

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
IN
“DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI”
XXXIV CICLO

POPULISMO E DIRITTO PENALE. LE RIFORME DELLA
LEGITTIMA DIFESA

Relatore

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Candidato

Dott. Carlo Landolfi

Anno Accademico 2020/2021

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUZIONE..... | 6 |
|-------------------|---|

CAPITOLO I

LE DIVERSE DECLINAZIONI DEL POPULISMO POLITICO

| | |
|---|----|
| 1. Il populismo politico e il dilemma della definizione..... | 11 |
| 2. La complessità del fenomeno populista: un tentativo di classificazione nel lavoro di Margaret Canovan..... | 13 |
| 3. Il populismo come ideologia, stile retorico o strategia politica..... | 18 |
| 3.1. Il populismo come ideologia politica..... | 22 |
| 3.2. Il populismo come discorso politico..... | 26 |
| 3.3. Il populismo come strategia politica..... | 38 |

CAPITOLO II

POPULISMO PENALE, DIRITTO SIMBOLICO E DIRITTO PENALE DEL NEMICO

| | |
|---|----|
| 1. Il populismo penale nella prospettiva del populismo politico: un'introduzione..... | 44 |
| 2. Il populismo penale come discorso sociale: ipotesi di adattamento del modello teorico di Ernest Laclau..... | 49 |
| 2.1. La domanda di giustizia della vittima e la razionalizzazione dell'istinto vendicativo.. | 55 |
| 2.2. La domanda sociale di pena e la funzione di orientamento culturale dei principi costituzionali..... | 59 |
| 3. Il populismo penale come strategia politica: i fattori socio-culturali dell'attuale patologia populista..... | 68 |
| 3.1. Fisiologia populista: legislazione strumentale e funzione generalpreventiva positiva della pena..... | 77 |
| 3.2. Patologia populista e legislazione penale <i>meramente</i> simbolica..... | 89 |
| 4. Populismo penale come ideologia e diritto penale del nemico..... | 96 |

CAPITOLO III

LA “NUOVA” LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE: LA TENTAZIONE DELLA VENDETTA

| | |
|--|-----|
| 1. La “nuova” legittima difesa domiciliare come paradigma della legislazione populista.. | 107 |
| 2. La legittima difesa domiciliare <i>ex art. 52</i> , commi 2 e 3. La riforma del 2019 e l’inutilità simbolica dell’avverbio “sempre” | 114 |
| 2.1. Il fine di difendere i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione..... | 126 |
| 3. La presunzione di legittima difesa <i>ex art. 52</i> , comma 4, c.p.: l’emersione giuridica delle aspirazioni vendicative del populismo penale..... | 133 |
| 3.1. L’ <i>interpretatio abrogans</i> della giurisprudenza..... | 148 |
| 4. L’eccesso incolpevole in caso di minorata difesa o di grave turbamento <i>ex art. 55</i> , comma 2, c.p..... | 153 |
| 4.1. Il difficile coordinamento con la legittima difesa a presunzione totale..... | 166 |
| | |
| CONCLUSIONI..... | 172 |
| <i>Bibliografia</i> | 177 |

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare il populismo penale intendendolo quale specifica manifestazione del più complesso fenomeno politico-istituzionale che va sotto il nome di populismo politico. Se è vero, come pare evidente, che il diritto penale non rappresenta altro che “la formalizzazione di ben precise opzioni di politica criminale”¹, e che quest'ultima, a sua volta, non può che essere il riflesso di determinati assetti politico-istituzionali, allora sembra indispensabile consentire una comunicazione tra lo studio dell'attuale fisionomia della legislazione penale - da più parti, e ormai da alcuni anni, sintetizzata nella locuzione “populismo penale” - e l'analisi del contesto politico, che ne è all'origine e ne fa da cornice.

Per la realizzazione di tale proposito speculativo, dunque, si procederà con l'esposizione, nel primo Capitolo, dei principali approdi della scienza politologica e della filosofia politica nell'analisi del populismo politico, fenomeno complesso, proteiforme, e quasi sempre tacciato di scarsa consistenza teorica, di inafferrabilità sotto il profilo concettuale. Eppure, nonostante la sua vaghezza ed irriducibile complessità, il populismo è fenomeno quanto mai reale ed evidente nelle dinamiche politico-discorsive delle principali democrazie occidentali, e non da pochi anni.

“A spectre is haunting the world - populism”²: risale al 1969 l'*incipit* dell'introduzione all'opera “*Populism: its meaning and national characteristics*” a cura di Ghita Ionescu ed Ernest Gellner, cui si fa risalire l'inizio dei primi lavori ed approfondimenti sul tema. Un *incipit* eloquente, che ci fa capire come, già più di mezzo secolo fa, gli studiosi avessero intuito, con indubbia lungimiranza, che lo spettro che si aggirava e inquietava il mondo - e non la sola Europa - fosse lo spettro del populismo, filtrando in tal modo il sottinteso della previsione di un ridimensionamento del “pericolo” comunista per le democrazie occidentali.

Relativamente al populismo politico, è stata necessaria, tuttavia, un'opera di selezione delle principali fonti e delle più significative prospettive di approccio al fenomeno, che, a causa della sua vocazione interdisciplinare, è stato interessato da una letteratura a dir poco alluvionale. Si sono individuati, pertanto, sulla base degli studi del politologo Noam Gidron e del sociologo Bart

¹MOCCIA S., *Laudatio del Prof. Claus Roxin*, in STILE A. M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 50.

²IONESCU G., GELLNER E., *Introduction*, in ID. (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Macmillan, New York, 1969, p. 1.

Bonikowski³, tre principali modi di intendere il populismo politico: come ideologia, come discorso politico e come strategia politica.

Come si vedrà, ognuno di questi approcci riesce a cogliere uno o più aspetti della complessità cui è riconducibile il fenomeno, senza mai riuscire, tuttavia, a coglierne e sintetizzarne l'essenza concettuale: non la tesi dell'ideologia politica, cui il populismo non è assimilabile a causa della mancanza di una coerente visione teorico-programmatica delle principali questioni politico-sociali; non la tesi del discorso politico di Ernest Laclau, poiché questa, sebbene abbia il merito di aver sottolineato il meccanismo della "relazione costitutiva" che viene a crearsi nella frattura tra il popolo e le istituzioni, non compie l'ulteriore passo di analizzare le cause socio-culturali che sono all'origine dell'antagonismo tra il "noi, popolo puro" vs gli "altri, *élite* corrotte"; non la tesi della strategia politica, in quanto questa concepisce il populismo esclusivamente in termini di strumentalizzazione demagogica delle questioni sociali da parte del *leader* carismatico per fini di consenso elettorale personale, tralasciandone le dinamiche operative sul piano sociale.

Dall'analisi dei diversi studi, tuttavia, è individuabile il minimo comun denominatore, l'elemento che, per quanto scarno ed essenziale, ricorre costantemente in qualsiasi discorso sul populismo politico: ovvero la relazione antagonista tra il popolo - entità che viene intuita sul piano meramente emotivo e mai razionalizzata nelle sue diverse componenti e tensioni economico-sociali - contro l'*establishment* politico, intellettuale ed economico, percepito come un nemico da abbattere, causa di declino morale e corruzione, contro il quale si ergono la volontà generale e le virtù di onestà, probità e laboriosità della gente comune. Qualsiasi questione sociale, anche la questione criminale, pertanto, viene filtrata, nel discorso populista, attraverso tale visione dicotomica dei rapporti di forza, con la conseguenza, esiziale sul piano giuridico, di banalizzazione/semplificazione di problematiche complesse e, soprattutto, di avanzamento di soluzioni emotive e irrazionali, che mal si conciliano con l'equilibrio razionale tra gli opposti interessi ricercato dal diritto. L'essenza del populismo, o comunque il suo volto più autentico, è riducibile, quindi, alla individuazione del nemico - le *élite*, le istituzioni, il potere -, in opposizione al quale è possibile, come insegna Laclau, la costituzione di un popolo assente in termini obiettivi e assoluti, e contro il quale si diffonde un sentimento di rivalsa, di vera e propria vendetta sociale.

Lungi, tuttavia, dal voler giungere a conclusioni definitive in merito all'annosa questione della definizione del populismo politico, ai fini del presente lavoro risulta utile cogliere gli aspetti

³GIDRON N, BONIKOWSKI B., *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda*, in *Working Paper Series, Weatherhead Center for International Affairs*, n. 13-0004, 2013.

principali delle diverse metodologie di analisi, al fine di trasportarle, *mutatis mutandis*, sul piano dello studio del populismo penale.

Il populismo penale, difatti, è anch'esso fenomeno complesso, che non si esaurisce sul piano meramente giuridico-normativo, ma che definisce una particolare dinamica in cui la società, le istituzioni e la stessa dottrina si relazionano alla questione criminale. L'assunto di fondo del presente lavoro, dunque, è che il populismo penale è fenomeno non solamente giuridico, ma che condivide la medesima natura e i medesimi spazi di azione del populismo politico, sul piano sociale, istituzionale, della rappresentatività democratica, sebbene concentri il proprio focus sulle problematiche inerenti alla gestione della questione criminale e della sicurezza pubblica. Partendo, dunque, da tale rapporto di *species ad genus* che viene a instaurarsi tra populismo penale e politico, nel II Capitolo si procederà con l'analisi del primo dall'angolo prospettico delle medesime categorie già individuate in relazione al secondo: ideologia, discorso sociale, strategia politica.

In accordo con i principali studi di area anglosassone, e soprattutto con il lavoro del criminologo neozelandese John Pratt, si è preferito approcciare allo studio del populismo penale in una prospettiva "*bottom-up*", ovvero a partire dalle trasformazioni sociali che lo contraddistinguono per poi giungere alle strumentalizzazioni della classe politica in ottica demagogica, senza necessariamente voler individuare un nesso di causa-effetto tra i due fenomeni. E proprio nel suo modo di operare all'interno dello spazio sociale, il populismo penale può essere inteso, secondo la terminologia del filosofo argentino Ernest Laclau, come discorso sociale, ove per "discorso" si intende "un complesso di elementi in cui le *relazioni* giocano un ruolo costitutivo", ovvero una dimensione a carattere prevalentemente simbolico in cui "gli elementi non preesistono al complesso relazionale, ma si costituiscono grazie a esso"⁴. Nella prospettiva del discorso sociale, dunque, il populismo penale si identifica con la capacità (populistica) del reato, quale fatto sociale lesivo di beni di primaria rilevanza, di creare in maniera netta ed immediata una frattura, un conflitto all'interno della collettività, che non vede contrapporsi solo i diretti interessati, vittima e reo, ma due fazioni, ovvero il "popolo dei cittadini onesti", il quale, "costituitivamente assente" come lo stesso popolo generalmente inteso, riesce a darsi un'identità solo nella relazione antagonista con il delinquente - quello effettivo, e quelli potenziali, ovvero soggetti a vario titolo percepiti come pericolosi, per lo più per la loro appartenenza a determinati gruppi sociali (immigrati, tossicodipendenti, recidivi, politici corrotti ecc...). In tale ottica, dunque, il populismo non descrive (ancora) qualcosa di patologico, ma viene a configurarsi come ordinaria dinamica di

⁴ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 64.

funzionamento del problema criminale nello spazio sociale. Il diritto penale è stato, non solo provocatoriamente, definito diritto “intrinsecamente populista”⁵, proprio a causa, secondo la nostra visione, di tale modo di operare della realtà criminale come discorso sociale, e dunque come dinamica capace di donare alla collettività un’identità ed un’etica pubblica, attualmente non rinvenibili in altri dispositivi socio-culturali.

Anche qui, il conflitto sociale tra il “noi, popolo di innocenti” e gli “altri, delinquenti-nemici” vede emergere una domanda sociale di penalità che, dato il ruolo di centrale importanza riservato alla vittima, assume i tratti dell’irrazionalità emotiva e, dunque, della vendetta. È a questo punto che, a causa del venir meno della funzione socio-educativa dei principi costituzionali presso l’opinione pubblica e la classe dirigente, il veleno di irrazionalità, che quasi sempre anima le istanze vendicative della vittima, inizia a filtrare nel dibattito politico-mediatico, e quindi ad essere intercettato e strumentalizzato dalla politica.

Si giunge, dunque, in quella che sembra una parabola evolutiva che dal piano sociale perviene a quello politico, al momento patologico del populismo penale, ovvero alla strumentalizzazione della domanda di maggiore penalità proveniente dalla comunità in ottica di strategia politica. Tale livello di analisi del populismo penale è quello più connesso con la dimensione giuridico normativa, in quanto, come si cercherà di evidenziare, il populismo penale, nell’accezione di strategia politica, conduce ad una legislazione penale meramente simbolica, intendendo con tale espressione una produzione legislativa in cui la funzione general-preventiva positiva della pena, da finalità di rafforzamento della coscienza sociale attorno ai valori espressi dai contenuti percettivi, sempre e comunque strumentale alla tutela di beni giuridici, finisce per degenerare in funzione di mero simbolismo, ovvero di stigmatizzazione di autori, più che di fatti, per fini di costituzione identitaria e coesione sociale, e, in ultima istanza, per il perseguimento di quella che Alessandro Baratta definì la funzione simbolica generale, ovvero la conquista del consenso elettorale.

Il secondo Capitolo si conclude con l’analisi del populismo penale nella prospettiva dell’ideologia, e dunque della coerente elaborazione teorico-dottrinale, potendosi, a nostro avviso, rinvenire tracce di populismo nella nota teoria del Diritto penale del nemico di Günther Jakobs. Se populismo penale è, nella essenza della sua versione patologica, esasperazione della relazione conflittuale vittima-reo, a noi pare che tale tratto sia rinvenibile non solo nel *Feindstrafrecht*, ove il reo è concepito come mero individuo privo di personalità giuridica, dunque nemico da neutralizzare, espellere dal contesto sociale per la sicurezza dei cittadini onesti (funzione

⁵ V. *infra*, nota 53 in Cap. I, par. 3.2.

massimamente populista della pena); ma anche nello stesso *Bürgerstrafrecht*, ove la funzione di prevenzione generale integratrice della pena descritta da Jakobs si riduce ad una hegeliana negazione della negazione, ovvero ad un ristabilimento controfattuale della validità della norma penale, grazie alla capacità della pena inflitta di negare la delusione dell'aspettativa normativa concretizzatasi nella commissione del reato. Anche qui, nessuno spazio è riconosciuto ad una funzione della pena che si rivolga al reo, alla sua dignità di persona umana, prima ancora che persona in diritto, nell'intento di promuoverne la libera adesione ad una proposta di risocializzazione.

Conclude il presente lavoro il terzo Capitolo, nel quale si intende analizzare le due riforme (2006 e 2019) che hanno interessato l'istituto della legittima difesa domiciliare. Quello della legittima difesa è, in effetti, a parte la conformazione aberrante conseguente alle suddette riforme, un istituto che si presta a derive populistiche, poiché il tema dell'autotutela si interseca inevitabilmente con quello della riconquista, da parte della vittima e della gente comune, della sovranità punitiva, della titolarità, almeno in alcuni ambiti, di una *potestas puniendi*, delegata alle istituzioni nel patto sociale. Vedremo, dunque, come, soprattutto con l'introduzione di una legittima difesa a presunzione totale nel quarto comma dell'art. 52 c.p., le istanze securitarie, a carattere fortemente emotivo ed irrazionale, provenienti dalla collettività, si siano tradotte, nell'interpolazione del legislatore populista, nella formalizzazione giuridica di quella che è stata definita la legittima offesa o vendetta domiciliare.

CAPITOLO I

LE DIVERSE DECLINAZIONI DEL POPULISMO POLITICO.

1. Il populismo politico e il dilemma della definizione.

Il populismo è un fenomeno non solo politico, ma connotato da una intrinseca componente di interdisciplinarietà, che lo ha portato ad essere oggetto di studio in diversi ambiti: dalla filosofia politica, alle scienze politiche, alla sociologia, all'economia, all'antropologia, alla psicologia e, in tempi relativamente più recenti, anche in ambito giuridico, prevalentemente nei settori del diritto costituzionale e del diritto penale. Gli studiosi che hanno approfondito il tema, ognuno dalla prospettiva della propria disciplina di riferimento⁶, non hanno potuto fare a meno, il più delle volte, di attingere alle conoscenze almeno istituzionali di discipline attigue, proprio in forza della trasversalità del fenomeno, che inevitabilmente involge diversi campi dell'agire e del sapere umano.

Nello specifico, il populismo quale fenomeno politico è studiato ormai da alcune decadi dalle scienze politologiche e dalla filosofia politica, con il risultato di una letteratura alluvionale a riguardo. Il *punctum dolens* che più ha interessato il dibattito scientifico, oggetto di scontri e di affanni non sempre proficui, è stato il problema della definizione: questione che, come vedremo, ancora non può dirsi univocamente risolta.

L'inizio della discussione scientifica in materia viene da molti ricondotto al convegno organizzato nel Maggio del 1967 dalla rivista "Government and Opposition" presso la *London School of Economics and Social Sciences*, il cui titolo, "To define populism", rende immediatamente l'idea di come la questione definitoria sia stata la priorità della discussione accademica. La delimitazione di un ambito semantico comune cui riferire la parola "populismo", e quindi di uno spazio condiviso da cui far partire i singoli percorsi di analisi, è presupposto ineludibile del dialogo scientifico.

Il convegno londinese, tuttavia, non riuscì a realizzare l'obiettivo, i contributi degli studiosi rifletterono la diversità dei metodi di analisi e degli approcci utilizzati, sicché risultò impossibile l'individuazione di una definizione minima, comunemente accettata di populismo. Ghita Ionescu ed Ernest Gellner, i promotori del simposio, nell'opera che ne raccoglie i contributi scrivono: "Non v'è dubbio, al momento, sull'importanza del populismo. Ma non è abbastanza chiaro cosa esso sia.

⁶ "To each his own definition of populism, according to the academic axe he grinds", scriveva già nel 1969 il politologo Peter Wiles, in WILES P., *A syndrome, not a doctrine*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Macmillan, New York, 1969, p. 166.

Come dottrina o come movimento, esso è sfuggente e proteiforme. Si manifesta dappertutto, ma in tante forme contraddittorie. Ha un'unità di fondo? O è solo un nome che copre una moltitudine di tendenze tra di loro sconnesse?"⁷.

Il filosofo inglese Isaiah Berlin, in conclusione dei lavori del convegno, adoperò l'immagine del "complesso di Cenerentola", per rendere l'idea della frustrazione vissuta dallo studioso dinanzi alle difficoltà incontrate nel far "calzare" i propri assunti teorici alla realtà empirica: "(con tale immagine) intendo quel che segue: che esiste una scarpa - la parola "populismo" - per la quale esiste da qualche parte un piede. C'è una grande quantità di piedi che *quasi* le si adattano, ma non dobbiamo farci ingannare da quei piedi che quasi le si adattano. Il principe è sempre alla ricerca, con la sua scarpa; e da qualche parte, ne siamo sicuri, ci attende un limbo chiamati "populismo" puro. Ecco il nocciolo del populismo, la sua essenza"⁸.

Le parole di Berlin rendono icasticamente la tensione speculativa, che sin da subito ha caratterizzato il dibattito scientifico, rispetto alla individuazione del nocciolo duro, dell'essenza del populismo. Si tratta, dunque, di un'opera intellettuale volta a sfrondare dei suoi elementi superflui e contingenti un fenomeno estremamente complesso e multiforme, al fine di conoscerne i connotati essenziali, immutabili al mutare dei contesti socio-politici e dei periodi storici. La difficoltà dell'impresa ne preannuncia il fallimento.

Ed infatti, a più di cinquant'anni dal convegno londinese, tra gli studiosi non v'è comunanza di vedute in merito alla questione definitoria. Le tesi si moltiplicano nel tentativo di individuazione di quella essenza di cui parlava Berlin, al punto che "È diventato quasi un *cliché* iniziare a scrivere di populismo, lamentando la mancanza di chiarezza del concetto e mettendone in dubbio l'utilità ai fini dell'analisi politica"⁹. Nella letteratura anglosassone si legge del populismo come di un'entità *vague and slippery*, vaga e scivolosa, dalla natura camaleontica. A ciò si aggiunga che lo sviluppo tecnologico e, con esso, la profonda pervasività dei *mass media* nelle vite dei singoli, nelle relazioni sociali e nelle dinamiche politiche ha prodotto il moltiplicarsi di nuove forme di populismo, al punto che attualmente si tende a parlare di populismi, al plurale, intendendo in tal modo riferirsi alle diverse specificazioni del fenomeno, cui di solito vengono attribuite etichette di nuovo conio, quali *mediapopulism, telepopulism, neopopulism, ethnopopulism* ecc...

⁷ IONESCU G., GELLNER E., *Introduction*, in *ID.* (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, cit., p. 1.

⁸ Citato in CANOVAN M., *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York e Londra, 1981, p. 7.

⁹ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in *IDEM* (a cura di), *Populism and the mirror of democracy*, Verso, London, 2005, p. 1.

Il presente lavoro, dunque, lungi dal porsi l'obiettivo di fornire una soluzione all'annoso dilemma della definizione, più modestamente cercherà di ricostruire le principali tesi sostenute sul punto, con l'intento di individuare alcuni tratti essenziali del fenomeno populista, per poi provare a trasporre le categorie elaborate in seno al dibattito politologico sul piano di quella specifica manifestazione del populismo politico, che è il c.d. populismo penale. Prima di affrontare la questione teorica della definizione, tuttavia, sembra opportuno soffermarsi sulla complessità empirica che storicamente ha caratterizzato le singole esperienze populiste.

2. La complessità del fenomeno populista: un tentativo di classificazione nel lavoro di Margaret Canovan.

Il termine populismo abbraccia, nella sua pluralità di significati a quanto pare irriducibile ad unità, vicende di popoli e leader politici che attraversano la storia mondiale. Per restituire la complessità del concetto e delle sue singole manifestazioni, appare utile fare riferimento al lavoro di Margaret Canovan, filosofo politico inglese che ha dedicato larga parte dei suoi studi al tema del populismo, seguendo un approccio per lo più refrattario ai tentativi di *reductio ad unum* del fenomeno.

In uno dei suoi principali lavori¹⁰, la Canovan propone una precisa tassonomia cui ricondurre le esperienze concrete in cui il populismo si è storicamente incarnato: le due macrocategorie di riferimento sono l'*Agrarian populism* ed il *Political populism*.

La prima si caratterizza per il ruolo centrale svolto dalla classe contadina nel farsi portavoce di istanze di riforma o di eversione. Vi fanno riferimento due esperienze molto diverse tra di loro, seppur contemporanee, come quella del *People's party* statunitense e del *narodnichestvo* russo.

Il *Farmer's radicalism* è stato un movimento diffusosi nel Sud e nell'Ovest degli Stati Uniti nella seconda metà dell'Ottocento, nato dalle proteste dei piccoli produttori agricoli - i *grangers* -, i quali rivendicavano maggiori spazi di autonomia nella fissazione dei prezzi dei propri prodotti, contro il monopolio sulle terre esercitato dalle compagnie finanziarie. Nato da un'autentica protesta popolare, il movimento dei *grangers* vide la partecipazione attiva degli strati sociali più bassi della popolazione, chiamati a mobilitarsi contro le corrotte *élites* finanziarie - *trait d'union* un po' di ogni esperienza populista.

¹⁰CANOVAN M., *Populism*, cit..

La peculiarità dell'esperienza risiede, oltre che nella origine dal basso, nella sua trasformazione da movimento popolare in vero e proprio partito, ovvero il *People's party*, formalmente costituitosi a Cincinnati nel 1891. I populisti statunitensi, quindi, si proposero di agire all'interno delle regole del gioco democratico, elaborando un programma di riforma socialisteggiante con cui si presentarono alle elezioni presidenziali con un proprio candidato, J.B. Weaver, e poi sostenendo il candidato democratico nel 1896. Il *Populist party* cessò di esistere nel 1912, schiacciato dal bipolarismo ormai definitivamente consolidatosi. La relativa brevità dell'esperienza, tuttavia, non impedisce di riconoscerne alcuni tratti fondamentali, che, in misura ed intensità diverse, caratterizzeranno il populismo statunitense anche moderno, distinguendolo dai populismi sorti in altre parti del mondo, quali: la nascita e l'organizzazione dal basso, la tendenza riformista e quindi l'assenza di propositi di eversione dell'ordine costituito, ed anche una certa componente etnica, legata alla convinzione dei *grangers* di fine Ottocento di incarnare l'autenticità americana, rappresentata dalla popolazione bianca e protestante.

Profondamente diversa fu l'esperienza del *narodnichestvo* russo, che potrebbe essere definito come un movimento culturale, più che popolare, diffusosi negli ambienti dei giovani intellettuali russi di fine Ottocento. La convinzione, più che vera e propria ideologia, di questi populisti era che la salvezza della terra russa sarebbe potuta arrivare solo dalla classe contadina, con conseguente mitizzazione in chiave antimoderna dello stile di vita rurale e della purezza delle radici slave.

I populisti russi, quindi, proponevano una rigenerazione della comunità nazionale, *id est* un totale sovvertimento della autocrazia zarista, a partire dal modello delle comunità villaggio, elevate ad alpha ed omega di tale palingenesi. A differenza del populismo statunitense, riformista e rispettoso dell'ordine costituito, quindi, i populisti russi non sdegnarono di ricorrere al terrorismo e all'assassinio sistematico dei nemici e dei traditori, finendo per confluire ed estinguersi nella rivoluzione bolscevica. Per quanto il bolscevismo di Lenin, infatti, rifiutasse il socialismo ingenuo dei populisti in favore di un socialismo scientifico di stretta osservanza marxista, è possibile ad ogni modo evidenziare come la rivoluzione leninista, in questo distanziandosi dal marxismo, riconobbe le classi rurali quali soggetto rivoluzionario, in tal modo incorporando al proprio interno alcune istanze del populismo tardo-ottocentesco.

Sono evidenti, quindi, le profonde differenze tra le due esperienze, quella statunitense e quella russa, che pure vanno sotto lo stesso nome di populismo: da un lato, un movimento promosso dagli strati sociali più bassi della popolazione, riformista e disposto a dialogare con le istituzioni democratiche, che si diede forma ed organizzazione di partito; dall'altro un movimento populista paradossalmente originato in seno ad un'*élite* di intellettuali, che, in nome di una mitica purezza

della popolazione contadina, si proponeva di sovvertire con la violenza l'ordine costituito. Nonostante le differenze, emerge un tratto fondamentale che, come vedremo, attraverserà tutte le manifestazioni storiche del populismo, potendo dunque assurgere a connotato essenziale del fenomeno: si tratta di quella che Ernest Laclau definisce relazione antagonista¹¹ tra il popolo, inteso come entità omogenea, depositaria di ogni forza e virtù, e l'*establishment*, l'*élite* politica, rappresentata come il nemico corrotto da abbattere.

La macro-categoria del *Political populism* si connota, invece, per una minore centralità della classe contadina nel suo ruolo di portatrice di istanze riformiste o di valori di purezza ed autenticità - per quanto un ruolo essa lo giocò ugualmente nell'evoluzione di tali esperienze politiche -, e una maggiore attenzione rivolta all'agone politico, in cui agisce, solitamente, un *leader* carismatico fattosi interprete delle istanze del popolo. La Canovan suddivide il Populismo politico in quattro sotto-categorie: la dittatura populista, la democrazia populista, il populismo reazionario e il populismo dei politici.

In riferimento alla *Populist Dictatorship*, lo studio del filosofo inglese si concentra sulle esperienze risalenti alla prima metà del Novecento di Juan Domingo Perón in Argentina e di Huey P. Long negli Stati Uniti.

In relazione al peronismo, la Canovan attinge agli studi del sociologo Gino Germani, che in Argentina visse in prima persona le conseguenze del regime di Perón, fino alla destituzione dall'insegnamento universitario a causa delle sue posizioni antigovernative. Gli studi di Germani individuano immediatamente nella ascesa al potere di Perón alcuni tratti fondamentali del populismo: la composizione multi-classista e sostanzialmente non ideologica del movimento; la crisi del precedente sistema di valori e la presenza di un *leader* carismatico che riesce a farsi interprete di tale crisi, proponendosi come traghettatore del popolo verso il cambiamento.

Nella Argentina dell'immediato secondo dopoguerra (Perón fu presidente dal 1946 al 1955), Germani descrive la modernizzazione in atto, analizzando il declino della precedente società rurale, con conseguente inurbamento delle classi contadine e nascita di quello che Germani chiama il "proletariato urbano". La modernizzazione segna il passaggio dalla istituzionalizzazione della tradizione alla istituzionalizzazione del cambiamento¹², i cui tratti caratteristici sono la secolarizzazione, quindi il senso di indifferenza e distacco verso la tradizione e i valori cristiani, la volatilità di un nuovo sistema di valori che stentava a consolidarsi, e la povertà delle masse

¹¹ V. *infra* par. 3.2

¹² GERMANI G., *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, Transaction Book, Brunswick, 1978, p. 6.

contadine inglobate nella nuova realtà urbana. Una dimensione di crisi su più fronti - culturale, sociale, economico -, che si rivela terreno fertile per l'ascesa del *leader* carismatico, capace di dar voce alle rivendicazioni del popolo. Anche qui, il popolo viene rappresentato come un'entità sostanzialmente unitaria: il peronismo è trasversale, interclassista e dunque refrattario a posizioni ideologiche di destra e, tanto meno, di sinistra.

Ugualmente, seppur in un orizzonte ben più ristretto, negli Stati Uniti della Grande Depressione Huey P. Long, con l'emblematico slogan "*Every man a King*", si fa portavoce della crisi individuale ed economica dei cittadini della Louisiana, scagliandosi contro la corruzione delle *élites* finanziarie.

Sradicamento sociale (*uproot*), declino della tradizione e del suo sistema di valori, fenomeni socio-economici complessi quali l'inurbamento e la crisi economica, sono, pertanto, i fattori sociali che concorrono all'affermazione del *leader* carismatico, la personalità forte che si dichiara capace di interpretare e dare risposta alle rivendicazioni del popolo. Emergono, dunque, ulteriori tratti fondamentali dell'esperienza populista: la presenza del leader autorevole, che pretende di essere in contatto diretto con la volontà popolare, facendosene unico conoscitore ed interprete; il popolo, inteso come soggetto mitico e astratto, mai attraversato da conflitti interni, ma rappresentato nell'immaginario populista come unico corpo, con unica voce. Uno stile politico con tali caratteristiche, afferma la Canovan, comporta il depotenziamento delle istituzioni democratiche, che retrocedono dinanzi alla personalizzazione della politica, con conseguente compromissione delle libertà fondamentali, in coerenza con un assetto politico che viene qualificato dalla moderna politologia come autoritarismo, più che dittatura¹³.

La *Populist Democracy*, altra sottocategoria del populismo politico, al contrario, è una forma di populismo che si caratterizza per una pressante richiesta da parte del popolo di maggiori spazi di azione all'interno del dibattito politico e della gestione della cosa pubblica. Si tratta, in sostanza, di una forma di radicalismo democratico, sostenitore del diretto coinvolgimento del popolo nelle scelte politiche dello Stato, in diretta polemica con i meccanismi di rappresentanza democratica. Il pregio di tale forma di populismo, nei contesti in cui esso si è manifestato in misura più o meno evidente - come nell'esperienza di Hugo Chavez in Venezuela -, risiede nella apertura ad un ampio coinvolgimento della base popolare nella vita pubblica, soprattutto in reazione a precedenti assetti politici a carattere autoritario o dittatoriale.

¹³ ANSELMINI M., *Populismo e populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMINI M., FLCINELLI D. (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, Trento, 2015, p. 26.

A fronte di tale pregio, tuttavia, la Canovan individua alcuni difetti di non poco conto: il rischio di una tirannia della maggioranza, a causa del rifiuto delle istituzioni rappresentative, luoghi di tutela e coinvolgimento delle minoranze, e a causa della falsa narrazione di un popolo unico, unito nelle sue rivendicazioni; la tendenza alla semplificazione di questioni complesse, o alla loro drammatizzazione, con conseguente adozione di soluzioni emotive, irrazionali, e quindi illiberali; la perdita di fiducia nel Governo, la cui classe politica viene rappresentata come *élite* distante dal popolo e, per lo più, corrotta; la perdita di autorevolezza degli intellettuali e dei professionisti portatori di competenze tecnico-specialistiche, anche essi visti con sospetto, come un ostacolo all'immediato soddisfacimento delle istanze emotive del popolo. Sembrano evidenti le corrispondenze di tale paradigma con l'attuale realtà politica di diverse democrazie occidentali, non da ultima l'esperienza nostrana del Movimento cinque stelle.

Il *Reactionary Populism* si caratterizza, invece, per una retorica del ritorno alle antiche tradizioni del popolo, alle sue radici culturali, e dunque per un conservatorismo in chiave molto spesso reazionaria e xenofoba. Conseguenza diretta di tale atteggiamento ideologico e comunicativo è una netta polemica, se non proprio ostilità, nei confronti delle posizioni progressiste di intellettuali ed artisti, anch'essi rappresentati come *élites* distanti dal popolo, o, in alcuni casi di degenerazione complottistica, descritti come gruppi malevoli e nemici delle rivendicazioni popolari. Anche qui, non sembrano azzardati i collegamenti con esperienze politiche successive al lavoro della Canovan, quali il *Front National* in Francia e la Lega Nord in Italia.

Il *Politician's Populism*, infine, è una categoria eterogenea che fa riferimento ai c.d. "*catch-all people's parties*", partiti personalistici che agiscono all'interno delle istituzioni democratiche e si caratterizzano, anche in questo caso, per la presenza di un *leader* carismatico e per la tendenza ad uno stile politico improntato alla personalizzazione. Sotto tale profilo, il fenomeno populistico emerge per lo più nella sua connotazione di strategia politica, volta alla conquista, con varietà di mezzi e di modalità operative, di quanto più consenso popolare possibile. La Canovan riporta l'esempio della presidenza negli Usa di Jimmy Carter, che definì se stesso come *leader* populista, ma non sembra azzardato ricomprendervi anche l'esperienza italiana di Forza Italia.

Tale veloce esposizione dell'analisi di Margaret Canovan, in uno dei lavori che ha rappresentato uno snodo fondamentale nelle ricerche sul populismo politico, ha permesso di raffigurare, nei suoi connotati fondamentali, la complessità delle forme con cui il populismo si è storicamente manifestato in Paesi, culture, periodi storici che sembrano avere pochi punti di tangenza. La consapevolezza di tale complessità è necessaria per affrontare il problema della definizione.

3. Il populismo come ideologia, stile retorico o strategia politica

Il termine populismo è tanto ricorrente quanto inafferrabile. I quotidiani vi fanno continuo riferimento, utilizzandolo per lo più nell'accezione negativa di deriva demagogica delle democrazie occidentali. D'altra parte, molti degli attori dell'attuale panorama politico nazionale e straniero presentano una o più caratteristiche proprie del populismo, o anche solo una semplice sfumatura di ciò che nell'immaginario collettivo solitamente si riconduce al fenomeno populista¹⁴. Eppure, nel dibattito scientifico le tesi si moltiplicano e si contraddicono, non riuscendo a far luce sull'essenza di tale fenomeno di cui tutti parlano.

La divergenza di vedute è tale da indurre alcuni autori a negare l'esistenza stessa del populismo come fenomeno politico con dignità autonoma, proponendo di radiare il nome dal dizionario della politica e di sostituirlo con altri termini e concetti: demagogia, antipolitica, radicalismo democratico. Si è affermato che "la "populismità" non è che un'entità fittizia che sarebbe vano cercare di cogliere"¹⁵, o ancora che le definizioni sono "formule felici di cui gli studenti fanno tesoro ma che altri specialisti si affrettano a squalificare" e che dunque il populismo può essere inteso "senz'altro meglio alla luce confusa delle forme cumulative che ha rivestito nel tempo e nello spazio piuttosto che attraverso una sintesi intellettuale per forza di cose semplicistica"¹⁶.

Per quanto tali affermazioni siano il dettato di una oggettiva difficoltà definitoria, sembra opportuno quanto meno ripercorrere le tesi che hanno tentato, con risultati più o meno soddisfacenti, di cogliere il cuore del populismo, l'essenza di cui parlava Isaiah Berlin nel convegno londinese che viene solitamente indicato come l'inizio degli studi politologici in materia.

Sembra utile partire da una risalente quanto interessante descrizione del populismo offerta da un politologo italiano, Nicola Matteucci, il quale già negli anni '70 si apprestava a tratteggiare il fenomeno populista in termini straordinariamente moderni con le seguenti parole: "Useremo il

¹⁴ BALE T., STIJN VAN KESSEL, TAGGART P., *Thrown Around With Abandon? Popular Understandings of Populism as Conveyed by the Print Media: A UK case study*, in *Acta Politica*, Vol. 46 (2), pp. 121: esaminando come il termine populismo è utilizzato dai media britannici, gli autori scrivono: "ogni attore politico che compare nelle notizie per un periodo di tempo consistente probabilmente corre il rischio di essere etichettato come populista prima o poi".

¹⁵ TARGUIEFF P. A., *L'illusione populista*, Mondadori, Milano, 2003, p. 78.

¹⁶ HERMET G., *Les populismes dans le monde*, Fayard, Paris, 2001, p. 53, citato in TARCHI M., *Che cos'è il populismo*, in *Idem* (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana edizioni, Napoli, 2019, p. 18.

termine ‘populismo’ non nel suo significato strettamente storico (ad es.: il populismo russo), ma in quello più sociologico, col fine di cogliere l’apparire, al di sotto del sistema partitico, di un nuovo clima di idee semplici e di passioni elementari, in radicale protesta contro la tradizione e, quindi, contro la cultura della classe politica che ne è l’espressione ufficiale. Con il populismo si coagula una nuova sintesi politica, che non può essere definita, secondo il comune linguaggio parlamentare, conservatrice o progressista, perché supera e mantiene entrambe le posizioni, affermando da un lato una volontà autoritaria, che nella fretta del fare è sempre più insofferente degli impacci e delle remore imposte dalle procedure costituzionali di una democrazia moderna, e dall’altro, quando arriva al potere, manipola le masse con *slogans* genericamente rivoluzionari. A questo populismo si accompagna un diffuso anti-intellettualismo, un atteggiamento di rivolta contro la ragione critica, che poi è una rivolta contro lo specialista, l’esperto, lo studioso, in nome di sentimenti o passioni elementari primitiviste (...)”¹⁷.

In tale descrizione è possibile cogliere spunti di rilievo ed alcuni tratti fondamentali del fenomeno populista, ripresi anche in studi più recenti: una presa di posizione, su un piano emotivo e passionale, più che di reale consapevolezza ideologica, contro la classe dirigente ed il sistema di valori da questa incarnato; la connotazione post-ideologica; l’insofferenza verso le garanzie costituzionali proprie di una democrazia rappresentativa; la strategia del consenso politico procacciato mediante slogan ad effetto, volti alla semplificazione di questioni complesse e a catturare le emozioni della gente; l’anti-intellettualismo diffuso, e quindi l’ostilità verso i portatori di competenze tecnico-specialistiche, elemento, questo, foriero di conseguenze esiziali in materie eminentemente tecniche come il diritto in generale, ed il diritto penale in particolare; la caratterizzazione del populismo come fenomeno politico connotato da un invadente sostrato sociologico, e dunque come fenomeno che trova origine e fondamento in determinati fattori socio-culturali, nonché in meccanismi psicologici inerenti alle passioni ed all’emotività delle masse.

Matteucci offre una descrizione così moderna di populismo in un contesto storico-politico quanto mai lontano da quello attuale, ovvero quello della c.d. prima Repubblica, quando era pienamente vitale e funzionante il sistema dei grandi partiti di massa, e dunque poco diffuso il sentimento di avversione verso la politica e la sua classe dirigente.

La descrizione di Matteucci, tuttavia, riesce sì ad individuare alcuni tratti fondamentali del fenomeno populista, ma aggira il problema della definizione. Non bisogna confondere, infatti, la descrizione delle caratteristiche di un fenomeno con la sua definizione teorica, con il suo

¹⁷ MATTEUCCI N., *Dal populismo al compromesso storico*, Edizioni della Voce, Roma, 1976, p. 50.

inquadramento concettuale. Matteucci, a riguardo, parla di “clima di idee” e di “sintesi politica”, potendo, quindi, essere ricondotto tanto a quel filone di studi che qualifica il populismo in termini di ideologia, schema ideologico, o mentalità caratteristica, quanto alle scuole di pensiero che vedono nel populismo uno stile o una strategia politica: da tale punto di vista, non vi è una netta presa di posizione.

Emerge, dunque, la polifonia di voci e di opinioni sulla natura del populismo, che venne registrata già a conclusione del convegno organizzato nel Maggio del 1967 dalla rivista “*Government and opposition*” presso la *London School of Economics*. L’approccio adottato dagli studiosi che vi parteciparono fu, come quello di Matteucci, prevalentemente descrittivo: si cercò di enumerare le caratteristiche del populismo, a partire dallo studio delle sue singole manifestazioni empiriche. Sembra utile riportarne alcuni esempi.

Donald MacRae, autore da ricondurre al filone di studi che concettualizza il populismo in termini di ideologia politica¹⁸, afferma: “Certamente possiamo usare il termine populismo in maniera automatica e giustificata quando sotto la minaccia di una qualche modernizzazione o industrializzazione (chiamiamola come vogliamo) un segmento della società, per lo più agrario, agisce politicamente rivendicando il proprio credo in una comunità e (solitamente) in un *Volk* virtuoso, sventolando il suo egualitarismo e la sua opposizione ad ogni *élite*, guardando a un passato mitico per rigenerare il presente, accusando l’usurpazione e la cospirazione straniera, rifiutando qualsiasi dottrina di inevitabilità sociale, politica o storica e credendo, di riflesso, in un’istantanea e imminente apocalissi mediata dal carisma di eroici *leader* e legislatori - figure come quelle di Licurgo. Quando, oltre a tutti questi elementi, siamo anche al cospetto di un movimento politico con obiettivi a breve termine, da ottenere tramite un intervento statale, ma senza passare per la forma canonica di un partito politico vero e proprio, allora siamo al cospetto del populismo nella sua forma più tipica”¹⁹.

L’autore si cimenta in una enumerazione molto dettagliata delle caratteristiche tipiche del populismo, senza, tuttavia, dire nulla sulla definizione, sul concetto, sulla dimensione essenziale di populismo. La ricchezza descrittiva, inoltre, determina un’altra decisiva criticità di tale metodo, ovvero l’impossibilità di individuare nella realtà storica un’esperienza che abbia effettivamente posseduto tutte le peculiarità enunciate. Ci sembra, dunque, pienamente condivisibile il punto di vista di Ernest Laclau, in merito all’elenco di esperienze e movimenti populistici individuati da

¹⁸ V. *infra*, par. 3.1.

¹⁹ MACRAE D., *Populism as an ideology*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, cit. p. 168.

MacRae: “Il problema di questa caotica enumerazione è che, chiaramente, i movimenti cui si fa allusione non presentano pressoché alcuna delle caratteristiche che MacRae ha in precedenza attribuito al populismo. Se sono considerati movimenti populistici, è perché si ritiene abbiano qualcosa in comune con il populismo classico, ma quanto alla natura di questo qualcosa, non ne veniamo a sapere nulla”²⁰.

A tale metodo di approccio, che potremmo definire meramente descrittivo, sono riconducibili anche altri studiosi che presero parte al simposio londinese, tra cui Peter Wiles, il quale, nel suo saggio “*A Syndrome, not a Doctrine*”, individua ben ventiquattro proprietà del populismo tipico. Nella seconda parte del saggio, tuttavia, lo studioso individua eccezioni altrettanto numerose, sicché, anche in questo caso, sorgono dubbi sulla effettiva possibilità di trovare una corrispondenza tra la definizione e l’esperienza empirica. L’autore, inoltre, fa anch’egli un elenco di esperienze e manifestazioni storiche del populismo, talmente variegato ed eterogeneo da sembrare impossibile non scorgere alcune delle eccezioni da egli stesso individuate, e quindi difficile non dubitare della effettiva possibilità di far aderire la definizione alla storia: “queste persone e questi movimenti, quindi, sono populistici e hanno molto in comune: i *levellers*; i *diggers*; i seguaci del cartismo; i *narodniki*; i populistici statunitensi; i rivoluzionari socialisti; Gandhi; Sinn Féin; la Iron Guard; il Credito sociale ad Alberta; Càrdenas; Haha de la Torre; i CCF di Saskatchewan; Poujade; Belaùnde; Neyerere”²¹.

Lo stesso Isaiah Berlin adottò un approccio di questo tipo, individuando sei caratteristiche fondamentali del populismo, salvo, poi, paventare egli stesso il rischio del “complesso di Cenerentola”, generato dallo stato di frustrazione in cui si ritrova lo studioso a causa della difficoltà di far combaciare il dato empirico con gli assunti delle descrizioni idealtipiche. Sembra, quindi, necessario abbandonare la rigidità di un approccio meramente descrittivo, e che un certo coefficiente di vaghezza sia connaturato al concetto di populismo, in forza della trasversalità del fenomeno e della eterogeneità delle esperienze attraversate.

In uno studio più recente²², Noam Gidron e Bart Bonikowski cercano di fare chiarezza e di classificare, pur senza cadere in semplificazioni, le principali tesi e metodi di studio con cui, nel cinquantennio successivo al convegno londinese, si è affrontato il problema della definizione del

²⁰ LACLAU E., *La ragione populista*, Laterza, Bari, p. 10.

²¹ WILES P., *A Syndrome, not a Doctrine: Some Elementary Theses on Populism*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, cit. p. 163.

²² GIDRON N., BONIKOWSKI B., *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda*, in *Working Paper Series, Weatherhead Center for International Affairs*, n. 13-0004, 2013.

populismo. Gli autori individuano tre prospettive fondamentali di approccio alla questione: il populismo come ideologia politica, il populismo come stile discorsivo, ed il populismo come strategia politica. Sembra utile partire da tale classificazione, al fine di ripercorrere le principali teorie formulate sul punto.

3.1. Il populismo come ideologia politica.

La definizione del populismo come ideologia politica viene fatta risalire tradizionalmente agli studi condotti da Cas Mudde sui partiti della destra europea. Scrive l'autore: "(...) il populismo è una ideologia sottile e focalizzata (*thin-centered*) che in definitiva considera la società essere separata in due gruppi antagonisti e omogenei, 'il puro popolo' contro 'l'élite corrotta' e che sostiene che la politica dovrebbe essere espressione della volontà generale del popolo"²³.

In realtà, l'inquadramento del fenomeno nel concetto di ideologia politica risulta essere molto più risalente. Già prima del convegno londinese, a metà degli anni Cinquanta, il sociologo Edward Shils definiva il populismo come una ideologia che "proclama che la volontà del popolo in quanto tale detiene una supremazia su ogni altra norma e identifica la volontà del popolo con la giustizia e la moralità"²⁴.

A tale filone di pensiero è riconducibile anche uno studioso nostrano, Ludovico Incisa di Camerana, il quale negli anni '70, pur riconoscendo che al fenomeno non appartiene l'elaborazione teorica e sistematica propria dell'ideologia, parla di formule politiche populiste "per le quali fonte precipua d'ispirazione e termine costante di riferimento è il popolo considerato come aggregato sociale omogeneo e come depositario esclusivo di valori positivi, specifici e permanenti"²⁵; un popolo, aggiunge l'autore, che dai populistici non viene razionalizzato e fatto oggetto di conoscenza critica, bensì "intuito o apoditticamente postulato" come entità omogenea, mai attraversata da tensioni interne, di cui ci si *sente* parte a prescindere dal ruolo socio-professionale e dalla propria collocazione nella gerarchia sociale.

²³ MUDDE C., *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, Vol 39 (4), London, 2004, p 543; IDEM, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 23.

²⁴ SHILS E., *The Torment of Secrecy. The Background and the Consequences of American Security Policies*, Free Press, Glencoe, 1956, p.98.

²⁵ INCISA DI CAMERANA L., Voce *Populismo*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N. e PASQUINO G. (diretto da), *Dizionario di politica*, III ed., Torino, 2004, pp. 823.

È bene precisare che Cas Mudde utilizza il termine ideologia non nel significato di coerente elaborazione teorico-programmatica di un determinato partito politico, assimilabile alle tradizionali ideologie novecentesche; né in quello di ideologia generale, intesa da Karl Mannheim come *Weltanschauung* storicamente condizionata di un determinato gruppo sociale²⁶; né, tantomeno, nel significato marxiano di falsa coscienza che legittima le istituzioni sociali della classe egemone, attribuendovi funzioni di interesse generale a copertura degli interessi particolari realmente perseguiti²⁷.

L'autore si rifà al concetto di "*thin-centered ideology*", elaborato dal teorico inglese Michael Freedon in relazione al nazionalismo, al femminismo e all'ecologismo²⁸. Il populismo, inteso come ideologia sottile, consisterebbe, dunque, in un insieme di idee (*bundle of ideas*), concetti, chiavi interpretative vagamente correlati tra loro, privo di coerente elaborazione sistematica, che, grazie proprio a tale vaghezza e amorfa fisionomia, riuscirebbe a combinarsi con altre visioni del mondo e della società, e dunque alle ideologie in senso proprio, *thick-centered*, ovvero fondate su di un sistema teorico-programmatico solido e coerente, quali il fascismo, il socialismo e il liberalismo. Scrive l'autore: "Sebbene il populismo sia un'ideologia distinta, non possiede 'lo stesso livello di raffinatezza e coerenza intellettuale' come, ad esempio, il socialismo o il liberalismo. Il populismo è solo una 'ideologia sottile e focalizzata', che mostra 'un nucleo ristretto collegato ad una gamma più ridotta di concetti politici'. Il concetto centrale del populismo è ovviamente 'il popolo'; in un certo senso, anche il concetto di 'élite' trae la sua identità da esso (essendo il suo opposto, la sua nemesis). In quanto ideologia sottile, il populismo può essere facilmente combinato con altre ideologie molto diverse (sottili e piene), tra cui comunismo, ecologismo, nazionalismo o socialismo"²⁹.

Un'ideologia definita, quindi, sottile nel senso di incompleta ed amorfa, perché incapace di dare risposta a tutte le principali questioni socio-politiche e che, per fornire tali risposte, necessita di combinarsi con le ideologie in senso stretto, quelle dal solido impianto teorico: "quali caratteristiche

²⁶ MANNHEIM K., *Ideologia e Utopia*, Il Mulino, Bologna, 1999.

²⁷ MARX K., ENGELS F., *L'ideologia tedesca*, Bompiani, Milano, 2011.

²⁸ FREEDEN M., *Ideology: A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2003; IDEM, *Is Nationalism a Distinct Ideology*, in *Political studies*, XLVI, 1998, pp. 748-765.

²⁹ MUDDE C., *The Populist Zeitgeist*, cit., p 544.

ideologiche si attaccano al populismo dipende dal contesto socio-politico all'interno del quale gli attori si mobilitano"³⁰.

Nucleo centrale di tale ideologia sottile è la contrapposizione "popolo puro" vs "élites corrotte", due entità intese come gruppi sociali internamente omogenei e tra di loro insanabilmente ostili. Il tratto essenziale dell'ideologia populista è dato, dunque, dall'analisi ed interpretazione di qualsiasi questione socio-politica dall'angolo prospettico di tale concezione manichea dei rapporti di forza, che vede contrapposti senza possibilità di conciliazione popolo ed *élites*, due entità astratte, mai definite in concreto, tanto ricorrenti nei discorsi e nelle narrazioni populiste, quanto mai analizzate nella loro precisa morfologia. E in tale contrapposizione ovviamente il protagonista è il popolo, di cui si esaltano le virtù di onestà, fratellanza e laboriosità, e la cui volontà generale è intesa come massima espressione di giustizia e moralità, volendo, perciò, farla assurgere a legge (tali aspetti saranno cruciali nell'analisi delle ripercussioni del populismo politico sul sistema giuridico).

Opposti del populismo così inteso, sempre sul piano delle ideologie sottili, sono l'elitismo ed il pluralismo: "L'elitismo è l'immagine speculare del populismo: condivide la sua visione manichea del mondo, ma vuole che la politica sia un'espressione delle opinioni dell'élite morale, invece che del popolo amorale. Il pluralismo, dall'altra parte, rifiuta l'omogeneità sia del populismo che dell'elitismo, concependo la società come un insieme eterogeneo di gruppi e individui con visioni e desideri spesso fondamentalmente diversi"³¹.

Il merito di tale metodo di analisi è, dunque, quello di aver posto l'accento su tale caratteristica essenziale del populismo, ovvero la contrapposizione popolo vs *élite*, in effetti unico tratto distintivo di un fenomeno per altri versi indefinito e camaleontico. Il conflitto tra due entità razionalmente ignorate e meramente intuitive, come sosteneva Incisa di Camerana, costituisce l'unica idea dell'ideologia populista. Ulteriori sfumature di tale idea si ottengono, poi, andando a specificare e distinguere le singole tipologie di *élites* contro le quali si rivolge l'invettiva del popolo (popolo che, invece, non viene mai sezionato e distinto in classi al suo interno): *élites* politiche, finanziarie, scientifiche, intellettuali.

Sebbene dell'ideologia classicamente intesa il populismo non abbia la robustezza teorica, tuttavia condivide con essa un tratto tipico, ossia uno stile discorsivo volto all'esclusione e alla svalutazione dell'"altro", di coloro che non vi aderiscono, per scelta o perché impossibilitati dal

³⁰ MUDDE C., KALTWASSER C. R., *Populism in Europe and the Americas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 2.

³¹ MUDDE C., *The Populist Zeitgeist*, cit., p 544.

ruolo socio-economico ricoperto. Come evidenziato dal linguista Teun Van Dijk³², infatti, l'ideologia si esprime sempre in una precisa strategia retorica "diretta alla svalutazione degli altri, in quanto dimensione del 'loro' e a una valorizzazione di tutto ciò che ha a che fare con il noi"³³. A differenza delle ideologie tradizionali, si potrebbe aggiungere, nell'ideologia populista l'aspetto discorsivo-formale non è altro che la manifestazione linguistica dell'unico contenuto: l'ideologia populista, di per sé, considerata autonomamente e a prescindere da eventuali combinazioni con altri sistemi di pensiero, non possiede altri contenuti che quello del conflitto tra due soggetti sociali, tra l'altro dati vagamente per presupposti.

A tale orientamento vengono opposte due obiezioni, di metodo e di merito. Per quanto concerne quest'ultima, si afferma che il populismo non abbia le caratteristiche dell'ideologia, né nel senso tradizionale, né nel significato di *thin-centered ideology* individuato da Michael Freeden. Si sostiene, difatti, che il populismo manchi anche di quei tratti teorici minimi che connotano le cc.dd. ideologie sottili analizzate da Freeden, quali il nazionalismo, il femminismo e l'ecologismo. L'impianto teorico di queste forme di pensiero, seppur sottile e incapace, a differenza delle ideologie novecentesche, di rispondere a tutte le principali questioni-sociopolitiche, tuttavia le munisce di una precisa fisionomia, attribuisce loro una posizione determinata all'interno della dialettica tra le varie idee e posizioni di interesse, determinandone quindi l'incompatibilità con altre ideologie o schemi ideologici: difficilmente il nazionalismo potrebbe sposarsi con un'ideologia progressista tesa al multiculturalismo ed alla inclusione sociale, o il femminismo potrebbe conciliarsi con ideologie caratterizzate da una visione della società conservatrice, volta allo svilimento del ruolo sociale della donna.

Il populismo manca, dunque, anche di una minima consistenza teorica che possa determinarne l'incompatibilità con altri schemi ideologici. Il contenuto unico ed essenziale del populismo è la contrapposizione "noi popolo puro" contro "loro élites corrotte", visione dicotomica di ogni problema economico, sociale o politico, cui di regola si risponde mediante la retorica semplificante della esaltazione delle virtù e del buon senso del popolo.

Unico schema di pensiero incompatibile con il populismo, pertanto, è il suo opposto, l'elitismo. Per il resto, storicamente il populismo non ha mai smentito la sua natura camaleontica, combinandosi, a seconda delle contingenze e dell'opportunità politica del momento, con ideologie e schemi di pensiero spesso inconciliabili tra di loro, al solo fine di alimentare la contrapposizione tra

³² TEUN A. VAN DIJK, *Ideologie. Discorso e costruzione sociale del pregiudizio*, Carocci, Roma, 2004.

³³ ANSELMINI M., *Populismo e Populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMINI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 7.

il “noi” e l’“altro”, decisivo strumento di consenso politico per il *leader* populista. Basti pensare al trasformismo politico della esperienza populista italiana più compiuta, ovvero il Movimento cinque stelle, attraversato al suo interno da correnti conservatrici e progressiste, e che, al riparo della copertura post-ideologica, ha aperto ad alleanze con partiti di destra e di sinistra a seconda delle convenienze politiche. Il populismo, dunque, non può essere definito come ideologia perché “il rapporto tra populismo e ideologia, sarebbe meglio dire ideologie, è di mera strumentalità: il primo usa con disincanto le seconde sulla base di una valutazione contestuale e realistica”³⁴.

Per quanto concerne il metodo di analisi, invece, si obietta a tale orientamento che la definizione del populismo in termini di ideologia focalizza l’attenzione sulla ricerca della identità dei partiti politici, al fine di qualificarli definitivamente come populisti o meno. Lo studio dei sostenitori di tale approccio viene per lo più incentrato sui programmi e sulla letteratura di partito e, dunque, sui manifesti pubblici, le pubblicazioni interne e le dichiarazioni programmatiche degli attori politici, al fine di classificarli come populisti o non populisti³⁵. La rigidità concettuale di tale approccio si riflette in termini di scarsa flessibilità nell’analisi del fenomeno, non riuscendo a cogliere le diverse gradazioni e sfumature populiste che possono caratterizzare qualsiasi partito, a prescindere dalla sua definitiva collocazione nell’area dei partiti populisti. “ (...) L’uso del termine ‘populista’ dovrebbe essere inteso non nel senso che i soggetti ad esso riconducibili *erano* populisti, nel modo in cui erano unionisti o socialisti, liberal-democratici o repubblicani conservatori, ma piuttosto nel senso che tutte queste persone utilizzavano il populismo come modo flessibile di persuasione per ridefinire le persone e i loro avversari. E dire modo di persuasione significa anche modo di identificazione, perché non si è più ‘la stessa persona’ dopo essere stati persuasi da una certa proposizione”³⁶. Tale ultima affermazione apre la strada al diverso orientamento che definisce il populismo in termini di stile discorsivo.

3. 2. Il populismo come discorso politico.

Il filone di studi che approccia al populismo in termini di stile del discorso politico prende le mosse sia dalle suddette obiezioni ai precedenti metodi di analisi, ovvero la scarsa utilità euristica di

³⁴ *Ivi*, p. 9.

³⁵ GIDRON N, BONIKOWSKI B., *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda*, cit., p. 7.

³⁶ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the mirror of democracy*, cit., p.8.

un approccio meramente descrittivo, e la irriducibilità del fenomeno al concetto di ideologia, per quanto sottile si voglia intendere quest'ultima; sia dal desiderio di emancipare l'analisi scientifica da qualsiasi forma di pregiudizio e condanna morale verso l'oggetto di studio. Si evidenzia come tale pregiudizio negativo, diffuso tra gli studiosi³⁷, si ponga inevitabilmente come ostacolo a qualsiasi analisi che voglia dirsi scientifica, e quindi obiettiva, ricordando la lezione di Max Weber sull'avalutatività della scienza (*Wertfreiheit*): “la politica non conviene all'insegnante, soprattutto quando egli si occupa di politica da un punto di vista scientifico, e in tal caso più che mai, poiché la presa di posizione politica e l'analisi scientifica sono due cose diverse”³⁸.

È possibile registrare una prima apertura verso un approccio di questo tipo già all'interno dell'ormai celebre convegno “*To define populism*”. A conclusione di tale incontro, Peter Worsley, nel saggio *The Concept of populism*, scrive: “(...) il populismo è messo a fuoco assai meglio quando è inteso come un'enfasi, o come una dimensione della cultura politica in generale, e non come un sistema meramente ideologico o come un tipo di organizzazione ben precisa”³⁹.

Viene fornito, quindi, sebbene *in nuce* e senza l'articolazione teorica elaborata in seguito da Laclau, un concetto più flessibile di populismo, inteso in termini di “enfasi” o “dimensione della cultura politica in generale”, che non si identifica con un'ideologia o un soggetto politico in particolare, ma le cui tracce è possibile scorgere in varia misura in qualsiasi ideologia e in qualsiasi soggetto. In questi termini, e alla luce degli approfondimenti teorici di tale filone di studi, risulta forse meno sorprendente che di populismo si parli da più di un secolo, e che studiosi italiani come Ludovico Incisa di Camerana e Nicola Matteucci ne discutessero molto prima dell'affermarsi delle attuali formazioni populiste - immediatamente riconoscibili nella loro connotazione demagogica e anti-*establishment*-, quando in Italia il sistema partitico era perfettamente sano e vitale: tracce dello stile populista, nei termini di cui si dirà a breve, sono riscontrabili anche nella Democrazia Cristiana o nel Partito Comunista.

Altro merito che viene riconosciuto a Worsley dai sostenitori di tale filone di studi è quello di aver tentato di emendare l'analisi scientifica dai giudizi di disvalore, riconoscendo al populismo il ruolo svolto in diverse aree geografiche nell'apertura dello spazio politico alla partecipazione

³⁷ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 20: “Vorrei anche sottolineare che questa marginalizzazione è stata possibile solo perché, fin dall'inizio, ogni analisi dei movimenti populistici è stata infiltrata da pesanti elementi di condanna morale. Il populismo non è stato soltanto degradato: è stato proprio denigrato”.

