cioè l'amministrazione provvisoria ed il futuro acquirente della società» (§ 169).

Dall'esimente penale i giudici di Strasburgo traggono un'ulteriore, non secondaria conseguenza in rito: l'applicazione della cosiddetta “giurisprudenza *Selmouni*”<sup>28</sup>, che consente di prescindere dalla regola del previo esaurimento dei ricorsi nazionali quando la loro praticabilità è di fatto inesistente (§§ 121-127). In effetti, in assenza di *amparo*, il nostro ordinamento pretende che, per difendere la situazione giuridica soggettiva lesa, si vada da un giudice e gli si chieda di sollevare incidente di costituzionalità. Quello che la sentenza del caso *Ilva* chiama «un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale» – cui la legge provvedimento deve soggiacere «per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio» (già così in sentenza n. 2 del 1997 e, in senso conforme, in sentenza n. 20 del 2012) – è quindi subordinato a procedure non automatiche, non semplici e, soprattutto, non immediate. A fronte dei valori messi in pericolo da queste leggi, la censura implicita nella statuizione della Corte europea non è di poco rilievo.

#### 4. Gli strumenti preventivi

La prima e più efficace barriera – rispetto ed enunciati normativi polisemici, volti a conseguire scopi in contrasto con il riparto dei poteri – dovrebbe venire direttamente dal Parlamento, anche perché è ad esso, negli ultimi tempi, che si rivolge il principale collettore di proposte di leggi provvedimento, cioè il Governo. Quando questo non può risolvere in proprio, anche solo perché l'attività amministrativa è compiuta da organi composti da magistrati, può giudicare necessario un intervento di decretazione d'urgenza. È quanto avvenne con il decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29, senza il quale – dichiarò in Parlamento il rappresentante del Governo – «si sarebbe impedito a taluni cittadini di esercitare il diritto di voto secondo i propri convincimenti (...) In caso contrario, vi sarebbe stato il rischio concreto di una alterazione del consenso (...) Le disposizioni sono venute incontro all'esigenza di assicurare la piena partecipazione dei diversi schieramenti alle ultime elezioni. Soggiungo, infine, che con le norme contenute nel decreto-legge si è inteso offrire la cornice giuridica affinché la magistratura, sia ordinaria, sia amministrativa, potesse pronunciarsi senza dubbi ed incertezze in una materia tanto delicata, ma anche altrettanto sensibile per i diritti dei cittadini chiamati a rinnovare gli organi regionali e locali interessati dall'ultima consultazione amministrativa»<sup>29</sup>. Il piccolo particolare – che l'organo magistratuale competente si fosse già pronunciato, nel senso dell'esclusione di una lista che il decreto mirava a riammettere “in corsa” – sembra ignorato, a fronte della dirimente esigenza di contrapporre il libero gioco della politica e le formalità procedimentali; ma la retroattività della norma era ancora vissuta come la spia di una possibile forzatura e ciò, in effetti, fu all'origine del voto a sorpresa dell'Assemblea di Montecitorio, che diede luogo alla reiezione dell'intero decreto-legge.

Da questa vicenda si può dedurre l'utilità dei lavori preparatori, che non viene meno neppure quando la prima barriera è sfondata<sup>30</sup> e la questione giunge

27. Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, sentenza 24 gennaio 2019, ric. nn. 54414/13 e 54264/15, *Cordella ed altri contro Italia*.

28. Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 28 luglio 1999, *Selmouni contro Francia* [GC], n. 25803/94, § 74, CEDH 1999-V: le disposizioni dell'articolo 35 della Convenzione prescrivono che i ricorsi interni siano inerenti alle violazioni lamentate, che siano disponibili e che siano adeguati; essi devono rivestire un grado sufficiente di certezza non soltanto in teoria ma anche in pratica, perché in caso contrario mancherebbero dell'effettività e dell'accessibilità necessarie. Per i precedenti in cui la Corte non ha ritenuto esigibile il rispetto della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, quando s'è dimostrato che l'esercizio di un ricorso era manifestamente sprovvisto di chances di successo, cfr. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 16 settembre 1996, *Akdivar ed altri* cit., p. 1210, § 66, e sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 19 febbraio 1998, *Dalia contro Francia*, in *Recueil* cit., 1998-I, pp. 87-88, § 38.

29. XVI legislatura, Camera dei deputati, Assemblea, 16 aprile 2010, resoconto stenografico, p. 63.

30. Lo sfondamento, ovviamente, può aver luogo anche ad iniziativa parlamentare, con emendamenti aggiunti in sede di conversione di un decreto che “alza la palla”. Non pare avvedersene L. Buffoni, *La 'validità' della legge scientifica nel caso stamina*, in *Giurisprudenza*

dinanzi alla Corte<sup>31</sup>; che la natura polisemica dei testi sia stata già evidenziata nel dibattito parlamentare può essere un utile indizio, sia per attestare l'esistenza di fini ulteriori<sup>32</sup>, sia come spia della pervicacia del proponente nell'escluderne alcuni<sup>33</sup>. In certa misura è il *Drafting* che contribuisce a quest'operazione di

chiarezza, sia nella sua precettistica formale<sup>34</sup> che nel suo calarsi specificamente in rapporto ad un testo<sup>35</sup>. Ma non mancano anche altri contributi di supporto dell'attività parlamentare, soprattutto quando segnalano che esigenze tutte endo-amministrative<sup>36</sup> approdano al rango primario soprattutto per eludere il con-

---

costituzionale, fasc.4, 2015, p. 1548, secondo cui «il dl. n. 24 del 2013 è legge-protocollo ove impone il rispetto delle *'leges artis'*; è legge-manifesto ove decide direttamente l'applicazione del metodo Stamina», che, in realtà, fu oggetto del comma 2-*bis* dell'articolo 2 della legge di conversione n. 57 del 2013.

31. Come già avvenuto nella sentenza n. 128 del 2008, anche nella sentenza n. 103 del 2013 la Corte si vale degli atti parlamentari per confutare le difese del Governo: «una tale finalità della disposizione censurata non emerge né dai lavori parlamentari, né dal suo intrinseco contenuto normativo», scrisse in proposito la Corte, che quindi ascrive un valore indiziario anche ad atti preparatori da cui emerga *ictu oculi* una natura provvedimentale.

32. XVI legislatura, Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier n. 302, p. 28: in ordine all'articolo 3, comma 1 dell'Atto Senato n. 2824 si segnala che «la clausola "di natura non regolamentare" riferita agli emanandi decreti è volta, nella sostanza, a escludere l'applicazione dell'articolo 17, comma 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che reca la procedura per l'approvazione dei Regolamenti (prevedendo fra l'altro il parere del Consiglio di Stato) e, qualora il contenuto dei decreti da emanare abbia natura sostanzialmente normativa, si configura come tacita deroga alla citata norma della legge n. 400». *Idem*, nella stessa legislatura e nello stesso ramo del Parlamento, *ex multis* Servizio Studi – Scheda di lettura n. 380 (Atto Senato n. 3382); Servizio Studi – Dossier n. 363 (Atto Senato n. 3305); Servizio Studi - Scheda di lettura n. 381/3 e 381/4 (Atto Senato n. 3426). Nella successiva legislatura, cfr. tra l'altro Servizio Studi – Dossier n. 209 (Atto Senato n. 1328-A), ove si aggiunge: «quando il rinvio a decreti di natura non regolamentare è stato oggetto di esame da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 116 del 2006), essa lo qualificò come "un atto statale dalla indefinibile natura giuridica"». Più recentemente, il Consiglio di Stato in adunanza plenaria, con decisione 4 maggio 2012, n. 9, ha osservato che: «deve rilevarsi che, nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di "fuga dal regolamento" (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti "atipici", di natura non regolamentare».

33. XVI legislatura, Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier di illustrazione del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34 segnalava che l'articolo 5 (Sospensione dell'efficacia di disposizioni del decreto legislativo n. 31 del 2010) agiva in sovrapposizione con l'Atto del Governo n. 333 della medesima legislatura (giudicato peraltro non collimante con le Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi, § 3 lettera d) della circolare del presidente del Senato 20 aprile 2001) ed evidenziava che «stante il comunicato del 23 marzo 2011 della presidenza del Consiglio dei ministri, "anche tali nuove disposizioni non troveranno applicazione prima della scadenza della predetta moratoria"; è quindi presumibile che la disciplina della loro entrata in vigore si coordinerà con la tempistica della conversione del decreto-legge in commento, per evitare che la *lex posterior* frustri almeno parzialmente lo scopo dell'articolo 5».

34. Tra le *Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi*, di cui alla circolare del presidente del Senato 20 aprile 2001, ad esempio, vi è il § 3 lettera d): «Occorre inserire correttamente eventuali termini per l'adozione di atti previsti da una «novella»: infatti l'espressione "dalla data di entrata in vigore della presente legge (o del presente decreto)", inserita nella "novella", comporta la decorrenza dalla data di entrata in vigore dell'atto modificato. Pertanto, ove si intenda far decorrere il termine dalla data di entrata in vigore dell'atto modificante, occorre inserirlo in autonoma disposizione posta fuori della "novella"». Eppure, il legislatore tende ad aggirare tale precetto utilizzando il termine "presente disposizione" per una decorrenza che gioca sulla sofisticata differenza tra norma, interna alla novella, e disposizione, recante la medesima e perciò ad essa concettualmente esterna.

35. *Ex multis* si segnala il parere del Comitato per la legislazione della Camera dei deputati della XVI legislatura, che in sede di parere sul disegno di legge n. 3324 di conversione di un decreto-legge, ne rilevava (oltre all'eterogeneità) il fatto che «interviene, in numerosissimi casi, a posporre l'efficacia ovvero ad integrare e modificare disposizioni adottate in tempi recentissimi, sia con il decreto-legge collegato alla manovra finanziaria del 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2007, n. 222, che con la stessa legge finanziaria per il 2008 (n. 244 del 2007); la circostanza che, nella maggior parte dei casi, si interviene sul testo di quest'ultima legge senza procedere ad un'espressa modificazione del testo appare una modalità di produzione del diritto non rispondente ad esigenze di chiarezza, di certezza del diritto e di semplificazione dell'ordinamento vigente, anche in considerazione del fatto che tali modifiche implicite vengono apportate su una disciplina pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* anteriormente al presente decreto ma entrata in vigore successivamente».

36. Come potrebbero essere quelle che legittimano la Ragioneria generale dello Stato a non ascrivere valore di autorizzazione di spesa ad una norma sostanziale. V. in proposito XVII legislatura, Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier n. 156, pp. 178-179: all'articolo 13 dell'Atto Senato n. 1563 «il comma 3 specifica che dall'attuazione delle disposizioni contenute nell'articolo in esame non derivano nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Sul punto la Camera dei deputati ha apportato l'unica modificazione al testo dell'articolo, sottolineando la natura imperativa della prescrizione con l'uso del verbo «dovere». La circolare dei presidenti delle Camere 20 aprile 2001, recante Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi, al capitolo 4 lettera c) prescrive: «È evitato l'uso del verbo servile diretto a sottolineare la imperatività della norma («deve»; «ha l'obbligo di»; «è tenuto a»)). La regola, disattesa con una certa frequenza dai pareri delle Commissioni bilancio, si ricava anche dalla circolare della presidenza del Consiglio dei ministri del 2 maggio 2001 (Circolare n. 1/1.1.26/10888/9.92, recante «Guida alla redazione dei testi normativi», pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 101 del 3 maggio 2001, S.O. n. 105), che sul punto era riproduttiva degli atti precedentemente emanati in materia di *drafting* legislativo (v.



fine tra poteri dello Stato: nel caso della procedura di selezione per il conferimento dell'incarico di direttore in venti musei, ad esempio, l'impatto della norma di interpretazione autentica, introdotta in sede di conversione di un decreto-legge<sup>37</sup>, sul contenzioso giurisdizionale in atto<sup>38</sup>, fu oggetto di esame del Servizio studi del Senato<sup>39</sup>, che citò dettagliatamente sia la sentenza n. 73/2017 della Corte costituzionale italiana riguardo alle disposizioni costituenti norme di interpretazione autentica, sia la ricca giurisprudenza strasburghese che legittima la Corte europea dei diritti dell'uomo a pronunciarsi «sulla questione se l'intervento del legislatore abbia pregiudicato l'equità del procedimento e, in particolare, la parità delle armi, esercitando, in pendenza di lite, una influenza sull'esito della controversia»<sup>40</sup>.

In ultima analisi, la barriera più efficace arriva dal titolare del potere di promulgazione e dalla *moral suasion* che esso comporta: ma qui lo scontro si sovraccarica di valenze esterne al "potere neutro" del Quirinale, ogni qualvolta che al contributo di meditazione offerto si contrappone la necessità di non disattendere il mandato politico del Governo e della sua maggioranza parlamentare. Ecco perché si sono andate diffondendo prassi eccentriche<sup>41</sup>, presenti in altri ordinamenti, come le controfirme presidenziali

accompagnate da messaggi al soggetto proponente<sup>42</sup> o comunque ai Presidenti delle Camere<sup>43</sup>.

Il problema di queste prassi è che si scontrano con un elemento fondamentale del populismo moderno: rifiutare l'apporto dell'ermeneutica o, se si preferisce, l'ausilio dell'interpretazione adeguatrice. Se, a fronte di una norma-manifesto, «compito dell'interprete è comunque privilegiare l'interpretazione che sia in grado di conferire all'enunciato un effetto giuridico», in dottrina si è più volte lamentata la posizione in cui si trova l'interprete che versa «nell'ingrata posizione di dovere scorgere nella previsione di legge una utilità "residuale"»<sup>44</sup>. Non soltanto negli atti parlamentari vengono lasciate a verbale dichiarazioni esplicitamente in senso contrario, tali da escludere ogni lettura "costituzionalmente orientata"; sempre di più in posizioni pubbliche i proponenti rivendicano la funzione di "rompighiaccio" della loro iniziativa legislativa, atta a provocare un mutamento di paradigma in letture della Costituzione giudicate vetuste, che meriterebbero nulla di meno della contrapposizione netta.

Si tratta, a dire il vero, di una strategia per lo più mediatica, che trova scarsa rispondenza nella linea di condotta con cui l'Avvocatura dello Stato cerca poi di ridimensionare la portata della norma, quando questa arriva alla Corte costituzionale<sup>45</sup>: ma l'idea che la

---

le circolari delle presidenze delle Camere del 28 febbraio 1986 e di quella in identico testo della presidenza del Consiglio dei ministri del 25 febbraio 1986, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 123 del 29 maggio 1986, S.O. n. 40). Peraltra, va notata la peculiarità di questo tipo di clausola che, come tutte quelle che attengono alla copertura finanziaria, assume un valore assimilabile a quello delle "leggi meramente formali" (es. bilancio, rendiconto, autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali), alle quali la disciplina dettata per la redazione dei testi aventi valore propriamente normativo non appare perfettamente trasponibile.

37. Art. 14, co. 2-bis, di cui il comma 7-bis dell'articolo 22, comma 7, del decreto-legge n. 50 del 2017.

38. Segnatamente: sentenze Tar Lazio n. 6170/2017 e n. 6171/2017, pubblicate il 24 maggio 2017; le ordinanze n. 2471 e n. 2472 del 15 giugno 2017, del Consiglio di Stato, VI Sezione.

39. XVII legislatura, Senato della Repubblica, Servizio studi, Dossier n. 169.

40. § 29 della sentenza del 1° luglio 2014 della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha anche rilevato che l'intervento del legislatore si era verificato in un momento in cui era pendente un procedimento giudiziario in cui lo Stato era parte (§ 30). Vengono anche citate, per quanto riguarda l'Italia, le sentenze Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 dicembre 2012, *De Rosa contro Italia*; 7 giugno 2011, *Agrati contro Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio contro Italia*; 10 giugno 2008, *Bortesi contro Italia*; Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino contro Italia*.

41. Sul punto si può ricordare Corte cost. n. 14 del 1964 nella quale la Corte evidenziò come «non è necessario che l'atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto».

42. V. la lettera del Capo dello Stato, inviata il 3 ottobre 2018 al presidente del Consiglio in sede di controfirma del decreto-legge n. 113 del 2018.

43. Secondo V. Lippolis, G. M. Salerno, *La presidenza più lunga*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 139-140 il messaggio del Capo dello Stato sull'eterogeneità del decreto legge detto «salva Roma», n. 126/2013, fu inviato il 27 dicembre 2013 sotto forma di «lettera al presidente del Senato Grasso e a quello della Camera Boldrini (secondo quanto risulta dal sito del Quirinale, mentre la lettera sarebbe stata inviata anche al presidente del Consiglio, secondo il resoconto parlamentare della seduta della Camera ove il documento medesimo è stato letto dalla presidente Boldrini)».

44. M. D'Auria, *Informazione e consensi nella procreazione assistita*, in *Familia*, fasc.6, 2005, p. 1005.

45. V. la stroncatura con cui la sentenza n. 200/2012 cit. liquida l'inutile ritirata della difesa erariale: «la "soppressione" di norme "per incompatibilità con principi così ampi e generali come quelli enunciati all'articolo 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare

maggioranza espressa nel voto parlamentare faccia sentire la voce del Paese<sup>46</sup>, travolgendo consolidate teorizzazioni costituzionali non col peso degli argomenti ma con la forza del numero, porta in sé un germe profondamente anti-intellettualistico, dello stesso genere di quello che si affacciò per la prima volta nel 399 a.C., nell'orazione di Meleto dinanzi agli Eliasti di Atene.

Intendiamoci: che la *Gazzetta Ufficiale* sia infarcita di norme teleologicamente vocate a lanciare un messaggio politico, è un fatto inevitabile, tanto più in una democrazia, dove il potere legislativo promana da un'Assemblea elettiva alla ricerca del consenso. Il giurista si difende con l'antica distinzione tra *occasio* e *ratio legis*, ma si tratta di un discrimine sempre più artificioso, quando – tra leggi provvedimento e leggi *ad personam* – sfuma la stessa distinzione tra scopi

ufficiali della legge e scopi realmente perseguiti dal legislatore<sup>47</sup>: tutto pare confluire nella frenetica esigenza di negare l'esistenza di vincoli all'onnipotenza del Parlamento<sup>48</sup>.

Il populismo giuridico, infatti, in questo praticamente si traduce: negare che la dittatura della maggioranza possa conculcare diritti inalienabili ed indisponibili dalle minoranze: ponendo dinanzi ad ogni obiezione la prevalenza di una volontà generale ascrivibile all'esito elettorale, si agisce né più, né meno di come – nel Medio Evo – si invocava il guidrigildo per il giudizio di dio. Può apparire strano che gli eredi della Gironda abbiano sposato teoretiche pseudo-rousseauviane, ma ai pozzi avvelenati si sono abbeverate le carovane dell'ultimo ventennio e, per la verità, nessuno può in buona fede tirarsene fuori.

---

effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale» (§ 8.2).

46. Spesso anche a dispetto della possibilità che questa si esprima con strumenti di democrazia diretta, possibilità tutelata proprio da organi “non eletti” di tipo *lato sensu* giurisdizionale: si ricordano, in proposito, gli interventi di trasposizione del quesito sul *ius superveniens*, decisivi per lo svolgimento del *referendum*, compiuti dall'Ufficio centrale della Cassazione sul nucleare nel 2011 e sulle trivelle nel 2016 (di cui la Corte costituzionale ha preso atto rispettivamente nelle sentenze n. 174/2011 e n. 17/2016); per l'intera vicenda, v. G. Buonomo, *Il referendum sulla durata della concessione di coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi entro le 12 miglia dalla linea costiera*, in *Diritto pubblico europeo rassegna online*, marzo 2016.

47. Per la quale v. A. La Spina, *La decisione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 289 ss.

48. La medesima che esprime «l'ipocrisia, propria di chi detta norme che non potranno mai funzionare. Il legislatore si illude, o finge di ritenere, che i problemi si risolvano con un tratto di penna, senza preoccuparsi dell'impatto delle norme, della capacità delle amministrazioni di applicare le leggi, delle reazioni dei cittadini. Fatta la legge, il ministro di turno potrà rilasciare dichiarazioni e interviste, nelle quali si vanterà di aver risolto il problema, mentre avrà solo alimentato l'incertezza del diritto e aggiunto ancora una “legge manifesto” destinata a rimanere inapplicata»: B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 42 (sottolineatura aggiunta).

# Populismo e Costituzione in America Latina\*

di *Mauro Benente*

Nelle vicende politico-istituzionali che hanno caratterizzato il Venezuela alla fine del secolo scorso, e l'Ecuador e la Bolivia all'inizio di questo secolo, non si riscontra quel disprezzo per il diritto e le istituzioni che sarebbe caratteristico dei populismi, ma al contrario l'importanza delle istituzioni giuridiche per il percorso di emancipazione. Paradossalmente le Assemblee costituenti istituite nel quadro dei processi populistici che hanno caratterizzato quei paesi non si sono discostate in modo radicale dalle istituzioni rappresentative rivendicate dalle prospettive liberali, prospettive che invece i populismi ripudiano.

## 1. Introduzione

Buona parte dei dibattiti politici e accademici degli ultimi anni in America Latina, in particolare nel Cono Sur, si sono concentrati sulla natura e sull'analisi concettuale dei processi politici e sociali che hanno assistito e reso possibili le Presidenze di Hugo Chávez Frías in Venezuela, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff in Brasile, Néstor Carlos Kirchner e Cristina Fernández de Kirchner in Argentina, Evo Morales Ayma in Bolivia, Rafael Vicente Correa Delgado in Ecuador, y José Alberto Mujica in Uruguay. "Governo nazionale e popolare", "post-neoliberalismo", "socialismo del secolo XXI", "rivoluzione cittadina", "socialismo comunitario", "governo dei movimenti sociali" sono alcuni tra i concetti utilizzati per tratteggiare il carattere dei loro governi e le vicende socio-politiche che li hanno accompagnati. Solitamente in senso critico e dispregiativo, si è fatto ricorso anche al concetto di "populismo".

Sembra che quest'ultimo – "*narodnichestvo*" – sia stato coniato in Russia al volgere del decennio 1870, per caratterizzare un movimento socialista anti-intel-

lettualista, che raccomandava ai militanti socialisti di formarsi direttamente dal popolo anziché per mezzo degli strumenti offerti dalla cultura accademica. In seguito, il marxismo russo ridefinì il concetto di populismo con riferimento a chi sosteneva che i contadini e la comunità russa rappresentassero la "via" per edificare il socialismo (Pipes, 1964). Nei decenni 1950 e 1960, il populismo fu ridefinito in riferimento ai Governi di Lázaro Cárdenas in Messico, Getulio Vargas in Brasile e Juan Domingo Perón in Argentina, che consentirono l'accesso alla sfera politica a settori sociali fino ad allora esclusi, nel contesto di *leadership* provviste di un livello di emotività elevato, facenti leva su fattori più personali che istituzionali nonché refrattarie al liberalismo e al pluralismo.

Negli ultimi anni, i casi del Venezuela, dell'Ecuador e della Bolivia hanno riaperto il dibattito concettuale sul populismo (De la Torre e Peruzzoti, 2008; Svampa, 2016: 443-476), non solo in relazione ai processi di democratizzazione associati alle rispettive *leadership* (Ali, 2008; Raby, 2006), ma anche alla loro dimensione autoritaria (Mayorga 2009, Weyland 2013, Zanatta, 2014: 191-227).

\* La traduzione dallo spagnolo è a cura del dottor Virgilio Mosè Carrara Sutour. Per le note si è preferito riproporle come nel testo originale. Per chi fosse interessato è disponibile [il testo inviato dall'Autore in spagnolo](#).

Anche se, in questa sede, non è possibile analizzare la portata del populismo - oggetto, sul piano concettuale, di un'indubbia contesa accademica e politica - una sua definizione "minima" rimanda all'esistenza di un regime discorsivo in base al quale la risoluzione dei problemi sociali e politici e la costruzione di identità non possono né devono essere raggiunti per via di mediazioni istituzionali e/o giuridiche, bensì attraverso una relazione diretta tra un *leader* o una *leader* e le persone. Questo "accordo immediato" si declina in diverse dimensioni, ma principalmente secondo un piano discorsivo, nel quale svolgono un ruolo centrale i *media*. D'altra parte, coloro che si rifanno al concetto di populismo in senso dispregiativo, sono soliti opporlo al funzionamento dello Stato di diritto, che prevede la risoluzione dei conflitti sociali e politici senza amori né odi, in base a un quadro istituzionale totalmente spersonalizzato e spassionato, limitando ogni tipo di *leadership*.