³⁸ WEBER M., *La scienza come professione*, Einaudi, Torino, 2004, p. 29.

³⁹ WORSLEY P., *The Concept of Populism*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, cit. p. 245.

popolare: “Sarebbe auspicabile (...) alterare parte della definizione del populismo fornita da Shils così da includere e distinguere - senza eliminare le forme di pseudo-partecipazione (demagogia, “governo dell’immagine”, ecc...) - forme genuine ed effettive di partecipazione popolare. Il populismo non sembra indicare solo il rapporto diretto che si stabilisce tra il popolo e la *leadership* (che in tutte le società grandi e complesse è dominato inevitabilmente dalla mistificazione e dal simbolismo), ma anche una generale partecipazione popolare (incluse le forme di pseudo-partecipazione)”⁴⁰.

Venendo agli studi più recenti, il metodo di analisi di cui si discute concepisce il populismo come discorso antagonista, il quale, proprio mediante l’individuazione di un nemico e la creazione di una frontiera interna tra “il popolo” e “l’altro”, permette la costituzione del popolo come soggetto politico. Afferma Francisco Panizza: “Questo approccio interpreta il populismo come un discorso anti-*status quo* che semplifica lo spazio politico dividendo simbolicamente la società tra “il popolo” (inteso come i “perdenti”) e il suo “altro”. Inutile dire che l’identità di entrambi, “il popolo” e “l’altro”, sono costrutti politici, simbolicamente costituiti attraverso la relazione di antagonismo, piuttosto che categorie sociologiche. L’antagonismo è, quindi, un modo di identificazione in cui la relazione tra la sua forma (il popolo come significante) e il suo contenuto (il popolo come significato) è data dal processo stesso di nominazione - che consiste nello stabilire chi sono i nemici del popolo (e quindi cos’è il popolo stesso)”⁴¹. Tale affermazione attinge a piene mani al pensiero di Ernest Laclau, sembra quindi necessario ripercorrerne gli snodi fondamentali, ai fini di una migliore comprensione del concetto di relazione discorsiva e discorso antagonista.

È bene partire dalla premessa che per l’autore il termine “discorso” fa riferimento non solo al linguaggio, a qualcosa di limitato all’area del parlato e dello scritto, ma ad un complesso di elementi appartenenti alla sfera tanto del simbolico quanto della stessa azione politica, “in cui le *relazioni* giocano un ruolo costitutivo”⁴². Partendo dallo strutturalismo linguistico di Ferdinand de Saussure, secondo il quale la corrispondenza tra il significante (l’espressione linguistica), il referente (l’oggetto reale) e il significato (il concetto) non è un qualcosa di naturale e necessario, ma è il risultato convenzionale delle relazioni tra i vari elementi all’interno di un dato sistema linguistico, Laclau afferma che la corrispondenza tra il “popolo” come significante ed il “popolo”

⁴⁰ *Ivi*, p. 229.

⁴¹ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the mirror of democracy*, cit., p. 3.

⁴² LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 64.

come referente, e dunque come concetto-significato, non è un elemento già dato nella realtà obiettiva, ma è un qualcosa che si costituisce nel gioco delle relazioni con le entità che dal popolo differiscono, e quindi in una dinamica retorico-discorsiva. Assolutamente inutile, nella prospettiva dell'autore, ricercare l'identità, i confini del popolo nella realtà sociale, prescindendo dalla relazione differenziale con "l'altro", con ciò che popolo non è, poiché è proprio tale relazione a permettere la costituzione del popolo come identità soggettiva: in tale prospettiva "Relazione e obiettività diventano sinonimi"⁴³.

A partire da tale premessa, il filosofo descrive il populismo come relazione o discorso antagonista che permette la costituzione dell'identità del popolo in opposizione al suo nemico. Molti sono gli spunti di interesse di tale ragionamento, sebbene non sia pienamente condivisibile, nella prospettiva della nostra indagine sulle relazioni tra populismo politico e populismo penale, l'estremità di alcune conclusioni.

In via di estrema sintesi, la speculazione di Laclau parte dalla individuazione della unità minima della sua analisi nella domanda sociale, ovvero la richiesta che il cittadino rivolge al potere, all'istituzione. Non interessa di che tipo di domanda si tratti, il suo oggetto (lavoro, alloggi, salute, scolarizzazione, acqua ecc...), quanto la risposta negativa o assente che vi oppone l'istituzione, e quindi il mancato soddisfacimento della richiesta. Punto di partenza di ogni fenomeno populista, dunque, è l'esperienza di tale frattura interna alla comunità, la perdita dell'originaria unità tra la collettività e l'istituzione, dovuta all'accumularsi di domande sociali insoddisfatte: "Una prima dimensione della frattura è che, alla sua radice, c'è sempre l'esperienza di una *mancanza*, di un *gap* che emerge nell'armoniosa continuità del sociale. C'è una pienezza della comunità che viene a mancare. E la costruzione del popolo sarà proprio il tentativo di dare un nome a questa pienezza assente. Senza questa frattura nell'ordine sociale - per quanto minima all'inizio - non sarebbe possibile l'antagonismo, o la frontiera o il popolo"⁴⁴ - Laclau, tuttavia, non si preoccupa di dire molto di più sui fattori storici, economici, socio-culturali che determinano il moltiplicarsi delle domande, la reazione negativa o silente del potere, e dunque il crearsi della frattura sociale.

A tal punto, nel modello teorico di Laclau, il destino delle domande sociali insoddisfatte può svilupparsi in due direzioni: o rimanere in una condizione di isolamento, a causa di una propria

⁴³ *Ibidem*; *Ivi*, p. 101: "La mia nozione di 'discorso' - che è assai prossima ai 'giochi linguistici' di Wittgenstein - implica un'articolazione di parole e azioni, cosicché la funzione nodale non è mai un'operazione meramente verbale, ma è anche qualcosa di incorporato nelle pratiche materiali che possono acquisire una stabilità istituzionale (...)"

⁴⁴ *Ivi*, p. 81.

incapacità relazionale o di contingenze socio-politiche esterne - in tal caso, si parlerà di “domande democratiche”; oppure comunicare tra di loro, riconoscersi reciprocamente nel legame negativo della mancata realizzazione, e quindi unirsi in una “relazione di equivalenza” - in tal caso, verrà a configurarsi la “domanda popolare”. È il costituirsi di quest’ultima la prima, fondamentale condizione di emergenza del populismo; l’autore definisce la domanda popolare come la “pluralità di domande che, attraverso la loro articolazione equivalenziale, costituiscono una più ampia soggettività sociale”⁴⁵.

Laclau precisa più volte nella sua opera che le singole domande insoddisfatte, al momento di confluire nella domanda popolare, non perdono il proprio carattere specifico, esse conservano la propria connotazione peculiare che le distingue dalle altre domande irrealizzate. La domanda popolare, dunque, è attraversata da una duplice tensione, sia differenziale, che equivalenziale: la prima è data dalle connotazioni specifiche delle singole istanze, che ne impediscono l’iscrizione in un’unica, omogenea cornice simbolica; la seconda, di conseguenza, è il risultato del mutuo riconoscersi delle richieste nell’unico punto di tangenza possibile, ovvero la mancata realizzazione, e dunque la relazione antagonista con il potere. In tal modo, sembra che Laclau riesca a spiegare brillantemente il carattere di intrinseca vaghezza ed evanescenza che connota il concetto di popolo nell’orizzonte populista: l’evanescenza del popolo del populismo non viene intesa, in accezione negativa, come il risultato della rozzezza dell’elaborazione teorico-ideologica, ma, in via di neutrale constatazione, come la risultante necessaria dello stesso costituirsi del popolo mediante la sola relazione antagonista con il potere. In altri termini, non potendo costituirsi se non attraverso la posizione di una frontiera dicotomica tra il “noi” e l’”altro”, il popolo si mostra necessariamente come un’entità vaga, rarefatta - Laclau parla di *significante vuoto* -, a causa della tensione differenziale che l’attraversa, ovvero della eterogeneità delle istanze che esso incorpora al suo interno: se non vi fossero tale eterogeneità e tale vaghezza, non si avrebbe popolo, ma altri soggetti politici (classe operaia, ceto contadino, corporazioni, sindacati ecc...).

Poste tali due prime condizioni di emergenza del populismo - 1) la posizione di una frontiera interna tra il “noi” ed il potere, a causa del mancato soddisfacimento di una pluralità di domande sociali; 2) la configurazione di una relazione di equivalenza tra le singole domande che si riconoscono nella specificità negativa della loro frustrazione, pur conservando le proprie positive specificità differenziali -, ulteriore passaggio necessario alla nascita del popolo del populismo è la creazione di una identità popolare. I rapporti equivalenziali tra le singole domande insoddisfatte non

⁴⁵ *Ivi*, p. 70

si svilupperebbero oltre il vago sentimento di solidarietà, laddove la pluralità delle domande non si trasformasse in singolarità, e dunque non convergesse in una identità popolare, che non può che essere una identità discorsiva. A tal punto, avremo quella che Laclau definisce operazione egemonica.

La costituzione della identità popolare necessita della condensazione del significato simbolico di universalità, ovvero di rappresentazione della totalità delle istanze, attorno ad un determinato oggetto, che non può che essere, afferma l'autore, una delle domande particolari appartenente alla serie equivalenziale, la quale, per ragioni circostanziali, venga a giocare tale ruolo cruciale.

Nel processo di costituzione del popolo, si assiste, a seguito della divisione dicotomica tra il “noi” e il nemico e alle concomitanti contingenze storico-sociali, ad un moltiplicarsi esponenziale delle domande insoddisfatte, e quindi ad una espansione della catena equivalenziale interna alla domanda popolare. A tal punto, si avrà una *plebs*, fatta dai perdenti, dagli emarginati, che aspira a diventare l'unico *populus* legittimo, e dunque “una parzialità che pretenda di fungere da totalità della comunità (“Tutti i poteri ai Soviet”, o enunciati equivalenti in altre formazioni discorsive, è un esempio perfetto di rivendicazione populista)”⁴⁶. Per far ciò, ovvero per affermarsi come unico *populus* legittimo, la *plebs*, tassello parziale delle totalità collettive, spaccato al suo interno dalle eterogeneità specifiche delle singole istanze, necessita di due operazioni: 1) come già detto, l'esclusione, mediante la posizione di una frontiera interna alla società, del nemico, ovvero dell'“altro”, che pure appartiene alla comunità complessiva, e dunque ne deve essere estromesso per consentire alla *plebs* di assurgere a totalità (vedremo come l'esclusione del reo dal corpo sociale sia elemento centrale nell'analisi del populismo penale); 2) la produzione di un nome, ovvero l'individuazione di una domanda particolare all'interno della catena equivalenziale, che assuma su di sé il significato di simbolo della intera collettività, divenendo, quindi, egemone.

In ciò si sostanzia, dunque, l'operazione egemonica di Laclau: si tratta della individuazione all'interno della domanda popolare, la *plebs*, della singola istanza che possa svolgere, per ragioni circostanziali, la funzione retorico-simbolica di rappresentazione di una universalità che la eccede. La singola domanda conserva la propria specificità differenziale rispetto alle altre istanze, alle quali è legata unicamente dalla relazione negativa della mancata realizzazione, e tuttavia è chiamata a svolgere la funzione di simbolo dell'identità popolare complessiva, la quale ovviamente la eccede come l'universale eccede il particolare, mostrandosi, dunque, come identità irrealizzabile. In altri termini, l'identità popolare che viene rappresentata, quella che Laclau chiama pienezza, è

⁴⁶ Ivi, p. 77.

un'identità impossibile, a causa delle eterogeneità specifiche che pervadono la domanda popolare: o meglio impossibile in termini obiettivi ed assoluti, e possibile solo nella relazione antagonista con il potere. Ecco perché il popolo, ovvero il nome della singola domanda egemonica che ne incarna il significato, è per il filosofo un "significante vuoto": esso non è che il simulacro di una identità irrealizzabile in termini assoluti, e ammissibile solo nella relazione antagonista. Il popolo, afferma l'autore, è un significativo vuoto come lo stesso concetto di giustizia: "Sarebbe una perdita di tempo provare a dare una definizione positiva di "ordine" o di "giustizia", provare cioè ad attribuire a tali parole dei precisi contenuti concettuali, per quanto minimi. Il ruolo semantico di questi termini non è quello di esprimere un contenuto positivo, ma quello di fungere da nomi di una pienezza che è costitutivamente assente. È perché non esiste situazione umana in cui non ci sia qualcosa di ingiusto che un termine come 'giustizia' è per noi dotato di senso"⁴⁷. Il popolo viene inteso, alla stregua della giustizia, come "pienezza costitutivamente assente".

L'operazione egemonica, dunque, viene a coincidere con il processo di nomina, in forza del quale il nome della singola domanda egemonica viene ad incorporare la pienezza impossibile del *populus*. "L'unità dell'oggetto è un effetto retroattivo della sua nomina"⁴⁸, sicché l'affermarsi della formazione populista dipenderà interamente dalla "produttività sociale" di tale nome, ovvero dalla sua capacità di rappresentazione discorsiva della pluralità di istanze eterogenee.

Alla base di tale processo di affermazione del discorso populista, infine, l'autore individua una componente emotiva, che egli definisce "investimento affettivo radicale". Partendo dalla premessa per cui "le categorie psicoanalitiche non sono regionali, ma appartengono al campo di quella che potrebbe essere definita un'ontologia generale"⁴⁹, Laclau equipara la pienezza originaria della collettività, antecedente al prodursi della frattura sociale, alla diade primordiale madre/figlio "che si suppone contenga tutte le cose e ogni felicità e cui il soggetto si sforza di far ritorno durante il corso della vita"⁵⁰. Come la primordiale unità madre/figlio, così l'originaria pienezza della comunità, ovvero la sua unione armoniosa precedente alla separazione dal potere, è una condizione irrealizzabile, a cui la collettività, nonostante tutto, aspira. L'individuo soddisfa la propria pulsione mediante la sublimazione, ovvero "la elevazione di un oggetto ordinario alla dignità della Cosa"⁵¹;

⁴⁷ *Ivi*, p. 91.

⁴⁸ *Ivi*, p. 102.

⁴⁹ *Ivi*, p. 108.

⁵⁰ *Ivi*, p. 106.

⁵¹ *Ivi*, p. 107.

ugualmente la collettività soddisfa il proprio desiderio di unità e di pienezza, mediante l'operazione egemonica, che altro non è che l'investimento affettivo in un oggetto parziale, la singola domanda sociale elevata a dignità universale; sicché la logica lacaniana della sublimazione e "la logica egemonica non sono soltanto simili: sono identiche"⁵². In tali termini, Laclau rende conto anche della componente emotiva che pervade l'esperienza populista, solitamente condannata dagli studiosi come fonte di soluzioni irrazionali e di semplificazione di problematiche complesse.

Questi, dunque, gli snodi fondamentali del pensiero di Laclau sui modi di operare del discorso populista. Ci è sembrato utile soffermarci su tali ragionamenti, in quanto, a nostro parere, forieri di spunti di rilievo e di categorie concettuali che serviranno ad analizzare anche alcune dinamiche del populismo penale, quali: la relazione antagonista tra il "noi" e l'"altro", che nella prospettiva del populismo penale non è il potere, ma il delinquente; il modo di costituirsi dell'identità e dell'etica pubblica, mediante la stigmatizzazione e l'esclusione del reo, e quindi attraverso l'applicazione della pena; l'investimento emotivo che da sempre la collettività rivolge all'esercizio del potere punitivo, e che, in tal modo, rende il diritto penale - *rectius* la legislazione penale - il diritto populista per eccellenza⁵³ - affermazione provocatoria con cui vuole intendersi il suo carattere di settore dell'ordinamento giuridico maggiormente esposto alle dinamiche populiste.

Sembra interessante, altresì, ai fini della nostra indagine sul populismo penale, evidenziare come il ruolo costitutivo del populismo inteso come discorso antagonista - ossia il ruolo giocato dal populismo nella costituzione dell'identità popolare mediante la produzione discorsiva del nemico - spesso fuoriesca da logiche meramente politiche, per sfociare in pratiche e linguaggi più vicini alla

⁵² Ivi, pp. 109-110.

⁵³ FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 102; ove l'Autore accenna alla possibilità di qualificare il diritto penale come "diritto intrinsecamente populistico", con le seguenti parole: "La sollecitazione a porre la domanda circa un possibile carattere intrinsecamente 'populistico' del diritto penale scaturisce, invero, dalla presa d'atto che la materia dei delitti e delle pene intrattiene – pressoché da sempre – rapporti di strettissima vicinanza o contiguità, sino a farsene in qualche modo specchio, con la dimensione comunitaria e con il profilo identitario propri di una determinata popolazione in un determinato momento storico"; similmente PULITANÒ D., *Populismi e Penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 125, ove l'Autore afferma: "Le politiche del diritto penale sono un potente strumento di autorappresentazione politica. La legislazione penale ben si presta a mettere in scena risposte rassicuranti ad emozioni e paure, alla paura del crimine, a bisogni di sicurezza e di pena (o di vendetta?)"; BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, in www.iris.unitn.it, Trento, 2018, p. 164: "Una natura congenitamente populistica del diritto penale, dunque, appare meritevole di essere a) *riconosciuta*; b) *tematizzata*; c) *non aprioristicamente censurata* (potendo non foss'altro esibire una hegeliana «razionalità del reale»; d) *criticata* negli, non infrequenti comunque, aspetti deterriori (quando la «riva» populistica del diritto penale diventa «de-riva», perché commissioni parlamentari istruite alla scuola dei principi costituzionali, giudici illuminati, accademici dialoganti con la società e non solo fra pari in Convegni specialistici, non sono più in grado di porvi freno)".

dimensione bellica, ove l'“altro”, individuato in un soggetto che minaccia l'esistenza stessa della collettività con la violenza delle armi, è *il* nemico, non solo in senso politico.

Si ricorda, sotto tale profilo, l'esempio riportato da Francisco Panizza sull'attacco terroristico al World Trade Center dell'11 Settembre. Un attacco di tale portata è già di per sé un evento che provoca una frattura, la posizione di una frontiera netta contro il nemico, aprendo la strada alla costituzione di una identità popolare in opposizione ad esso, e come conseguenza della sua nomina. Panizza, tuttavia, sottolinea come l'evento materiale dell'attacco alle torri gemelle da solo non sarebbe stato sufficiente alla creazione del nemico, e quindi del “popolo” di riflesso, se non fosse stato inserito dal presidente statunitense in un discorso tipicamente populista - nel senso di Laclau -, finalizzato alla demonizzazione del gruppo terroristico e del suo leader, Bin Laden, e alla indicazione come nemico del popolo statunitense di chiunque non avesse aderito alle politiche antiterroristiche. “Non sono stati gli aerei che si sono schiantati contro il World Trade Center, ma il famoso ‘O sei con noi o con i terroristi’ del presidente Bush, che ha cristallizzato questo antagonismo. Nella sua dicotomizzazione dello spazio politico Bush ha cancellato tutte le differenze interne tra il popolo statunitense e le ha costituite in un ‘Noi’ collettivo contro un ‘Altro terrorista’”⁵⁴.

Rimanendo in ambito terroristico o lato sensu bellico, sembrano interessanti anche gli studi condotti da Glenn Bowman sul ruolo giocato da quella che egli chiama la “violenza costitutiva” nella nascita dell'“immaginario nazionalista” palestinese e delle repubbliche sortite dalla dissoluzione della Jugoslavia. L'autore evidenzia come la minaccia esterna e la violenza del nemico giochino un ruolo fondamentale nella nascita del nazionalismo, e dell'identità nazionale a questo sottesa⁵⁵.

In casi come quelli esemplificati, maggiore è la minaccia esterna, più cruenti gli attacchi alla comunità, e più saldo sarà il vincolo che andrà a costituirsi tra i membri della stessa, i quali, seppur distanti per idee e posizione sociale, andranno a riconoscersi in un'unica, eterogenea identità popolare: il popolo costitutivamente assente di Laclau.

⁵⁴ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, cit., p. 6.

⁵⁵ BOWMAN G., *Constitutive Violence and the Nationalist Imaginary: The Making of “the People” in Palestine and “Former Yugoslavia”*, in PANIZZA F. (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, cit., p. 120: “Al cuore di questo capitolo, ad ogni modo, vi è la questione di ciò che io definisco ‘violenza costitutiva’ e del ruolo che essa gioca nella formazione dell'identità. Questo contributo, osservando l'emersione dell'immaginario nazionalista presso i Palestinesi, come presso i Serbi, i Croati e gli Sloveni, giungerà alla conclusione che la violenza non è semplicemente lo strumento che i nazionalisti utilizzano per perseguire i propri fini, ma essa gioca un ruolo costitutivo nella formazione di tutti i nazionalismi”.

Tuttavia, come affermato da Panizza, gli eventi materiali in sé sarebbero insufficienti alla costituzione del popolo, se non inseriti in una più ampia cornice politica, caratterizzata da pratiche e discorsi volti alla esaltazione del conflitto, della relazione antagonista, indispensabile nel suo ruolo costitutivo. Si tratta di una dinamica politica innescata quasi sempre dagli attacchi terroristici, la quale ha avuto inevitabilmente ripercussioni anche sulla legislazione penale: in tali casi, il ricorso al potere punitivo è lo strumento privilegiato dal legislatore populista, in quanto quello più violento, più simile alle armi utilizzate dal nemico, secondo una visione distorta del diritto penale come “diritto di guerra in tempo di pace” - si vedrà più avanti con quali ripercussione in termini di anticipazione della soglia di tutela penale, e quindi di allontanamento dal modello garantistico del diritto penale del fatto, con conseguente deriva verso figure sintomatiche di un diritto penale d'autore.

Ma, a ben vedere, le connessioni tra il discorso populista generato dal terrorismo e il populismo penale non si limitano alla legislazione anti-terroristica, e quindi all'introduzione di nuove figure di reato, essendo possibile rinvenire una sorta di analogia nelle rispettive dinamiche di funzionamento: come la violenza del terrorista o del nemico oppressore gioca un ruolo fondamentale nella costituzione dell'identità popolare, laddove inserita in una dimensione di pratiche e linguaggi populistici, nel senso di antagonisti, sicché si parla di violenza costitutiva; analogamente si può affermare che il reato, quale fatto offensivo di beni giuridici di primaria rilevanza, genera allarme sociale, produce nella popolazione sentimenti di indignazione, rabbia e desiderio punitivo, i quali giocano un ruolo essenziale nella produzione di due effetti speculari: 1) la costruzione del senso di appartenenza del singolo alla comunità dei cittadini onesti, e quindi ad un'identità popolare per altri versi evanescente; 2) l'espulsione del reo dalla cittadinanza, la sua nomina come nemico del consorzio civile, che di riflesso consente la costituzione stessa di un'identità popolare altrimenti poco consistente. Sicché sembra lecito parlare di “*effetto costitutivo o identitario del reato*”, intendendosi con ciò indicare la capacità del fatto criminoso di produrre una frattura sociale tra il “noi onesti” ed l’“altro criminale”, in guisa tale da produrre una appartenenza ed un'identità della cittadinanza, che l'ordinamento e la società stentano a ricavare al di fuori del diritto penale. Ovviamente, maggiore sarà la gravità del reato, soprattutto nelle sue manifestazioni immediatamente percepibili come violente, e maggiori saranno il sentimento popolare di indignazione, la compattezza del “popolo” nella pretesa di una pena esemplare, e dunque l'assimilazione del reo al nemico. Tuttavia, come affermato in relazione al terrorismo, il reato, anche il più grave e violento, non potrebbe svolgere tale ruolo costitutivo, se non inserito in una più ampia cornice politica, ove il discorso populista utilizza il fatto criminoso per la

dicotomizzazione dello spazio sociale. Tali aspetti saranno oggetto di approfondimento più avanti in questo lavoro.

Il modello teorico di Laclau, quindi, sembra, per certi versi, superare il “complesso di Cenerentola”, e dunque “calzare” alla realtà empirica, riuscendo a fornire la spiegazione delle dinamiche di emergenza di diverse esperienze in varia misura riconducibili al populismo: interessanti le applicazioni di tale modello alla esperienze populiste dell’America Latina ripercorse da Francisco Panizza, il quale nel suo studio già citato adopera il dispositivo teorico di Laclau per analizzare diversi movimenti politici, dal peronismo all’ascesa del Presidente ecuadoriano Velasco Ibarra, a quella del presidente uruguayano Pacheco Areco, ed altri⁵⁶.

Il modello si presta alla spiegazione anche dell’ascesa della destra in Europa e del fenomeno del passaggio di voti dai partiti di sinistra a quelli di destra - fenomeno che ha determinato l’affermazione del *Front National* in Francia e, in una certa misura, anche della Lega in Italia. Come lo stesso Laclau evidenzia, dopo la caduta del muro di Berlino e dell’URSS, l’investimento affettivo e quindi l’operazione egemonica hanno subito uno spostamento del proprio oggetto: i significanti della sinistra hanno perso la propria “produttività sociale”, ovvero la capacità di rappresentare la frontiera antagonista con l’istituzione e la eterogeneità delle istanze sociali unificate nella domanda popolare, sicché hanno lasciato lo spazio all’ascesa dei nuovi significanti di destra, protagonisti di una nuova operazione egemonica. Nel modello di Laclau, com’è evidente, ciò che conta non è il contenuto ideologico della singola istanza che si fa egemone, ma solo la frontiera dicotomica tra il popolo e l’istituzione, e quindi il desiderio di antagonismo che anima la domanda popolare: esaurita la capacità della sinistra di farsi portavoce di tale antagonismo, il suo posto è stato occupato dalla destra, a nulla rilevando la distanza antitetica delle posizioni ideologiche. “Il bisogno ontologico di esprimere la divisione sociale è stato più forte dell’attaccamento ontico alla discorsività della sinistra, che, in ogni caso, non ha nemmeno tentato di proseguire su quella strada”⁵⁷. Una tale spiegazione sembra attagliarsi bene anche all’ascesa della Lega in Italia, dove, in nome di tale bisogno di antagonismo verso l’istituzione o un nemico variamente denominato (Governo, Unione Europea, immigrati), si è assistito non solo al passaggio di voti dai partiti di sinistra nelle cc.dd regioni rosse, ma anche alla apparentemente paradossale affermazione nelle regioni del Sud di un partito nato dall’antagonismo nei confronti del meridione.

⁵⁶ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, cit., *passim*.

⁵⁷ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 83.

Alla teoria di Laclau si obiettano solitamente la sua eccessiva astrattezza⁵⁸, e quindi la perdita dei confini e della fisionomia concreta del fenomeno populista: in sostanza nel modello del filosofo, il populismo viene a coincidere con qualsiasi forma di discorso dualista, potendosi quindi parlare di populismo in relazione ad ogni evento storico in cui un leader o un movimento siano riusciti a costituire l'identità di un popolo in opposizione ad uno o più nemici. Lo stesso Laclau porta come esempio di populismo le esperienze politiche più diverse e lontane dal punto di vista ideologico e cronologico: dal cartismo alla rivoluzione bolscevica, a *Solidarność*, fino ad arrivare a Mao Tse Tung, al *Front National*, a Nelson Mandela ed altri. Ciò, in effetti, risulta coerente con le premesse teoriche del suo modello, secondo cui con il termine populismo “non ci riferiamo a un *tipo* di movimento - identificabile magari con una certa base sociale o un certo particolare orientamento ideologico -, ma ci riferiamo a una *logica politica*”, ovvero la logica dell'antagonismo costitutivo, la quale può configurarsi “qualunque sia il contenuto ideologico o sociale del movimento politico in esame”⁵⁹. Tuttavia, l'eccessiva ampiezza di tale definizione viene ritenuta da altra parte degli studiosi⁶⁰ un ostacolo ad un'analisi circoscritta delle principali manifestazioni del populismo, soprattutto contemporaneo.

Altro punto debole del pensiero di Laclau sembra essere lo scarso approfondimento delle caratteristiche della *leadership* populista e del particolare rapporto che viene a instaurarsi tra il *leader* e la base elettorale. Per l'autore l'affermazione del *leader* carismatico altro non è che la conseguenza necessaria del processo di nominazione, in cui il nome della singola istanza sociale (e quindi il nome del *leader*) diviene “fondamento della cosa”, ovvero produce l'effetto retroattivo dell'unità di un popolo, inesistente prima della nominazione della domanda egemone: “(...) senza quasi accorgersene, la logica equivalenziale conduce alla singolarità, e la singolarità alla identificazione dell'unità del gruppo col nome del capo”⁶¹. L'aspetto della *leadership* populista e

⁵⁸ MUDDE C., KALTWASSER C. R., *Populism in Europe and the Americas*, cit., p. 7: “La teoria di Laclau sul populismo è, da un lato, estremamente astratta, e, dall'altro lato, propone un concetto di populismo che diventa così vago e malleabile, da perdere gran parte della sua utilità analitica”; WEYLAND P., *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin America Politics*, in *Comparative Politics*, Vol. 34 n. 1, 2001, New York, p. 12: “(...) lo stile politico è un concetto ampio, non chiaramente delimitato. Molti *leader* che la maggior parte degli studiosi non classificherebbe come populistici, come il brasiliano Sarney, adottano occasionalmente uno stile populista, specialmente nelle campagne elettorali. Definire il populismo come uno stile politico getta, quindi, una rete troppo ampia e ostacola la chiara delimitazione dei casi”.

⁵⁹ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 111.

⁶⁰ V. nota 53.

⁶¹ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 95.

delle modalità di azione del capo viene, invece, approfondito dal filone di studi che intende il populismo in termini di strategia politica.

3.3 Il populismo come strategia politica.

Al contrario di quanto sostenuto da Laclau e dai fautori della precedente tesi, per i quali la presenza dell'uomo solo al comando è la risultante necessaria dello stesso procedimento di costituzione del popolo in opposizione al nemico, per gli studiosi che definiscono il populismo in termini di strategia politica è lo stile discorsivo antagonista, anti-*status quo*, ad essere il prodotto di una precisa strategia d'azione formulata dal *leader* o dal gruppo politico. In altri termini, mentre la prima tesi analizza il populismo in una prospettiva "*bottom-up*", considerando le dinamiche politico-sociali che, a partire dalla divisione dicotomica dello spazio sociale, determinano la costituzione del popolo e l'affermazione del *leader*, il filone di studi che ci si appresta ad esaminare si pone in una prospettiva "*top-down*", centrando il fuoco dell'analisi sulle strategie d'azione e di consenso politico messe in atto dal *leader*. E tra tali strategie, ruolo centrale viene giocato dallo stile linguistico e d'azione teso all'inasprimento della frontiera sociale tra il "noi" e l'"altro", ovvero dal discorso populista, il quale, tuttavia, perde i connotati deterministici di meccanismo sociale che "inconsapevolmente" conduce all'affermazione del *leader*, per divenire precisa scelta d'azione programmata ed attuata da quest'ultimo. Tale filone di studi, quindi, pone una particolare enfasi sulla figura del *leader* ed il suo rapporto con la base popolare.

Tra i principali sostenitori di tale approccio, diffuso soprattutto negli studi sul populismo in America Latina, si ricorda il politologo Kurt Weyland, per il quale "il populismo può essere definito più correttamente come una strategia politica attraverso la quale un *leader* personalistico ricerca o esercita un potere di governo fondato sul supporto diretto, non mediato e deistituzionalizzato di un vasto numero di seguaci per lo più disorganizzati"⁶². Il populismo viene concepito, dunque, come uno strumento, un'arma strategica che, nelle mani del *leader*, non può essere diretta che alla conquista e alla conservazione del potere politico.

Per quanto riguarda l'armamentario appartenente alla strategia populista, Weyland utilizza il concetto di "abilità di potere", intendendo con tale espressione lo specifico strumento strategico adottato da uno determinato attore politico per la conquista e il mantenimento del potere, e ne individua due tipologie fondamentali: i "numeri", ovvero i risultati delle consultazioni elettorali, dei

⁶² WEYLAND P., *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin America Politics*, cit., p. 14.

sondaggi presso la popolazione e le manifestazioni di massa; e ciò che egli definisce il “peso speciale”, il quale viene a sua volta declinato nelle due forme particolari del prestigio socio-economico e della coercizione militare. A differenza di altri assetti politici - come l’oligarchia, ove un gruppo informale conquista il potere grazie al proprio peso socio-economico; i regimi militari, ove un gruppo organizzato arriva al potere *manu militari*; o il sistema partitico, ove è il partito, organizzazione formalmente strutturata, a conquistare il potere mediante elezioni democratiche -, il populismo si caratterizza per la presenza di una *leadership* individuale che conquista e conserva il potere mediante un rapporto diretto ed immediato con la base elettorale. La specifica “abilità di potere” che caratterizza il populismo è data, quindi, dai “numeri”, ovvero dal consenso popolare, il quale, però, a differenza del sistema partitico, viene conquistato *personalmente* dal *leader* populista, al di fuori degli schemi e delle rigidità dell’organizzazione partitica. È bene precisare che, per l’autore, il rapporto del *leader* con il “proprio” popolo rimane immediato, ovvero non filtrato da istituzioni e corpi intermedi, anche laddove il *leader* populista sia a capo di un partito dalla solida struttura: ciò che conta è il legame diretto che, al di là della storia e dei simboli del partito, viene ad instaurarsi tra la *persona* del leader ed il corpo elettorale.

Ecco perché la retorica della *leadership* populista, più di quella dei partiti di massa novecenteschi, maggiormente stabili nel proprio radicamento socio-culturale, fa continuo riferimento ad un “appello al popolo”: una volta messo in secondo piano il partito, con la sua stabilità strutturale, l’unico fondamento della *leadership* del singolo è la base elettorale e il rapporto diretto con quest’ultima. Il *leader* populista, soprattutto nei momenti di crisi della propria posizione all’interno delle istituzioni governative, ha bisogno di ribadire il proprio consenso presso la popolazione, e quindi di invocare il sostegno del *suo* popolo. Se un tempo, afferma Weyland⁶³, i modi per appellarsi al popolo erano principalmente le elezioni e le manifestazioni in piazza, attualmente le nuove forme di populismo prediligono i sondaggi di gradimento e le forme di partecipazione sul *web*; ciò per il semplice motivo che le elezioni hanno cadenze temporali troppo ampie, e le manifestazioni in piazza non hanno la medesima capacità rappresentativa di un sondaggio o di una consultazione *on line*, i quali, senza bisogno di alcun apparato organizzativo, riescono a restituire in maniera discretamente attendibile l’immagine della forza di un certo *leader* in termini di consenso popolare.

Caratteristica, quindi, del rapporto tra *leader* populista e popolo, oltre alla disintermediazione, è la fluidità. A differenza di altri assetti politici come il sistema dei partiti di massa, all’interno del

⁶³ WEYLAND P., *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin America Politics*, cit., p. 15.

quale il radicamento e la stabilità del partito prevalgono sulla provvisorietà della *leadership*, il potere del *leader* populista, proprio perché personale, non irregimentato in istituzioni governative o partitiche e non filtrato da corpi intermedi, non beneficia neanche dell'effetto stabilizzatore di questi ultimi, presentandosi, quindi, come un potere fluido, precario: “La lealtà dei seguaci può evaporare velocemente se il *leader* delude le aspettative popolari. Sicché un declino della popolarità minaccia le fondamenta del governo populista e può causarne il collasso”⁶⁴.

Per tali motivi, il populismo inteso come strategia di potere è più sottile e sfuggente al momento della sua istituzionalizzazione, mentre emerge con maggiore evidenza nei momenti di criticità della *leadership*, ovvero nelle fasi di ascesa al potere o di instabilità: è in tali circostanze che il *leader* ricorre a tutto l'armamentario della strategia populista. Primo strumento per la conquista e la conservazione del potere è, come detto, il discorso antagonista, l'individuazione di uno o più nemici mediante i quali costituire la compattezza del proprio popolo, e dunque la solidità del proprio consenso.

Secondo Weyland caratteristica del *leader* populista sarebbe, inoltre, un particolare carisma, che l'autore definisce come “una capacità sovranaturale di rappresentare e guidare le persone, difenderle dalle avversità ed inaugurare il progresso”⁶⁵, e che gli consentirebbe di preservare la propria *leadership*. Tale ultimo aspetto, tuttavia, non è condiviso da altri studiosi, i quali evidenziano come, oltre a *leader* dotati di particolare carisma, vi siano stati anche importanti *leader* populistici non carismatici come, ad esempio, Alberto Fujimori in Perù⁶⁶.

Sebbene inserite nell'ambito del filone di studi che definisce il populismo in termini di discorso politico, sembrano interessanti le osservazioni di Panizza in merito alla *leadership* populista. Secondo l'autore, il carisma non è una qualità necessaria per l'affermazione del *leader* populista, né tantomeno un elemento essenziale nella definizione di populismo, come dimostra il fatto che “i partiti populistici sono sopravvissuti alla morte del loro leader, come nel caso del partito Giustizialista (Peronista) in Argentina”⁶⁷. Elemento ricorrente nella *leadership* populista, invece, è l'identificazione dei cittadini con il “loro” *leader*. Quest'ultimo si presenta solitamente come un

⁶⁴ *Ivi*, p. 13.

⁶⁵ *Ivi*, pp. 13-14.

⁶⁶ BARR R., *Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics*, in *Party Politics*, Vol. 15 (1), 2009, p. 40.

⁶⁷ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, cit., p. 18.

*outsider*⁶⁸, rivendicando la propria non appartenenza al sistema politico, fonte di ogni male e corruzione, e la propria identità di “uomo del popolo” il quale, proprio grazie alla sua innocenza rispetto al peccato originale che accomuna gli altri attori politici - l'appartenenza all'*establishment* -, è l'unico che può agire nell'interesse generale della popolazione. I discorsi dei *leader* populistici fanno continuo riferimento a tale innocenza, strettamente legata al proprio essere un “uomo comune”; a riguardo, sono interessanti gli approfondimenti condotti dal filone di studi precedentemente esaminato sui discorsi tenuti dai *leader* populistici, come ad esempio le parole del Presidente uruguayano Jorge Pacheco Areco, il quale alla fine degli anni '60, dopo diversi anni di governo, così parlava alla popolazione: “*Io non sono un politico, almeno non nel senso comune del termine. Io sono un uomo che combatte con tutte le sue forze contro tutto ciò che non è nell'interesse nazionale (...). Mia è la conduzione degli affari dello stato, mie sono le decisioni che ho preso - di frequente e da solo - per difendervi dalla violenza, dall'inflazione, dal discredito internazionale e dalla delinquenza economica*”⁶⁹. Sorprendente come alcuni stilemi discorsivi attraversino le esperienze populiste, riproducendosi in maniera identica a distanza di anni nelle parole di *leader* appartenenti a contesti geopolitici completamente diversi.

Nella prospettiva del legame diretto tra il popolo e il *leader*-uomo del popolo, ruolo centrale assumono anche le storie personali e il quotidiano dei singoli *leader*, dovendosi constatare come il populismo abbia determinato al contempo una de-politicizzazione ed una iper-politicizzazione delle relazioni sociali⁷⁰: da un lato, le dinamiche sociali e le relazioni personali vengono vissute ed interpretate sempre meno dalla prospettiva politico-ideologica; dall'altro, il politico tende sempre di più ad esporre la propria vita e storia personale per fini di identificazione e quindi di consenso elettorale. In tal modo, facendo mostra della sua storia personale o del suo vissuto quotidiano, il *leader* populista si presenta non come un capo carismatico - intendendo il carisma nel senso weberiano di capacità straordinaria del *leader* -, ma anzi come uomo ordinario, persona del popolo con un *background* vicino a quello dell'uomo comune, che da quest'ultimo si distingue solo per due possibili motivi: o perché dotato di alcune qualità straordinarie - ad esempio, la ricchezza, il successo professionale -, che non lo allontanano dal popolo, ma lo rendono semplicemente “uno di

⁶⁸ BARR R., *Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics*, cit., p 40, ove l'Autore definisce il *leader* populista come un *outsider* che “acquisisce importanza politica non attraverso o in associazione con un partito consolidato nella propria capacità competitiva, ma come politico indipendente o in associazione con partiti nuovi o da poco divenuti competitivi”.

⁶⁹ PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, cit., p. 21.

⁷⁰ Ivi, pp. 20-21.

noi che ce l'ha fatta"⁷¹; o perché ad un certo punto della sua vita, per ragioni di coscienza civica (quasi mai di passione ideologica), ha deciso di scendere nell'agone politico per difendere l'interesse generale del popolo.

Numerosi gli spunti di interesse provenienti anche da tale filone di studi nella prospettiva della nostra analisi sul populismo penale. Il fenomeno della personalizzazione della politica e della identificazione del cittadino nel *leader*-uomo comune, attualmente incrementato dal ruolo dei *social* e dei nuovi *media*, può ricondursi, sul piano del populismo penale, a quella che il criminologo John Pratt ha definito come *glamouritation*, traducibile in termini di spettacolarizzazione, soprattutto televisiva, del crimine, la quale, combinandosi con la *destatisticalization* (ovvero la pratica del prescindere dai dati statistici sulla criminalità), determina fenomeni di identificazione dello spettatore con la vittima - con annessi sentimenti di rabbia, paura, desideri di vendetta, divario tra l'insicurezza reale e quella percepita - , fomentando la pretesa popolare di pene esemplari, fortemente connotate da finalità di retribuzione o di neutralizzazione del reo⁷².

Tale fenomeno non si esaurisce nella dimensione sociale, ma, riversandosi nelle strategie politiche, finisce per incidere anche sulla sfera giuridica: il politico, e quindi il legislatore, populista, sempre attento agli umori del popolo e alla conservazione del proprio legame diretto con la base elettorale, non esiterà, con una velocità d'azione variabile a seconda della forza politica e delle dinamiche parlamentari, a tradurre in legge la domanda di sicurezza, e quindi di pena, proveniente dal popolo. Nel prosieguo di questo lavoro, vedremo, pertanto, come anche il populismo penale è declinabile in termini di strategia politica, a causa delle componenti di emotività e di identificazione connesse all'esercizio della potestà punitiva, che rendono la legislazione penale uno dei principali strumenti nelle mani del *leader* populista per la preservazione del potere.

Le conseguenze di tale fenomeno socio-politico incidono sui principi portanti del garantismo penale: il principio di legalità, messo in crisi dal concorso di diversi fattori, *in primis* l'iperattività e la sciatteria tecnico-normativa del legislatore (conseguenza diretta del diffuso anti-intellettualismo che caratterizza la mentalità populista, e dunque dello scarso dialogo con la dottrina), e quindi la perdita di determinatezza delle fattispecie, cui consegue l'espandersi della funzione creativa della giurisprudenza (anche sotto l'influsso della Corti sovranazionali); il principio di offensività, nucleo essenziale di un diritto penale del fatto, cui il legislatore populista abdica introducendo figure sintomatiche di un diritto penale dell'autore (vedi l'aggravante della clandestinità, gli automatismi

⁷¹ *Ivi*, p. 21.

⁷² V. *infra*, Cap. II, par. 3.

sanzionatori in tema di recidiva, i nuovi reati con finalità di terrorismo internazionale, i decreti sicurezza). Ma, infine, ciò che viene a mutare è la stessa funzione della pena: il legislatore populista utilizza la sanzione punitiva per strategie di consenso, e quindi per soddisfare una domanda popolare di sicurezza per lo più emotiva, irrazionale, cui è sottesa una concezione della pena esclusivamente in termini di afflizione e di neutralizzazione del reo. Dato il legame diretto con la propria base popolare, concepito al di fuori delle logiche parlamentari - le quali potrebbero condurre ad una razionalizzazione delle scelte di criminalizzazione -, anche il legislatore populista interpreta la pena solo in chiave retributiva; e laddove la Costituzione intervenga a porre un iato tra le finalità dichiarate e quelle effettivamente realizzate, ecco che la legislazione populista si manifesta nella sua essenza esclusivamente simbolica, e dunque nella sua unica finalità di attuazione di un preciso disegno di strategia politica.

Nel prosieguo di questo lavoro, dunque, cercheremo di svelare le dinamiche di funzionamento del populismo penale, evidenziandone le strette connessioni con gli assunti teorici del populismo politico precedentemente esposti.

CAPITOLO II

POPULISMO PENALE, DIRITTO SIMBOLICO, DIRITTO PENALE DEL NEMICO

1. Il populismo penale nella prospettiva del populismo politico: un'introduzione.

I primi studi sul populismo penale si rinvennero nella letteratura straniera, soprattutto di area anglosassone⁷³, dove il fenomeno è emerso, nelle sue caratterizzazioni più evidenti sul piano sociale e politico-legislativo, con circa un ventennio di anticipo rispetto alla situazione italiana.

Nella letteratura nostrana⁷⁴, si intende il populismo penale per lo più in termini di strategia politica, ovvero di utilizzo strumentale della legislazione penale per finalità che hanno poco a che vedere con scopi di prevenzione e di difesa sociale, e molto con le mire contingenti di singoli partiti politici sul piano dell'affermazione elettorale. Di tale angolo prospettico di analisi del fenomeno, con i suoi evidenti piani di sovrapposizione con il diritto penale simbolico, si parlerà oltre in questo capitolo. Esclusivamente ai fini di una prima introduzione, sembra utile riportare la definizione che Luigi Ferrajoli ha dato del populismo penale, ponendosi in continuità con tale filone di studi: “Con questa espressione (...) possiamo intendere qualunque strategia in tema di sicurezza diretta a ottenere demagogicamente il consenso popolare rispondendo alla paura per la criminalità con un uso con-

⁷³ BOTTOMS A.E., *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in CLARKSON C., MORGAN R. (a cura di), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995; GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004; NEWBURN T., JONES, T., *Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton*, in *Crime, Media, Culture*, 1, 2005, pp. 72–87; PRATT J., *Penal populism*, Routledge, New York, 2007; SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008; PRATT J., MIAO M., *Penale Populism: The End of Reson* in *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No 2017-2*. Altri contributi stranieri fondamentali sono: SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Parigi, 2005; PRATS E.J., *Los peligros del populismo penal*, Finjus, Santo Domingo 2008.

⁷⁴ *Ex multis*, FIANDACA G., *Populismo politico e giudiziario*, cit., pp. 95 ss.; PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, cit., pp. 123 ss.; VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, pp. 197 ss.; BRUNELLI D., *Il disastro populistico*, *Ivi*, pp. 254 ss.; ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit.; AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019; INSOLERA G., *Il populismo penale*, in *Discrimen*, 13 Giugno 2019; FERRAJOLI L., *L'abuso del diritto penale nella società della paura*, in MOCCIA S., CAVALIERE A. (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016; ID., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, pp. 79 ss.; MANES V., *Il diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, *Ivi*, pp. 86 ss.; SARZOTTI C., *La cattura di Cesare Battisti e muta da caccia: “un giorno che difficilmente dimenticheremo”*, *Ivi*, pp. 104 ss.; TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 1, 2019, pp. 263 ss.; DONINI M., *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019; ID., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema Penale*, 7 Settembre 2020; SGOUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019; AMATI E., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *Discrimen*, 3 Giugno 2019; ID., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

giunturale del diritto penale tanto duramente repressivo e antigarantista quanto inefficace rispetto alle dichiarate finalità di prevenzione⁷⁵.

Il populismo penale viene generalmente inteso, dunque, soprattutto nel dibattito italiano, in termini di demagogia e strumentalizzazione della legislazione penale per fini di consenso elettorale, che fa leva sulla dimensione emotiva e irrazionale indissolubilmente legata al reato⁷⁶, con esiti tanto nefasti sotto il profilo garantistico, quanto ineffettivi dal punto di vista delle proclamate finalità di tutela di beni giuridici. Tale orientamento, in necessario parallelismo con gli approfondimenti sul populismo politico, può essere ricondotto all'indirizzo teorico che intende quest'ultimo in termini di strategia politica incentrata sul carisma del *leader*, di cui si è parlato nel precedente capitolo⁷⁷.

Sembra opportuno e proficuo, quindi, ai fini del presente lavoro, procedere con un'indagine che metta in relazione il populismo penale con gli studi sul populismo politico, intendendo il primo quale specifica manifestazione del secondo: "Non c'è populismo che non sia politico e il populismo penale anche se riguarda principalmente la dimensione giuridica di uno stato è e resta un fenomeno fondamentalmente politico perché politici *lato sensu* sono i suoi effetti"⁷⁸.

In continuità con l'imprescindibile insegnamento di Claus Roxin ("bisogna prendere atto che [...] nel diritto penale i problemi di politica criminale costituiscono il contenuto proprio anche della

⁷⁵ FERRAJOLI L., *L'abuso del diritto nella società della paura*, in MOCCIA S., CAVALIERE A. (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, cit., p. 103; *Ivi*, p. 100, ove si parla di "una grave, inquietante aporia, di solito trascurata, che affligge le nostre democrazie: l'uso demagogico, declamatorio e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale facile fonte di consenso, tramite politiche e misure illiberali tanto indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali e inefficaci alla loro prevenzione, quanto promotrici di un sistema penale diseguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali"; negli stessi termini, ID., *Democrazie e paura*, in BOVERO M., PAZÉ V. (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Editori Laterza, Roma, 2010, pp. 115 e 118.

⁷⁶ DONINI M., "Danno" e "Offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria delle "offense" di Joel Feinberg, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1576: "Il diritto penale è un ramo del diritto pubblico del tutto peculiare esattamente perché deve neutralizzare i sentimenti di vendetta delle vittime dei reati, perché ha a che fare con troppa irrazionalità e questa irrazionalità è purtroppo presente sia negli autori dei reati e sia nella stessa attività legislativa, che usa il diritto penale come sedativo e tranquillizzante per l'opinione pubblica, con effetti gravemente pregiudizievole quando il suo impiego non si riduce a un *placebo* simbolico, ma è profondamente incisivo e lesivo di diritti"; ID., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1652, ove si propone come "un dato di scienza antropologica, prima che di scienza della legislazione" la constatazione che "la riduzione della paura delle vittime verso gli autori resta lo scopo principale del meccanismo punitivo, variamente sublimato nelle diverse funzioni della pena che la tradizione ci ha trasmesso".

⁷⁷ V. *supra*, Cap. I, par. 3.3.

⁷⁸ ANSELMI M., *Populismo e Populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 15; AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 12: "Va innanzitutto rilevato che c'è un evidente divorzio tra scienza politica e dottrina giuridica alla base di alcuni disorientamenti interpretativi. La prima ha dedicato al populismo politico in ambito italiano e internazionale un'esplorazione ricchissima e veramente feconda senza però riservare un'adeguata attenzione al nesso tra questione penale e nascita dei movimenti anti-sistema, nonostante un capitolo della storia italiana recente, quello di Tangentopoli, abbia posto davanti agli occhi di tutti la stretta correlazione tra domanda di rigenerazione della classe politica e censura sul piano penale dell'azione politica e amministrativa".

teoria generale del reato”⁷⁹), la pietra angolare nella edificazione del nostro lavoro va ricercata nell’evidente legame che avvince il diritto alla politica⁸⁰, per cui il diritto penale non rappresenta altro che “la formalizzazione di ben precise opzioni di politica criminale”, così come il diritto in generale “non rappresenta altro che la formalizzazione delle scelte della politica”⁸¹. Vi è, dunque, un filo rosso che lega il diritto penale alla politica criminale e, per il tramite di questa, al contesto politico-istituzionale generale, in forza del quale “ogni cambiamento storico importante nell’orientamento della politica criminale è stato condizionato da mutamenti rilevanti nella concezione del potere politico”, in linea con una “evoluzione delle idee che sempre più travalica i confini nazionali”⁸².

La relazione tra populismo penale e populismo politico, attuale (non-)ideologia politica dominante (il fantasma che si aggira per l’Europa, di cui si parlava già negli anni ’60 del secolo scorso⁸³, e che nel frattempo si è incarnato in una solida realtà politica), con il suo stretto rapporto con il neoliberalismo conservatore⁸⁴, appare evidente e più che mai nel contesto italiano, dove la stagione del

⁷⁹ ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. a cura di MOCCIA S., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 43 s.

⁸⁰ GALLI C., *Diritto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, Bologna, 2007, p. 51: “(...) è fin troppo evidente l’originaria ‘posizione’ del diritto da parte della politica, che istituisce un ambito di legittimità distinto dall’ambito della legalità, che ad essa dà sia pure mediatamente sostanza (...)”; PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 27, ove si afferma essere “quasi un luogo comune dire che i contesti politico-istituzionali e i loro mutamenti incidono sulla fisionomia del sistema penale”.

⁸¹ MOCCIA S., *Laudatio del Prof. Claus Roxin*, in STILE A. M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 50, ove si prosegue: “Negare questa relazione significa negare la stessa realtà del diritto penale. Invero, non sono mancati i momenti in cui si è contestato questo rapporto - ed in genere i nessi che legano il diritto penale con le varie componenti sociali - ma anche questo era il risultato di una precisa opzione politica criminale, di tipo autoritario, connessa alle esperienze del tecnicismo. Quasi a prefigurare un empirico tecnicistico, in cui, incontaminato, nasceva il diritto penale, si negava qualsiasi spazio alla critica, che non fosse tutta interna al ‘dogma’”; *Ivi*, p. 51: “Un discorso analogo vale per le forme di accertamento del reato: struttura e funzione del processo penale rispecchiano con assoluta fedeltà la qualità politica della relazione tra individuo e autorità in un determinato contesto socio-culturale. Dunque, più in generale, è possibile affermare che nei rapporti di diritto penale si può misurare, con precisione millimetrica, il livello qualitativo della tutela di libertà e personalità individuale in una determinata compagine statuale, in un determinato momento storico”; BETTIOL G., *Il problema penale*, Editrice Scientifica Triestina, Trieste, 1945, p. 29: “senza la ‘comprensione’ del momento politico e del ‘milieu’ politico, nei quali una legislazione viene alla luce e opera, non si può affatto intendere la portata e l’intimo valore di essa”; GALLI C., *Diritto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 45: “La tesi che sosterrò è che esiste un’originale e strutturale co-appartenenza fra diritto e politica, nel senso che il diritto è posto da una politica che, pur precedendolo e eccedendolo, non può che essere anche ‘orientata alle norme’. Questo momento di co-implicazione può esser definito il ‘politico’ se il termine-concetto è inteso come possibilità ultima del conflitto, che esibisce però anche una capacità morfogenetica, ossia la capacità di produrre sovranamente, proprio dal conflitto, una (temporanea e non piena) neutralizzazione in una forma ‘politica’ che è al contempo anche ‘ordine’ giuridico”.

⁸² MIR PUIG S., *Evoluzione politica e involuzione del diritto penale*, in STILE A. M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, cit., p. 118.

⁸³ V. *supra*, Cap. I, par. 1.

⁸⁴ V. *infra*, Cap. II, par. 3.

populismo politico si può dire essere stata inaugurata dall'inchiesta "Mani pulite"⁸⁵. Quella di Tangentopoli può essere indicata come esperienza massimamente populista, in quanto capace di esprimere l'essenza del populismo nel suo duplice volto, penale-giudiziario e politico-legislativo.

Sotto il primo aspetto, difatti, "Mani pulite" - che, lungi dall'esaurirsi nelle aule di giustizia, fu fenomeno sociale, mediatico, oltre che, ovviamente, politico - rappresentò in Italia la prima, concreta manifestazione di populismo penale-giudiziario, in occasione della quale emerse la figura del "magistrato-tribuno", ossia del pubblico ministero che pretende "di entrare in rapporto diretto con i cittadini o con alcuni gruppi sociali particolari (e, comunque, di rappresentarne e tutelarne al meglio i corrispondenti interessi o valori)" e "finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo della legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato"⁸⁶.

L'azione sinergica di tale ruolo assunto dalla magistratura con la significativa attenzione riservata dai *mass-media* ("Durante l'apice dello scandalo nel 1993, quasi il 90% di tutte le prime pagine copriva l'inchiesta "Mani pulite"⁸⁷) contribuì alla creazione del c.d. "popolo dei fax", nel cui immaginario si inverarono "simultaneamente il trionfo della Piazza sul Palazzo, il rifiuto della mediazione che è alla base della democrazia rappresentativa e la promozione dei *mass media* - carta-

⁸⁵ DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, cit., p. 4: "Un dato specifico della situazione nazionale è che il populismo politico è nato come giudiziario e penale. Il populismo *penale* nasce in Italia con Tangentopoli [...]. È dal populismo penale che si è sviluppato quello politico".

⁸⁶ FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., p. 105; *Ivi*, pp. 106-107: "Se ricerchiamo a questo punto un archetipo di questa figura di pubblico ministero, (...) è fin troppo facile rinvenirlo – *mutatis mutandis* – nell'Antonio Di Pietro protagonista di "Mani pulite" di vent'anni fa. Che il Di Pietro di allora possa essere considerato un modello o un capostipite di altri magistrati populistici entrati in scena dopo di lui, è una verità quasi banale che non abbisogna di particolare dimostrazione. In maniera invero prototipica, egli fu il campione popolare che utilizzò – senza scrupoli e soverchio rispetto di forme – la funzione d'accusa come spada al servizio dell'indignazione e del bisogno di riscatto dei cittadini, e ad un tempo come leva per scalzare i vecchi partiti corrotti e promuovere così una rigenerazione morale e un rinnovamento politico di ampia portata. Nell'impersonare questo ruolo di eroe popolare, egli finì non solo con l'assurgere a "divo carismatico", ma anche con l'essere idolatrato in modo politicamente trasversale, cioè da gente o gruppi appartenenti in termini di schieramento politico sia alla destra, sia al centro, sia alla sinistra. Sono un riscontro significativo del gioco di "rispecchiamento" attivato nei suoi confronti da un pubblico così eterogeneo di persone le numerose lettere da lui ricevute tra il 1992 e il 1994, le quali testimoniano che la gente gli riconosceva in forma protettiva potere carismatico, senso di giustizia e coraggio, o gli manifestava persino ossequio e deferenza"; significative del ruolo assunto dalla magistratura in quegli anni sono alcune esternazioni degli stessi magistrati appartenenti al *pool* di "Mani Pulite", riportate in AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, cit., p. 27 nt, 42: "Quando la gente ci applaude, applaude se stessa", "Il nostro obiettivo non è rappresentato da singole persone, ma da un sistema che cerchiamo di ripulire", "Il problema non è uscire da Tangentopoli, ma penetrarvi fino al cuore per espugnarla, per raderla al suolo, per spargere il sale sulle sue rovine", "Non incarceriamo la gente per farla parlare, la scarceriamo dopo che ha parlato", per vincere la corruzione "bisogna ribaltare l'Italia come un calzino".

⁸⁷ AASSVE A., DANIELE G., LE MOGLIE M., *Never Forget the First Time: The Persistent Effects of Corruption and the Rise of Populism in Italy*, in www.ssrn.com, p. 5; *Ibidem*, si riporta "il numero di minuti giornalieri dedicati alla corruzione politica sui canali televisivi e radiofonici pubblici italiani (es. RAI) dal 1985 al 2015. (...) Il dato mostra uno schema eclatante: la corruzione politica era del tutto scomparsa nella tv italiana fino allo scandalo 'Mani Pulite'. Per la prima volta, la corruzione è diventata, non solo un argomento importante, ma l'argomento più saliente nei media. Negli anni successivi, e anche fino ai giorni nostri, la corruzione politica è rimasta un tema saliente, anche se non ha mai più raggiunto la stessa popolarità del periodo di 'Mani Pulite'; inoltre, si va a comparare la percentuale di libri scritti in quegli anni in Italia in tema di corruzione con la percentuale di libri sul calcio, giungendo alla conclusione che "la popolarità della corruzione come argomento supera chiaramente quella del calcio durante il culmine dello scandalo".

cei, audiovisivi o telematici (...) - a unica voce autentica della volontà popolare, autorizzata a organizzare quotidianamente un plebiscito per giudicare l'operato di coloro ai quali la gente, nella cabina elettorale, ha provvisoriamente affidato il proprio mandato"⁸⁸.

Creazione di un popolo di innocenti e indignati in opposizione all'*establishment* corrotto, uso del potere punitivo per fini (anche) di appagamento dei rancori punitivi del primo, ruolo svolto dai *media* di catalizzatore e fomento dell'intero fenomeno: la vicenda "Mani Pulite" ha incarnato, in maniera archetipica in Italia, alcuni tratti essenziali del populismo penale-giudiziario.

Per quanto concerne il secondo profilo, quello politico, Tangentopoli costituisce un'esperienza fortemente populista, non solo perché condusse al dissolvimento dei principali partiti di massa e dei meccanismi di rappresentanza democratica ad essi correlati⁸⁹, inaugurando l'inizio dell'esperienza populista in Italia, che si può far coincidere con l'ascesa al potere di Forza Italia e con il leadership di Silvio Berlusconi; ma soprattutto perché diede vita a tale nuova stagione politica, fondandola sulla cultura antidemocratica della conflittualità emotiva, rancorosa, sorda al dialogo e alla mediazione, tra un "noi, popolo", sempre puro e innocente, e "gli altri, *establishment*", capaci solo di misfatti e corruzione.

Il populismo penale, infine, va messo in relazione col populismo politico, non solo per gli evidenti rapporti che intercorrono tra diritto e politica, di cui si è detto, o per la condivisione del momento genetico, che vede in Italia la politica populista affermarsi a seguito del declino del sistema partitico per opera dei magistrati, ma soprattutto perché il diritto penale può essere definito, come è stato autorevolmente definito in senso non solo provocatorio, quale "diritto intrinsecamente populista"⁹⁰.

Se il tratto essenziale del populismo politico, nelle sue diverse declinazioni, può essere rinvenuto nella relazione antagonista tra il "noi, popolo puro" vs. "gli altri, *élites* corrotte", ecco che il reato si rivela quale fatto sociale massimamente capace di segnare tale linea di confine tra le due parti. Il reato, più di qualunque altro fatto giuridicamente rilevante, è in grado di mettere una parte

⁸⁸ TARCHI M., *L'Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 238.

⁸⁹ AASSVE A., DANIELE G., LE MOGLIE M., *Never Forget the First Time: The Persistent Effects of Corruption and the Rise of Populism in Italy*, cit., p. 4: "Il cosiddetto scandalo 'Mani Pulite' sconvolse completamente il sistema politico italiano, portando allo scioglimento dei principali partiti in carica, e diede luogo ad accuse di corruzione per circa il 23% dei parlamentari nazionali"; gli Autori, a riprova dello stretto legame tra Tangentopoli e la stagione populista, sottolineano, altresì, gli effetti di lunga durata di Tangentopoli, dimostrando come "coloro che votarono per la prima volta al momento dello scandalo 'Mani pulite' hanno maggiori probabilità di votare per i partiti populistici, in particolare quelli al lato destro dello spettro politico" e, nello specifico, giungendo alla conclusione che "La probabilità di votare per un partito populista alle elezioni del 2018 è del 9 % in più per coloro che votavano per la prima volta quando è scoppiato lo scandalo 'Mani Pulite'".

⁹⁰ V. nota 49.

della popolazione contro l'altra, il "noi, popolo di innocenti", capitanato dalla vittima, contro "gli altri, delinquenti", attuali o potenziali. Rinviando oltre in questo capitolo, si può anticipare che è a causa di tale dimensione simbolico-emotiva inevitabilmente legata al reato che il diritto penale nasconde un DNA sostanzialmente populistico.

Per tali motivi, consapevoli della stretta relazione tra politica e diritto penale e, più in particolare, del legame genetico tra populismo politico e penale, riteniamo necessario procedere a una disamina di quest'ultimo dall'angolo prospettico delle categorie già individuate in relazione al populismo politico, ovvero quale fenomeno sociale, politico e giuridico, analizzabile dal punto di vista dell'ideologia, del discorso sociale e della strategia politica. Inizieremo, tuttavia, con la seconda di tali categorie, ovvero con la disamina del populismo penale quale dinamica operante all'interno della società civile - dalla quale proviene una sempre più pressante domanda di penalità -, per poi proseguire con la strumentalizzazione di tale richiesta punitiva in termini di strategia politica - ambito in cui il populismo penale viene ad intersecarsi con il diritto penale simbolico -, per concludere con l'ideologia, in relazione alla quale indagheremo sulla possibilità di rinvenire tracce del populismo penale anche in elaborazioni teorico-dogmatiche di origine dottrinale, e, più nello specifico, nella teoria jakobsiana del diritto penale del nemico.

2. Il populismo penale come discorso sociale: ipotesi di adattamento del modello teorico di Laclau.

Uno dei primi Autori ad analizzare il populismo penale in termini di trasformazione sociale in atto e ormai consolidata, prima che strumentalizzazione demagogica della legislazione penale da parte della politica, è stato il criminologo Jonathan Pratt, il quale, in uno dei fondamentali lavori sull'argomento, afferma: "(...) il populismo penale non dovrebbe essere inteso semplicemente in termini di opportunismo politico locale, che 'acquista' popolarità elettorale aumentando cinicamente i livelli di severità penale perché si pensa che vi sia sostegno pubblico in tal senso, indipendentemente dall'andamento della criminalità. Ovviamente, i politici sfruttano queste opportunità, ma il populismo penale stesso rappresenta molto di più. [Esso è] il prodotto di profondi cambiamenti sociali e culturali iniziati negli anni '70 e che ora si estendono in gran parte della società moderna. [...] Iniziato intorno alla metà degli anni '80, ma diventando una forza più chiaramente riconoscibile all'inizio degli anni '90 e rapidamente accelerando da allora in poi, ciò a cui ha portato è una risonanza molto più forte, tra i governi, di vari individui, gruppi e organizzazioni *extra-establishment* che affermano di parlare a nome del 'popolo' in relazione allo sviluppo generale della politica pe-

nale; a seguito di ciò, i consiglieri dell'*establishment* ai governi hanno dovuto condividere sempre più il ruolo precedentemente esclusivo di cui godevano con queste nuove forze; in effetti, a volte vengono messi da parte o ignorati del tutto man mano che viene sviluppata la politica. Le conseguenze del populismo penale sono quindi di più vasta portata rispetto ai politici che semplicemente 'attingono' all'umore pubblico come e quando gli fa comodo. Non è qualcosa che possono semplicemente spegnere a piacimento. A causa del riallineamento di potere rappresentato dal populismo penale, è probabile che perdano il controllo su di esso tanto quanto siano in grado di manipolarlo per i propri scopi"⁹¹.

Partendo dall'osservazione dei contesti statunitense e britannico, il populismo penale viene qui inteso come l'attuazione di un "nuovo asse del potere punitivo", come un "riallineamento" dello stesso, che origina in seno alla società civile, la quale, capitanata da singoli individui o associazioni - nella maggior parte dei casi, rappresentanti le vittime dei reati -, acquista un'influenza sempre maggiore nelle scelte di politica criminale, prendendo il posto che in passato era occupato dagli accademici e dagli esperti del settore penale. E la richiesta che proviene da tali soggetti, che pretendono di parlare "in nome del popolo", corre quasi sempre nella direzione di un sistema punitivo più severo e vendicativo, a discapito delle preoccupazioni garantistiche provenienti dagli ambienti accademici⁹², ormai messi da parte. Il populismo penale viene inteso, dunque, come *trasformazione sociale* - di cui, oltre, si analizzeranno le cause principali -, la quale precede le strumentalizzazioni demagogiche messe in atto dalla politica, potendo, anzi, sfuggire al controllo opportunistico di quest'ultima. Come affermato da Winfried Hassemer, la tendenza legislativa alla simbolica introduzione di nuove fattispecie di reato, all'anticipazione della soglia di tutela penale, agli inasprimenti sanzionatori - alcune delle manifestazioni principali del populismo penale sul piano normativo - "non

⁹¹ PRATT J., *Penal populism*, cit., p. 3; v. pure *ivi*, p. 32, ove si sottolinea che, a differenza della strumentalizzazione politica della legislazione penale attuata mediante le campagne di "*law and order*" di Nixon e Thatcher, "il populismo penale oggi è costruito attorno all'idea che il pubblico, o i suoi vari rappresentanti, non sono dei semplici manichini, ma possono e dovrebbero avere una forte influenza sulle questioni penali. [...] La democrazia sta cambiando; la trasmissione delle preferenze pubbliche al cuore del governo, le quali pretendono giorno dopo giorno sempre più attenzione, è qualcosa con cui tutti i politici devono imparare a convivere".

⁹² FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., pp. 99 s.: "(...) passano assolutamente in seconda linea le preoccupazioni individualgarantistiche e le esigenze di giustizia equitativa riferibili ai singoli casi concreti; anzi preoccupazioni ed esigenze di questo tipo tendono ad essere bollate come intralci all'efficacia dell'azione repressiva o come lussi da anime belle". SGUBBI F., *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni* in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 83, ove si afferma che "un intero modo di concetti, di categorie e di garanzie" è ormai diventato "anacronistico", "ridotto al ruolo di un grande racconto di antichi uomini bianchi".

sarebbero possibili all'interno di una società democratica e consapevole sul piano della politica interna, se non fossero sostenuti dallo spirito del tempo, dal consenso della popolazione"⁹³.

Costruendo, quindi, un parallelismo con gli studi di Canovan e Shils sul populismo politico, ove il tratto essenziale di tale fenomeno viene rinvenuto nel sentimento anti-*establishment* diffuso nelle parti più marginalizzate della popolazione⁹⁴, Pratt, ugualmente, individua la caratteristica fondamentale del populismo penale nel diffuso risentimento popolare nei confronti dell'*establishment* della giustizia penale (accademici, giudici ed esperti a vario titolo), ritenuto colpevole "di quella che sembra essere stata l'insidiosa inversione delle priorità del buonsenso: proteggere il benessere e la sicurezza della 'gente comune' rispettosa della legge, punire coloro i cui crimini li mettono a repentaglio"⁹⁵.

Il cuore del populismo penale sarebbe rintracciabile, quindi, in tale antagonismo popolare nei confronti delle *élites* intellettuali operanti nel sistema penale, colpevoli di una difesa "eccessiva" dei diritti del reo, in accordo ad istanze garantistiche spesso incomprensibili alla popolazione.

Nella diffusione sociale di tale risentimento anti-*establishment*, capace di influenzare le scelte della politica in materia penale, determinando il suddetto "nuovo asse del potere penale", un ruolo centrale viene giocato dall'attenzione posta sulla vittima, in quello che potrebbe essere definito come un processo di *vittimizzazione collettiva*. Come affermato dal criminologo David Garland, "La figura simbolica della vittima ha acquisito una vita propria e gioca ormai un ruolo cruciale nel dibattito politico. [...] Questo fatto sociale è nuovo e significativo. La vittima non è più un cittadino sfortunato che si è trovato a incorrere in una condotta penalmente rilevante [...]. La vittima è ora [...] un soggetto più rappresentativo, la cui esperienza è considerata condivisibile e collettiva, non individuale e atipica. Chiunque parli per conto delle vittime parla in nome di tutti [...]. Le immagini pubbliche delle vittime sono la metafora personalizzata, quotidiana, di un problema di sicurezza che

⁹³ HASSEMER W., *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in STILE A.M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, cit., p. 105: "Ed infatti è così: questi sviluppi non sono stati imposti da un Leviatano fissato con la sicurezza, contro le aspirazioni di una società orientata verso la libertà, secondo il modello proprio della concezione classica dei diritti fondamentali, che li presentava esemplarmente come insieme dei diritti di resistenza dei cittadini contro lo Stato. Questi sviluppi si fondano, in buona parte, sulle urgenti richieste da parte dell'opinione pubblica in materia di legislazione e giustizia penale, di armare ed impiegare il diritto penale come strumento di sicurezza dei cittadini".

⁹⁴ SHILS E., *The Torment of Secrecy. The Background and Consequences of American Security Policies*, Heinemann, London, 1956, pp. 100 s.: "Il populismo esiste ovunque vi sia un'ideologia di risentimento popolare contro l'ordine imposto alla società da una classe dirigente differenziata e consolidata da tempo, che si crede abbia il monopolio del potere, della proprietà, della produzione e della fortuna"; CANOVAN M., *Populism*, cit., p. 9, ove si afferma che il populismo deve essere inteso come "un particolare tipo di fenomeno politico in cui incombono le tensioni tra l'*élite* e la base".

⁹⁵ PRATT J., *Penal populism*, cit., p. 12.

è diventato un tratto tipico della cultura contemporanea, un modo per ricordare che ‘poteva capitare a te’⁹⁶.

I parenti delle vittime e le associazioni ad esse collegate hanno acquistato, molto grazie all’aiuto dei *media*, una voce sempre più forte e influente sull’opinione pubblica e, per il tramite di questa, sulle scelte di criminalizzazione della politica, come testimoniano alcune vicende negli Usa: ad esempio, il contesto in cui fu approvata la “*three strikes law*” in California⁹⁷, o la prassi simbolica, diffusa nei Paesi anglosassoni, di attribuire alle leggi penali i nomi delle vittime le cui vicende sono all’origine delle stesse scelte legislative⁹⁸.

Sempre in tale prospettiva di analisi del populismo penale, per così dire, dal basso verso l’alto, ovvero partendo dalle trasformazioni sociali per poi esaminarne le ripercussioni politico-legislative, è stato altrove affermato che “la convinzione dell’inaffidabilità dei poteri dello Stato per inefficienza e lassismo nel contrasto della delinquenza fa nascere l’dea di una revoca della delega che la democrazia rappresentativa accorda al potere investigativo e a quello giudiziario”. La penalità populista “reclama la gestione diretta della questione criminale in capo a quella gente semplice che, certo, ignora il tecnicismo giuridico, peraltro improduttivo e indulgenziale, ma sperimenta sulla

⁹⁶ GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., p. 71.; HASSEMER W., *Siamo andando verso un diritto penale del nemico?*, cit., p. 106: “L’attenzione per la vittima ha rappresentato un cambiamento paradigmatico nella percezione pubblica del diritto penale e della sua giustificazione. Qui non si tratta di ragionevoli, anzi necessari miglioramenti della posizione delle vittime reali [...]. No, qui si tratta di un altro tipo di vittime del delitto: le vittime virtuali, noi tutti. Questa è davvero una diversa tipologia di vittima: non una persona, ma una figura retorica, non realmente esistente nel diritto e nel processo penale, bensì soltanto nel dibattito politico-criminale relativo alla determinazione della misura di sicurezza che noi tutti dovremmo pretendere dallo Stato. La ‘tutela della vittima’, in questo contesto, non si rivolge agli uomini diventati vittime dei delitti, ma agli elettori, i quali dovrebbero venire convinti da una politica criminale orientata alla sicurezza”.

⁹⁷ PRATT J., *Penal populism*, p. 19: “[...] dopo l’omicidio di sua figlia di 18 anni nel 1992 a Fresno, in California, Mike Reynolds ha organizzato una campagna per una *three strikes law* in quello stato che, unica tra queste leggi in America, impone una reclusione di 25 anni o a vita per qualsiasi reato, non solo un reato grave. All’arresto del complice dell’omicidio (l’assassino era morto in una sparatoria con la polizia), egli ha sottolineato che lo Stato della California è stato l’unico responsabile non incriminato dell’omicidio di sua figlia. In altre parole, a causa del loro rilascio anticipato per via della politica carceraria che liberava i recidivi come l’assassino, le autorità statali erano colpevoli tanto quanto coloro che avevano commesso il crimine stesso. Dopo la sua approvazione (il 67 per cento dei voti favorevoli), la *three strikes law* è entrata in vigore senza mai essere deferita all’amministrazione o alla consulenza accademica, a tal punto politicizzati sono diventati i problemi ad essa associati. Se avesse preso le distanze dal provvedimento, il governatore della California non solo sarebbe apparso fatalmente debole sul crimine, ma avrebbe anche messo in discussione l’autenticità dell’esperienza di Reynolds come padre di una vittima di un crimine. Invece, dopo che il disegno di legge è stato approvato, il Governatore ha detto a Reynolds che sarebbe stato ‘il memoriale più significativo possibile per la tua adorabile figlia... e per tutti i figli di altri genitori in lutto’”.

⁹⁸ *Ivi*, p. 18: “[...] il modo in cui leggi particolari sono state intitolate alle vittime di reati diventa una maniera per onorare la loro perdita e allo stesso tempo commemorarle attraverso la protezione che la legislazione che hanno ispirato prevede per potenziali vittime in futuro. Questo rompe il freddo anonimato della procedura di giustizia penale e cattura la forza emotiva che la vittimizzazione porta con sé: la *Megan’s Law* del New Jersey del 1994; lo *Jacob Wetterling act* del 1994; la *Jessica’s Law*, o il *California Sexual Predator Punishment and Control Act* del 2005; la *Christopher’s Law* nel 2001, più formalmente conosciuta come *Ontario Sex Offender Registry Law*; proposte per la *Sarah’s Law* in Gran Bretagna nel 2000, tutte intitolate a una bambina che è stata violentata e uccisa”.

propria pelle nel vivere quotidiano l'arroganza criminale, la paura e le sofferenze causate dal reato e dalla sua rappresentazione mediatica"⁹⁹.

In tale accezione del populismo penale, viene, in misura ancora maggiore, messo in risalto il ruolo del popolo, un popolo di vittime attuali e potenziali, la cui aspirazione punitiva conduce, ancor prima che a una strumentalizzazione politica, a una volontà di revoca della delega accordata, nel patto sociale, al potere giudiziario, e alla rivendicazione della titolarità di "una sovranità punitiva che è il segno della autonomia sul piano della politica penale"¹⁰⁰. La riforma della legittima difesa domiciliare, con la proclamata finalità di renderla "sempre legittima", rappresenta l'esempio più evidente di tale tendenza.

Conseguenza diretta di tale antagonismo tra il "noi, popolo innocente" e "l'altro, l'*establishment*", garantista, buonista, troppo attento ai diritti del reo e poco alla difesa delle vittime, è l'emersione, prima come richiesta sociale e poi come formalizzazione giuridica, di soluzioni politico-criminali irrazionali, emotive, semplificatorie¹⁰¹, in opposizione alla complessità razionale ed equilibrata, che risulta inevitabile laddove si aspiri a conciliare le istanze di difesa sociale con una garanzia dei diritti del reo degna di una società civile.

In continuità con tale orientamento, che considera il populismo penale come fenomeno sociale prima che strumentalizzazione politica, sembra proficuo procedere con la costruzione di un ponte tra l'analisi del populismo penale e i modelli esplicativi elaborati in relazione al populismo politico, e nello specifico il modello di Ernesto Laclau. Tale collegamento pare, difatti, utile al fine di meglio comprendere quello che abbiamo definito come il carattere "intrinsecamente populistico" di un certo uso del diritto penale¹⁰².

Come visto nel precedente capitolo, Laclau intende il populismo in termini di discorso politico, ovvero di dimensione simbolico-politica "in cui le relazioni giocano un ruolo costitutivo"¹⁰³.

⁹⁹ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 19.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 15, ove, inoltre, si afferma: "Chi subisce l'offesa viene accreditato come titolare di una *sovranità punitiva*, che, sia pure entro determinati confini, paralizza i poteri di accertamento dei reati o di punizione dei colpevoli da parte degli organi dello Stato indipendenti e imparziali. È come se si consentisse alla vittima del reato di recitare in pubblico la massima la *loi c'est moi*, almeno per gli episodi di difesa domiciliare"; v. pure *ivi*, p. 14, ove si afferma che la denominazione più corretta per il fenomeno della strumentalizzazione demagogica delle problematiche penali da parte della politica non è populismo penale, ma "uso populista della questione criminale", in modo da scolpire con nettezza che la manovra è gestita dal potere per acquisire il consenso popolare o placarne la crescente passione".

¹⁰¹ VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., p. 202, ove parla di "Grande Semplificazione come linea conduttrice della narrazione politica. Conseguisce la sopravvalutazione della competenze comunicative, la marginalizzazione degli argomenti razionali, la sopravvalutazione di quelli emotivi".

¹⁰² V., *supra*, Cap. II, par. 1.

¹⁰³ V., *supra*, Cap. I, par. 3.2.

Ricapitolando quanto già esposto, si può affermare che per il filosofo argentino il populismo si inverte in una relazione antagonista, la quale, mediante la posizione di una frontiera dicotomica tra il “noi, il popolo” e “l’altro, il potere”, permette la stessa costituzione del popolo in opposizione al nemico. I passaggi mediante i quali avviene la creazione del popolo nel modello teorico di Laclau possono essere sintetizzati nei seguenti tre punti:

1) il mancato soddisfacimento, da parte delle istituzioni, delle domande sociali provenienti dai cittadini - qualunque sia l’oggetto di tali domande (alloggi, lavoro, salute, istruzione, giustizia) -, che determina la perdita dell’originaria e mitica unità tra collettività ed istituzioni;

2) la costituzione della domanda popolare, prima fondamentale soggettività sociale, mediante la “relazione di equivalenza” tra le singole domande sociali; esse, pur conservando le proprie positive specificità differenziali (le differenze relative al loro oggetto), si riconoscono reciprocamente nella specificità negativa della mancata realizzazione. Passaggio fondamentale, questo, che permette alle singole domande sociali di non rimanere isolate (in tal caso si parlerebbe, non di domanda popolare, ma di domanda democratica). In tale fase, si ha la posizione di una frontiera tra il “noi” e il “loro”, e quindi si avrà una parte della collettività, la *plebs*, che aspira a rappresentare l’intero *populus*, mediante l’espulsione dalla collettività dell’altro-nemico;

3) quella che Laclau definisce “operazione egemonica”, ovvero il processo di definizione, e quindi l’individuazione di un nome, di una domanda all’interno della catena equivalenziale delle singole domande sociali che svolga la funzione di *simbolo* dell’identità popolare complessiva. A questo punto, la singola domanda egemonica viene ad incorporare la pienezza impossibile del *populus*¹⁰⁴.

Il modello esplicativo di Laclau sembra utile al fine di comprendere alcune dinamiche di funzionamento del fenomeno criminale sul piano sociale, e quindi perché un certo uso del diritto penale può essere definito “intrinsecamente populistico”.

Tra tutte le domande sociali, la domanda di giustizia, e nello specifico di giustizia penale, difatti, pare quella più performante ai fini della creazione della suddetta frontiera dicotomica tra il “noi, popolo” contro “l’altro, nemico” all’interno della collettività. Questo perché il reato, inteso con Rousseau come “violazione del contratto sociale”¹⁰⁵ o, in termini più moderni, quale fatto offensivo di beni giuridici di primaria rilevanza, in conformità con i principi di offensività e sussidia-

¹⁰⁴ Identità impossibile in termini assoluti/oggettivi, a causa della eterogeneità che contraddistingue le singole domande sociali, e dunque possibile solo nella relazione antagonista con il nemico.

¹⁰⁵ ROUSSEAU J., *Il contratto sociale*, BUR Rizzoli, edizione digitale, 2011, pp. 154 ss.

rietà, si rivela essere il fatto sociale più capace di porre la suddetta frattura all'interno della collettività.

2.1. La domanda di giustizia della vittima e la razionalizzazione dell'istinto vendicativo.

Il paradigma di riferimento della presente analisi è costituito, oltre che dalla criminalità grave contro la persona (omicidi, lesioni ecc.), dalla c.d. criminalità predatoria o da strada, intendendosi con tale espressione la “criminalità diffusiva medio-piccola essenzialmente a base violenta che si indirizza direttamente contro i beni individuali (patrimonio, persona, libertà sessuale)”¹⁰⁶; nonché, con riferimento principale all'esperienza populista italiana, alla criminalità dei colletti bianchi politico-istituzionale (reati di corruzione e dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione). Si ritiene, difatti, che tali categorie di reati più di altre - si pensi, ad esempio, alla criminalità economica, caratterizzata spesso da “scarsissima visibilità sociale”¹⁰⁷ - abbiano maggiore capacità populistica, ovvero maggiore attitudine alla mobilitazione del consenso sociale.

Il punto di partenza, in tale ipotesi di adattamento del modello teorico di Laclau alla questione criminale, è da rinvenirsi nella domanda di giustizia formulata dalla vittima. Intendiamo, qui, la vittima non nel senso giuridico di “titolare del bene giuridico offeso dal reato”, ma nel senso sociologico di “beneficiario della norma violata”, indicandosi con tale locuzione “tutti quei soggetti che possono ricevere un nocimento dalla violazione della norma”¹⁰⁸, e che possono individuarsi, oltre che nella persona offesa, anche nei suoi parenti, in associazioni portatrici di determinati interessi o nella massa dei contribuenti rispetto ai reati di corruzione e contro la pubblica amministrazione.

Il punto di partenza risiede, dunque, nella constatazione che la domanda di giustizia formulata dalla vittima si sostanzia in una richiesta che, nella sua fisionomia originaria e più autentica, è impossibile per le istituzioni soddisfare. Tale domanda di giustizia, difatti, si rivela quasi sempre - soprattutto in reazione a fatti gravemente lesivi di beni individuali: omicidi, lesioni, violenze, rapine ecc. - foriera di soluzioni emotive, irrazionali, in una parola vendicative, le quali mal si conciliano con il sistema garantistico proprio di uno Stato sociale di diritto.

¹⁰⁶ PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 913.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 915.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 872 s..

Se è vero, difatti, che la storia del diritto penale può essere letta come “la storia del progressivo affrancamento della vittima dalle logiche proprie della vendetta privata”¹⁰⁹, sembra altrettanto condivisibile la tesi di chi sostiene che nelle società contemporanee, “malgrado la specie umana sia mutata grandemente, l’uomo primitivo non è del tutto scomparso”¹¹⁰, volendosi con ciò affermare che l’evoluzione dell’ordinamento e della comune sensibilità giuridica non sia stata in grado di estirpare dall’uomo quello che può definirsi il naturale istinto a vendicarsi per il male subito.

La pratica della vendetta, come messo in luce dall’antropologia giuridica, ha assunto connotazioni e significati diversi a seconda delle epoche e delle collocazioni geografiche di riferimento, non configurandosi sempre e solo come azione istintiva e pregiuridica; si pensi all’istituto della vendetta barbaricina vigente in Sardegna fino alla seconda metà del XX secolo¹¹¹. Ai fini della presente analisi, tuttavia, interessa evidenziare l’innegabile radice emotiva alla base della volontà di vendetta, che trova nella collera per la sofferenza subita la sua causa e nell’inflizione dell’altrui sofferenza il suo fine: “In tutti i casi la vendetta comporta, primordialmente ed essenzialmente, un desiderio di causare dolore o distruzione come contropartita per la sofferenza [*hurt*] subita”; a tali sentimenti si aggiungono “l’intenzione di rinvigorire il ‘sentimento di sé’ [*self-feeling*] ferito” dal torto subito, nonché il piacere come prodotto della “gratificazione che risulta da un risentimento riuscito”¹¹².

Il filosofo Robert Nozick, nell’intento di distinguere la vendetta dalla pena intesa come retribuzione, afferma che, in primo luogo, “la retribuzione corrisponde ad un torto, mentre la vendetta può reagire a un’offesa, grave o lieve, ma non necessariamente ad un torto” - intendendosi per torto un illecito, e quindi un fatto oggettivamente e soggettivamente imputabile, antigiuridico e colpevo-

¹⁰⁹ MANNA A., *La vittima del reato. “À la recherche” di un difficile modello dialogico nel sistema penale* in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci I*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 957; *Ivi*, p. 963: “Il legame che avvince la pena al rituale della vendetta (violento per sua stessa natura), e dal cui superamento la prima pretende legittimazione, costituisce l’essenza profonda del diritto penale”; PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 45: “Per quanto istituzionalizzata, per la psicologia della società che punisce, la pena è l’erede della vendetta; serve da scarico di impulsi aggressivi per vie lecite (‘ricompensa per una rinuncia al sadismo’); e soprattutto si lega al ‘principio di espiazione’. L’esigenza di punire il delinquente - colui che ha dato sfogo ad impulsi proibiti e quindi è propriamente invidiato - s’impone come punizione simbolica degli impulsi proibiti propri, al fine di mantenerne la rimozione”; DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Il Saggiatore, Milano, 2016, p. 239: “E in effetti la pena è rimasta, almeno in parte, un atto di vendetta; si dice che non facciamo soffrire il colpevole per farlo soffrire - ma è pur sempre vero che troviamo giusto che soffra”.

¹¹⁰ WESTERMARCK E., *L’essenza della vendetta*, in DI LUCIA P., MANCINI L. (a cura di), *La giustizia vendicataria*, Edizioni ETS, Pisa, 2015, p. 17.

¹¹¹ PIGLIARU A., *La vendetta barbaricina*, in DI LUCIA P., MANCINI L. (a cura di), *La giustizia vendicataria*, cit., pp. 79 ss..

¹¹² WESTERMARCK E., *L’essenza della vendetta*, cit., pp. 24 s..

le; inoltre, “la vendetta è personale: ‘questo è per quello che mi hai fatto’ (da parte della vittima stessa, del padre, del gruppo e così via)”¹¹³.

È evidente come un tale carico di emotività associato al desiderio vendicativo produca un risultato di irrazionalità certamente incompatibile con il diritto, inteso quale luogo del razionale bilanciamento di interessi confliggenti. L’istinto vendicativo della vittima nega i principi fondamentali del garantismo costituzionale, a partire dal principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), già nel suo significato minimo e scontato di divieto di responsabilità per fatto altrui; a riprova di ciò, non è necessario guardare lontano alla vendetta dei Nishinam californiani, che per vendicarsi di un omicidio ammazzavano non l’assassino, ma il suo più caro amico¹¹⁴, ma basta pensare alle vendette trasversali della criminalità organizzata.

L’istanza vendicativa mette in discussione la presunzione di innocenza di cui all’art 27, comma 2, Cost.: la vittima, a causa del carico di dolore, e dunque di emotività ed irrazionalità, cagionata dal reato, fatica a comprendere il perché non sia immediatamente reclusa la persona che ella “sa” o “sente” essere responsabile del crimine subito¹¹⁵. Sono messi in discussione il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità - oltre che, ovviamente, la funzione rieducativa (art. 27, comma 3, Cost.) - e il principio di proporzionalità della pena, desumibile dal principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.: se è vero, infatti, che vi è “una certa proporzione tra lo stimolo della sofferenza e la reazione”, di modo che “il risentimento incrementa la sua intensità al crescere del dolore [*pain*] da cui è animato”, è stato messo in evidenza come, nonostante ciò, il risentimento non implichi “un accurato bilanciamento della sofferenza contro un’altra sofferenza”, potendovi essere “una grandissima sproporzione tra il male subito e il contro-male [*counter-pain*] inflitto”¹¹⁶. D’altra parte, il desiderio

¹¹³ NOZICK R., *Philosophical explanations*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge Massachusetts, 1981, pp. 366 s.; DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 238, nell’intento di valorizzare la vendetta come espressione di un istinto di conservazione che ha giocato un ruolo fondamentale della storia dell’uomo, afferma: “È un errore credere che la vendetta sia soltanto un’inutile crudeltà; è ben possibile che di per sé essa consista in una reazione meccanica e senza un fine preciso, in un movimento passionale e inintelligente, in un bisogno irragionevole di distruggere; ma ciò che essa tende a distruggere era effettivamente una minaccia per noi”.

¹¹⁴ WESTERMARCK E., *L’essenza della vendetta*, cit., p. 28.

¹¹⁵ AMATI E., *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, cit., p. 145, ove si parla di “verità-che-io-so: la verità, cioè, in ‘presa diretta’, che pretendiamo di possedere in prima persona senza bisogno di mediazioni interpretative. Se l’idea del diritto è connessa strutturalmente alla posizione di un terzo, che si installa necessariamente a una certa distanza dalla ‘cosa del giudizio’, nella ‘verità-che-io-so’ la *vox populi* invoca una spiccia giustizia popolare, la più pericolosa di tutte. [...] Il giudice penale dovrebbe essere una sorta di ‘Terzo assente’ o, meglio, un mero esecutore della volontà del popolo che ‘già sa’ come si sono svolti i fatti e ha già pronta la sentenza”; SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, cit., p. 48, ove si parla di “sensazione puramente soggettiva di verità: *It’s true because I feel it*”; MANES V., *Il diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit., pp. 93 ss..

¹¹⁶ WESTERMARCK E., *L’essenza della vendetta*, cit., p. 29.; NOZICK R., *Philosophical explanations*, cit., p. 367 s.: “[...] la vendetta di per sé non impone nessun limite a ciò che si infligge. La vendetta per sua natura non necessita di imporre alcun limite, sebbene il vendicatore possa limitare ciò che infligge per ragioni esterne”.

di rinvigorire il sentimento di sé ferito pretende l'equivalenza del contro-male inflitto al male subito solo quale minimo di sofferenza da cui partire, ben potendo condurre la vendetta oltre tale limite¹¹⁷.

In ciò risiede, pertanto, la prima causa della tendenza populistica del diritto penale: la domanda di giustizia della vittima è altamente emotiva e irrazionale - più delle altre domande sociali di cui parla Laclau in tema di alloggi, lavoro, istruzione, sanità -, e perciò mal si concilia con le garanzie fondamentali del diritto penale, tese al razionale bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e tutela dei diritti inviolabili del reo.

Il che, tuttavia, non vuol dire che il sistema penale garantistico, così come progettato in uno Stato di diritto, sia destinato a fallire nella sua funzione (anche) di soddisfacimento delle istanze di giustizia provenienti dalle vittime. Si è, infatti, sì affermato che tale domanda è impossibile da soddisfare da parte delle istituzioni, ma nella sua forma originaria e più autentica, che è quasi sempre una forma irrazionale e vendicativa: se possiamo definire come una naturale tendenza della vittima la pretesa di immediata reclusione del (presunto) reo (prima del giusto processo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.), se non addirittura il desiderio della sua sofferenza e della sua morte (si pensi ai desideri che possono animare i parenti della vittima di un delitto efferato o al dibattito sulla *closure* negli Stati Uniti¹¹⁸), è evidente che il diritto penale garantista non potrà soddisfare siffatta pretesa.

La domanda di giustizia della vittima potrà essere soddisfatta solo dopo un processo di razionalizzazione, nello sviluppo del quale ella sarà chiamata a deporre le proprie "passioni punitive"¹¹⁹ e a comprendere l'impossibilità, in un ordinamento liberal-solidaristico, di annientamento del nemico. Sotto tale profilo, dunque, i principi del diritto penale svolgono una funzione, per così dire, pedagogico-educativa nei confronti della vittima stessa (come nei confronti dell'intera collettività, come si dirà oltre): il principio di personalità della responsabilità penale *ex art 27*, comma 1, Cost., la presunzione di innocenza *ex art. 27*, comma 2, il divieto di trattamenti contrari al senso di umani-

¹¹⁷ WESTERMARCK E., *L'essenza della vendetta*, cit., p. 31: "Il 'sentimento di sé' [*self-feeling*] può facilmente reclamare che la punizione debba essere quantomeno di pari intensità rispetto all'insulto subito, ma allo stesso tempo può condurre ad una vendetta [*retaliation*] ben oltre questo limite. Qualche altra forza, allora, deve essere stata al lavoro quando la legge del simile per il simile [*law of like for like*] fu costituita"; si aggiunge, inoltre, che "la rigida regola dell'equivalenza ha il carattere di una consuetudine che, come tutte le consuetudini, è applicata nel contesto di una società". Pertanto, la regola di proporzionalità tra male subito e reazione, osservabile nelle pratiche vendicatorie di alcune popolazioni, appartiene già alla dimensione della formalizzazione sociale e giuridica volta a mitigare gli impulsi vendicativi più aggressivi.

¹¹⁸ Per *closure* - letteralmente "chiusura", "conclusione" - si intende l'idea per cui le vittime di delitti gravi (o i loro parenti, in caso di omicidio) possano conseguire un certo sollievo psicologico, rielaborando il lutto o la sofferenza patita, solo grazie ad un'adeguata punizione del colpevole, che nei casi più gravi, come l'omicidio, dovrebbe coincidere con la pena di morte. Cfr. BARKER V., *The politics of pain: A political institutionalist analysis for crime victims moral protests*, in *Law and Society Review*, 2008, Vol. 41, n. 3, pp. 619 ss.; BANDES S.A., *Victims, 'closure' and sociology of emotion*, in *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 208, 2008,

¹¹⁹ FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

tà e la funzione rieducativa della pena *ex art. 27*, comma 3, il principio di proporzionalità della pena in collegamento col principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, il divieto di pena di morte *ex art. 27*, comma 4 *Cost.*, svolgono tutti una funzione essenziale, non solo nel limitare il potere punitivo, ma anche nell'educare la vittima, nel farle comprendere di non avere, neanche nella mediazione statale, potere di vita o di morte sul reo solo perché ha subito un'offesa, per quanto grave possa essere, e dunque nel riportarla all'interno del patto sociale dopo che il reato subito l'ha collocata, almeno emotivamente, nel pregiuridico *bellum omnium contra omnes*.

Si può parlare, dunque, di soddisfacimento da parte delle istituzioni della domanda di giustizia della vittima, non nella sua originaria forma irrazionale e vendicativa, ma solo dopo che essa ha accettato di scendere a compromesso con la razionalità del sistema penale, rinunciando ai propri istinti vendicativi in considerazione della legittimità della tutela dei diritti fondamentali del reo.

In ciò si sostanzia, pertanto, il meccanismo fisiologico con il quale il sistema penale riesce a perseguire la pacificazione sociale. Una fisiologia che, come si è detto, presenta ad ogni modo una naturale tendenza populistica, a causa dell'alta componente di emotività ed irrazionalità che contraddistingue la domanda di giustizia penale rispetto alle altre domande sociali. In altri termini, l'origine del carattere "intrinsecamente populistico" quantomeno di un certo impiego del diritto penale risiede, a nostro parere, nei seguenti fattori: a) la capacità del reato nel segnare nitidamente una frattura all'interno del contesto sociale, nel porre immediatamente una relazione conflittuale tra la vittima e il (presunto) colpevole, e dunque nell'individuare con chiarezza un nemico, il delinquente; b) il carattere emotivo-vendicativo che contraddistingue la domanda di giustizia della vittima, e che richiede all'ordinamento giuridico un *surplus* di sforzo al fine di razionalizzare tali pretese e riportarle all'interno di un orizzonte di civiltà.

La deriva patologicamente populista inizia, invece, allorché, per l'intervento di trasformazioni socio-culturali di cui si dirà oltre, i principi fondamentali del diritto penale si rivelano non più in grado di svolgere la suddetta funzione pedagogico-educativa nei confronti della vittima (e della società), le cui istanze vendicative, pertanto, iniziano a iniettare all'interno del dibattito sociale e politico il proprio veleno di irrazionalità.

2.2. La domanda sociale di pena e la funzione di orientamento culturale dei principi costituzionali.

Il secondo passaggio nel percorso che porta alla posizione della frontiera antagonistica tra "noi, vittime" e "loro, delinquenti", è, in analogia con il modello teorico di Laclau, la costituzione

di una domanda sociale di giustizia penale. L'analisi delle modalità di costituzione di tale domanda sociale si interseca inevitabilmente con il campo di indagine della sociologia giuridico-penale che studia la reazione sociale al comportamento deviante, quale controllo sociale non istituzionale che “precede e integra [...] il controllo sociale della devianza attraverso il diritto e gli organi ufficiali dell'applicazione di esso”¹²⁰.

Rispetto alla categoria di riferimento della criminalità predatoria diretta contro beni personali o patrimoniali, sembra ragionevole affermare che il fulcro della costituzione della domanda sociale di giustizia penale poggia sul processo di identificazione con la vittima. Difatti, la comunità - intesa, qui, nel senso sociologico di entità riassuntiva “di tutti i centri individuali di azione diffusi nel corpo sociale e aggregantisi spontaneamente [...] in correnti decisionali o d'opinione”, coincidente, quindi, con espressioni del tipo “l'opinione pubblica”, ‘l'uomo della strada’, ‘la gente (*the people*)’ etc.”¹²¹ - esprime un consenso sociale orientato maggiormente verso obiettivi di garanzia o di effettività del sistema penale, a seconda che essa si identifichi prevalentemente con l'autore o con la vittima del reato. Pare condivisibile, pertanto, l'ipotesi di chi afferma che quando la comunità “tende prevalentemente a identificarsi con l'autore [del reato], allora il consenso convergerà sul pedale delle *garanzie* (e del garantismo), chiedendo maggiore tutela *dal* diritto penale”¹²²; quando, invece, l'opinione pubblica “si identifica prevalentemente nel ruolo della vittima, il pedale del consenso sociale premerà essenzialmente sugli stantuffi dell'effettività”¹²³, intesa, quest'ultima, nel senso di criterio-cardine di un sistema penale orientato alla repressione, a discapito della tutela dei diritti fondamentali del reo (*rectius*, iper-effettività). In tale ultimo caso, il consenso della collettività si esprimerà in “*bisogno di pena* e domanda di (maggiore) criminalizzazione”¹²⁴.

¹²⁰ BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Meltemi, Milano, 2014, p. 43.

¹²¹ PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 872.

¹²² *Ivi*, p. 874.

¹²³ *Ivi*, p. 873 s., ove l'Autore afferma che rispetto alla legislazione emergenziale contro il terrorismo degli anni '70 “una parte non irrilevante dell'opinione pubblica” - attraverso portavoce ed *opinion makers* effettivamente rappresentativi di quell'ampio settore della società definibile come ‘progressista’ o ‘di sinistra’ (allora, quantitativamente corrispondente ad almeno il 45% della popolazione politicamente attiva) - si era levata a presidio dei valori *garantisti* e a salvaguardia del modello *garantito* di giustizia penale proprio del nostro ordinamento costituzionale”, perché aveva “una propensione istintiva ad apparentare, forse solo metaforicamente - non certo a identificare *tout court!* - i comportamenti *lato sensu* ‘terroristici’ con il *dissenso politico*”, mostrando dunque la tendenza a una sorta di identificazione con l'autore del reato. Anni dopo, “altrettanto rappresentativi portavoce di quella stessa parte di ‘*people*’ - talvolta le identiche persone! - sono scesi in campo per coagulare consenso sulla proposta di *ridurre* la fitta griglia di garanzie apprestata dal codice di rito, quando il processo penale riguardi fatti di criminalità associata di stampo mafioso”; e ciò perché, in tal caso, la bussola dell'identificazione puntava verso la vittima, considerandosi la criminalità organizzata come “*l'aggressione eversiva* di un contro-potere autoritario e regressivo *ai fondamenti democratici* dello Stato sociale di diritto”.

¹²⁴ *Ivi*, p. 874.

Con specifico riferimento, dunque, alla criminalità predatoria, che va ad incidere sul sentimento sociale di sicurezza collettiva, sembra ragionevole sostenere una prevalente identificazione della collettività con la vittima, con conseguente produzione della domanda sociale di giustizia penale.

Il processo di identificazione con la vittima, alla base della costituzione di tale domanda sociale di criminalizzazione, si regge sui seguenti meccanismi a carattere psicologico-emotivo:

a) il sentimento di compassione/solidarietà nei confronti della vittima, ipotizzabile come generalmente presente nella collettività in caso di commissione di reati lesivi di beni di primaria rilevanza (vita, integrità fisica, libertà sessuale ed anche patrimonio, soprattutto rispetto alle modalità lesive più gravi). Tale sentimento, fonte di indignazione nella collettività, rende quest'ultima partecipe della collera provata dalla vittima per il male subito, e quindi induce i consociati alla formulazione di una domanda di giustizia *per la vittima*¹²⁵;

b) la paura dei consociati di cadere vittima di fatti analoghi¹²⁶. Dal punto di vista sociologico, difatti, le norme giuridiche possono intendersi come aspettative normative di comportamento, ovvero come prescrizioni di modelli comportamentali, nella cui osservanza è riposta la fiducia della collettività e la cui stabilità è presidiata dalla minaccia di una sanzione¹²⁷. Il reato, in quanto delusione di tale aspettativa comportamentale, genera un allarme sociale, il cui significato essenziale risiede nella paura dei consociati di una propria vittimizzazione e, in ultima istanza, nel timore circa la stessa possibilità di conservazione dell'ordine sociale in mancanza della reazione punitiva. Il reato mette in discussione la validità sociologica della norma, intesa come capacità di orientare il comportamento dei consociati, minando la fiducia di quest'ultimi nella futura osservanza della stessa e ingenerando, in tal modo, sentimenti di insicurezza e paura per la commissione di futuri delitti che li riguardino direttamente. La paura ingenerata dal reato induce, pertanto, i consociati alla formulazione di una domanda potenziale di giustizia, legata alla possibilità della propria vittimizzazione ("se sarò vittima di un reato analogo, allora vorrò gius-

¹²⁵MEAD G.H., *La psicologia della giustizia punitiva*, in SANTORO E., *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 201: "L'atteggiamento di ostilità verso il violatore delle leggi ha l'unico vantaggio di unire tutti i membri della comunità nella solidarietà emotiva generata dall'aggressività. Mentre i più ammirevoli sforzi umanitari [...] non riescono a toccare l'interesse e l'immaginazione della moltitudine e lasciano la comunità divisa o indifferente, il grido del ladro o dell'assassino si accorda con paure ancestrali, che giacciono sotto la superficie dello sforzo degli individui in competizione, e cittadini che erano stati divisi da interessi divergenti si ergono insieme contro il comune nemico".

¹²⁶TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione.*, cit., p. 264: "La paura del crimine genera diritto penale, perché il diritto penale è lo strumento che più rassicura la collettività rispetto a paure e allarmi sociali".

¹²⁷TREVES R., *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 2002, p. 309, in relazione al funzionalismo strutturale di Niklas Luhmann.

tizia”). E, in effetti, dietro la domanda *attuale* di giustizia per la vittima sembra celarsi, in ultima istanza, proprio tale domanda *potenziale* di giustizia per se stessi (“voglio giustizia per la vittima, così come la vorrò per me qualora fossi vittima di un reato analogo”): i consociati pretendono giustizia per la vittima principalmente come *simbolo* e quindi rassicurazione circa la possibilità di giustizia per se stessi.

Il procedimento di identificazione della collettività con la vittima mostra, dunque, una radice emotiva ancorata ai sentimenti di collera/indignazione per il reato commesso e di paura per la possibilità di una propria vittimizzazione, collegati a meccanismi di immedesimazione nella condizione della vittima e di rappresentazione di se stessi come vittime potenziali. La domanda sociale di giustizia penale, che viene così a costituirsi, è, dunque, composta al suo interno dalla domanda di giustizia della stessa vittima e dalle singole domande di giustizia dei consociati, attuali con riferimento alla vittima effettiva, e potenziali in collegamento con la rappresentazione di se stessi quali possibili vittime.

Procedendo oltre nella presente analisi, e in analogia con il suddetto modello teorico di Laclau, ci sembra possibile affermare che un ulteriore meccanismo che permette la coesione della domanda sociale di pena, oltre al suesposto processo di identificazione con la vittima, risiede nel reciproco riconoscimento, da parte delle singole domande di giustizia dei consociati, della impossibilità di soddisfazione da parte delle istituzioni.

Così come, nella teoria del filosofo argentino, la costituzione della domanda popolare avviene mediante il reciproco riconoscimento da parte delle singole domande sociali nella propria specificità negativa della mancata realizzazione¹²⁸; ugualmente, la costituzione della domanda sociale di giustizia penale - che è parte della più ampia domanda popolare -, già resa possibile dalla suddetta identificazione, viene ulteriormente accelerata dal riconoscimento reciproco delle singole domande di giustizia penale, della vittima e dei consociati, nella propria condizione di istanze cui viene negato accoglimento da parte delle istituzioni, almeno nella loro fisionomia originaria e più autentica, che ne svela il carattere emotivo-irrazionale.

Come si è visto, infatti, le domande di giustizia dei consociati hanno origine in un procedimento di identificazione con la vittima che poggia sui meccanismi emotivi della collera/indignazione per il reato commesso e della paura di una propria possibile vittimizzazione. Tale origine emotiva delle domande di pena dei cittadini ne determina, a nostro parere, anche la tendenziale irraziona-

¹²⁸ V. *supra* Cap. I, par. 3.2.

lità, caratterizzandole come istanze portatrici di soluzioni della questione criminale incompatibili con il modello garantista del sistema penale.

Se, difatti, il massimo grado di irrazionalità è rinvenibile nel desiderio di vendetta che anima la vittima, sembra ipotizzabile che tale componente emotivo-irrazionale non scompaia nelle richieste di pena dei consociati, ma le caratterizzi in diversa misura a seconda della solidità del processo di identificazione. Quest'ultima, a sua volta, dipende dall'intensità dei meccanismi emotivi che ne sono all'origine, i quali variano al variare dei seguenti due fattori principali:

a) la condizione sociale dei consociati che esprimono la domanda di pena. Più la condizione economico-sociale dei consociati è simile a quella della vittima, più stabile sarà l'identificazione dei primi con la seconda: in riferimento, ad esempio, ad un fenomeno di incremento di furti in ville di soggetti benestanti, l'indignazione per i reati commessi e la paura di subirne a propria volta sarà maggiore nelle persone appartenenti al medesimo ceto sociale, la cui identificazione con la vittima sarà, dunque, più salda. Ciò determina la formulazione da parte di tali individui di domande di giustizia penale che condivideranno, in misura maggiore, il carattere irrazionale dell'istanza vendicativa della vittima.

b) la rilevanza dei beni offesi dal reato e la gravità dell'offesa. I reati gravemente lesivi di beni di primaria rilevanza (omicidi, lesioni gravi, violenze sessuali) hanno maggiore *capacità populistica*, ovvero possiedono maggiore capacità di coagulare consenso sociale attorno all'istanza vendicativa della vittima, facendo leva sul sentimento di immedesimazione solidaristica nella condizione di quest'ultima in maniera trasversale nel contesto sociale, ovvero a prescindere dalla condivisione della medesima condizione socio-economica. A ciò si aggiunga che, per il loro carattere, tali reati si prestano maggiormente ad una comunicazione mediatica sensazionalistica.

Sono ipotizzabili, dunque, due poli opposti quanto al grado di stabilità dell'identificazione con la vittima. Un estremo in cui tale identificazione è di massimo grado, poiché in massima misura sono presenti i due fattori summenzionati: si pensi, ad esempio, rispetto al reato di violenza sessuale nei confronti di un minore (fatto gravemente lesivo di un bene di primaria rilevanza), alla solidità dell'identificazione con la vittima da parte di consociati anch'essi genitori di figli minorenni, che vivono nelle vicinanze del *locus commissi delicti*. Una identificazione con la vittima di tale portata determinerà la formulazione, da parte di tali soggetti, di domande di pena a carattere vendicativo, o comunque fortemente severe ed irrazionali, tutte orientate a "premere sul pedale dell'effettività". Il polo opposto, invece, è quello in cui l'identificazione con la vittima è del tutto assente, ed anzi cede il passo all'identificazione dei consociati con l'autore del reato, essendo assenti i summenzionati

fattori della condivisione della medesima condizione sociale e della rilevanza del bene offeso - si pensi, ad esempio, al furto commesso da un immigrato nei confronti di una vittima benestante: in tal caso, il soggetto anch'esso immigrato tenderà, per lo più, ad identificarsi con più facilità nell'autore del reato, esprimendo una posizione maggiormente aperta a soluzioni garantiste.

Nello spazio compreso tra questi due estremi è collocabile la maggioranza delle domande di pena dei consociati, più vicine al polo dell'effettività o del garantismo a seconda della diversa intensità di fattori emotivi incidenti sul processo di identificazione. Tuttavia, rispetto alla categoria della criminalità predatoria, qui presa come riferimento, la quale incide notevolmente sul sentimento collettivo di insicurezza, mostrando in tal modo notevole capacità populistica, sembra ragionevole ipotizzare il prevalente posizionamento delle domande di pena dei consociati in prossimità del polo della effettività, condividendo in tal modo l'indole emotivo-irrazionale che anima l'istanza vendicativa della vittima.

A causa di tale carattere irrazionale, quindi, le domande di pena dei consociati riconoscono nella domanda della vittima la medesima condizione di istanze cui viene negato soddisfacimento da parte del sistema penale garantista, almeno nella loro originaria natura emotivo-irrazionale; e tale reciproco riconoscimento è l'ulteriore fattore che permette la coesione delle singole domande di pena nell'orizzonte della domanda sociale di giustizia penale.

Sembrano, a questo punto, più chiare le ragioni dell'impiego "intrinsecamente populistico" cui si presta il diritto penale, ovvero della sua naturale predisposizione, in misura maggiore rispetto ad altri rami del diritto, a strumentalizzazioni di tipo populistico, le quali sono così sintetizzabili: a) come si è accennato, il reato come fatto sociale genera un evidente antagonismo tra la vittima ed il delinquente, indicando in maniera nitida ed immediata la relazione conflittuale con un nemico; b) tale conflitto si caratterizza per una triplice irrazionalità, in quanto, oltre all'irrazionalità che connota la condotta dell'autore (irrazionale in quanto contrastante con la razionalità ordinamentale, e quindi illecita), emerge il carattere emotivo-irrazionale proprio dell'istanza della vittima e delle singole domande di pena dei consociati che confluiscono nella domanda sociale di giustizia penale¹²⁹.

Emerge, a questo punto, l'utilità dell'analisi del populismo penale nella prospettiva del discorso sociale, ove per "discorso" si intende, con Laclau, "un complesso di elementi in cui le *rela-*

¹²⁹ DONINI M. "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, cit., p. 1576: "Il diritto penale è un ramo del diritto pubblico del tutto peculiare esattamente perché deve neutralizzare i sentimenti di vendetta delle vittime dei reati, perché ha a che fare con troppa irrazionalità e questa irrazionalità è purtroppo presente sia negli autori dei reati e sia nella stessa attività legislativa che usa il diritto penale come sedativo e tranquillizzante per l'opinione pubblica, con effetti gravemente pregiudizievoli quando il suo impiego non si riduce a un *placebo* simbolico, ma è profondamente incisivo e lesivo di diritti". BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, <https://iris.unitn.it/>, Trento, 2018, p. 123: "Nessun ramo del diritto ha a che fare con l'irrazionale quanto il diritto penale".

zioni giocano un ruolo costitutivo”, ovvero una dimensione a carattere prevalentemente simbolico in cui “gli elementi non preesistono al complesso relazionale, ma si costituiscono grazie a esso”¹³⁰. Il populismo penale, inteso come discorso sociale, si identifica, quindi, nella capacità populistica del reato come fatto sociale, ovvero nella sua attitudine alla costituzione di un “popolo di innocenti” (vittime attuali e potenziali), in realtà inesistente in termini assoluti/obiettivi, e possibile solo nella relazione antagonista con il reo-nemico. In tale prospettiva, la dinamica populista, lungi dal costituire una degenerazione del sistema penale, si rivela essere un meccanismo fisiologico di funzionamento della reazione sociale al problema criminale.

Inserito in tale contesto sociale, ove il reato è capace di costituire un “popolo di innocenti” in relazione antagonista con il reo e dove la domanda sociale di giustizia penale si caratterizza per una prevalente componente emotiva, il monito che dagli ambienti accademici giunge al legislatore, ormai da alcuni decenni, è di attenersi ad una “salutare diffidenza di fondo” rispetto alle pressanti richieste di penalizzazione: “Soprattutto in campo penale, riflessività, distanza critica, *self restraint*, sono gli ingredienti indispensabili per una proficua mediazione politica. Contro le possibili esasperazioni dei bisogni di pena della società, gioverà avere presente che il diritto penale è bene rimanga sempre anche, lisztianamente, ‘la barriera invalicabile della politica criminale’”¹³¹.

Il legislatore, pertanto, deve assumere il ruolo di “giudice del consenso”¹³², resistendo alle istanze di criminalizzazione ritenute non meritevoli secondo un’“etica della garanzia”¹³³. Memore dell’insegnamento lisztiano del diritto penale quale “spada a doppio taglio”¹³⁴, egli deve orientare la propria politica criminale alla luce di alcuni principi fondamentali: laicità, materialità, offensività, sussidiarietà, frammentarietà, effettività.

Per far ciò, tuttavia, il legislatore non può limitarsi ad ignorare semplicemente le istanze di criminalizzazione provenienti dalla collettività. In un ordinamento democratico, difatti, il consenso sociale costituisce la fonte di legittimazione nonché il fine ultimo della politica, agendo sia come

¹³⁰ LACLAU E., *La ragione populista*, cit., p. 64.

¹³¹ ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 429.

¹³² PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 910.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 46: “La pena infatti è una spada a doppio taglio: tutela di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici”.

input che come *output* delle scelte legislative, in questo caso di criminalizzazione¹³⁵. “I consociati non sono più soltanto meri spettatori, passivi destinatari di norme criminali pensate e introdotte da altri, ma ne sono anche in qualche modo gli artefici: per dirla con una formula che riecheggia il linguaggio della nostra Costituzione, il popolo, cui appartiene la sovranità, diviene anche il responsabile del suo diritto penale”¹³⁶. Compito della classe politica, in ciò assistita dalla intelligenza accademica, dovrebbe essere, pertanto, la *mediazione* tra il popolo ed il diritto¹³⁷ - intendendo per diritto i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale -, al fine di realizzare un provvidenziale “rischiamento razionale”¹³⁸ delle istanze di criminalizzazione provenienti dal primo. La razionalizzazione della domanda sociale di pena può avvenire, pertanto, solo laddove i principi fondamentali del garantismo costituzionale - tra tutti, offensività, *extrema ratio*, proporzionalità della pena - riescano, grazie alla mediazione politica, a penetrare nel dibattito sociale, fino ad essere interiorizzati dall’opinione pubblica. Il diritto penale, quindi, dovrebbe intendersi non solo, lisztianamente, come “limite invalicabile della politica criminale”, ma anche, soprattutto nell’attuale conte-

¹³⁵ PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., pp. 868 s.: “*In entrata* [lo Stato] raccoglie e trasporta, come *input* del processo di criminalizzazione, il consenso che ‘viene dal basso’, coagulandosi intorno a (più o meno) generiche o specifiche, (più o meno) ampie o circoscritte istanze di incriminazione che promanano dalla collettività. Si fa cioè *collettore* di vere e proprie ‘domande di pena’, collegate a collettivi ‘bisogni di pena’. [...] *In uscita* lo Stato ricerca e, nei limiti delle sue capacità, induce consenso sulle opzioni comportamentali stabilizzate attraverso l’incriminazione. In ciò consiste il vero *output* del processo di criminalizzazione: generare il consenso dei consociati sui modelli di comportamento fissati con la normazione penale”; MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993: “In uno Stato di diritto, a democrazia parlamentare, la categoria della legalità può e viene messa in crisi dalla categoria della ‘legittimità’. Come ha scritto Thomas Würtenberger, l’idea della legittimità democratico-costituzionale della legge - e quindi della legalità ‘sostanziale’ - ha come obiettivo finale la creazione di un ordinamento giuridico che trova riconoscimento e consenso immediato presso i cittadini o che almeno sia capace di farlo”; EUSEBI L., *La pena in crisi*, Morcelliana, Brescia, 1990, p. 60: “Il sistema dei divieti penalmente sanzionati, una volta che non ambisse più al consenso sociale, potrebbe essere fondato esclusivamente sulla forza (ancorché sulla forza dello Stato)”; PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.la legislazione penale.eu, 2016, p. 3: la democrazia costituzionale si esprime anche in “un’istanza sostanziale partecipativa che va alla ricerca di una consensualità sociale ampia e diffusa, quale fondamento ultimo e ‘vero’ della politica e del diritto criminale”.

¹³⁶ ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit. p. 416.

¹³⁷ SCODITTI E., *Populismo e diritto: un’introduzione*, in *Questione Giustizia “Populismo e diritto”*, n. 4, 2018, p. 11: “‘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”; *ivi*, p. 12: “L’incorporazione del popolo nel diritto avviene attraverso la sua civilizzazione per opera dei partiti politici”; TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, cit., p.: “La coesistenza tra *popolo e diritto* è consentita dalla *politica*. Ne è esempio il costituzionalismo del novecento, che ha incorporato nel *diritto* la questione sociale, concependo le carte costituzionali non solo come strumenti di tutela dei diritti, ma anche come ‘programma di società’ (si pensi agli artt. 1, comma 1, e 3, comma 2, Cost.)”.

¹³⁸ PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 46.

sto socio-politico, come argine alle istanze popolari di criminalizzazione, che in un ordinamento democratico si riflettono inevitabilmente sulle scelte di politica criminale¹³⁹.

Sembra questa la preconditione socio-politica necessaria affinché possa stabilmente prodursi una legislazione penale funzionale alla tutela di beni giuridici, e quindi “orientata alla conseguenze”¹⁴⁰.

Laddove tale preconditione si avverasse, verrebbe a configurarsi un *circolo virtuoso* così descrivibile: i principi costituzionali, veicolati dalla classe politica, svolgerebbero una *funzione di orientamento culturale* nei confronti della popolazione, riuscendo a mitigare le istanze di criminalizzazione eccedenti; la domanda sociale di pena si immetterebbe nel dibattito politico in una versione “civilizzata”, ovvero emendata dei tratti più aggressivi ed irrazionali; a partire dall’*input* di un consenso sociale così razionalizzato, la politica criminale, non assecondando in maniera demagogica un qualsiasi consenso, ma selezionando ed educando un consenso meritevole, potrebbe produrre soluzioni normative effettivamente orientate ad una funzione di integrazione sociale della pena, che contenga in sé le componenti positive della prevenzione speciale e generale¹⁴¹.

Potremmo definire un tale assetto culturale e socio-politico in termini di *fisiologia populista*, ovvero una situazione (ideale?) in cui la relazione antagonista - generata dal reato quale fatto sociale - tra il “noi, popolo di innocenti”, titolare di una domanda sociale di pena a carattere emotivo-irrazionale, e l’“altro, delinquente” viene ad essere disinnescata grazie alla mediazione razionale del diritto e della politica.

Nell’attuale contesto politico-istituzionale, tuttavia, ove la stessa classe politica sembra bisognosa di un’educazione ai principi costituzionali, una situazione ideale così descritta sembra essere una chimera. Ciò non vuol dire, ad ogni modo, che essa non debba essere perseguita e che non sia possibile, com’è stata possibile in Italia fino agli ’70, quando, come sottolineato da Massimo Pavarini, “i conflitti e le crisi sociali - certo forti nella storia italiana - non si sono tradotti in domande sociali altrettanto forti di penalità”, e ciò perché, anche grazie a una diversa classe politica la cui storia era legata alla storia dei partiti che avevano scritto la Costituzione, “i sentimenti collettivi di

¹³⁹ ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 426: “È impossibile negare che i bisogni di pena siano una realtà da assumere e valutare con estrema serietà, perché rivelatori del processo individuale e sociale di colpevolizzazione e indicatori di soglie di intolleranza già in se stesse allarmanti per la convivenza democratica. Ma è difficile negare al tempo stesso che tali bisogni debbano essere costantemente analizzati nei loro contenuti, sorvegliati nelle dimensioni delle loro rivendicazioni, depurati da aspetti di mera emozionalità e ricondotti nell’ambito del razionalmente e socialmente opportuno”.

¹⁴⁰ V. *infra*, par. 3 in questo capitolo.

¹⁴¹ V. *Infra*, par. 3 in questo capitolo.

insicurezza hanno avuto modo di esprimersi come domanda politica di cambiamento e di più intensa partecipazione democratica”¹⁴².