Non mi soffermerò, qui, su questo (supposto) *opposto* del populismo, generalmente legato a tradizioni liberali o liberal-conservatrici, né sull'analisi dell'esistenza effettiva o esclusivamente discorsiva della relazione tra "popolo" e *leader*. Piuttosto, terrei a rilevare come, nei discorsi populistici contemporanei, anziché il tentativo di spingersi oltre le istituzioni, vi siano un'interrogazione e un'insistenza a definirne di nuove a partire da una riforma costituzionale. I populismi, con il loro linguaggio, non hanno lanciato una sfida al diritto e alle istituzioni, mirando invece alla creazione di nuove impalcature istituzionali. I *leader* popolari non hanno sminuito l'importanza delle istituzioni giuridiche: al contrario, le hanno ritenute rilevanti al punto che la loro riforma, attraverso le assemblee costituenti, è stato uno degli elementi che hanno strutturato i loro discorsi in campagna elettorale e nel processo di consolidamento dei loro governi.

Nelle pagine seguenti cercherò di dimostrare come questo regime discorsivo che lega il *leader* - Chávez, Correa e Morales - al suo popolo, più che diminuire il valore delle istituzioni e delle leggi, al contrario dà loro grande importanza per avanzare sulla via dell'emancipazione, tanto da mettere in campo l'Assemblea costituente per ipotizzare una profonda modifica di esse.

## 2. «Per trasformare lo Stato abbiamo urgentemente bisogno di un'assemblea costituente nazionale»

Occorre collocare l'ascesa di Hugo Chávez alla Presidenza del Venezuela nel contesto dell'implosione del «*Pacto del Punto Fijo*», un modello di democrazia a base pattizia operativo dalla fine degli anni

Cinquanta, e dell'effetto disastroso delle politiche neoliberiste promosse al volgere dagli anni Ottanta.

Tra il 3 e il 4 febbraio 1992, tre anni dopo il «*Caracazo*» o «*Sacudón*», che ha rappresentato la prima serie di proteste contro le politiche neoliberiste adottate dal Presidente Carlos Andrés Pérez, il Movimento bolivariano rivoluzionario (MBR-200) tentò di prendere il potere. Del Movimento faceva parte Hugo Chávez, che venne imprigionato. L'anno seguente, il 21 maggio 1993, Pérez fu destituito per un processo politico segnato da una frattura interna al suo partito (*Acción Democrática*), da uno scandalo di corruzione e da un ampio susseguirsi di proteste (Pérez Liñán, 2009: 43-49). Alle presidenziali del 1993, la vittoria di Rafael Caldera, insediatosi il 2 febbraio del 1994, rappresenta l'inizio della fine del *Pacto del Punto Fijo*: fin dalle elezioni del 1958, era la prima volta che vinceva un partito politico - *Convergencia* - distinto da *Acción Democrática* e dal *Comité de Organización Política Electoral Independiente*.

Nell'ambito dell'accordo tra il nuovo Governo e le organizzazioni di sinistra, Caldera decretò un'amnistia per coloro che risultavano coinvolti nelle rivolte del 1992. Da allora, sia Chávez che l'MBR-200 acquisirono una presenza crescente nell'agenda pubblica, che portò alla redazione, nel 1996, dell'«*Agenda alternativa bolivariana*». Nel documento si identificavano i due grandi problemi del Venezuela nella povertà e nell'internazionalizzazione dell'economia. Obiettivo del Movimento era aumentare il tenore di vita dei settori sociali più poveri e rivendicare la sovranità nazionale: per farlo era «essenziale non la misura semplicistica e neoliberale della "riduzione delle dimensioni dello Stato", ma la totale ristrutturazione e trasformazione dell'attuale apparato, che si impone a uno Stato realmente democratico e popolare» (*Bolivarian Alternative Agenda*, 2014: 32). Nel prologo dell'*Agenda*, Chávez osservava che un avanzamento in tale direzione implicasse il necessario sviluppo di un processo costituente «il potere costituito non possiede, a questo punto, la benché minima capacità di farlo, quindi dovremo necessariamente ricorrere al Potere costituente per andare verso la nascita della Quinta Repubblica: la Repubblica Bolivariana» (Chávez, 2014: 23).

In termini economici, la campagna elettorale di Caldera era stata connotata da forti critiche al neoliberalismo, ma a partire dalla seconda metà del suo mandato e con l'attuazione dell'«*Agenda Venezuela*» e il programma di «*Apertura petrolera*», Caldera iniziò a perseguire le stesse politiche che aveva rinnegato. In tale situazione, alle elezioni presidenziali del 6 dicembre 1998 si presentò l'alternativa tra un modello neoliberista, incarnato da Henrique Salas Römer, e quello nazionalista di Chávez e del suo «*Polo Patriótico*» (169 Muller, 2001). Domenica 6

dicembre, Chávez ottenne la Presidenza con il 56,20 per cento dei voti. Lo *slogan* della sua campagna era stato: «Una rivoluzione democratica»; la proposta di convocare l'assemblea costituente era un elemento centrale e ha rappresentato una delle chiavi per riformare il potere giudiziario, il sistema politico, costruire una democrazia «vera» e configurare un nuovo modello economico (Pérez García e Velázquez Guevara, 1999: 103-107). In un'intervista andata in onda in televisione una settimana prima delle elezioni, Chávez insisteva: «Il popolo vuole la costituente (...) il Venezuela ha bisogno di un'assemblea costituente» (Chavez in Bonnefoy, 2012: 28). Il 2 dicembre, a Caracas, sulla Bolívar Avenue, nel momento conclusivo della campagna, la gente ha gridato: «Chávez Presidente, per la costituente!».

Chávez assunse la carica il 2 febbraio del 1999, esprimendo il suo giuramento in questi termini: «Giuro davanti al mio popolo che, su questa Costituzione moribonda, promuoverò le trasformazioni democratiche necessarie ad assicurare alla nuova Repubblica una *Magna Charta* adatta ai nuovi tempi». Poi, aggiunse: «la Costituzione deve morire e, con essa, il nefasto modello politico che l'ha generata».

All'epoca, Chávez annunciò il suo primo atto di governo: la firma del «decreto numero tre», con l'invito alla cittadinanza ad esprimersi sulla volontà di convocare un'assemblea costituente nazionale. Il 10 marzo, Chávez si rivolgeva alla popolazione via radio e tv senza esitare a ribadire che «per trasformare lo Stato abbiamo urgentemente bisogno di un'assemblea costituente nazionale. Non esiste altra alternativa» (Chávez in Carvajal Arroyo, 2012: 28). Domenica 25 aprile 1999, il giorno del *referendum*, il «Sì» alla riforma raggiunse l'87,75 per cento. Le elezioni per formare la Costituente si tennero il 25 luglio, un mese prima che fosse pubblicata la «Lettera del Presidente Chávez ai venezuelani», con cui il nuovo Capo di Stato rendeva conto di un progetto storico dedicato alla rivoluzione democratica e alle maggioranze popolari, «impoverite a causa della corruzione, dello spreco e delle politiche fallaci della partitocrazia, delle cupole e del sistema clientelare populista» (Chávez, 1999). È così che, «come conseguenza di tutto questo, il potere costituente originario emerge di fronte non solo alla delegittimazione del potere costituito, ma anche alla crisi economica, sociale e morale della Repubblica» (Chávez, 1999). «Non vogliamo», proseguiva il *leader* popolare, «una democrazia dominata da poteri di fatto o invisibili, che non permettano al cittadino di conoscere l'agire di coloro che detengono il potere» (Chávez, 1999).

L'Assemblea fu costituita il 3 agosto 1999. Due giorni più tardi, Chávez pronunciò davanti ai Costituenti un discorso in cui sottolineava, a più riprese, l'urgenza di formare una democrazia partecipativa, e

la necessità di prendere le distanze «dai neoliberisti, che pretendono di ridurre al minimo lo Stato. Ecco un altro concetto fondamentale dell'ideologia bolivariana contro il dogma neoliberista: vogliamo e abbiamo bisogno di uno Stato forte, capace, morale e virtuoso a sufficienza da poter promuovere la Repubblica, favorire il popolo e la nazione, garantendo al popolo uguaglianza, giustizia e sviluppo» (Chávez, 2005a: 296). L'Assemblea ha approvato la nuova Costituzione il 17 novembre 1999 e il *referendum* per la sua effettiva entrata in vigore si è tenuto il 15 dicembre, con il 71,78 per cento dei voti favorevoli. Nel discorso da lui pronunciato lo stesso giorno, una volta reso noto pubblicamente l'esito della consultazione, Chávez sostenne che la Costituzione significava il primo passo verso la meta della ricostruzione di un nuovo sistema politico, di una democrazia partecipativa, ma anche di una «democrazia economica» (Chávez, 2005b: 502).

### 3. «Un'assemblea costituente che getti le basi e le norme per la rifondazione della Repubblica»

L'ascesa al potere di Rafael Correa deve inquadrarsi nelle ricorrenti crisi istituzionali subite dall'Ecuador, che hanno al proprio apice la destituzione, nel mezzo di conflitti politici ed economici, dei Presidenti Abadlá Bucaram (1997), Jamil Mahuad (2000) e Lucio Gutiérrez (2005). In particolare, la figura di Correa acquistò rilievo a seguito della cd. «rivolta dei fuorilegge» (*rebelión de los forajidos*), che ha accelerato l'uscita di scena di Gutiérrez.

Quest'ultimo aveva assunto la presidenza il 15 gennaio 2003 con un discorso anti-imperialista e anti-liberista, e un'alleanza con *Pachakutik*, apparato elettorale della Confederazione delle Nazioni indigene dell'Ecuador. Tuttavia, dopo l'allineamento con gli Stati Uniti, l'alleanza si ruppe e da allora Gutiérrez formò diverse intese all'interno del Congresso. Con la cd. «maggioranza istituzionale», il 25 novembre 2004 il Congresso destituì, senza lo specifico procedimento previsto a livello costituzionale (cd. «*juicio político*»), i membri del Tribunale costituzionale e del Supremo tribunale elettorale e, il 9 dicembre successivo, 29 dei 31 giudici della Corte suprema. Di fronte a queste misure, ebbe inizio una serie di proteste che avevano Quito per epicentro, con una forte presenza delle classi medie (Navas Alvear, 2012: 282-285; Ospina, 2005: 78; Polga Hecimovich 2010: 66; Silva Verdugo, 2014: 123). Il 13 aprile 2005, dopo una manifestazione, un gruppo di dimostranti si diresse verso la casa della moglie e delle figlie di Gutiérrez, che li chiamò «fuorilegge», qualifica della quale si sarebbero riappropriati i protagonisti della *rebelión de los forajidos*.

A quel punto, i *forajidos* gridavano: «Lucio fuori!», «Via tutti!». La sera del 20 aprile, i deputati destituitarono il Presidente per “abbandono dell’incarico”.

In questo ciclo di proteste, un gruppo di intellettuali riuniti nel *Foro de Ecuador Alternativo*, tra cui Rafael Correa e Alberto Acosta, iniziò ad avanzare la necessità di convocare un’assemblea costituente. In un primo documento, pubblicato in data 11 gennaio, dal titolo «iBasta Ya!», si proponeva di andare oltre le misure sulla magistratura e il potere giudiziario, sottolineando come Gutiérrez fosse stato «funzionale ai poteri effettivi che, di fatto, ne sponsorizzavano la politica: il Governo degli Stati Uniti, il Fmi, i creditori del debito estero e la banca nazionale» (Foro Ecuador Alternativo, 2005a). Per far fronte alle politiche neoliberiste, si proponeva la convocazione di una «assemblea nazionale costituente, eletta dal popolo, per ripensare insieme un nuovo progetto di convivenza, vale a dire una nuova Costituzione in linea con i bisogni delle maggioranze e non con imposizioni straniere o dettate da gruppi oligarchici creoli» (Foro Ecuador Alternativo, 2005a). In un successivo documento, «*Por la refundación de la República: que se vayan todos*», del 21 gennaio 2005, si ribadiva che «il potere deve fare ritorno alla sovranità popolare (...) e a un’assemblea costituente che getti le basi e le norme per la rifondazione della Repubblica» (Foro Ecuador Alternativo, 2005b). L’ultimo dei documenti, «*Frente a la marcha de Quito*», del 4 febbraio, reclamava l’importanza di «costruire un Paese diverso: la ragione che ci ha spinto a proporre la convocazione di un’assemblea nazionale costituente» (Foro Ecuador Alternativo, 2005c).

Dopo il breve mandato di Alfredo Palacio, al secondo turno delle presidenziali del 2006 Correa raggiunse il 56,67 per cento dei voti. Gli argomenti centrali della campagna erano stati l’opposizione alla partitocrazia, la convocazione di un’assemblea costituente e l’abbandono delle politiche neoliberiste (Sandoval Cabrera, 2012: 113-121; Recalde, 2007: 20-21). Correa aveva promesso «una “rivoluzione cittadina” i cui assi portanti erano la fine della “lunga notte neoliberista” e l’istituzione di un’assemblea costituente per redigere un nuovo patto sociale» (De la Torre, 2013: 28). Il Piano di governo 2007-2011 del movimento «*País*» proponeva una «*Rivoluzione cittadina*», che comprendeva in sé una rivoluzione costituzionale incentrata sulla costruzione di una democrazia attiva, sul consolidamento dei diritti civili, politici, sociali e collettivi, sulla definizione di procedure di controllo della pubblica amministrazione e del sistema giudiziario oltre che sul decentramento dello Stato (Alianza País, 2006: 18). L’istituzione dell’assemblea implicava, altresì, una «chiara strategia tesa a ripolitizzare la società» (Alianza País, 2006: 18).

Entrato in carica ufficialmente il 15 gennaio 2007, nel suo discorso inaugurale Correa ha ribadito l’im-

portanza di una rivoluzione costituzionale per una democrazia più forte, dotata di istituzioni controllate e responsabili (Correa, 2007a: 2-4). Lo stesso giorno, ha emanato il «decreto numero due», che fissava al 15 aprile la data di un *referendum* sulla convocazione di un’assemblea costituente provvista di pieni poteri: l’81,72 per cento degli elettori si sarebbe espresso affermativamente. Quarantacinque giorni prima della consultazione, il 28 febbraio, in occasione della presentazione della Commissione del «Consiglio nazionale dell’educazione superiore» (CONESUP), incaricata di redigere una proposta di progetto costituzionale destinata all’Assemblea, Correa ha sottolineato che l’obiettivo della nuova Costituzione era rendere migliore la democrazia, depoliticizzare il potere giudiziario, avere una pubblica amministrazione più efficiente, aggiungendo che era necessaria una «nuova Costituzione per superare questa triste e lunga notte neoliberista» (Correa, 2007b: 3). Dopo la consultazione, l’elezione dei membri dell’Assemblea e un lavoro di poco più di otto mesi, nel luglio 2008 l’Assemblea ha approvato la nuova Costituzione. Nelle osservazioni conclusive, Correa ha ricordato che la rivoluzione cittadina implicava la presenza di un’«assemblea costituente capace di fornire gli strumenti legali funzionali ai cambiamenti necessari a uscire dal neoliberismo» (Correa, 2008a: 2). Il nuovo testo costituzionale, approvato - con *referendum* del 28 settembre - con il 63,93 per cento di voti a favore, è entrato in vigore il 20 ottobre. Alla fine della campagna per il “Sì”, il 24 settembre, Correa ha ribadito che il nuovo testo costituzionale riuniva e articolava «le domande e gli interessi nati dalla resistenza che i settori popolari della società hanno opposto al neoliberismo, e da un’urgente necessità di modernizzazione, democrazia e trasformazione sociale dello Stato» (Correa, 2008b: 4).

#### **4. Una Costituzione per «radicare in profondità la democrazia, dove tutti abbiamo diritto non solo di votare, ma anche di vivere bene»**

In Bolivia, nelle elezioni del 18 dicembre 2005, Evo Morales vinse con il 53,72 per cento dei voti - la più alta percentuale dal ripristino della democrazia, avvenuto nel 1982 - e divenne Presidente il 22 gennaio 2006. La sua vittoria elettorale si colloca nel contesto della resistenza alle politiche neoliberiste, permeata da una grammatica “bellica”, che riportò una prima vittoria con la cd. “Guerra dell’acqua”, successivamente consolidata con la “Guerra del gas”.

In un contesto di pressioni provenienti dalla Banca interamericana per lo sviluppo e dalla Banca mon-

diale, nel settembre 1999 il Governo di Hugo Banzer avviò un processo di privatizzazione del servizio di fornitura idrica a uso domestico nelle città di Cochabamba e La Paz. Contro la privatizzazione, nel mese di ottobre nacque a Cochabamba il «Coordinatore in Difesa dell'acqua e della vita», che coordinava le organizzazioni urbane e rurali, dando inizio alla «Guerra dell'acqua» con manifestazioni di protesta, blocchi stradali, occupazione di radiostazioni ed edifici pubblici. Nel momento di maggior tensione, il 4 aprile 2000, ebbe inizio la cd. «battaglia finale»: furono occupati il Comitato civico e le strutture di Aguas del Tunari - società privata incaricata del servizio di fornitura idrica -, si bloccarono strade e fu alzata l'insegna che inneggiava a un'«Assemblea costituente per cambiare il Paese senza intermediazione politica, per costruire il Paese in cui vogliamo vivere» (Gutiérrez Aguilar, 2008: 80). Due anni più tardi, tra maggio e giugno 2002, vi fu la «Marcia per la sovranità popolare, il territorio e le risorse naturali», che ha visto protagoniste le popolazioni indigene delle pianure. Dopo 39 giorni di cammino, i manifestanti, partiti da Santa Cruz de la Sierra, giunsero a La Paz: la «Marcia» si iscrive in un processo di crescente visibilità delle organizzazioni indigene e contadine avvenuto negli anni Novanta, ma il suo carattere saliente consiste nell'aver posto in primo piano l'esigenza di un'assemblea costituente (Chávez e Mokrani, 2007: 58).

Così, nel comunicato stampa pubblicato cinque giorni dopo l'inizio della Marcia, si chiedeva la «convocazione di un'assemblea costituente con la partecipazione di tutti i settori sociali del Paese» (Aa.Vv., 2002). Inoltre, il 5 agosto 2006, il *Pacto de Unidad* - nell'ambito del quale si trovavano riunite organizzazioni indigene, contadine e, in misura minore, sindacali - presentò la «Proposta per una nuova Costituzione politica dello Stato», ricordando che: «da sempre esclusi, iniziammo una marcia memorabile dalla città di Santa Cruz a la Paz, sede del Governo, con una richiesta che interessava non solo i contadini indigeni che ne furono i promotori, ma l'intera popolazione del Paese: la convocazione di un'assemblea costituente che rifondasse la Bolivia» (*Pacto de Unidad*, 2006: 2).

Durante la Presidenza di Gonzalo Sánchez de Lozada, la resistenza ciclica alle politiche neoliberiste conobbe un nuovo capitolo con la «Guerra del gas». Nel settembre 2003, si diffuse ufficialmente la notizia che il Governo intendeva esportare gas liquido negli Stati Uniti. Questa e altre misure generarono un forte malcontento, sfociato in dimostrazioni e blocchi stradali, cui hanno fatto seguito repressioni e incarcerazioni. L'8 ottobre ebbe inizio uno sciopero a oltranza e per le strade di El Alto echeggiavano le parole: «Gas, costituente, dimissioni» (Gutiérrez Aguilar, 2008: 254). Sia il «Coordinatore nazionale per la difesa del

gas» sia il *Movimento per il socialismo* (MAS) pubblicarono documenti nei quali si richiedeva la convocazione di un'assemblea costituente (Gutiérrez Aguilar, 2008: 259-260).

Le proteste si intensificarono e l'11 ottobre il Governo, con un giro di vite, fece intervenire l'esercito, con un bilancio finale di 250 feriti, 60 morti, e le dimissioni del Presidente. In tali circostanze fu redatta l'*Agenda di ottobre*, che comprendeva la nazionalizzazione degli idrocarburi, un giudizio relativo alle responsabilità di Sanchez de Lozada e l'istituzione di un'assemblea costituente (Gordon e Luoma 2003: 103).

Evo Morales e il MAS hanno ripreso l'*Agenda di ottobre*, ponendo la costituente al centro della campagna elettorale. Nel frattempo, il 22 gennaio 2006, nel suo discorso di insediamento, Morales ha fatto riferimento alle lotte delle organizzazioni indigene e al disastro provocato dalle politiche neoliberiste, individuando nell'assemblea costituente uno strumento per «radicare in profondità la democrazia, dove tutti abbiamo diritto non solo di votare, ma anche di vivere bene, trasformando queste politiche economiche» (Morales Ayma, 2012a: 360). Il processo costituente boliviano è stato estremamente lungo e complesso: l'Assemblea costituente, che aveva avviato le sue sedute il 6 agosto 2006, approvò la nuova Costituzione il 9 dicembre 2007. Tuttavia, spettava al Congresso convocare un *referendum*, cosa che avvenne il 20 ottobre 2008, quando il Parlamento fissò la data al 25 gennaio 2009. Dalla fine di ottobre 2008, MAS ha lanciato una campagna per il «Sì» e il 7 gennaio 2009 Morales ha partecipato all'insediamento delle autorità indigene a Potosí, rilevando come il principio del pluralismo nazionale sia incorporato nella nuova Costituzione e aggiungendo che il suo testo «agisce da «scudo», affinché mai più un Presidente sia in grado di cedere le nostre risorse naturali» (Morales Ayma, 2009a). In chiusura di campagna, il 22 gennaio 2009 in Plaza Murillo (La Paz), Morales ha affermato che gli oppositori della nuova Costituzione erano i corrotti e «la destra venditrice della Patria» (Morales Ayma, 2009b). Tre giorni dopo, il «Sì» raggiunse il 61,3 per cento dei voti. Nel discorso pronunciato nella stessa piazza, Morales ha insistito sul fatto che si stava rifondando la Bolivia, che il «Sì» rappresentava una sconfitta per i neoliberisti e i traditori, e segnava «la fine del neoliberismo e della vendita all'asta delle risorse naturali» (Morales Ayma, 2009c). La Costituzione è stata promulgata il 7 febbraio 2007 e, nel suo discorso, Evo Morales ha sostenuto che: «dopo 500 anni di ribellione, invasione e saccheggio permanente; dopo 180 anni di resistenza contro uno Stato coloniale; dopo 20 anni di lotta costante contro il modello neoliberista, è un evento storico, un evento senza precedenti, unico nel suo genere in Bolivia e in

America Latina, a riunirci qui oggi, 7 febbraio 2009, a promulgare la nuova Costituzione politica dello Stato» (Morales Ayma, 2012b: 8).

## Conclusioni

Come anticipato nell'introduzione di questo breve lavoro, in diversi discorsi pronunciati da Hugo Chávez, Rafael Correa ed Evo Morales, non si riscontra quel disprezzo per il diritto e le istituzioni che sarebbe caratteristico dei populismi; in proposito, si può notare l'esatto contrario: le istituzioni giuridiche sono così rilevanti che, per andare avanti lungo un percorso di emancipazione, devono essere trasformate con lo strumento delle assemblee costituenti. Nei discorsi ai quali si è fatto riferimento, Chávez, Correa e Morales ripudiavano la "lunga notte neoliberalista", rivendicavano le lotte e il protagonismo popolare, additavano un anti-popolo: in questi stessi interventi, essi hanno posto in luce e ribadito l'imprescindibilità delle istituzioni giuridiche. Altrimenti detto, in questi regimi discorsivi, non solo non si ha il presunto disprezzo per le istituzioni evidenziato da chi intende negativamente il concetto di populismo, ma è confermato il contrario.

Pur senza poter sviluppare l'analisi, possiamo constatare che l'enfasi riferita alle istituzioni - in luogo del loro disprezzo - propria dei discorsi di Chávez, Correa e Morales denota un fatto relativamente singolare: paradossalmente, i populismi hanno sottolineato l'importanza delle istituzioni. Paradossalmente, le Assemblee costituenti istituite nel quadro di processi populistici non si sono discostate in modo radicale dalle istituzioni rappresentative reclamate dalle prospettive liberali, che precisamente ripudiano i populismi.

## Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2002). *Marcha por la soberanía popular, el territorio y los recursos naturales*. Recuperado de: <http://argentina.indymedia.org/news/2002/05/27186.php>.

Agenda Alternativa Bolivariana (2014). En: H. Chávez, *Agenda alternativa bolivariana*. Caracas: Ediciones Correo del Orinoco.

Alianza País (2006). *Plan de gobierno del Movimiento PAÍS 2007-2011. Un primer paso para la transformación radical del Ecuador*. Recuperado de: [www.ucm.es/data/cont/media/www/17360/Texto%201%20-%20Plan de Gobierno Alianza PAIS.pdf](http://www.ucm.es/data/cont/media/www/17360/Texto%201%20-%20Plan%20de%20Gobierno%20Alianza%20PAIS.pdf).

Ali, T. (2008). *Pirates of the Caribbean*. London: Verso.

Bonnefoy, M. (2012). *Las campañas admirables del Presidente Hugo Chávez*. Caracas: Ediciones Correo del Orinoco.

Carvajal Arroyo, I. (2012) *La revolución en la República Bolivariana de Venezuela*, tomo I. Caracas: Ministerio del Poder Popular para la Comunicación y la Información.

Chávez, P., Mokrani, D. (2007). *Los movimientos sociales*

en la Asamblea Constituyente. Hacia la reconfiguración de la política. En M. Svampa, P. Stefanoni (comps.) *Bolivia: memoria, insurgencia y movimientos sociales*. Buenos Aires: El Colectivo-Clacso.

Chávez, H. (1999). Intervención del Comandante Presidente Hugo Chávez Frías, en la rueda de prensa con motivo de presentar el Consejo Presidencial Constituyente. Recuperado de: <http://todochavez.gob.ve/todochavez/3396-intervencion-del-comandante-presidente->

(2005a) Discurso del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, con motivo de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente. En: 1999 "Año de la refundación de la República." *Selección de discursos del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías*. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República.

(2005b). Discurso del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, con motivo de la aprobación de la nueva Constitución nacional. En: 1999 "Año de la refundación de la República." *Selección de discursos del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías*. Caracas: Ediciones de la Presidencia de la República.

(2014). Presentación. En: H. Chávez, *Agenda alternativa bolivariana* Caracas: Ediciones Correo del Orinoco.

Correa, R. (2007a). Discurso de posesión del Presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado en la mitad del mundo. Recuperado de: [www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-01-15-Discurso-Posei%C3%B3n-Presidencial-Mitad-del-Mundo.pdf](http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-01-15-Discurso-Posei%C3%B3n-Presidencial-Mitad-del-Mundo.pdf).

(2007b). Discurso del presidente Rafael Correa al presentar la comisión del CONESUP para codificar la propuesta para la asamblea constituyente. Recuperado de: [www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-02-28-Discurso-codificar-propuesta-para-Asamblea-Constituyente.pdf](http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/2007-02-28-Discurso-codificar-propuesta-para-Asamblea-Constituyente.pdf).

(2008a). Intervención del Presidente de la República, Rafael Correa en la ceremonia de clausura de la Asamblea Nacional Constituyente. Recuperado de: [www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/2008-07-25-Intervenci%C3%B3n-Presidencial-Clausura-Asamblea-Constituyente.pdf](http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/2008-07-25-Intervenci%C3%B3n-Presidencial-Clausura-Asamblea-Constituyente.pdf).

(2008b). Intervención del Presidente de la República, Rafael Correa en el cierre de la campaña por el sí. Recuperado de: [www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/24-09-08-IntervencionPresidencialcierrecampanaSi.pdf](http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/10/24-09-08-IntervencionPresidencialcierrecampanaSi.pdf).

De La Torre, C. Peruzzoti, E. (Eds.) (2008). *El retorno del pueblo Populismo y nuevas democracias en América Latina*. Quito: Flacso/Ministerio de Cultura.

Foro Ecuador Alternativo (2005a). ¡Basta ya! Recuperado de [www.llacta.org/organiz/coms/2005/com0008.htm](http://www.llacta.org/organiz/coms/2005/com0008.htm).

(2005b). Por la refundación de la República: que se vayan todos. Recuperado de [www.voltairenet.org/article123654.html](http://www.voltairenet.org/article123654.html).

(2005c). Frente a la marcha en Quito. Recuperado de [www.llacta.org/organiz/coms/2005/com0057.htm](http://www.llacta.org/organiz/coms/2005/com0057.htm).

Gordon, G., Luomo, A. (2008). Petróleo y gas: la riqueza ilusoria debajo de sus pies. En J. Shultz y M. Draper (comps.), *Desafiando la globalización. Historias de la experiencia boliviana*. La Paz: El Centro para la Democracia, Plural.

Gutiérrez Aguilar, R. (2008). *Los ritmos del Pachakuti: movilización y levantamiento indígena-popular en Bolivia (2000-2005)*. Buenos Aires: Tinta Limón.

Mayorga, R. A. (2009). Sociedad civil y Estado bajo un populismo plebiscitario y autoritario. En AA.VV., *La "nueva izquierda" en América Latina: derechos humanos, participación política, y sociedad civil*. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars.

Morales Ayma, E. (2009a). Evo Morales - Nueva Constitución - Posesión de autoridades indígenas. Recuperado de: [www.youtube.com/watch?v=TVDcJKETlg](http://www.youtube.com/watch?v=TVDcJKETlg).



- (2009b). Bolivia: Cierre de campaña por el Sí a la Nueva Constitución. Recuperado de: [www.youtube.com/watch?v=JIV8ql-g9PUw](http://www.youtube.com/watch?v=JIV8ql-g9PUw).
- (2009c). Bolivia: Ganó el Sí a la Nueva Constitución Política del Estado (CPE). Recuperado de: [www.youtube.com/watch?v=apgpDMwu5Ak](http://www.youtube.com/watch?v=apgpDMwu5Ak).
- (2012a). Juramento de posesión del Presidente Constitucional de la República, Juan Evo Morales Ayma. En *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano Tomo I, Vol. 1*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- (2012b). Palabras del Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Evo Morales Ayma, en la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado. En *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano. Preámbulo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- Muller, A. (2001). *Época de revolución en Venezuela*. Caracas: Solar Ediciones.
- Navas Alvear, M. (2012). *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*. Quito: Ciespal-Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ospina, P. (2005). El peso de la noche: una perspectiva de la crisis política en Ecuador. *Ecuador Debate*, 64, pp. 91-104.
- Pacto de Unidad (2006). *Propuesta para la nueva Constitución Política del Estado. Por un Estado plurinacional y la autodeterminación de los pueblos y naciones indígenas, originarias y campesinas*.
- Pérez García, M., y Velázquez Guevara, L. (1999). *La dimensión populista del discurso político en la campaña presidencial de 1998*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Pérez Liñán, A. (2009). *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Pipes, R. (1964). Narodnichestvo: A Semantic Inquiry. *Slavic Review*, 23 (3), pp. 441-458.
- Polga Hecimovich, J. (2010) *Políticos, militares y ciudadanos: un análisis de las caídas presidenciales en Ecuador (1997-2005)*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Abya-Yala.
- Raby, D.L. (2006). *Democracy and Revolution*. London: Pluto Press.
- Recalde, P. (2007). Elecciones presidenciales 2006: una aproximación a los actores del proceso. *Íconos*, (27), pp. 15-25.
- Sandoval Cabrera, G. C. (2012). *Campañas presidenciales y comportamiento electoral: análisis de las elecciones presidenciales del año 2006 en el Ecuador*. Quito: Flacso.
- Svampa, M. (2016). *Debates latinoamericanos*. Buenos Aires: Edhasa.
- Torre, J. C. (2013). El tecnopopulismo de Rafael Correa ¿es compatible el carisma con la tecnocracia? *Latin American Research Review*, 48 (1), pp. 24-43.
- Verdugo Silva, Julio Teodoro 2014 *La institucionalización de la revocatoria del mandato político a presidentes en Ecuador* (México DF: Flacso).
- Weyland, K. (2013). The Threat from the Populist Left. En: *Journal of Democracy* 24,3, pp. 18-32.
- Zanatta, L. (2014). *El populismo*. Buenos Aires: Katz.

# Populismo e Nazione

di *Daniele Petrosino*

Populismo e sovranismo cercano di dare una risposta alla frantumazione del corpo sociale, ma è una risposta debole, fondata sulla riproposizione di paradigmi obsoleti. È però la forma della partecipazione politica e della protezione sociale a non essere più adeguata alle sfide del presente. Per questo è necessario ripensare i luoghi ed i modi di formazione della comunità politica.

## 1. Populismo

Nel nuovo millennio nei sistemi politici occidentali si sono presentati con crescente energia e successo uomini politici, movimenti e partiti variamente denominati come populistici. Dietro questa categoria vi è un ampio spettro di fenomeni empirici che coprono l'intero arco delle posizioni politiche. Questa tendenza ad usare la categoria di populismo in modo eccessivamente pervasivo le toglie, però, capacità analitica. Potremmo dire che è un limite non solo della categoria, ma del fenomeno che essa cerca di descrivere, i cui confini sono estremamente indefiniti ed adattabili a molteplici situazioni. Ciò che accomuna tutti coloro che si muovono in questo spettro è l'evocazione di un'idea di popolo indistinta contrapposta a quella di élite: da una parte gli esclusi, dall'altra i privilegiati. È una nozione che incorpora e dilata una divisione sociale netta, benché non riducibile ad un unico elemento: il popolo è costituito da tutti coloro che sono tartassati dal potere economico, politico, culturale ecc.<sup>1</sup>

Questa nozione non incorpora di per sé alcuna dimensione identitaria ed è suscettibile di comprendere potenzialmente tutti coloro che sono esclusi dal potere. La potenza della narrazione sta in ciò che contemporaneamente è indeterminatezza e netta definizione

del nemico. In un mondo in cui le classi che conoscevamo sembrano scomparse e i confini sociali si fanno fluidi, la possibilità di individuare nei potenti il nemico sembra fornire una risposta.

La relativa indeterminatezza della definizione di popolo viene mitigata dalle specifiche declinazioni che tale nozione incontra sul suo cammino. Non esiste un popolo, ma svariati popoli i cui confini sono determinati dalla politica e dal diritto.

## 2. Sovranismo

Nel dibattito contemporaneo il populismo è spesso associato al cd. sovranismo, che spesso viene confuso con nazionalismo ed etnonazionalismo. Il sovranismo è la delimitazione del popolo in relazione ai confini statali, non pretende superiorità rispetto ad altri popoli e potrebbe essere inclusivo all'interno dei confini statali non assumendo in sé alcuna identità specifica. In altri termini non è altro che la riaffermazione di un potere territoriale, in cui l'elemento determinante è la definizione dei confini del territorio. Non a caso il sovranismo si declina su diverse scale territoriali. Il sovranismo nazionalista o etnonazionalista produce un'ulteriore delimitazione dei confini in relazione a qualche criterio di tipo etnico e/o culturale.

1. La letteratura sull'argomento è sterminata, ci limitiamo a suggerire alcuni testi di riferimento: Manuel Anselmi, *Populismo: teorie e problemi*, Mondadori università, Milano, 2017; Jan-Werner Müller, *Cos'è il populismo?* EGEA, Bocconi editore, Milano, 2017; Cas Mudde, e Cristóbal Rovira Kaltwasser. *Populism: A VERY Short Introduction*. Oxford University Press, 2017; Ernesto Laclau, *La ragione populista*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

Il sovranismo non è populismo in quanto potrebbe ricomprendere nell'insieme della popolazione definita come sopra anche le élite.

Empiricamente la declinazione che il populismo sta trovando in Europa è essenzialmente di tipo nazionale-sovrano, ma vi sono movimenti, per quanto minoritari, che si ispirano ad un populismo più sociale che nazionale. Ci troviamo, insomma, di fronte ad un insieme complesso di possibili delimitazioni ed intrecci che trovano la loro espressione nella politica contemporanea. Per questa ragione dobbiamo provare a sbrogliare i diversi nodi.

### 3. Confini

Il populismo affronta e declina la questione sociale in termini non riducibili alla questione di classe, incorporando una contrapposizione che è di *status*, tracciando un confine, anche culturale, con le élite. Questa è la ragione perché non tollera i partiti. Questi in quanto strumenti di mediazione costituiscono ed istituiscono élite, per questo i movimenti populistici sono proiettati verso *leadership* di tipo carismatico senza intermediazione.

Ciò in regimi parlamentari crea delle dissonanze, con la tipica contrapposizione tra democrazia diretta e democrazia delegata, che si riflettono nelle dinamiche di tali movimenti<sup>2</sup>. Il tendenziale rifiuto delle dinamiche parlamentari, della libertà di espressione del singolo rappresentante, il ricorso continuo a deliberazioni dirette sono il tentativo di risolvere una contraddizione insolubile.

Il sovranismo<sup>3</sup> non vive queste contraddizioni. *Élite* e popolo sono riconciliati e fronteggiano un avversario esterno. Ma il sovranismo costruisce confini all'interno della popolazione definendo coloro che ne fanno parte sulla base di criteri giuridici.

A godere dei diritti non sono tutti coloro che vivono all'interno dei confini dello Stato, ma soltanto chi è individuato da criteri legati all'appartenenza allo Stato o al territorio oggetto della rivendicazione. Questo

consente al sovranismo una moltiplicazione dei popoli a cui si riferisce.

Consideriamo alcuni esempi. È stata promulgata la legge istitutiva del reddito di cittadinanza. Nella definizione esso dovrebbe riguardare i cittadini ed è indirizzato a quella parte di popolazione con redditi bassi o nulli. Nel dispositivo è stata introdotta una serie numerosa di requisiti che limiterà l'accesso a tale misura anche a parti della popolazione in evidente e riconosciuta condizione di povertà, gli immigrati. La nozione di popolo così declinata non riesce a ricomprendere la questione sociale, introduce distinzioni che creano disuguaglianze. La principale di queste distinzioni è rivolta a cittadini che non godono di molti diritti e che non hanno voce per poterli sostenere.

In molte Regioni, e ancor più se passerà l'autonomia differenziata, la residenza nella regione è un requisito per accedere a possibili benefici (casa, lavoro, ecc.). Qual è in questo caso il popolo? Non è più quello ricompreso nei confini dello Stato, ma è quello ricompreso nei confini della Regione.

Insomma, la indicazione di confini crea sempre una divisione ed un accesso differenziato alle risorse che quei confini delimitano. Potremmo dire che generano un popolo a geometria variabile.

Anche il populismo che ricomprenda tutti coloro che sono all'interno dei confini di uno Stato ha un principio di esclusione legato alle modalità di accesso al territorio ed alle forme di riconoscimento giuridico della presenza in esso.

### 4. Identità

Queste contraddizioni vengono, almeno in linea di principio risolte attraverso la riduzione del sovranismo populista ad un principio identitario nazionalista<sup>4</sup>.

Le questioni relative all'identità nazionale sono troppo complesse per essere affrontate in questo breve articolo, ma alcune cose si possono dire. In primo luogo, che lo Stato-Nazione è un modello, ma è an-

2. Vedi N. Urbinati, *Maggioranza-e-maggioritarismo*, in *La sfida populista*, a cura di Manuel Anselmi, Paul Blokker, Nadia Urbinati, Feltrinelli, Milano, 2018.

3. Il termine sovranismo nasce nel contesto politico canadese ed indica l'insieme dei movimenti e partiti che rivendicano l'indipendenza del Québec. Si riferisce, quindi, ad una domanda politica sub-statale. In Europa ha trovato declinazioni di tipo statale indicando la rivendicazione politica di riappropriazione delle competenze statali da parti degli Stati che le hanno presumibilmente perse a favore di entità sovra-nazionali. Per le diverse declinazioni di questa categoria si veda: R. Bellamy, «A European Republic of Sovereign States: Sovereignty, Republicanism and the European Union», *European Journal of Political Theory* 16, n. 2, 2017, pp. 188-209; Thomas Fazi e William Mitchell, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Meltemi, Roma, 2018; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*. DeriveApprodi, Roma, 2018; G. Valditara, *Sovranismo. Una speranza per la democrazia*, Book Time, Milano, 2018.

4. Sui rapporti tra populismo e nazionalismo si veda: B. Bonikowski, D. Halikiopoulou, E. Kaufmann e Matthijs Rooduijn, «Populism and Nationalism in a Comparative Perspective: A Scholarly Exchange», in *Nations and Nationalism* 25, n. 1, 2019, pp. 58-81; A. Martinelli, (ed.) «When Populism meets Nationalism» ISPI Report, 2018.

che una finzione storica almeno nella misura in cui identifica l'unità politica con l'omogeneità culturale e tale finzione mostra chiaramente i suoi limiti nel contesto contemporaneo. Ciò nonostante la Nazione ha costituito un potente movente di mobilitazione e di riduzione del conflitto interno. Nazione e classe sono, almeno fino a Bauer e soprattutto allo stalinismo due termini antitetici. La Nazione raccoglie tutti coloro che vivono all'interno dei confini dello Stato, la classe raccoglie coloro che condividono una condizione sociale al di là di ogni confine.

Il nazionalismo fa fatica a trattare la questione sociale. Il marxismo fa fatica ad incorporare l'idea di Nazione ovvero il legame con il territorio e gli antagonismi che vengono generati tra le classi dei diversi Stati. Nel corso del '900 fascismo e nazismo hanno cercato di risolvere la questione sociale all'interno del nazionalismo e lo stalinismo, e poi il terzomondismo, hanno cercato di risolvere la questione nazionale dentro la questione di classe.

La dimensione identitaria riduce la questione sociale sia che essa venga declinata in termini di interessi nazionali attraverso un compromesso sociale che identifica nel popolo-nazione il portatore di un interesse condiviso in ragione di un'identità condivisa, sia che essa venga declinata in termini di protezione della classe nazionale (molto spesso è la classe operaia nativa – o acquisita – ad opporsi alle immigrazioni o all'estensione dei diritti ai migranti).

## 5. Il compromesso: *Welfare state*

Nello Stato-Nazione questo coacervo di contraddizioni precipita. Esso diventa, infatti, il luogo della protezione istituendo una delimitazione allo stesso conflitto sociale.

In occidente il tentativo di risolvere queste contraddizioni ha dato vita ad un terzo modello di compromesso: il *welfare state* fordista.

L'emergere e la diffusione dei *welfare state* o dell'*état providence* risolve le tensioni tra classe e popolo, tra popolo e Nazione. Lo Stato si fa carico delle tensioni sociali ergendosi a padre-protettore della sua popolazione ed il conflitto di classe si dimensiona intorno alla redistribuzione interna ai singoli Stati, almeno in occidente. Non è più il nazionalismo identitario che rivendica uno spazio nel mondo, ma è la Nazione che protegge i suoi cittadini.

La Repubblica italiana nasce in questo frangente e la sua Costituzione incorpora il riconoscimento della Nazione e la protezione dei cittadini da parte dello Stato, assegnando a quest'ultimo i compiti di ridurre le tensioni sociali generalizzando la condizione di benessere.

La narrazione politica ha confuso questo prodotto storico con un paradigma assoluto<sup>5</sup>, senza coglierne la contingenza e l'eccezionalità determinata dal grande processo di sviluppo post-bellico.

Ora siamo al capolinea ed i nodi vengono al pettine, ponendo due questioni essenziali: i singoli Stati-Nazione sono ancora il contenitore adeguato per i sistemi di protezione sociale? E la Nazione costituisce ancora la cornice culturale entro cui definire il popolo?

Entrambi questi interrogativi non possono avere una risposta giuridica, benché il diritto possa fornire delle indicazioni significative.

## 6. Non solo Stato

Iniziamo dal primo quesito. È evidente che gli Stati sono tutt'ora il principale attore dispositivo di forme di protezione/assicurazione sociale che prevedano la fornitura di servizi e/o di complementi reddituali, e sono ancora il principale luogo nel quale si esprime la partecipazione politica. Ma non sono soli e soprattutto non sono eguali tra loro. Per quanto la definizione dei principali strumenti di protezione sociale sia di competenza dei singoli Stati, tale decisione è condizionata da organismi sovranazionali e dipende dai rapporti di forza su quel terreno e dalle politiche che prevalgono in quelle sedi. Lo smantellamento dei *welfare state* e l'affermazione di un programma neo-liberista sono stati prodotti tanto dalle trasformazioni politico-sociali dei singoli Stati che dalle decisioni del Fondo monetario internazionale o della Commissione europea. In secondo luogo, la capacità degli Stati di incidere su tali politiche dipende dal loro peso ed è difficile pensare che i singoli Stati europei possano farlo in modo significativo. L'Unione europea, forse potrebbe, ma sarebbe necessaria una svolta politica che non si vede all'orizzonte.

Se vi è un'erosione dall'alto delle capacità di intervento dello Stato-Nazione, vi è, nell'Unione europea, anche un processo di *downscaling* che sposta competenze verso territori infrastatali (Regioni) attribuendo

5. Sulla critica al nazionalismo metodologico: D. Chernilo, «The Critique of Methodological Nationalism: Theory and History», in *Thesis Eleven* 106, n. 1, 2011, pp. 98-117; Id., «Social Theory's Methodological Nationalism: Myth and Reality», in *European Journal of Social Theory* 9, n. 1, 2006, pp. 5-22; A. Wimmer e N. Glick Schiller, «Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences», in *Global networks* 2, n. 4, 2002, pp. 301-334.

alle stesse una rilevanza fondamentale e generando anche qui processi di costruzione identitaria<sup>6</sup>.

Entrambe queste riduzioni delle capacità di intervento dello Stato sono al centro di tensioni che stanno emergendo nel contesto europeo (e non solo), ma non significano che gli stati non contino più. Semplicemente essi nella loro forma attuale non possono essere più dati per scontati.

## 7. Non solo Nazione

La seconda questione riguarda le trasformazioni della popolazione degli attuali Stati. La Nazione capace di protezione si pensava fundamentalmente omogenea e costituita da nativi (o assimilabili ai nativi in particolare negli Stati *ex-coloniali*), i confini li doveva istituire essenzialmente verso l'esterno garantendo forme di redistribuzione o quantomeno promesse di redistribuzione all'interno. Il quadro è completamente cambiato. L'Europa, ed in particolare l'Unione europea, costituisce un importante meta migratoria e, soprattutto, ha aperto progressivamente i propri i confini interni andando a costruire una delle più ampie zone di libera circolazione del mondo.

I confini esterni non sono più sufficienti e si costruiscono confini interni sia nei confronti di coloro che non appartengono alla Nazione (gli immigrati), sia nei confronti delle disomogeneità territoriali.

Le sfide sono molteplici: definire le cornici istituzionali adeguate e capaci di intervenire nella produzione di protezione, definire quale e quanta protezione ed a chi è destinata, ripensare le identità in termini plurali.

## 8. Democrazia e protezione

Lo Stato-Nazione, se mai è esistito, è ora certamente obsoleto rispetto a queste sfide, ma allo stesso tempo è resistente e sembra essere l'unico luogo in cui è possibile esercitare qualche forma di autodifesa sociale e di partecipazione democratica.

Gli Stati-Nazione democratici si sono fondati sulla rappresentanza di interessi e sull'allargamento del

suffragio. Ciò ha messo nelle mani degli elettori un grande potere, i voti ed i numeri contano in democrazia. Su questo si è costruito il consenso intorno ai *welfare state* della prima metà del Novecento. Essi non solo redistribuivano risorse, ma lo facevano verso quella parte di popolazione che costituiva la maggioranza del "popolo".

Questa maggioranza non vi è più. Essa è divisa da fratture economiche, generazionali, culturali.