3. Il populismo penale come strategia politica: i fattori socio-culturali dell’attuale patologia populista.

Una volta analizzata quella che si potrebbe definire l’ideale *fisiologia populista* del sistema penale - ove l’irrazionalità della domanda sociale di criminalizzazione, comunque emergente a fronte di fatti lesivi di beni di primaria rilevanza, viene ad essere domata da un sistema politico-penale correttamente funzionante e saldamente ancorato ai principi costituzionali - è necessario esaminare l’attuale *patologia populista*, ove si assiste ad una esasperazione della domanda sociale di pena, su cui fa leva la strumentalizzazione politica della legislazione penale per fini di consenso elettorale¹⁴³.

Emerge, a questo punto, la nozione, più nota e diffusa, di populismo penale nel senso di strategia politica, risalente ai primi lavori di Anthony Bottoms, il quale con la locuzione *populist punitiveness* intendeva “l’idea che i politici attingano e utilizzino per i propri scopi ciò che ritengono essere l’atteggiamento generalmente punitivo del pubblico”¹⁴⁴. Successivamente l’espressione *populist punitiveness* ha ceduto il passo all’attuale *penal populism*, conservandone ad ogni modo il significato, largamente condiviso nel dibattito sia straniero che italiano, e così sintetizzato da Fiandaca: per populismo penale si intende “una accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il

¹⁴² PAVARINI M., *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 1031, ove si aggiunge: “E la ragionevolezza di questa ipotesi interpretativa è in parte avvalorata dalla situazione che si è determinata in questi ultimi dieci anni: a fronte della crisi di quel modello politico-culturale, assistiamo al diffondersi incontenibile di un atteggiamento di indignazione morale portato a delegare alla sola ‘spada della giustizia’ la soluzione di ogni problema”.

¹⁴³ Parla di “momento punitivo” o di “era del castigo”, in relazione alla registrazione dell’aumento dei tassi di incarcerazione a livello globale FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, cit., pp. 11 e 9.

¹⁴⁴ BOTTOMS A.E., *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, cit., p. 40.

rischio-criminalità”¹⁴⁵. L’attuale contesto di populismo penale, pertanto, sembra assomigliare, se non proprio coincidere, con quella che con acuta lungimiranza un trentennio fa Alessandro Baratta aveva definito “la politica spettacolare”, ovvero un clima politico-istituzionale in cui “il rapporto tra ‘politici’ e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico; invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di *legittimità* delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo artificiale di *legittimazione*, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti”¹⁴⁶.

Osservando la realtà americana, paradigmatica e anticipatrice rispetto al fenomeno in analisi, Jonathan Simon ha affermato che nell’ultimo ventennio del XX secolo è venuto a configurarsi un nuovo modello di *governance*, definibile “governo attraverso la criminalità”¹⁴⁷: “Quando governiamo attraverso la criminalità, rendiamo il crimine e le forme di sapere a esso storicamente associate - diritto penale, letteratura popolare sulla criminalità, criminologia - disponibili al di là del loro limitato ambito di origine, facendone uno strumento efficace con il quale interpretare e inquadrare tutte le forme di azione sociale come questioni di *governance*”¹⁴⁸. Con la suddetta espressione, dunque, l’Autore vuole indicare una nuova razionalità di governo incentrata “sull’individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell’azione di governo a ogni livello e in ogni contesto: pubblico (nazione, stato, città, scuola) e privato (famiglia, impresa)”¹⁴⁹. In tale prospettiva, pertanto, la questione securitaria, incentrata sulla induzione di sentimenti di insicurezza sociale, sulla enfattizzazione simbolica della figura della vittima e sulla rabbia vendicativa contro il delinquente, sarebbe portatrice di un armamentario concettuale capace di informare, oltre al controllo della criminalità, qualsiasi ambito dell’azione di governo.

¹⁴⁵ FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., p. 97. Interessante anche la particolare sensibilità mostrata da Papa Francesco rispetto a siffatte strumentalizzazioni del diritto penale, in due occasioni di incontro con l’Associazione internazionale di diritto penale, nel 2014 e nel 2019. Nella prima, il Santo Padre affermò: “Negli ultimi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina. Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere benefici che richiederebbero l’implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale. Non si cercano soltanto capri espiatori che paghino con la loro libertà e con la loro vita per tutti i mali sociali, come era tipico nelle società primitive, ma oltre a ciò talvolta c’è la tendenza a costruire deliberatamente dei nemici: figure stereotipate, che concentrano in sé tutte le caratteristiche che la società percepisce o interpreta come minacciose”. V. *Discorso del Santo Padre alla delegazione dell’Associazione internazionale di diritto penale* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 459 ss..

¹⁴⁶ BARATTA A., *Prefazione*, in MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995, p. XIV.

¹⁴⁷ SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., titolo inglese *Governing through crime*.

¹⁴⁸ *Ivi*, p. 22.

¹⁴⁹ DE GIORGI A., *Introduzione all’edizione italiana*, in SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit. p. XXIII.

A parte le estremizzazioni cui giunge tale ipotesi ricostruttiva, sembra utile richiamare la riflessione di Simon sull'adozione da parte dei governi - non solo di quello statunitense - di uno stile politico che egli suggestivamente definisce "complesso accusatorio"¹⁵⁰. Con tale espressione, l'Autore intende riferirsi ad un modello di azione politica nel quale i governanti mettono al centro della propaganda e del programma politico il problema del controllo della criminalità, ponendosi, tuttavia, non dalla parte della imparziale e garantista funzione giudicante - anzi, screditata in quanto incapace di far fronte ai bisogni collettivi di sicurezza -, ma immedesimandosi nel ruolo dell'accusa. Le funzioni della pubblica accusa, pertanto, assurgono a paradigma del *modus operandi* della politica e dell'intera azione governativa, la quale gioca la sua possibilità di affermazione e di legittimazione esclusivamente, o prevalentemente, sul terreno della lotta alla criminalità, con conseguenze evidentemente esiziali per un diritto penale classicamente concepito come "*Magna Charta del reo*".

La politica, dunque, pone la questione criminale al centro della propria agenda esclusivamente per fini di consenso elettorale, inseguendo su questo terreno il "buon senso" dell'opinione pubblica e la domanda di maggiore criminalizzazione che da questa deriva, piuttosto che farsi guidare dalle opinioni dei giuristi, dei criminologi e delle altre professionalità competenti¹⁵¹. Le iniziative legislative in materia penale vengono, pertanto, tradotte in *slogan* ad uso e consumo dei *media* e dei cittadini-spettatori: "*Prison works* (il carcere funziona), *Three strikes and you're out* (tre volte e hai chiuso), *Truth in sentencing* (leggi che prevedono una reale corrispondenza tra reato e sanzione effettivamente scontata), *No frill prison* (il carcere deve essere duro), 'tolleranza zero', *Tough on crime, tough with the causes of crime* (duri col crimine, duri con le cause del crimine)"¹⁵²

Le ragioni di tale centralità della questione securitaria nei programmi politici dei governi sono rinvenibili nella strumentalizzabilità populistica del diritto penale, di cui abbiamo individuato le cause essenziali nel precedente paragrafo. Come già detto, il populismo penale, inteso come *discorso sociale*, e quindi come *normale* dinamica di funzionamento del problema criminale nello spazio sociale - a prescindere da patologiche strumentalizzazioni in senso demagogico -, si identifica con la capacità del reato, quale fatto lesivo di beni di primaria rilevanza, di porre una frattura immediatamente percepibile tra la vittima e il delinquente, e quindi di costituire un "popolo di innocenti",

¹⁵⁰ SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., p. 41.

¹⁵¹ GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., pp. 73 s.: "Fra le politiche penali si è diffusa oggi una corrente marcatamente populista che tende a screditare le *élites* professionali e degli esperti, e invoca invece l'autorità della 'gente', del senso comune, dell'importanza di 'tornare alle cose che contano'. La voce dominante non è più quella dell'esperto o del professionista, ma quella di chi soffre, di chi è poco considerato, soprattutto 'delle vittime' e delle persone piene di paure e di ansie".

¹⁵² *Ibidem*.

titolare di una domanda emotiva di pena, in relazione oppositiva al nemico-delinquente. Se nella ideale fisiologia di un sistema penale correttamente funzionante, i valori del garantismo costituzionale, veicolati dall'*establishment* politico e accademico, dovrebbero essere in grado di contenere e razionalizzare la domanda punitiva del popolo e quindi di disinnescare il conflitto - soprattutto nell'ottica del principio di sussidiarietà e quindi della priorità di più ampie politiche sociali che riescano ad incidere sulle cause strutturali dei disagi e della devianza -; nell'attuale *patologia populista*, l'irrazionalità della domanda securitaria conquista una posizione centrale nel dibattito pubblico. Essa viene, quindi, privilegiata dagli attori politici come strumento della propria affermazione - della propria operazione egemonica, secondo la terminologia di Laclau - , proprio per via della suddetta attitudine del fenomeno criminale alla costituzione immediata e simbolica di "un popolo" altrimenti inesistente in termini obiettivi - soprattutto nell'attuale stato di anomia e di declino delle etiche pubbliche -, e possibile solo in opposizione al nemico-delinquente.

La politica, quindi, pone la questione securitaria al centro dei suoi programmi per costruire e rendere coeso "il proprio popolo", in assenza di ideologie e visioni politiche complesse che possano fare lo stesso. Il reato diviene il simbolo per la coagulazione di singoli popoli in opposizione a determinati nemici¹⁵³: per far ciò, un populismo "di destra" farà ricorso prevalentemente a reati legati all'immigrazione e alla criminalità predatoria; un populismo "di sinistra", invece, ricorrerà prevalentemente a reati di corruzione o in cui vengono in gioco i diritti delle minoranze¹⁵⁴.

La possibilità di razionalizzazione della domanda sociale di pena e quindi delle scelte della politica criminale (fisiologia populista) cede il passo alla strumentalizzazione demagogica della irrazionalità della prima ad opera della seconda (patologia populista). Alcuni dei fattori economici e socio-culturali di tale degenerazione, per la loro complessità non analizzabili in maniera esaustiva in questa sede, sono noti a sociologi e filosofi, e sono così sintetizzabili:

- a) l'ascesa del neoliberismo. Nel ventennio successivo alla fine della seconda guerra mondiale, l'azione di governo delle democrazie occidentali fu improntata a politiche di *welfare-state* orientate alla realizzazione di un benessere inclusivo, che non trascurasse le esigenze delle clas-

¹⁵³ Sotto tale profilo, sembrano attuali le parole di DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 267: "La pena non serve - o non serve che secondariamente - a correggere il colpevole o a intimidire i suoi possibili imitatori; da questo duplice punto di vista è giustamente dubbia, e in ogni caso mediocre. La sua vera funzione è di mantenere intatta la coesione sociale, conservando alla coscienza comune tutta la sua vitalità".

¹⁵⁴ FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit. p. 99: "L'appartenenza al centro-destra sollecita, tendenzialmente, un impegno a muovere una guerra alla criminalità comune e alla criminalità da strada; mentre l'appartenenza al centro-sinistra induce, per lo più, a enfatizzare la lotta contro le mafie e, più in generale, contro la criminalità dei colletti bianchi".

si più deboli - ciò che è stato definito “progetto di solidarietà”¹⁵⁵. Parallelamente allo sviluppo di tali politiche economiche, si ebbe la programmazione di una politica criminale effettivamente funzionale alla rieducazione dei condannati e sensibile alla tutela dei loro diritti: tali politiche “riflettevano una disponibilità ad assumere dei rischi nei confronti dei devianti, e a ridurre il rischio che l’incarcerazione degli adulti potesse produrre danni ulteriori”¹⁵⁶. Con il commiato dalle politiche solidaristico-assistenziali e l’affermazione del neoliberalismo, da più parti si sottolineano le ripercussioni negative di quest’ultimo sulla legislazione penale. Le attuali politiche neoliberiste, difatti, si caratterizzano, in maniera solo apparentemente contraddittoria, per una riduzione dell’intervento statale in ambito economico, cui corrisponde un’espansione dello stesso nel settore penale. Si tratta, in realtà, dei due volti della medesima politica dell’emarginazione: dal punto di vista economico, si realizza, mediante la riduzione della spesa pubblica legata al *welfare*, l’esclusione degli individui e dei gruppi più deboli, in religiosa obbedienza all’imperativo della competizione e delle logiche di mercato; dal punto di vista del controllo sociale, la società non è più disposta a correre i rischi legati a forme di decriminalizzazione e a programmi di riabilitazione, e si realizzano così politiche criminali espansive, ove la funzione della pena è concepita in ottica neo-retributiva o di mera neutralizzazione¹⁵⁷.

¹⁵⁵ GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., pp. 118 s.: “L’assistenzialismo penale ottenne collaborazione - restituendone a sua volta - da una forma di Stato particolare, e da un tipo peculiare di relazione fra le classi. Esso operava all’interno di un contesto individuato di politiche economiche e sociali e interagiva con una pluralità di istituzioni contigue, le più importanti delle quali erano il mercato del lavoro e le istituzioni sociali del *welfare state*. [...] Sebbene il mercato e i poteri privati continuassero a influenzare moltissimi aspetti della vita economica dei due Paesi [Stati Uniti e Gran Bretagna], essi erano sempre più assoggettati alla regolamentazione statale. Le politiche governative del dopoguerra erano volte essenzialmente a mitigare i rischi del mercato capitalista, e a ridimensionare il conflitto economico, attraverso l’istituzione della previdenza sociale e di interventi assistenziali atti ad aumentare la sicurezza e a ridistribuire le risorse”.

¹⁵⁶ SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., p. 30; GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., p. 121, ove definisce tali politiche “assistenzialismo penale” in parallelo con le politiche assistenziali del *welfare-state*.

¹⁵⁷ SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, cit., p. 30: “Le nuove politiche penali che sono emerse negli anni ’80, e che fondono una gestione pragmatica del rischio ipoteticamente prodotto da popolazioni pericolose con una punitività populista, appartengono a un nuovo ordine politico, e sotto diversi aspetti lo consolidano. Questo nuovo ordine privilegia la responsabilità personale rispetto alla distribuzione collettiva dei rischi, predica una riduzione delle protezioni economiche, e promette - con una politica penale fortemente moralistica - una difesa quasi totale dalla criminalità”; CAVALIERE A., *Neoliberalismo e politica criminale repressiva*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 135: “Il passaggio da un’idea inclusiva di stato sociale di diritto ad una, escludente, di ordine capitalistico ha il corollario della difesa violenta ed armata, pubblica e/o privata, dell’ordine costituito nei confronti di contestatori, marginali e ‘molesti’. La sicurezza dei soli inclusi - anziché, come proponeva Sandro Baratta, dei diritti di tutti - si traduce nell’intolleranza nei confronti delle benché minime turbative da parte dei troppi soggetti esclusi o a rischio di esclusione/proletarizzazione”: PUIG S.M., *Evoluzione politica e involuzione del diritto penale*, in STILE A.M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, cit., p. 123: “Lo Stato neoliberale, sul piano economico, è uno Stato *non solidale*, tanto con i perdenti nell’economia che con i reati”.

b) il declino della fiducia nella politica e nelle procedure democratiche¹⁵⁸. Un'indagine del World Economic Forum del 2003 rilevava che “la fiducia sta diminuendo non solo nelle istituzioni di tutto il mondo, ma i *leader* stessi hanno subito un calo della fiducia pubblica nell'ultimo anno e oggi godono di meno fiducia rispetto alle istituzioni che guidano”¹⁵⁹. Tale fenomeno viene ricondotto, oltre che alla percezione sociale del sistema politico come corrotto - evidente in Italia, dove la stagione populistica viene inaugurata con Tangentopoli -, principalmente al passaggio dalle politiche di *welfare*, che hanno caratterizzato i governi del secondo dopoguerra, all'attuale neoliberalismo imperante, che, causando insicurezza lavorativa e disoccupazione, ha plasmato una società molto più precaria, aggravata dalla sensazione che “l'*establishment* politico non è più in grado di risolvere i problemi più elementari, [e] che i politici generalmente sono troppo assorbiti da se stessi per potersi adattare a un mondo in rapido mutamento”¹⁶⁰.

c) il declino della deferenza verso l'*establishment*, politico e intellettuale. Tale fenomeno può essere descritto come quella trasformazione socio-culturale in forza della quale “i valori e le opinioni delle *élite* che in precedenza erano stati accettati senza dubbio ora non solo non sono rispettati, ma possono provocare indignazione e derisione”¹⁶¹. È stato affermato che tale fenomeno è una conseguenza delle riforme sociali successive al 1945, che hanno innalzato il tenore di vita e il livello culturale della popolazione¹⁶². Fino agli anni '80 del secolo scorso, difatti, le opinioni espresse dalle *élites* intellettuali non solo erano rispettate, ma guidavano l'opinione pubblica, che ne riconosceva il valore in forza di una “superiorità culturale”, che era condivisa e non urtava il senso comune. A partire dalla fine degli anni '80, tale atteggiamento ha iniziato a scomparire, fino a una totale inversione di senso, che si manifesta oggi in una generale indiffe-

¹⁵⁸ PRATT J., *Penal populism*, p. 49; PRATT J., MIAO M., *Penal Populism: The End of Reason*, cit. p. 10: “Gli elettori diventano sempre più cinici nei confronti delle promesse dei politici e delle garanzie di un futuro migliore quando queste regolarmente non si concretizzano [...]. In effetti, piuttosto che portare un futuro migliore, le politiche del governo possono portare disastri a quei cittadini che vi aderiscono lealmente”.

¹⁵⁹ World Economic Forum, *Declining Public Trust Foremost a Leadership Problem*, 2003, citato in PRATT J., *Penal populism*, cit., p. 52.

¹⁶⁰ BETZ H.G., *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*, Mamillan, Basingstoke England, 1994, p. 41.

¹⁶¹ PRATT J., MIAO M., *Penal Populism: The End of Reason*, cit. p. 10.

¹⁶² *Ibidem*, ove riporta la tesi di NEVITTE N., *The Decline of Deference: Canadian Value Change in Cross National Perspective*, Broadview Press, Peterborough, 1996.

renza, se non aperta ostilità, nei confronti dell'*establishment* accademico e giudiziario, accusato di essere troppo distante dai bisogni della gente comune¹⁶³.

d) la fine delle grandi etiche pubbliche. Sul finire del secondo millennio, le “etiche di partito, di chiesa e di schieramento, laici e cattolici [...], o comunisti e cattolici, o in passato fascisti e comunisti, sono tutte quante divenute sempre più, se non concetti *storici*, quanto meno visioni *private* del mondo”¹⁶⁴, ovvero *Weltanschauungen* di singoli individui o di gruppi frammentati, incapaci di orientare la collettività nell’orizzonte della condivisione di un sistema di valori e di un programma di vita. Mancando un sistema extragiuridico di censura e di orientamento culturale, nel dibattito sociale attuale si “passa *immediatamente* da ciò che è reato a ciò che è lecito *in quanto* non delittuoso”¹⁶⁵, di modo che il diritto penale diviene l’unica etica pubblica possibile.

e) il potere dei *mass-media*. Negli ultimi venti anni del XX secolo i *mass-media* hanno subito notevoli trasformazioni che hanno inciso sensibilmente sulla percezione sociale del crimine, sul senso di insicurezza legato alla criminalità e quindi sull’exasperazione della domanda sociale di pena. I principali cambiamenti individuati dal criminologo neozelandese John Pratt sono i seguenti:

aa) privatizzazione dei *media*. Fino agli anni ’80, in Stati come Gran Bretagna, Francia, Germania, oltre che in Italia, le reti televisive rientravano nel monopolio statale. A partire da quegli anni, si è assistito ad una lenta ma inarrestabile liberalizzazione, la quale ha comportato, come ovvia conseguenza, l’irruzione nella programmazione dei palinsesti televisivi di logiche di mercato, più attente all’*audience* e alla pubblicità che alla qualità delle trasmissioni. Tali trasformazioni hanno determinato l’incremento dei programmi relativi alla criminalità e delle notizie di cronaca nera nei telegiornali, e ciò essenzialmente perché tali tipologie di notizie si prestano meglio alla conquista dell’*audience*, grazie al loro carattere sensazionalistico, e quindi alla loro naturale capacità di attrarre pubblico¹⁶⁶.

bb) la glamourizzazione (*glamourization*) dei *media*. Con tale espressione si intende una radicale trasformazione dei programmi televisivi dedicati alla criminalità, che, al fine di renderli più

¹⁶³ PRATT J., *Penal populism*, pp. 37 ss.; GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., pp. 258 s.: “Dagli anni Settanta, i professionisti del *welfare* hanno visto declinare il loro prestigio e la loro influenza politica, un declino che segna una crisi generalizzata del *welfare state* e delle competenze sociali esperte che sono state un suo punto di forza. [...] I professionisti della giustizia penale, le cui politiche e ideologie erano state accusate di aver contribuito all’aumento dei tassi di criminalità e al fallimento istituzionale, non sono potuti sfuggire al declino, e hanno attraversato un periodo di profonda demoralizzazione in conseguenza di queste critiche”.

¹⁶⁴ DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi Editore, Modena, 2019, pp. 31 s..

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 13.

¹⁶⁶ PRATT J., *Penal populism*, pp. 71 ss

appetibili al pubblico, ne ha determinato una degenerazione dal punto di vista della qualità dei contenuti. Negli anni '50 programmi come *The Brain Trust* in Inghilterra affrontavano diverse questioni sociali e politiche, tra cui la criminalità, sottoponendole all'attenzione di accademici ed esperti, e quindi da un punto di vista professionale che risulterebbe noioso per il pubblico contemporaneo e dunque inadeguato alle attuali dinamiche dell'informazione. Successivamente, si è assistito alla diffusione di programmi come *Crimewatch* della CBC o "Chi l ha visto?" in Italia, con i quali, sotto l'imperativo delle logiche dell'*audience* e della pubblicità, il problema della criminalità viene personalizzato e semplificato, concentrando l'attenzione sugli aspetti emotivi e sulla sofferenza delle vittime, piuttosto che sull'analisi dei fatti e delle cause dei fenomeni¹⁶⁷. Ciò ha inciso inevitabilmente sulla percezione sociale della criminalità, fomentando la componente irrazionale che contraddistingue la reazione collettiva alla devianza¹⁶⁸;

cc) la destatisticalizzazione (*destatisticalation*) dei *media*, ovvero la prassi di diffondere notizie ed analizzare il fenomeno criminale senza far ricorso a dati statistici, ma puntando esclusivamente alla spettacolarizzazione mediante la personalizzazione e la semplificazione degli accadimenti¹⁶⁹. Ciò, evidentemente, determina una percezione sociale del fenomeno criminale distorta, non corrispondente a realtà. A più riprese la dottrina sottolinea che le statistiche sulla criminalità evidenziano come "il numero dei delitti, in particolare di quelli contro la persona - omicidi, risse, violenze, lesioni - è diminuito, in proporzione alla popolazione, rispetto a qualche decennio fa e ancor più rispetto a qualche secolo fa"; eppure cresce la percezione sociale dell'insicurezza, "enfaticizzata e sollecitata da quella fabbrica della paura che è diventata la televisione"¹⁷⁰.

dd) la democratizzazione dell'informazione con i *social media*. Con la diffusione globale di *social network* come *Facebook* (2004) e *Twitter* (2006), e in effetti ancor prima con la comparsa di programmi radiofonici e televisivi in cui si dava spazio ad interventi del pubblico (c.d. *talk back radio/TV*), si è avuta l'irruzione, ormai dilagante e incontenibile, della 'gente comune' nella forma-

¹⁶⁷ PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 495, ove l'Autore parla di "comunicazione emotigena del fenomeno, di cui vengono stereotipizzati come caratteristici i tratti, viceversa, eccezionali".

¹⁶⁸ PRATT J., *Penal populism*, pp. 75 ss; ANSELMINI M., *Populismo e Populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMINI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 17; GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., pp. 267 s.: "Le paure e i risentimenti, parzialmente inconsci, che contraddistinguono la vita nella società contemporanea, trovano uno sbocco culturale nello schermo televisivo, dove vengono rappresentati sotto forma di storie di vendette e di racconti moraleggianti, crimini e punizioni, criminali trascinati davanti alla giustizia e atrocità che provocano sdegno richiedono nuove forme di catarsi. Indubbiamente, queste rappresentazioni mediatiche danno forma e modulazione emotiva alla nostra esperienza della criminalità, conformemente alla struttura e ai valori dei media".

¹⁶⁹ PRATT J., *Penal populism*, pp. 85 ss; ANSELMINI M., *Populismo e Populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMINI M., FALCINELLI D., *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 18.

¹⁷⁰ FERRAJOLI L., *Democrazia e paura*, cit., pp. 115 s..

zione e nella guida della stessa opinione pubblica. Il ruolo che in passato era riservato ad esperti ed intellettuali, ora viene diffuso nella popolazione, i cui componenti ‘attivi’ non solo possono esprimere facilmente e in ogni momento la propria opinione nei confronti di un vasto uditorio, ma possono anche fabbricare proprie notizie, molto spesso orientate al cospirazionismo¹⁷¹. Ciò determina, da un lato, l’invasione di campo della incompetenza e della semplificazione, in luogo dell’analisi approfondita e non banalizzante, e, dall’altro, la costruzione di una politica camaleontica, che insegue e si adatta alle mutevoli opinioni espresse sui *social media*: si assiste a un “processo di distrazione di massa, in cui una smisurata auto-affermazione prende il posto dell’approfondimento razionale e del dibattito sui temi pubblici” ed in cui “la politica si adatta e si fa misura del cittadino, o meglio a sua immagine”¹⁷².

Queste sono alcune delle fondamentali trasformazioni sociali che sono all’origine dell’attuale deriva populistica nella gestione della questione criminale. Tali fattori socio-culturali, difatti, agiscono in due direzioni: verso il basso, trasformando la società civile, e verso l’alto, trasformando la classe politica.

Per quanto riguarda la prima prospettiva, l’operare congiunto dei suddetti fenomeni costringe la società in una condizione che è stata definita di “assedio della paura”¹⁷³. La paura sembra essere il sentimento caratterizzante, il tratto distintivo della condizione post-moderna, al punto che, con le parole di Bauman, “L’unico esito assicurato sembra essere una sensazione sempre più universale e condivisa di insicurezza e incertezza”¹⁷⁴. La paura come condizione esistenziale - alimentata dalla sempre più radicata individualizzazione, dalla fine delle etiche pubbliche, dalla volatilizzazione di capisaldi della sicurezza moderna, come famiglia e lavoro a tempo indeterminato - e, nello specifico, la paura della criminalità - esasperata dalle incertezze esistenziali e dalla manipolazione massmediatica - fomentano irrazionalità, producono una domanda sociale di pena refrattaria ad ogni forma di razionalizzazione da parte delle istituzioni.

Dall’altro lato, da più parti si rileva come la politica abbia rinunciato a governare, ovvero a coltivare ed attuare una visione programmatica della società, preferendo farsi guidare dall’idea de-

¹⁷¹ PRATT J., MIAO M., *Penal Populism: The End of Reason*, cit. p. 18; PRATT J., *Penal populism*, pp. 80 ss..

¹⁷² CALISE M., MUSELLA F., *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019, pp. 79 s..

¹⁷³ FERRARIS A.O., *L’assedio della paura*, Editori riuniti, Roma, 1983, .

¹⁷⁴ BAUMAN Z., *La società dell’incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 19.

magica e, in fondo, neoliberista, per la quale la società debba essere solo assecondata¹⁷⁵. La classe politica, sempre più sorda ai consigli di intellettuali e professionisti e molto più attenta all'opinione pubblica, abdica alla propria funzione di mediazione tra il popolo e il diritto, essenzialmente perché poco utile, anzi dannosa, in termini di consenso elettorale.

Di conseguenza, in assenza della mediazione politica, e a causa di una informazione di massa generatrice di irrazionalità e passioni punitive, i principi del garantismo costituzionale perdono la propria funzione di orientamento culturale nei confronti della collettività. È questa la dinamica essenziale, a nostro parere, che contribuisce alla degenerazione del populismo penale, inteso nei termini suddetti di discorso sociale, nell'attuale strumentalizzazione demagogica della questione criminale.

3.1. Fisiologia populista: legislazione strumentale e funzione generalpreventiva positiva della pena.

Nei prossimi paragrafi, intendiamo evidenziare il nesso tra populismo penale e legislazione simbolica: il populismo penale, inteso come complesso fenomeno socio-politico, produce, sul piano normativo, una legislazione meramente simbolica.

Partendo dal suo opposto, procediamo con l'analisi delle caratteristiche di una legislazione penale strumentale, ovvero di un diritto penale improntato alla tutela di beni giuridici¹⁷⁶, e quindi

¹⁷⁵ VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, cit., pp. 202: “Nel secolo in cui viviamo le società hanno perso l'idea che debbano essere governate dalla politica, anche perché la politica (a differenza del secolo scorso) sembra aver rinunciato all'idea che la propria funzione sia quella di governare la società, soppiantando questa idea con l'altra per la quale la società dev'essere sempre e comunque assecondata. Il governo avrebbe la funzione di assecondare le spinte sociali evidenti, quelle che emergono dai sondaggi di opinione, dai dibattiti televisivi, dai *social network*”; INSOLERA G., *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, dibattito AIPDP, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2016, p. 37: “L'illusione populista nasce proprio dall'idea che la politica non abbia alcuna funzione di controllo e mediazione dei conflitti sociali, ma debba limitarsi a rispondere alle domande via via espresse dalla comunità, vere o presunte che siano”; TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale*, cit., pp. 269 s.: Nelle fasi storiche populistiche la *politica* smarrisce il proprio ruolo di mediazione dei conflitti sociali, la propria funzione ‘civilizzatrice’ e di governo di insicurezza e pretese della comunità. Si de-politicizza, diviene non-politica, limitandosi ad assecondare - senza filtro - le richieste della comunità, tra cui quelle di tutela penale; anzi alimentando le relative *paure*, in modo da acquisire/mantenere consenso”.

¹⁷⁶ BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV. *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi teorico-giuridici, II*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 39: “In tutte le teorie strumentali la funzione utile della pena è la difesa dei beni giuridici e della società. Ciò significa: il controllo dei comportamenti delittuosi dovrebbe manifestarsi, in pratica, in una diminuzione *rilevante* del loro numero”; BONINI S., *Funzione simbolica della pena nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 37 s.: in accordo alle teorie strumentali della pena, “la norma penale è uno strumento che serve a proteggere *beni giuridici* o in ogni caso a garantire un *preesistente e riconoscibile* scopo di tutela [...], e non risulta per converso legittimata ad assolvere ‘missioni’ educative o etico-sociali”.

effettivamente “orientato alle conseguenze”¹⁷⁷. Si tratta del paradigma classico di un diritto penale fondamentalmente ispirato all’idea dello scopo, per cui la pena, in quanto “spada a doppio taglio”, ovvero mezzo lesivo dei beni del delinquente, deve essere finalizzata alla tutela dei beni della collettività: “L’idea dello scopo esige l’adeguamento del mezzo al fine e la massima economia nella sua utilizzazione”¹⁷⁸.

Dal punto di vista della politica criminale, i criteri fondamentali che devono guidare il legislatore al fine della realizzazione di tale modello, sono in ordine logico:

a) il principio di offensività, in forza del quale la condotta incriminata deve esprimere una lesione o un pericolo per un bene giuridico meritevole di tutela penale¹⁷⁹. Una delle principali problematiche, a questo proposito, è, come noto, quella relativa all’individuazione di un fondamento meta-positivo dei valori meritevoli di tutela penale, ovvero di un loro ancoraggio preesistente e trascendente la scelta di criminalizzazione del legislatore, che permetta alla categoria dell’oggetto giuridico di svolgere una effettiva funzione critico-garantista nei confronti delle opzioni di politica criminale. A parte il complesso dibattito tra le c.d. teorie materiali o sostanziali del bene giuridico - non oggetto della presente analisi -, bisogna ricordare la teoria del bene costituzionalmente rilevante elaborata da Franco Bricola, secondo la quale, argomentando a partire dall’affermazione della inviolabilità della libertà personale ad opera dell’art. 13, comma 1 Cost., e del rango costituzionale della dignità personale, su cui la pena incide, “la sanzione penale può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale”¹⁸⁰. Quanto al concetto di rilevanza costituzionale, invece, l’Autore precisa che esso non va inteso semplicemente come “non antiteticità del bene rispetto alla Costituzione, bensì come

¹⁷⁷ HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1986, pp. 429 s., ove l’Autore propone la distinzione, “all’interno dell’orientamento relativo alle conseguenze, tra conseguenze esterne ed interne e di considerare quest’ultime effetti che riguardano l’ambito interno del sistema giuridico (leggi, interpretazioni delle leggi, teorie dogmatiche) e di escluderle dal concetto di conseguenze”. Al fine di meglio comprendere tale distinzione, l’Autore aggiunge: “Il criterio distintivo per eccellenza delle conseguenze esterne (e con ciò anche di un diritto penale preventivo) è la loro descrivibilità empirica, vale a dire, il loro realizzarsi nel tempo e nello spazio e l’osservabilità di tale realizzazione con l’ausilio di strumenti propri del metodo empirico”; ne sono manifestazione principale “fenomeni quali la circoscrizione della criminalità in un determinato ambito e spazio temporale o una attenuazione della propensione a delinquere di un individuo”.

¹⁷⁸ VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 46.

¹⁷⁹ Parla di “politica dei beni giuridici” PULITANÒ D., *Politica criminale*, cit., pp. 31 ss..

¹⁸⁰ BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. it.*, 1973, p. 15.; Sull’aggancio costituzionale del bene giuridico anche ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983; FIANDACA G., *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, cit., pp. 139 ss..

assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale”¹⁸¹.

1. Le critiche mosse a tale teoria sono diverse, e principalmente, da un lato, l'eccessiva rigidità derivante dalla limitazione dei beni giuridico-penali al *numerus clausus* dei diritti e dei valori sanciti in Costituzione, con la conseguente negazione della tutela penale ai nuovi valori emergenti nella dinamica evolutiva del contesto sociale; dall'altro, la vaghezza del concetto di bene costituzionale implicito, la quale andrebbe a svuotare tale categoria di ogni capacità limitativa dell'attività del legislatore¹⁸². Per tali motivi, pur nella consapevolezza della problematicità della questione, sembra, tuttavia, più fondata una tesi che permetta un dialogo tra i valori costituzionali, espressione di un consenso sociale minimo e fondamentale, e le nuove situazioni di valore emergenti a seguito delle trasformazioni culturali in una determinata società. Secondo tale teoria del “bene costituzionalmente non incompatibile”, dunque, saranno meritevoli di tutela penale, oltre ai beni costituzionalmente rilevanti, anche i nuovi valori emergenti dal contesto socio-culturale purché non contrastanti con la Costituzione, la quale viene qui a svolgere una funzione (anche) di limite negativo rispetto alla possibilità del legislatore di apprestare tutela penale alle situazioni di valore indicate dal consenso sociale¹⁸³. Il rispetto di tale principio, dato il suo ancoraggio costituzionale agli artt. 2, 3, 13, 25, commi 2 e 3, 27, commi 1 e 3, Cost., determina la *legittimità* della norma incriminatrice;

b) il principio di sussidiarietà, secondo cui il legislatore dovrebbe ricorrere allo strumento penale (e, nell'ambito di questo, alla pena detentiva) in via di *extrema ratio*, e quindi solo laddove si rilevino inadeguati altri strumenti di controllo sociale, sul piano amministrativo, civile, e delle politiche sociali idonee ad intervenire sulle cause strutturali della devianza: “La politica sociale è la miglior politica criminale, il diritto penale è l'*extrema ratio* della politica sociale”¹⁸⁴.

¹⁸¹ BRICOLA F., *Teoria generale del reato* in *Noviss. Dig. it.*, 1973, p. 16.

¹⁸² MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Milano, 2020, pp. 202 ss.; ID., *Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, in CANESTRARI S. (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 Maggio 1995)*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 244 s.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 69 ss.; FIANDACA G., *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, cit., pp. 139 ss.; PULITANÒ D., *Politica criminale*, cit., pp. 31 ss..

¹⁸³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 202 ss.; ID., *Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, cit., pp. 244 s.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., pp. 69 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 231 ss.; PULITANÒ D., *Politica criminale*, cit., pp. 31 ss. Parla di “sistema aperto” alla realtà sociale MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 175 s.: “Si tratta, dunque, di ‘situazioni di valore’ offendibili e tutelabili, la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto. [...] Si vuole configurare un sistema ‘aperto’, che sia, cioè, capace di adattarsi alle concrete contingenze della tutela penale, tenendo effettivamente presente la realtà sociale entro cui va ad operare. Le valutazioni ordinamentali non sono, dunque, cristallizzate in un modulo normativo immodificabile, ma, attraverso la clausola aperta dell’art. 2 Cost., è possibile il loro adeguamento all’evoluzione di rapporti sociali”.

¹⁸⁴ MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 477.

Considerato il sacrificio di beni fondamentali del reo imposto dalla sanzione penale, anche al principio di sussidiarietà viene riconosciuto aggancio costituzionale negli artt. 2, 3, 13, 25, commi 2 e 3, Cost.¹⁸⁵. A tale principio corrisponde la *necessità* della tutela penale, da intendersi non come obbligo costituzionale di criminalizzazione, ma come inesistenza/impraticabilità di soluzioni alternative;

c) il principio di effettività, inteso “come esigenza che la - comunque *costosa* - opzione penale riveli [*ex ante*] *chances* razionalmente *accettabili* (tali cioè da compensare i costi) ed empiricamente *verificabili* [*ex post*] di raggiungere lo scopo di tutela della collettività (*id est*, del bene giuridico di tutela meritevole)”¹⁸⁶. A tale principio corrisponde, dunque, la valutazione di *convenienza* della scelta di criminalizzazione a fronte dei suoi costi sociali: “A costi ben noti (il ‘sacrificio’ dell’autore) devono contrapporsi benefici (la tutela effettiva del bene) per lo meno dotati, in alto grado, di plausibilità”¹⁸⁷. Anche a tale principio è riconosciuto rilievo costituzionale, giacché l’ineffettività di una norma incriminatrice “non è solo espressione di disfunzionalità”, ma si rivela contraria “sia al canone *in dubio pro libertate*, sia agli stessi principi di eguaglianza e solidarietà sociale (artt. 13, 25, 3 e 2 Cost.)”¹⁸⁸.

d) il principio di proporzionalità, secondo cui la pena deve essere misurata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato. Anche tale principio trova fondamento costituzionale nel criterio di ragionevolezza *ex art 3 Cost*, nonché negli artt. 13, 27, commi 1 e 3 Cost.¹⁸⁹.

Ad una politica criminale orientata secondo tali principi corrisponde un diritto penale che rifugge da teorie assolute della pena, in quanto fini a se stesse e disancorate dall’idea dello scopo, in favore di teorie preventive, e nello specifico di quella che è stata autorevolmente definita funzione

¹⁸⁵ MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 112.

¹⁸⁶ PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, cit., p. 462.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 464; MARINUCCI G., *L’abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 341: “Se il paradigma di un diritto penale razionale soppianta davvero quello retribuzionistico, la progettazione penalistica deve sottostare al controllo degli obbiettivi e delle forme di tutela, in termini di *praticabilità ed efficienza*”, in coerenza con un modello epistemologico in cui “la scienza penale si integra con gli apporti delle più diverse discipline (criminologia, criminalistica, penologia, diritto processuale, organizzazione amministrativa ecc.)”; Cfr. il concetto di “diritto penale orientato alle conseguenze” in HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, cit., p. 417.

¹⁸⁸ PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, cit., p. 471; *Ivi*, p. 445: “*Quanto più* sporadiche e marginali sono le applicazioni concrete di una legge penale (ineffettiva), *tanto meno* ogni singola applicazione si legittima. E ciò, principalmente, per due ordini di ragioni: a) perché in tal caso il singolo reo assume *nella realtà* - e non solo nelle rappresentazioni della psicologia sociale - il ruolo di ‘*capro espiatorio*’; b) perché le ‘vittime’ di una legislazione penale ineffettiva *non* sono affatto *casualmente* scelte ‘dal mucchio’ dei trasgressori, ma emergono, secondo note costanti, dal processo - in questo caso spietato - della selezione con connotati sociale ben precisi: ‘*lo show* di energia statale [...], infatti, colpisce soltanto gli *outsiders*, isolati individui privi di rango sociale”.

¹⁸⁹ *Ex multis*, FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 746; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 794; MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 93 ss..

di integrazione sociale, ovvero una teoria eclettica della pena che accoglie al suo interno le componenti positive della prevenzione, speciale e generale¹⁹⁰.

Mettendo da parte la funzione di risocializzazione, che, unica ad essere espressamente prevista in Costituzione (art. 27, comma 3, Cost.), costituisce la “stella polare” della costruzione dogmatica in senso teleologico e del sistema penale nel suo complesso¹⁹¹, ai fini della nostra analisi interessa in particolare modo la funzione di prevenzione generale positiva.

Ampiamente condivisa in dottrina¹⁹², tale teoria sostiene che “la sanzione penale, come espressione concreta di disapprovazione da parte della società per l’atto avuto di mira, contribuisce a formare e fortificare il codice morale del pubblico, creando così delle contropinte coscienti e incoscienti alle spinte criminose”¹⁹³. Si tratta, dunque, di una funzione di orientamento socio-culturale svolta dalla norma incriminatrice, nel senso di aggregazione e rafforzamento del consenso sociale¹⁹⁴ rispetto ai giudizi di disvalore espressi dalle scelte di criminalizzazione, diversamente declinabile nelle tre fasi di attuazione del diritto penale: minaccia legale, inflizione ed esecuzione della pena.

¹⁹⁰ MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 109 ss..

¹⁹¹ Cfr. Corte Costituzionale sent. 313/1990, n. 8: “La necessità costituzionale che la pena debba ‘tendere’ a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo ‘tendere’ vuole significare è soltanto la presa d’atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione”.

¹⁹² FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Milano, 2018, pp. 63 ss.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 754 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 18 s.; PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 52 ss.; *Id.*, *Politica criminale*, cit., pp. 19 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 684; MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 61 ss.; HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, cit., pp. 417 ss.; ; *Id.*, *Perchè punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 96 ss.; ; MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1982; ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.

¹⁹³ ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, p. 269.

¹⁹⁴ DE FRANCESCO V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in CASTALDO A., DE FRANCESCO V., DEL TUFO M., MANACORDA S., MONACO L. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 20 ss.: nel nome della prevenzione generale positiva “viene ristabilita e rinnovata la fiducia dei cittadini nell’ordinamento, preservata, sostenuta e rafforzata la coscienza giuridica della collettività, consolidata la fedeltà alla legge, ribadita e convalidata la vigenza delle singole norme e assecondata la loro interiorizzazione da parte dei consociati; ma si stabilizza anche la capacità orientativa dei modelli comportamentali contenuti nei comandi penali, si promuove l’educazione e l’assuefazione al rispetto delle prescrizioni normative, si favoriscono scelte comportamentali conformi al diritto e si agevola l’integrazione sociale; la [prevenzione generale positiva] è altresì un importante fattore di orientamento morale e socio-culturale, coopera alla coesione del sistema socio-politico, conferisce all’aggregazione sociale la sua propria identità collettiva, comporta un effetto soddisfacente nei confronti della vittima e appaga i bisogni di pena presenti nella comunità, concorrendo così all’elaborazione del conflitto nascente dal reato; e l’elencazione potrebbe continuare”.

Per quanto concerne il piano della comminatoria legale, la funzione di orientamento culturale della pena assume qui diversi significati¹⁹⁵, già individuati nei primi studi di Johannes Andenaes¹⁹⁶ e sintetizzabili come:

a) effetto di convalida normativa. La norma incriminatrice agisce, sotto questo profilo, quale formalizzazione istituzionale di un giudizio di disapprovazione già condiviso sul piano sociale nei confronti di una determinata condotta. Essa, dunque, in forza dell'autorevolezza e della gravità della sanzione penale - reazione statutale maggiormente lesiva dei beni individuali -, avrà l'effetto di convalidare e rafforzare la coscienza pre-giuridica del disvalore del fatto incriminato¹⁹⁷, inducendo i consociati ad astenersi dalla condotta in questione in maniera sempre più convinta e diffusa;

b) effetto “*moral eye opener*”. Andenaes descrive tale effetto come la possibilità che l'incriminazione di una condotta renda “i cittadini più consapevoli del suo carattere socialmente dannoso”¹⁹⁸ e quindi “apra loro gli occhi” sul punto, sensibilizzando le coscienze riguardo al disvalore del fatto. Si tratta, pertanto, di una sfumatura, per così dire, “propulsiva” dell'effetto di convalida normativa, in quanto, da questo punto di vista, la norma incriminatrice non procede ad inculcare nella società valori che non le appartengono o che addirittura essa rigetta, ma si limita a sensibilizzarla rispetto a giudizi di disapprovazione di determinate condotte già diffusi nella collettività, sebbene in maniera non ancora fortemente radicata e condivisa. Andenaes ipotizza un simile effetto, ad esempio, rispetto alle norme incriminatrici della guida in stato di ebbrezza, introdotte in Norvegia, affermando che “la legislazione è stata determinante nel formare o sostenere la convinzione diffusa che sia sbagliato, o irresponsabile, mettersi al volante quando si è ubriachi”¹⁹⁹. Si tratta, a ben vedere, di un effetto riscontrabile soprattutto in una prospettiva

¹⁹⁵ Oltre agli effetti morali diretti, riportati nel testo, Johannes Andenaes individua anche quelli che definisce “effetti morali indiretti” della pena, ovvero: a) l'effetto di neutralizzazione dei cattivi esempi, che, tuttavia, è, a nostro parere, una conseguenza non della previsione normativa della pena, ma della sua concreta inflizione (v. *infra*, in questo paragrafo); b) la creazione di un impianto assiologico generalmente condiviso nella società, che permette e agevola l'educazione morale degli individui, soprattutto nelle fasi più delicate della giovinezza (*Criminal Law Shapes the Framework for Moral Education*): “Sarebbe difficile insegnare l'onestà, la non violenza e simili valori positivi in una società in cui queste regole sono state apertamente e comunemente infrante senza punizioni”. Cfr. ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, in *Journal of Social Issues*, vol. 27, n. 2, 1971, pp. 25 s..

¹⁹⁶ ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, cit., pp. 265 ss.; ID., *The general preventive effects of punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, n. 7, 1966, pp. 949 ss.; ID., *The moral or educative influence of criminal law*, cit., pp. 17 ss.; ID., *General prevention revisited: research and policy implications*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 66, n. 3, 1976, pp. 338 ss.

¹⁹⁷ ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, cit., pp. 22 s.; ID., *General prevention revisited: research and policy implications*, cit., p. 341.

¹⁹⁸ ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, cit., p. 22.

¹⁹⁹ ANDENAES J., *The general preventive effects of punishment*, cit., p. 969.

di lungo termine, divenendo con il passare del tempo sempre più evidente l'interiorizzazione dei contenuti precettivi da parte della comunità: com'è stato suggestivamente affermato, "la legislazione di una generazione può diventare la morale di quella successiva"²⁰⁰.

c) effetto-abitudine (*habitulative-effect*), che Andenaes definisce quale effetto secondario della comminatoria penale²⁰¹. In un primo momento, difatti, vengono in rilievo i motivi consci dell'osservanza della legge da parte dei consociati, collegati essenzialmente all'effetto deterrente e socio-pedagogico della norma; quest'ultimo nel suo significato essenziale di convalida normativa in senso rafforzativo e propulsivo del codice etico-sociale pubblico. Solo laddove tali effetti abbiano avuto esito positivo, la ripetizione costante di condotte conformi alla legge costruirà un'abitudine in tal senso, in modo da creare inibizioni inconsce contro il crimine, e quindi una condizione di "liceità abituale": "In questo caso, le azioni illecite non si presenteranno consapevolmente come vere alternative alla conformità alla legge, anche in situazioni in cui il potenziale criminale non correrebbe alcun rischio di essere catturato"²⁰².

Tale funzione di orientamento culturale, così definita sul piano descrittivo-sociologico, risulta sostenibile, altresì, sul piano del dover essere, e quindi giuridico-prescrittivo, in quanto in relazione armonica con i suddetti principi di una politica criminale da stato sociale di diritto.

In primo luogo, vengono in rilievo i principi di offensività e di meritevolezza della tutela penale, così come sopra delineato. La funzione di prevenzione generale integratrice pretende che il fatto incriminato sia offensivo di un bene giuridico significativo, così come avvertito dalla coscienza sociale²⁰³. Se è vero che "con il consenso sociale [...] non è ancor detto [...] che sia lecita qualsiasi norma, ma senza il consenso non ne è lecita alcuna"²⁰⁴, tale affermazione è ancora più fondata nell'ottica di un sistema penale teleologicamente preordinato alla realizzazione della funzione di integrazione sociale della pena.

²⁰⁰ ANDENAES J., *General prevention revisited: research and policy implications*, cit., p. 341.

²⁰¹ *Ivi*, p. 342.

²⁰² ANDENAES J., *The general preventive effects of punishment*, cit., p. 951

²⁰³ Sul presupposto del fondamento sociale del precetto penale: ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, cit., pp. 17 ss.; ANDENAES J., *General prevention revisited: research and policy implications*, cit., pp. 338 ss.; GIBBS J.P., *Crime, Punishment and deterrence*, in *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, n. 4, 1968, pp. 515 ss.; MOCCIA S., *diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 61 ss.; FIANDACA G. MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 23 ss.; MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit., p. 83; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., p. 9; HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, cit., p. 434, ove parla di funzione di "salvaguardia di quelle norme che per una società sono irrinunciabili"; MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, cit., pp. 80 s.. Nella manualistica: FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 64; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 755; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 769.

²⁰⁴ ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 421.

Ricerche empiriche, infatti, dimostrano che uno dei fattori incidenti sull'effetto di orientamento culturale della pena è la "legittimazione della legge" percepita nel contesto sociale, anche definita "prestigio della legge"²⁰⁵, intendendosi con tali espressioni il livello di adesione della società ai contenuti precettivi delle norme incriminatrici e al sistema penale nel suo complesso. Solo laddove i valori tutelati dalla norma incriminatrice siano già avvertiti nel contesto sociale, la previsione normativa della sanzione potrà svolgere il suddetto effetto di convalida normativa, in senso rafforzativo e propulsivo. Sotto tale profilo, è stato autorevolmente affermato che "fra coscienza sociale e imperativi giuridico-penali tende a instaurarsi un rapporto circolare: una legge penale che affondi le sue radici nella coscienza sociale può ambire al tempo stesso a plasmarla"²⁰⁶. La circolarità di cui si parla può essere espressa nei seguenti termini: il giudizio positivo sulla meritevolezza di tutela di determinati beni e di disapprovazione rispetto alle condotte lesive degli stessi deve pre-esistere alla norma incriminatrice nel consenso sociale, per cui il legislatore che voglia introdurre una nuova incriminazione dovrà interrogare la sensibilità sociale a riguardo, poiché solo in tal modo avrà *chances* concrete di orientare il comportamento dei consociati; una volta introdotta una norma incriminatrice in tal modo ancorata alla coscienza sociale, essa sarà in grado di rafforzare la condanna sociale delle condotte incriminate e, nel tempo, anche di plasmare ed indurre tale disapprovazione in quella porzione di società che non la condivideva in origine. Si esclude, pertanto, che la norma incriminatrice possa produrre un'aggregazione di consensi intorno a disvalori, poiché "un tale effetto aggregativo si ha solo se la norma si innesta in un contesto di *Kultur* diffusa tra i consociati"²⁰⁷. In altre parole, è da escludere che, mediante la funzione di prevenzione generale integratrice, "si possa sperare di inculcare valutazioni artificiali sol perché piaccia al legislatore", e ciò in quanto "più che creare *ex nihilo* si tratta di svegliare una sensibilità innata forse sopita, di rafforzarla, di impedire che si dissolva"²⁰⁸.

La funzione di prevenzione generale positiva si pone, altresì, in relazione armonica con il principio di sussidiarietà: la prima pretende il secondo, in quanto ad essa strumentale. Il processo di

²⁰⁵ ANDENAES J., *General prevention revisited: research and policy implications*, cit., p. 342; ID., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, cit., p. 34.

²⁰⁶ PEDRAZZI C., *Diritto penale. Scritti di parte generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 157. Negli stessi termini, anche EUSEBI L., *La pena in crisi*, cit., p. 63: "Il rapporto fra norma penale e morale sociale si rivela essere biunivoco. Da un lato, il riconoscimento 'di principio' dei valori fondamentali - che trova espressione nelle Costituzioni - precede la loro eventuale tutela penale, e dunque non può essere affidato alla forza 'moralizzatrice' del sistema dei reati. Dall'altro lato, il fine generalpreventivo tende ad incidere sul riconoscimento 'di fatto' dei medesimi valori nella prassi comportamentale dei singoli cittadini".

²⁰⁷ MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 64.

²⁰⁸ PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 30.

ipercriminalizzazione che caratterizza l'attuale contesto normativo, il quale tende alla trasformazione del diritto penale da *ultima a prima ratio* della politica sociale contro la criminalità, si rivela, difatti, disfunzionale rispetto al suddetto effetto di prevenzione generale, per due motivi essenziali: sul piano astratto, l'ipertrofia normativa genera confusione a livello legislativo e interpretativo, produce un "intorbidamento generalizzato della normazione penale"²⁰⁹, il quale rende difficile la distinzione delle attività lecite dalle illecite, compromettendo in tal modo la funzione di orientamento sociale; sul piano concreto-amministrativo, allo sviluppo pletorico della legislazione penale si accompagna la sua ineffettività in concreto, a causa della mancanza dei mezzi per la sua applicazione, con evidenti conseguenze negative sulla credibilità del sistema penale nel suo complesso. Se la comunicazione legislativa del disvalore di una determinata condotta (funzione general-preventiva della norma penale) non viene confermata al momento dell'inflizione della pena, è evidente che la prima perde di serietà, con conseguente compromissione della capacità di orientare il comportamento dei consociati. Vengono in rilievo, sotto tale profilo, considerazioni relative alla funzione di prevenzione generale integratrice nel momento dell'inflizione della pena, di cui si dirà a breve.

Per quanto concerne, invece, il principio di effettività, l'effetto generalpreventivo della norma viene qui a coincidere con la stessa effettività. Se intendiamo, difatti, l'effettività in senso normativo come "validità funzionalistica della *norma di comportamento* incriminatrice (*Verhaltensgeltung*) verificata sul rapporto tra situazione fattuale ottenuta e situazione di dovere perseguita", ovvero, in altri termini, come "capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dei consociati, di orientarne le condotte"²¹⁰, allora tale nozione di effettività della norma viene a coincidere con l'effetto generalpreventivo da essa esplicato, e, per quanto qui interessa, con la sua componente positiva.

La funzione di prevenzione generale integratrice, infine, implica necessariamente la proporzionalità tra la pena edittale e la gravità oggettiva e soggettiva del reato. E ciò per due ordini di ragione: *in primis*, la previsione di una pena eccessivamente severa corre il rischio di "alterare nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i singoli reati e le sanzioni corrispondenti"²¹¹, di modo che l'equilibrio tra illecito e sanzione si rivela essere presupposto essenziale non solo per la rieducazione del condannato *ex art 27, comma 3, Cost.*, ma anche per l'orientamento dei consociati in ottica generalpreventiva; tale equilibrio sul piano edittale, inoltre, è preconditione necessaria affinché la pena concretamente inflitta sia an-

²⁰⁹ DE MURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1658.

²¹⁰ PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, cit., p. 509.

²¹¹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 746.

ch'essa proporzionata - e socialmente percepita come tale - e dunque possa realizzarsi la funzione di orientamento culturale nella fase giudiziale, la quale, a sua volta, nella dinamica di un rapporto circolare, permette e fortifica la funzione socio-pedagogica della previsione legislativa.

Per quanto riguarda, quindi, la fase della inflizione giudiziale della pena, è ampiamente condiviso che in tale momento non possano trovare spazio considerazioni di prevenzione generale negativa. La pronuncia di condanne esemplari per scopi di intimidazione, difatti, contrasterebbe, oltre che con la finalità rieducativa *ex art. 27, comma 3, Cost.*, con i principi costituzionali posti a tutela della dignità umana, che vietano la strumentalizzazione dell'individuo per fini di politica criminale, nonché con il principio di personalità della responsabilità penale *ex art 27, comma 1 Cost.*, visto che "l'entità della sanzione dipenderebbe in larga misura da considerazioni attinenti al 'pericolo di fatto illecito altrui'"²¹². Oltre a non essere lecita sul piano prescrittivo, l'intimidazione mediante inflizione di pene esemplari sembra anche smentita dalle ricerche empiriche, che collegano la capacità generalpreventiva della pena non tanto alla severità, quanto alla certezza della reazione punitiva²¹³.

In tale momento, pertanto, può trovare spazio esclusivamente la funzione di integrazione sociale, in ottica rieducativa e di orientamento socio-culturale. Per quanto riguarda la funzione rieducativa, criterio direttivo principale della fase giudiziale, è noto come questa imponga un'esigenza di proporzione tra pena e gravità del fatto concreto, considerato che una pena eccessivamente severa sarebbe interpretata dal reo come un abuso di potere, precludendo in tal modo la stessa possibilità dell'accettazione di una proposta di risocializzazione.

Al momento della sua concreta inflizione, inoltre, la pena svolge anche una funzione di orientamento culturale nei confronti della collettività. La pena inflitta, con l'inevitabile fardello di stigmatizzazione che la caratterizza, comunica concretamente ai consociati il giudizio normativo di disapprovazione del fatto commesso, contribuendo al consolidamento del consenso sociale attorno a tale giudizio. Essa, inoltre, come sottolineato da Andenaes, produce un effetto di "neutralizzazione dei cattivi esempi", i quali, se lasciati impuniti, potrebbero contaminare il "clima morale" nel contesto sociale²¹⁴: essa, difatti, comunica alla collettività il "fallimento" della strada intrapresa dal reo in direzione della violazione del precetto penale, in tal modo impedendo che essa possa "ispirare" altri soggetti. È evidente, pertanto, che la funzione di orientamento svolta dalla pena si realizza in stretto

²¹² MOCCIA S., *diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 110.

²¹³ PAGLIARO A., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 449: "I risultati delle indagini empiriche sono stati praticamente univoci nel riscontrare una correlazione inversa tra tasso di reati e certezza della sanzione. Essi sono stati discordi tra loro, invece, intorno all'esistenza di una correlazione inversa tra tasso dei reati e severità della sanzione penale".

²¹⁴ ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, cit., p. 25.

collegamento con la medesima funzione svolta in astratto dalla previsione legale, in quanto conferma e ribadisce il contenuto percettivo di quest'ultima²¹⁵.

Tale funzione di prevenzione generale integratrice della pena inflitta, inoltre, si pone in sintonia, sul piano prescrittivo, con la principale funzione di risocializzazione e con il rispetto della dignità del condannato, non essendo essa collegata alla severità della sanzione, ma alla certezza e alla prontezza, nonché alla proporzione della risposta punitiva.

Per quanto concerne i primi due aspetti, si sottolinea come l'ineffettività della norma, intesa come impunità o scarsa probabilità di punizione delle condotte trasgressive - e, in certa misura, anche l'eccessivo ritardo della punizione - provochi la perdita di credibilità del sistema penale, e quindi precluda la possibilità di consolidamento o induzione del consenso sociale attorno ai giudizi di valore/disvalore espressi dal precetto legale: se il messaggio comunicato dalla norma non trova concretizzazione nell'applicazione giudiziale, esso rimane lettera morta, una mera finzione²¹⁶.

Per quanto riguarda il principio di proporzione, e dunque l'esigenza di individualizzazione della pena rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto concreto, valgono, a nostro parere, le medesime considerazioni svolte riguardo alla funzione generalpreventiva positiva della *norma*: l'inflizione di condanne esemplari o comunque sproporzionate rispetto alla rilevanza del fatto concreto - seppur nei limiti di una cornice edittale che si presume proporzionata - genera confusione nei consociati riguardo alla corretta scala di valori espressa dalle norme penali proprio mediante l'equilibrio tra sanzione e illecito, poiché va a punire con la sanzione massima fatti che dovrebbero collocarsi a livelli inferiori della cornice edittale, in tal modo tradendo il giudizio di disvalore formulato dal legislatore. Il giudizio di disvalore espresso dalla norma - mediante la considerazione di fatti, come quello concreto, collocabili nei pressi del minimo edittale - verrebbe indebitamente aggravato dalla sentenza di condanna, veicolando un messaggio diverso rispetto a quello programmato dal legislatore e incoerente con i giudizi di maggiore o minore disvalore espressi da altre norme. Solo l'inflizione di una pena proporzionata al fatto concreto, dunque, permette al giudizio di riprovazione formulato dal legislatore di riverberarsi nella sentenza di condanna senza indebite distorsioni giudiziali, in tal modo orientando in concreto il consenso sociale.

²¹⁵ PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., p. 509: l'effettività della sanzione è "una effettività delle norme, sia pure di 'secondo grado' [...] Ciò risulta evidente se si considera *in primo luogo* l'effetto di conferma' che l'efficacia di una norma trae dalla effettiva inflizione della pena comminata in caso di violazione (e ciò vale sia per il funzionalismo giuridico che per la dottrina pura del diritto). *Secondariamente*, un'effettività della norma 'riflessa' nella sanzione si può congetturare - e siamo già in una prospettiva diversa - sulla scorta delle *aspettative* che la norma sia in futuro osservata da colui al quale la sanzione fu applicata".

²¹⁶ FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 65 ; MOCCIA S., *diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 110 s.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., pp. 684 ss.; ID., *Indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, cit., pp. 447 ss..