La classe operaia che costituiva il nucleo di quella maggioranza è ormai una porzione minoritaria, il popolo è fatto da precari, pensionati, lavoratori autonomi, classe operaia, disoccupati o inoccupati. È questo coacervo di differenti interessi e prospettive che richiede protezione all'unico soggetto verso il quale si può rivolgere lo Stato nazionale. Ma, questo soggetto non può dare che risposte limitate e temporanee e tale limitatezza, di risorse e di poteri, alimenta la paura dell'apertura. Frontiere aperte, competizione/concorrenza aumentano il numero degli attori favorendo coloro che sono più forti, più innovativi, che hanno il supporto migliore, gli altri vengono lasciati indietro. La competizione è ovunque: i giovani vedono nei pensionati e negli anziani chi sta mangiando il loro futuro, i disoccupati vedono negli immigrati dei temibili concorrenti, i territori vedono negli altri territori dei possibili avversari.

Populismo e nazionalismo, sia nella loro declinazione distinta sia in combinazione tra loro, cercano di dare una risposta diretta e semplice a questa frantumazione scardinando, però, i principi della democrazia liberale. Peraltro, è una risposta in sé divisiva. Certo i movimenti populistici si fanno interpreti di paure e bisogni che non possono e non devono essere ignorati, ma la narrazione che vede un popolo contro un'élite o un'appartenenza contro un'altra si scontra con la realtà di una società molto più complessa di quella descritta.

Questa semplificazione è allo stesso tempo la forza e la fragilità di tali movimenti, ma le risposte non possono essere la mera riproposizione di paradigmi passati. La riproposizione delle varie declinazioni dello Stato-Nazione non è una risposta adeguata, ma le alternative che si intravedono devono affrontare ancora lo scoglio della partecipazione democratica.

6. M. Keating, *Rescaling the European State: The Making of Territory and the Rise of the Meso*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

# Il giudice nell'Europa dei populismi\*

di *Mariarosaria Guglielmi*

1. La storia interrotta / 2. Le sfide per l'Europa, la nostra comunità di destino / 3. L'attacco ai diritti e alle garanzie / 4. Ruolo della magistratura fra il dovere di imparzialità e la tentazione di neutralità / 5. L'associazionismo giudiziario: il nostro impegno comune in difesa dei diritti e delle garanzie / 6. Il Consiglio superiore della magistratura / 7. Il percorso di Magistratura democratica: bilanci e prospettive

*Arrivavano da ogni parte della bassa e anche dalle città: da Novara, da Vercelli, da Gattinara; con le famiglie, con gli amici, con i vecchi di casa, con i bambini, con i carri carichi di vino e di cibarie per far baldoria, e stare in allegria, e festeggiare la fine dell'estate. Non erano gente sanguinaria, né malvagia. Al contrario, erano tutti brava gente: la stessa brava gente laboriosa che nel nostro secolo ventesimo affolla gli stadi, guarda la televisione, va a votare quando ci sono le elezioni, e, se c'è da fare giustizia sommaria di qualcuno, la fa senza bruciarlo, ma la fa; perché quel rito è antico come il mondo e durerà finché ci sarà il mondo.*

(Sebastiano Vassalli, *La Chimera*, cap. 30, p. 294)

## 1. La storia interrotta

### 1.1. Il percorso della nostra democrazia

In pochi mesi il volto del nostro Paese è cambiato. E sembra essersi interrotto il percorso che ha condotto sin qui la nostra democrazia. Un percorso fatto di pagine buie e di momenti drammatici, di cui ancora conserviamo vive le ferite e il doloroso ricordo. Un percorso che ha attraversato difficili stagioni in cui la tenuta delle nostre istituzioni è stata minacciata dalla violenza eversiva del terrorismo e della criminalità organizzata, da fenomeni diffusi di illegalità pubblica, da conflitti di interesse portati ai vertici dello Stato e da tentativi di stravolgimento dell'assetto repubblicano.

Ma è stato – sin qui e sino ad oggi – il percorso di una democrazia, la nostra democrazia. È stato lo *svolversi* della sua storia che non si è mai discostato dalla traccia segnata, sin dalla sua nascita, da ciò che l'ha resa possibile: il nuovo patto fondativo rappresentato dalla Costituzione sorta dalla Resistenza e dalla sconfitta del fascismo, che ci ha consegnato un nuovo progetto di società basato su una promessa di eguaglianza e di solidarietà e sul riconoscimento della pari dignità di tutti gli individui.

Nella cornice di valori disegnata dalla Costituzione la nostra democrazia ha attraversato le sue alterne e difficili stagioni senza mai tradire se stessa. In questo “recinto” si è strutturata la nostra comunità, confrontandosi con i suoi conflitti, le sue inquietudini

\* Relazione, in qualità di segretario generale di Md, per il XXII Congresso nazionale di Magistratura democratica (Borgo Hermada, 28 febbraio – Roma, 1-3 marzo 2019), tenuta l'1 marzo 2019. Testo rivisto ed integrato il 3 marzo 2019.

e le sue contraddizioni ed è cresciuto il nostro senso di appartenenza ad una *collettività*, alla sua storia e alla sua identità.

Sentimenti che sono riemersi con forza durante il lacerante confronto che ha preceduto la consultazione referendaria del 2016.

In un'epoca di grandi incertezze create dalla crisi della diseguaglianza globale, dalle sue dimensioni e dalla radicalità che ne ha caratterizzato l'evoluzione, l'esito di quel voto, non così lontano, ci restituiva la certezza di una Costituzione forte, il nostro patrimonio comune di valori, come le leggi nelle lettere persiane di Montesquieu da *toccare solo con mano tremante*.

La scommessa vinta dalla Costituzione repubblicana apriva uno scenario diverso, di possibile cambiamento, offrendo nuove opportunità alla politica e ad una sinistra in cerca di identità: voltare pagina rispetto ad una lunga stagione di *pensiero debole*, di resa alla legge dei mercati e di arretramento nella tutela dello Stato sociale e nei diritti dei lavoratori; invertire la rotta rispetto ad un percorso di dismissione del suo patrimonio di valori e del suo passato, e ai tentativi di prendere pericolose scorciatoie sulla scia del populismo dilagante che si sarebbe rivelato da lì a poco il suo peggior nemico; riappropriarsi del punto di vista dei vecchi e dei nuovi perdenti e ritrovare una progettualità intorno ai principi di solidarietà, rimettendo al centro di un processo di ricostruzione sociale e democratica il diritto al lavoro e le sue tutele; tornare a fare della tensione verso la piena attuazione del principio di eguaglianza l'unificatore politico e culturale di ogni azione, elaborazione e strategia; rifondare su queste basi un progetto di cambiamento all'altezza delle sfide poste da una crisi economica diventata crisi sociale, crisi della democrazia rappresentativa, dei suoi meccanismi e delle sue regole che non hanno saputo veicolare verso l'alto le istanze di equità sociale né porre limiti alla legge dei mercati e della finanza e sono perciò apparse regole vuote, finite sotto accusa come inutili formalismi e strumenti funzionali solo alla conservazione della "casta".

La politica ha perso queste opportunità. E con il voto di marzo, si sono imposti, come ha scritto Ezio Mauro, due radicalismi simmetrici: il radicalismo del nuovo sovranismo che ha intercettato il risentimento e gli ha offerto un bersaglio e un nemico, rappresentato dallo straniero che *minaccia la nostra sicurezza, usurpa i nostri diritti e contamina la nostra identità*; il radicalismo egualitario e camaleontico dell'antipolitica che, senza il vincolo di ideologie, senza il peso di un passato e di una sua storia di riferimento, ha assecondato il ribellismo e gli umori del momento, ha sancito la sconfitta della sinistra conquistando il suo popolo e oggi, con il suo inesauribile trasformismo, può scendere a compromessi persino sulla pelle dei migranti abbandonati al loro destino in mare.

Nell'esito del voto abbiamo colto il grande rifiuto verso la politica, intesa come strumento e luogo di elaborazione di un progetto collettivo di cambiamento, e del pensiero politico come veicolo di nuove visioni e di aspirazioni comuni: non una richiesta di una discontinuità con il passato, di un cambio di passo, ma la *rimozione* di tutto quello che sino ad oggi è stato.

Ogni cambiamento radicale ha bisogno di interrompere la storia, di segnare con un "*atto I*" la separazione fra il *prima* e il *dopo*, di esprimere e di alimentare una nuova *emotività*. Quella *istintuale*, che il radicalismo vincente ha intercettato, raccoglie ma non è in grado di elaborare le istanze di maggiore equità e farne la base di un'azione collettiva; crea i luoghi dove si libera la parola ma non si dialoga; cerca nuove agorà dove non si organizza un pensiero critico ma si fomentano il ribellismo e le sue parole d'ordine.

Questa leva emotiva si è rivelata una straordinaria arma politica nelle mani dei nuovi demagoghi ed "avvocati del popolo" che acquisiscono il consenso dando voce al risentimento cresciuto nella paura e nella disaffezione verso una politica non all'altezza delle sfide del presente.

È un nuovo sentire che *accomuna* le periferie delle nostre città, interi e vasti strati sociali ma non unisce, non genera solidarietà, e si nutre anzi della contrapposizione alle élites e al *sistema*, come dei conflitti sociali generati dalla perdita dei diritti e delle tutele.

Stiamo smarrendo il senso di appartenenza ad una *comunità*, con i suoi valori unificanti dell'eguaglianza emancipatrice e della pari dignità, base della coesione sociale.

Non ci sentiamo più parte di un insieme né di un progetto collettivo: l'aspirazione ad una società di *eguali* e al bene comune ha lasciato il posto alle rivendicazioni dei *singoli* - non più cittadini associati ma individui - ad escludere gli altri. Rotto ogni patto di solidarietà, i nuovi perdenti devono essere e sentirsi nemici di altri perdenti, soggetti deboli e senza diritti, siano essi i migranti, i poveri e gli emarginati.

### 1.2. Il rischio di una possibile "mutazione genetica"

Il radicalismo vincente, che ha intercettato questo nuovo *sentire*, persegue ed esso stesso è già espressione di un progetto di mutazione genetica che vuole disfarsi dei vecchi arnesi della democrazia rappresentativa e sostituirli con le illusioni della democrazia diretta e del "governo del popolo".

Stanno emergendo i tratti con i quali Gustavo Zagrebelsky ha descritto la fisionomia della democrazia *acritica*: *al popolo non si riconosce il potere, supremo ma non illimitato, di orientare il governo della*

*cosa pubblica ma l'apparenza di una sovranità infallibile; armata dell'idea che questa sia il suo massimo attributo democratico, la democrazia acritica non discute sui limiti e sulle imperfezioni del popolo, non lo sottrae alla passività e alla reattività per farne una forza attiva capace di progetti elaborati non da altri che da se stessi, ma lo trasforma nel popolo passivo dei sondaggi. Un popolo che è unitario quando è eccitato da suggestioni e parole d'ordine collettive, ma che ha un'anima sola, risultato di tante solitudini individuali. Un popolo non soggetto di politica ma strumento di chi si propone come unico interprete della sua volontà.*

Si è aperta la strada per uno stravolgimento nei fatti del nostro patto repubblicano attraverso nuove incontrollabili forme di personalizzazione della *leadership* e di investitura dell'uomo solo al comando, che si propone come vendicatore delle donne e degli uomini dimenticati, unico legittimato a rappresentarne la volontà.

La crisi sociale si salda alla crisi della democrazia rappresentativa. Stiamo perdendo ogni consapevolezza del ruolo delle nostre istituzioni, delle regole e dei meccanismi che nell'assetto costituzionale esprimono la complessità, la dialettica e le dinamiche della democrazia. Stiamo dimenticando, cito ancora Zagrebelsky, che *la moltiplicazione delle istituzioni, la loro differenziazione funzionale, la garanzia della loro durata e il loro bilanciamento sono un'esigenza della democrazia critica, anche dal punto di vista del mantenimento della sua condizione psicologica: la perenne tensione al meglio e l'insoddisfazione per l'esistente*, che trasformano in virtù i limiti della democrazia, la sua imperfezione e la sua incompiutezza.

Abbiamo scoperto in pochi mesi una nuova, diffusa e radicata emotività, e tutte le contraddittorie istanze espresse nel consenso al *radicalismo* che ha intercettato la domanda di cambiamento. E negli stessi mesi abbiamo acquisito consapevolezza del percorso irreversibile che stiamo imboccando verso un mutamento non solo delle forme e degli equilibri dell'assetto costituzionale della nostra convivenza ma di ciò che ne rappresenta la sostanza.

Si preannunciava una nuova difficile stagione, una prova di *resilienza* per la nostra democrazia. Oggi emergono i tratti, sempre più netti e riconoscibili, di quello che Luigi Ferrajoli ha definito un chiaro e consapevole disegno di alterazione del suo *paradigma costituzionale*, che si salda al più ampio progetto eversivo di colpire l'Europa unita e i suoi valori fondanti; assistiamo alla disgregazione delle *vecchie forme di soggettività politica collettiva*, basate sull'*eguaglianza nei diritti e sulla solidarietà tra eguali* e alla loro sostituzione con *soggettività politiche di tipo identitario*, che trovano oggi la loro più forte e simbolica espressione nella contrapposizione fra il

“cittadino” e lo “straniero”, gli “italiani” e gli “immigrati”.

La costruzione di nuove soggettività di tipo identitario è parte rilevante della strategia del populismo e dei neonazionalismi, che, alimentando strumentalmente la percezione dell'*invasione* da parte degli stranieri, ha innescato anche nel nostro Paese una deriva xenofoba e razzista, e sta rimettendo in discussione i principi e i valori fondanti della democrazia europea.

Con la chiusura dei nostri porti e la messa al bando delle ONG si è consumata una violazione senza precedenti degli obblighi giuridici e morali di soccorso e di accoglienza, che derivano dal diritto interno ed internazionale.

Con le vicende delle navi Aquarius e Diciotti abbiamo scritto una pagina nuova per il nostro Paese imboccando un percorso, sconosciuto ed inquietante, distante dalla traccia culturale e simbolica sino ad oggi mai abbandonata nella storia dell'Italia repubblicana.

Sulla sorte dei migranti abbiamo ingaggiato una sfida con l'Europa “*per la solidarietà*” che rappresenta un'inversione morale di questo principio e abbiamo simbolicamente impresso una forte accelerazione al progetto di chiudere il nostro Paese nelle frontiere emotive del rifiuto e della paura.

Abbiamo in pochi mesi e con pochi gesti annientato intere esperienze di integrazione e di inclusione. Abbiamo così distrutto intere comunità cresciute intorno al valore dell'accoglienza e alle opportunità che la pacifica convivenza offre a tutta la collettività. Abbiamo privato “persone” di diritti, non per quello che fanno ma perché diverso dal nostro è il Paese dove sono nate e dal quale sono state costrette a fuggire.

Siamo di fronte, ha scritto Luciano Manicardi, a un uso politico strumentale di due distinte emozioni: la paura certo, ma anche la vergogna. Il rifiuto, l'espulsione trasmettono al migrante come a tutti i marginali il senso del “non diritto all'esistenza”, e del carattere “vergognoso” della loro presenza. Ma oggi – come dice Manicardi – siamo noi a doverci vergognare.

Non sono le parole e i toni rassicuranti del nostro Primo Ministro sul suo impegno per l'accoglienza e per un'Europa più solidale, operazioni cosmetiche da *spin doctor* del consenso multimediale scollegate da ogni effettiva correzione della linea politica, a cambiare la sostanza di quello che accade e di quello che rischiamo di diventare nello scenario sovranazionale: il principale laboratorio nel quale – sulla sorte dei popoli migranti – si sperimentano nuove alchimie per togliere linfa vitale al progetto dell'Europa unita.

Ci stiamo avvicinando culturalmente al sistema di “valori” affermati dal gruppo di Visegrad, con il rischio di moltiplicarne gli effetti diventando una delle forze trainanti nella riconfigurazione politica europea. Di



questo dobbiamo essere consapevoli. La nostra storia può cambiare. E noi potremmo essere responsabili di aver posto fine a quella dell'Europa unita.

## 2. Le sfide per l'Europa, la nostra comunità di destino

### 2.1. L'Europa unita: una necessità

«Oggi vorrei parlarvi della tragedia dell'Europa. Questo nobile continente che comprende nel suo insieme le regioni più eque e colte della terra. E in che condizione l'Europa è stata ridotta? ... Tra i vincitori c'è una babele di voci, tra i vinti il cupo silenzio della disperazione... Eppure esiste ancora un rimedio che, se venisse generalmente e spontaneamente adottato dalla grande maggioranza dei popoli in molti Paesi, trasformerebbe per miracolo l'intera scena... qual è questo rimedio sovrano? Consiste nella ricostruzione della Famiglia europea, o di tutto ciò che di essa ci è possibile ricostruire, e nel dotarla di una struttura nella quale possa dimorare in pace, sicurezza e libertà. Dobbiamo costruire una sorta di Stati Uniti d'Europa».

A distanza di 73 anni queste parole tratte dal discorso tenuto da Winston Churchill all'Università di Zurigo il 19 settembre 1946, conservano la loro attualità.

L'Europa unita è, per noi contemporanei e per le generazioni future, una necessità.

Di fronte al ritorno dei nazionalismi e dei loro simboli non è un esercizio retorico ricordare che questa nostra comunità di destino è nata dalla sconfitta dei totalitarismi e che in ogni momento i veleni del nazionalismo possono riportare sanguinosi conflitti anche nel cuore dell'Europa. *I demoni*, ammoniva J.C. Juncker qualche tempo fa, *come ha dimostrato il sanguinoso conflitto nei Balcani, non se ne sono andati, stanno solo dormendo*. Oggi noi siamo testimoni del loro risveglio.

Ma l'Unione europea non è solo una necessità. Come nel progetto visionario di chi l'ha concepita, rappresenta l'unica dimensione dove possono pienamente realizzarsi le condizioni per la fioritura e la perennità di una democrazia durevole (*Alain Caillé*), e per preservare quell'universalismo dei diritti fondamentali, politici e civili, di libertà e sociali proclamato nella sua Carta dei diritti.

Su tutti noi oggi grava una responsabilità storica.

Ereditiamo un'Europa indebolita dagli effetti della crisi economica e sociale, dall'esplosione delle diseguaglianze, dalla disaffezione e dal senso di distanza dalle sue istituzioni che non hanno saputo raccogliere le istanze di maggiore equità sociale dei singoli e di solidarietà di interi Paesi provati duramente dalla crisi economica. Abbiamo assistito in questi anni, sen-

za consapevolezza delle loro implicazioni, a scelte di rottura con la sua identità di comunità fondata sulla solidarietà e sulla pari dignità delle persone.

Abbiamo tollerato i gesti che hanno dato concretezza a queste scelte (i respingimenti dei migranti ai confini, in Ungheria come in Francia) e l'ostentazione delle loro azioni simboliche (i muri, i fili spinati, le marce religiose per presidiare i confini e per esorcizzare l'ingresso degli *infedeli*).

Abbiamo riscoperto l'importanza dei confini europei e, con la fine della coraggiosa operazione *Mare Nostrum*, abbiamo accettato di arretrare *“fisicamente ed eticamente”* su questa *linea di confine (nota Asgi)*. Oggi ci sfidiamo, da *“nazioni sovrane”*, sul dovere condiviso della *“solidarietà”* chiudendo i porti alle ultime navi impegnate nel soccorso umanitario – quelle dei volontari – presenti nel Mediterraneo.

Abbiamo, qualcuno ha scritto, *venduto l'anima* dell'Europa delegando alla Turchia il controllo delle frontiere esterne, non esitando a considerarla acriticamente *«Paese di primo asilo»* e *«Paese terzo sicuro»*, ed ipotecando la possibilità di prendere posizioni ferme contro la tragica deriva che ha subito verso l'instaurazione di un regime autoritario e la soppressione delle libertà fondamentali per i suoi cittadini.

Abbiamo voltato le spalle al Mediterraneo accettando l'assuefazione di fronte alla quotidiana evidenza di una strage infinita, *“affidando”* la sorte dei migranti alla casualità delle operazioni di cosiddetto salvataggio della Guardia costiera libica, di fatto rinviandoli ai centri di detenzione e abbandonandoli ad un contesto disumano e degradante, ripetutamente e inutilmente denunciato da tutte le organizzazioni internazionali.

Con l'inerzia, l'indifferenza e l'incapacità di superare i veti incrociati e gli egoismi nazionali l'Europa ha tradito l'impegno assunto nella sua Carta dei diritti fondamentali di garantirne il godimento *nei confronti dell'intera comunità umana e delle generazioni future*.

### 2.2. Il progetto di disgregazione

Il futuro di un'Europa fondata sui diritti e sui valori universali e indivisibili di solidarietà, eguaglianza e pari dignità delle persone, deve oggi confrontarsi con un progetto di disgregazione, che è l'altra faccia di un contagioso processo di regressione democratica e di affermazione delle democrazie *“illiberali”* in Paesi membri dell'Unione.

Sperimentato dapprima in Ungheria, questo modello è diventato una concreta realtà in Polonia, e sta avanzando in Romania e Bulgaria, mentre importanti segnali di allarme vengono anche dalla Repubblica Ceca. È un processo insidioso che, senza infrangere le leggi e senza ricorrere a frodi elettorali, manipola e svuota le regole, le procedure e le istituzioni della

democrazia; accresce il potere dell'esecutivo, indebolendo tutti i contropoteri, limitando la libertà e il pluralismo dell'informazione, acquisendo il controllo sulla magistratura e sui suoi organi di autogoverno. È un processo di avvelenamento dell'intero funzionamento del sistema costituzionale che si salda al rifiuto dei valori dell'Unione europea e alla riscoperta del primato della sovranità nazionale: in nome della tutela della nazione e del suo popolo, Ungheria e Polonia hanno chiuso le loro frontiere, hanno violato tutti gli obblighi di solidarietà che derivano dalla loro appartenenza all'Unione, e rifiutato ogni interlocuzione con le istituzioni europee sulle riforme che hanno condotto ad una crisi sistemica dello Stato di diritto.

Si alterano le forme della democrazia e si svuota di contenuti la sua "dimensione sostanziale" con scelte regressive per i diritti civili e sociali, per la libertà di espressione e per quella accademica, per i diritti dei migranti, dei richiedenti asilo e dei rifugiati, per la libertà di riunione e di associazione e per i diritti delle persone appartenenti alle minoranze.

È il lungo elenco delle violazioni che leggiamo nella risoluzione del Parlamento europeo che quasi due anni fa sollecitava l'intervento con la procedura di infrazione contro l'Ungheria e l'avvio di un regolare processo di monitoraggio degli Stati membri sul rispetto dei valori fondamentali dell'Unione europea.

Gli stessi "ingredienti" oggi si utilizzano in quello che rischia di diventare un nuovo laboratorio per l'attacco allo Stato di diritto, rappresentato dalla Romania. Nella risoluzione approvata il 13 novembre dello scorso anno, è ancora il Parlamento europeo a lanciare l'allarme per il contesto nel quale si inseriscono le riforme che in questo Paese possono compromettere in modo strutturale l'indipendenza del sistema giudiziario e la sua capacità di contrastare in modo efficace la corruzione: il processo di arretramento della democrazia avanza con le restrizioni alla libertà dei media e i tentativi di trasformare i mezzi di informazione in strumenti di propaganda politica; le modifiche della legislazione relativa all'organizzazione, al funzionamento e al finanziamento delle ONG hanno un "potenziale effetto intimidatorio sulla società civile" e limitano la libertà di associazione; con alcune iniziative, come la petizione promossa nel maggio 2016 per rivedere la Costituzione rumena al fine di limitare la definizione di famiglia al matrimonio fra uomo e donna, si rimettono in discussione i diritti fondamentali delle persone e si apre la strada alla discriminazione.

### 2.3. La democrazia europea avrà un futuro se sarà in grado di ritrovare il suo demos

«Io credo che dovremmo essere "ambiziosi" quando parliamo di "Stato di diritto" e di diritti fondamentali, almeno quanto l'Europa è "ambiziosa" nel

mettere in opera nuovi meccanismi di assistenza finanziaria, e regole per l'unione monetaria e bancaria. Perché banche e bilanci sono certamente molto importanti per la nostra economia... ma l'Europa non è solo banche e bilanci. È molto di più. E deve essere molto di più, se vogliamo conquistare non solo le "tasche" ma anche il cuore e la mente dei cittadini europei. Ecco perché è così importante creare un nuovo meccanismo per tutelare lo Stato di diritto».

Con queste parole Viviane Reding presentava il nuovo quadro per la tutela dello Stato di diritto adottato nel marzo 2014. È stata la risposta della Commissione europea ai segnali di allarme rappresentati dal ripetersi di situazioni di violazioni sistemiche dei valori fondanti dell'Unione: le espulsioni delle popolazioni Rom in Francia nell'estate del 2010; le riforme adottate in Ungheria a partire dal 2011 con gravi ricadute sull'indipendenza del sistema giudiziario, sulla Corte costituzionale e sui diritti fondamentali delle persone; la crisi determinata in Romania nell'estate del 2012 dall'adozione di una serie di misure urgenti da parte del Governo, che alteravano gli equilibri costituzionali e riducevano le competenze della Corte costituzionale.

È stato un passo importante per riaffermare che, nella visione europea, lo Stato di diritto, in quanto posto a fondamento dell'Unione e della sua azione esterna, non è espressione della sovranità statale, protetta dalla insindacabilità delle scelte relative all'assetto costituzionale e all'equilibrio fra i poteri negli Stati membri, ma è espressione dell'insieme dei valori e dei principi costituzionali e giuridici comuni che l'Unione deve assumere a parametri di valutazione della continuità dell'azione anche degli Stati membri con i criteri di Copenaghen.

Il nuovo meccanismo, attivato per la prima volta e portato avanti con la procedura di infrazione nei confronti della Polonia, ha tuttavia dimostrato limiti politici e strutturali che non hanno impedito il consolidarsi di situazioni conclamate di minaccia sistemica ai valori dell'Unione.

A fronte del dilagante processo di regressione dello Stato di diritto, l'Europa deve procedere con determinazione nella direzione più volte indicata dal Parlamento europeo, adottando un sistema di monitoraggio costante per tutti gli Stati membri, che prescindendo dall'esistenza di situazioni di *grave e persistente* violazione dei valori di cui all'articolo 2 del Trattato, e realizzi invece le condizioni per una permanente e reciproca *sorveglianza democratica* in difesa di tutti i principi fondativi del sistema costituzionale europeo: un processo regolare, sistematico e obiettivo di monitoraggio e di dialogo, al quale partecipino tutti gli Stati membri, con il coinvolgimento delle istituzioni europee, per salvaguardare i valori fondanti dell'Unione e tutti i principi dello Stato di diritto.

Si tratta di una prospettiva essenziale per il futuro dell'Unione come comunità fondata sulla «forza non di un esercito o di una polizia comune», ma dei principi dello Stato di diritto (*sentenza Les Vertes CGUE C- 294/83 del 1986*), che non si risolve nel rispetto della legalità formale ma afferma il primato dei diritti fondamentali, garantito solo da sistemi giudiziari indipendenti.

A questa prospettiva hanno dato forza e contenuti le giurisdizioni nazionali ed europee. Dalla sentenza *Les Verts* sino all'ordinanza sulla Polonia dell'ottobre scorso nel ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione europea, passando per le sentenze pronunciate nella causa proposta dall'Associazione dei giudici portoghesi e su rinvio dall'Alta Corte irlandese in tema di esecuzione (proprio verso la Polonia) del mandato di arresto europeo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha ribadito il valore di elemento strutturale che l'indipendenza dei sistemi giudiziari riveste per l'ordinamento europeo, non più confinato al *domaine réservé* dei singoli Stati membri, in quanto garanzia dell'insieme dei diritti discendenti dal diritto dell'Unione e dei valori comuni agli Stati membri enunciati nel Trattato.

Si tratta di passi importanti nella costruzione di un ruolo centrale delle istituzioni europee nella promozione e nella tutela dello Stato di diritto, verso un'identità europea fondata sui valori declamati dai Trattati, che può aprire per la politica dell'Unione prospettive più ampie ed ambiziose rispetto all'effettiva realizzazione dello spazio comune di libertà, giustizia e sicurezza.

A pochi mesi da elezioni decisive per il futuro della democrazia europea, è questo il momento per riaffermare, senza incertezze, la nostra aspirazione ad una piena integrazione politica e sociale dell'Unione, ad un'Europa capace di dare un'anima alle sue politiche monetarie antepoendo alle esigenze del mercato scelte di valore in nome della coesione e solidarietà, dotata delle forze politiche necessarie per affrontare le grandi sfide che la storia le pone davanti ed essere protagonista sulla scena mondiale nella difesa degli ideali dell'uomo che sono i suoi ideali (*Caillé*).

La democrazia europea avrà un futuro se sarà in grado di ritrovare il suo *demos*. E solo seguendo la trama dei diritti, come ha scritto Stefano Rodotà, potremo davvero scoprire un'altra Europa, assai diversa dalla prepotente Europa economica e dall'evanescente Europa politica. Questa è la via obbligata che ci indica la Carta dei diritti fondamentali per una rifondazione in senso democratico dell'Unione. E in questa direzione la giurisdizione, nazionale ed europea, dovrà continuare a svolgere il ruolo fondamentale che ha assunto in questi anni nella costruzione dell'ordinamento giuridico dell'Unione, fondato sulla centralità della persona e dei suoi bisogni.

### 3. L'attacco ai diritti e alle garanzie

#### 3.1. Le nuove sfide

In un contesto di crescente complessità della domanda di giustizia, nel vuoto di tutela per i diritti e nell'assenza di regole di presidio alla legalità, si rinnovano per la giurisdizione, e in forme sempre diverse, grandi sfide e terribili responsabilità.

L'esplosione delle nuove diseguaglianze, che anche le cifre e l'analisi dell'ultimo rapporto Oxfam descrivono in maniera spietata, confermando la loro crescente estensione e una concentrazione delle ricchezze a livello mondiale eticamente inaccettabile, ha disarticolato il nostro quadro culturale di riferimento.

Nell'epoca delle nuove diseguaglianze, i perdenti e i soggetti deboli sono disseminati in luoghi inattesi e la tutela dei diritti richiede anzitutto la comprensione piena del fenomeno rispetto a nuove forme di esclusione sociale, prodotte dalla mancanza di accesso alla conoscenza e all'informazione, ai servizi fondamentali come la tutela della salute e l'istruzione, e in ambiti già esplorati, come quello del lavoro, sia dipendente che autonomo.

Quanto la realtà del mondo del lavoro si sia sempre più allontanata dal modello disegnato dalla nostra Costituzione è sotto gli occhi di tutti. Da strumento di emancipazione, e principale condizione di accesso ad un'esistenza libera e dignitosa a fattore di produzione di nuove diseguaglianze: con il lavoro atipico e il lavoro precario si sono moltiplicate le disparità retributive; pesanti sono gli effetti di esclusione della diseguaglianza di genere e della frammentazione del lavoro, attraverso la creazione di nuove e sempre più diffuse forme contrattuali, dalla galassia del parasubordinato al contratto di somministrazione di mano d'opera, e un'ulteriore effetto di discriminazione è prodotto dalla concentrazione del lavoro atipico sulle nuove generazioni. Questa realtà non è l'inevitabile risultato delle trasformazioni tecnologiche o della competitività giocata sul mercato globale ma, come ha scritto Roberto Rivero, il frutto di una costruzione sociale in cui il ruolo decisivo appare svolto dallo Stato e il prodotto di una politica, una cultura, di leggi approvate negli ultimi venti anni che hanno scardinato il sistema di tutele costruito intorno al lavoro come priorità del sistema democratico: la definizione del contratto a tempo indeterminato come regola generale del rapporto di lavoro; l'inderogabilità delle tutele accordate in sede legislativa; l'affermazione della proporzionalità tra inadempimento del lavoratore e reazione del datore e conseguente controllabilità del modo in cui il datore di lavoro esercita questo potere; l'esistenza di un giudice *ad hoc* che, pur arbitro imparziale tra le parti, è capace di comprendere la diversa capacità di resistenza economica, e dunque processuale, tra

le parti, così da svolgere un concreto ruolo promozionale delle garanzie individuali e di assicurare effettiva certezza ai diritti, non solo economici, dei lavoratori. E in questo scenario economico e sociale, di riduzione del ruolo di garanzia del giudice del lavoro, al quale si chiede di abbandonare un controllo sostanziale interno, per porne in essere uno meramente formale ed esterno, e di *non intromettersi* in scelte dettate dalla situazione economica contingente, posta a giustificazione di scelte imprenditoriali che incidono pesantemente sulle tutele, non solo economiche, dei lavoratori, è mancata una *politica* alternativa di difesa dei diritti e per una riforma del welfare.

Sono mancati gli strumenti e le misure d'intervento in grado – come ha detto Paolo Guerrieri – di *migliorare l'uguaglianza delle opportunità* oltre che colmare le disuguaglianze nelle condizioni di partenza, *realizzando allo stesso tempo una combinazione virtuosa tra una efficace effettiva redistribuzione e un adeguato dinamismo dei mercati*.

La centralità del lavoro, con il suo valore in termini di emancipazione della persona e costruzione di rapporti sociali solidi, rischia di essere messa in ombra dalle misure di contrasto della povertà. Il reddito di cittadinanza, se da un lato appare importante in chiave di contrasto a disuguaglianze ormai inaccettabili, dall'altro comporta il rischio di incanalare in prospettive di assistenzialismo le battaglie per il lavoro e per una società meno povera. Potrebbero così rimanere sul tappeto i veri problemi: creazione di lavoro vero e non povero; riforma dei centri per l'impiego; piano di investimenti strategico per ridare linfa al lavoro; universalismo dei diritti dei lavoratori.

Nella riflessione svolta al congresso di Bologna sul tema delle disuguaglianze abbiamo ritrovato le ragioni del nostro impegno per una giurisdizione all'altezza del difficile compito che oggi richiedono l'attuazione dell'eguaglianza nelle sue nuove declinazioni e la sua realizzazione nella dimensione "costituzionale" piena, con la rimozione di ciò che di fatto la ostacola.

Sfide nuove, dunque, e terribili responsabilità per la giurisdizione che oggi deve confrontarsi con un contesto che sta rapidamente evolvendo, in ambito europeo e nazionale, verso un nuovo assetto normativo e culturale fortemente regressivo per i diritti e per le garanzie e verso una manomissione dei principi dello Stato di diritto che priva la giurisdizione del suo ruolo di garanzia e di terzietà.

### 3.2. La giustizia "a portata di mano"

Sostenuto dal consenso di un popolo ammalia-to dalle nuove parole d'ordine, il Governo procede a tappe forzate nell'attuazione del suo programma sulla giustizia. Come nella democrazia *acritica* di Zagrebelsky, la giustizia deve essere *a portata di mano*,

capace di *operare in tempo reale* rispetto alla soluzione dei problemi, assecondando le attese e gli umori cangianti del popolo.

In questi mesi abbiamo assistito all'umiliazione del Parlamento e a crescenti manifestazioni di insofferenza verso le istituzioni e le regole della democrazia. La via pare segnata: l'abuso della decretazione d'urgenza; il ricorso alla fiducia per svilire il dibattito parlamentare e aggirare gli *inutili* ostacoli lungo il percorso riformatore *del cambiamento*; l'alterazione di tutta la nostra grammatica costituzionale e degli equilibri che ci ha consentito sino ad oggi di preservare, e che ora stiamo mettendo a rischio, senza nessuna consapevolezza dei gesti dirompenti (come la proposta di *impeachment* che ha segnato la nascita del nuovo Governo) o con l'ostentata indifferenza per tutte le forme di interlocuzione istituzionale, persino quando finalizzate ad ottenere una maggiore ponderazione delle scelte che incidono sul rispetto dei diritti fondamentali delle persone.

La "giustizia a portata di mano" risponde oggi ad una priorità politica assoluta. Sul terreno della giurisdizione si gioca infatti una partita decisiva per i nuovi assetti della nostra democrazia.

Attraverso la riduzione degli ambiti di intervento della giurisdizione, si rimettono in discussione il fondamento egualitario e solidaristico del nostro Stato costituzionale e i principi che ne costituiscono l'essenza: l'universalismo dei diritti fondamentali, la centralità della persona e della pari dignità, la libertà di autodeterminazione, la laicità dello Stato.

Espropriando la giurisdizione del suo ruolo di garanzia e di terzietà, si altera in maniera permanente il rapporto fra autorità e libertà e il quadro di valori che dà legittimazione al sistema penale, ponendo limiti all'arbitrio del potere punitivo.

### 3.3. Il cd. decreto Salvini è il manifesto di questo nuovo corso

L'intervento congiunto in materia di protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica si è rivelato anzitutto un'operazione di *marketing* ben riuscita, che ha voluto imprimere una forte accelerazione al cambiamento "culturale" in atto nel Paese, togliendo consapevolezza dei valori in gioco e portando consenso alle scelte di criminalizzazione ad alta valenza simbolica: l'immigrazione è rappresentata e deve essere vissuta come una questione di ordine pubblico; lo straniero, *clandestino* o integrato, è comunque il *diverso*, responsabile della nostra insicurezza e dell'usurpazione di diritti e di opportunità a danno dei "cittadini".

Tutto l'impianto normativo del decreto si sviluppa in maniera coerente intorno all'identità negativa del *migrante* e alla percezione di rifiuto che deve generare. Il cambiamento che si vuole ottenere è anzi-

tutto *emotivo* perché da qui può nascere il consenso ad una riforma che mistifica la realtà e i dati di fatto che la descrivono: non siamo più in presenza di un arrivo massiccio di migranti, diminuito radicalmente fin dal 2017; anche rispetto al totale della popolazione non siamo il Paese soggetto all'*invasione* dei migranti e siamo anzi fra i Paesi che “meno accolgono”.

Sul piano – *non simbolico* né emotivo – della concreta incidenza sul riconoscimento e la tutela del diritto di migranti e dei richiedenti asilo ad essere accolti e a vedersi riconosciuto il diritto ad una esistenza libera e dignitosa, la riforma ha effetti dirompenti: la sostanziale abolizione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ora circoscritto ad ipotesi del tutto eccezionali e tipizzate, compromette la piena attuazione del principio sancito dall'articolo 10, comma 3, della Costituzione; si introducono ostacoli nel procedimento per il riconoscimento del diritto d'asilo, e all'accesso alla tutela giurisdizionale con la previsione di termini troppo brevi per l'audizione, l'aumento dei casi in cui i termini per l'impugnazione di un provvedimento negativo della Commissione territoriale vengono dimezzati, nuove ipotesi di inammissibilità e la previsione dell'obbligo di lasciare il territorio dello Stato in caso di diniego per chi è sottoposto ad un procedimento penale o è stato condannato con sentenza non definitiva, per alcuni reati gravi e di media gravità, con grave violazione della presunzione di non colpevolezza dell'articolo 27 della Costituzione; l'esclusione del permesso di soggiorno per richiedenti asilo dai titoli per l'iscrizione anagrafica è una misura gravemente e inutilmente discriminatoria che priva di fatto le persone di elementari diritti e di opportunità di integrazione; un chiaro disfavore verso le attività di integrazione si coglie nelle disposizioni che impongono nuovi obblighi solo alle cooperative sociali che si occupano di migranti; la previsione della revoca della cittadinanza a seguito della commissione di gravi reati introduce, in contrasto con i principi costituzionali, una diversa disciplina sulla perdita dello *status* di cittadino in ragione del modo in cui è stato acquisito; al pesante ridimensionamento del sistema di accoglienza inclusivo e diffuso rappresentato dagli SPRAR, corrisponde il potenziamento dei Centri governativi finora destinati all'emergenza e alla prima accoglienza, “non luoghi”, spazi senza tempo e senza identità, dove i migranti entrano e, relegati a una condizione di emarginazione e di esclusione, diventano un'entità indistinta. Si torna quindi ad ampliare l'area della detenzione amministrativa anche a fini identificativi, con una forma di trattenimento che può potenzialmente coinvolgere tutti i richiedenti asilo e si espande nuovamente il sistema, sorretto dalla logica emergenziale e di un diritto speciale per lo straniero, che realizza una forma di limitazione della libertà personale, ponendo gravissimi problemi di rispetto

dei diritti umani e di compatibilità con il nostro sistema di rigide e inderogabili garanzie previste per la legittima privazione della libertà personale.

Dietro questa riforma appena varata si intravede un progetto alternativo di società: un nuovo *ordine* fondato sul superamento teorizzato, dichiarato e rivendicato, del carattere universale dei diritti fondamentali, del principio di eguaglianza fra gli individui e della solidarietà quale valore che appartiene alla nostra storia e alla nostra comunità.

A chi fortemente ha voluto la riforma e oggi fortemente la sostiene dobbiamo ricordare che, come ha scritto Paolo Rumiz, profughi si diventa e profughi tutti noi possiamo diventare in un solo attimo. Basta una guerra.

### 3.4. Il disegno di legge Pillon ovvero la genesi di un pregiudizio

Siamo già ad un passaggio molto stretto per i diritti civili e per quei valori, come la pari dignità delle persone, che ai diritti civili hanno conferito una nuova dimensione e una nuova concretezza.

Si moltiplicano i segnali di un nuovo oscurantismo, di una utopia regressiva che investe interi sistemi di diritti, come il diritto di famiglia, e vuole passi indietro su conquiste fondamentali che riguardano i diritti del vivere e la libertà di agire di ciascuno di noi davanti alle decisioni della vita.

Il disegno di legge Pillon è il portato della stessa sub-cultura, fortemente ideologizzata, che ha prodotto le iniziative contro l'aborto, gli attacchi in nome dei valori della famiglia “tradizionale” alle unioni civili, al biotestamento, alla laicità dello Stato.

Ci troviamo di fronte a un progetto di *controriforma* che – in nome di un ordine morale “superiore”, che vuole farsi anche ordine giuridico – ridisegna la regolamentazione della crisi familiare in contrasto con il bene supremo da salvaguardare, rappresentato dall'interesse del minore, e con il *principio personalistico* proclamato all'articolo 2 della Costituzione, che assegna alle «formazioni sociali», come la famiglia, il fine di permettere e di promuovere lo svolgimento della personalità di ciascuno. È un principio che, come ha chiarito la Corte costituzionale, non ammette una concezione *totalitaria* della famiglia e dell'ordine familiare, né una visione della *famiglia nemica delle persone e dei loro diritti*. Gli effetti di scelte ideologiche sulla tenuta di un sistema per più aspetti fragile, per l'unicità e la varietà delle concrete dinamiche, individuali e della vita relazionale che vi operano dall'interno, sono devastanti: l'interesse del minore viene sacrificato in nome della deformazione del principio di bi-genitorialità attuato con modalità pratiche di “condominio” e, in vista di un *equilibrio* fra le figure genitoriali artificialmente costruito su tempi paritari dell'affidamento,

si introduce una disciplina prescrittiva che limita al massimo la discrezionalità del giudice e il ruolo della giurisdizione rispetto alla tutela dei diritti in gioco; l'affermazione del diritto esclusivo degli adulti, in luogo di quello del minore, ispira le modifiche introdotte anche per la regolamentazione delle separazioni connesse a condotte di violenza e maltrattamenti, che sottovalutano l'incidenza effettiva del fenomeno, contrastano con tutte le convenzioni internazionali a tutela dei bambini e delle vittime della violenza e ancora una volta limitano gli spazi concessi al giudice per gestire i casi complessi di separazioni conflittuali nell'interesse del minore; le modifiche apportate sul piano della tutela penale minimizzano la violenza domestica e rendono inefficaci gli strumenti di contrasto a un fenomeno diffuso che colpisce i soggetti più deboli del rapporto.

Come ha detto Gabriella Luccioli, è un ritorno a un passato che non può essere riproposto e su cui, anche se emendato, si abatterà la mannaia della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo.

### 3.5. La dilatazione dello strumento repressivo

Le direttrici lungo le quali si muove la politica criminale del nuovo Governo non sono certamente inedite. Le continue torsioni e deformazioni subite dal diritto penale in questi anni, sotto la spinta delle pulsioni ed emergenze del momento, hanno prodotto una dilatazione irrazionale dello strumento repressivo e l'abbandono del modello garantista rappresentato dal diritto penale minimo: si moltiplicano le leggi d'eccezione e di *occasione* come le definiva Francesco Carrara; si ricorre all'uso demagogico della norma penale che alimenta l'illusione repressiva aumentando la paura e, criminalizzando le persone in luogo delle condotte, individua il *nemico* contro cui dirigerla.

Il decreto sicurezza segna un salto di qualità anche in questa direzione: l'aumento abnorme di pene (per il reato di invasione o occupazione di terreni o edifici), il ripristino di fattispecie già ridotte a illeciti amministrativi (l'esercizio abusivo dell'attività di "parcheggiatore o guardamacchine") o addirittura abrogate *tout court* (l'"esercizio molesto dell'accattonaggio" che recupera la mendicizia invasiva depenalizzata nel 1999) che selezionano le condotte da criminalizzare o aggravare sul "tipo d'autore" (poveri, migranti) e fenomeni oggi spesso riconducibili a contesti di marginalità, sono espressione di una nuova politica penale autoritaria che enfatizza le esigenze di ordine e di sicurezza, senza alcun aggancio alle dimensioni reali e all'effettiva offensività dei fenomeni da contrastare, e torna ad investire sulla repressione massima come *strumento di governo della società* (Livio Pepino) e di esclusione dalla società di sogget-

ti marginali *all'insegna di un'antropologia razzista della disuguaglianza* (Luigi Ferrajoli).

Torniamo ad una visione arcaica e primitiva della pena: è l'afflizione che merita *chi ha sbagliato*, e che per questo deve *tornare a pagare*; ed è l'afflizione massima, che non ammette la prospettiva di recupero né di reinserimento. La *certezza della pena* diventa certezza del carcere.

Il contratto di Governo ha annunciato la riforma di «*tutti i provvedimenti emanati ... tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della collettività*»: si abbandona ogni prospettiva di una giustizia riparativa, di strumenti di riconciliazione, di forme ripristinatorie o riparatorie perché *contrarie* alle esigenze di tutela della collettività. La risposta al reato è e può essere solo una ritorsione, e una sanzione che ne riproduce in senso *analogico* la negatività, il suo essere *male* (Luciano Eusebi).

Senza ripensamenti, con un tratto di penna, abbiamo rinnegato tutto il lavoro degli Stati generali sull'esecuzione della pena e l'ispirazione di fondo che aveva aggregato sinergie culturali intorno ad un nuovo progetto di esecuzione penale, il più organico e costituzionalmente orientato mai posto in essere dopo la riforma Gozzini, per una piena attuazione della sua finalità rieducativa e un sistema delle pene che guardi al carcere come *extrema ratio*.

Quel che era rimasto nella rimodulazione regressiva del decreto approvato nel marzo 2018 del progetto originario, poi abbandonato per ragioni elettorali, è stato eliminato con la controriforma sul carcere avviata dal Governo appena insediato: sono venute meno anche le norme che favorivano l'accesso alle misure di comunità; un passo indietro è stato fatto rispetto a tutte le disposizioni della riforma che ridimensionavano gli automatismi preclusivi, consentendo alla magistratura di sorveglianza di tornare a valutare caso per caso i progressi effettivi di ogni detenuto.

Il percorso intrapreso non solo porta al definitivo abbandono della prospettiva di un sistema penitenziario e di esecuzione penale pienamente conforme al dettato della Costituzione ma ci allontana dall'idea di pena che è patrimonio della nostra cultura giuridica, coerente con i principi di necessità, personalità, finalismo rieducativo: principi che fanno parte del suo contenuto ontologico, come ci ha ricordato la Corte costituzionale, che devono evitare «il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale» o di «privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione»; qualità essenziali per la «legittimazione e funzione» della pena, che «l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

### 3.6. «La caccia vale più della preda»

Il processo penale si allontana dal suo paradigma garantista: quello per cui, come ha scritto Cordero, «la caccia vale più della preda». Se i termini si invertono, la caccia non ha bisogno di regole e anzi delle regole che la ostacolano deve liberarsi.