Nella fase di esecuzione della pena, infine, rilevanza primaria, come pare evidente, deve essere riservata alla funzione di rieducazione, intesa come proposta di risocializzazione che presuppone la libera adesione del condannato affinché possa effettivamente realizzarsi, o, comunque, come non (ulteriore) de-socializzazione, nel caso di soggetti socialmente integrati o disinteressati al programma riabilitativo²¹⁷.

Un certo spazio può essere riconosciuto, in questo momento, anche alla funzione di prevenzione generale integratrice. Ciò, tuttavia, non significa affermare la necessità che il trattamento penitenziario venga avvertito dalla collettività come sgradevole, affinché possa essere ulteriormente confermato il giudizio di disvalore rispetto alla condotta punita²¹⁸. Contro tale interpretazione possono muoversi due obiezioni fondamentali: una di carattere descrittivo, relativa alla considerazione che l'infrazione e l'esecuzione di una pena, anche non detentiva, sono sempre avvertite dalla collettività come un segnale negativo, e si mostrano, perciò, idonee di per sé a veicolare messaggi di disapprovazione, anche senza inutili e illegittimi inasprimenti della severità della pena stessa; da un punto di vista prescrittivo, invece, una tale interpretazione della funzione di orientamento nella fase di esecuzione contrasterebbe con la principale finalità rieducativa, in quanto si opporrebbe all'umanizzazione di trattamenti detentivi effettivamente orientati alla riabilitazione, nonché al ricorso a misure alternative funzionali alla risocializzazione. Lo spazio della funzione socio-pedagogica nel momento della esecuzione della pena, quindi, può essere individuato solo in collegamento con la funzione di rieducazione, nei seguenti termini: la risocializzazione del condannato, e quindi la sua libera adesione ai valori dell'ordinamento, costituisce un esempio positivo per la collettività, comunica simbolicamente che anche il trasgressore ha "rinunciato" alla "via della criminalità", preferendo riaccogliere in sé i valori fondamentali della convivenza civile; essa, quindi, rafforza nella coscienza sociale la percezione di bontà e fondatezza dell'impianto assiologico espresso da un sistema penale orientato secondo i principi della Carta costituzionale²¹⁹.

²¹⁷ *Ex multis*, MOCCIA S., *diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 101 ss..

²¹⁸ ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, cit., p. 39, ove si afferma: "Un sistema carcerario con istituti confortevoli, dove il lavoro si svolgesse in condizioni simili a quelle del lavoro al di fuori del carcere, ben difficilmente potrebbe colpire la immaginazione dell'uomo della strada, o risvegliare in egual misura la sensazione che il crimine vada perseguito come un'attività vergognosa e pericolosa".

²¹⁹ Sostengono la rilevanza della funzione generalpreventiva positiva nella fase di esecuzione della pena anche MOCCIA S., *diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 111; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 66.

La funzione di prevenzione generale positiva così descritta, quindi, si presenta come una funzione *lato sensu* simbolica²²⁰, in quanto diretta alla comunicazione di giudizi di valore/disvalore alla collettività mediante la norma incriminatrice, e poi nelle successive fasi di attuazione del diritto penale. Si tratta, tuttavia, di un simbolismo, per così dire, *strumentale*, in quanto sempre diretto alla tutela di beni giuridici ed esposto alla verifica empirica dei risultati, e quindi legittimo in quanto coerente con i suddetti principi cardine di una politica criminale garantista. Si ricorda, a riguardo, la distinzione proposta da Alessandro Baratta tra “l’*efficienza simbolica* della pena”, conseguibile mediante “un messaggio legislativo forte, stabile, chiaro e, soprattutto, coerente con l’ampio consenso sociale sui valori della Repubblica” e quindi sui principi dello Stato sociale di diritto; ed il “*simbolismo efficientista* proprio della politica ‘spettacolare’”²²¹, in cui gli interventi legislativi sono solo occasione di affermazione del ceto politico presso il proprio elettorato. Nel prossimo paragrafo, dunque, si distinguerà la prima forma di simbolismo dalla sua degenerazione, coincidente con il paradigma di un diritto penale *meramente* simbolico.

3.2. Patologia populista: la legislazione penale *meramente* simbolica.

Si è visto, dunque, come la funzione generalpreventiva positiva della pena debba essere saldamente ancorata ad alcuni principi costituzionali fondamentali, affinché possa trovare spazio in uno Stato sociale di diritto. Perché tale ancoraggio sia possibile, tuttavia, non ci si può limitare a pretendere che i suddetti principi orientino le scelte del legislatore, ma bisogna sottolineare l’importanza che essi siano veicolati presso la popolazione, in tal modo producendo un consenso sociale emendato dei tratti più emotivi ed irrazionali. Come si è già detto, in un ordinamento democratico non è possibile isolare l’attività politico-legislativa dal consenso sociale, che ne costituisce fonte di legittimazione e scopo ultimo. È necessario, pertanto, che la politica, a sua volta educata ai valori costituzionali e coadiuvata in questo dalla classe accademica, svolga una funzione di mediazione tra il popolo e il diritto, non riducendosi al mero compiacimento demagogico delle istanze più irrazionali della popolazione.

Afferma Winfried Hassemer che “compito del diritto penale non è semplicemente quello di integrare, ma quello di conquistare il favore dell’opinione pubblica e il consenso della popolazione.

²²⁰ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 199: “I precetti penali, per l’essere dotati di un *connaturato carattere simbolico*, non possono certo dirsi *a priori* carenti di *effetti sociali magari molto significativi* nella coscienza dei cittadini e, seppure *in via mediata*, esercitano così una *verificabile funzione strumentale* in termini di *riqualificazione* di beni giuridici sottostimati a livello di rappresentazione collettiva”.

²²¹ BARATTA A., *Prefazione*, cit., pp. XIII s..

Ciò significa, per esempio, che l'oggetto della sua opera di comunicazione nei confronti dei cittadini è dato non solo, come nel caso della prevenzione generale negativa, dai divieti previsti dalla parte speciale del codice penale [...], ma anche e soprattutto dalle garanzie del diritto costituzionale penale²²².

I principi costituzionali, quindi, dovrebbero essere comunicati alla popolazione dalla politica e dalle professionalità ruotanti attorno alla questione criminale, affinché anch'essi possano svolgere una funzione di orientamento culturale. È ravvisabile, pertanto, una certa simmetria tra la funzione socio-pedagogica dei principi del garantismo costituzionale - volta alla educazione della popolazione ai valori della umanità e della mitezza del sistema punitivo - e la funzione generalpreventiva positiva delle norme incriminatrici, diretta all'aggregazione del consenso sociale attorno al giudizio di disapprovazione della condotta illecita: senza la prima, non vi può essere la seconda, o meglio questa degenera in una funzione *meramente* simbolica.

Il rapporto circolare tra consenso sociale e funzione generalpreventiva positiva, di cui parlava Cesare Pedrazzi²²³, può essere, pertanto, integrato nei seguenti termini: i principi costituzionali devono essere trasmessi alla popolazione - in particolare modo dalla classe politica, nell'esplicazione della sua funzione di mediazione -, in modo tale da emendare il consenso sociale dai tratti emotivi e irrazionali sempre collegati alla questione criminale (*funzione di orientamento culturale dei principi*); solo se ciò avviene, si immetterà nel circuito democratico un consenso sociale proiettato verso la tutela mite e proporzionata di beni giuridici, e non verso la mera stigmatizzazione di singoli o di categorie di soggetti in ottica identitaria o di compensazione dei bisogni emotivi di pena; la configurazione di un siffatto clima sociale costituisce la necessaria preconditione socio-culturale affinché il legislatore possa attuare una politica criminale orientata ai principi del garantismo costituzionale, e dunque perché le norme incriminatrici possano svolgere una corretta funzione di orientamento culturale.

Laddove, come nell'attuale clima di patologia populista, venga a mancare il primo passaggio di tale circuito, ovvero i principi costituzionali, a causa dell'operare congiunto di complesse trasformazioni socio-culturali, non riescano a svolgere la propria funzione socio-pedagogica tramite la mediazione politica, il risultato sarà la degenerazione della funzione generalpreventiva positiva in una funzione *meramente* simbolica.

²²² HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, cit., pp. 106 s..

²²³ V. *supra*, par. 3.1. in questo capitolo.

In dottrina si sottolinea come la funzione simbolica sia “autentica costante”²²⁴ delle previsioni penalistiche; si parla di diritto penale a carattere “intrinsecamente simbolico”²²⁵, e ciò perché “la cifra essenziale della sanzione penale [risiede] nella funzione di stigmatizzazione. Di conseguenza, se il diritto penale trova nella stigmatizzazione la sua cifra identitaria ne deriva che un diritto penale non stigmatizzante, cioè sprovvisto di dimensione simbolica, non sarebbe più diritto penale. Il carattere simbolico del diritto penale, quindi, al contempo evoca il suo DNA o una sua patologia genetica”²²⁶.

La connotazione simbolica, pertanto, si presenta come caratteristica genetica, e quindi ineliminabile, del diritto penale, al punto che volerla cancellare significherebbe ingaggiare “una battaglia contro i mulini a vento”²²⁷.

Sembra necessario, tuttavia, specificare il concetto di simbolico cui si fa riferimento. Per funzione simbolica, intesa come costante ed essenziale funzione del diritto penale, si intende ciò che nel precedente paragrafo abbiamo individuato come funzione generalpreventiva positiva della pena, ovvero la comunicazione socio-pedagogica del valore del bene giuridico tutelato e del disvalore/stigmatizzazione del fatto offensivo, che è strutturalmente legata alla minaccia legale e all’inflizione giudiziale della pena.

È stato autorevolmente affermato che “il ruolo della legge penale non è mai esclusivamente quello di punire fatti che si ritengono offensivi di interessi giudicati meritevoli di tutela e che quindi si vogliono salvaguardare da attacchi ed offese; a questo scopo primario si aggiunge sempre quello di veicolare messaggi che, in tal modo, vengono affidati alla particolare efficacia del prestigioso strumento”²²⁸. In realtà, a nostro parere, non sussiste una distinzione netta tra lo scopo di salvaguardia di beni meritevoli di tutela e la funzione di comunicazione socio-educativa, per cui questa “si aggiunge” a quella in via cumulativa: la funzione di orientamento culturale contribuisce alla realiz-

²²⁴ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 189; STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in D’ORLANDO E., MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 Novembre 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 205, ove si afferma che il “rapporto tra pena e simbolo è un rapporto permanente”.

²²⁵ SOTIS C., *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, cit., p. 14; CANCIO MELIÀ M., “*Diritto penale del nemico?*”, in DONINI M., PAPA M., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 70: “gli elementi della interazione simbolica costituiscono l’essenza del diritto penale”; ANASTASIA S., *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in ANASTASIA S., ANSELMINI M., FALCINELLI D., *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, cit., p. 121: “Il diritto penale è diritto simbolico per eccellenza”.

²²⁶ SOTIS C., *Intervento*, cit., p. 14;

²²⁷ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 247

²²⁸ STORTONI L., *Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 14.

zazione del suddetto scopo, con conseguenze empiricamente riscontrabili nelle reazioni sociali, trovando in tal modo cittadinanza tra le funzioni strumentali del diritto penale, come si è precedentemente sottolineato.

Non sembra scontata, a questo punto, la costruzione di un parallelismo tra il carattere intrinsecamente populistico del diritto penale, di cui si è parlato nei precedenti paragrafi, e il suo carattere intrinsecamente simbolico. È possibile evidenziare tale collegamento mediante la formulazione di due categorie di binomi: populismo/simbolismo fisiologico e populismo/simbolismo patologico.

Come già detto, la fisiologia populista coincide con lo stesso operare del problema criminale come discorso sociale, ovvero con la capacità (populistica) del reato quale fatto sociale di creare all'interno della collettività una chiara frontiera antagonistica tra il "noi, popolo di innocenti" e "l'altro, delinquente", in cui il primo si costituisce in relazione al secondo, producendo una domanda sociale di pena a carattere fortemente emotivo e irrazionale. Ciò determina la naturale predisposizione del diritto penale verso strumentalizzazioni di tipo demagogico (carattere intrinsecamente populistico). A partire da tale dinamica sociale, abbiamo individuato la *fisiologia populista* nella possibilità di creazione di un contesto socio-culturale in cui la domanda sociale di pena venga ad essere razionalizzata grazie all'opera di orientamento culturale dei principi costituzionali, veicolati da una classe dirigente a sua volta formatasi in ossequio agli stessi. Tale contesto di populismo fisiologico, inteso nel più ampio orizzonte politico e sociale, costituirebbe la preconditione necessaria per una politica criminale da stato sociale di diritto, e quindi per la produzione di norme penali *strumentalmente* simboliche, ove la funzione di prevenzione generale positiva contribuisce allo scopo di tutela di beni giuridico-penali (*simbolismo fisiologico*).

Laddove, per l'operare congiunto di plurimi fattori socio-culturali, sintetizzati nei precedenti paragrafi, i principi di razionalità espressi dalla Carta fondamentale perdano la loro capacità persuasiva verso la società - e, prima ancora, nei confronti della classe politica -, si assiste alla *patologia populista*, ove il portato emotivo della domanda sociale di pena viene immesso senza filtri razionalizzanti all'interno del dibattito politico e mediatico, influenzando e al contempo venendo ad essere strumentalizzato dalla classe politica per scopi di consenso elettorale (*patologia populista*, o populismo come strategia politica). Il prodotto di tale scollamento della politica criminale dai principi costituzionali è, sul piano normativo, la legislazione penale *meramente* simbolica, con la quale la norma penale si limita alla comunicazione di giudizi di condanna/stigmatizzazione del reo (più che del fatto) - nonché, mediante la cassa di risonanza mass-mediatica, del gruppo sociale cui egli appartiene: immigrati, tossicodipendenti, recidivi, politici corrotti... -, in maniera del tutto svincolata da finalità di tutela di beni giuridici meritevoli (*simbolismo patologico*): "La legge simbolica, cioè,

è ‘espressiva’, rappresenta ‘un gesto fatto per esaltare i valori di un gruppo sociale e screditare i valori di un altro gruppo’, giacché ‘da sempre i simboli hanno la funzione di far riconoscere gli amici dai nemici’²²⁹. Sembra evidente come un siffatto simbolismo giochi un ruolo chiave nella dinamica discorsiva del populismo penale e politico, diretto alla costruzione identitaria di un popolo “costitutivamente [ovvero obiettivamente] assente”.

La legislazione penale meramente simbolica, dunque, si caratterizza per un’ineffettività - essa è “autentico *paradigma* dell’ineffettività”²³⁰ - intesa come inidoneità alla realizzazione dello scopo preventivo di tutela di beni giuridici²³¹ (funzione manifesta/apparente). Essa, pertanto, è il frutto della inosservanza da parte del legislatore dei suesposti principi cardine di una politica criminale garantista - offensività, sussidiarietà, effettività -, la quale determina la degenerazione della funzione generalpreventiva positiva nella funzione *meramente* simbolica.

Tale ineffettività, tuttavia, non esclude che la norma simbolica venga applicata, portando a casi di criminalizzazione in concreto; se così fosse, la gravità del problema sarebbe notevolmente ridimensionata, non configurandosi lesioni di diritti fondamentali e trattandosi solo di una mancanza di serietà di un legislatore *decipiens*. Il simbolismo penale, quindi, è ineffettivo ma afflittivo²³², infliggendo “un pregiudizio reale, attraverso la sanzione penale, al fine di ottenere effetti poco più che simbolici”²³³.

Venendo meno la fondamentale funzione strumentale di tutela dei beni giuridici, unica a poter giustificare l’intervento dello *ius terribile*, la legislazione meramente simbolica si rivela essere indirizzata a quella che Alessandro Baratta ha definito come funzione simbolica generale, ovvero la

²²⁹ PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 537; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., pp. 891 s., ove l’Autore distingue tra: legislazione simbolica *in senso stretto*, ovvero “quel tipo di legislazione penale prodotta - per varie ragioni ed in vari settori - a scopo *meramente placativo*, per dare ‘messaggi rassicuranti’ *sull’effettività* della tutela, *nella consapevolezza della sua ineffettività*”; e legislazione *espressiva*, ovvero “quel tipo di legislazione penale che viene pretesa e creata a scopo ‘simbolico’ nel senso etimologico del termine, cioè come espressione ed emblema di un certo valore o di una certa ideologia, e come strumento di affermazione di essa”.

²³⁰ PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit. p. 537.

²³¹ *Ivi*, pp. 539 s., ove l’Autore individua tre tipologie di ineffettività: a) *ineffettività semplice*, che si ha laddove “il carattere simbolico si riduce alla pura e semplice inadeguatezza - di cui il legislatore è o deve essere consapevole [simbolismo doloso o colposo!] - dello strumento-pena così impugnato a conseguire lo scopo di tutela”; b) *ineffettività antinomica*, che si configura quando “la criminalizzazione *in sé* innesca, come *Nebeneffekte*, dei veri e propri ‘effetti perversi’”, e quindi nel caso di norme “che, per lanciare un segnale o affermare un valore attraverso la pena, *con la pena* indirettamente producono la minaccia o la lesione dello *stesso bene* che la norma ‘dice’ di voler tutelare” - si fa l’esempio della criminalizzazione dell’aborto; c) *ineffettività dinomica*, che si ha laddove “la legge non consegue lo scopo (dichiarato) per ragioni *anche formali* di disteleologia. La legge stessa, cioè, ‘reca in sé’ la sua ‘paralisi’: contempla un precetto formalmente o lessicalmente contraddittorio o contiene un’ingiunzione paradossale”.

²³² BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 86; CANCIO MELIÀ M., “Diritto penale” del nemico?, cit., 70; ANASTASIA S., *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, cit., p. 97, ove si sottolinea come “l’uso simbolico del diritto penale a livello politico e la legislazione penale conseguente possano produrre effetti concreti, mostrando la propria ruvida materialità”.

²³³ CANCIO MELIÀ M., “Diritto penale” del nemico?, cit., 70.

produzione di consenso presso la cosiddetta opinione pubblica: “La crisi della prevenzione, della funzione strumentale della giustizia penale, significa anche il fenomeno per cui non è tanto quest’ultima ad essere usata come strumento per risolvere determinati problemi e conflitti, quanto piuttosto sono determinati problemi e conflitti, quando essi raggiungono un certo grado di interesse e di allarme sociale nel pubblico, che si convertono nell’occasione di un’azione politica, finalizzata, ancor prima che a funzioni strumentali specifiche, ad una funzione simbolica generale: la produzione di consenso da parte della cosiddetta opinione pubblica”²³⁴.

La legislazione meramente simbolica presenta, quindi, una dimensione menzognera, caratterizzata da un duplice inganno. Il primo riguardante le funzioni reali della norma, osservandosi la presenza di una funzione manifesta, ovvero la finalità di risoluzione di determinati conflitti e di tutela di certi beni giuridici, che, però, è solo dichiarata, celandosi dietro di essa la funzione latente e reale di circonvenzione del consenso sociale: la norma simbolica si rivela, pertanto, ineffettiva solo rispetto alla funzione manifesta, non rispetto a quella latente²³⁵. L’altra menzogna, a questa collegata, riguarda i reali destinatari della norma, i quali non si identificano con i potenziali autori dei reati - nei confronti dei quali si rivolge la funzione manifesta, menzognera ed ineffettiva -, ma con la *globalità della popolazione*, verso cui è diretta la reale funzione latente: “una *duplicazione* di *messaggi* e di *destinatari* (reali e apparenti), pertanto, come marchio di fabbrica del diritto penale simbolico”²³⁶.

Altri fini simbolici intermedi, strumentali al fine ultimo del consenso, sono stati variamente individuati; in relazione al *telos*, si propone in dottrina²³⁷ la seguente classificazione delle norme penali meramente simboliche:

²³⁴ BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche nel diritto penale*, cit., p. 47. Opinione pubblica definita dall'Autore come “media delle opinioni *private* degli individui isolati, spettatori e destinatari della politica come spettacolo” in BARATTA A., *Prefazione*, cit., p. XIV; BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., pp. 97 s.: “Il fuoco del legislatore pare in altri termini convergere su una *spettacolarizzazione* dei contrasti per ragioni di ‘culto dell’immagine’ ovvero elettorali o di autoritaria e conservatrice ‘autorappresentazione politica’ elevata ad ‘autoscopo’ della norma: si gonfiano i bicipiti, si asseconda la *vòlonté générale* e si dispensano all’ ‘esterno’ immediate ma illusorie certezze, *soltanto mentali*”; HASSEMER W., *La prevenzione generale nel diritto penale*, cit., p. 421, ove si afferma che gli effetti della legislazione simbolica “non vengono visti direttamente nella risoluzione del problema a fondamento delle disposizioni legislative (criminalità e droga), ma indirettamente nell’immagine pubblica e rassicurante di un legislatore attento e deciso ad agire”

²³⁵ PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit. p.p 537 s.; CANCIO MELIÀ M., “*Diritto penale*” del *nemico?*, cit., p. 71, ove l’Autore parla di “mendacia politica”, intesa come “discrasia tra gli obiettivi invocati dal legislatore - e dagli agenti politici che costituiscono la maggioranza - e l’ ‘agenda reale’, che si cela dietro quelle dichiarazioni espresse”.

²³⁶ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 93; STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, cit., p. 206, ove si parla di “*strabismo* del diritto penale simbolico”

²³⁷ Si tratta della classificazione proposta principalmente in PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., pp. 538 ss..

a) *norme emotivo-conflittuali*: dirette, non a risolvere un problema sociale (funzione manifesta, solo dichiarata) - per la cui soluzione sarebbero necessarie politiche sociali più complesse e di più ampio respiro -, ma “a canalizzare attraverso il ricorso emotivo alla pena i relativi conflitti creando così ad arte un ‘campo di battaglia’ per le parti in contesa”²³⁸. La vecchia criminalizzazione dell’aborto o l’attuale reato di immigrazione clandestina ne costituiscono ottimi esempi.

b) *norme pacificatorie*: dirette a placare l’irrequietezza della popolazione, l’allarme sociale destato da determinati fenomeni criminosi, mediante nuove incriminazioni o inasprimenti di pena che si pongono in contrasto con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità²³⁹. Si pensi all’introduzione del reato di omicidio stradale *ex art. 589-bis c.p.* o alle crociate moralizzatrici negli anni ’90 finalizzate alla criminalizzazione dell’a.i.d.s.-*carrier*, ovvero all’introduzione di una incriminazione *ad hoc* per il malato (consapevole) di a.i.d.s. che intrattenga rapporti senza precauzioni²⁴⁰.

c) *norme di appello morale*, ovvero *declamatorie* o *identificatorie* o *di principio*: in tal caso, campagne moralizzatrici promosse dai c.d. imprenditori di moralità²⁴¹, producono una legislazione penale il cui fine è la “conferma ufficiale del vigente codice morale”, ovvero “inculcare nella popolazione determinati stili o *standard* di vita” e stigmatizzare la devianza di “vite disvolute”²⁴². La categoria dei *crime of vice*, in materia di droghe, pornografia e prostituzione, ne costituisce un esempio.

d) *norme reattive-di sostituzione*: con le quali il legislatore, consapevole della propria impotenza nella risoluzione di determinati problemi sociali, ripiega verso il più immediato, quanto inefficace, strumento penale. Egli si comporta “come in etologia si osserva si comportano alcuni animali, che non potendo o non volendo aggredire un animale rivale, mimano ritualmente a distanza un comportamento aggressivo”²⁴³. Tale categoria si dicotomizza in due sotto-categorie:

e) *norme alibi*, con le quali il legislatore non intende tutelare effettivamente i beni giuridici della collettività ma vuole solo “rafforzare la fiducia dei consociati nel governo in carica o più

²³⁸ Ivi, p. 538.

²³⁹ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 87.

²⁴⁰ PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit. p. 535.

²⁴¹ PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 880: “Per ‘imprenditori di moralità’ si intendono quei gruppi organizzati, all’interno della società, che per affermare un loro credo religioso o morale, o una loro specifica identità sociale o culturale (in senso antropologico) - credo non generalmente accettato, identità non ancora affermata socialmente o minacciata di decadimento sociale - mobilitano e trasportano consenso verso scelte criminalizzatrici che li ‘rilancino’, socialmente o politicamente”.

²⁴² BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 83.

²⁴³ PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit. p. 539.

in generale nello Stato [...]; il cittadino deve avere la sensazione che ‘i responsabili’ hanno ‘la situazione in pugno’ o, se questo non è proprio il caso, *ut aliquid fieri videatur*”²⁴⁴. Si fa l’esempio delle riforme legislative statunitensi sotto l’imperativo *law and order*, nonché delle campagne di lotta contro la criminalità grave combattute con i notoriamente inefficaci inasprimenti sanzionatori o con l’introduzione di nuove incriminazioni e di fattispecie doppie, con la conseguente ambiguità interpretativa in materia di concorso di norme²⁴⁵.

f) *norme compromesso*: introdotte per “accontentare” l’opinione pubblica, sensibilizzatasi circa l’opportunità di tutelare penalmente certi beni di interesse collettivo minacciati dall’attività incontrollata di *lobbies* e gruppi di interesse economico potenti, ma strutturate in modo tale da mettere a riparo i responsabili da rischi di criminalizzazione in concreto. Si fa l’esempio della legislazione penale in materia economica e ambientale.

A parte le varie sfumature di significato, le diverse finalità simboliche intermedie sembrano tutte dirette all’inasprimento in chiave identitaria e/o rassicurativa dei conflitti sociali - per dirla con Laclau, delle relazioni antagonistiche - ruotanti attorno ai fenomeni criminosi o alla tutela di determinati valori, nella prospettiva demagogica della realizzazione della finalità simbolica ultima della conquista del consenso sociale. La suesposta classificazione, pertanto, conferma la nostra tesi del rapporto che caratterizza il binomio populismo/simbolismo patologico. La strumentalizzazione politica della relazione antagonista “noi, popolo di innocenti” vs. “l’altro, delinquente”, e quindi di una domanda sociale di pena non razionalizzata - populismo patologico o come strategia - produce una legislazione penale caratterizzata da siffatte finalità simboliche, intermedie (identitarie, rassicurative, moralizzanti) e ultima (conquista del consenso sociale): ossia il simbolismo ‘mero’ o patologico.

4. Populismo penale come ideologia e diritto penale del nemico.

Come abbiamo visto nel precedente capitolo²⁴⁶, nucleo centrale del concetto di populismo politico inteso da Cas Mudde come *thin-centered ideology* è la contrapposizione tra il “puro popolo” e l’“*élite* corrotta”. Tale relazione antagonista, presente anche nelle diverse concezioni del populismo come discorso politico e strategia, è stata poi individuata, nel presente capitolo, come elemento essenziale anche del populismo penale, nelle due diverse declinazioni di discorso sociale e di strategia

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, cit., p. 109.

²⁴⁶ V. Cap. I, par. 3.1.

politica produttiva di una legislazione penale meramente simbolica. È bene precisare, tuttavia - nonostante ciò possa ormai risultare chiaro - che la contrapposizione popolo *vs* *élite*, propria del populismo politico, si trasforma, sul piano del populismo penale, in conflitto sociale tra “popolo di vittime attuali e potenziali” *vs*. “delinquente-nemico”, e dietro di questi *l'establishment* del sistema penale garantista.

Se, dunque, la drammatizzazione del conflitto tra collettività e reo è indice sintomatico del passaggio dalla fisiologia alla patologia populista, ci sembra di poter affermare che tale deriva non abbia interessato solo la produzione legislativa degli ultimi decenni, ma anche alcune elaborazioni dottrinarie, e nello specifico la nota teoria del diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*) di Günther Jakobs.

Riepilogando in via di estrema sintesi i punti salienti della complessa teoria jakobsiana, essa si incentra sulla distinzione - frutto quasi di una constatazione derivante dall'osservazione dell'ordinamento penale - tra un diritto penale del cittadino (*Bürgerstrafrecht*) e un diritto penale del nemico (*Feindstrafrecht*), intesi come “idealtipi [che] non appariranno mai, nella realtà nella loro configurazione pura”²⁴⁷, ma di cui sono rinvenibili tracce di diversa evidenza nella legislazione vigente²⁴⁸.

I due poli della distinzione sono, pertanto, il cittadino ed il nemico. Partendo dalle premesse del funzional-strutturalismo di Niklas Luhmann, Jakobs distingue i concetti di persona e individuo: la prima titolare di diritti e di doveri e dunque investita di un preciso ruolo sociale, il secondo considerato come mero “ente singolo naturale”, nient'altro che “il risultato di processi neuronali, psicologici, che appartengono al mondo fisico”²⁴⁹. Jakobs, pertanto, nega che ad ogni individuo debba essere riconosciuta personalità giuridica, e quindi titolarità di diritti, o meglio, integra tale affermazione con la necessità che “questo ‘ognuno’ da parte sua adempia ai suoi doveri, o in caso contrario, che lo si abbia in pugno, in modo da impedirgli di divenire pericoloso”²⁵⁰.

²⁴⁷ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, in DONINI M., PAPA M., (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 26.

²⁴⁸ *Ivi*, p. 6: con diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino “si intende indicare due paradigmi ideali che difficilmente si concretizzano in modo puro nella realtà: anche il giudizio relativo ad un reato di frequente realizzazione, tale da ingenerare poco più che fastidio - e riconducibile dunque al ‘Diritto penale del cittadino’ - sarà, sia pur in minima parte, influenzato da esigenze socialdifensive in riferimento ai rischi futuri - secondo il paradigma del ‘Diritto penale del nemico’ - e finanche il terrorista che maggiormente si sia emarginato dalla società civile è trattato almeno formalmente come persona, dal momento che nel processo penale gli sono concessi i diritti riconosciuti all'imputato ‘cittadino’”.

²⁴⁹ VALITUTTI D., *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 37.

²⁵⁰ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 110.

Per meglio comprendere tale posizione, che non poche critiche ha sollevato nel dibattito internazionale, bisogna sottolineare che, nel pensiero di Jakobs, il concetto di persona-in-diritto (*Person im Recht*) è strettamente collegato a quello di vigenza della norma, intesa non nel senso puramente normativistico di “relazione reciproca tra persone fondata come giusta”, ma nel significato, tangente con quello di effettività, di “relazione reciproca tra persone fondabile come giusta o comunque pur sempre plausibile, che nel complesso e in misura rilevante viene praticata”²⁵¹.

La norma viene intesa dall’Autore nel senso sociologico di aspettativa normativa, ovvero prescrizione comportamentale la cui funzione è conformare ed orientare la società e nella cui osservanza è risposta la fiducia dei consociati. Affinché, tuttavia, la norma sia vigente - ovvero capace di orientare e quindi effettiva -, è necessario che essa goda di un sufficiente grado di stabilità cognitiva, ovvero di osservanza e di aspettativa di osservanza da parte dei cittadini: “Le norme richiedono - afferma l’Autore - un consolidamento cognitivo, nella misura in cui devono garantire l’orientamento; non basta che possa essere data dimostrazione della loro correttezza o plausibilità, ma, ben di più, esse devono essere anche stabilizzate. Se mancasse questo consolidamento nel singolo caso o addirittura in generale, nessuno si orienterebbe secondo la norma”²⁵².

Tale stabilizzazione cognitiva è conseguibile laddove al reato, fatto che contraddice la vigenza della norma nel contesto concreto, si reagisce controfattualmente con la sanzione, la quale, negando la negazione, ne riafferma l’effettività: “Una norma dunque vige a livello sociale non soltanto quando viene osservata, ma anche quando viene riaffermata controfattualmente; poiché in entrambi i casi essa compie la funzione di garantire la sicurezza dell’aspettativa”²⁵³.

A riguardo, tuttavia, l’Autore sottolinea come, a fronte della violazione, la riaffermazione controfattuale della norma perde ogni significato laddove si degeneri nell’“infinitamente controfattuale”. In un contesto in cui la norma viene sistematicamente o comunque ampiamente violata, nonostante alla violazione faccia ogni volta seguito la sanzione, essa perderà di vigenza, ovvero di capacità di orientamento e di effettività, “poiché ‘infinitamente controfattuale’ verrebbe a significare ‘senza alcuna effettività sociale’, qualcosa che ‘rimanda continuamente al *prossimo* passo’”²⁵⁴. Affinché la norma possa dirsi vigente/effettiva è necessario, quindi, un certo equilibrio tra osservanza e violazione; essa deve essere praticata nel complesso o nella maggioranza dei casi e alla sua viola-

²⁵¹JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni di giuridicità*, cit., p. 110

²⁵² *Ivi*, p. 114.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ *Ibidem*.

zione deve prontamente seguire la riaffermazione controfattuale mediante sanzione: solo a queste condizioni la norma può dirsi effettiva, in quanto capace di orientare in concreto le condotte dei consociati.

Chiarite tali premesse, è possibile comprendere la distinzione tra cittadino e nemico nel pensiero di Günther Jakobs. La personalità giuridica, e dunque la qualità di cittadino, viene riconosciuta solo a quel soggetto che riesca a garantire “in misura essenziale” l’aspettativa di osservanza delle norme che in lui è riposta. In altre parole, egli è un soggetto che regge il suo ruolo sociale, fatto di diritti e di doveri, dando garanzia di affidabilità e di astensione da condotte delittuose, almeno nella normalità dei casi.

A fronte del reato della *Person im Recht* si reagisce con il dispositivo del diritto penale del cittadino, con il suo armamentario di garanzie. È bene sottolineare, tuttavia, che, anche nell’ambito del *Bürgerstrafrecht*, Jakobs assegna alla pena una particolare funzione di prevenzione generale integratrice, tutta incentrata sul momento dell’inflizione giudiziale, e che consiste nella mera riaffermazione della vigenza della norma, senza alcun interesse per il destino e la risocializzazione del reo. Egli intende la pena come coazione “espressiva di un significato, segnatamente di una risposta al fatto di reato”: come il fatto di reato, commesso non dall’individuo pericoloso, ma dal cittadino-persona razionale, ha un significato, essendo espressivo di un’esautorazione della norma, di un attacco alla sua vigenza; egualmente, “anche la pena ha un significato, segnatamente esprime che l’affermazione del reo è irrilevante e che la norma persiste nella sua vigenza, senza alcuna modificazione”²⁵⁵. L’unica attenzione che, in questa prospettiva, la pena rivolge al reo non è indirizzata a finalità risocializzative, ma sempre alla comunicazione sociale della riaffermazione controfattuale della sua personalità: il reato commesso ha attentato non solo all’effettività della norma, ma, in certa misura, anche alla stessa personalità giuridica del reo, avendo deluso l’aspettativa di conformità che la società vi riponeva, sicché l’inflizione e l’espiazione della pena riaffermano controfattualmente anche la personalità giuridica del condannato, ovvero la sua capacità di reggere i suoi doveri e ruoli sociali, impedendone la perdita della qualità di cittadino.

Diversi sono i termini del discorso e della reazione statuale nei confronti del nemico. Per Jakobs, il nemico, ovvero il mero individuo cui viene negata personalità giuridica, è colui che, a differenza del cittadino, non offre credibile garanzia di fedeltà al diritto: “Se non esiste la seria aspettativa - tale da avere effetti permanenti di orientamento della condotta - del comportamento proprio di una persona, determinato da diritti e doveri, la persona degenera sino a convertirsi in un mero po-

²⁵⁵ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. p. 7.

stulato, ed in luogo di questa appare l'individuo, interpretato cognitivamente. Ciò significa, per l'ipotesi della condotta cognitiva, l'apparizione dell'individuo pericoloso, ovvero il nemico"²⁵⁶.

Come la vigenza della norma, dunque, anche la personalità giuridica non può realizzarsi nell'"infinitamente controfattuale": se la commissione del reato non può essere considerata un errore isolato o limitato a certe contingenze, ma diventa una costante, uno stile di vita - si fanno gli esempi dei recidivi, dei terroristi, degli affiliati ad associazioni mafiose -, allora l'inflizione della sanzione si disorienta in un controfattuale infinito, che perde di consistenza reale, precludendo la possibilità di riconoscere al reo la condizione di persona²⁵⁷.

La difficoltà di individuare con precisione tali soggetti, i nemici - esigenza fondamentale laddove si tratti di dover ricorrere allo *ius terribile*, ed anzi alla sua versione più autoritaria e repressiva del *Feindstrafrecht* - è riconosciuta dallo stesso Jakobs, il quale, tuttavia, liquida sbrigativamente la questione, lasciando irrisolto il problema della indeterminatezza. Egli, difatti, ritiene l'individuazione del nemico difficile, "ma non certo impossibile", finendo per collegarla all'inserimento del soggetto in "strutture criminali consolidate, di modo che la speranza di poter trovare un *modus vivendi* comune nonostante singoli episodi delittuosi si riduce a pura illusione, appunto ad aspettativa 'infinitamente controfattuale'"²⁵⁸. Sembra evidente l'insostenibilità di una teoria che faccia derivare conseguenze a tal punto estreme e illiberali - la privazione della personalità giuridica! - da presupposti così indefiniti, così poco rigorosamente delimitati nelle loro condizioni di esistenza.

Ad ogni modo, con lineare coerenza rispetto a tali premesse, Jakobs non si fa scrupoli nel sostenere che al nemico vengono sottratti i diritti, ma non ovviamente i doveri; "altrimenti egli, in mancanza di una violazione di dovere, non sarebbe delinquente"²⁵⁹. Contro il reato del nemico si reagisce con il dispositivo del *Feindstrafrecht*, le cui linee essenziali possono essere così sintetizzate: a) anticipazione della soglia di punibilità, nel senso che "la prospettiva dell'ordinamento giuridi-

²⁵⁶ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. p. 6

²⁵⁷ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. pp. 9 ss., ove l'Autore adduce a sostegno della sua tesi anche affermazioni di illustri filosofi, da Rousseau, Fichte, Hobbes; ma soprattutto interessano i rimandi ad alcune affermazioni di Immanuel Kant: "Nella sua opera 'Sulla pace perpetua' egli dedica una lunga nota a piè di pagina alla questione del quando si possa legittimamente procedere, con modalità ostili, nei confronti di un essere umano, esponendo quanto segue: 'Senza dubbio, quell'essere umano ovvero quel popolo che si trovi in un mero stato di natura, mi priva [della] sicurezza [necessaria], arrecandomi danno per il sol fatto di essermi accanto, sebbene non in maniera attiva (*facto*), ma per l'assenza di giuridicità che ne contraddistingue la condizione (*statu iniusto*), minacciandomi costantemente, di modo che io possa obbligarlo ad entrare a far parte, con me, di uno stato giuridico-comunitario, od a porre fine alla situazione di contiguità'. Di conseguenza, chi non conduce la propria esistenza all'interno di uno 'stato giuridico-comunitario', deve allontanarsi, il che significa che costui viene espulso [...]: in ogni caso, egli non ha il diritto ad essere trattato come persona, dal momento che lo si può 'trattare' - come sottolinea espressamente Kant - 'alla stregua di un nemico'".

²⁵⁸ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, cit., p. 117.

²⁵⁹ *Ivi*, p. 118

co-penale è prognostica (il punto di riferimento è un fatto futuro), anziché - come avviene usualmente - retrospettiva (punto di riferimento è il fatto commesso)”; b) pene sproporzionatamente elevate, e in particolare “l’anticipazione della soglia di punibilità non è considerata ai fini di una corrispondente riduzione della comminatoria edittale”; c) riduzione o addirittura eliminazione di determinate garanzie processuali²⁶⁰.

In effetti, come sostiene lo stesso Jakobs, il diritto penale del nemico non è neanche diritto, o meglio è “diritto in un senso diverso”²⁶¹ rispetto al *Bürgerstrafrecht*. Il diritto penale del cittadino, difatti, è diritto anche per il reo, al quale non viene negata personalità giuridica, e che dunque non si sottrae alla reciprocità della relazione giuridica: egli è considerato come persona razionale e quindi come destinatario, assieme ai consociati, della comunicazione giuridica, promanante dalla pena inflitta, della contraddizione del reato da lui commesso.

Il nemico, invece, in quanto non-persona, si sottrae alla reciprocità della relazione giuridica, per lui la pena non ha la funzione comunicativa di contraddizione del reato e di riaffermazione della vigenza della norma, ma la sola finalità specialpreventiva negativa di neutralizzazione di un pericolo in nome della sicurezza della società. In tal senso, il diritto penale del nemico è diritto solo nella prospettiva dello Stato e della collettività da difendere, non in quella del nemico, che viene privato di consistenza giuridica: come afferma lo stesso Jakobs, “*Il Diritto penale del cittadino è il diritto di tutti; il diritto penale del nemico è invece il diritto di coloro che contrastano il nemico; nei cui confronti è ammissibile soltanto la coazione fisica, sino ad arrivare alla guerra*”²⁶².

Come è stato rilevato²⁶³, la tesi di Jakobs risulta inficiata da un vizio di metodo che è quello della fallacia naturalistica, ovvero la derivazione di giudizi di valore/legittimità a partire dall’osservazione del contingente. L’Autore, difatti, a più riprese dichiara di riferire il modello del *Feindstrafrecht* a singoli istituti o ambiti di legislazione - prima fra tutte quella antiterroristica - che ne pre-

²⁶⁰ CANCIO MELIA M., “*Diritto penale*” del nemico?, in DONINI M., PAPA M., (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 80.

²⁶¹ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. p. 13.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ CAVALIERE A., *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit. p. 273: “Sul piano metodologico, Jakobs afferma di effettuare una descrizione analitica, senza motivazioni politiche, e nel farlo si basa su settori del diritto vigente (leggi di lotta) e su presupposti giusrazionalistici tratti da Hobbes, Kant, Hegel, Grofman e così via. Questa apparenza di descrittività è, innanzitutto, falsa: lo dimostrano, in primo luogo, le numerose asserzioni di Jakobs intorno a ciò che si ‘può’, si ‘deve’ è ‘legittimo’[...]; CANCIO MELIA M., “*Diritto penale*” del nemico?, cit., p. 83: “Ci si deve arrestare a tale constatazione dell’esistenza del Diritto penale del nemico? Si deve cercare di limitarlo, per quanto possibile, forse ‘domandolo’ al momento dell’introduzione nell’ordinamento giuridico-penale? Lo si deve espellere dall’ordinamento? In sintesi: è legittimo? In altri termini, non è chiaro se si tratti di un concetto meramente descrittivo o prescrittivo”.

sentano in maniera più evidente i tratti essenziali, quasi volendo controllare ed arginare un fenomeno in atto: “Un diritto penale del nemico - egli afferma - chiaramente delimitato è meno pericoloso - dalla prospettiva dello Stato di diritto - della commistione di *tutto* il Diritto penale con frammenti di discipline proprie del Diritto penale del nemico”²⁶⁴.

Se l’analisi si fermasse al piano descrittivo, e quindi all’osservazione critica di fenomeni di espansionismo del diritto penale e di recessione dei principi garantisti, difficilmente si sarebbero sollevate nel dibattito internazionale voci contrarie. Il problema, che a noi pare fondamentale, è che la pretesa di descrittività nel pensiero di Jakobs risulta essere falsa: egli non si limita ad osservare il reale, ma a partire dall’osservazione degli ambiti più patologici - in termini di garanzia dei diritti - dell’ordinamento penale pretende di derivarne considerazioni prescrittive, modelli del dover essere. La prova più evidente di tale salto dal piano descrittivo a quello normativo la si rinviene nell’affermazione fondamentale in tutto il costrutto jakobsiano: “Colui che non offre sicurezza cognitiva sufficiente di tenere una condotta propria di una persona, non solo *non può* sperare di essere trattato alla stregua di persona, ma non *deve* essere così trattato dallo Stato, che altrimenti violerebbe il diritto alla sicurezza degli altri consociati”²⁶⁵. Si enuncia, in questi termini, una *norma*, il principio della privazione della personalità giuridica per alcune categorie di soggetti, per altro non chiaramente determinati nelle loro caratteristiche. Pare evidente, pertanto, come simili affermazioni, proposte come modelli normativi, si pongano in contrasto con plurimi principi fondamentali di uno Stato sociale di diritto, primo fra tutti il rispetto della dignità umana *ex art 2 Cost.*²⁶⁶.

A parte le critiche che hanno animato il dibattito internazionale sulla teoria del diritto penale del nemico, ai fini della nostra analisi interessa sottolineare i punti di tangenza con il populismo penale, fenomeno che a questo punto rivela una complessità che, partendo dal contesto politico-sociologico, va a toccare non solo ambiti strettamente legislativi, ma anche elaborazioni dottrinarie.

Ed in effetti il populismo penale interessa, nella teoria di Jakobs, tanto il diritto penale del nemico, quanto il diritto penale del cittadino.

Per quanto concerne il *Feindstrafrecht*, sembra evidente qui come la drammatizzazione della relazione antagonista tra i consociati ed il reo - la quale, nella prospettiva di una fisiologia populista, dovrebbe essere razionalizzata e mitigata nell’azione di orientamento culturale dei principi co-

²⁶⁴ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. p. 27.

²⁶⁵ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, cit. p. 22. Corsivo nostro.

²⁶⁶ Per ulteriori approfondimenti in merito alla violazione dei principi costituzionali di uno Stato sociale di diritto si veda CAVALIERE A., *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, cit., pp. 265 ss..

stituzionali - raggiunga il suo apice di tensione. Il reo viene ufficialmente etichettato - con terminologia quanto mai populista - come nemico, viene espulso dalla cittadinanza, in modo da poter agire nei suoi confronti con gli strumenti di una guerra disciplinata. Jakobs afferma: “Certamente può essere necessario che la forza con cui si esige l’adempimento dell’obbligo diventi di portata tale che la si può chiamare ormai solo tortura, un modo di agire che dunque depersonalizza il soggetto passivo della tortura. Questo sarebbe l’ambito della relazione con un nemico”²⁶⁷.

Sono evidenti, dunque, i termini della patologia populista: in nome del diritto alla sicurezza dei consociati - obiettivo totalizzante che la fenomenologia populista condivide con il diritto penale del nemico - si legittima, sul piano del dover essere, la de-personalizzazione del nemico, la sua riduzione a mero individuo pericoloso, contro cui è possibile quasi tutto, anche la tortura, purché la società sia salva. Qui la pena svolge una mera funzione di eliminazione del pericolo.

In relazione al *Bürgerstrafrecht*, invece, come si è detto, la pena svolge una funzione di prevenzione generale integratrice, incentrata sul momento della inflizione giudiziale. Si tratta, tuttavia, di una funzione generalpreventiva positiva diversa da quella da noi sostenuta nei precedenti paragrafi²⁶⁸.

Declinando il significato di tale funzione nelle tre fasi di attuazione del diritto penale, si è precedentemente sostenuto che la funzione di orientamento culturale svolge un ruolo decisivo anche nella fase giudiziale, in quanto la sentenza di condanna simboleggia *in concreto* il giudizio di disvalore della condotta trasgressiva, formulato in astratto dalla legge, il quale, in caso di impunità, rimarrebbe lettera morta, chiusa sul piano della comunicazione legislativa. La stigmatizzazione del fatto criminoso nella sentenza di condanna, quindi, è coesistente alla funzione di orientamento culturale della stessa norma. Si è aggiunto, altresì, che, sul piano prescrittivo, la pena *può* svolgere una funzione generalpreventiva positiva al momento dell’inflizione, in quanto collegata, non alla severità del trattamento, ma alla certezza e alla proporzionalità della risposta punitiva, e quindi in armonia con la funzione di rieducazione, che gioca un ruolo principale in tale fase giudiziale.

Un tale contesto è stato, inoltre, definito *fisiologia populista*, espressione con cui si vuole intendere la possibilità di risolvere la relazione antagonista tra il “popolo di innocenti” ed il reo-nemico per il tramite della funzione socio-pedagogica dei principi costituzionali, i quali, veicolati dalle *élites* politiche e intellettuali, riescano a razionalizzare la domanda sociale di punizione e quindi ad immettere nel circuito democratico un consenso sociale “civilizzato”; questo sarebbe a sua volta

²⁶⁷ JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, cit., p. 128.

²⁶⁸ V. par. 3.1., in questo Capitolo.

necessario per il prodursi di una legislazione penale strumentale, in cui la funzione generalpreventiva positiva renda maggiormente coesa la società sulla condivisione dei valori fondamentali, e non degeneri nella tentazione del *mero* simbolismo.

La funzione di prevenzione integratrice di Jakobs, invece, mira esclusivamente alla stabilizzazione cognitiva della norma, alla riaffermazione controfattuale della sua vigenza, messa in crisi dalla commissione del reato. La funzione generalpreventiva positiva, pertanto, non viene qui intesa come comunicazione di giudizi di valore/disvalore rispetto a beni e a fatti offensivi degli stessi (funzione di orientamento culturale), ma come mera contraddizione del reato, la cui finalità ultima è la pacificazione sociale, o meglio la compensazione delle aspettative sociali riposte nella vigenza del precetto normativo e deluse dal reato. Tale funzione è, dunque, sganciata da ogni strumentalità rispetto alla tutela di beni giuridici: l'unico bene è quello del "mantenimento della norma come modello di orientamento"²⁶⁹; e, pertanto, risulta svincolata da ogni parametro cui riferire la misura della pena. Avendo sostituito il bene giuridico con la vigenza della norma, Jakobs afferma che la domanda relativa alla determinazione della misura della pena deve relazionarsi a "quanto il fatto in questione turbi in sé la comunità, quale è cioè il suo grado di perturbazione sociale"²⁷⁰.

Al di là delle formalizzazioni derivanti dalla teoria dei sistemi di Luhmann, la pena, secondo Jakobs, svolge in pratica la funzione di assicurare i cittadini riguardo la vigenza della norma ed il buono stato della pubblica sicurezza; tant'è che la sua stessa misura è riferita al parametro quanto mai mutevole e inafferrabile del grado di allarme sociale ingenerato dal reato. Sembra, pertanto, condivisibile la tesi di chi annovera la teoria della pena di Jakobs tra le cc.dd. teorie neo-retribuzionistiche, parlando di "vera e propria *componente preventiva della retribuzione*"²⁷¹. Analizzando le diverse teorie sulla funzione di prevenzione generale integratrice elaborate dalla dottrina tedesca, vi si ritrova il tratto essenziale di una pena retributiva intesa come "sanzione capace di soddisfare la domanda sociale di punizione e di consolidare la vigenza dei precetti normativi; in quanto tale, essa è intesa da una parte della recente dottrina penalistica come caratteristica di un sistema penale volto a *tabuizzare* nella coscienza del singolo una prassi comportamentale conforme al diritto, mediante

²⁶⁹ JAKOBS G., *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. a cura di VALITUTTI D., Editoriale Scientifica, Napoli, 2019 p. 92.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. Sezione I. La pena retributiva e le teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 940; anche ID., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., pp. 33 ss..

l'assunzione delle esigenze compensative conseguenti alla *frattura* rappresentata dal fatto delittuoso²⁷².

Una tale connotazione è, a nostro parere, rinvenibile anche nella teoria jakobsiana della pena, tutta incentrata sulla stabilizzazione cognitiva del precetto normativo, messa in crisi dalla commissione del reato: una pena, dunque, che svolge la funzione di assicurare i consociati in merito alla vigenza della norma, in modo tale che essi stessi continuino a conformarsi al precetto, e dietro la quale mal si cela lo scopo di appagamento dei bisogni di pena normalmente generati dal reato all'interno della collettività.

E ciò pare evidente nel momento in cui Jakobs collega il problema della commisurazione della pena al "grado di perturbazione sociale" ingenerato dal fatto delittuoso: si assiste, dunque, ad una "acritica recezione dei bisogni di pena emergenti nel contesto sociale"²⁷³, che vengono addirittura indicati come parametri per la definizione della misura della sanzione.

Se sul piano descrittivo, può ritenersi plausibile che la pena svolga anche la funzione di consolidamento normativo e di compensazione dei bisogni emotivi di pena emergenti nel contesto sociale, sul piano normativo una tale teoria - che Jakobs non limita al piano dell'essere, ma eleva a quello del dover essere, pretendendo che la misura della pena risponda al livello di allarme sociale - appare certamente insostenibile: tra i tanti motivi, "perchè essa rappresenta una forma radicale di subordinazione dell'individuo alle esigenze sociali; non esprime infatti soltanto la prevalenza degli interessi della società su quelli del soggetto, ma altresì la rinuncia a perseguire qualsiasi scopo razionale che riguardi direttamente chi ha commesso o potrebbe commettere un reato"²⁷⁴. Si assiste, in pratica, all'obliterazione della funzione rieducativa, e con essa alla considerazione della dignità del reo come persona; il che, da questo punto di vista, ridimensiona la reale differenza tra il diritto penale del nemico e il diritto penale del cittadino.

Quest'approfondimento sulla funzione della pena nel diritto penale del cittadino ci sembra utile in quanto rivela il rischio, sempre presente, di degenerazione del conflitto tra società e delinquente da una condizione che noi abbiamo definito di fisiologia populista - ove il rischio è contenuto grazie all'operatività 'salvifica' dei principi costituzionali - ad un contesto di patologia populista, ove invece la drammatizzazione della frattura sociale prodotta dal reato induce all'esclusione e all'oggettivazione del reo. Tale processo pare evidente nel modello del *Feindstrafrecht*, in cui il reo è

²⁷² *Ivi*, p. 937.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ivi*, p. 941.

additato come il nemico, l'individuo pericoloso, contro cui agire solo con la coazione fisica, nell'ottica securitaria della mera neutralizzazione. Ma anche nel modello del *Bürgerstrafrecht*, il perno centrale attorno cui ruota tutta la costruzione jakobsiana è quello del diritto alla sicurezza dei cittadini. Il delinquente non perde la sua personalità giuridica, eppure diviene destinatario di una pena nella cui esecuzione la sua persona rappresenta il simbolo della contraddizione del male commesso, in funzione di stabilizzazione cognitiva dei precetti normativi. L'esecuzione della pena - che Jakobs, a più riprese, qualifica come inflizione di un dolore - sulla persona del reo non ha altro significato che il perseguimento della sicurezza sociale, e quindi del soddisfacimento della domanda punitiva della popolazione. Appaiono, dunque, a nostro parere evidenti i collegamenti con un contesto da noi definito di patologia populista, in cui l'irrazionalità della domanda sociale di pena irrompe nel circuito democratico, influenzando le scelte del legislatore e, in questo caso, orientando anche le elaborazioni dottrinarie.

CAPITOLO III

LA “NUOVA” LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

1. La “nuova” legittima difesa domiciliare come paradigma della legislazione populista.

Le due riforme che si sono susseguite, a distanza di poco più di un decennio, sull’istituto della legittima difesa (l. 13 febbraio 2006, n. 59 e l. 26 aprile 2019, n. 36) possono essere considerate paradigmatiche del fenomeno del populismo penale, sotto tutti gli aspetti finora considerati: discorso sociale, diritto penale meramente simbolico, diritto penale del nemico.

Sotto il primo profilo, la legittima difesa rappresenta lo spazio di autotutela che il diritto riconosce al privato, in considerazione della impossibilità di un intervento tempestivo delle forze statali. In tale prospettiva, potremmo dire che il conflitto sociale vittima-reo vive, nella dinamica della legittima difesa, nella sua versione più autentica e pura, emendato da interpolazioni statali. Qui, a fronte di un’aggressione ingiusta, il privato reagisce mosso da un istinto di conservazione e di difesa, cui non si può escludere si aggiunga anche un desiderio di reazione al torto immediatamente minacciato o che si sta subendo. Compito del diritto, pertanto, è bilanciare in maniera equa e razionale esigenze di difesa, da una parte, e tutela della vita e dei diritti dell’aggressore, dall’altra: a tal proposito, sembra che la legittima difesa “classica” di cui all’art. 52, co. 1, del codice Rocco rappresenti un buon esempio di come tale equilibrio possa realizzarsi, mediante i requisiti del pericolo attuale di un’offesa ingiusta, della necessità difensiva - intesa come non sostituibilità della reazione difensiva adottata con condotte innocue o meno lesive - e, infine, del rapporto di proporzione tra difesa e offesa.

Il suddetto equilibrio è stato già scalfito con la riforma del 2006, che ha introdotto i commi 2 e 3, relativi ad una legittima difesa domiciliare a proporzione presunta, i cui esiti applicativi più aberranti, come vedremo, sono stati neutralizzati dall’interpretazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza; ma esso sembra essersi, ora, irrimediabilmente perduto con la recente riforma del 2019, la quale ha introdotto al comma 4 una presunzione di legittima difesa *tout court*, in rapporto a tutti i requisiti richiesti dall’art 52, comma, 1, c.p..

L’attuale art. 52, comma 4, c.p. difatti afferma che “Nei casi di cui al secondo e al terzo comma *agisce sempre in stato di legittima difesa* colui che compie un atto per respingere l’intrusione posta in essere, con violenza o **minaccia** di uso di **armi** o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone”. Come vedremo, la dottrina prevalente - a differenza della giurisprudenza, che tenta di salvare la disposizione mediante un’interpretazione costituzionalmente

orientata - intende la frase “agisce sempre in stato di legittima difesa” come presunzione *iuris et de iure* dell’intera scriminante, operante per il solo fatto che l’aggressore ha posto in essere un’intrusione con modalità violente o minacciose. Ne deriva che, una volta perfezionata la violazione di domicilio aggravata *ex art 614, comma 4, c.p.* (ovvero l’intrusione con “violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato”), l’agredito potrà agire contro l’intruso, *per il solo fatto della violazione di domicilio*, con una condotta che sostanzialmente non incontra limiti: non il limite del pericolo attuale di un’offesa ingiusta, sicché l’agredito potrà sparare alle spalle dell’intruso che, alla vista di un proprietario armato, si sia dato alla fuga; non il limite della necessità difensiva, di modo che l’agredito potrà ricorrere alla reazione difensiva più lesiva dei beni dell’aggressore (uso dell’arma per uccidere), nonostante siano in concreto praticabili soluzioni innocue o meno offensive, ma ugualmente idonee a respingere l’aggressione (fuga, uso dell’arma solo come minaccia, esplosione di colpi in aria a scopo intimidatorio o in parti non vitali del corpo); non il limite del rapporto di proporzione, perché, secondo l’esegesi di parte della dottrina, la violenza e la minaccia di uso d’armi costituiscono solo le modalità esecutive dell’intrusione, e non anche necessariamente ulteriori condotte realizzate dall’aggressore all’interno del domicilio. Quindi, una volta violato il domicilio altrui con le suddette modalità, l’agredito potrà agire contro l’intruso per la sola difesa *del* domicilio, e non per la difesa di altri beni, personali o patrimoniali, *nel* domicilio, non essendo a questo punto richiesto, ai fini dell’applicazione della scriminante *de qua*, che l’aggressore faccia più alcunché. Pare evidente, dunque, l’irragionevolezza della presunzione di proporzione tra la difesa del domicilio e l’offesa a beni di primario rango costituzionale (vita, integrità fisica dell’aggressore), per di più interessati da lesioni di significativa intensità, non essendo più richiesto neanche il requisito della necessità difensiva.

A fronte di una tale disposizione - che, come vedremo, si presta anche ad una lettura meno radicale, sebbene comunque incapace di renderla immune da censure di incostituzionalità -, molti Autori parlano di introduzione nell’ordinamento del mostro giuridico della legittima offesa²⁷⁵, o della vendetta domiciliare²⁷⁶. E, in effetti, il nuovo quarto comma si rivela essere l’emersione

²⁷⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 283; BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2019, p. 22: “Il punto è che una disposizione di questo genere ribalta completamente la logica che sta dietro alla legittima difesa, convertendola in una vera e propria offesa. Se infatti si muove dalla *ratio* che la legittima difesa è un diritto all’autotutela, nel momento in cui manca la necessità di difendersi la reazione non è più espressione di autotutela, ma di aggressione; se si muove da una *ratio* statalista, lo Stato non può delegare un cittadino ad utilizzare la forza in assenza di un’aggressione che la giustifica. Insomma, non siamo più in presenza di una legittima difesa e quindi di una reazione, ma di una legittima difesa “anticipata” e quindi di una aggressione”

²⁷⁶ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., pp. 25 ss..

giuridica di quell'istinto vendicativo che, nel precedente capitolo, abbiamo visto essere la radice primaria della relazione antagonista tra vittima e reo, capace, nella dinamica del populismo penale come discorso sociale, di costituire un "popolo di innocenti", assente in termini obiettivi, e possibile solo in opposizione al delinquente-nemico.

È stato condivisibilmente affermato che la nuova legittima difesa domiciliare ex art 52, comma 4, c.p. possiede, almeno in accordo all'esegesi più vicina alla *voluntas legislatoris*, tutti i tratti identificativi della vendetta: "Della vendetta propriamente intesa, alla luce della riflessione antropologico-giuridica, la ritorsione posta in essere dal titolare del domicilio nei confronti dell'aggressore rivela tutte le componenti essenziali, a cominciare da quella della reciprocità del dolore. La vittima si trasforma in autore dell'offesa che ricade sull'aggressore, con un avvicinarsi dei ruoli in un rapporto di scambio bilaterale. Inoltre, la subitanità della reazione dell'offeso che difende il suo focolare o la sua bottega mette in luce l'immediatezza della deliberazione che comporta la ritorsione in tempi fulminei, senza alcuna mediazione razionale, anche da parte di esterni al rapporto di scambio. Infine, lo scopo che anima la trasformazione della collera in gesto reattivo è quello di infliggere il dolore all'aggressore con lo stesso grado di sofferenza patito dalla vittima. Nella sua radice primordiale il bisogno di vendetta corrisponde alla tensione naturale dell'uomo verso un obiettivo di uguaglianza che pretende di rendere male per male"²⁷⁷.