E la *preda* catturata deve essere esibita: la messa in scena organizzata dalla propaganda di Stato per “celebrare” la fine della latitanza di Cesare Battisti ha trasformato la vittoria dello Stato di diritto e la chiusura di una vicenda dolorosa della nostra storia in una pagina umiliante, che – come denunciato dall’Unione delle Camere penali – rappresenta nel modo più plastico e drammatico un’idea arcaica di giustizia ed un concetto primitivo della dignità umana, estranei alla cultura del nostro Paese.

Un’idea arcaica di giustizia come vendetta privata ispira la nuova disciplina della legittima difesa. Messa al primo punto degli interventi nell’area penale previsti dal contratto di governo, questa riforma – come ha scritto Gaetano Insolera – *persegue in modo evidente la costruzione di una emergenza e di una retorica disancorate da razionali considerazioni volte a contemperare la molteplicità delle situazioni fattuali e la ponderazione degli interessi in gioco con la rigidità di un dato normativo.*

È una retorica che *corrisponde invece ad opzioni viscerali, estreme, più simili alla logica semplificata della Castle Doctrine e delle stand your ground laws* che in America ispirano le norme sulla legittima difesa, fornendo un elevatissimo grado di tutela per chi usi la forza letale contro chi si introduca illecitamente in un’abitazione, sulla base di opzioni di valore sino a ieri estranee alla nostra cultura.

Una riforma “manifesto”, con gravissime implicazioni sul piano culturale come su quello giuridico: anteporre l’invulnerabilità del domicilio alla tutela incondizionata della vita umana significa consumare un ulteriore strappo con il sistema dei valori della nostra Costituzione, sovvertendo la collocazione che da questo sistema ricevono e la graduazione della loro tutela conforme ad elementari principi di civiltà giuridica.

Dal *diritto* ad avere paura al *diritto* di vendicarsi il passo è breve. E quando un Ministro della Repubblica arriva a sovvertire con le parole e con i gesti simbolici l’esito definitivo di un giudizio di condanna, chiamando *il Tribunale del popolo* ad assolvere chi ha cercato di farsi giustizia da sé per vendicarsi del torto subito, dinanzi a noi si apre un abisso, dove si perdono tutti i valori della convivenza civile e le regole dello Stato di diritto che devono garantirli.

### 3.7. La tenuta delle garanzie

La giustizia *a portata di mano* non tollera i valori più complessi della giurisdizione e vive con insofferenza i vincoli delle garanzie.

All’illusione panpenalistica si accompagna quella pangiustizialista e si svela l’altra faccia del diritto penale orientato alla massima repressione: accanto al diritto penale *diseguale* che accentua la risposta repressiva per i soggetti marginali, il trattamento *egualitario* che rovescia il senso delle garanzie trascinando verso il basso i soggetti più forti con lo stesso sbrigativo trattamento che spetta a quelli più deboli.

La risposta a mali endemici e a fenomeni di criminalità gravi e complessi è la “tolleranza zero” e il linguaggio della nuova politica criminale vuole trasmettere il senso di un intervento “risolutivo”: è – come ha detto Vittorio Manes – un lessico distortivo, prigioniero e irretito dalla finalità di legittimare un utilizzo del diritto penale come strumento di lotta a fenomeni sociali, che si assumono sistemici, se non persino come strumento di “vendetta sociale”.

La riforma cd. “spazzacorrotti” riproduce tutti i caratteri di un sistema penale fortemente orientato dal finalismo repressivo: inasprimenti sanzionatori, estensione ai reati contro la Pubblica amministrazione delle fattispecie ostative alla concessione delle misure alternative, previsione di pene accessorie perpetue, sopravvivenza degli effetti penali alla riabilitazione, figura dell’agente sotto copertura con incerte attribuzioni.

E il dibattito che ha accompagnato la riforma della prescrizione ha risentito di una logica di *semplificazione* che vede le *garanzie* a scapito dell’efficienza.

Una impostazione che può portare al mutamento della fisionomia del diritto e del processo penale: le garanzie non sono una *concessione* o una rinuncia a favore degli avversari della legalità ma rappresentano un’*esigenza* della giurisdizione, il limite strutturale dell’intervento penale, che lo legittima con la massima riduzione dei suoi margini di arbitrio.

Nessuna scelta finalizzata all’efficienza del processo penale è neutra rispetto alla tenuta del sistema di garanzie e dei principi del giusto processo.

Per questo riteniamo che oggi sia compito di Md contribuire a riportare il dibattito sulle riforme del processo penale sui giusti binari, restituendo al confronto la *complessità* della riflessione che le garanzie e i principi del giusto processo richiedono.

Non si può pensare di disincentivare le impugnazioni e perseguire l’efficienza del processo cancellando con un tratto di penna principi e valori di fondo del processo penale. Non possiamo discutere di abolizione del divieto di *reformatio in pejus* senza valutare le implicazioni di questa scelta rispetto alla piena esplicazione del diritto di difesa e alla sua proiezione nel diritto ad impugnare.

Al dibattito sulla prescrizione abbiamo contribuito portando la nostra attenzione alla funzione di garanzia che questo istituto ha come limite alla pretesa punitiva dello Stato inerte. Una pretesa che non può

durare all'infinito e che deve conciliarsi con il principio costituzionale della durata ragionevole del processo: la prescrizione è anche "garanzia" di vitale importanza per il cittadino accusato, che "interessa la punizione dei colpevoli ma interessa altresì la protezione degli innocenti" come ha scritto Francesco Carrara, e gli interventi di riforma non possono prescindere da una valutazione che li metta in relazione e in equilibrio anche con i tempi dei giudizi di impugnazione, evitando di trasferire il costo di una durata indeterminata del processo sull'imputato.

## 4. Ruolo della magistratura fra il dovere di imparzialità e la tentazione di neutralità

### 4.1. La magistratura, corpo vivo e inquieto, avverte le paure e incertezze del nostro presente

Come ha scritto Stefano Rodotà, la magistratura è l'avamposto istituzionale nella società, direttamente investita da tutta una serie di situazioni nuove, difficili, che trovano il loro primo interlocutore nella giustizia.

Nel suo ruolo di dare prospettive allo sviluppo della democrazia progressiva delineata dal cpv. dell'articolo 3 della Costituzione, la giurisdizione si colloca al centro delle dinamiche e dell'ambivalente rapporto che da sempre lega la democrazia ai diritti: in quanto "fondamentali" i diritti sono necessari alla democrazia, garanzia della sua sopravvivenza; ma il loro riconoscimento e la loro tutela affidati ai giudici, e sottratti al legislatore, genera la *diffidenza* della democrazia verso i "diritti" e la perenne tensione alla quale è sottoposto il ruolo della giurisdizione come possibile fattore di alterazione dell'equilibrio fra i poteri e di limitazione della sovranità popolare.

Oggi sono chiari i segnali di una rapida involuzione di queste dinamiche. Nella democrazia acritica che non ammette mediazioni rispetto alla giustizia attesa dal *popolo*, la *diffidenza* si trasforma in *conflitto*, e si rimette in discussione il fondamento stesso della legittimazione della giurisdizione: l'essere la giurisdizione *attuazione* dei diritti, ciò che deve renderli effettivi per tutti e dovunque siano negati da ostacoli di fatto o di diritto; l'essere la giurisdizione il luogo dove, nella concretezza del suo esercizio, il potere punitivo limita se stesso e il suo arbitrio, arrestandosi di fronte alle garanzie e alla *sfera dell'indecidibile* (Ferrajoli), che presidia le libertà e i diritti fondamentali delle persone.

La *diffidenza* verso il ruolo di garanzia della giurisdizione è il filo rosso che lega tutti i recenti interventi di riforma: si marginalizza la giurisdizione che *attua* i

diritti; si vuole snaturare la sua funzione *liberandola* dai "vincoli" dalle garanzie.

Una diffidenza dichiarata nella novella della legittima difesa, che vuole eliminare gli "*elementi di incertezza interpretativa*" insiti nella valutazione della proporzionalità fra difesa e offesa; nell'annuncio della riforma Salvini su sicurezza e immigrazione, che denuncia l'"anomalia tutta italiana" prodotta dall'abuso della protezione umanitaria fondato su "ampi margini di incertezza interpretativa", e nel tentativo di tipizzarne le ipotesi con l'obiettivo dichiarato di limitare il potere discrezionale del giudice che ne avrebbe fatto un troppo ampio utilizzo; nel disegno di legge Pillon che, in coerenza con il contratto di Governo, rivendica la scelta di una "progressiva de-giurisdizionalizzazione" della materia per rimettere al centro la famiglia e i genitori e il loro diritto di decidere sul futuro dei loro figli, lasciando al giudice un *ruolo residuale*; nelle preclusioni e negli automatismi che devono vincolare il giudice nella scelta di quanto punire e di come punire.

Da tempo la magistratura si misura con le logiche e i contenuti del diritto penale del nemico: la dialettica che contrappone lo Stato al suo *nemico* mette in discussione la terzietà della giurisdizione, percepita come un ostacolo alle finalità di *lotta* e di neutralizzazione *dell'avversario*.

Con incoerenze, oscillazioni e cadute nelle prassi, la giurisdizione ha sempre saputo recuperare, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, il terreno sottratto alle garanzie e ai principi fondamentali che governano il nostro sistema penale.

Oggi la sfida per la giurisdizione si presenta ancora più complessa: parte della dialettica fra lo Stato e il suo nemico è il *popolo*, e in nome della *volontà popolare* si chiede ai giudici di farsi carico delle esigenze di prevenzione e di neutralizzazione del nemico sociale, di entrare nel conflitto che lo contrappone allo Stato.

In questa dialettica, ha scritto Massimo Donini, ai giudici si chiede di *scegliere* apertamente, di dichiarare da che *parte stanno*, e si rimette in discussione che essi debbano stare sempre dalla parte dei diritti e delle garanzie.

E, ammoniva Donini, lo scenario si complica quando si guarda a quel che accade fuori dai palazzi e dalle aule di giustizia: se le nostre città fossero state colpite dagli eventi tragici di Parigi o Bruxelles, quanti sarebbero oggi disposti ad accettare l'unica risposta che la giurisdizione deve e può dare? *Siamo dalla parte dei diritti e delle garanzie*.

Questi giudici, dalla parte dei diritti e della garanzia, ce lo ha ricordato il Ministro Salvini, oggi devono temere *l'ira dei giusti*.

### 4.2. Una magistratura consapevole del suo ruolo

Posta di fronte alle difficili sfide dell'attualità, la



magistratura deve dimostrarsi pienamente consapevole del suo ruolo e per questo interrogarsi sulle attese di giustizia, ricercare un rapporto intenso con la società, non mostrare cedimenti nella difesa dei valori della giurisdizione e della democrazia ma non rifuggire dal difficile confronto con la complessità del presente e con tutte le paure e le incertezze che oggi fanno ingresso nelle aule di giustizia.

Una nuova e piena consapevolezza è necessaria per riconoscere le *insidie* del momento. Il confronto con la realtà, direbbe ancora Rodotà, si è fatto scomodo e la magistratura, in bilico fra governo della realtà e ideali di giustizia, si ritrova esposta a due opposte tentazioni: ricercare una *consonanza* con le attese e il sentire dominanti, facendosi carico dell'interesse del *popolo* e della *nazione*; tornare a rifugiarsi nella *pura tecnica* e nel formalismo giuridico, sottraendosi al confronto con la realtà.

Non scopriamo oggi le forme del nuovo *corporativismo* giudiziario: la magistratura divisa al suo interno, in rivolta contro il suo sistema di rappresentanza ed autogoverno, non più in sintonia con l'opinione pubblica, senza il collante della difesa della sua indipendenza dagli attacchi esterni e dell'impegno associativo comune, ha ricercato in questi anni una sua nuova identità nell'individualismo e nel protagonismo dei singoli; umiliata nel confronto con una politica che ha sostituito all'aggressione lo scherno (ricordiamo tutti *...l'Anm brrr che paura*), attraverso la figura del giudice *eroe* (*Donatella Stasio*) ha riscattato la sua immagine e ha riconquistato la scena presentandosi all'opinione pubblica come l'unica parte *sana* del Paese.

La magistratura che smarrisce la consapevolezza della sua identità di soggetto collettivo e del valore del comune impegno per i diritti e le garanzie incontra i sentimenti dell'antipolitica, le rivendicazioni "antisistema" e se ne fa interprete. Nella ricerca di una consonanza con il contesto esterno, una magistratura "inconsapevole" rischia di assecondare e legittimare la semplificazione dei contenuti e del linguaggio del dibattito politico, che banalizza e perciò rende possibile il sovvertimento dei valori più complessi della giurisdizione come le garanzie. Una magistratura "inconsapevole" non è in grado di contrastare la deriva giustizialista in atto nel Paese e ne diventa protagonista, perde il necessario ancoraggio della sua legittimazione rappresentato dal suo ruolo di terzietà e di garanzia.

Ma le parole di Rodotà oggi ci ricordano che, di fronte ad un politica aggressiva e in situazioni complesse, una delle *reazioni istintive* è il ritorno ad una concezione formalistica dell'imparzialità e all'"ideologia della neutralità"; è il tornare a chiudersi dentro le *alte mura* di una *nuova separatezza*; è la nuova stagione del riserbo e dei passi indietro; è l'equidistanza

– in ogni caso – da scelte regressive sul piano dei diritti e delle garanzie e il ruolo di difesa ed inveroamento dei valori che, a presidio dei diritti e delle garanzie, la Costituzione assegna alla giurisdizione.

È il timore di interrogarci e di guardare alle nostre dinamiche interne e alle loro involuzioni per assumerci, come ha scritto Nello Rossi, la responsabilità culturale e sociale rispetto ai provvedimenti e alle sentenze, leggendole e se necessario criticandole, e *chiamando i loro autori con nome e cognome a rispondere di esse davanti ai tribunali della cultura giuridica e dell'opinione pubblica*.

E sul versante più scivoloso della critica dall'interno ai provvedimenti giudiziari, anche nel confronto interno alla magistratura progressista, riemergono preoccupazioni e timori per le *interferenze* nei procedimenti giudiziari in corso: su questo fronte il confronto con la realtà si è fatto molto scomodo e la tentazione di tornare a trincerarsi dietro l'intangibilità della decisione, sino a che una verità processuale certa non verrà stabilita, è molto forte.

È un terreno scivoloso ma è un terreno che dalle sue origini Magistratura democratica ha scelto di praticare, così segnando la specificità del suo percorso e del suo ruolo di stimolo alla crescita culturale della magistratura. Di fronte ai difficili compiti della giurisdizione, che si vuole oggi costretta in ambiti sempre più limitati, e alla complessità delle scelte di valore che è chiamata a fare, solo con la capacità di vigilanza culturale interna e con la critica specifica e diretta sui provvedimenti che adotta, la magistratura può scongiurare il rischio di un nuovo conformismo.

La tentazione della *neutralità* – come quella di nuova *consonanza* – non è innocua: è la rinuncia al compito che la giurisdizione – informata ai principi costituzionali – deve svolgere come fattore di eguaglianza; è l'indifferenza ai mutamenti che oggi rischiano di compromettere la sua funzione di garanzia e la sua terzietà; è il ritorno ad una magistratura bocca della legge, non ispirata dai valori della Costituzione ma attenta all'ossequio formale al dato normativo.

## 5. L'associazionismo giudiziario: il nostro impegno comune in difesa dei diritti e delle garanzie

### 5.1. L'Associazione nazionale magistrati

Sempre esposta ai possibili mutamenti dei complessi e labili equilibri che la sostengono, indebolita dal vuoto di elaborazione che è seguito alla stagione dell'autoriforma, la nostra Associazione stenta da tempo a ritrovare una sua significativa presenza nel dibattito culturale e politico nel Paese e ad esprimere una forte progettualità sulle riforme necessarie per

far fronte alla grave crisi di efficienza del sistema giudiziario e su tutti i temi che incrociano la giustizia e la giurisdizione.

Dopo il primo anno della presidenza Davigo, caratterizzata da una nostra incomprensibile arrendevolezza rispetto a posizioni assunte e rappresentate nel dibattito pubblico e nel confronto con l'avvocatura in nome di tutta la magistratura che avrebbero richiesto un'esplicita e netta "correzione" di rotta (basti pensare ai danni provocati dal rappresentare la magistratura come unica paladina della legalità, interessata solo alla repressione, dimenticando che c'è tutto un settore della legalità da valorizzare fatto dalla tutela dei diritti e dal rispetto delle garanzie che rappresenta la cifra di civiltà di un Paese) abbiamo tentato di recuperare spazi per un dialogo e un confronto costruttivo con l'avvocatura e con la politica sulle riforme necessarie, e per una interlocuzione critica su quelle non condivise.

Oggi la portata eversiva di alcuni interventi di esponenti delle istituzioni sul merito di decisioni giudiziarie, l'attacco mirato a singoli magistrati per screditarne l'operato ed offrirli alla gogna pubblica dei *social*, i continui tentativi di delegittimare l'intervento giudiziario non lasciano dubbi su quel che ci attende; attraverso la proposta, mai abbandonata, della separazione delle carriere, si ripropone l'attacco all'attuale assetto di indipendenza del pubblico ministero e, conseguentemente, dell'intero ordinamento giudiziario.

Il nostro impegno come magistratura associata deve essere all'altezza della complessità del momento: occorre dimostrare unità e fermezza sui principi e, al tempo stesso, capacità di costruire alleanze culturali estese per la difesa del nostro sistema di diritti e di garanzie e di tutti i principi dello Stato di diritto.

Questo terreno di impegno deve essere condiviso con l'Avvocatura, con l'Accademia, con tutti coloro che avvertono il rischio di derive incontrollabili per la nostra democrazia.

Nel dibattito sulle riforme per la prescrizione e il processo penale, la magistratura associata ha inizialmente perso un'occasione importante per esprimere da subito e con chiarezza una posizione di "principio" e di "metodo" condivisa: non possono esservi spazi di mediazione sui principi in cambio di maggiore *efficienza* né cedimenti alle semplificazioni del dibattito pubblico e politico che, facendo leva sulla crisi del processo penale, preparano il terreno a scelte regressive per i diritti e per le garanzie.

La magistratura associata deve scegliere e percorrere con convinzione un sentiero comune all'Avvocatura e all'Accademia nella difesa del nostro modello di processo penale dagli interventi che possono trasformarlo in uno strumento illiberale, privo di quei bilanciamenti ed equilibri necessari per la tenuta della sua funzione di garanzia. È questo fronte esteso che può

proteggere le specificità del nostro modello di ordinamento giuridico e di giurisdizione dove la forza dello Stato e la sua legittimazione democratica non si misurano sulla base della severità del suo sistema punitivo e della sua capacità di placare le emozioni collettive attraverso la disumanizzazione del reo. E dove il sistema giudiziario non è il braccio di una *popular justice* schiava del consenso politico immediato e della prossima verifica elettorale, ma il *luogo* dove le scelte del legislatore sono tradotte in decisioni che attuano i valori del nostro ordinamento e tutelano l'ineludibile individualità di ogni persona e la sua dignità.

Da questa difesa dei principi e dei valori comuni può ripartire il confronto nel quale come attori della giurisdizione, magistratura e avvocatura, dovranno farsi carico della crisi del processo penale e portare avanti l'impegno per un giusto processo che sappia coniugare efficienza e pienezza di garanzie, e rispondere alle istanze di giustizia della collettività. Qualche spiraglio positivo finalmente emerge come evidenza il confronto per una possibile proposta unitaria sul processo penale da parte dell'Anm e dell'Unione Camere penali da presentare al Ministro della giustizia.

## 5.2. Guardare al passato per essere all'altezza del presente

Si diffonde nella magistratura la preoccupazione di apparire e di essere percepita come *parte* di un conflitto con la politica, di assumere ruoli impropri, di veder strumentalizzate posizioni avvertite o rappresentate come troppo *ideologiche* o apertamente *schierate*.

In questa epoca di nuove barbarie, si è avvertita troppo spesso flebile e incerta la voce della nostra Associazione e oggi, con prese di distanza dalla sua presenza nel dibattito pubblico e dai suoi interventi in difesa dei valori e delle prerogative costituzionali della giurisdizione, si mette a rischio la tenuta della sua unità.

Quando si smarrisce la *traccia di senso* che la storia lascia dietro di sé e si interrompe la continuità con i valori che ci ha trasmesso, bisogna voltarsi indietro, fare esercizio di memoria per ritrovare nel passato il significato degli eventi, per decifrare i cambiamenti in atto ed essere all'altezza del presente. Oggi anche la magistratura ha bisogno di "memoria".

La nascita dell'associazionismo giudiziario in Italia venne avversata da un Ministro che evocava i *pericoli* rappresentati dalla strutturazione di un *soggetto collettivo*: il sovvertimento dell'ordine gerarchico, funzionale al conformismo e alla omogeneità tra magistratura e potere politico, messo a rischio dall'appartenenza ad una associazione di eguali; la «combattività» come aspetto necessario e ineliminabile di ogni «fenomeno associativo» poiché è «difficile ... disunire il concetto di associazione dal concetto di lotta».

Queste preoccupazioni, come ha scritto Luigi Ferrajoli, si sono rivelate *giuste*: l'associazionismo è stato un fattore di democratizzazione della magistratura che in questa esperienza collettiva ha formato la sua identità costituzionale; nell'associazionismo si è realizzata una presa di coscienza collettiva in ordine ai valori costituzionali che la giurisdizione ha il compito di attuare e difendere.

Oggi, cito ancora Ferrajoli, il ruolo e il valore di questa esperienza sono più attuali che mai, «*giacché in questa fase di crisi economica e in presenza di politiche governative segnate dalla totale rimozione dal loro orizzonte dei valori costituzionali ed anzi da una volontà di riforma regressiva della stessa Costituzione, la giurisdizione può e deve essere più che mai un luogo di garanzia dei diritti fondamentali di tutti, e perciò dei soggetti più deboli. E può esserlo solo se sarà sorretta da un forte impegno collettivo nella difesa dei principi costituzionali – l'indipendenza dei giudici e il loro ruolo di garanzia dei diritti fondamentali – quale solo può provenire dalla ripresa del confronto associativo e dal dibattito interno sul senso e sul ruolo costituzionale della giurisdizione*».

Quel che sta accadendo ci chiama in causa come persone e come magistratura, animata da quei valori che la Costituzione ha voluto imprimere nella sua fisionomia. Nessuno può oggi tacere quando con parole sprezzanti si commenta la morte di una persona in stato di arresto. Nessuno può restare indifferente al rifiuto di offrire un approdo a chi fugge da indicibili sofferenze. È un dovere civico e morale reagire all'indifferenza, all'assuefazione e alla banalizzazione di quel che ignominiosamente accade intorno a noi. E ricordare a noi stessi e agli altri, come ha fatto il procuratore generale di Torino, che anche la pietà nel nostro Paese oggi sta morendo.

*Il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici è il pericolo dell'assuefazione, dell'irresponsabilità anonima... non sappiamo che farcene dei giudici di Montesquieu, esseri inanimati, fatti di pura logica.*

Noi vogliamo essere i *giudici con l'anima* di Calamandrei: *giudici engagés, che sappiano portare, con vigile impegno umano, il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia.*

E auspichiamo un'Associazione in grado di rappresentare i *giudici con l'anima*, capace di cogliere la complessità del momento storico che stiamo vivendo.

### 5.3. Il cammino di Medel

L'impegno per la giurisdizione e per la democrazia ci proietta oggi, sempre di più, verso la dimensione europea.

Magistratura democratica ha contribuito alla nascita di Medel ed è sempre stata in Medel una presenza attiva.

Quello che sembrava un progetto visionario è diventato una realtà importante: cresciuta in questi anni con l'apporto delle associazioni nate nelle nuove democrazie, Medel oggi unisce giudici e pubblici ministeri di vari Paesi nell'impegno per potenziare e rafforzare la logica dell'Unione europea e per la costruzione di un'identità comune dei magistrati europei impegnati per la democrazia e lo Stato di diritto; porta la sua voce e la testimonianza del suo concreto impegno dinanzi alle Istituzioni e a vari organismi europei; promuove i modelli positivi rappresentati dai Paesi dove i principi dello Stato di diritto ed il rispetto dei diritti dell'uomo hanno raggiunto *standard* che rappresentano un punto di riferimento per avvocati e magistrati di tutta Europa e nel suo impegno per la promozione e la tutela di *standard* minimi comuni di indipendenza e di efficienza dei sistemi giudiziari e di una giurisdizione ovunque effettiva a tutela dei diritti, svolge un'azione di "interferenza positiva" verso gli Stati interessati a entrare a far parte dell'Unione.

Nel panorama europeo, caratterizzato da riemergenti opzioni nazionalistiche di molti Paesi e ora segnato dalla crescente deriva populistica, Medel è una *sentinella*. Impegnata in una costante attività di "vigilanza democratica", Medel ha colto i segnali della regressione democratica in atto entro i confini europei e in Turchia, allertando le istituzioni europee e l'opinione pubblica, e sostenendo le associazioni giudiziarie e le magistrature di fronte agli attacchi portati all'indipendenza dei sistemi giudiziari.

Oggi, in un contesto caratterizzato dalle divisioni che attraversano l'Europa, dalla fragilità delle sue democrazie e dalla deriva autoritaria che è giunta a compimento in Paesi membri dell'Unione, Medel rappresenta l'esempio avanzato di un associazionismo giudiziario fortemente impegnato nella difesa di una forte identità europea fondata sul primato dei diritti, dei principi di solidarietà ed eguaglianza e sul rispetto dello Stato di diritto.

Sin dal 2015 Medel segue l'evoluzione della situazione di grave crisi sistemica dello Stato di diritto in Polonia, denunciando il progressivo smantellamento delle garanzie di indipendenza del sistema giudiziario prodotto da riforme contrarie al principio di separazione dei poteri: l'intervento sulla composizione e sulle modalità di decisione del Tribunale costituzionale; l'attribuzione al Ministro della giustizia (anche Procuratore generale dello Stato) di ampie prerogative in tema di nomina e destituzione dei giudici; le decisioni non motivate di revoca di magistrati con incarichi direttivi; la modifica dell'età pensionabile, con una diversificazione discriminatoria per genere del limite di permanenza in servizio; il potere discrezionale di proroga della permanenza in servizio al raggiungimento dei limiti di età; la nuova legge sul Consiglio nazionale della magistratura (KRS), poi sospeso dalla

Rete dei Consigli di giustizia perché privo dei requisiti di indipendenza; la riforma sulla Suprema corte, con l'istituzione di una nuova e straordinaria Sezione disciplinare e l'introduzione di un'impugnazione straordinaria per la revisione di tutte le sentenze, anche se passate in giudicato, pronunciate negli ultimi 20 anni.

Continui sono stati gli interventi e i richiami di Medel alle Istituzioni europee sulla situazione in Romania, in Bulgaria e in Serbia: un fronte sempre più esteso di criticità per l'indipendenza dei sistemi giudiziari, dei singoli giudici e dei Consigli di giustizia.

Durante questi ultimi anni, con la presidenza di Gualtiero Michelini, che desidero ringraziare per il ruolo importante che Medel ha svolto in tutti i contesti di crisi conclamata dello Stato di diritto, a sostegno delle associazioni professionali coinvolte e nell'interlocuzione con le Istituzioni europee, abbiamo assistito alla drammatica evoluzione della situazione in Turchia.

Con numerosi *report* Medel ha negli anni documentato e denunciato alle istituzioni europee tutti gli eventi che hanno segnato l'involuzione del quadro democratico in Turchia: una legislazione penale autoritaria (soprattutto per i reati di opinione), la lunga carcerazione preventiva, la mancanza di una effettiva separazione di poteri, l'interferenza dell'esecutivo sulla libera stampa, testimoniato anche dall'arresto di moltissimi giornalisti; la destituzione prima degli arresti, sin dal 2013, di giudici e pubblici ministeri. Conosciamo i tragici eventi del luglio del 2016. Medel li ha vissuti anche attraverso i messaggi inviati dai magistrati che sapevano di essere stati inseriti in una "lista" ed erano in attesa di essere arrestati.

Abbiamo scelto di dedicare il nostro congresso a Murat Arslan, presidente di Yarsav. L'associazione Yarsav, con circa 1800 iscritti era la più grande associazione di magistrati in Turchia e in questi anni con Medel, di cui era membro attivo, ha denunciato con forza - nel contesto istituzionale europeo oltre che in quello interno - tutti gli inquietanti segnali della crisi dello Stato di diritto nel paese. Yarsav è stata sciolta con il primo decreto del Governo annunciato dopo la dichiarazione dello Stato di emergenza il 23 luglio 2016. Murat Arslan, eletto presidente il 14 marzo 2011, è stato destituito e il 19 ottobre 2016 arrestato. All'esito di un processo *farsa* celebrato da una Corte speciale, composta da giudici fedeli al presidente Erdoğan, è stato condannato a 10 anni di reclusione per terrorismo. «Nous sommes pris dans une logique de guerre et dans ce contexte, les tribunaux, les juges, les procureurs sont devenus des armes de guerre», ha scritto tempo fa il suo avvocato.

Murat Arslan è stato testimone non silenzioso di questo processo e ha pagato in prima persona, non solo con il carcere, il prezzo di questo impegno. Sem-

pre presente nel dibattito pubblico e attivo nell'azione di denuncia anche con i media e nelle sedi istituzionali e internazionali, ha affrontato i rischi personali di questa esposizione con la denuncia costante e pubblica del crescente potere egemonico di Erdoğan. Il 3 agosto 2015 è stato per questo rimosso dal suo incarico di giudice assistente presso la Corte costituzionale, ed assegnato alla Corte dei conti, assegnazione annunciata sui giornali con il titolo «Esiliato alla Corte dei conti», che ne sottolineava chiaramente la motivazione politica. Anche dopo il suo arresto Murat Arslan non è stato un testimone silenzioso di quel che accadeva nel suo Paese. Candidato da Medel con il supporto delle altre associazioni internazionali che formano la *Platform for an Independent Judiciary in Turkey* costituita per una mobilitazione generale di tutte le magistrature sulla crisi in Turchia, nella sessione del 9 ottobre 2017 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha ricevuto il Premio Václav Havel per i Diritti Umani 2017.

Nel discorso che altri hanno letto per lui, Murat Arslan ha ricordato che Yarsav è stata creata per unire i magistrati nell'impegno comune a difesa del primato del diritto fondato sui diritti fondamentali, di uno Stato di diritto moderno e democratico, per una giustizia indipendente e imparziale, garanzia per le libertà e i diritti. E il modo migliore per dare la testimonianza oggi del suo impegno sono le sue parole «*A dispetto di quello che succede*», ha scritto Murat, «*non possiamo lasciare un Paese al suo destino, portare un Paese e la sua giustizia alla rovina, e non l'abbiamo fatto. Abbiamo lasciato pietre miliari per la sua salvezza, ad ogni angolo. Non arretrremo. Oggi siamo in esilio, siamo in catene, ma questa verità non può cambiare. Il prezzo che abbiamo pagato può soltanto rafforzare la nostra fiducia in giorni migliori e la nostra determinazione a resistere*».

## 6. Il Consiglio superiore della magistratura

Dall'ultima consiliatura abbiamo ereditato un Consiglio profondamente mutato nella percezione della magistratura e nei suoi assetti interni. In questi anni abbiamo assistito al progressivo spostamento dell'asse di "direzione politica" dalla dimensione collegiale dell'Assemblea plenaria a favore del Comitato di presidenza, anche se in questi primi sei mesi di lavoro del nuovo Csm si intravedono segnali positivi per una doverosa inversione di rotta, così da mutare quell'improprio peso politico e quella rilevanza esterna (e mediatica) acquisiti nel recente passato dalla vicepresidenza e da tutto il Comitato di presidenza che aveva delineato di fatto un nuovo sistema di governo del Consiglio, consentendo all'organo "di vertice" di

assumere anche un ruolo di orientamento “culturale” della magistratura.

Un risultato al quale hanno contribuito le dinamiche interne alla componente togata, la scarsa coesione dei gruppi, la loro difficoltà a ritrovare una posizione di egemonia culturale, facendosi interpreti di un’organica e condivisa linea politico istituzionale e di un comune progetto di governo della magistratura.

La trasformazione della capacità di *protagonismo politico e culturale* del Consiglio in quella di direzione e di governo del suo “vertice” organizzatorio e della componente laica, sempre più rafforzata, si è realizzata nel contesto di una generale crisi del sistema delle rappresentanze e di una profonda mutazione della funzione rappresentativa del pluralismo giudiziario prodotta dai *frutti avvelenati* portati in dono dalla riforma elettorale; il progressivo svuotamento del contenuto di “politicalità” e di “idealità” nel legame dei singoli eletti con le articolazioni della magistratura associata, ha contribuito alla trasformazione della rappresentanza politica in una rappresentanza di interessi, di categorie e di territori, che privilegia il *singolo* rispetto al *gruppo*.

Si sono così create le premesse per il venir meno di quelle potenzialità democratiche del Consiglio insite nella *politicalità* del suo ruolo e delle sue funzioni, a vantaggio di forme di subalternità alla sfera *politica* e di una conformazione delle funzioni di governo autonomo agli equilibri politici del momento.

In parallelo a questo cambiamento strutturale si è avviato da tempo un insidioso processo di erosione dall’interno della credibilità e della legittimazione del sistema di autogoverno, che si è pericolosamente avvicinato ad un punto di non ritorno. Un nuovo senso comune è diffuso in una vasta parte della magistratura, che sempre più si sente estranea al suo sistema di autogoverno: le cadute e le criticità emerse, e non risolte, legate all’esercizio dell’ampia discrezionalità conferita al Consiglio dalla riforma del 2007, hanno avallato la percezione di un “sistema” condizionato irrimediabilmente da logiche personalistiche e di appartenenza correntizia o territoriale e, dunque, di una discrezionalità sinonimo di “arbitrio” e di “imprevedibilità”. In questo contesto hanno guadagnato forza gli atteggiamenti “antisistema”, e l’insofferenza della magistratura verso il sistema di autogoverno e la sua istituzione centrale, e verso quelle prerogative di discrezionalità alle quali è legata la sua natura di istituzione *dinamica*, partecipe della vita democratica del Paese nella sua funzione di interlocuzione sulle scelte di politica giudiziaria, capace di farsi carico della complessità dei suoi compiti, conformando le scelte di amministrazione e di organizzazione ai principi costituzionali e alle esigenze della giurisdizione.

Il Consiglio, che dovrà affrontare una nuova stagione di attacchi portati dall’esterno al ruolo della

giurisdizione e alla magistratura nell’indipendente esercizio delle sue funzioni, si presenta indebolito dalla distanza che oggi lo separa dalla magistratura, e dalla difficoltà a segnare una sua presenza attiva nel dibattito culturale e politico nel Paese.

Abbiamo affrontato la campagna elettorale per il rinnovo del Csm, consapevoli di tutte queste difficoltà ma con obiettivi ambiziosi e non rinunciatari: la difesa delle prerogative del Consiglio, e della pienezza dei suoi poteri discrezionali; l’assunzione di responsabilità rispetto al merito e alla trasparenza delle scelte consiliari come garanzia di un esercizio corretto delle prerogative discrezionali e condizione per la ricostruzione di un rapporto di fiducia con la magistratura e il Paese; la rivendicazione della *politicalità* del Consiglio come tratto essenziale della sua fisionomia costituzionale.

Ritengo che la lettura politica del risultato elettorale, anche per chi pensa sia sbagliato parlare di una *sconfitta* di AreaDG (e dirò perché non sono fra questi), non possa che essere univoca.

È netta l’affermazione di Magistratura Indipendente, unico gruppo che può rivendicare un “successo elettorale”, e quella di Davigo è andata oltre ogni previsione; la nostra rappresentanza consiliare passa da 7 a 4 componenti e dopo 5 consiliature è priva – come Unicost – del seggio di cassazione. Un dato che deve essere letto tenendo conto che al voto hanno partecipato per la prima volta 1700 magistrati di prima nomina (su un totale di circa 8000 votanti).

La magistratura si assesta dunque su posizioni attente alle istanze di protezione del magistrato che denotano il ritorno ad un “sogettivismo in nome dell’indipendenza del singolo magistrato” quale valore da presidiare non più attraverso l’autogoverno ma *anche* nei confronti dell’autogoverno: una posizione *culturale* che si salda con quella, egualmente riconoscibile nel voto, che esprime sfiducia verso l’autogoverno e le sue prerogative, e nel complesso riduce il peso del pluralismo interno di idee e di orientamenti espressi dalle altre componenti.

Il risultato di MI si spiega con la capacità di assumere – da componente minoritaria come è stata nella scorsa consiliatura – un ruolo egemone nel governo del Consiglio, sia nei rapporti con le altre componenti togate che con quelle politiche. In questi anni MI, con la sua presenza negli uffici, ha dimostrato una capacità di controllo del gruppo e una compattezza che hanno consentito di trasferire un massiccio consenso elettorale su tutti i candidati designati.

Di contro, AreaDG ha pagato un prezzo alto dovuto in parte al contesto nel quale non era facile attrarre consensi su una linea di difesa critica, ma di difesa, del Csm e delle sue prerogative, di dialogo e di apertura della magistratura all’esterno, di assunzione di responsabilità su posizioni più articolate e complesse

anche rispetto alle esigenze della giurisdizione.

Abbiamo pagato anche il prezzo della nostra incapacità di segnare nella precedente consiliatura, da gruppo di maggioranza, una netta discontinuità rispetto alle cadute e criticità dell'autogoverno.

Un risultato politico non positivo che, come per Unicost, è stato aggravato dalla scarsa coesione del gruppo. Avevamo scommesso sulla raggiunta maturità politica di AreaDG, sulla sua capacità di superare vecchie divisioni e diffidenze interne, di affrontare la sfida elettorale con la consapevolezza della rilevanza di questo passaggio per il futuro dell'autogoverno, di orientarsi in base a decisioni e scelte politiche, chiudendo la lunga fase nella quale – per l'assenza di forti contenuti politici e di una struttura politica – a prevalere erano le logiche territoriali e di appartenenza in vario modo declinate.

Sulla candidatura per la legittimità per la quale la partita si presentava più difficile ma estremamente rilevante per il peso politico e la rappresentatività della delegazione consiliare rispetto a tutti gli uffici e gradi della giurisdizione, il gruppo è tornato a dividersi, tradendo il senso delle scelte e delle indicazioni venute dalle primarie per portare al Consiglio una delegazione rappresentativa di tutte le sensibilità della magistratura progressista, riconoscibili nella specificità e nella storia personale ed associativa di ciascun candidato, e forte della legittimazione derivante dalla coesione dimostrata dal gruppo.

Il risultato elettorale ha disegnato dunque nuovi equilibri a vantaggio di una componente della magistratura. E sono già oggi evidenti i segni di una possibile saldatura per maggioranze stabili che – se non sostenute da una comune visione e da un progetto condiviso di autogoverno – rischiano di aprire lo spazio a una gestione “consociativa” fatta di accordi basati sul governo della maggioranza numerica, con una inevitabile caduta anche rispetto alla linea di trasparenza e di assunzione di responsabilità nei confronti delle scelte caratterizzate da maggiore discrezionalità.

Salvatore Senese ha definito il Consiglio un esperimento molto avanzato di *istituzionalità democratica*, una soluzione istituzionale molto raffinata che può dare corpo ad istanze profonde di democrazia e che, pur tra incertezze e contraddizioni, ha mostrato non solo di poter vivere ma anche di poter incidere. Un organismo che esprime nella visione costituzionale, a partire dalla sua composizione plurale e dalle sue prerogative, la vocazione ad essere parte attiva del dibattito culturale e politico nel Paese, a dare rappresentanza alla magistratura e alle sue istanze contrastandone la tendenza alle chiusure corporative e alle difese di categoria, ad orientare *in senso democratico i contraddittori processi in corso nella magistratura, nei rapporti fra istituzione giudiziaria e sfera politica, fra magistratura e Paese*.

Queste potenzialità, alimentate dalla *politicità* e dal *pluralismo*, caratterizzano la fisionomia del Consiglio e rappresentano le specificità che ne hanno fatto una esperienza unica nel panorama europeo, e la garanzia dell'assetto forte del nostro sistema di autogoverno e dell'indipendenza della magistratura.

Sono queste le caratteristiche oggi *dissonanti* con il contesto esterno e spiegano i progetti di cambiamento strutturale della fisionomia e del ruolo del Consiglio, finalizzati a sterilizzare la *politicità* del suo ruolo e a renderlo subalterno alle logiche e al controllo della sfera politica esterna.

Non è un caso che al primo punto degli interventi sulla giustizia il Contratto di Governo abbia indicato la riforma del Consiglio superiore della magistratura per una revisione del sistema di elezione, *tale da rimuovere le attuali logiche spartitorie e correntizie in seno all'organo di autogoverno della magistratura*.

Da sempre il punto di attacco dei progetti di revisione del Csm finalizzati a “spoliticizzarlo” per ridurlo al burocratico ruolo di un consiglio di amministrazione è la riforma del suo sistema elettorale, l'annientamento delle “correnti” nella rozza concezione che le vuole strumento utile solo alle pratiche di spartizione e di protezione della *corporazione*.

È la stessa visione esplicitata dal sottosegretario alla Giustizia che ha auspicato la scomparsa delle correnti dell'Anm, e in particolare di quelle di sinistra.

Si è aperta dunque una nuova difficile fase per il Consiglio, esposto alle tensioni che, come dimostra la storia di questa istituzione, sono sempre il puntuale riflesso sull'organo di autogoverno di quelle che investono nella nostra società il ruolo del giudice: quando nel dibattito pubblico e politico si ripropone il tema della “crisi” del Csm è il ruolo del giudice ad essere messo in tensione e in discussione (*Bruti Liberati*), e una nuova fisionomia del Consiglio come organo di amministrazione e di governo del personale è sempre funzionale ad una ristrutturazione in senso verticistico e burocratico dell'ordine giudiziario.

Questo è l'orizzonte che abbiamo di fronte e quanto sia stretta la via di agibilità politica per una linea di governo dell'istituzione consiliare che sappia contrastare efficacemente questo rischio è già emerso in occasione del dibattito sui pareri più politicamente sensibili, come quello sul decreto sicurezza.

Gli obiettivi che dovranno guidare la nostra rappresentanza non sono a portata di mano né sarà facile operare per realizzarli: aggregare sulla difesa dei principi e sulla tenuta dell'autogoverno tutta la magistratura, contrastare dall'interno i progetti di “normalizzazione” del Consiglio, portare avanti l'obiettivo di fare del Consiglio il *protagonista* di questa nuova stagione trasmettendo alla collettività la consapevolezza dei valori della giurisdizione e della sua indipendenza come unica garanzia di una tutela effettiva dei

diritti di tutti per contrastare i rischi di arretramento dello Stato di diritto che proprio dalla *presa* sui sistemi giudiziari hanno preso l'avvio in ambito europeo.

Un compito di resistenza dunque ma non solo. Essere “minoranza” non vuol dire rinunciare ad assunzione di responsabilità. Ed è grande quella che comporta la presidenza della Sesta commissione, già più volte chiamata ad una difficile interlocuzione, con i pareri, sulle riforme del *governo del cambiamento*. Il dibattito plenario che ha accompagnato l'approvazione del parere sul cd. decreto sicurezza e da ultimo quello sulle modifiche in tema di rito abbreviato, ha riproposto gli argomenti noti di un'*invasione* di campo del Consiglio nelle scelte del legislatore.

La nostra rappresentanza dovrà proseguire nel difficile compito che sta svolgendo di difesa delle prerogative “politiche” del Consiglio e della loro pienezza, e di interlocuzione istituzionale con il richiamo al necessario rispetto dei valori costituzionali, dell'indipendenza e delle esigenze della giurisdizione, delle libertà e dei diritti dei singoli.

Un gruppo di minoranza che non avrà dunque solo un ruolo di “testimonianza” ma che sarà chiamato a confrontarsi quotidianamente su tutte le scelte che impone la presenza nell'autogoverno e, rispetto a ciascuna di queste, ad individuare il percorso politico più corretto per la “tenuta” del Consiglio e la difesa di tutti i valori della giurisdizione.

Il nostro impegno dovrà essere quello di sostenere la nostra componente in questo difficile compito, esercitando un ruolo di *vigilanza* sulle dinamiche consiliari, e di critica ed autocritica sempre costruttive, guidati dalla consapevolezza della complessità delle decisioni e dei percorsi che ad esse si accompagnano, con l'unico metodo di cui siamo capaci, senza trionfalismi rispetto ai risultati ottenuti e senza indulgenza rispetto alle eventuali cadute dell'autogoverno.

La scelta di investire nella comunicazione che la delegazione di AreaDG ha fatto da quando si è insediata, in coerenza con un preciso impegno assunto in campagna elettorale, è la preconditione per cercare di ristabilire un rapporto di fiducia con la magistratura: un obiettivo possibile se, a tutte le decisioni consiliari e al difficile esercizio della discrezionalità, si accompagna un'*assunzione di responsabilità* che consente “l'accettazione” delle scelte anche quando non condivise.

La comunicazione, se accompagnata da una valutazione su quanto viene fatto e dalla lettura politica delle dinamiche consiliari, consentirà di ritrovare uno spazio politico per contribuire in maniera incisiva ad orientare le dinamiche consiliari nella direzione conforme alle esigenze della giurisdizione e alla difesa della sua indipendenza.

Attraverso l'esercizio rigoroso e non superficiale del dovere di rendere di conto del proprio operato

può essere ripristinata la fiducia dei magistrati sull'operato del proprio Organo di governo autonomo, attuando nel contempo quel dovere di trasparenza che ogni Istituzione dovrebbe salvaguardare.

## 7. Il percorso di Magistratura democratica: bilanci e prospettive

### 7.1. Il congresso deve essere sempre un momento di bilanci

Sul tema dei diritti e delle garanzie Md è tornata ad interloquire con la società civile e ad animare importanti spazi di confronto: con l'avvocatura e il mondo accademico (penso alle numerose iniziative sul carcere, a quelle sul lavoro di Bologna, al convegno nazionale di Reggio Calabria sul ruolo di garanzia della giurisdizione nei processi di criminalità organizzata, al convegno nazionale di Roma dedicato a Stefano Rodotà), con le associazioni ed esponenti del mondo dell'informazione.

Md ha contribuito con la sua presenza nel dibattito pubblico a riaffermare la scelta di campo in favore dei diritti e dei soggetti più deboli, contro le scelte di una politica di repressione e di esclusione. Md si è schierata apertamente in difesa dei valori di solidarietà e di pari dignità delle persone; ha contribuito a tenere alta l'attenzione critica nel dibattito sull'approvazione della nuova legge sulla tortura unendo la sua voce a quella di quanti hanno invocato un deciso cambio di rotta per una disciplina di effettiva garanzia per lo Stato di diritto e di tutela per i diritti inviolabili della persona; ha rivendicato il senso del suo impegno di “*parte*” a favore dei diritti e dell'eguaglianza; ha testimoniato la sua consapevolezza che oggi sulla sfida dell'immigrazione si gioca il futuro della democrazia e dell'Europa e che come magistrati noi da questa sfida non possiamo né vogliamo “*chiamarci fuori*”.

Abbiamo ritrovato su questi temi l'attenzione di interi pezzi di società, dei nostri interlocutori esterni e dei protagonisti del dibattito pubblico. Fuori dalla magistratura Md vuole essere una *voce* che apre al confronto con la società, antidoto ai rischi di autoreferenzialità e di settarismo; nel dibattito interno, un *pungolo* costruttivo per un confronto consapevole sui temi e sui valori della giurisdizione e per un'attenzione critica alle dinamiche corporative sempre riemergenti.

### 7.2. Il ruolo di *Questione Giustizia*

La pagina quotidiana di *Questione Giustizia on line* continua ad essere un luogo collettivo di elaborazione, un punto di riferimento non solo per i magistrati, un laboratorio di idee che arricchisce quotidianamente il dibattito nella magistratura e stimola un

numero crescente di lettori a contribuire alla riflessione sui diritti e sulla giurisprudenza, sull'Europa e sulle grandi sfide della democrazia, sulle istituzioni e sull'autogoverno. Il successo della *Rivista online* è dimostrato anche dalla capacità di parlare ad un pubblico vasto ed eterogeneo, fatto non solo di magistrati, ma di avvocati, giuristi, accademici, giornalisti e scrittori.