In effetti, la nuova difesa domiciliare presenta, almeno in una prima lettura più aderente al testo normativo, i suddetti tratti identificativi della vendetta: a) la reciprocità del dolore, ovvero l'inflizione di un male, di un'offesa, come risposta per il male subito o minacciato, dal momento che eliminando i requisiti del pericolo attuale e della necessità difensiva si va già oltre la fisionomia della difesa, per sconfinare nell'offesa/vendetta; b) diversamente da quanto affermato da taluno, però, la vendetta, come abbiamo visto nel precedente capitolo²⁷⁸, pretende una equivalenza/proporzione tra male subito e contro-male inflitto solo quale punto di partenza ai fini dell'appagamento del sentimento di sé ferito, ben potendo essere portata oltre tale equilibrio. Infatti, nella nuova legittima difesa domiciliare, con l'eliminazione sia del rapporto di proporzione che del requisito della necessità di *quella* azione difensiva, l'offesa dell'agredito potrà essere incommensurabilmente più grave dell'offesa minacciata dall'aggressore (ad es. uccisione del ladro per tutelare beni patrimoniali, oppure, addirittura, uccisione del ladro che si dà alla fuga abbandonando la refurtiva, e quindi solo quale ritorsione per la violazione del domicilio subita).

²⁷⁷ *Ivi*, pp. 22 s..

²⁷⁸ Cap. II, par. 2.1..

Per tali motivi, e alla luce dell'analisi dei singoli requisiti che condurremo nei prossimi paragrafi, è possibile affermare che la nuova difesa domiciliare *ex art. 52*, comma 4, c.p. costituisce la formalizzazione normativa della massima aspirazione del populismo penale: il ritorno ad una giustizia privata e vendicativa, che faccia a meno degli inutili tecnicismi e delle lungaggini del sistema penale, ritenuto inefficace, se non addirittura complice del delinquente. Si tratta di una riconquista della sovranità punitiva in capo alle vittime e alla 'gente comune', in revoca alla delega accordata alle istituzioni, il cui statuto potrebbe suonare in termini simili: "La sovranità punitiva appartiene al popolo che, fuori del caso di tutela diretta del domicilio, la esercita a mezzo degli organi dello Stato che applicano i criteri e i modi richiesti dal sentimento delle vittime dei reati, al fine di assicurare la massima sicurezza dei cittadini"²⁷⁹. Siamo, in pratica, vicini all'essenza del fenomeno del populismo penale.

Allargando la base del conflitto vittima-reo ai consociati, emerge, altresì, che gli episodi di autotutela del cittadino sono capaci di mobilitare un ampio consenso sociale dalla parte della vittima. Nell'esperienza statunitense John Pratt sottolinea come "le vittime di reati che reagiscono in difesa della propria famiglia o dei propri beni [...] o che desiderano vendicarsi contro coloro che hanno perpetrato crimini terribili contro i membri della propria famiglia – Mark Middleton in Nuova Zelanda, per esempio, minacciò di uccidere l'assassino della figliastra se la domanda di libertà vigilata di quell'uomo avesse avuto successo - possono diventare eroi popolari"²⁸⁰.

Ugualmente in Italia, si è sottolineato che "i consociati paiono orientati - non solo nel nostro Paese - a simpatizzare per il difensore, immedesimandosi di norma più in lui che

²⁷⁹ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. XI; PULITANÒ D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5 2019, p. 210: "Sulle proposte di riforma è stata combattuta un'aspra battaglia, preoccupata di contrastare l'idea che la difesa dalla criminalità sia nelle mani (e richieda l'armarsi) di privati cittadini: un'idea pericolosa per la tenuta dell'ordine giuridico, che rischia di essere accreditata dal fare apparire il problema della legittima difesa (importante in via di principio, ma nei fatti quantitativamente modesto) come cruciale per il contrasto alla criminalità. Così non deve essere e non è, ha ribadito il Presidente Mattarella: *la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini*"; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.* in *Giur. Pen.*, n. 5 2019, pp. 4 s: "Che la legittima difesa, nella forma domiciliare, abbia assunto la consistenza di un *munus publicum* è per inciso confermato dalla disciplina introdotta all'art. 115 *bis* del testo unico sulle spese di giustizia. Tra tutte le ipotesi in cui un cittadino venga assolto per la ricorrenza di una scriminante, il legislatore ha infatti scelto di provvedere ad un integrale rimborso delle spese legali proprio in questo caso: ciò può dipendere solo dal presupposto normativo che si sia in presenza dell'esercizio di un potere pubblico"; VIGANÒ F., Sulla "nuova" *legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2006, p. 201: "[...] Il punto è che l'idea di un 'rafforzamento' delle risorse (e dei poteri) di autodifesa dei cittadini - e, naturalmente, di agenzie specializzate che agiscano su mandato dei cittadini - quali strumenti di lotta contro il crimine corrisponde a un preciso *trend* internazionale, con il quale tutti siamo chiamati a fare i conti seriamente, e che non può essere liquidato con facili battute ed immagini ad effetto".

²⁸⁰ PRATT J., *Penal populism*, cit., p. 19.

nell'aggressore"²⁸¹, configurandosi, pertanto, una *Kulturnorm* che tende all'ampliamento delle maglie della legittima difesa. Rispetto alla riforma del 2006, si riferisce di "sondaggi, secondo i quali la nuova legge avrebbe ottenuto l'approvazione di quasi il 70 % dei cittadini sondati"²⁸². Si assiste, dunque, nella relazione antagonista tra vittima e reo, ad una netta presa di posizione, ad una forte immedesimazione dei consociati nella posizione dell'agredito, con conseguente recrudescenza delle istanze securitarie.

Tale domanda di sicurezza, nel senso non di una maggiore tutela statale, ma di un ampliamento degli spazi di autotutela privata, è stata, poi, certamente enfatizzata e drammatizzata dal ceto politico, come emerge dalla lettura di alcuni interventi in Parlamento, relativi alla riforma del 2006: "Branchi di uomini feroci - italiani o stranieri che siano - non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare"²⁸³; "Oggi, purtroppo, assistiamo a vere e proprie razzie da parte di criminali extracomunitari che entrano nelle case, quelle che voi chiamate ville, soprattutto al nord, e aggrediscono i cittadini onesti, quando sono inermi e indifesi, e li aggrediscono con inaudita violenza. [...] Questi cittadini onesti vengono selvaggiamente picchiati, spesso di fronte ai loro bambini e figli minori. Alle rapine in villa, spesso - è drammatico dirlo - si accompagnano episodi di violenza sessuale"²⁸⁴; "perchè qualcuno può venire in casa mia? Egli deve sapere che, se viene in casa mia, non gli do scampo! [...] In Italia c'è un dramma su questa vicenda! È una situazione gravissima! [...] Noi vogliamo consentire che, di fronte a queste circostanze, ci si possa difendere, stabilendo che la proporzionalità non sarà decisa da Anna Finocchiaro, magistrato, o dal professore di università!"²⁸⁵.

A seguito, poi, della neutralizzazione in sede interpretativa della presunzione di proporzione inserita nel comma 2 dell'art. 52 c.p.²⁸⁶, l'argomento legittima difesa è tornato ad essere strumentalizzato dalle forze populiste salite al Governo nel 2018. Nel "Contratto per il governo del

²⁸¹ CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2006, p. 435; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 Aprile 2019, p. 6: "Sul piano degli effetti politici, la riforma della legittima difesa rappresenta, in tempi di politiche penali populistiche, un sicuro investimento: costerà alle casse dello Stato solo 590.000 euro l'anno (questi gli oneri previsti per il pagamento delle spese di giustizia) e veicola un messaggio semplice, diretto, viscerale, che intercetta un elementare, istintivo favore del cittadino-elettore per chi si fa carico delle istanze di sicurezza e si mette 'dalla parte degli onesti'".

²⁸² MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, p. 434.

²⁸³ Relazione al D.d.l. n. 1899, comunicato alla Presidenza del Senato il 20 Dicembre 2002.

²⁸⁴ Intervento dell'on. Lussana nella seduta della Camera del 23 gennaio 2006.

²⁸⁵ Intervento dell'on. Paolone nella stessa seduta del 23 gennaio 2006.

²⁸⁶ V. *infra*, par. 2.

cambiamento”, nato dall’alleanza Lega-Movimento 5 stelle, si legge, al paragrafo intitolato “Area penale, procedura penale e *difesa sempre legittima*”²⁸⁷, che “In considerazione del principio dell’inviolabilità della proprietà privata, si prevede la riforma ed estensione della legittima difesa domiciliare, eliminando gli elementi di incertezza interpretativa (con riferimento in particolare alla valutazione della proporzionalità tra difesa e offesa) che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un’intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro”²⁸⁸. Ugualmente, nel programma elettorale della Lega per le elezioni del 2018, al capitolo “Sicurezza”, si legge “È diritto dei cittadini difendersi in casa propria, senza eccezione alcuna”²⁸⁹.

Sembrano evidenti, quindi, i tratti di quelli che nel precedente capitolo abbiamo definito patologia populista. La frontiera dicotomica tra il “popolo di innocenti” ed il delinquente-nemico, che sempre si accompagna al fatto di reato, ancor di più se in connessione con un episodio di autotutela della vittima, vede qui un inasprimento della domanda di sicurezza privatizzata, la pretesa, in sostanza, di potersi difendere senza limiti all’interno di determinati luoghi, *in primis* il focolare domestico. I criteri di razionalità sanciti dall’art. 52, comma 1, del codice Rocco, conformi a principi costituzionali come la tutela del diritto alla vita anche dell’aggressore *ex art. 2 Cost.*, perdono qualsiasi *appeal*, qualsiasi capacità di persuasione presso l’opinione pubblica. In maniera più evidente e sfacciata rispetto alla riforma del 2006, le parole d’ordine nel dibattito politico-mediatico del 2019 sono “La difesa è sempre legittima”, “Niente processo per chi si difende in casa propria”; e l’inquietante novità è che la semplificazione di tali *slogan*, certamente efficace sul piano mediatico della campagna elettorale, è stata poi riversata senza filtri nella riforma normativa: l’attuale comma 4 dell’art. 52 c.p., con il suo “agisce sempre in stato di legittima difesa”, non fa altro che tradurre in norma lo *slogan* politico “La difesa è sempre legittima”. Si tratta di uno degli esempi più chiari di quella che è stata autorevolmente definita legislazione come operazione di *marketing*²⁹⁰, la quale va a braccetto con la produzione legislativa di tipo populista.

²⁸⁷ Corsivo nostro.

²⁸⁸ Contratto per il governo del cambiamento, p. 22.

²⁸⁹ Programma della Lega-elezioni 2018, p. 14.

²⁹⁰ SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padova, 2006, p. XI: “La produzione legislativa degli ultimi mesi della XIV legislatura si presenta come un’interessante operazione di *marketing*. La legge è trattata come un bene di consumo. Invero, il prodotto normativo: - è esposto in rutilanti confezioni, anche se talvolta l’etichetta non corrisponde al contenuto [...], - è immesso sul mercato per soddisfare molteplici e diversificati bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari, - è oggetto di ampia pubblicità sui *mass media* che ne esaltano l’efficacia e le proprietà innovative, peraltro quasi sempre inesistenti, - è ritirato dal mercato quando è stato conseguito il desiderato profitto (politico)”.

Nel dibattito politico che ha accompagnato la riforma del 2019, non sono mancati gli interventi di autorevoli Professori²⁹¹, e il comunicato ufficiale della Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, il cui sottotitolo recita “Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino”. Tale documento, con linguaggio quanto più atecnico e lineare possibile, cerca di mettere in guardia i cittadini dai messaggi ingannevoli veicolati dalla politica populista. Principalmente due: a) la possibilità di una difesa sempre legittima, che finisce per rivelarsi una contraddizione in termini, poiché requisito fondamentale di tale causa di giustificazione è “la necessità di difendersi, in assenza della quale non si parlerebbe più di difesa, ma di offesa gratuita e deliberata”; b) l’illusione, alimentata dalla politica populista, di poter non essere sottoposti ad indagini in caso di difesa da un’aggressione: “I cittadini devono essere informati che, se si uccide o si ferisce qualcuno, nessuna riforma potrà mai assicurare che non vengano svolti accertamenti penali o che essi siano meno approfonditi di quelli che si compirebbero in caso di uccisione del cane del vicino. [...] Si possono infatti eccedere i limiti della difesa anche intenzionalmente (per dare una bella lezione all’aggressore) [...]. E verificare se l’eccesso sia intenzionale, oppure no, comporta già un’indagine penale. Che è obbligatoria, non discrezionale”.

Ad ogni modo, nonostante gli sforzi dell’*establishment* accademico e giudiziario, la riforma è andata in porto, in tipico stile populista, ovvero ignorando i moniti delle *élites* intellettuali, ed assecondando e strumentalizzando il ‘buon senso’ della ‘gente comune’.

Si giunge, quindi, ai due ulteriori profili del populismo penale, che a nostro parere si inverano nelle riforme della legittima difesa domiciliare: il carattere meramente simbolico e l’appartenenza delle nuove scriminanti alla categoria del diritto penale del nemico. Sotto il primo profilo, nei prossimi paragrafi si analizzerà come entrambe le riforme sulla legittima difesa siano state sostanzialmente neutralizzate dall’interpretazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza, che le ha rese ineffettive rispetto alla finalità dichiarata di garantire ‘sempre’ e ad ogni costo al privato il diritto di autotutela nel proprio domicilio. Per quanto concerne il secondo aspetto, pare evidente che, soprattutto con l’introduzione del nuovo quarto comma, l’eliminazione di tutti i limiti della legittima difesa previsti dal comma 1 dell’art. 52 c.p., e quindi la sua metamorfosi in offesa legittima, in vendetta domiciliare, trasformi l’aggressore da “persona in diritto” a mero individuo pericoloso, nemico contro cui è lecito agire con una forza illimitata, con una coazione fisica che non

²⁹¹ Si vedano le audizioni dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato dei Proff. Flick, Insolera, Moccia, Padovani e Palazzo sul sito del Senato: https://webtv.senato.it/4621?video_evento=322.

incontra più ostacoli in termini giuridici, né quello della proporzionalità, né quello della necessità/inevitabilità altrimenti.

2. La legittima difesa domiciliare ex art. 52, commi 2 e 3. La riforma del 2019 e l'inutilità simbolica dell'avverbio "sempre".

Com'è noto, sulla spinta delle istanze securitarie provenienti dall'opinione pubblica e manipolate da politica e *mass-media*, la l. 13 febbraio 2006 n. 59 ha introdotto il secondo ed il terzo comma dell'art. 52 c.p., che così recitavano (prima della recente riforma del 2019):

“Nei casi previsti dall'art 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni proprio o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione;

Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

Intendiamo analizzare questa prima riforma della c.d. legittima difesa domiciliare, non solo per chiarirne portata e significato, ormai ampiamente dibattuti in dottrina e giurisprudenza, quanto per evidenziarne i tratti marcatamente populistici, ovvero: “la pessima fattura tecnica” che sarebbe “indice e ragione della sua irrazionalità applicativa”²⁹²; e il carattere meramente simbolico.

Sotto il primo profilo, sono numerose, come si vedrà, le ambiguità del dettato normativo, che hanno prodotto un risultato di incertezza interpretativa sulle condizioni di operatività della scriminante, il quale contraddice l'intento dichiarato nei lavori parlamentari di ridurre la discrezionalità giudiziale in nome della certezza del diritto²⁹³. L'inadeguatezza sotto il profilo tecnico-giuridico è, difatti, tratto tipico del legislatore populista, che confeziona norme come beni di consumo per il soddisfacimento della domanda di sicurezza della collettività, non curandosi dei consigli e dei moniti provenienti dall'accademia. Come è stato ricordato, “alla vigilia del voto

²⁹² FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, in *Crit. Dir.*, 1-2-3, 2006, p. 57.

²⁹³ Si legge nella relazione al D.d.l. n. 1889 cit.: “L'eccessivo grado di discrezionalità che è stato lasciato al potere di interpretazione dei magistrati finisce per vanificare la certezza del diritto. Fatti del tutto simili vengono giudicati in modo completamente difforme da un tribunale all'altro, da un grado di giudizio all'altro. Al povero imputato, colpevole di aver difeso la propria vita, i propri beni, la scritta nei tribunali ‘la legge è uguale per tutti’ appare spesso come una beffa, il ghigno irridente di una giustizia cieca, imprevedibile e crudele”.

parlamentare, mentre il disegno di legge stava ultimando i propri passaggi in commissione, dal mondo accademico provenne un forte invito al ripensamento, che si concretizzò nell'elaborazione di un documento, sottoscritto da oltre 50 professori di diritto e procedura penale, reso pubblico ed inviato anche agli organi parlamentari, con il quale venivano rese manifeste le rilevanti perplessità e le diffuse preoccupazioni che la proposta novella legislativa aveva sollevato, sollecitando, senza esito, una nuova e più attenta riflessione sull'opportunità di approvarla²⁹⁴. La sollecitazione rimase, appunto, senza esito.

Per quanto concerne, invece, il carattere meramente simbolico della disposizione, questo emerge chiaramente dalla discrasia tra i fini dichiarati e quelli concretamente realizzati: se, da un lato, con la riforma in parola la politica intendeva comunicare il messaggio forte del “se il ladro viene in casa mia, non gli do scampo!”²⁹⁵, riecheggiante i termini della *Castle Doctrine* statunitense; dall'altro lato, emerge la realtà delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno ovviamente reso impossibile tale esito applicativo, neutralizzando la riforma in un'ottica costituzionalmente orientata.

E, in realtà, il messaggio ancora più decettivo che la riforma intendeva veicolare al pubblico era quello della possibilità, per l'agredito che si difende, di non essere affatto sottoposto né ad indagini, né a processo; il che non può che apparire assurdo, stante la complessità di una scriminante come la legittima difesa, caratterizzata da un “conflitto che inevitabilmente si riflette in un prevedibile alto grado di ‘contraddizione’ in sede probatoria”²⁹⁶. Ed anzi tale componente rischia di essere stata esasperata dall'aggiunta del comma 2 all'art. 52 c.p., “in quanto gli elementi che lo

²⁹⁴ FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 66, nota 2.

²⁹⁵ V. *supra*, nota 279.

²⁹⁶ FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 59.

compongono proprio a causa di alcune loro peculiarità probatorie sembrano imporre più che disincentivare approfondimenti sul piano processuale”²⁹⁷.

L’elemento ovviamente centrale della riforma è dato dalla presunzione del rapporto di proporzionalità tra difesa e offesa, in presenza di determinati requisiti. Si va, in tal modo, ad intaccare la stessa *ratio* della scriminante, collegata al bilanciamento tra interessi confliggenti, e quindi alla valutazione in concreto del rango costituzionale dei beni in conflitto, nonché del grado di offesa da cui sono interessati, volto a stabilire quale di essi sia destinato a soccombere: quello dell’aggressore, con conseguente liceità della reazione difensiva, o quello dell’aggredito, nel senso della illiceità della sua reazione.

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti - ancor prima della riforma del 2019, che con l’aggiunta dell’avverbio “sempre” sembra aver ribadito un concetto già consolidato -, si tratterebbe di presunzione *iuris et de iure* di proporzionalità, pertanto preclusiva di qualsiasi accertamento in concreto, anche su iniziativa della pubblica accusa²⁹⁸. Sembra evidente, pertanto,

²⁹⁷ *Ibidem*; v. pure BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p.18, secondo cui, ammesso e non concesso che esista l’“irrelevante giuridico” totale, la sottraibilità all’accertamento giurisdizionale di un fatto della cui illiceità si discute può essere ipotizzata tutt’al più in altri settori del diritto, come ad esempio quello civile, dove in presenza di un fatto illecito l’autonomia privata può sostituirsi all’esercizio della giurisdizione (si pensi all’accordo che due parti raggiungono là dove sussiste un illecito aquiliano), non certamente nell’ambito del diritto penale, che ha un carattere pubblicistico sottratto alla disponibilità dei privati e quindi vive esclusivamente in sede giurisdizionale. Con la conseguenza che ogni volta che vi sono fatti che si ritiene possano assumere rilevanza penale, la giurisdizione non può che attivarsi. Non solo, ma la circostanza che si discuta della qualificazione di un fatto tipico offensivo in termini di liceità perché conforme a una causa di giustificazione alla fin fine impone a maggior ragione un accertamento: da un lato, infatti, un’offesa c’è; dall’altro lato, problematica non è soltanto la sussistenza o meno dell’aggressione ingiusta, ma soprattutto il carattere legittimo della difesa, non potendosi dimenticare che nella realtà, come anche nelle dinamiche processuali, si pone praticamente sempre la questione dell’eccesso (doloso, colposo o incolpevole) e/o della supposizione erronea (colposo o incolpevole), con buona pace per chi ritiene che la difesa sia sempre legittima; PALAZZO F., *Testo della audizione alla Commissione giustizia del Senato della Repubblica*, 19 settembre 2019, in www.senato.it: “Pretendere di eliminare radicalmente la discrezionalità giudiziale significherebbe pretendere l’impossibile estromissione del fatto difensivo dall’area del giuridicamente ‘rilevante’”.

²⁹⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 307; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 366; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 338; VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 202; CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, cit., pp. 436 s.; NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 178; PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, in *Leg. Pen.*, 1/2006, p. 150; GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2019, p. 887; FLORA G., *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell’art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il “vero” significato della norma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, p. 463; nel senso di una presunzione relativa di proporzione, invece, MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., pp. 443 s.: “L’unica soluzione, che consente di evitare gli scogli sia di un’eventuale illegittimità costituzionale sia di un’interpretazione abrogante, resta quella, per così dire intermedia, della *presunzione relativa* dell’esistenza della proporzione, nel senso cioè che la proporzione si presume esistente, a meno che la pubblica accusa non ne provi l’inesistenza sia obiettiva che putativa. E, conseguentemente: a) non spetta più all’aggredito - come invece per la legittima difesa comune - provare l’esistenza della proporzione, quanto meno come ‘necessità pratica’ (anche se non quale inversione dell’‘onere della prova’ in senso tecnico), stante il rischio della mancata prova di tale esistenza da parte del magistrato; b) spetta, invece, alla pubblica accusa provare non solo l’esistenza della *sproporzione obiettiva*, ma anche l’inesistenza di una *proporzione putativa* (cioè ritenuta sussistente dall’aggredito) o, quanto meno, in caso di provata *esistenza di una proporzione putativa*, che l’erronea supposizione dell’esistenza della proporzione fu dovuta a colpa, potendo solo nei suddetti casi do raggiunta prova avanzare una richiesta di condanna dell’aggredito”.

che una presunzione assoluta di proporzionalità - soprattutto con riferimento alla lett. b) del comma 2, ovvero alla difesa di beni patrimoniali, che legittimerebbe l'uccisione del ladro per la sola difesa del patrimonio - si esponga ad ovvie obiezioni di incostituzionalità per violazione dell'art. 2 Cost., in quanto lesiva del diritto alla vita, nonché in quanto attuativa di un inaccettabile ribaltamento dell'impianto assiologico espresso dalla Costituzione repubblicana, che assicura irremovibile priorità alla dignità dell'individuo ed ai beni personali ad essa correlati. La suddetta presunzione assoluta si pone, altresì, in contrasto con l'art. 2 CEDU - in combinato disposto con l'art. 117, comma 1, Cost. - il quale consente la privazione della vita solo in conseguenza di un uso della forza "resosi assolutamente necessario: a) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale": una violenza diretta, quindi, contro la persona, e non contro i suoi beni.

Allo scopo di mitigare - non, però, di eliminare - tali profili di incostituzionalità, la dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono che il secondo comma dell'art. 52 abbia solo (!) inciso sul requisito della proporzione, lasciando intatti gli altri presupposti della legittima difesa previsti dal primo comma - nello specifico, attualità del pericolo e, soprattutto, necessità della difesa - che quindi troverebbero applicazione anche nella ipotesi di legittima difesa domiciliare²⁹⁹. La giurisprudenza, difatti, è abbastanza costante nell'affermare che "le modifiche apportate [...] hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi però restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità"³⁰⁰.

Secondo tale orientamento interpretativo, pertanto, il legislatore del 2006 non ha introdotto una nuova ed autonoma fattispecie di legittima difesa, fondata esclusivamente su diversi

²⁹⁹ VIGANÒ F., Sulla "nuova" legittima difesa, cit., p. 203: "Ma la presenza delle condizioni descritte dal secondo e dal terzo comma non basterà a qualificare senz'altro il fatto come lecito, dal momento che il giudice dovrà comunque riscontrare la presenza, nel caso concreto, di tutti gli altri requisiti posti dal primo comma, che continueranno - in quanto presupposti generali di liceità della condotta difensiva - a trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui la proporzione è legislativamente presunta"; CADOPPI A., La legittima difesa domiciliare (c.d. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto, cit., p. 436: "Una cosa mi pare vada chiarita fin dall'inizio. I due commi inseriti dalla nuova legge - che disciplinano quella che potrebbe denominarsi legittima difesa 'sproporzionata' - non vanno a toccare tutti i requisiti della legittima difesa così come definita al comma 1 dell'art. 52. Essi concernono il solo requisito della proporzione. Cosa significa ciò? Che la legittima difesa 'sproporzionata' - altrimenti detto: 'allargata' - postula che sussistano tutti i requisiti della legittima difesa tradizionale meno uno: quello della proporzione. Per chiarire ancor meglio: per la legittima difesa allargata occorre che vi sia: 1) il pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui; 2) l'essere costretti dalla necessità di difendere tale diritto; MILITELLO V., La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?, in Riv. it. dir. proc. pen., 3/2006, pp. 859 ss.; FLORA G., Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma, cit., pp. 462 s.; FIANDACA G., MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, cit., p. 308; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., Manuale di diritto penale. Parte generale, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 338 s..

³⁰⁰ Cass. pen., sez. I, ud. 27 ottobre 2011, dep. 24 novembre 2011, n. 43368.

presupposti, “come sarebbe accaduto laddove avesse ad es. introdotto le nuove disposizioni con la consueta formula ‘non è punibile chi, essendo legittimamente presente in uno dei luoghi indicati dall’art. 614, usa un’arma legittimamente detenuta ovvero ogni altro mezzo idoneo al fine di difendere...’”³⁰¹; ma si è limitato ad introdurre un’ipotesi speciale di legittima difesa, ove l’unico elemento differenziale rispetto alla scriminante di cui al comma 1 è la presunzione di proporzionalità - oltre, ovviamente ai singoli requisiti richiesti dallo stesso comma 2 -, restando invariati i limiti posti dalla legittima difesa generale³⁰².

Una tale opzione ermeneutica sembra preferibile in forza dei seguenti argomenti. In primo luogo, l’argomento letterale del rinvio alla legittima difesa comune contenuto nel secondo comma, che afferma la sussistenza del rapporto di proporzione “di cui al primo comma”, lasciando quindi intendere un richiamo a tutti i presupposti della scriminante generale, compresa la proporzione, che viene, però, presunta *iuris et de iure*; a ciò si aggiunga, quale ulteriore elemento indiziante il collegamento tra primo e secondo comma, che la nuova scriminante è stata introdotta con l’inserimento di due nuovi commi nello stesso articolo 52, abbandonando l’intenzione originaria di introdurre un art. 52-bis c.p..

Ma, in effetti, l’argomento decisivo a favore di tale ricostruzione interpretativa è quello della maggiore conformità a Costituzione. Tra tutte le interpretazioni possibili di un dato normativo, l’interprete deve scegliere quella più aderente al dettato costituzionale, nei limiti in cui ciò non comporti uno stravolgimento del significato letterale della disposizione stessa. Pretendere, quindi, la presenza dei requisiti della legittima difesa comune - primo fra tutti, la necessità della difesa - permette di ridurre l’impatto dirompente che avrebbe la norma, qualora la si sganciasse da ogni presupposto di attualità del pericolo e di necessità difensiva, poggiandola esclusivamente sui requisiti sanciti dallo stesso comma 2, in modo da palesarne l’incostituzionalità. Il dubbio che rimane, tuttavia, è, come vedremo, che una tale interpretazione costituzionalmente orientata permette solo di “attenuare” i profili di incostituzionalità, scongiurando scenari assolutamente

³⁰¹ VIGANÒ F., Sulla “nuova” legittima difesa, cit., p. 203.

³⁰² Contro tale interpretazione PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., p. 151: Quanto agli altri requisiti tipici della figura-base di legittima difesa, nessuno di questi è come tale riproposto nella figura di legittima difesa "territoriale":

- non l'attualità, parafrasata, e dunque assorbita, dalla formulazione delle condizioni oggettive di applicabilità della nuova scriminante (essenzialmente, dalla situazione di "intrusione domiciliare in atto", evocata dal richiamo all'art. 614 CP, con il quale la disposizione esordisce): requisito assorbito, e dunque a sua volta presunto, come tale, dal momento che il giudice dovrà semplicemente constatare l'esistenza del reato-presupposto, situazione - per il legislatore - in astratto tipica di "attualità" rilevante ai fini della scriminante;
- - neppure, peraltro, la necessità, intesa come requisito oggettivo del fatto scriminato: anch'essa sostituita dal fine di difendere, proiezione soggettiva della necessità stessa, che nel paradigma del primo comma è ricavata, interpretativamente, dal concetto di "necessità" introdotto dal legislatore del '30, ma come elemento integrativo e non surrogatorio della necessità oggettiva stessa.

aberranti per il nostro ordinamento, ma non ancora di garantire una piena conformità della disposizione ai principi costituzionali, restando sempre, a nostro parere, fondata una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Procedendo con l'analisi delle condizioni di operatività della scriminante, la prima è la realizzazione, da parte dell'aggressore, della fattispecie di violazione di domicilio di cui all'art. 614, commi 1 e 2 c.p.. Considerato il rinvio secco "ai casi previsti dall'art. 614", non è sufficiente la mera collocazione della vicenda nel privato domicilio o negli altri luoghi indicati, ma è necessaria la realizzazione - ovvero il perfezionamento, e non il mero tentativo - del reato di violazione di domicilio da parte dell'aggressore, e quindi la sua illecita - in quanto non consentita dal titolare dello *ius excludendi* - introduzione o permanenza nell'abitazione altrui, in altro luogo di privata dimora o negli altri contesti indicati dall'art. 52, comma 3 c.p.³⁰³.

Come è stato rilevato, l'inserimento di tale presupposto "territoriale" comporta che la scriminante possa essere applicata "non solo contro le aggressioni del 'nemico' (l'*extraneus*: il ladro), ma anche contro quelle del 'cittadino' (l'*intraneus* in normali relazioni di conoscenza con il titolare del diritto di proprietà). Commettono infatti violazione di domicilio sia la fidanzata convivente che viene cacciata dal fidanzato padrone di casa, sia l'operaio o lo studente che occupano il luogo di lavoro o di studio per motivi sindacali o politici"³⁰⁴. Questa sembra una rilevazione di non poco conto ai fini della comprensione dello spazio di operatività della causa di giustificazione, che in concreto viene ad essere applicata anche a contesti parecchio distanti da quelli delle aggressioni nelle ville del nord Italia, evocate nella propaganda politico-mediatica.

Seguono, poi, i presupposti della *legittima presenza nei luoghi indicati* e del *legittimo possesso dell'arma*. Per quanto concerne il primo, esso mira evidentemente ad impedire che della disposizione in esame possa giovare lo stesso aggressore³⁰⁵, il quale tuttavia potrà sempre invocare la legittima difesa comune, laddove la reazione difensiva dell'agredito ecceda i limiti che le sono propri (non la proporzione, essendo questa presunta!). Anche rispetto a tale elemento possono sottolinearsi dei profili di irragionevolezza, considerato che non potrebbe avvalersi della

³⁰³ VIGANÒ F., Sulla "nuova" *legittima difesa*, cit., p. 205; MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 435; PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., p. 155.

³⁰⁴ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., pp. 155 s..

³⁰⁵ VIGANÒ F., Sulla "nuova" *legittima difesa*, cit., p. 205; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 337; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 314.

scriminante “chi è illegittimamente presente nel proprio domicilio perché ad esempio moroso dell'affitto”³⁰⁶, o per altri motivi³⁰⁷.

Più problematico è il requisito della legittima detenzione dell'arma. Si tratta, com'è stato rilevato in dottrina, di un elemento eccentrico rispetto alla *ratio* della norma (ovvero il rafforzamento del diritto di autotutela nel domicilio), e che rivela un significato simbolico-espressivo in “funzione selettiva del ‘tipo di autore’ da scriminare: la legittima detenzione evoca infatti l’idea di un detentore appartenente al novero delle ‘persone per bene’, rispettose della legge e dunque, nella logica di tipo bellico che ispira la norma, naturali destinatarie delle generose ‘regole di ingaggio’ che il secondo comma dell’art. 52 c.p. fissa per chi si difende nel proprio territorio dal nemico aggressore”³⁰⁸. L’elemento in questione, dunque, si mostra carico dei messaggi simbolici di difesa dei cittadini onesti contro le violente aggressioni dei delinquenti extracomunitari, che hanno monopolizzato il dibattito politico-mediatico precedente alla riforma.

Esso, inoltre, è foriero di esiti paradossali, come l’impossibilità di applicazione della scriminante nei casi di “chi usi un fucile da caccia ereditato dal padre e del quale si era semplicemente scordato di denunciare il possesso”³⁰⁹ o di chi “entri in colluttazione con l’intruso strappandogli di mano l’arma clandestina che questi [...] portava e la usi per, appunto, autodifendere i propri beni”³¹⁰. In dottrina, al fine di trovare una soluzione a tali aporie, si propone l’estensione analogica della scriminante *ex art. 52, comma 2*, anche a queste ipotesi, in

³⁰⁶ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, cit., p. 156.

³⁰⁷ FLORA G., *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell’art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il “vero” significato della norma*, cit., p. 464: “Si pensi al caso di chi si trovi in casa altrui per coltivare la relazione clandestina che ha con la moglie del (com)proprietario dell’abitazione (situazione che la giurisprudenza normalmente riconduce alla violazione di domicilio, punibile - ovviamente - a querela del marito). Egli non potrebbe fruire della nuova norma (non essendo ‘legittimamente’ presente), né usare un’arma legittimamente detenuta dal marito della sua amante”.

³⁰⁸ FIORE S., *La cattiva novella dell’art. 52 c.p.*, cit., p. 65; VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 206: “Il requisito della legittima detenzione dell’arma è, in verità, del tutto estraneo alla *ratio* della scriminante, a meno che non lo si intenda come espressivo della logica del ‘tipo d’autore’ - palesemente affiorante dagli interventi in Parlamento dei promotori della riforma - del *favor* per il cittadino ‘onesto’ nel conflitto con il ‘delinquente’”; GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, in *Arch. pen.*, 2/2019, pp. 342 s.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 314. Interpreta in senso positivo tale requisito MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 437: “Con l’introduzione di tale requisito si è inteso escludere dai beneficiari della nuova legittima difesa speciale i soggetti che, in quanto detentori di armi illegittimamente, possono presumersi più propensi all’‘uso facile’ delle medesime, e circoscrivere invece tali beneficiari ai soli detentori legittimi di armi, poiché essi dovrebbero offrire maggiori garanzie di un uso di esse non spregiudicato e più controllato, tenuto conto che le relative autorizzazioni sono concesse con particolare rigore, come comprova anche il numero estremamente limitato dei soggetti possessori”; MARI-NUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 337 s.: “Attraverso il requisito della legittima detenzione dell’arma, si è inteso evitare che il cittadino, per difendersi, vada in cerca di armi sul mercato clandestino, eludendo il filtro della pubblica autorità competente a verificare le condizioni per il legittimo possesso dell’arma”.

³⁰⁹ VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 206.

³¹⁰ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, cit., p. 156.

considerazione della “identità di *ratio* e d[ella]lacuna involontaria del legislatore”³¹¹. In realtà, una simile soluzione non pare condivisibile: nonostante la *eadem ratio*, che d'altronde è causa della irragionevolezza della distinzione, non può parlarsi di lacuna involontaria del legislatore, dal momento che questi ha espressamente previsto i due requisiti in questione, i quali verrebbero sostanzialmente abrogati qualora, in via di estensione analogica, la scriminante del comma 2 venisse applicata anche a chi è illegittimamente presente nel domicilio o in possesso dell'arma. A tali soggetti potrà applicarsi la legittima difesa comune, laddove ne ricorrano i presupposti, *in primis* la proporzionalità.

L'irragionevolezza del requisito in analisi – che si riflette sull'intera disposizione, rendendola illegittima per violazione dell'art.3 Cost. *sub specie* ragionevolezza - emerge, altresì, con ulteriore evidenza, laddove si consideri che in ogni caso si può fare uso di un qualsiasi altro mezzo idoneo a difendere/offendere: pertanto, a parità delle altre condizioni previste dalla disposizione, si vedrebbe applicata la più favorevole scriminante *ex art.* 52, comma 2, il soggetto che con una mazza da *baseball* colpisce a morte l'intruso, e non il proprietario che si difende con la pistola illegittimamente detenuta, il quale potrà eventualmente giovare della sola legittima difesa generale³¹².

Si tratta di aporie da “errore tecnico”³¹³ tipiche del legislatore populista, troppo attento alla veicolazione di messaggi presso l'opinione pubblica, e poco incline a consultarsi con la dottrina in merito a delicati profili normativi, la cui modifica richiede necessariamente adeguate competenze tecnico-giuridiche.

Il combinato disposto dei due requisiti (legittima presenza e legittima detenzione dell'arma), inoltre, rivela un'ulteriore, inquietante conseguenza della difesa domiciliare così formulata: ovvero la tendenza, tipicamente populista, dello Stato alla privatizzazione del problema della sicurezza. Come si è acutamente rilevato, infatti, la combinazione dei due requisiti comporta l'entrata in scena di una figura ulteriore rispetto a quella del proprietario di casa o del negoziante, “quella corrispondente a soggetti adibiti a mansioni di sicurezza privata (*vigilantes*, guardie giurate, *body-guards*, etc.)”³¹⁴. Tali soggetti, ove legittimamente presenti nei luoghi menzionati (soprattutto locali commerciali e stabilimenti industriali *ex art.* 52, comma 3, c.p.), detentori legittimi dell'arma e, per

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 64.

³¹³ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., p. 156.

³¹⁴ FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 65.

di più, regolarmente addestrati all'uso della stessa, potranno avvalersi di una disciplina di favore, che nelle dichiarazioni della classe politica era stata pensata per una ben diversa situazione, ovvero quella del 'cittadino vittima', terrorizzato dall'incremento delle rapine in ville e negozi, e dal quale, considerata la connotazione fortemente emotiva della vicenda concreta, non sarebbe stata esigibile una lucida comprensione dei fatti e quindi un razionale bilanciamento delle poste in gioco: "L'abdicazione dello Stato rispetto al problema della sicurezza, privatizzata e subappaltata, non potrebbe manifestarsi in maniera più evidente"³¹⁵.

Quello della privatizzazione della gestione della sicurezza - cui risulta subdolamente orientata la legittima difesa domiciliare *ex art 52, comma 2, c.p.* - è un *trend* tipico del populismo penale, osservabile sul piano internazionale. Già nel 2001, David Garland sottolineava, in relazione al contesto britannico, come la monopolizzazione del controllo della criminalità da parte dello Stato iniziava ad incrinarsi, lasciando spazio a funzioni di controllo da parte di soggetti diversi dalle organizzazioni statali specializzate: "Basti pensare che molte funzioni di *routine* della gestione della sicurezza sono appaltate in misura sempre più rilevante a forze di polizia private, e che un numero sempre maggiore di imprese e di famiglie investe in impianti di sicurezza e in servizi di vigilanza offerti dalle imprese che operano nel campo della sicurezza"³¹⁶.

Tale fenomeno di privatizzazione della gestione della sicurezza è un elemento tipico del populismo penale, in quanto marcatamente populiste sono la sua causa ed il suo fine: la prima è data dalla sfiducia di fondo nei confronti dell'operato dei pubblici apparati; il fine ultimo, invece, è quello della riconquista di una sorta di sovranità punitiva in capo alla 'gente comune', in deroga alla delega accordata alle istituzioni statali nel patto sociale; fine che, se emerge già con una certa chiarezza nella prima riforma della legittima difesa domiciliare, sembrerà del tutto evidente nell'analisi della riforma del 2019, e soprattutto del quarto comma dell'art. 52 c.p., con la sua pretesa introduzione di una presunzione di legittima difesa *tout court*.

La norma, dunque, prosegue, con una formulazione più vicina a quella dell'art. 53 c.p. che non a quella dell'art. 52, comma 1, c.p., parlando di uso di "arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità".

Rispetto alla lett. a) dovrebbero sorgere minori perplessità relativamente alla presunzione *iuris et de iure* di proporzionalità, poiché, in tal caso, verrebbero a confrontarsi beni omogenei: l'integrità fisica e, *a fortiori*, la vita dell'agredito, da un lato, e, dall'altro, i medesimi beni

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, cit., p. 80.

dell'aggressore, contro cui è rivolto l'uso dell'arma. Per di più, dovranno ricorrere gli altri requisiti di cui al primo comma dell'art. 52, e quindi il pericolo attuale di un'offesa ingiusta e la necessità della difesa.

Soprattutto nella necessità della difesa è riposta ogni speranza di talune ricostruzioni interpretative di poter superare eventuali profili di incostituzionalità collegati alla presunzione di proporzione, e quindi alla preclusione di “ogni valutazione giudiziale sui (rispettivi) gradi dell'offesa”³¹⁷. L'accertamento della necessità, com'è noto, viene declinato in tre aspetti: “aa) la condotta difensiva, per essere necessaria, deve avere effettivamente neutralizzato, in tutto o in parte, un pericolo attuale di offesa [...]; bb) deve risultare l'inesistenza di condotte alternative (penalmente) atipiche; cc) deve inoltre risultare l'inesistenza di condotte alternative difensive tipiche, ma meno lesive”³¹⁸. Soprattutto questi ultimi due aspetti, riguardanti la non sostituibilità della difesa con altre reazioni innocue o meno offensive dei beni dell'aggressore, sembrano rappresentare, secondo l'orientamento prevalente, lo strumento chiave per porre la scriminante *de qua* al riparo da censure di incostituzionalità³¹⁹. Si è proposto, a riguardo, l'esempio della “donna separata e affidataria della casa coniugale (e dunque titolare dello *ius excludendi*), la quale uccida con un colpo di pistola (legittimamente detenuta) il marito che, entrato senza il consenso di lei nella casa (previa commissione del delitto *ex art 614 c.p.*!), stesse per prenderla a schiaffi al culmine di un acceso alterco”³²⁰. In siffatta ipotesi, sussistendo tutti i requisiti del secondo comma, oltre a quelli del primo comma, ovvero il pericolo attuale per l'incolumità e la necessità difensiva, il giudice dovrebbe riconoscere la legittima difesa domiciliare, nonostante la macroscopica sproporzione tra bene minacciato (integrità fisica nei limiti delle percosse o lesioni lievi) e quello della vita dell'aggressore definitivamente pregiudicato.

Per evitare, o quanto meno attenuare, un tale esito applicativo, incompatibile con l'ordine assiologico espresso in Costituzione, si ribadisce l'importanza del requisito della necessità: è “indispensabile che la prassi applicativa non perda di vista l'esigenza di un vaglio puntuale e rigoroso del requisito della effettiva necessità della condotta, intesa come non sostituibilità della

³¹⁷ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., p. 157.

³¹⁸ *Ivi*, p. 154.

³¹⁹ CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, cit., p. 438; VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 208; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 339 s..

³²⁰ VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 208.

condotta stessa mediante condotte meno lesive”³²¹. Non vi sarà, dunque, necessità della difesa, laddove la donna avesse avuto la possibilità di evitare l’aggressione con comportamenti meno lesivi: uso della pistola solo per minaccia, esplosione di un colpo in aria a scopo di avvertimento, uso dell’arma in direzione di una parte del corpo non vitale.

Si intende, in questo modo, sopperire alla mancanza del requisito della proporzionalità mediante la valorizzazione della necessità difensiva. Delle perplessità, a nostro parere, permangono, poiché in tal modo, mediante una condotta nel senso suddetto necessitata si potranno ledere beni di rango anche notevolmente superiore o comunque interessati da gradi inferiori di offesa. Ritornando all’esempio fatto, laddove il marito non desista dinanzi alla minaccia dell’uso dell’arma, né allo sparo intimidatorio, continuando a strattonare e schiaffeggiare la moglie, allora quest’ultima potrà sparargli a una gamba o in altro punto non vitale, in quanto condotta necessitata, non sostituibile con altre meno lesive; e se anche dopo il ferimento, il marito non si astenga dal percuoterla - la realtà è spesso più inverosimile degli esempi -, allora la moglie potrà ammazzarlo, in quanto l’uccisione sarebbe a quel punto l’unica condotta possibile per evitare le percosse. Precludendo il bilanciamento valutativo in concreto tra i beni in gioco, dunque, si potrà giustificare un fatto di lesioni gravi (ferimento a una gamba) o addirittura un fatto di omicidio, in forza della legittima difesa sì di un bene personale, come l’integrità fisica, ma interessato da una minaccia di grado incommensurabilmente inferiore, come strattonamenti e percosse³²². Per tali ragioni, l’interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione ci sembra capace solo di evitare gli scenari più aberranti, e quindi di “attenuare”, ma non di superare i profili di incostituzionalità, che derivano dalla giustificazione di fatti lesivi del diritto alla vita o dell’integrità fisica, in forza del requisito esclusivo della necessità difensiva.

A tal riguardo, la l. 26 aprile 2019 n. 36 ha, inoltre, modificato il secondo comma dell’art. 52 c.p., con l’aggiunta dell’avverbio “sempre”, di modo che attualmente la disposizione recita: “Nei

³²¹ *Ibidem*.

³²² In questo senso, PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione)* l. 13.2.2006 n. 59, cit., p. 157:” I risultati applicativi sono importanti. Il più macroscopico: la trionfale *renaissance* del paradigma orientato sui mezzi anziché sui beni. Così il custode dell’Università che venga aggredito a spinte da un gruppo di studenti occupanti potrebbe legittimamente ferire in modo grave con un arma da fuoco (legittimamente posseduta) gli aggressori per difendere la sua incolumità, qualora non abbia altri - meno micidiali - mezzi difensivi a propria disposizione. Qui si conferma quanto sopra sostenuto circa il valore di una covarianza biunivoca necessità/proporzione; rispetto alla sotto-fattispecie, e alla sua concretizzazione in un *exemplum fictum*, sopra citata, a nulla serve il criterio della necessità: qualora la condotta del nostro custode si rivelasse necessaria per difendere la sua incolumità fisica anche da gradi di offesa molto bassi (semplice minaccia di percosse) ancora la sua sproporzionata reazione sarebbe legittima. La necessità infatti - questo è il punto! - svincolata dalla proporzione è incapace di porre limiti *a priori* alla reazione difensiva [...]”

casi preveduti dall'art. 614, primo e secondo comma, sussiste *sempre* il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo [...]"

Come rilevato in dottrina, si tratta del tentativo della politica populista di tradurre lo *slogan* in norma, inserendo tale avverbio “a mo’ di pugno del legislatore picchiato sul banco del giudice”³²³, nell'intenzione di indirizzare la giurisprudenza verso un più ampio riconoscimento della scriminante in parola, e quindi verso una rinnegazione della interpretazione costituzionalmente conforme fin qui proposta. In realtà, tale modifica non fa altro che ribadire la natura assoluta della presunzione di proporzione, già confermata da giurisprudenza e dottrina maggioritaria, sicché l'unico risultato potrebbe essere quello di escludere *expressis verbis* le tesi che ne sostenevano la natura *iuris tantum*. L'affermazione della sussistenza “sempre” del rapporto di proporzione, invece, nulla cambia riguardo al collegamento tra secondo e primo comma dell'art. 52 c.p., e quindi relativamente alla indispensabile presenza dei requisiti del pericolo attuale di offesa ingiusta e della necessità difensiva, così come sopra descritti: sicché sembra condivisibile la dottrina che afferma che “Il ‘sempre’ può essere evocativo di un simbolico bicipite orgogliosamente mostrato alla folla

³²³ GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit. p. 2.

della quale si cerca il consenso; ma giuridicamente non ha alcun significato [...], non ha alcuna valenza connotativa della fattispecie scriminante, è giuridicamente una parola vuota”³²⁴.

2.1 Il fine di difendere i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione.

Più problematica dal punto di vista esegetico, oltre che della compatibilità costituzionale, è l’ipotesi contemplata dalla lett. b) del comma 2, riguardante l’uso dell’arma al fine di difendere “i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione”. Si tratta della parte della disposizione, in effetti, più imprecisa ed ambigua dal punto di vista contenutistico, rispetto alla quale emerge tutta l’inadeguatezza tecnica del legislatore populista.

Per “beni propri o altrui” si intendono, nonostante la genericità dell’espressione, necessariamente i beni patrimoniali, altrimenti non si ricaverebbe dalla lett. b) un significato completamente autonomo rispetto all’ipotesi contemplata nella lett. a), ed inoltre perché “nel

³²⁴ FLORA G., *La difesa “è sempre legittima”?*, in *DisCrimen.it*, 2/2019, pp. 5 s.; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 370: “In realtà, quel ‘sempre’ evoca semplicemente lo slogan con il quale i promotori della riforma sintetizzavano, a beneficio mediatico, il loro punto di vista (La difesa è sempre legittima). Ma, agli effetti pratici, l’aggiunta dell’avverbio nel contesto, immutato, del secondo comma, non modifica in nulla il significato e la portata della norma. Dire infatti che ‘sussiste il rapporto di proporzione’ oppure che ‘sussiste sempre il rapporto di proporzione’ non solo non incide sul significato di quella frase, che descrive comunque un meccanismo presuntivo, ma non intacca la linea interpretativa che richiede in ogni caso al giudice di valutare la sussistenza della ‘necessità difensiva’ nel senso chiarito sopra”; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit. p. 2: “Non è pensabile che una lettura giurisprudenziale conforme a Costituzione, volta a superare le rigidità di una presunzione legale e a ribadire l’ordine e il rapporto di rango tra i beni costituzionali, rispettivamente facenti capo all’aggredito e all’aggressore, possa essere scalfita da un tratto di penna del legislatore ordinario, che ribadisca una lettura contraria a Costituzione [...]. Se la lettura conforme a Costituzione dell’art. 52, co. 2 c.p. era e resta valida, al giudice si presenta a me pare una duplice alternativa: a) proseguire sulla via, consolidata, dell’interpretazione conforme, estendendone la portata alla rinnovata versione della norma (*tamquam non esset*), oppure b) sollevare questione di legittimità costituzionale, se ritiene invece che l’inserimento dell’avverbio “sempre” manifesti un’inequivoca volontà del legislatore in senso contrario all’interpretazione giurisprudenziale e, soprattutto, *impedisca di dare alla lettera della legge un’interpretazione conforme a Costituzione*”; GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, p. 889: “La *ratio* di questa innovazione non è molto chiara. La nuova legge nel comma 2 dell’art. 52 c.p. continua a circoscrivere la presunzione al solo elemento della ‘proporzione di cui al primo comma del presente articolo’, e fortunatamente, a differenza di quanto prevede nel successivo nuovo comma 4, non l’estende all’insieme dei requisiti ivi previsti creando una sorta di presunzione generalizzata di legittima difesa; si deve pertanto ritenere che [...] gli ulteriori elementi costitutivi della scriminante (necessità/inevitabilità della condotta difensiva, esistenza di un pericolo attuale, ecc.) debbano continuare ad essere accertati caso per caso dal giudice anche con riferimento alle difese compiute all’interno di uno dei luoghi indicati nei commi 2 e 3. L’aggiunta dell’avverbio “sempre” nel testo del comma 2 non può di conseguenza avere altro significato se non quello di rafforzare la tesi che si tratta di una presunzione assoluta e non meramente relativa di proporzione fra difesa ed offesa, una puntualizzazione tutto somma inutile dato che già sulla base della formulazione del 2006 sembrava sufficientemente pacifico che si trattasse di presunzione *iuris et de iure*”; RISICATO L., *Le interferenze tra antiggiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28 giugno 2019, p. 6: “Appare peraltro assai difficile immaginare che l’avverbio ‘sempre’, imposto dal legislatore per dar corpo a *slogan* elettorali di facile presa (inseguiti anche, come abbiamo già accennato, da maggioranze politiche diverse), possa modificare in modo sostanziale la lettura conforme a Costituzione della riforma del 2006, ratificata dalla Suprema Corte. Neanche una legge dello Stato può imporre una lettura addirittura *anticostituzionale* della legittima difesa, che stravolga il bilanciamento di interessi fino al punto da consentire *sempre* il sacrificio della vita a vantaggio della conservazione dei beni”. GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, p. 344.

linguaggio giuridico il termine ‘bene’ non ulteriormente specificato (come avviene invece per i beni giuridico-penali) sta ad indicare, secondo la definizione dell’art. 810 c.c., ‘le cose che possono formare oggetto di diritti’³²⁵.

In tal caso, la presunzione di proporzione sussiste purché non vi sia desistenza e vi sia pericolo di aggressione.

In relazione alla mancata desistenza si sono prospettate diverse interpretazioni, rese possibili dall’ambiguità del dettato normativo. Considerato, difatti, che deve configurarsi un pericolo attuale di offesa ingiusta al patrimonio già in applicazione del requisito generale *ex art. 52, comma 1, c.p.*, non si comprende quale ulteriore significato possa assumere l’elemento della mancata desistenza.

Una prima tesi propone una lettura del requisito in termini procedurali, nel senso che incomberebbe sull’agredito un onere di avvertimento all’aggressore, affinché questi desista: “La norma postula che il difensore intimi al ladro di desistere dalla sua azione, e che quest’ultimo non si dia per vinto, trasmodando dal (pericolo di) offesa verso il patrimonio al (pericolo di) offesa verso la persona”³²⁶. Si configurerebbe, in tal modo, una sorta di *escalation* offensiva che, passando dai beni patrimoniali a quelli personali - *proprio per effetto della reazione dell’agredito* -, metterebbe in relazione progressiva i due requisiti della mancata desistenza e del pericolo di aggressione.

Una tale interpretazione, tuttavia, non convince, in quanto vincolerebbe l’agredito ad una “procedura cavalleresca” che potrebbe creare *ex novo* un pericolo alla sua incolumità, laddove questo non fosse originariamente presente nelle intenzioni dell’aggressore: l’intimazione a desistere, difatti, si tradurrebbe “nella comunicazione all’aggressore di informazioni per questi preziose (per tutte: la localizzazione della posizione della vittima), nel caso non volesse desistere”³²⁷. In altri termini, l’onere di avvertimento non è divisibile, poiché non farebbe altro che “massimizz[are] il gradiente di rischio di un’aggressione”³²⁸.

³²⁵ MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 437.

³²⁶ CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, cit., p. 439.

³²⁷ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, cit., p. 158; VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., p. 211: “La ricostruzione è ingegnosa, ma davvero non mi convince. Tanto i sen. Calvi e Fassone, quanto l’amico Cadoppi trascurano di considerare che - in sede di Commissione Giustizia del Senato - la formulazione originaria della norma, che indiscutibilmente prevedeva in capo all’aggressore un tale onere di avvertimento [...], fu modificata proprio per evitare, paradossalmente, di peggiorare la situazione della vittima di un’ingiusta aggressione rispetto alla situazione normativa previgente, vincolandola ad una ‘procedura cavalleresca’ poco in sintonia con le specifiche caratteristiche delle forme di criminalità cui pensavano i riformatori (si ricordino le truculenti descrizioni delle bande di rapinatori e razziatori di villette [...])”

³²⁸ PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, cit., p. 158.

La mancata desistenza sarebbe da intendersi, pertanto, quale requisito *ad abundantiam*, meramente ripetitivo dell'attualità del pericolo di offesa ingiusta al patrimonio, già desumibile dal primo comma dell'art. 52: se vi è desistenza non vi è pericolo attuale, né quindi necessità difensiva, e viceversa³²⁹. Si tratta, pertanto, di una *interpretatio abrogans* del requisito in questione, contraria al canone ermeneutico della conservazione dei valori normativi, che viene giustificata, oltre che con l'inaccettabilità della tesi dell'onere di intimidazione, anche affermando che la ripetizione di tale presupposto non sia fiato del tutto sprecato da parte del legislatore, “nel quadro di una norma da molti intesa come ‘licenza di uccidere’”³³⁰.

Forse per recuperare almeno in minima parte l'autonomia del requisito della mancata desistenza, si potrebbe condividere la tesi secondo cui tale elemento, pur non richiedendo un onere di avvertimento in capo all'agredito, tuttavia starebbe ad indicare che l'aggressore si sia trovato “*di fronte* all'ostacolo della presenza di *una o più persone* legittimamente presenti *in loco* [...], nonché di una loro *eventuale* intimidazione ad allontanarsi, di una loro dichiarazione di non disponibilità dei beni patrimoniali richiesti (denaro, gioielli, ecc.), di *un'eventuale* resistenza (rifiuto di consegnare tali beni, di aprire la cassaforte, ecc.) od anche di una loro reazione attiva”³³¹, e ciononostante non abbia abbandonato i suoi intenti delittuosi. Tali elementi non sarebbero tutti necessari ai fini della configurazione della mancata desistenza: l'agredito non avrebbe l'onere di intimare la desistenza. Basterebbe, invece, che i ladri/rapinatori, resisi conto dell'ostacolo della presenza in casa dei proprietari, non desistano dal loro intento criminoso dandosi alla fuga, in tal modo innescando una *escalation* di azioni progressivamente offensive, che dall'aggressione al patrimonio conducano al secondo requisito dell'aggressione all'incolumità. In tal modo, la mancata desistenza, pur conservando il suo significato centrale nell'attualità del pericolo per il patrimonio, viene concepita in una prospettiva dinamica che la mette in relazione con il successivo, necessario, requisito del pericolo di aggressione all'incolumità.

Procedendo, pertanto, con l'ulteriore condizione del pericolo di aggressione, il legislatore non specifica verso quali beni questa debba essere diretta: i beni patrimoniali o l'incolumità dell'agredito. Sembra evidente, tuttavia, che si tratti di pericolo di aggressione alla vita o all'incolumità fisica dei soggetti presenti nel domicilio, e ciò per plurime ragioni: in primo luogo, il

³²⁹FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 311; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 339; FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 61, ove parla del venir meno della necessità di difendersi, in caso di resistenze dell'aggressore; VIGANÒ F., Sulla “*nuova*” *legittima difesa*, cit., p. 209.

³³⁰ VIGANÒ F., Sulla “*nuova*” *legittima difesa*, cit., p. 212.

³³¹ MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 438. Corsivo nostro.

legislatore utilizza, al posto del termine tecnicamente più corretto di offesa, presente nel comma 1, la parola “aggressione”, che già sul piano semantico esprime il significato di un attacco a persone, più che ad oggetti; se lo si intendesse, inoltre, come pericolo di aggressione ai beni patrimoniali, tale elemento non avrebbe significato autonomo rispetto al pericolo attuale di offesa ingiusta - *ex art. 52, comma 1, c.p.* - ai beni patrimoniali, ulteriormente ribadito dal requisito della mancata desistenza. Inoltre, milita in tal senso la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata: la presunzione assoluta di proporzione tra l’offesa alla vita o all’integrità fisica dell’aggressore per la sola difesa di beni patrimoniali si esporrebbe ad evidenti, quanto insuperabili censure di incostituzionalità per violazione degli artt. 2 Cost. e 2 CEDU, in combinato disposto con l’art. 117, comma 1, Cost.³³².

Emerge, a tal punto, l’ulteriore, centrale questione esegetica se debba trattarsi o meno di pericolo *attuale* di aggressione, visto che la norma nulla dispone al riguardo.

Una prima tesi, autorevolmente sostenuta, intende il pericolo di aggressione non come pericolo attuale, ma come possibilità di aggressione futura: “Il significato pratico della riforma si coglie [...], se si ritiene che, *oggi*, la persona legittimamente presente in un domicilio violato possa reagire *già* a fronte di una situazione di aggressione *attuale* al patrimonio, che lascia presagire una *futura* aggressione alla persona propria o di altro soggetto presente nel domicilio: a fronte, cioè, di una situazione di pericolo *non ancora attuale* per la vita o per l’incolumità fisica di taluno, e in mancanza - dunque - di atti direttamente aggressivi dell’incolumità fisica di chicchessia da parte dell’intruso”³³³. Il requisito dell’attualità del pericolo di cui all’art. 52, comma 1, c.p., varrebbe, quindi, solo per l’offesa al patrimonio - ove viene ulteriormente ribadito dalla mancata desistenza -, non invece rispetto all’offesa alla vita e all’incolumità fisica delle persone, in relazione alla quale sarebbe sufficiente la previsione della possibilità di una futura aggressione.

Tale esegesi sarebbe sostanzialmente imposta dalla necessità di ricavare un autonomo spazio di operatività all’ipotesi contemplata dalla lett. b) rispetto a quella della lett. a) del comma 2, ove è già richiesto il pericolo attuale di offesa ingiusta all’incolumità dell’aggredito, in forza dei requisiti generali *ex art 52, comma 1, c.p.*³³⁴.

³³² FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 312; FIORE S., *La cattiva novella dell’art. 52 c.p.*, cit., pp. 61 s.; CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, cit., p. 439; VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit., pp. 212 ss.; PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, cit., p. 158; MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 438.

³³³ VIGANÒ F., *Sulla “nuova” legittima difesa*, cit. p. 217.

³³⁴ *Ibidem*.

Il dubbio rispetto a tale opzione ermeneutica risiede, tuttavia, nella difficile individuazione del *discrimen* tra un pericolo attuale di aggressione e una mera possibilità futura. L'Autore specifica il significato di un pericolo non ancora attuale di aggressione nel senso che “la situazione oggettiva dovrà essere tale da giustificare, *al metro di un osservatore ragionevole*, una prognosi circa la possibile (futura) insorgenza di un pericolo per la vita o l'incolumità fisica di taluna delle persone presenti”³³⁵. In effetti, una tale definizione non ci sembra molto lontana da quella di pericolo attuale *ex art. 52, comma 1, c.p.*, comunemente inteso come pericolo imminente, ovvero probabilità concreta di subire una lesione, accertata con giudizio prognostico a base totale, secondo il parametro dell'*id quod plerumque accidit* o, secondo altri, della migliore scienza ed esperienza del momento storico³³⁶.