Con la guida di straordinario prestigio del direttore Renato Rordorf, e grazie all'impegno di vecchi e nuovi componenti del Comitato di redazione, la *Rivista trimestrale Questione Giustizia* continua ad essere il luogo di elaborazione alta e di approfondimento e di riflessione, ed ha mantenuto ed accresciuto un ruolo di primo piano nel panorama delle riviste giuridiche del Paese. Nella *Rivista* si crea e si alimenta la nostra capacità di interrogarci su tutti i temi che si riassumono nella "questione giustizia", e di farlo con sguardo critico, problematico, e mai autoreferenziale, contaminando consapevolmente il nostro approccio di magistrati con competenze e conoscenze diverse.

Dalla collaborazione fra *Questione Giustizia online* e *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* è nata la nuova Rubrica *Diritti senza confini*. L'immigrazione è una grande sfida culturale, anche per la magistratura. Essere all'altezza di questa sfida richiede un costante confronto e un approfondimento di tutte le complesse e principali questioni inerenti al diritto degli stranieri e un approccio multidisciplinare: il successo della Rubrica dimostra che questo strumento risponde ad una esigenza forte e diffusa fra tutti gli operatori di diritto e conferma la capacità della *Rivista* di aggregare sinergie culturali fondamentali per la giurisprudenza.

Voglio per questo ringraziare in modo particolare Luca Minniti e Silvia Albano, che hanno avuto il merito di proporre questa iniziativa e che, con i Componenti della redazione di *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* e Rita Sanlorenzo, hanno contribuito in pochi mesi a darle uno slancio straordinario.

La Rubrica completa l'insostituibile lavoro culturale svolto da *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*. Nata dalla collaborazione dell'Asgi e di Md questa rivista – esperienza unica nel panorama italiano – ci consente di rimarcare la centralità nelle politiche del diritto del tema dell'immigrazione e l'impegno culturale che Md intende continuare a dedicare a questo settore che, oggi più che mai, è una *questione* di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali delle persone.

In linea con la scelta che è all'origine della sua nascita, la *Rivista* vuole essere uno strumento di approfondimento e di informazione che, partendo dalla sua dichiarata "non neutralità culturale", vuole offrire al dibattito contributi di elevata qualità scientifica.

Per questo abbiamo investito con convinzione nella scelta di valorizzarne tutte le potenzialità con la

nuova versione *online* e il nuovo sito realizzato con il contributo della Fondazione Carlo Verardi, cui va il nostro ringraziamento.

### 7.3. Il percorso di AreaDG

Il percorso di strutturazione di AreaDG è giunto a compimento. Md ne è stata artefice e protagonista convinta, portando contenuti al progetto di un impegno condiviso e di un'azione unitaria e congiunta per la crescita della magistratura progressista e per la diffusione dei suoi valori.

Abbiamo operato in questi anni, e continueremo a farlo, nella convinzione di essere parte di un percorso inclusivo per i singoli e per Md, e nella prospettiva di una crescita continua, culturale e politica, favorita dal moltiplicarsi dei momenti di confronto e dal consolidarsi di una sensibilità comune, ormai non più circoscritta ai temi dell'autogoverno ed associativi. Siamo convinti che questa sia la forza trainante di AreaDG e che da qui nasca la più forte motivazione di tutti i nostri iscritti a portare in AreaDG gli stimoli derivanti dall'elaborazione culturale che anche in Md e tramite Md riusciremo a tenere viva.

Quello che in e con AreaDG è stato costruito è il risultato di questo percorso condiviso dal gruppo e da tutti coloro che, da iscritti di Md, sono oggi attivi ed impegnati nella dirigenza di AreaDG, negli uffici, in Anm, nei Consigli giudiziari.

È il segno di un investimento serio in questo progetto che abbiamo sostenuto come dirigenza e in tutti gli ambiti nei quali operiamo come AreaDG, cercando di raccogliere e di tener fede alle impegnative indicazioni della mozione di Bologna e di trasmettere il senso di un impegno "positivo" per Md e per AreaDG.

AreaDG è una realtà in evoluzione, parla a nome della magistratura progressista nell'autogoverno e nella nostra associazione, partecipa al dibattito pubblico e, senza vantare o rivendicare pretese di egemonie, possiamo affermare che a questo risultato, in questi ultimi anni, ha contribuito in maniera decisiva anche Magistratura democratica.

In Anm, nei Consigli giudiziari ed al Csm, il sostegno al progetto e alla linea di AreaDG è stato pieno e leale, e riconoscibile è stata la scelta della dirigenza di interpretare la mozione di Bologna in linea con la nostra appartenenza ad AreaDG, e di affrontare le criticità che pure sono emerse in questi ambiti nei luoghi *politici* di AreaDG.

Questa linea di coerenza non ci ha impedito di dare un contributo importante e qualificante per il progetto di AreaDG: Md ha partecipato in maniera convinta alla costruzione di un nuovo e credibile progetto di Area per l'autogoverno mettendo a disposizione di questo progetto l'elaborazione culturale e politica del gruppo e i risultati di un confronto interno alla *Rivista* che ha prodotto il numero monografico sul Csm.



Un lavoro culturale e politico che ci ha consentito di ritrovare una nuova visione, più forte e unitaria, sui temi dell'autogoverno che avevamo perso, in un dibattito interno che da tempo si avvitava su dilemmi e questioni non risolte, come quelle poste dalle criticità nell'esercizio della discrezionalità.

Con questa riflessione abbiamo contribuito a costruire una linea condivisa di AreaDG sull'autogoverno che è stata di rivendicazione di tutte le prerogative del Consiglio e di forte rilancio del suo ruolo politico in senso pieno. Una linea credibile perché di presa d'atto e di assunzione di responsabilità rispetto alle cadute e alle criticità dell'autogoverno e di impegno serio per una maggiore trasparenza nella sua gestione. Abbiamo così sostenuto un progetto "coraggioso" e ambizioso che ha riproposto tutta la complessità dell'autogoverno e, senza allinearsi alle semplificazioni del dibattito associativo e alle parole d'ordine con le quali altri hanno cercato e sono in parte riusciti a cavalcare la sfiducia e la disaffezione verso l'istituzione consiliare. Abbiamo proposto un altro linguaggio che ha contribuito a riavviare il dialogo con la base elettorale di AreaDG che, più di tutti, ha dimostrato in questi anni pericolosi segnali di scollamento dall'autogoverno.

#### 7.4. Progettare il futuro

Per Md si conclude oggi un percorso iniziato più di due anni fa al congresso di Bologna.

Progettare il nostro futuro ci impone di fare i conti con problemi ormai strutturali: la difficoltà a dialogare con la magistratura più giovane, lo stato di *quiescenza* di intere sezioni, la difficoltà ad essere una presenza culturale riconoscibile in tutte le sedi giudiziarie.

Sono difficoltà con le quali ci siamo confrontati, che hanno contribuito a rendere particolarmente impegnativo il lavoro della dirigenza e che sono destinate a pesare anche sulle nostre prospettive. Non dobbiamo farne mistero. Credo anzi che da questo congresso si possa ripartire progettando il *futuro* solo con la consapevolezza che il percorso avviato al congresso di Bologna non è stato agevole e che nel futuro il lavoro della dirigenza dovrà essere sostenuto dal gruppo e ricevere un apporto costante e significativo dagli uffici. Anche le ultime iniziative decentrate, nate dalla collaborazione con l'accademia, l'avvocatura e le associazioni locali – come il seminario di altissimo livello sulla legittima difesa, quelle della sezione di Bologna sulle occupazioni abusive, quelle tematiche promosse da *Questione Giustizia* a Firenze e a Milano –, dimostrano una capacità di aggregare e sviluppare sinergie culturali che tiene viva una trama di rapporti trasversali e orizzontali e dà concrete prospettive alla ripresa di una nostra iniziativa culturale diffusa. Il cambiamento che nei fatti si è prodotto rispetto al modello organizzativo tradizionale del gruppo, che ha disarticolato in intere aree la rete delle sezioni, ci im-

pone di individuare nuove modalità di relazione per valorizzare l'apporto prezioso che la nostra capacità di elaborazione culturale può ricevere da sinergie diffuse sul territorio.

Come ricordava qualche tempo fa Franco Ippolito, ciò che ci attende è un nuovo difficile cammino, che abbiamo ripreso a Bologna con l'idea di non privare le istituzioni e il Paese (che oggi significa anche Europa) del contributo di idee che come gruppo di magistrati vogliamo continuare ad offrire, nel rispetto della Costituzione, per l'attuazione dei diritti e la difesa dello Stato di diritto. È un cammino che non prevede scorciatoie e non consente di aggirare gli ostacoli. Per questo è necessaria la determinazione di tutti a farsene carico, nella consapevolezza che procediamo nel buio fitto che sta avvolgendo il nostro Paese, che sarà per questo un cammino ancora più faticoso e che avremo bisogno di persone, di punti di riferimento, di interlocutori, di luoghi per gettare le basi per una più ampia *controffensiva* culturale a difesa dei valori della giurisdizione, della nostra democrazia e della nostra Europa.

#### 7.5. Il senso dell'appartenenza al gruppo e del confronto

Ma non sono state le fatiche passate né saranno quelle che ci attendono che rischiano di togliere slancio al nostro progetto e motivazione alla dirigenza.

Non dobbiamo nascondere la testa sotto la sabbia. Da tempo è in atto un processo "parallelo" a quello dichiarato e ribadito nelle mozioni congressuali unitarie, che non si esplicita nei nostri luoghi di discussione collettiva, non consente un confronto aperto sulle prospettive che pensiamo possa o debba avere il gruppo, e che ritengo metta seriamente a rischio la sua coesione.

Md ha attraversato stagioni difficili, momenti di aspri contrasti e di divisioni interne. Oggi non dobbiamo temere il confronto sulla diversità delle visioni che possiamo avere rispetto al futuro del gruppo. L'unità non si costruisce sulla omologazione delle posizioni ma sulla sintesi. Viviamo in un'epoca troppo difficile per pensare che – con il richiamo al nostro passato per più versi straordinario, alle parole "chiave" del nostro linguaggio e del nostro pensiero – il nostro compito sia oggi proseguire sulla strada che ben conosciamo, senza interrogarci continuamente sulle prospettive e sul senso del nostro impegno, senza chiederci come oggi Md possa avere un ruolo in AreaDG, nella magistratura e nel Paese in coerenza con ciò che in passato – come ha detto Nello Rossi – le ha consentito di non rimanere *confinata al rango di eresia* e di diventare una forza di cambiamento.

L'avventura di Md deve proseguire così come è nata: non è stato un percorso verso mete certe, ma una *quête*, una ricerca continua di nuovi traguardi

per far vivere, in forme diverse e aggiornate i suoi valori e i suoi ideali. Md non si è accontentata delle sue “certezze” e, seguendo la traccia del suo senso, non è rimasta in disparte a contemplare il suo glorioso passato ma ha affrontato stagioni nuove e diverse, anche di profonda crisi, e i travagli interni che ogni scelta ha comportato.

Oggi non è la *dissonanza* rispetto alla direzione politica scelta a Bologna che crea incertezza sul nostro futuro. Quello che più crea disagio è la perdita del sentimento di appartenenza ad un gruppo: è il non *sentirsi* più parte di un progetto comune, un progetto per il quale spendersi affinché in forme diverse possa ancora vivere, ma che si pensa di relegare in uno spazio dove non potrà avere futuro; è la rinuncia ad un confronto collettivo ed aperto sulle sorti del gruppo, in attesa che sia il tempo a fare il suo corso, rimettendolo su un binario morto.

Già all'indomani dei giorni coinvolgenti di Bologna, ho compreso che il congresso appena concluso era stato un congresso di molti silenzi. Silenzi di dissenso sulla linea scelta di tornare ad investire sulla capacità di elaborazione di Md anche per arricchire AreaDG; silenzi di scetticismo di una parte del gruppo su questa prospettiva, giudicata ambigua e da alcuni incompatibile rispetto al contemporaneo impegno assunto di proseguire nel percorso di AreaDG.

Uno scetticismo non superato dall'impegno della dirigenza ad attuare il mandato congressuale in tutta la sua complessità e dall'evidenza dei fatti: da ultimo le scelte unitarie in vista delle primarie di AreaDG per il rinnovo del Consiglio e il sostegno convinto a tutto il progetto di Area per l'autogoverno e a tutti candidati chiamati a realizzarlo. Un impegno che – come ho detto – ha visto in prima linea anche *Questione Giustizia* con il contenuto politico del numero monografico sui 60 anni del Csm.

Un cammino di cui siamo stati parte e protagonisti: AreaDG non sta progredendo *contro* la volontà di Md ma con l'apporto delle specificità che stiamo immettendo dentro questo progetto come singoli e come gruppo; in Area abbiamo portato idee, sensibilità, contenuti e persone che hanno contribuito alla sua crescita e che oggi lavorano lealmente e in coerenza con la scelta di investire in questo progetto, anche se questo significa togliere energie al lavoro per Md.

E tuttavia in questi anni non siamo stati capaci di uscire dallo *schema* sul quale ormai da tempo immemorabile si avvita il nostro confronto interno: ciclicamente e direi quasi ossessivamente si ripropone la visione di un insuperabile *antagonismo* fra Md e AreaDG, che è stata per molti la lente di lettura di tutta l'attività svolta dalla dirigenza, ed è tornata di recente al centro del nostro dibattito interno come la *questione* non risolta, anzi aggravata dalla linea tenuta da questa dirigenza nella sua azione di ripresa delle

iniziative e degli interventi richiesti dall'evoluzione del contesto politico esterno.

E, come altre volte in passato, dietro queste vicende si colgono le dinamiche parallele che, ad ogni sviluppo del nostro dibattito interno, spesso troppo distante dalle priorità legate alla gravità di quel che accade, ripropongono la questione di fondo rappresentata dalla compatibilità fra la soggettività esterna di Md e quella di AreaDG.

### 7.6. Rinunciare alla soggettività di Md?

Conosciamo l'antefatto dei recenti sviluppi di questo dibattito, nato dalla proposta della dirigenza dei Movimenti di sancire con una modifica statutaria il divieto di doppia iscrizione ad Area e ai gruppi fondatori, a sua volta generata dalle *problematiche* poste da quella che è stata ritenuta un'*eccessiva visibilità e presenza mediatica di Md*. Una richiesta che non ha avuto seguito nei termini in cui è stata proposta, ma che se da un lato è stata raccolta come esigenza di un maggiore coordinamento anche nelle esternazioni, dall'altro è servita per riportare al centro del dibattito le implicazioni della scelta di Md di non rinunciare alla sua soggettività.

La mia posizione è nota.

Limitare gli spazi di partecipazione di Md al dibattito esterno ai soli casi in cui la preventiva interlocuzione con AreaDG non abbia consentito di arrivare alla *voce unica*, o in cui Md ritenga comunque necessario intervenire in via sussidiaria, significa in concreto per Md rinunciare alla sua soggettività.

La *specificità* di questo gruppo deriva dalla sua vocazione strutturale all'apertura verso l'esterno che, come ha scritto Franco Ippolito, più che una scelta organizzativa, è un *connotato genetico di sensibilità, di assunzione del punto di vista socialmente significativo, di interlocuzione non subalterna ma neppure spocchiosamente autoreferenziale*.

Per Md è un tratto irrinunciabile, che non può non continuare a connotare la sua capacità di elaborazione; per AreaDG è un apporto indispensabile: espressa sui temi e sui valori in cui tutta la magistratura progressista si riconosce, questa *specificità* rappresenta un fattore di stimolo e di crescita culturale proprio nella misura in cui *geneticamente* riesce ad assumere il punto di vista esterno, e ad esplicitare l'attitudine di Md a porsi come un interlocutore nel dibattito esterno.

Senza andare molto indietro nel tempo, l'evoluzione che ha avuto il dibattito associativo sulla riforma del diritto penale e sul dibattito tema della nuova disciplina della prescrizione dimostra che quelle che da alcuni sono state ritenute posizioni dissonanti, fughe in avanti rispetto alle mediazioni imposte ad AreaDG dal confronto in Anm, hanno in realtà contribuito alla ricchezza del confronto, a dar voce a sensibilità

diverse, a riaprire un dialogo – che sembrava compromesso – di tutta la magistratura con l’Avvocatura e l’Accademia.

La presenza di Md nel dibattito esterno ed associativo risponde all’esigenza da un lato di esprimere un *punto* di vista di cui, lo affermo senza supponenza, la magistratura ed il Paese hanno bisogno e dall’altro di continuare ad essere un luogo di elaborazione collettiva che prosegue oggi lungo le direttrici ancora valide ed attuali del nostro impegno politico e culturale, mettendo al centro della riflessione la difesa forte dell’eguaglianza e dei valori del garantismo, l’insopprimibile politicità della giurisdizione e la consapevolezza che il suo ruolo di tutela dei diritti richiede scelte di campo, l’azione di contrasto alla chiusura corporativa, all’autoreferenzialità e all’isolamento, la critica “dall’interno” delle sentenze e delle prassi, la centralità del rapporto fra giudice e società.

Luogo collettivo di ragionamento e di confronto, non circolo culturale. Questa specificità non può sopravvivere se non come espressione dell’associazionismo giudiziario: Md è nata per sintonizzare il punto di vista interno alla giurisdizione con il punto di vista esterno della società e solo nella dimensione di un soggetto collettivo composto da magistrati, può continuare a svolgere questo suo ruolo.

La proposta di conservare il *brand* Md sotto forma di una fondazione culturale, che si occupi di gestire il principale *gioiello di famiglia* rappresentato dalla *Rivista Questione Giustizia* promossa da Md, ipotizzando che possa esserci un piano culturale distinto da quello politico, è inconciliabile con la “ragion d’essere” del nostro gruppo e la sua vocazione a coltivare il punto di vista esterno agendo nella giurisdizione.

Md potrà continuare a elaborare culturalmente se continuerà a elaborare *politicamente*; *Questione Giustizia* potrà continuare ad essere lo “sguardo lungo” su quel che accade fuori dalla magistratura, e quello “profondo”, “critico” e “impetoso” su quel che si muove al suo interno solo se saprà conservare quella capacità di comprensione e di lettura critica degli eventi che deriva dalle scelte di valore che spettano a “giuristi dotati di potere” e dalla prospettiva di poter incidere sulla giurisdizione e attraverso AreaDG sulle dinamiche culturali dell’autogoverno e dell’associazionismo giudiziario.

Passi indietro rispetto alla mozione di Bologna e alla direzione indicata per riprendere ad elaborare *mantenendo* e rilanciando il ruolo di Md come *interlocutore* e *punto di riferimento*, *senza limitazioni degli spazi di riflessione, di critica e di intervento nell’ambito politico istituzionale e associativo* sono possibili ma deve essere chiaro che questo significherà per AreaDG rinunciare al pluralismo interno, che ne ha segnato la nascita e che, tuttora, anche dopo le trasformazioni strutturali necessarie per acquisire

una sua soggettività, ne fa, anche per statuto, una aggregazione di soggetti e persone fisiche, e per Md rinunciare alla sua ragion d’essere.

Bisogna essere consapevoli che rinunciare oggi alla voce e alla presenza di Md, in un contesto che richiede un’azione di resistenza culturale e un fronte esteso per la difesa dei nostri valori democratici, priva innanzitutto AreaDG e poi tutti noi della capacità di attivare importanti sinergie esterne, essenziali non per la *visibilità* di Md, ma per contrastare un modello di *separatezza* della magistratura mai superato.

Se oggi si chiedono passi indietro sulla specificità di Md e sulla sua presenza nel confronto pubblico che serve ad esprimerle si perdono potenzialità importanti che hanno contribuito allo sviluppo e alla crescita di AreaDG. Sarebbe la rinuncia per AreaDG al tratto distintivo di soggetto plurale che l’ha caratterizzata fin dalla nascita e che oggi la rende presenza unica e preziosa nel panorama associativo.

Non sarebbe certo una buona premessa per consolidare il suo percorso che può ambire a rappresentare tutta la magistratura progressista solo se continuerà ad avere capacità di aggregare e di coinvolgere i singoli ed i gruppi.

Un obiettivo ambizioso – quello di unire e di restare uniti – oggi più che mai necessario: dobbiamo perseguirlo con tenacia ed ostinazione, senza arrenderci alle fatiche e alle difficoltà, guardando ai progressi che abbiamo fatto e alle certezze che abbiamo acquisito, avvertendo il peso della responsabilità che grava su ciascuno di noi, dirigenze e singoli iscritti, perché la magistratura progressista conservi la sua unità e compattezza intorno ai valori in cui tutti ci riconosciamo.

### 7.7. *L’orgoglio di stare in Magistratura democratica*

Nello Rossi ha scritto che all’origine di tutte le cesure con il passato che hanno segnato la nascita *dell’avventura* di Md e il suo percorso c’è stato sempre un *sentimento*.

Per me Md è sempre stata passione e coinvolgimento. E credo che ci sia ancora una radice emotiva comune e un sentimento che attraverso Magistratura democratica dobbiamo far vivere.

Il sentimento che oggi deve ancora appartenerci e unirci è quello che Carlo Verardi ha definito *l’orgoglio di stare in Magistratura Democratica*. Come per Carlo, questo sentimento non nasce da pretese elitarie e dal sentirci noi “migliori” degli altri, ma dalla nostra aspirazione ad essere – come giudici – migliori di noi stessi, coltivando un’idea di eguaglianza che sempre meno ci appartiene come uomini di questa società e come cittadini di questo Paese.

Roma, 3 marzo 2019

## Gli autori

**Giovanni Arnone**, magistrato addetto all'Ufficio del massimario presso la Corte di cassazione

**Mauro Benente**, direttore dello Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales,  
Universidad Nacional de José C. Paz (Argentina)

**Giuseppe Bronzini**, presidente di sezione della Corte di cassazione

**Giampiero Buonomo**, consigliere parlamentare, Senato della Repubblica

**Nicola Colaianni**, già consigliere della Corte di cassazione, ordinario di diritto ecclesiastico,  
Università di Bari

**Lucia Corso**, associato di Filosofia del diritto, Università di Enna Kore

**Giuseppe Cotturri**, professore di Storia delle istituzioni politiche e di Sociologia dei fenomeni politici,  
Università di Bari

**Biagio de Giovanni**, emerito di Storia delle dottrine politiche e socio nazionale dell'Accademia dei Lincei

**Luigi Ferrajoli**, emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

**Elisabetta Grande**, ordinario di Sistemi giuridici comparati, Università del Piemonte Orientale

**Mariarosaria Gugliemi**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma

**Vincenza (Ezia) Maccora**, presidente aggiunto sezione gip del Tribunale di Milano

**Vittorio Manes**, ordinario di diritto penale presso l'Università di Bologna

**Giuseppe Martinico**, associato di Diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

**Maurizio Molinari**, direttore del quotidiano *La Stampa*

**Daniele Petrosino**, associato di Sociologia, Università di Bari

**Cesare Pinelli**, ordinario di Diritto pubblico, La Sapienza, Università di Roma

**Luigi Principato**, ricercatore confermato in Istituzioni di diritto pubblico, Università della Tuscia

**Barbara Randazzo**, ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano

**Nello Rossi**, già avvocato generale presso la Corte di cassazione, componente del Comitato direttivo  
della Scuola superiore della magistratura, direttore di *Questione Giustizia*

**Alejandra M. Salinas**, docente di Teoria politica, Universidad Nacional de Tres de Febrero  
y Universidad Católica (Argentina)

**Claudio Sarzotti**, ordinario di sociologia e filosofia del diritto, Università di Torino

**Enrico Scoditti**, consigliere della Corte di cassazione

**Pasquale Serra**, docente di Storia delle dottrine politiche, Università di Salerno

**Gaetano Silvestri**, presidente emerito della Corte costituzionale e presidente della Scuola superiore  
della magistratura

**Simina Tănăsescu**, professore di diritto costituzionale, Università di Bucarest

**Mario Tronti**, professore di Filosofia politica e già Senatore della Repubblica

**Luciano Violante**, presidente dell'associazione *Italiadecide* e già presidente della Camera dei Deputati