Ricorrendo all'esemplificazione per meglio chiarire il concetto, l'Autore afferma: “Il proprietario di casa che, dall'uscio della propria camera da letto, veda due energumeni (anche se non palesemente armati) aggirarsi nel salotto alla ricerca di gioielli e oggetti di valore, potrà ragionevolmente inferire il rischio, cui egli stesso e i suoi familiari sono esposti, di un'aggressione fisica da parte di costoro”³³⁷. Questo sarebbe un esempio di pericolo non ancora attuale di aggressione, che legittimerebbe la reazione difensiva; a differenza, invece, dell'esempio opposto dell'intrusione in casa “dello zingarello dodicenne intento a frugare nei cassetti del salotto, essendo altamente probabile che costui - vistosi scoperto - cerchi piuttosto di darsi precipitosamente alla fuga dalla stessa via dalla quale era entrato”³³⁸.

A nostro parere, tale ricostruzione ermeneutica pecca di eccessiva staticità. Nell'esempio fatto, è pur vero che il pericolo per l'incolumità del proprietario di casa non è ancora attuale/imminente, ma ad ogni modo è in procinto di diventarlo *a seguito della stessa reazione difensiva che si intende legittimare in forza del pericolo non attuale*. In altri termini, la presenza dei due requisiti - richiesti dalla lett. b) del comma 2 in collegamento con il comma 1 - del pericolo attuale di offesa al patrimonio e del pericolo non ancora attuale di aggressione, consentirebbe all'agredito l'uso dell'arma legittimamente detenuta; o meglio, l'uso possibile secondo il requisito della necessità, e quindi l'utilizzo meno offensivo dei beni dell'aggressore. Il proprietario, allora, potrebbe puntare l'arma solo a mo' di minaccia o sparare in aria dei colpi intimidatori, provocando

³³⁵ *Ivi*, p. 219.

³³⁶ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 274.

³³⁷ VIGANÒ F., Sulla “nuova” *legittima difesa*, cit., p. 219.

³³⁸ *Ibidem*.

in tal modo la fuga dei malintenzionati: ma, in effetti, una tale reazione difensiva sarebbe stata probabilmente già giustificata in applicazione della legittima difesa comune. Si può, difatti, ritenere sussistente il rapporto di proporzione di cui al primo comma dell'art. 52 c.p., laddove l'agredito usi un'arma solo per minacciare, al fine di difendere beni patrimoniali da un pericolo attuale di offesa ingiusta. Rispetto a tale eventualità, dunque, non si riesce a cogliere alcuna portata innovativa della legittima difesa domiciliare.

Diversa è l'ipotesi in cui, a seguito della minaccia armata e dello sparo intimidatorio, i due energumani non desistano dai propri intenti criminosi, agendo di conseguenza contro il proprietario di casa. A questo punto, l'agredito potrà usare l'arma anche per ferire o addirittura per uccidere, laddove necessario; ma si tratterà di una reazione difensiva legittimata da un pericolo *attuale* di aggressione.

D'altra parte, se si collega, in una visione dinamica dell'operatività della scriminante, il requisito della mancata desistenza, come sopra interpretato, al pericolo di aggressione, emerge che questo non può che concretizzarsi in un pericolo attuale, se non in una vera e propria aggressione in atto. Difatti, la non desistenza, come detto, può essere letta nel senso della mancata rinuncia da parte degli aggressori ai loro propositi criminosi, nonostante l'ostacolo della presenza in casa dei proprietari, o di una loro *eventuale* intimazione a desistere, o di una loro concreta reazione oppositiva: a fronte di tali ostacoli, se gli aggressori non desistono, lo sviluppo naturale della vicenda sarà quello della realizzazione da parte loro di atti volti a *neutralizzare* i suddetti ostacoli, mediante minacce, violenze, immobilizzazioni ecc., *venendo in tal modo a concretizzarsi il pericolo attuale di aggressione, se non proprio un'aggressione in atto.*

Ecco, dunque, che analizzando l'ipotesi di cui alla lett. b) nella sua concreta operatività dinamica, non si riesce ad individuarne un autonomo spazio di applicazione rispetto alla lett. a) del medesimo comma: anche laddove l'agredito agisca al fine di difendere i beni propri o altrui, sarà

sempre necessario un pericolo *attuale* alla vita o all'integrità fisica, affinché egli possa ricorrere all'uso dell'arma legittimamente detenuta³³⁹.

Nonostante gli sforzi interpretativi volti a delimitare un autonomo spazio di operatività della lett. b) del secondo comma, a noi pare che questa, a causa della pessima fattura del dettato normativo, non ne abbia. Per l'innescò della presunzione di proporzione è alla fine sempre necessario un pericolo attuale di offesa ingiusta ai beni personali dell'agredito - vita ed integrità fisica -, sicché solo questi verranno a confrontarsi con i beni, omogenei, dell'aggressore, pregiudicati dall'uso dell'arma³⁴⁰.

Emerge, dunque, a questo punto, il carattere meramente simbolico della disposizione. Se le finalità dichiarate della riforma - le funzioni manifeste - erano quelle di garantire la legittima difesa - presumendo il rapporto di proporzione - contro il ladro che, entrando in casa o negli altri luoghi indicati, minaccia anche solo i beni patrimoniali, e di garantirla con certezza, eliminando ogni discrezionalità giudiziaria sul punto, sembra che la norma abbia certamente fallito in questo senso. La presunzione di proporzione, come si è detto, scatterà solo laddove sia configurabile anche un pericolo attuale per l'incolumità dell'agredito; si tratta, inoltre, di una presunzione di proporzione sì assoluta, per la tesi maggioritaria, ma che, come precedentemente sottolineato, viene "contenuta"

³³⁹ Richiedono l'attualità del pericolo di aggressione: FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 312 s., ove contro l'interpretazione di Viganò, relativa alla sufficienza di un pericolo non attuale di aggressione, gli Autori affermano: "Una simile interpretazione, a sua volta, rischia - a ben vedere - di nullificare la rilevanza pratica, in senso delimitativo dell'ambito di liceità di una reazione difensiva violenta, proprio del requisito del pericolo di aggressione: infatti, nella maggior parte dei casi concreti, *non è mai in astratto escludibile la possibilità* che il malvivente intruso, una volta scoperto, sviluppi azioni aggressive contro l'incolumità fisica della persona o delle persone presenti nel domicilio. Ma, se il pericolo di aggressione come pericolo eventuale o futuro non può mai essere escluso, ne deriva che con l'interpretazione qui criticata si finisce quasi sempre con l'autorizzare l'agredito (che sarà un soggetto mediamente 'impaurito') a reagire uccidendo o ferendo l'aggressore"; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 340; FIORE S., *La cattiva novella dell'art. 52 c.p.*, cit., p. 62; MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., p. 438: "Un secondo *requisito positivo* consiste nel '*pericolo di aggressione*', cioè nella probabilità di un tale evento. Requisito, questo, che si aggiunge al preesistente requisito della non esistenza, dando luogo ad un'ulteriore fase nella dinamica della vicenda criminosa, nel senso che: 1) dal punto di vista del *soggetto* o dei *soggetti agenti*, questi, di fronte alla riscontrata presenza, resistenza o reazione della vittima, avendo ritenuto (o, sovente, già programmato) di non desistere ma di portare a termine in ogni caso il loro proposito criminoso, non possono fare altro che procedere ad atti volti a *neutralizzare* la resistenza o la reazione, già in atto o possibile, della o delle vittime (mediante la minaccia, la violenza, l'immobilizzazione, la chiusura in una stanza ecc.), concretizzando così il pericolo di aggressione o la stessa aggressione [...]".

³⁴⁰ MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, cit., pp. 438 s.: "La legittima difesa speciale richiederebbe il pericolo per l'incolumità (o la vita), unitamente al pericolo o senza il pericolo per i beni patrimoniali. Tale interpretazione, che comporterebbe un ridimensionamento del problema della sancita presunzione della proporzione tra difesa ed offesa, non appare però quella voluta dal legislatore e desumibile dalla nuova legge, la quale anche nella sua formulazione appare riferire il pericolo di aggressione all'incolumità e ai beni patrimoniali, congiuntamente ma anche disgiuntamente e, quindi, anche ai beni patrimoniali soltanto. Se ciò può valere in astratto, di fatto e nella pressoché totalità dei casi concreti, la logica della fattispecie porta a concludere che il pericolo di aggressione ai beni patrimoniali si accompagna al pericolo per l'incolumità o per la vita della vittima, in quanto nella dinamica della vicenda criminosa, come sopra tracciata: a) l'agente o gli agenti vengono a trovarsi *nell'alternativa* tra desistere o persistere; [...] c) l'opzione [...] per la *persistenza* non può che essere seguita dalla minaccia o violenza neutralizzatrici dei possibili ostacoli, frapposti dalla vittima, alla realizzazione del delitto; d) con la conseguente insorgenza del *concreto pericolo* di aggressione non solo per il patrimonio, ma ancor prima per l'incolumità o per la vita della vittima, quando non anche con la lesione già in atto di tale incolumità (percosse, ferimento)".

dalla necessaria sussistenza dei requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità della difesa di cui al comma 1 dell'art. 52 c.p.. Rispetto alle funzioni manifeste, pertanto, la norma si mostra ineffettiva, e quindi meramente simbolica.

Per quanto concerne, invece, la funzione latente della disposizione, essa può annoverata tra le norme simboliche pacificatorie³⁴¹, dirette a placare l'inquietudine e l'allarme sociale generati da determinati fenomeni criminosi (le famose rapine nelle ville del nord Italia), pur nella consapevolezza o nella prevedibilità (simbolismo doloso o colposo del legislatore!) della loro ineffettività.

3. La presunzione di legittima difesa ex art 52, comma 4, c.p.: l'emersione giuridica delle aspirazioni vendicative del populismo penale.

La modifica senza dubbio più dirompente apportata dalla l. 26 aprile 2019 n. 36 al sistema della legittima difesa domiciliare è data dall'inserimento del seguente quarto comma: "Nei casi di cui al secondo e terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone".

La problematicità di tale disposizione nel rapporto con i principi costituzionali e con la *ratio* della legittima difesa fu rilevata dallo stesso Presidente della Repubblica, il quale, nel promulgare la legge, inviò contestualmente una lettera ai Presidenti delle Camere, ove si legge: "Il provvedimento si propone di ampliare il regime di non punibilità a favore di chi reagisce legittimamente a un'offesa ingiusta, realizzata all'interno del domicilio e dei luoghi ad esso assimilati, *il cui fondamento costituzionale è rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità*."

Va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia³⁴².

Per quanto concerne il requisito, costituzionalmente imposto, della condizione di necessità difensiva, sembra che il Capo dello Stato abbia voluto suggerire un'interpretazione costituzionalmente conforme alla giurisprudenza - che, come si vedrà, ha recepito il suggerimento -, nonostante nella disposizione il requisito in parola sia assolutamente obliterato mediante

³⁴¹ V. *supra*, Cap. II, par. 3.2.

³⁴²<https://www.quirinale.it/elementi/28587>.

l'affermazione perentoria di sussistenza *sempre* della legittima difesa (e quindi di tutti i presupposti che ad essa collega il comma 1 dell'art 52 c.p.).

Per quanto riguarda, invece, le considerazioni relative al monopolio statale dell'esercizio della forza in funzione di sicurezza pubblica, queste rivelano giuste preoccupazioni in merito alla pretesa di privatizzazione della gestione della sicurezza dei cittadini, che, come visto, ha animato il dibattito politico e le intenzioni del legislatore populista in occasione sia della riforma del 2006, che di quella del 2019. Ed anzi, proprio con l'inserimento del suddetto comma 4 dell'art. 52 c.p., come vedremo, sembra volersi realizzare l'aspirazione massimamente populista di rivendicare una sovranità punitiva in capo alla 'gente comune', desiderosa e capace di farsi giustizia da sé: si tratta, insomma, di un tentativo di "ritorno alla giustizia privata, la cui fermezza ripudia il bilancino del giudice sempre pronto a tenere fuori dal carcere i delinquenti, in nome di una discrezionalità di manica larga"³⁴³.

Procedendo con l'analisi della nuova causa di giustificazione, bisogna in primo luogo delimitarne l'ambito di applicazione rispetto alla "vecchia" legittima difesa domiciliare di cui al comma 2. Quest'ultimo, difatti, rinvia, quale presupposto territoriale per la sua applicazione, ai "casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma", e quindi al reato base di violazione di domicilio, consistente nell'intrusione o nel trattenimento nel domicilio altrui (e negli altrui luoghi di cui al comma 3 dell'art. 52 c.p.) contro la volontà espressa o tacita del titolare dello *ius excludendi*, ovvero clandestinamente o con l'inganno.

Il nuovo comma 4 dell'art. 52 c.p., invece, parla esclusivamente di "intrusione" nei medesimi luoghi posta in essere con "violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica". Se ne deduce, pertanto, che la scriminante in parola viene ad applicarsi solo in caso di introduzione nel domicilio altrui, e non negli altri casi di trattenimento nello stesso contro la volontà del titolare dello *ius excludendi*, ovvero clandestinamente o con l'inganno, rilevanti invece per la fattispecie di cui al comma 2³⁴⁴.

L'"intrusione" di cui al comma 4, inoltre, deve essere realizzata con le suddette modalità di violenza o di minaccia di uso d'armi *et similia*: deve, pertanto, venire a configurarsi la fattispecie ex art. 614, comma 4, c.p. di violazione di domicilio aggravata dalla circostanza che "il fatto è

³⁴³ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 19.

³⁴⁴ PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5/2019, p. 116.

commesso con violenza sulle cose, o alle persone”, ovvero che “il colpevole è palesemente armato”³⁴⁵.

Come rivelato in dottrina, dunque, a seguito dell’ultima riforma si è realizzata una triplicazione della legittima difesa in ragione delle condizioni spaziali e modali nelle quali si consolida il pericolo di aggressione. Dall’attuale formulazione dell’art. 52 c.p. sono configurabili le seguenti diverse forme di legittima difesa: “a) fuori dal contesto domiciliare trova applicazione la disciplina generale del comma 1 (*legittima difesa generale*); b) in caso di violazione del domicilio ai sensi dell’art. 614, commi 1 e 2 c.p. (ingresso e trattenimento abusivo), subentra il comma 2 dell’art. 52, con estensione della stessa disciplina ai luoghi equiparati al domicilio *ex* comma 3 (*legittima difesa a proporzione presunta*); c) in presenza di un ingresso nel domicilio connotato da violenza o da minaccia trova applicazione la nuova disciplina del comma 4 (*legittima difesa a presunzione totale*)”³⁴⁶.

Si è avuta, pertanto, con la riforma del 2019, un’ulteriore complicazione della disciplina della legittima difesa, che richiederà al giudice l’accurato accertamento dei contesti spaziali e delle modalità con cui si sono realizzate le aggressioni. Il che comporta un evidente ampliamento delle incertezze e delle contraddizioni in sede probatoria, con buona pace dei proclami politici - evidentemente demagogici e ingannatori - di garantire al cittadino la certezza del diritto di difesa in casa propria.

Proseguendo nell’*actio finium regundorum* tra le ipotesi del secondo e del quarto comma, sembra necessario chiarire il significato dell’*incipit* del quarto comma, contenente il rinvio ai “*casi di cui al secondo e terzo comma*” del medesimo articolo. Autorevole dottrina ha sostenuto che il rinvio ai casi dei suddetti commi, e non ai meri contesti spaziali, implicherebbe un richiamo all’intera scriminante della “vecchia” difesa domiciliare di cui al comma 2. Anche la “nuova” difesa domiciliare, pertanto, si applicherebbe all’ipotesi dell’agredito legittimamente presente nei luoghi indicati, che fa uso dell’arma legittimamente detenuta o di altro mezzo idoneo, al fine di difendere la propria o altrui incolumità o i beni propri o altrui: “Il richiamo del secondo comma, infatti, implica che pur sempre il respingimento dell’intruso è funzionale alla difesa della propria o altrui incolumità o dei beni propri o altrui ‘quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione’. Ciò

³⁴⁵ *Ibidem*; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 3; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 341; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 7.

³⁴⁶ PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 116; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 7.

significa che, a mio avviso, *l'interpretazione conforme a Costituzione della presunzione di proporzione inserita nel 2006 nel secondo comma si imporrà anche in rapporto al nuovo quarto comma [...]*³⁴⁷.

Tale interpretazione - che poi, come vedremo, è stata recepita dalla Corte di Cassazione - mira a recuperare, anche in relazione al quarto comma, alcuni requisiti che hanno finora permesso di sostenere – come abbiamo visto, in modo problematico - la conformità a Costituzione della scriminante di cui al comma 2: ovvero la circostanza che l'uso dell'arma sia finalizzato a difendere la vita e l'integrità fisica (comma 2, lett. a) o anche i beni patrimoniali (comma 2 lett. b), purché non vi sia desistenza e vi sia pericolo di aggressione (quest'ultimo, come precedentemente rilevato, implica che ad essere in gioco non siano mai soltanto i beni patrimoniali, ma che vi sia sempre un pericolo attuale anche per la persona). Si recupererebbero, per tale via interpretativa, inoltre, anche i requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità della difesa di cui al comma 1, nell'ottica dell'interpretazione costituzionalmente orientata elaborata dalla giurisprudenza in relazione al comma 2.

Per quanto sia encomiabile il fine di scongiurare la presenza nell'ordinamento di una disposizione che, in contrasto con i principi costituzionali, subordina il diritto alla vita alla protezione del domicilio, a tale ricostruzione interpretativa si oppone, a nostro parere, la lettera del quarto comma, che perentoriamente sancisce che l'agredito “*agisce sempre* in stato di legittima difesa”, affermando in tal modo una presunzione *iuris et de iure* dell'intera scriminante con tutti i suoi presupposti applicativi, compresa la necessità della reazione difensiva³⁴⁸. L'interpretazione costituzionalmente conforme è una strada che il giudice deve necessariamente tentare, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale; ma sempre purché il risultato della conformità a

³⁴⁷ GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 3. Corsivo nostro; MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, in *Giur. it.*, 12/2020, p. 2761; NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, cit., pp. 298 ss.: “Se non si ammettesse l'intervento di quegli ulteriori requisiti, d'altronde, si andrebbe incontro al paradosso per cui, mentre la previsione del 2006 pretende un più stringente corredo di condizioni di legittimazione a reagire per fronteggiare un'aggressione *portata* all'interno del domicilio, la nuova norma consentirebbe una reazione affrancata da ogni limite di sorta, quantunque attuata solo per respingere un'*incipiente* intrusione (per quanto portata con modalità violente o minacciose). Ragioni di congruenza sistematica e di più razionale assetto vorrebbero, allora, che anche la nuova figura pretenda il riscontro di una pur *remota* propensione aggressiva dell'intruso (ciò che tende almeno a escludere la sufficienza di una violenza alle cose, non connotata da segnali di possibile pericolosità per le persone) e la verifica di una (ragionevole) necessità di reagire da parte dell'occupante il domicilio”.

³⁴⁸ Anche GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 3 rileva l'ostacolo a tale opzione ermeneutica rappresentato dal testo normativo; MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, cit., p. 2763: “La dialettica di questa norma, invero, è inequivocabile: esiste una presunzione di legittima difesa *tout court*, svincolata da ogni pretesa di accertamento in concreto di “tutti” i requisiti di cui al 1o comma. E non sembrano poter condurre a soluzioni diverse, per lo meno in modo incontrovertibile, né il richiamo ai casi di cui ai commi secondo e terzo, né la nuova disciplina dell'eccesso colposo in stato di minorata difesa o di grave turbamento”.

Costituzione non venga raggiunto attraverso uno stravolgimento del significato letterale della disposizione stessa. Imporre, per il tramite del rinvio ai “*casi di cui al secondo e terzo comma*”, la medesima interpretazione adeguatrice formulata dalla giurisprudenza in relazione al comma 2, e quindi la necessaria sussistenza dell’attualità del pericolo e della necessità difensiva, significa obliterare la lettera del nuovo comma 4, che, con le parole “*agisce sempre in stato di legittima difesa*”, afferma chiaramente la presunzione/eliminazione di tutti i presupposti applicativi di cui all’art. 52, comma 1, c.p.. La strada della declaratoria di incostituzionalità sembra, pertanto, la sola percorribile³⁴⁹.

Altra parte della dottrina, dunque, sostiene che l’*incipit* del quarto comma non implicherebbe che il mero rinvio ai contesti spaziali della vecchia legittima difesa domiciliare: “La tecnica del rinvio è del tutto fuorviante, in quanto la lettera della legge sembrerebbe imporre l’applicazione del quarto comma in presenza delle condizioni di cui ai precedenti due commi, il che renderebbe la nuova disciplina del tutto incomprensibile. In realtà, il rinvio ai commi 2 e 3 identifica solo il contesto spaziale di disciplina, costituito dalla violazione di domicilio o di uno dei luoghi a questi equiparati dove si esercita un’attività commerciale, professionale o imprenditoriale”³⁵⁰.

A nostro parere, il rinvio ai “*casi di cui al secondo e al terzo comma*” potrebbe essere maggiormente valorizzato, sebbene non nel senso del richiamo all’intera vecchia difesa domiciliare con annessa interpretazione costituzionalmente orientata, ma nell’ottica di un “innesto” dell’ipotesi contemplata dal nuovo quarto comma in quella prevista dal secondo comma. In tale prospettiva di raccordo tra i due commi, verrebbero, in primo luogo, recuperati i due requisiti della legittima presenza nei luoghi tutelati e della legittima detenzione dell’arma. Nonostante le varie perplessità suscitate da tali requisiti³⁵¹, infatti, ci sembra del tutto irragionevole pretendere la legittima presenza e, ancor di più, la legittima detenzione dell’arma solo per la difesa a proporzione presunta, e non invece per la più ‘generosa’ legittima difesa a presunzione totale di cui al quarto comma, ove non sarebbe richiesta neanche la necessità difensiva, ovvero la inevitabilità dell’offesa con condotte meno lesive.

³⁴⁹ FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 371: “L’eventuale attivazione di contromisure ermeneutiche analoghe a quelle utilizzate nell’applicazione dei commi secondo e terzo, per vincere nel caso concreto la presunzione legislativa, pur auspicata da alcuni, si risolverebbe in un’abrogazione per via giurisprudenziale della norma, che, purtroppo, appare chiarissima nel suo intento di sottrarsi ad ogni limite riconducibile a una valutazione in concreto, innanzitutto, del requisito della necessità. [...] in mancanza di ripensamenti legislativi, la sola strada percorribile è quella di investire della questione, alla prima occasione utile, la Corte Costituzionale”.

³⁵⁰ PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 116.

³⁵¹ V. *supra*, par 2.

Non sembra possibile, invece, a nostro parere - in contrasto con la suddetta dottrina e con l'interpretazione giurisprudenziale -, recuperare, per il tramite del rinvio ai “*casi* di cui al secondo e terzo comma”, anche le finalità difensive riportate nell'art 52, comma 2, c.p.: il fine di difendere la propria o altrui incolumità o i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. In realtà, il nuovo comma 4 prevede una ulteriore e diversa finalità dell'atto difensivo, compiuto “*per* respingere l'intrusione” posta in essere con modalità violente o minacciose. I beni difesi, dunque, sono *in primis* l'inviolabilità del domicilio e degli altri luoghi equiparati, nonché la vita/incolumità fisica o i beni patrimoniali, aggrediti dalla “violenza o [dalla] minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica”, che costituiscono le modalità esecutive dell'intrusione. Come vedremo a breve, in relazione a questi ultimi beni personali, la scriminante del comma 4 non sempre richiede siano interessati da un pericolo attuale, trasformandosi, pertanto, in mera difesa *del* domicilio.

Da tale raccordo tra secondo e quarto comma - reso possibile dal rinvio ai *casi* contenuto nell'*incipit* del comma 4 -, deriverebbe, pertanto, una lettura interpretativa di quest'ultimo nei seguenti termini: “Nei casi di violazione di domicilio aggravata *ex art* 614, comma 4, agisce sempre in stato di legittima difesa colui che, legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati, usa un'arma legittimamente detenuta o compie altro atto difensivo per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone”.

Fatte tali premesse in ordine ai distinti ambiti di operatività del secondo e del quarto comma, il *punctum dolens* della nuova disposizione è dato dalla inaggirabile chiarezza con cui essa afferma che “agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione...”. La dottrina sembra concorde nel ritenere si tratti di una presunzione *iuris et de iure* di legittima difesa *tout court*, con conseguente presunzione/eliminazione di tutti i suoi requisiti: pericolo attuale di offesa ingiusta, necessità della difesa, oltre che rapporto di proporzione. Dunque, “non avrebbero più nessuna efficacia drenante la necessità di accertare concretamente la presenza di elementi quali la necessità/inevitabilità della condotta difensiva, l'attualità del pericolo di un'offesa ingiusta, la sussistenza dei requisiti aggiuntivi previsti nel comma 2 dell'art. 52 c.p. (presenza

legittima nel luogo, arma legittimamente posseduta, ecc.)”³⁵². Viene così a profilarsi quello che è stato condivisibilmente definito “il mostro giuridico dell’offesa legittima”³⁵³.

Il legislatore populista, senza farsi scrupoli nel convertire in norma lo *slogan* mediatico (“la difesa è sempre legittima”)³⁵⁴, ha totalmente stravolto la *ratio* fondante dell’art. 52 c.p., che contempla la facoltà del cittadino di autotutelarsi dinanzi a un’offesa ingiusta, essendovi costretto dalla mancanza di modalità alternative per sfuggirvi e dall’impossibilità di un intervento tempestivo delle forze dell’ordine, e pur sempre nella prospettiva del rapporto di proporzione tra bene minacciato e bene leso. Stante tale stravolgimento dei presupposti fondanti e della *ratio* del bilanciamento tra interessi confliggenti, che sempre è alla base dell’operatività delle cause di giustificazione, vi è chi ha ritenuto più opportuno qualificare quella dell’art. 52, comma 4, c.p., in termini di causa di non punibilità, più che di scriminante in senso stretto³⁵⁵: “Si è registrata la trasfigurazione della scriminante in una fattispecie a tutela del domicilio *tout court*. Ogni tipo di azione diviene, infatti, *di per sé* legittima nel momento in cui il terzo con violenza leda la ‘proiezione spaziale della personalità dell’agredito’: lo *specifico ius excludendi* prende dunque il posto del concetto ‘di genere’ del *diritto proprio o altrui*”³⁵⁶.

Procedendo con un’analisi attenta dei singoli presupposti della legittima difesa che si ritengono presunti, parte della dottrina sostiene che il quarto comma, facendo a meno del requisito dell’attualità del pericolo di intrusione, aprirebbe la strada alla legittima difesa anticipata o

³⁵² GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, cit., p. 890; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 370; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 342; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 283; AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 33; GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, cit., pp. 344 ss.; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 8; RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 7; BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., pp. 20 ss..

³⁵³ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 283.

³⁵⁴ PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 114: “Che io ricordi, non era mai accaduto che lo stile mediatico della comunicazione politica trovasse accoglimento, in modo letterale, in un testo normativo”.

³⁵⁵ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 8: “L’estromissione definitiva della proporzione dalla fattispecie finisce in definitiva per privare tale ipotesi della qualità di giustificazione, trasformandola, a parere di chi scrive, in una *causa personale di non punibilità*, irragionevolmente applicabile, senza possibilità di modulazioni, su situazioni assai differenziate. Essa, infatti, dovrebbe giovare indistintamente sia a colui che, di fronte ad una aggressione che lo ponga in minimo pericolo, reagisca con il mezzo meno offensivo possibile, sia a colui che invece, scientemente, impieghi una forza letale proprio allo scopo di arrecare il massimo danno all’intruso, pur disponendo di strumenti meno aggressivi”; RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 7.

³⁵⁶ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 8.

preventiva, per respingere un'intrusione non necessariamente già in fase di esecuzione³⁵⁷. In altri termini, si giungerebbe alla conclusione di legittimare *offendicula*, anche sproporzionati negli effetti, che entrino in azione prima che si sia consolidata un'effettiva situazione di pericolo³⁵⁸.

Per scongiurare un simile esito applicativo, sembra utile valorizzare il dato letterale dell'art. 52, comma 4, in collegamento con il nuovo comma 2 dell'art. 55 c.p.. Il comma 4, difatti, parla di atto difensivo “per *respingere* l'intrusione *posta in essere*, con violenza o minaccia [...]”. Il dettato normativo sembrerebbe, pertanto, descrivere la dinamica di una situazione in cui l'agredito può agire, anche con l'uso di un'arma, per respingere un'intrusione che sia *attualmente* in fase di esecuzione: il participio passato “posta in essere”, inteso come intrusione messa in atto, attualmente iniziata, anche se solo nelle prime fasi esecutive, sembra pretendere una violazione di domicilio almeno nella forma del tentativo.

Tale interpretazione sembra, inoltre, sostenuta dal nuovo art. 55, comma 2, c.p., il quale, nel disciplinare l'ipotesi di eccesso colposo in relazione ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 52, dispone che “la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito [...] in stato di grave turbamento, derivante *dalla situazione di pericolo in atto*”. Tale comma, pertanto, fa espresso riferimento al pericolo in atto per la propria o altrui incolumità - causa del grave turbamento emotivo -, che, in relazione al comma 4 dell'art. 52 c.p., non può che essere collegato alla violenza o alle minacce che connotano l'intrusione, presupponendo, pertanto, un'illecita introduzione già in fase di esecuzione³⁵⁹. D'altronde, sarebbe difficile ipotizzare un grave turbamento emotivo cagionato da un'intrusione violenta che non sia attualmente posta in essere, almeno nei suoi primi atti esecutivi.

³⁵⁷ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 5: “La giustificazione, quanto meno quella disegnata dal comma 4 dell'art. 52 c.p., ha ad oggetto un comportamento che non è più meramente *reattivo* rispetto ad un pericolo di offesa, ma può spingersi anche verso condotte *preventive* di quest'ultimo. L'ultimo comma dell'art. 52 c.p. possiede, infatti, una *ratio* ‘anticipatoria’: prescindendo da attualità del pericolo, necessità della difesa e proporzione, consente di *agire in prevenzione* rispetto all'aggressione ingiusta, legittimando un'azione lesiva della persona altrui, prima ancora che l'offesa a propri interessi (non importa nemmeno se personali o patrimoniali) sia incombente; RISICATO L., *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 7: “Qui la presunzione si riferisce chiaramente alla presenza di *tutti* gli elementi strutturali di cui al primo comma dell'art. 52 Cp: quello causale della *costrizione*, quello modale della *necessità* e quello *cronologico* dell'attualità del pericolo. Decisivo, nella scelta di attribuire rilievo eminente a una legittima difesa *preventiva* che, proprio per questo, non è più scriminante in senso proprio, è il contesto in cui si verifica l'azione difensiva”; BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 22: “Insomma, non siamo più in presenza di una legittima difesa e quindi di una reazione, ma di una legittima difesa “anticipata” e quindi di una aggressione”

³⁵⁸ PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 119.

³⁵⁹ *Ibidem*.

Chiarita, dunque, la necessità che si configuri un pericolo attuale di intrusione (*id est* un tentativo di violazione di domicilio), la norma richiede che questa venga realizzata nella forma aggravata *ex art. 614, comma 4, c.p.*, ovvero “con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica”.

Per quanto concerne la modalità violenta dell'intrusione, la dottrina sembra concorde nel ritenere che, data la genericità dell'espressione utilizzata, si faccia riferimento alla violenza non solo contro persone, ma anche contro cose, “comprendendo dunque anche lo scasso della porta di ingresso, di una finestra e così via”³⁶⁰. A suffragio di tale conclusione sembrerebbe concorrere la descrizione della violazione di domicilio aggravata *ex art 614, comma 4, c.p.*, che fa riferimento anche alla “violenza sulle cose”.

A questo punto, occorre comprendere se la violenza e la minaccia costituiscono solo le modalità esecutive dell'intrusione - nella prospettiva della violazione di domicilio aggravata *ex art 614, comma 4, c.p.* - o se, ai fini dell'applicazione della nuova scriminante di cui al quarto comma, è necessario che tali condotte violente vengano protratte anche all'interno dei luoghi tutelati. Ad una prima lettura della disposizione, sembrerebbe che la violenza e la minaccia costituiscano esclusivamente le modalità di realizzazione dell'intrusione, e non ulteriori condotte realizzate all'interno del domicilio. Il comma 4 sembra essere abbastanza chiaro a riguardo, nelle parole “per respingere l'intrusione *posta in essere, con violenza o minaccia...*”, ove la preposizione “con” sembra qualificare la violenza e la minaccia quali modalità dell'intrusione attualmente in esecuzione³⁶¹. Seguendo tale interpretazione, sorge, tuttavia, l'interrogativo su quali siano i beni/diritti difesi dall'agredito - diversi dallo *ius excludendi* -, una volta che l'aggressore si è illecitamente introdotto.

Si pone, a questo riguardo, un problema di possibile sovrapposizione degli spazi applicativi della “vecchia” e della “nuova” legittima difesa domiciliare. Sono prospettabili, a nostro parere, due

³⁶⁰ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 7; GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, cit., p. 890; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 3; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 341; PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 116; RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 7.

³⁶¹ BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 22: “Si potrebbe ritenere che in realtà una ‘violenza illegale’ sia prevista, in quanto la riforma proposta parla espressamente di compimento di ‘un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone’. Tuttavia, il testo non è chiaro, anzi direi che è decisamente e forse anche volutamente ambiguo, perché se da un lato è chiaro che la violenza deve accompagnare l'atto di introdursi, dall'altro lato, però non si comprende se la violenza debba accompagnare anche ciò che si compie una volta che ci si è introdotti. E che in quest'ultima ipotesi, nella prospettiva del legislatore riformatore, la violenza non risulti necessaria lo si ricava dal fatto che, diversamente, non ci sarebbe stata la necessità di una riforma di questa tenore, trovando applicazione la legittima difesa ‘classica’”.

contesti applicativi: uno, per così dire, “dinamico-antecedente”, in cui l’agredito reagisce per respingere un’intrusione *incipiente*, iniziata ma non ancora perfezionata, che venga bloccata, insomma, sulla soglia del tentativo; un altro contesto, invece, “statico-successivo”, in cui la violazione di domicilio aggravata è stata ormai perfezionata, e l’aggressore, introdottosi nell’abitazione o negli altri luoghi indicati, potrebbe compiere ulteriori atti offensivi, presumibilmente contro il patrimonio e/o l’incolumità dei soggetti ivi presenti.

In relazione al contesto dinamico-antecedente, l’agredito agisce per difendersi contro un pericolo attuale di intrusione nel proprio domicilio realizzata con violenza a persone o a cose o con minaccia di armi *et similia*. I beni in conflitto, dunque, sono, da un lato, l’integrità fisica o la vita dell’aggressore - presumendo che l’agredito agisca con l’uso di armi o altri mezzi idonei all’offesa -, dall’altro, non solo l’inviolabilità del domicilio (e degli altri luoghi equiparati *ex art 52, comma 3, c.p.*), ma anche i beni patrimoniali (intrusione con violenza sulle cose) o la vita/integrità fisica dell’agredito o di altri soggetti presenti *in loco* (intrusione con violenza alle persone o con minaccia di uso di armi), interessati anche questi da un pericolo attuale, data l’attualità dell’azione di intrusione con le suddette modalità. In tale prospettiva, quindi, è almeno ipotizzabile un conflitto tra due beni/diritti, quello minacciato dall’aggressore e quello leso dall’agredito, che è pur sempre alla base della legittima difesa.

Il problema a quanto pare insuperabile, in tale contesto, è quello della presunzione *iuris et de iure* della necessità difensiva, sancita dall’art. 52, comma 4, c.p., che, come ricorda il Capo dello Stato, costituisce il *fondamento costituzionale* della legittima difesa. Senza tale requisito, si prospettano scenari assolutamente aberranti per il nostro ordinamento costituzionale, facilmente esemplificabili: resosi conto che Tizio sta scassinando la serratura del cancello che conduce al suo giardino (tentativo di violazione di domicilio aggravata), Caio potrebbe dal balcone sparare dei colpi di arma da fuoco, non solo in via intimidatoria, ma anche per ferire o addirittura per uccidere; o ancora, contro il rapinatore che si accinge ad entrare nel negozio arma alla mano, la guardia giurata potrebbe sparare direttamente per uccidere, senza dover valutare la praticabilità di soluzioni meno offensive.

Mentre quest’ultima ipotesi, seppur problematica a causa della mancanza del requisito della necessità/inevitabilità, vede ad ogni modo fronteggiarsi due beni qualitativamente omogenei - vita/incolumità fisica sia dell’agredito che dell’aggressore -, certamente maggiori perplessità desta l’ipotesi in cui, per respingere un’intrusione realizzata con violenza solo su cose, il proprietario di casa possa ferire/uccidere l’aggressore. Contro un simile scenario, e nell’ottica di un’interpretazione restrittiva che necessariamente si impone, considerate le evidenti problematicità della scriminante in

analisi, si potrebbe sostenere che la violenza cui fa riferimento l'art. 52, comma 4, c.p. debba intendersi come violenza esclusivamente contro le persone. Deporrebbe in tal senso una lettura congiunta delle due modalità di intrusione previste dal quarto comma - "violenza o minaccia di uso di armi o di *altri* mezzi di *coazione fisica*" -, ove l'aggettivo "altri", riferito ai mezzi di coazione fisica, sta ad indicare che le armi sono intese quali specie di strumenti di coazione fisica, sicché la minaccia è sempre diretta a quest'ultima finalità e quindi contro persone. Nella prospettiva della lettura congiunta delle due modalità, violenta e minacciosa, pertanto, l'illecita intrusione è sempre accompagnata da un'aggressione contro la persona, descritta, però, in ordine decrescente di gravità: a partire dalla violenza, e quindi dall'esercizio di una forza fisica contro le persone - che può andare dai fatti di stratonamenti e costrizioni fisiche di vario genere, fino alle percosse, alle lesioni e all'omicidio -, fino alla minaccia con armi *et similia*, ove la violenza è solo minacciata, e quindi a venire in rilievo è sempre la persona dell'agredito, interessata da *coazione fisica*, ovvero dal costringimento a fare, tollerare, subire qualcosa sotto la minaccia di eventi lesivi contro di lui o le persone presenti *in loco*.

Ad ogni modo, anche una simile lettura restrittiva del concetto di violenza non risolve i problemi della scriminante in analisi, dati soprattutto dalla presunzione/eliminazione del requisito della necessità difensiva, oltre che della proporzione.

Per quanto concerne, invece, il contesto statico-successivo, questo si realizza laddove l'aggressore, ormai perfezionata la violazione di domicilio aggravata *ex art* 614, comma 4, c.p., si è illecitamente introdotto nell'abitazione altrui. Anche qui, sembra doversi applicare la scriminante di cui all'art. 52, comma 4, c.p., e non quella del comma 2, considerato che il testo della disposizione - "per respingere l'intrusione *posta in essere*" - indica l'operatività della stessa non solo nel contesto dinamico del respingimento di un'intrusione in atto, ma anche in quello successivo del respingimento di un'intrusione illecita ormai realizzata con le suddette modalità violente. È evidente come, in tal modo, si vada ad erodere l'ambito applicativo della vecchia difesa domiciliare di cui al secondo comma, cui tali ipotesi erano riconducibili prima della riforma del 2019 - considerato anche che i casi di intrusione nel domicilio con modalità violenta o minacciosa sono, plausibilmente, i più frequenti.

In tale scenario, i punti problematici della nuova difesa domiciliare si rivelano ancora più gravi, poiché, come abbiamo visto, la violenza e la minaccia costituiscono per la norma solo le modalità dell'intrusione, e non necessariamente successive condotte realizzate dall'aggressore, una volta introdottosi nell'abitazione altrui. Perfezionata la violazione di domicilio aggravata, quindi, l'aggressore si trova esposto a qualsiasi tipo di *offesa* da parte del proprietario di casa, non essendo

richiesti né il pericolo attuale di un'offesa ingiusta - in effetti, in tale fase, non è richiesto che l'intruso faccia più alcunché -, né la necessità della reazione difensiva, intesa come non sostituibilità della stessa con condotte lecite o meno lesive. A questo punto, il titolare dello *ius excludendi* potrà agire contro l'intruso *per il solo fatto* che questi si è introdotto illecitamente nel proprio domicilio, quindi in forma ritorsiva, esercitando in tal modo un preteso diritto di difesa della propria abitazione (*defense of habitation*), sul modello della *Castle Doctrine* statunitense. E per di più, stando al testo del nuovo comma 4 ("agisce sempre in stato di legittima difesa"), egli potrà esercitare tale diritto senza limiti, ovvero anche con le condotte offensive più estreme (*id est* uccisione dell'intruso), stante l'eliminazione del requisito della necessità/inevitabilità altrimenti, ed anche se l'intruso, a fronte di un proprietario armato, si sia dato alla fuga³⁶². È evidente come un simile scenario, reso possibile dalla formulazione dell'attuale quarto comma, non abbia più nulla della fisionomia della legittima difesa – come prevista, in modo ben più equilibrato, nell'originario disegno dell'art. 52, comma 1, del codice Rocco -, e non possa essere neanche più definito come difesa *tout court*: il nuovo quarto comma apre la strada alla legittima offesa³⁶³, o meglio alla vendetta domiciliare³⁶⁴ del proprietario di casa che si fa giustizia da sé contro il delinquente che "gli è entrato in casa". Una disposizione più emblematica delle rivendicazioni del populismo penale non sembra rinvenibile altrove nel codice penale.

Per scongiurare un simile esito applicativo, si potrebbe tuttavia interpretare il quarto comma - data l'ambiguità del testo normativo, che non sembra opporsi a tale interpretazione - nel senso che, ai fini dell'applicazione della nuova scriminante, le condotte violente o minacciose, non solo devono accompagnare l'atto dell'intrusione illecita, ma devono anche essere proseguite all'interno dei luoghi tutelati. In tal modo, anche rispetto al contesto statico-successivo di un'intrusione già realizzata, l'agredito non agirebbe solo per la difesa *del* domicilio, ma anche per difendersi dal *pericolo attuale* per la propria o altrui incolumità, collegato alla violenza o alla minaccia con armi, che, realizzate dall'aggressore per introdursi nel domicilio, sono poi continuate anche all'interno; si

³⁶² PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 117: "[...] accertata, infatti, l'intrusione con violenza o minaccia nei luoghi indicati, è scriminato qualsiasi atto compiuto per respingerla. È come se gli elementi spaziali e modali dell'intrusione definissero il contesto nel quale perdono valore le dinamiche intersoggettive dell'azione aggressiva e di quella difensiva; spazi e modalità di ingresso nello spazio esauriscono i confini della causa di giustificazione: è la 'concomitanza spazio-temporale' a definire il tracciato esterno della scriminante. L'offesa arrecata all'aggressore assume i tratti di una sanzione inflitta all'aggressore che abbia violato, con intenzioni aggressive, lo *ius excludendi* del titolare del domicilio".

³⁶³ BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 22.

³⁶⁴ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., pp. 25 ss..

ricorda che si sta aderendo ad un'interpretazione restrittiva del concetto di violenza, intesa solo come violenza personale.

Anche recuperando in tal modo il requisito del pericolo attuale per la propria o altrui incolumità, rimarrebbe il nodo problematico della presunzione del requisito della necessità della reazione difensiva, inequivocabilmente sancita dalle parole “agisce sempre in stato di legittima difesa”. In assenza di tale fondamentale requisito, l'aggressore, pur a fronte di un pericolo attuale per l'incolumità, potrebbe reagire in maniera non solo sproporzionata, ma anche non necessaria, ovvero con una condotta agevolmente sostituibile con comportamenti leciti o meno lesivi. Volendo esemplificare, a fronte di un aggressore che si introduce violentemente nel domicilio e che continua le violenze all'interno dell'abitazione - ad esempio percuotendo o legando i soggetti ivi presenti -, l'agredito non sarebbe tenuto a valutare le condotte meno lesive per difendersi dall'aggressione, nonostante queste siano facilmente eseguibili - sparo di colpi in aria in via intimidatoria, o in direzione di parti del corpo non vitali, o anche solo minaccia di uso dell'arma o di altri mezzi di difesa -, ma potrebbe agire direttamente per uccidere. La mancanza del requisito della necessità difensiva rende anche tale ultima interpretazione non immune da censure di incostituzionalità.

Il nuovo comma 4 dell'art. 52 c.p., pertanto, concretizza l'essenza del populismo penale relativamente a tutti e tre i profili analizzati nel precedente capitolo: la relazione antagonista tra la vittima e il reo, il carattere meramente simbolico, e la distinzione diritto penale del nemico/diritto penale del cittadino.

Per quanto concerne il primo profilo, la norma in analisi rappresenta l'exasperazione della relazione antagonista tra il “noi, popolo di vittime attuali e potenziali” e l’“altro, delinquente-nemico”. Il reato, in quanto offesa ingiusta, come si è detto, apre nello spazio sociale una frattura conflittuale che vede contrapporsi non solo i diretti protagonisti (vittima/delinquente), ma anche i consociati, che tendono a certe condizioni a immedesimarsi nella vittima, ed altri soggetti identificabili come delinquenti potenziali, in quanto appartenenti al medesimo gruppo sociale del reo (immigrati, tossicodipendenti, recidivi ecc.). La creazione di tale frontiera dicotomica tra il “popolo di innocenti” e il reo-nemico, tendenzialmente collegata al reato quale fatto sociale, è ciò che abbiamo definito fisiologia populista, ovvero normale dinamica di funzionamento del problema criminale all'interno dello spazio sociale, ove il conflitto dovrebbe essere mitigato e contenuto mediante l'azione di orientamento culturale dei principi del garantismo costituzionale. In tale prospettiva, l'art. 52, comma 1, del codice Rocco costituisce un buon esempio di come la relazione conflittuale vittima-reo possa essere disciplinata mediante l'equilibrato bilanciamento degli interessi contrapposti; e ciò per il tramite dei presupposti applicativi dell'attualità del pericolo, della

necessità della difesa e, soprattutto, del rapporto di proporzione, tutti necessari al fine della risoluzione razionale del conflitto sociale, e quindi della permanenza nei confini di una fisiologia populista.

Se tale equilibrio è stato scalfito già con la riforma del 2006 – e in parte ritrovato nell’ottica dell’interpretazione costituzionalmente conforme –, esso sembra essersi del tutto perduto con la nuova difesa domiciliare di cui all’art. 52, comma 4, c.p.. La nuova disposizione incrudelisce la relazione conflittuale vittima/reo, disegnando una scriminante che, nell’intento di soddisfare le passioni punitive dei consociati, attribuisce al titolare dello *ius excludendi* un potere, illimitato, di farsi giustizia da sé, che sostanzialmente sostituisce l’intervento punitivo dello Stato, anche laddove questo sarebbe stato possibile. Si assiste, pertanto, alla realizzazione dell’aspirazione massimamente populista di riconquista della sovranità punitiva, di riappropriazione della *potestas puniendi* da parte delle vittime e della ‘gente comune’, senza più gli intralci di una giustizia considerata debole e inefficace³⁶⁵. Come condivisibilmente affermato in dottrina, si è realizzata una sorta di privatizzazione del potere punitivo, che assume i tratti tipici della vendetta, così com’è svincolato dal principio di proporzione che invece caratterizza la pena statale: la nuova esimente, quindi, “svela, nel profondo divario cronologico, modale e di quantum lesivo tra l’offesa e la reazione ad essa conseguente, i tratti caratteristici di una forma autonoma di *ritorsione sanzionatoria* applicata dal privato in base a un suo proprio metro punitivo commisurato al risentimento per il torto subito”³⁶⁶.

La nuova scriminante, pertanto, è collocabile in una dimensione socio-culturale che nel precedente capitolo abbiamo definito di patologia populista, ove i principi costituzionali, non più capaci di orientare né collettività, né classe politica, lasciano il passo alle istanze emotive e ai rancori vendicativi delle vittime e della popolazione, assecondati dal legislatore populista.

Per quanto riguarda l’aspetto del simbolismo, la disposizione in analisi rappresenta evidentemente un esempio di legislazione penale meramente simbolica. Come la scriminante introdotta nel 2006, anche il nuovo quarto comma introduce una norma simbolica di tipo pacificatorio³⁶⁷, volta cioè alla sedazione dell’allarme sociale indotto da determinati fenomeni

³⁶⁵ AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., p. 19.

³⁶⁶ *Ivi*, p. 37; MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, cit., p.2760: “Il *leitmotiv* e’ sempre lo stesso: la crisi di quella logica, di matrice autoritaria, che concede al privato un’autotutela *de residuo*, destinata a cedere il passo a una vera e propria delega al cittadino nell’uso della forza. Un intervento di chiara ispirazione ai modelli nordamericani, valso peraltro al legislatore italiano qualche critica anche per mancanza di originalità. Le modifiche più recenti, anzi, sembrano animate da una ideologia ancor più serrante, incentrata sull’estirpazione alla radice di un male inesorabile: la valutazione del fatto ad opera del giudice

³⁶⁷ V. *supra*, Cap. II, par. 3.2.

criminali - reali o artatamente costruiti/amplificati nel dibattito politico-mediatico -, mediante “l’immagine pubblica e rassicurante di un legislatore attento e deciso ad agire”³⁶⁸; e ciò nella prospettiva del perseguimento di quella che Baratta ha definito la *funzione simbolica generale* di conquista del consenso politico. Ma rispetto alle finalità dichiarate - assicurare al cittadino il diritto di difesa del proprio domicilio - la norma si rivela ineffettiva, e perciò meramente simbolica, in quanto, come vedremo a breve, neutralizzata nei suoi esiti più estremi dalla lettura costituzionalmente conforme della giurisprudenza della Corte di Cassazione.

La nuova legittima difesa domiciliare, infine, costituisce, a nostro parere, un chiaro esempio di diritto penale del nemico. Lo stesso Jakobs chiarisce quale dovrebbe essere la fisionomia della legittima difesa nella prospettiva del diritto penale del cittadino: “L’aggressione antiggiuridica come dispositivo che fa scattare l’autorizzazione alla legittima difesa è un caso estremo di aspettativa normativa attualmente non confermata: che l’aggressore si comporti come una persona in diritto, quindi come un cittadino, sarebbe una supposizione manifestamente erronea, e pertanto la situazione deve essere regolata sul piano cognitivo, appunto attraverso la difesa. Non ci si deve però comportare come se ormai la personalità dell’aggressore non giocasse più alcun ruolo: *egli resta una persona vincolata giuridicamente, e l’aggressione non può essere respinta a piacere, ma soltanto nella cornice del necessario*. [...] In altre parole, l’aggressore secondo il concetto astratto *rimane persona in diritto, cittadino*, anche se secondo la realtà fattuale deve venire trattato come pericoloso”³⁶⁹.

Nel diritto penale del cittadino - accogliamo la distinzione diritto penale del nemico/del cittadino sul piano meramente descrittivo, e non anche prescrittivo-normativo -, l’aggressore, nonostante l’offesa perpetrata e quindi la delusione dell’aspettativa normativa, non perde la sua personalità giuridica, la sua capacità di essere titolare di diritti e di obblighi, la quale gli viene riconosciuta nella limitazione della difesa nei confini della stretta necessità - l’art. 52, comma 1, c.p. costituisce, quindi, l’esempio del razionale bilanciamento tra esigenze di difesa e di persistenza in capo all’aggressore della qualità di persona in diritto.

Pare evidente, invece, come l’art. 52, comma 4, c.p., con la sua presunzione di legittima difesa *tout court*, e quindi con l’eliminazione di tutti i suoi presupposti applicativi, necessità compresa, neghi all’aggressore la sua personalità giuridica, riducendolo a nemico, a mero individuo pericoloso, contro cui non solo è possibile agire in via di coazione fisica - ciò è possibile anche

³⁶⁸ HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, cit., p. 421.

³⁶⁹ GÜNTHER J., *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni di giuridicità*, cit., p. 115. Corsivo nostro.

nella dinamica della legittima difesa generale, e quindi del diritto penale del cittadino -, ma con una forza fisica sproporzionata e anche non necessaria. Nella logica del *Feindstrafrecht*, insomma, la nuova legittima difesa domiciliare trasforma l'aggressore in mero individuo/nemico esposto alle offese e ai rancori vendicativi dell'aggredito.

3.1. L'interpretatio abrogans della giurisprudenza.

Il nuovo quarto comma dell'art. 52 c.p., così come interpretato nel precedente paragrafo - unica interpretazione a nostro parere possibile senza stravolgere il testo della disposizione -, si espone a evidenti censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 2 Cost., in quanto subordina il diritto alla vita dell'aggressore alla tutela di beni di rango evidentemente inferiore nell'impianto assiologico della Carta costituzionale, quali l'inviolabilità del domicilio e i beni patrimoniali; per violazione dell'art. 2 CEDU, in combinato disposto con l'art. 117, comma 1, Cost., il quale tutela il diritto alla vita di "ogni persona", consentendo solo la morte cagionata da un "ricorso alla forza resosi *assolutamente necessario*" "per garantire la difesa di ogni *persona* contro la violenza illegale"; ed infine per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.. La Corte costituzionale, difatti, a più riprese ha affermato che, in materia di diritti inviolabili, le presunzioni assolute sono conformi al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*, solo se non sono arbitrarie o irrazionali, e ciò si verifica allorquando esse trovano corrispondenza nell'esperienza comune, nell'*id quod plerumque accidit*, non potendo essere smentite dalla facile prospettazione della possibile verifica di ipotesi contrarie alla presunzione stessa: pare evidente, dunque, che la presunzione *iuris et de iure* della legittima difesa *tout court* - con tutti i suoi requisiti applicativi *ex art. 52, comma 1, c.p.* - sia del tutto irrazionale, in quanto smentita dalla facile osservazione che chi uccide o ferisce l'aggressore per la sola difesa del domicilio, e dunque per il solo fatto che questi ha commesso il delitto aggravato di cui all'art. 614, comma 4, c.p., non agisce, in concreto, in presenza di alcuno dei presupposti della legittima difesa di cui al comma 1.

Consapevole di tali palesi profili di incostituzionalità, come nel 2006 in relazione alla presunzione di proporzione del comma 2, anche oggi la giurisprudenza non sceglie la strada della questione di legittimità costituzionale, ma quella della interpretazione costituzionalmente conforme. La pronuncia finora più significativa in tal senso è la sentenza n. 13191/2020, della Prima Sezione della Corte di Cassazione.

Il caso concreto riguarda il titolare di una sala giochi, il quale viene svegliato in piena notte dall'allarme sonoro posto a difesa della sala giochi stessa, ubicata al piano terra della sua

abitazione. L'imputato si rende conto che qualcuno sta tentando di forzare la serranda al pian terreno e, quindi, si affaccia dal balcone della sua abitazione, armato di una pistola regolarmente detenuta. Egli esplose prima dodici colpi in aria a scopo intimidatorio, e poi nove in direzione dei tre individui, colpendo uno di questi, il quale riesce a darsi alla fuga con i suoi complici.

Si tratta, dunque, di un caso in cui, stando alla lettera del nuovo quarto comma, l'imputato dovrebbe vedersi applicata la nuova difesa domiciliare, in quanto ha agito per respingere l'intrusione in un locale commerciale posta in essere con violenza sulle cose, e quindi, secondo l'automatismo del quarto comma, ha agito in legittima difesa.

L'imputato, invece, viene condannato per tentato omicidio, in quanto la Cassazione non gli riconosce l'applicazione della nuova difesa domiciliare *ex art 52, comma 4, c.p.*. La Corte, infatti, afferma espressamente, in relazione al nuovo quarto comma, che "anche dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 36 del 2019, l'uso di un'arma - purché legittimamente detenuta - può dirsi reazione sempre proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati [...], a condizione che:

- il pericolo di offesa sia attuale;
- l'impiego dell'arma, quale in concreto avvenuto, sia necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, ovvero i beni;
- non siano praticabili altre condotte alternative lecite o meno lesive;
- con specifico riferimento alle aggressioni a beni patrimoniali, ricorra un pericolo di aggressione personale"³⁷⁰.

Prima di analizzare le argomentazioni a sostegno di tale conclusione ermeneutica, il quesito che sorge spontaneo è: cosa è cambiato con l'introduzione del quarto comma? Qual è la differenza tra la scriminante del secondo e quella del quarto comma dell'art. 52 c.p.? Pare evidente si tratti di una *interpretatio abrogans* del nuovo quarto comma, che "rischia di tradursi in una violazione del fondamentale principio di riserva di legge"³⁷¹.

Come indicato da parte della dottrina³⁷², la giurisprudenza, valorizzando l'*incipit* del quarto comma, che rinvia ai "casi di cui al secondo e terzo comma", sostiene che la nuova disposizione richiami per intero la scriminante della vecchia difesa domiciliare di cui al comma 2. La Cassazione, difatti, afferma:

³⁷⁰ Considerato in diritto n. 6.

³⁷¹ MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, cit., p. 2764.

³⁷² GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 3.

“Il legislatore, da un lato, con l'inserimento dell'avverbio ‘sempre’ nel corpo del secondo comma, ha reso ancora più forte la presunzione di proporzione tra difesa e offesa; dall'altro, con l'introduzione del nuovo quarto comma, ha esteso espressamente la presunzione così rafforzata alle diverse ipotesi di ‘intrusione’ nel domicilio o negli altri luoghi di cui al terzo comma ove realizzate con modalità più aggressive di quelle descritte dall’art. 614, primo e secondo comma’. Dal coordinamento tra il nuovo quarto comma e i precedenti due commi, si ricava, infatti, che il nuovo istituto opera quando, in presenza delle situazioni di fatto individuate dal legislatore del 2006 con l'espresso richiamo ‘all'art. 614, primo e secondo comma’ - quindi nei casi di introduzione o trattenimento ‘nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo [...] clandestinamente o con l’inganno’ - l'aggressore abbia altresì utilizzato per porre in essere l’intrusione [...] la violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica’, ossia le modalità esecutive prese in considerazione dall'ipotesi aggravata di cui all'art. 614, comma 4, cod. pen. (‘violenza sulle cose o alle persone ovvero se il colpevole è palesemente armato’) e l'agredito, presente nei luoghi tutelati, difenda, con un'arma legittimamente detenuta o con un altro mezzo idoneo, la propria o altrui incolumità, ovvero i beni propri o altrui”³⁷³.

Diverse sono, a nostro parere, le obiezioni sollevabili contro tale ricostruzione interpretativa.

In primo luogo, appare confusa la delimitazione dell’ambito operativo delle due scriminanti di cui ai commi 2 e 4 dell’art. 52 c.p.. La Corte, difatti, afferma che il nuovo quarto comma si applica in tutte le ipotesi di violazione di domicilio *ex art 614, commi 1 e 2, c.p.* - seppur nella forma aggravata di cui al comma 4 dell’art. 614 -, quindi anche nelle ipotesi di intrusione con l’inganno o di trattenimento abusivo nell’altrui domicilio. Tale affermazione sembra scontrarsi con il testo dell’art. 52, comma 4, c.p., il quale parla solo di “intrusione” con violenza o minaccia: se ne dovrebbe dedurre l’applicazione del comma 2, e non del comma 4, a) in caso di trattenimento abusivo, non potendo il termine “intrusione” essere considerato comprensivo anche del trattenimento, considerato anche che l’art. 614 c.p. vi dedica due commi separati; b) in caso di intrusione con l’inganno, poiché la modalità decettiva dell’intrusione risulta incompatibile con quella violenta o minacciosa richiesta dal nuovo quarto comma.

In secondo luogo, sempre valorizzando il rinvio ai “*casi di cui al secondo e terzo comma*”, la Corte sostiene che, anche nell’ipotesi del nuovo quarto comma, l’agredito agisce per difendere la propria o altrui incolumità o i beni propri o altrui. Anche in merito a tale affermazione, sembra che

³⁷³ Considerato in diritto, n. 5.1.

il giudice di legittimità ignori il testo del comma 4, il quale, parlando di “atto *per* respingere l'intrusione” posta in essere con violenza o minaccia, introduce una finalità difensiva diversa e ulteriore rispetto a quelle del comma 2. Si tratta della finalità di difesa dell'inviolabilità del domicilio - e dello *ius excludendi* rispetto agli altri luoghi di cui al comma 3 -, cui si accompagna il fine di difesa anche della vita/integrità fisica e/o dei beni patrimoniali, a seconda che ci si trovi nel contesto da noi definito dinamico-antecedente o statico-successivo dell'intrusione.

In relazione al contesto dinamico-antecedente, ove l'agredito respinge un'intrusione in fase di attuazione - un tentativo di violazione di domicilio aggravata *ex art.* 614, comma 4, c.p., come nel caso giurisprudenziale -, egli agisce per la difesa non solo dell'inviolabilità del domicilio, ma anche della propria o altrui incolumità o dei beni propri o altrui, contro cui si dirigono la violenza o la minaccia di uso di armi, quali modalità esecutive dell'intrusione -; nel precedente paragrafo, si è detto, inoltre, che, in conformità ad una preferibile interpretazione restrittiva della norma, la violenza dovrebbe essere intesa solo contro le persone, di modo che la finalità difensiva ulteriore sarebbe solo quella relativa alla incolumità propria o altrui.

Nel contesto statico-successivo, invece, ove l'aggressore ha ormai perfezionato la violazione di domicilio aggravata, e quindi si è illecitamente introdotto nei luoghi tutelati, l'agredito agisce solo per la difesa della inviolabilità di tali luoghi, e quindi del suo *ius excludendi*, considerato che la violenza e la minaccia sono descritte dal comma 4 come modalità esecutive dell'intrusione, e non come ulteriori condotte dell'aggressore realizzate all'interno del domicilio. In relazione a tale contesto, tuttavia, come si è già detto, si potrebbe recuperare la finalità difensiva della incolumità, non mediante il rinvio al comma 2, da cui deriva un coordinamento farraginoso e di scarsa comprensibilità, ma interpretando estensivamente l'espressione “intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi”, nel senso che la violenza e la minaccia non solo accompagnano l'atto dell'intrusione, ma vengono protrate anche all'interno dei luoghi tutelati. Il testo del comma 4, nella sua ambiguità, permette una tale interpretazione, di modo che, anche nel contesto statico-successivo di una violazione di domicilio aggravata perfezionata, l'agredito agisce sempre per la difesa non solo del suo *ius excludendi*, ma anche della propria o altrui incolumità, contro cui continuano a rivolgersi le condotte violente o minacciose che hanno caratterizzato l'atto dell'intrusione illecita. Si recupererebbe, per tale via, il requisito del pericolo attuale di un'offesa ingiusta alla propria o altrui incolumità.

Ma le affermazioni più problematiche nella sentenza di cui si discute sono quelle relative alle presunzioni nei commi 2 e 4 dell'art. 52 c.p.. In relazione all'inserimento dell'avverbio “sempre” nel comma 2, difatti, non si comprende quale sia il significato dell'affermazione che esso “ha reso

ancora più forte la presunzione di proporzione”. La presunzione assoluta di proporzione o c’è o non c’è; rafforzarla non ha alcun significato, a meno che non si voglia disconoscere l’interpretazione costituzionalmente conforme fondata sui requisiti dell’attualità del pericolo e della necessità difensiva, finora sostenuta in relazione al comma 2, interpretazione che la giurisprudenza non solo non intende negare, ma che anzi vuole estendere anche al nuovo comma 4.

E, difatti, la Corte continua affermando che il legislatore del 2019 “con l’introduzione del nuovo quarto comma, ha esteso espressamente la presunzione così rafforzata - ovvero la presunzione di *proporzione* di cui al secondo comma - alle diverse ipotesi di ‘intrusione’ nel domicilio [...] ove realizzate con modalità più aggressive di quelle descritte dall’art. 614, primo e secondo comma’ [...]. La nuova presunzione non ha, quindi, modificato la struttura della legittima difesa, che continua ad essere imperniata sulla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un’offesa ingiusta secondo quanto indicato nel primo comma dell’art. 52 cod. pen.; previsione, quest’ultima, ancora una volta non modificata, *ma, anzi, implicitamente ribadita nel quarto comma introdotto dalla legge n. 36 del 2019, attraverso il richiamo del secondo comma introdotto dal legislatore del 2006*”³⁷⁴.

La ricostruzione ermeneutica della Corte di Cassazione, in sintesi, sostiene che il legislatore del 2019, con l’inserimento dell’avverbio “sempre” nel comma 2, ha “rafforzato” la presunzione assoluta di proporzione - cosa poi si intenda con tale ‘rafforzamento’ non è dato saperlo -, e che poi con la frase “agisce sempre in stato di legittima difesa” - parole che, stranamente, non compaiono mai nella motivazione della sentenza - abbia esteso la *medesima presunzione di proporzione* di cui al comma 2 anche al comma 4. Ne deriva che anche alla nuova difesa domiciliare prevista dal quarto comma deve applicarsi l’interpretazione costituzionalmente orientata finora sostenuta in relazione al comma 2, fondata sulla necessaria sussistenza del pericolo attuale di un’offesa ingiusta e della necessità della reazione difensiva, intesa come non sostituibilità della stessa con condotte lecite o meno lesive.

Per quanto sia certamente encomiabile il perseguimento di un risultato interpretativo conforme a Costituzione, pare evidente che la giurisprudenza, con tale interpretazione, ha sostanzialmente riscritto il quarto comma dell’art. 52 c.p.. Tale disposizione, difatti, non accenna affatto a presunzioni del rapporto di proporzione, ma introduce palesemente una presunzione assoluta dell’intera scriminante della legittima difesa, ossia di tutti i suoi requisiti di cui al comma 1

³⁷⁴ Considerato in diritto, n. 5.1. Corsivo nostro.

dell'art. 52: le parole “agisce sempre in stato di legittima difesa” non potrebbero essere più chiare in tal senso³⁷⁵.

Com'è stato rilevato in dottrina, anzi, la volontà del legislatore era proprio quella di neutralizzare l'interpretazione costituzionalmente orientata mediante l'eliminazione del requisito della necessità difensiva, “in quanto con ogni probabilità il requisito della proporzione sarebbe stato recuperato in via interpretativa proprio attraverso il requisito della necessità di difendersi”³⁷⁶. Ma, a parte la questione relativa a quale sia stata la *voluntas legislatoris*, sembra che questa si sia tradotta chiaramente nel testo normativo, che preclude il recupero del requisito della necessità difensiva. L'interpretazione giurisprudenziale, dunque, si rivela essere un'*interpretatio abrogans*, contraria al principio ermeneutico della conservazione dei valori normativi: il nuovo quarto comma, così interpretato, non ha alcuna portata innovativa, non introduce nulla di nuovo nel sistema della legittima difesa, è sostanzialmente *tamquam non esset*³⁷⁷. Si tratta, quindi, di interpretazione, da un lato, contraria al principio della riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost., considerato che la Corte ha sostanzialmente riscritto il testo della disposizione, e, dall'altro lato, anche non funzionale a garantire la coerenza costituzionale del sistema: la declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe la strada più opportuna in tal senso, in quanto garantirebbe l'espunzione della norma dall'ordinamento una volta per tutte, con efficacia *erga omnes*.

4. L'eccesso incolpevole in caso di minorata difesa o di grave turbamento ex art 55, comma 2, c.p..

Altra disposizione di fondamentale importanza introdotta dal legislatore del 2019 è il nuovo comma 2 dell'art. 55 c.p., che afferma: “Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la **punibilità** è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto”.

Come rilevato in dottrina, si tratta di una norma di fondamentale rilevanza nel quadro della riforma della legittima difesa, sembrando il comma 4 dell'art. 52 c.p. destinato a un *tamquam non*

³⁷⁵ MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, cit., p. 2763.

³⁷⁶ BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 21.

³⁷⁷ PIVA D., *Contradictio in adiecto e tamquam non esset nella riforma della difesa legittima domiciliare: dai moniti della dottrina alle conferme della giurisprudenza*, in Arch. pen., 3/2020, p. 3.

eset nell'interpretazione giurisprudenziale³⁷⁸, e inoltre perché, con l'attribuzione di una efficacia scusante al turbamento soggettivo, essa “rappresenta un possibile avvicinamento all'ascolto virtuoso delle emozioni: quelle emozioni di cui la politica si fa scudo in chiave opportunistica, e che il pensiero giuridico può invece contribuire a tradurre, con intelligente distanza critica, in norme che si facciano carico della realistica esigibilità di condotte difensive”³⁷⁹.

Per quanto riguarda la natura giuridica della causa di non punibilità *de qua*, la dottrina è concorde nel qualificarla come scusante, fondata sulla inesigibilità di una condotta diversa, conforme alla pretesa normativa, da parte dell'agredito che si trovi a difendere la propria o altrui incolumità in stato di grave turbamento emotivo o in condizioni di minorata difesa³⁸⁰.

Procedendo con l'analisi dell'istituto, l'art. 55, comma 2, c.p. prevede che il soggetto debba aver “commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità”. Tale finalità difensiva, che presuppone sul piano obiettivo il concreto configurarsi di un pericolo attuale per tali beni, è in linea con la vecchia difesa domiciliare *ex art. 52, comma 2*, che alla lett. a) espressamente la prevede. Per quanto concerne, invece, la nuova difesa domiciliare *ex art. 52, comma 4*, la disposizione in analisi costituisce la prova che, anche nella dinamica della nuova scriminante, l'agredito agisce non solo per la difesa *del* domicilio, ma anche per la difesa di altri beni *nel* domicilio: nei precedenti paragrafi, si è proposta la distinzione tra un contesto dinamico-antecedente, ove l'agredito agisce per respingere un'intrusione attualmente in esecuzione con modalità violente o minacciose, e quindi per difendere non solo il domicilio, ma anche l'incolumità propria o altrui, interessata dalla violenza o dalla minaccia quali modalità esecutive dell'intrusione; e un contesto statico-successivo, che si configura una volta perfezionata la violazione di domicilio aggravata *ex art. 614, comma 4, c.p.*, ove, a nostro parere, deve pretendersi, ai fini dell'applicabilità della nuova legittima difesa domiciliare, che le condotte violente e/o minacciose, sebbene qualificate dal comma 4 quali modalità esecutive dell'intrusione, vengano proseguite anche all'interno dei luoghi tutelati, di modo che l'agredito non agisca mai per la sola difesa del

³⁷⁸ *Ibidem*; MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 3/2019, p. 38: “[...] è ragionevole prevedere che l'art. 2 possa essere l'unica disposizione della l. n. 36/2019 capace di apportare una concreta estensione dell'ambito di non punibilità delle reazioni difensive ad aggressioni domiciliari nel diritto vivente italiano”-

³⁷⁹ BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 57.

³⁸⁰ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 284; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 344; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 373; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 5; BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 58; MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 42; BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 22; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 9.

domicilio, ma anche per la difesa della propria o altrui incolumità contro cui si dirigono le violenze e le minacce di uso di armi.

L'art. 55, comma 2, c.p., inoltre, a differenza del primo comma, non fa alcun riferimento all'eccesso³⁸¹, ovvero al superamento dei limiti della legittima difesa domiciliare a proporzione presunta e a presunzione totale, cui si rinvia nell'*incipit*, né all'elemento soggettivo di tale eccesso. Che si tratti di ipotesi di eccesso in rapporto ai limiti delle suddette scriminanti lo si ricava, oltre che dall'inserimento della norma nell'art. 55 rubricato "eccesso colposo", dal rinvio alle stesse scriminanti di cui al secondo e quarto comma dell'art. 52 - "Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 52" - cui fa seguito la previsione della non punibilità: evidentemente, se le suddette cause di giustificazione si configurassero nel rispetto di tutti i loro presupposti applicativi, non vi sarebbe bisogno di una previsione di esclusione della punibilità, la quale, pertanto, sottintende il superamento dei limiti imposti da tali requisiti, pur sussistenti (a differenza dell'ipotesi di legittima difesa putativa *ex art 59, comma 4, c.p.*).

Come si è detto, l'art. 55, comma 2, c.p. non esplicita l'elemento soggettivo dell'eccesso, dal che si dovrebbe dedurre l'applicazione della causa di non punibilità, fondata sulla inesigibilità del comportamento lecito nelle circostanze indicate, anche in caso di eccesso doloso, essendo "astrattamente configurabile un eccesso difensivo doloso (seppur difficilmente potrebbe essere intenzionale, dunque si tratterebbe di dolo eventuale) dovuto ad uno stato emozionale astenico (quale tendenzialmente è il 'grave turbamento' di cui parla la norma italiana), ed a maggior ragione provocato da una condizione di minorata difesa di cui l'aggressore si approfitti (art. 61, n. 5 c.p.)"³⁸².

Tuttavia, a differenza della giurisprudenza e della dottrina tedesche, che ritengono estendibile la causa di non punibilità di cui al § 33 *StGB* anche alle ipotesi di eccesso doloso³⁸³, la dottrina italiana sembra concorde nel riferire la scusante *ex art. 55, comma 2, c.p.* esclusivamente alle ipotesi di eccesso colposo: in primo luogo, perché il riferimento all'eccesso è contenuto solo nel primo comma dell'art. 55 c.p., che parla espressamente di "eccedere colposamente i limiti fissati

³⁸¹ BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 23: "Con particolare riferimento alla scusante soggettiva, si deve osservare infatti come sia scomparso ogni riferimento all'eccesso, il cui richiamo sarebbe stato in contraddizione con le presunzioni, e quindi non sia richiesto un nesso tra l'eccesso e lo stato di grave turbamento (peraltro non definito: ansia, paura, panico?), facendo riferimento 'semplicemente' al fatto che la reazione difensiva sia accompagnata da tale stato"

³⁸² MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 42; GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, cit., p. 346: "La ratio che presiede al disposto forse suggerisce, o avrebbe dovuto suggerire, che del particolare stato d'animo di chi ricorre all'autotutela si dovrebbe aver conto anche qualora il superamento dei limiti dell'esimente fosse volontario, consapevole".

³⁸³ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 42.

dalla legge”, cui, pertanto, il comma 2 fa implicitamente rinvio; altro spunto argomentativo in tal senso, inoltre, è dato dalla mancata modifica, da parte della l. n. 36/2019, della rubrica, sebbene non vincolante, dell’art. 55 c.p. (eccesso colposo)³⁸⁴.

La dottrina qualifica, quindi, l’istituto *ex art 55, comma 2, c.p.* in termini di eccesso colposo incolpevole³⁸⁵, o non punibile³⁸⁶. A nostro parere, dovrebbe parlarsi di eccesso incolpevole *tout court*, in quanto, a fronte della misura oggettiva della colpa, ovvero la violazione della regola cautelare che ha cagionato il superamento dei limiti della scriminante³⁸⁷, il legislatore del 2019 ha tipizzato due circostanze (la condizione di minorata difesa e il grave turbamento), che incidono sulla misura soggettiva della colpa, rendendo inesigibile l’osservanza della regola cautelare nel caso concreto, e quindi incolpevole l’eccesso. Le condizioni di minorata difesa e di grave turbamento dovranno, dunque, essere accertate in concreto rispetto alla loro capacità di porre l’agredito in una condizione tale da limitarne in maniera determinante la libertà di scelta, in modo da escluderne la colpevolezza³⁸⁸.

Per quanto concerne la condizione di minorata difesa di cui all’art. 61, comma 1, n. 5 c.p. (“l’aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all’età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa”) si tratta di circostanze oggettive che si traducono “in una condizione di inferiorità nel fronteggiare l’aggressore a causa di caratteristiche fisiche o psichiche (es.: vecchiaia, esilità corporea ecc.), di condizioni di tempo (es. di totale oscurità), o di luogo (particolarmente isolato, o privo di vie d’uscita sicure)”³⁸⁹.

³⁸⁴ *Ibidem*; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 283; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 343; PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 126; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 5; GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, cit., p. 891.

³⁸⁵ RISICATO L., *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare* cit., p. 4; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 4.

³⁸⁶ BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 60.

³⁸⁷ In dottrina si propone la distinzione tra errore-motivo, ovvero l’erronea valutazione delle circostanze concrete, che induce l’agredito ad agire in maniera sproporzionata o non necessitata, volendo tale condotta, seppur nell’inconsapevolezza dell’eccesso (ipotesi tradizionalmente definita come colpa impropria); ed errore-inabilità, che invece conduce ad uno sconfinamento dei limiti della scriminante a causa di una errata esecuzione della reazione difensiva, pur correttamente valutata e calibrata, nel momento ideativo, rispetto alle circostanze concrete.

³⁸⁸ *Contra* GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 5: “Sembra senz’altro da escludere, d’altra parte, l’idea che l’impunità si fondi sull’*assenza di colpa*: non solo perché si tratta di un’ipotesi di eccesso, appunto, colposo, ma anche perché, come subito si dirà, il legislatore ha fatto salve in rapporto all’art. 55, co. 2 c.p., sul terreno civile, conseguenze risarcitorie che, secondo le regole generali (art. 2043 c.c.), presuppongono la colpa”. A nostro parere, invero, bisogna distinguere la struttura della colpa penale, che pretende l’esigibilità dell’osservanza della regola cautelare sotto il profilo della colpevolezza, e della colpa civile, incentrata invece solo sulla sola violazione della regola cautelare.

³⁸⁹ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell’eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 43.

Come pare evidente, il rinvio all'intera circostanza aggravante *ex art. 61, comma 1, n. 5, c.p.* è improprio, in quanto richiama la condotta di "approfittamento" delle suddette condizioni di minorità del soggetto passivo, che ovviamente è propria dell'aggressore e non dell'agredito, che la subisce: si sarebbe fatto, dunque, "meglio a menzionare queste condizioni alla lettera, mutuando i termini dell'art. 61 n. 5, ma eliminando ogni riferimento al valersi di queste condizioni, che non è dell'agredito ma dell'aggressore"³⁹⁰.

Secondo tale condivisibile orientamento, pertanto, sarebbe opportuno ignorare la sciatteria della tecnica normativa, e considerare il rinvio come limitato alle sole circostanze indicate nell'art. 61 n. 5, di modo che il giudice non dovrebbe accertare anche la condotta di "approfittamento" da parte dell'aggressore, ai fini dell'applicazione della scusante *de qua*³⁹¹. D'altra parte, il fatto dell'"aver profittato", se è rilevante per l'applicazione dell'aggravante al reato dell'aggressore, non lo è ai fini del riconoscimento della scusante *ex art. 55, comma 2, c.p.*, in quanto non sembra avere alcuna incidenza sull'esigibilità di una reazione non eccedente da parte dell'agredito.

Sono, invece, le suddette "circostanze di tempo, di luogo o di persona" che, rendendo la vittima più vulnerabile e maggiormente esposta ad aggressioni, possono in concreto rendere non esigibile dall'agredito una reazione difensiva conforme alla regola cautelare, e quindi contenuta nei limiti delle scriminanti *ex art. 52, commi 2 e 4, c.p.*. Secondo tale interpretazione, pertanto, il giudice dovrà accertare la sussistenza di "un nesso eziologico tra la situazione di minorata difesa e l'eccesso di difesa"³⁹²: il che significa la costruzione di un agente modello - nell'ambito dell'accertamento della dimensione soggettiva della colpa - rispetto al quale le suddette condizioni di minorata difesa (età senile o molto giovane, esilità corporea, aggressione nottetempo in villa isolata ecc.) devono essere prese in considerazione, per espressa precisione legislativa, al fine di escludere l'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte dell'agente concreto, e quindi l'evitabilità in concreto del fatto (ad es. di lesioni o di omicidio) cagionato dalla reazione eccedente.

³⁹⁰ GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, cit., p. 346; PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 124.

³⁹¹ In senso contrario CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 9: "Di nuovo però si imporrà il tanto temuto (dal legislatore) giudizio discrezionale da parte del magistrato, che dovrà valutare se ci sia stato un approfittamento dell'aggressore di condizioni, oggettive o soggettive, che abbiano effettivamente ostacolato l'azione difensiva e se ciò abbia determinato l'eccesso di difesa; solo in questo caso potrà escludersi la colpevolezza dell'agredito per il fatto illecito commesso"; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 4; MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 42; RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare* cit., p. 11.

³⁹² GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 4.

Il punto più problematico, riguardo alle condizioni di minorata difesa, è quello della sua distinzione rispetto al grave turbamento, cui l'art. 55, comma 2, c.p. fa riferimento quale versione alternativa della scusante: difatti, “è evidente, e comprensibile, la connessione logica tra il quadro fenomenico descritto nell'art. 61 n. 5 e lo stato di turbamento, e che potremmo in questo senso ricondurre a un rapporto di ‘causa-effetto’”³⁹³. In altri termini, le condizioni di vulnerabilità in cui versa l'agredito, descritte nell'art. 61 n. 5 c.p., si traducono generalmente in un turbamento/alterazione del proprio stato emotivo, che condiziona le libere possibilità di scelta della vittima, rendendo pertanto inesigibile la reazione difensiva non eccedente. “Sarebbe stato - dunque - più logico formulare il richiamo alle situazioni descritte nell'art. 61 n. 5 in termini *esplicativi*, quale cornice fattuale dello stato di turbamento: in questo senso la disposizione avrebbe potuto fornire ai giudici indici oggettivi per la valutazione dello stato di turbamento, con un'elencazione tipologica ‘a maglie larghe’, ma comunque tale da fornire delle prime coordinate”³⁹⁴.

Tuttavia, la congiunzione disgiuntiva “ovvero” nell'art. 52, comma 2, c.p. non permette una simile interpretazione, sicché le due ipotesi devono essere lette in termini alternativi: lo stato di minorata difesa può fondare la scusante, a prescindere dall'accertamento in concreto della concomitante sussistenza di un grave turbamento emotivo, e dunque in base a una sua rilevanza meramente oggettiva, che si concretizzi nel suddetto nesso eziologico con l'eccesso di difesa³⁹⁵. Ciò che ne deriva, a nostro parere, sarà una riduzione del concreto ambito applicativo della scusante fondata sulle condizioni di minorata difesa, essendo ragionevolmente prevedibile che queste saranno usate dal giudice quali indici sintomatici del grave turbamento emotivo³⁹⁶: d'altra parte, trattandosi di scusante, ciò che rileva non è tanto l'obiettiva condizione di vulnerabilità in cui l'agredito si trova a reagire, ma il suo effetto sullo stato emotivo della vittima, che determini un turbamento, una pressione psicologica tale, da incidere sulla esigibilità in concreto della condotta conforme alla regola cautelare.

³⁹³ BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 57.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ Negli stessi termini, FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 374: “In particolare, come si è fatto notare, vengono impropriamente equiparate una situazione oggettiva, vale a dire l'aver agito in presenza delle condizioni di cui all'art. 61, primo comma, n. 5 [...] e una condizione soggettiva consistente nello stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto. Se infatti è vero che trovarsi in una condizione di minorata difesa può più facilmente indurre uno stato di grave turbamento, la norma presenta i due presupposti in maniera disgiunta (inequivoco appare l'uso della disgiuntiva ‘ovvero’), per cui, nelle ipotesi previste, potrebbe bastare il fatto in sé di trovarsi oggettivamente in condizione di minorata difesa, anche se ciò non provoca alcun turbamento, per usufruire di una causa di non punibilità il cui fondamento dovrebbe invece essere riconducibile alla inesigibilità di una reazione contenuta nei limiti della giustificazione”

³⁹⁶ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 42.

Per quanto concerne, quindi “lo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto”, dottrina e giurisprudenza sottolineano la necessaria sussistenza, ai fini dell’applicazione della scusante, di un duplice nesso eziologico: a) il grave turbamento emotivo deve essere stato causato, per espressa previsione normativa, dalla “situazione di pericolo in atto” per la propria o altrui incolumità; b) l’eccesso difensivo dovrà, a sua volta, essere stato cagionato dal grave turbamento emotivo, il che “implica che la reazione eccessiva dovrà realizzarsi in un rapporto temporale di stretta concomitanza con l’asserito stato di alterazione emotiva. Ad esempio, tale legame sarebbe meno univoco se un soggetto, a fronte di un pericolo effettivamente sussistente e tale da indurre ragionevolmente un grave turbamento, mettesse in atto la propria azione in una fase successiva nella quale il pericolo, pur non essendo cessato, si è fatto meno incombente, e dunque dopo un lasso di tempo nel quale è plausibile che vi sia stato un affievolimento dello stato di panico”³⁹⁷.

Le perplessità suscitate da tale elemento della scusante sono, per lo più, relative alla vaghezza/indeterminatezza del concetto di turbamento emotivo, idoneo ad abbracciare situazioni alquanto eterogenee, che vanno dal disagio, alla paura, al panico, all’ansia ed anche alla collera, con un’infinita serie di sfaccettature intermedie; per di più, il problema dell’indeterminatezza sembra essere accresciuto dalla pretesa *gravità* del turbamento, quale soglia di rilevanza ai fini della scusante *de qua*; e, consequenzialmente, dalla difficoltà dell’accertamento dei fatti psichici, “rispetto ai quali un compiuto statuto probatorio è ben di là da venire”³⁹⁸.

Per quanto riguarda il primo profilo, ovvero l’esigenza di dare maggiore concretezza al concetto di grave turbamento, in dottrina si propone la distinzione tra “emozioni ‘asteniche’ (terrore, paura, panico ecc., riflettenti una condizione di fragilità/passività dell’individuo) ed emozioni ‘steniche’ (odio, desiderio di vendetta, ira, ecc., riflettenti una condizione di eccitazione/iperattività)”³⁹⁹. A differenza del § 33 StGB, il quale chiaramente esclude

³⁹⁷ BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 71; MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell’eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 45; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 4; in senso contrario, PIVA D., *Contradictio in adiecto e tamquam non esset nella riforma della difesa legittima domiciliare: dai moniti della dottrina alle conferme della giurisprudenza*, cit., p. 8: “Viene obliterato il rapporto di necessaria derivazione (e non di mera contestualizzazione) tra difesa e stato psicologico, posto che, testualmente, l’eccesso deve realizzarsi in (e non per o a causa del) grave turbamento psichico, facendosi riferimento al fatto che la reazione difensiva sia da esso semplicemente accompagnata: con potenziale compromissione, salvo adeguamenti sul piano ermeneutico, della *ratio* stessa dell’effetto scusante che risulterebbe altrimenti esteso ad ogni situazione di quel tipo, a prescindere dall’effettiva alterazione del procedimento motivazionale dell’agente”.

³⁹⁸ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 10: “Davvero singolare come nel contesto di una legge tutta protesa a vincolare il giudice, conculcandone la discrezionalità, uno dei punti qualificanti della riforma – il grave turbamento appunto – implichi nuovamente una delega in bianco dell’interprete, in assenza di fattori tipizzanti in grado di guidarne la definizione e l’accertamento”.

³⁹⁹ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell’eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., pp. 43 s.

la punibilità in caso di eccesso difensivo dovuto a “paura, spavento o confusione” e quindi a reazioni asteniche, il nostro art. 55, comma 2, c.p. utilizza il termine assolutamente indeterminato “turbamento”, per di più accompagnato dall’aggettivo “grave”, il che non fa che aumentare i problemi di indeterminatezza della norma, con conseguente ampliamento della discrezionalità giudiziale.

In analogia con il sistema tedesco, dunque, sembra opportuno circoscrivere il concetto di turbamento emotivo alle emozioni asteniche, per cui l’eccesso difensivo deve essere causato da uno stato emotivo - grave, ovvero intenso, quantitativamente significativo - di paura, prostrazione, fragilità, che abbia reso l’agredito incapace di valutare lucidamente le circostanze concrete dell’aggressione, rendendo pertanto inesigibile l’osservanza della regola cautelare e quindi la reazione non eccedente. Si escludono, in tal modo, dal concetto di grave turbamento le emozioni steniche di collera, odio, desiderio di vendetta, le quali, seppur causate da un pericolo attuale per la propria o altrui incolumità, darebbero all’eccesso difensivo incolpevole la fisionomia di una punizione/ritorsione: difatti, “chi spara in zone vitali dell’aggressore in preda ad uno stato collerico, quando sarebbe stato sufficiente sparare in zone non vitali, realizza tendenzialmente una condotta diretta a punire l’altro, più che a difendere se stesso”⁴⁰⁰.

Siffatta delimitazione del concetto di grave turbamento ci sembra sostenibile sul piano dell’interpretazione sia letterale, che teleologica della disposizione. Sotto il primo profilo, sebbene il termine “turbamento” sia vago e indeterminato, soccorre in aiuto l’altro elemento fondante la scusante *de qua*, ovvero le condizioni di minorata difesa, che denotano uno stato di particolare vulnerabilità e incapacità difensiva della vittima. Una lettura congiunta delle due situazioni, seppur nella consapevolezza della loro applicazione alternativa, fa emergere quella che è la causa unica della scusabilità della reazione eccessiva, ovvero la condizione di particolare fragilità in cui versa l’agredito, che determina l’inesigibilità dell’osservanza della regola cautelare: difatti, le condizioni di minorata difesa *ex art. 61 n. 5* e il grave turbamento emotivo devono essere letti come le due “facce”, una oggettiva e l’altra soggettiva, della medesima condizione di fragilità/vulnerabilità soverchiante in cui deve trovarsi l’agredito, ai fini dell’applicazione della scusante.

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 44; BACCO F., *Il “grave turbamento” nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 65: “[...] è stato suggerito di circoscrivere le ipotesi di turbamento scusante alle reazioni asteniche, formulando una proposta specifica la quale escluda la punibilità di colui che per ‘per terrore, grave turbamento o panico abbia ecceduto i limiti della difesa legittima’. Lo spunto è condivisibile sia per la più efficace resa sul piano della precisione, sia per il merito della scelta politica di fondo, mirata, plausibilmente, a escludere dal novero delle condotte scusabili azioni che, pur se realizzate in un contesto di aggressione, paiano esorbitare da una strategia di semplice difesa passiva: il senso teorico di un distinguo fra reazione stenica e astenica è quello di escludere dalla scusante le condotte di eccesso che assumano dinamiche di reazioni aggressivo-punitive, piuttosto che di un respingimento, pur violento, di un’aggressione”; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 5.

Precedentemente, si è visto come, in effetti, tra le condizioni di minorata difesa e il grave turbamento sia configurabile un nesso di causa-effetto, sebbene le due ipotesi siano previste come alternative.

Sempre da una lettura congiunta delle due ipotesi - e quindi del turbamento in connessione con le condizioni di minorata difesa -, emerge che la *ratio legis* è quella di escludere la colpevolezza di un aggredito, che, trovatosi in condizioni di particolare vulnerabilità e/o sopraffatto da stati emotivi di paura/ansia/fragilità, abbia ecceduto i limiti delle cause di giustificazione richiamate; non quella di scusare un aggredito che, accecato dalla collera, superi i limiti della legittima difesa. Inoltre, da questo punto di vista, mentre le emozioni asteniche sembrano più compatibili con un eccesso involontario, come quello di cui si discute, l'inserimento nel concetto di turbamento anche delle emozioni steniche aprirebbe la strada alla scusabilità di eccessi dolosi, almeno sotto il profilo del dolo eventuale.

Tuttavia, nella prospettiva di una visione più realistica delle possibili dinamiche di difesa da un'aggressione, è stato condivisibilmente rilevato che "difficilmente si potrà attestare la sussistenza di uno stato emotivo integralmente astenico, essendo invece più probabile che convergano altresì emozioni steniche, alternate o associate a componenti difficilmente qualificabili nell'uno o nell'altro senso"⁴⁰¹. Tale dottrina prospetta, dunque, la possibilità di accertamento, a partire dagli indizi che connotano obiettivamente il caso concreto "(tempo, luogo, caratteristiche di aggredito/i e aggressore/i, armi utilizzate e loro tempistica ecc...)"⁴⁰² di una concausalità di emozioni, caratterizzata però dalla prevalenza di stati emotivi di tipo astenico⁴⁰³.

Per quanto riguarda l'aggettivo "grave" - anch'esso foriero di incertezze e di aperture alla discrezionalità giudiziale -, questo dovrebbe indurre il giudice ad escludere quegli stati emotivi astenici che non abbiano assunto un'entità tale, da condizionare in maniera determinante la capacità individuale di osservanza della regola cautelare che impone il rispetto dei limiti della scriminante. Dall'altro lato, tuttavia, è bene sottolineare che il grave turbamento emotivo non deve raggiungere una soglia di compromissione psichica tale da escludere la capacità di intendere e di volere al

⁴⁰¹ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 44;.

⁴⁰² *Ibidem*,

⁴⁰³ *Ibidem*; BACCO F., *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 65: "È però evidente come tali categorizzazioni ben difficilmente trovino una piana e pacifica rispondenza nei fatti. La stessa distinzione tra emozioni steniche e asteniche appare ardua oltre che di difficile riscontro in situazioni in cui lo stato emotivo di un soggetto è probabilmente animato da entrambe le componenti. Il 'grave turbamento' non si identifica con un'emozione definita ma appare piuttosto come uno stato emotivo complesso dalle differenti sfaccettature, il quale sembra chiamare in gioco le cosiddette 'reazioni psicogene da stress', ossia forti alterazioni emotive causate da un evento particolarmente stressante per qualsiasi individuo (fatte salve eventuali differenze nell'intensità della risposta soggettiva), le quali si producono e si esauriscono in stretta concomitanza cronologica con l'evento emotigeno".

momento del fatto, essendo altrimenti esclusa la punibilità per non imputabilità dell'agente ai sensi dell'art. 85, comma 1, c.p..

Passando, dunque, alla fondamentale questione della prova del grave turbamento, problematica come la prova di tutti i fatti psichici, che sostanzialmente nascono e muoiono nel foro interiore dell'individuo, parte della dottrina⁴⁰⁴ indica come criterio-guida le considerazioni fatte dalla Corte Costituzionale, nella sent. n.172/2014, in merito all'accertamento del “perdurante e grave stato di ansia o di paura” e del “fondato timore per l'incolumità”, ovvero i due eventi psichici dei tre eventi alternativi del delitto di atti persecutori *ex art. 612-bis*, comma 1, c.p.. Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, per asserito contrasto con il principio di determinatezza *ex art 25*, comma 2, Cost., la Consulta afferma che “trattandosi di eventi che riguardano la sfera emotiva e psicologica, essi debbono essere accertati attraverso *un'accurata osservazione di segni e indizi comportamentali*, desumibili dal confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente, che denotino una apprezzabile destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima. A questo proposito, del resto, anche la giurisprudenza di legittimità (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione quinta penale, sentenza n. 14391 del 2012) ha precisato che la prova dello stato di ansia e di paura può e deve essere ancorata *ad elementi sintomatici che rivelino un reale turbamento psicologico*, ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente, nonché dalle condizioni soggettive della vittima, purché note all'agente, e come tali necessariamente rientranti nell'oggetto del dolo”⁴⁰⁵.

Tale orientamento, tuttavia, come pure rilevato da altra parte della dottrina⁴⁰⁶, non sembra condivisibile, considerate le differenze tra il “perdurante e grave stato di ansia o di paura” di cui all'art. 612-*bis*, comma 1, c.p. e il grave turbamento *ex art 55*, comma 2, c.p., sotto il profilo dei fatti che ne sono all'origine (condotte reiterate *vs.* intrusioni istantanee) e della durata degli stessi eventi psichici (perdurante l'uno, transitorio l'altro). Indicatore principale del “perdurante e grave stato d'ansia o di paura”, individuato dalla Consulta, è, difatti, il “confronto tra la situazione pregressa e quella conseguente alle condotte dell'agente”, che denoti “una apprezzabile

⁴⁰⁴ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 344; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit., p. 5; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 284; RISICATO L., *Le interferenze tra anti giuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, cit., p. 12.

⁴⁰⁵ Considerato in diritto, n. 5.

⁴⁰⁶ PIVA D., *Contradictio in adiecto e tamquam non esset nella riforma della difesa legittima domiciliare: dai moniti della dottrina alle conferme della giurisprudenza*, cit., p. 8.

destabilizzazione della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima". Tale accertamento può avere una certa efficacia euristica rispetto all'evento psichico dello *stalking*, ove ha senso, almeno in astratto, fare un confronto tra la situazione psicologica della vittima prima e dopo le minacce e le molestie dell'agente, proprio perché vengono in gioco condotte reiterate nel tempo idonee a mutare in senso peggiorativo e perdurante la condizione psicologica del soggetto passivo; rispetto al grave turbamento della scusante *de qua*, invece, il suddetto confronto perde di senso, perché l'alterazione psichica, causata dal singolo episodio di intrusione nel domicilio, ha carattere transitorio e deve sussistere al momento della reazione eccedente - collegata a questa da un nesso eziologico-temporale -, sicché "eventuali strascichi sull'equilibrio psicologico del soggetto (si pensi ad un eventuale disturbo da stress post-traumatico), anche ove clinicamente accertabili, non costituirebbero una prova dello stato di alterazione che *al momento della reazione difensiva* avrebbe provocato l'eccesso difensivo"⁴⁰⁷. In altri termini, nel caso di atti persecutori, il confronto tra la situazione psicologica della vittima precedente e successiva alle condotte reiterate dell'agente può avere efficacia probatoria, in quanto oggetto della prova è il peggioramento della condizione psichica della vittima (stato di ansia/paura), significativo e non transitorio; in relazione, invece, alla scusante *de qua*, tale confronto non mostra efficacia probatoria, in quanto diverso è l'oggetto della prova, consistente in una alterazione psichica grave e momentanea, necessariamente collocata temporalmente al momento della reazione difensiva, che non mostra nessun collegamento né con la condizione psicologica precedente dell'agredito - salvo che il turbamento sia riconducibile ad un vizio di mente totale o parziale, venendo qui ad applicarsi gli artt. 88 e 89 c.p.-, né con quella successiva all'intrusione - è ben possibile che un grave turbamento rilevante *ex art. 55, comma 2, c.p.* non incida sulla sua situazione psichica nel periodo successivo; così come, viceversa, è possibile che uno stress post-traumatico cagionato dall'aggressione non sia stato preceduto dal grave turbamento al momento della reazione difensiva.

Per l'accertamento del grave turbamento *ex art 55, comma 2, c.p.*, dunque, non rimane altro che convenire con quanto affermato dalla V Sez. della Corte di Cassazione nella sent. n. 14391/2012, espressamente richiamata dalla pronuncia della Corte Costituzionale sul reato di *stalking*, ossia che la "prova di un evento psichico, qual è il turbamento dell'equilibrio mentale di una persona, non può che essere ancorata *alla ricerca di fatti sintomatici del turbamento stesso*, atteso che non può diversamente scandagliarsi 'il foro interno' della persona offesa". È necessario, pertanto, ricercare fatti obiettivi ed esteriori sufficientemente rappresentativi di ciò che è accaduto

⁴⁰⁷ BACCO F., *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 66.

nel foro interno dell'agredito, ovvero il turbamento emotivo di gravità tale da rendere inesigibile l'osservanza della regola cautelare. Per far ciò, dunque, bisogna accertare le circostanze oggettive in cui è avvenuta l'aggressione - molte delle quali coincidenti con quelle indicate dall'art. 61 n. 5 per la condizione di minorata difesa della vittima -, quali, ad esempio, caratteristiche e numero degli aggressori (es.: più aggressori armati, dagli atteggiamenti palesemente tendenti alla violenza, drogati, ecc.), modalità dell'aggressione (es. sfondamento della vetrina di una tabaccheria con l'auto usata a mo' di ariete⁴⁰⁸), caratteristiche e situazione dell'agredito (es. persona anziana, cardiopatica, soggetto dal carattere pavido e facilmente tendente al panico, presenza in casa della famiglia, di figli e figlie, da cui la paura per la loro incolumità), circostanze di tempo e di luogo (ora notturna, scarsa visibilità, aggressione in una villa di campagna isolata o in un appartamento sito in quartiere malfamato); e infine lo stesso comportamento dell'agredito, che certamente può lasciare indizi esteriori su come egli ha vissuto lo stress causato dall'aggressione: in maniera controllata, riuscendo a gestire ansia e paura, addirittura in maniera fredda, oppure lasciandosi completamente travolgere dal terrore, e quindi in uno stato di compromissione psichica di tipo astenico.

Tuttavia, una volta accertato, sulla base dell'insieme dei suddetti indici esteriori, lo stato di grave turbamento che, sul piano empirico, ha effettivamente compromesso la condizione psichica dell'agredito, bisogna poi verificare, sul piano valutativo, se questo ha inciso sull'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare. Com'è ovvio, non da tutti i soggetti è esigibile allo stesso modo il dominio dei propri stati emotivi incidenti sulla capacità di osservanza della regola di diligenza. Nella prospettiva della misura soggettiva della colpa, dunque, bisognerà valutare l'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare, e quindi della difesa non eccedente, nonostante uno stato di grave turbamento emotivo si sia effettivamente verificato e sia stato accertato in base ai suddetti indici sintomatici: bisognerà, quindi, accertare l'esigibilità della gestione, del controllo della situazione di forte stress emotivo, che avrebbe permesso di non eccedere i limiti della scriminante⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ V. GATTA G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolò) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. contemp.*, 22 Ottobre 2018.

⁴⁰⁹ BACCO F., *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, cit., p. 69: "[...] va certamente escluso che si possa dare avallo a interpretazioni del tutto soggettivistiche. Il problema sarà in quale misura adottare un metro calibrato su un astratto modello di persona 'ragionevole', e in che misura dare rilievo alle peculiarità del soggetto che concretamente ha agito. Se da un lato l'assoluta individualizzazione del giudizio di responsabilità priverebbe la norma di efficacia selettiva portando a ritenere sussistente qualsiasi asserito turbamento, dall'altro lato l'applicazione di un metro puramente oggettivo rischierebbe di tramutarsi in una sorta di *interpretatio abrogans* del secondo comma dell'art. 55 c.p.: l'accertamento della responsabilità resterebbe ancorato alle traiettorie euristiche della colpa cui al primo comma dell'art. 55".

Per far ciò, è necessario ricorrere al parametro normativo-relativistico dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, ovvero un paradigma di agente modello, che non potrà essere connotato da tutte le caratteristiche e le competenze inferiori dell'agente concreto (superficialità, pavidità, impulsività ecc.), altrimenti si concluderebbe sempre nel senso della inesigibilità del comportamento lecito. Volendo esemplificare, si prenda il caso dell'aggressione nel domicilio di un poliziotto o di un militare: il giudizio di esigibilità deve essere condotto alla stregua del "militare-modello", quindi di un soggetto addestrato all'uso dell'arma e ad affrontare situazioni di forte stress emotivo. Nella costruzione di tale agente modello, invece, non potranno essere prese in considerazione caratteristiche inferiori appartenenti al solo agente concreto (pavidità, scarsa capacità di gestione dello stress emotivo, superficialità, impulsività, tendenza al facile uso dell'arma ecc.), ma solo quelle che appartengono e sono condivise dalla sotto-categoria dell'agente modello di riferimento (ad es., militare nelle prime fasi di addestramento, non ancora abile nell'uso dell'arma e nella gestione di situazioni di stress). Nella costruzione di tale agente modello, inoltre, potranno essere prese in considerazione le competenze superiori dell'agente concreto, in quanto necessarie per fronteggiare l'aggressione in atto (ad es. l'aver partecipato a diverse missioni, e quindi l'aver sviluppato particolari abilità difensive). Sulla base del parametro di un agente modello così costruito, dunque, dovrà svolgersi il giudizio di esigibilità dell'osservanza della regola cautelare: prendendo a paradigma un militare-modello, addestrato all'uso dell'arma e a fronteggiare aggressioni, dovrà concludersi per l'esigibilità della reazione difensiva non eccedente, e quindi per l'esigibilità della gestione/controllo del grave turbamento psichico, pur verificatosi in concreto. Ne deriva, pertanto, la colpevolezza/rimproverabilità dell'agente concreto, nonostante lo stato di grave turbamento, in quanto questo non ha determinato, sul piano valutativo, l'inesigibilità del comportamento lecito, che è la *ratio* della scusante.

Si prenda, invece, l'esempio opposto dell'aggressione nell'appartamento di una persona anziana, la quale, in preda al grave turbamento emotivo, reagisca in maniera eccedente - ad esempio, uccidendo l'aggressore, quando era possibile solo minacciarlo - con l'arma legittimamente detenuta. Anche in tal caso, bisognerà valutare l'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare in base al parametro di un agente modello, che sarà caratterizzato dalla inidoneità fisica (lentezza di riflessi e nei movimenti, debolezza ecc.) e psichica (vulnerabilità, tendenza a stati emotivi astenici) che appartiene non solo all'agente concreto, ma al modello dell'anziano che reagisce ad un'aggressione. Non è configurabile in questo caso una colpa per assunzione, ovvero per aver intrapreso un'attività per la quale si è consapevoli di non disporre delle necessarie capacità psico-fisiche, in quanto, come pare evidente, non vi è stata libera scelta dell'anziano, costretto a reagire

dall'aggressione. Alla stregua di un tale agente modello, dunque, si concluderà per l'inesigibilità della reazione non eccedente e quindi della gestione del grave turbamento emotivo, e dunque per la non colpevolezza.

In altri termini, il grave turbamento emotivo, quale fattispecie tipizzata di inesigibilità del comportamento lecito, deve, a nostro parere, non solo essere accertato sul piano empirico, ma anche considerato nella sua incidenza sulla valutazione di inesigibilità della reazione non eccedente, e quindi sulla valutazione di non colpevolezza; di modo che i nessi causali, ai fini dell'applicazione della scusante *de qua*, non sono due, come suggerito da una parte della dottrina, ma tre: 1) il nesso tra il pericolo attuale per la propria o altrui incolumità e il grave turbamento emotivo; 2) il nesso tra il grave turbamento e l'eccesso difensivo, da cui deriva anche la prossimità temporale del primo al secondo; 3) l'incidenza del grave turbamento sul giudizio di inesigibilità della reazione non eccedente, da valutarsi secondo il parametro dell'agente modello, non essendovi automatismo tra grave turbamento e inesigibilità/non colpevolezza.

Da quanto detto, emerge, infine, che in maniera contraddittoria rispetto a “una legge tutta protesa a vincolare il giudice, conculcandone la discrezionalità - almeno nei proclami politici -, uno dei punti qualificanti la riforma - il grave turbamento appunto - implichi nuovamente una delega in bianco all'interprete”⁴¹⁰, aprendo amplissimi spazi alle incertezze applicative e alla discrezionalità ondivaga della giurisprudenza.

4.1. Il difficile coordinamento con la legittima difesa a presunzione totale.

Un profilo indubbiamente problematico è quello relativo al coordinamento tra l'eccesso incolpevole *ex art 55, comma 2, c.p.* e le ipotesi di legittima difesa domiciliare di cui all'art. 52, commi 2 e 4, c.p.. Si evidenzia, difatti, la contraddittorietà reciproca tra la previsione di presunzioni assolute e la possibilità di eccesso, ovvero di superamento dei limiti delle scriminanti; “perché: 1) la legittima difesa domiciliare, se si intendono le presunzioni della *proporzione* (art. 52/2) e della *legittima difesa* (art. 52/4) come *presunzioni assolute*, esclude la configurabilità dell'eccesso *tout court*, richiedendo questo il travalicamento dei limiti della legittima difesa, inconcepibile se si postula l'esistenza di una difesa sempre legittima e, quindi, la non punibilità del fatto; 2) la previsione legislativa dell'eccesso nella legittima difesa domiciliare rende, a sua volta, inconcepibili siffatte presunzioni assolute, postulando il travalicamento, la fuoriuscita dalla legittima difesa ed

⁴¹⁰ CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 10.

essendo la non punibilità del fatto eccessivo esclusa soltanto dai fattori scusanti della minorata difesa e del grave turbamento⁴¹¹. Si innesca, in sostanza, un cortocircuito tra le due disposizioni, in forza del quale l'una esclude l'altra.

Ora, premettendo che le presunzioni di cui ai commi 2 e 4 dell'art. 52 c.p. devono intendersi come presunzioni assolute⁴¹², come si è visto, il problema interpretativo risiede nella individuazione della stessa possibilità di un eccesso nella scriminante, e quindi nella delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 55, comma 2, c.p..

Per quanto concerne il rapporto con la legittima difesa a proporzione presunta di cui al comma 2 dell'art. 52 c.p., il coordinamento con la scusante *de qua* sembra più agevole, in quanto può ipotizzarsi il travalicamento/eccesso, non in rapporto alla proporzione - data la presunzione *iuris et de iure* -, ma agli altri requisiti fondanti la scriminante secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata della giurisprudenza.

A tale riguardo, è ipotizzabile un eccesso intensivo di legittima difesa, che si configura, appunto, “nelle ipotesi di reazioni ad un pericolo sì attuale, ma contrastato in modo eccessivo rispetto a quanto consentito dai canoni della necessità e/o proporzionalità tra aggressione e reazione⁴¹³. Quest'ultima, tuttavia, non interessa, poiché presunta: rileva, invece, il superamento del limite della necessità difensiva, laddove l'agredito, a causa delle condizioni di minorata difesa o del grave turbamento emotivo cagionato dal pericolo attuale per l'incolumità, reagisce con la condotta difensiva più lesiva (es. uccidendo l'aggressore), nonostante fossero in concreto praticabili soluzioni difensive innocue o meno lesive (fuga, sparo di colpi in aria, uso dell'arma solo come minaccia, colpi che attingano parti del corpo non vitali), ma ugualmente idonee a respingere l'aggressione. Si tratta, in effetti, della tipica ipotesi in cui si è voluto, mediante la scusante *ex art. 55, comma 2, c.p.*, dare rilevanza agli stati emotivi dell'agredito idonei ad incidere sulla sua capacità di valutazione tempestiva delle dinamiche dell'aggressione e delle possibilità di difesa, in modo da escluderne la punibilità.

Per quanto riguarda, invece, il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, bisogna valutare la configurabilità del c.d. eccesso estensivo di legittima difesa, che si prospetta “nel caso in cui

⁴¹¹ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 284; FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 372; BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., pp. 22 s.; CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, cit., p. 11; GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento*, cit. p. 4; PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, cit., p. 125.

⁴¹² In senso contrario, come si è accennato, MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 284.

⁴¹³ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 34.

l'agredito ecceda i limiti temporali della legittima difesa, estrinsecando la propria reazione in un momento nel quale il pericolo di offesa non sia ancora attuale/imminente (eccesso estensivo anticipato / *vorzeitiger Exzess*), oppure sia già cessato (eccesso estensivo posticipato / *nachzeitiger Exzess*), a patto che la reazione avvenga nella immediatezza della cessazione"⁴¹⁴, altrimenti si perderebbe qualsiasi legame tra aggressione e reazione, la quale si configurerebbe come mera vendetta o atto di 'autogiustizia'.

La prima considerazione da fare è che, stando al testo dell'art. 55, comma 2, c.p., la scusante *de qua* non può operare in caso di eccesso estensivo dovuto a grave turbamento, dovendo questo derivare "dalla situazione di pericolo in atto": sicché, se l'agredito agisce in un momento in cui il pericolo non è ancora o non è più attuale, seppure tale azione sia stata indotta da un grave turbamento (soprattutto in caso di eccesso estensivo posticipato), la scusante in parola sembrerebbe non applicabile, poiché il grave turbamento non è causato da una situazione di pericolo in atto, ma da un pericolo futuro o cessato. La formulazione dell'art. 55, comma 2, c.p. rivela, pertanto, tale incompatibilità, a dire il vero irragionevole, tra l'eccesso estensivo e la scusante *de qua* dovuta a grave turbamento. E tale *impasse* non sembra, d'altra parte, facilmente aggirabile, nella misura in cui l'espressione "grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto" si ritenga non possa essere interpretata che come grave turbamento derivante dal pericolo attuale per l'incolumità propria o altrui: requisito, quest'ultimo, che viene a mancare in caso di eccesso estensivo.

Si dovrebbe, allora, interpretare l'espressione "situazione di pericolo in atto", non in senso restrittivo, di pericolo attuale per la propria o altrui incolumità, ma nel senso più ampio - cui rimanda il termine "situazione" - di contesto/vicenda in cui si attualizza un pericolo non solo per la propria o altrui incolumità - sebbene l'agredito debba agire al fine di difendere tali beni, i quali quindi devono essere stati interessati da un pericolo attuale -, ma anche per i beni patrimoniali e per l'invulnerabilità e la sicurezza del domicilio in generale: una situazione di pericolo così descritta risulta essere "in atto" anche se i ladri sono in procinto di darsi alla fuga, e in effetti finché non sono completamente usciti dai luoghi tutelati. Solo seguendo una tale esegesi, sembra possibile applicare la scusante *de qua* ad ipotesi in cui sembrerebbe irragionevole non applicarla: si può fare l'esempio di Tizio che, dopo aver messo i ladri in fuga sparando colpi in aria o semplicemente mostrando l'arma - quindi in un momento in cui non sussiste più il pericolo attuale per l'incolumità -, a causa di un incontrollabile stato di agitazione dovuto allo shock dell'aggressione appena sventata (grave turbamento derivante da un pericolo non più attuale per l'incolumità, ma da una situazione di

⁴¹⁴ *Ibidem*.

pericolo ancora in atto come sopra descritta), lasci cadere l'arma a terra, facendo partire un colpo che attinge uno degli aggressori alle spalle. L'interpretazione estensiva dell'espressione "situazione di pericolo in atto" consente di evitare una irragionevole impossibilità di applicazione della scusante *de qua* in una simile ipotesi di eccesso estensivo posticipato dovuto a grave turbamento.

Riguardo alla configurabilità dell'eccesso estensivo, occorre, inoltre, distinguere tra errore-motivo ed errore-inabilità all'origine dell'eccesso.

Non dovrebbero porsi problemi nell'applicazione della scusante, in caso di eccesso estensivo dovuto ad errore-inabilità, ovvero laddove l'agredito commetta, non un errore valutativo (e quindi si renda conto che il pericolo non è ancora o non è più attuale), ma un errore nella fase di esecuzione della sua reazione difensiva, il quale dovrà risultare scusabile secondo i parametri dell'art. 55, comma 2, c.p., e quindi dovrà essere cagionato dalle condizioni di minorata difesa o dal grave turbamento: l'esempio appena addotto di Tizio che lascia cadere l'arma a causa dello stato di tremore/agitazione cagionato dall'aggressione appena sventata rappresenta, in effetti, un'ipotesi di eccesso estensivo posticipato di legittima difesa dovuto ad errore-inabilità cagionato da grave turbamento.

Più problematica, invece, sembra la configurabilità dell'eccesso estensivo di legittima difesa in caso di errore-motivo, ovvero laddove l'agredito ecceda i limiti temporali della difesa legittima, agendo quando il pericolo non è ancora o non è più attuale (eccesso estensivo rispettivamente anticipato o posticipato), a causa di un errore di valutazione delle circostanze concrete, e quindi ritenendo erroneamente sussistente il pericolo attuale. Soprattutto in caso di reazione difensiva realizzata quando il pericolo è appena cessato, si registra una tendenza della giurisprudenza ad applicare non la disciplina dell'eccesso estensivo posticipato *ex art 55, comma 1, c.p.*, ma quella della legittima difesa putativa *ex art 59, comma 4, c.p.*, in quanto l'agredito ha agito nella erronea supposizione di un pericolo ancora attuale. Si prenda il c.d. caso Birolo, ove un tabaccaio con un'arma legittimamente detenuta spara ad uno dei ladri intento a darsi alla fuga, dopo che questi assieme ai suoi complici aveva sfondato la vetrina della tabaccheria, adiacente alla sua abitazione. In tale vicenda, sia la Corte d'Appello che la Corte di Cassazione assolvono il tabaccaio, non per eccesso estensivo incolpevole *ex art 55, comma 1, c.p.*, ma per legittima difesa putativa incolpevole *ex art 59, comma 4, c.p.*, poiché l'agredito aveva supposto l'attualità del pericolo (e quindi la necessità della difesa), in base ad un errore-motivo ritenuto incolpevole⁴¹⁵.

⁴¹⁵ GATTA G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, cit..

L'opzione ermeneutica a nostro parere preferibile, tuttavia, sarebbe quella di applicare la disciplina dell'eccesso estensivo - ora anche ai sensi dell'art. 55, comma 2, c.p. - nei casi in cui un pericolo attuale di offesa ingiusta si è concretamente verificato, anche se ormai è cessato, e l'agredito erroneamente lo valuta come ancora attuale; e circoscrivere l'istituto della legittima difesa putativa *ex art 59, comma 4, c.p.* alle ipotesi in cui un pericolo attuale di offesa ingiusta o non si è mai verificato, o non si è ancora verificato, con conseguente configurabilità del solo eccesso estensivo posticipato, e non anche anticipato, in caso di errore-motivo⁴¹⁶. Tale distinzione può avere rilevanza, non sotto il profilo sanzionatorio, ma in considerazione del fatto che la giurisprudenza è generalmente più incline a riconoscere un eccesso difensivo, ove l'imputato ha agito contro un aggressore, piuttosto che la legittima difesa putativa, ove, invece, l'imputato ha agito nei confronti di un terzo innocente.

Per quanto riguarda, invece, il problema della configurabilità dell'eccesso incolpevole *ex art. 55, comma 2, c.p.* rispetto alla legittima difesa totalmente presunta *ex art. 52, comma 4, c.p.*, si tratta di questione certo più problematica, che in definitiva dipende dall'interpretazione che si intende dare al nuovo comma 4.

Difatti, se si aderisce alla interpretazione costituzionalmente orientata proposta dalla giurisprudenza, *nulla quaestio*, in quanto si recuperano i requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità difensiva, rendendo essenzialmente il comma 4 un inutile doppione del comma 2, ma potendo in questo modo prospettarsi l'eccesso dei suddetti requisiti, negli stessi termini che abbiamo visto in relazione alla legittima difesa a proporzione presunta.

Se, al polo opposto, si legge, come fa parte della dottrina, la nuova legittima difesa domiciliare come una difesa del domicilio, ove ad essere presunta *iuris et de iure* è l'intera legittima difesa con tutti i suoi requisiti *ex art 52, comma 1, c.p.*, allora pare evidente la non configurabilità dell'eccesso incolpevole *ex art 55, comma 2, c.p.*. A tal riguardo, si è affermato che l'introduzione del comma 2 dell'art. 55 c.p. "sembra essere la spia della cattiva coscienza del legislatore, il quale, ben consapevole che le norme che prevedono le presunzioni di proporzione e della necessità di difendersi sono destinate alla illegittimità costituzionale, ha aggiunto una disposizione che, riferendosi alle stesse ipotesi, dà rilievo ad altri fattori, risultando destinata ad operare proprio nell'ipotesi in cui le presunzioni siano dichiarate costituzionalmente illegittime o comunque

⁴¹⁶ MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, cit., p. 41.

interpretativamente neutralizzate”⁴¹⁷. E in effetti sembra essere accaduto proprio questo: l’art. 55, comma 2, c.p. ha conquistato uno spazio di operatività, proprio grazie alla neutralizzazione in sede interpretativa della presunzione di cui al comma 4 dell’art. 52 c.p.. Con la conseguente configurazione di un legislatore non solo dolosamente simbolico, ovvero consapevole di introdurre norme destinate all’ineffettività, per soli motivi di consenso elettorale; ma *strategicamente* simbolico, ovvero un legislatore che prevede l’ineffettività per incompatibilità costituzionale delle norme che introduce, eppure le introduce ugualmente per non rinunciare al messaggio di zelo rassicurante da veicolare presso il pubblico, al contempo inserendo però altre disposizioni che permettano di raggiungere un qualche risultato, laddove la ineffettività delle prime, come previsto, si realizzi.

Se, infine, si aderisce all’interpretazione, per così dire, intermedia della nuova legittima difesa domiciliare, da noi proposta, secondo la quale, sia nel contesto dinamico-antecedente di un’intrusione in atto, sia nel contesto statico-successivo di un’intrusione già realizzata, l’agredito non agisce mai per la sola difesa del domicilio, ma sempre anche per la difesa della propria o altrui incolumità, interessate dalle violenze o dalla minaccia di uso di armi, allora è prospettabile un eccesso difensivo estensivo, ovvero una reazione difensiva posta in essere quando il pericolo di intrusione e/o per l’incolumità non è ancora o non è più attuale. A riguardo, si rimanda a quanto sopra detto in merito alla configurabilità di un eccesso estensivo dovuto a grave turbamento, e ai rapporti tra eccesso estensivo dovuto ad errore-motivo e legittima difesa putativa.

Non sarà, invece, configurabile un eccesso intensivo, ovvero per superamento del limite della necessità di difendersi, posto che, a nostro parere, il testo del nuovo quarto comma (“agisce sempre in stato di legittima difesa”) si oppone al recupero di tale requisito in ottica costituzionalmente orientata. Per tale motivo, come analizzato nei precedenti paragrafi, l’unica interpretazione restrittiva a nostro parere possibile senza stravolgere il testo della nuova disposizione, non è comunque utile a porla al riparo da censure di incostituzionalità.

⁴¹⁷ BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, cit., p. 23; ugualmente, FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 372: “L’impressione è che il legislatore, consapevole della possibilità, ancora tutta da verificare, che anche questa volta, così come avvenuto nel 2006, si sarebbe provato ad attivare gli anticorpi dell’interpretazione conforme, quanto meno per relativizzare i meccanismi presuntivi su cui si fondano le nuove norme, ha ‘prudentemente’ creato una ulteriore area di impunità per le vittime di aggressioni domiciliari, collegandola a presupposti dotati di una certa adattabilità al caso concreto”.

CONCLUSIONI

Il populismo penale, nel suo collegamento strutturale con il populismo politico, descrive l'attuale *milieu* socio-culturale in cui il diritto penale viene ad operare, come un contesto estremamente conflittuale, in cui ruolo centrale viene giocato dalle emozioni, dall'irrazionalità, dalle passioni punitive, dai desideri di rivalsa e di vendetta.

Sul piano del populismo politico, la vendetta della *plebs* che vuole costituirsi unico *populus* - la vendetta, dunque, di chi si considera, a torto o ragione, ultimo ed emarginato - si scaglia contro le *élite* politiche, considerate colpevoli del declino economico, sociale, morale, e soprattutto di essere sorde alle genuine istanze del "popolo puro". La carica collerica ed emotiva di tali istanze la si registra nello stile retorico dei leader populistici, nelle loro stesse rivendicazioni, che non contemplano soluzioni di compromesso, ma desiderano solo l'annientamento del nemico, di chi si ritiene responsabile dell'attuale deriva.

Sul piano del populismo penale, il desiderio di vendetta proviene dalle vittime, effettive e potenziali, anche loro unite nella costituzione di un popolo, il "popolo dei cittadini onesti", che scaglia i propri bisogni punitivi non solo contro il reo, ma contro l'*establishment* intellettuale (accademici, magistrati, avvocati), il quale, educato ai valori del garantismo penale, si sforza di arginare l'emotività populista, per riportarla in direzione della razionale contemplazione della complessità.

La paura come sentimento dominante la condizione post-moderna, e quindi l'insicurezza esistenziale generano emozioni steniche: collera, odio, desiderio di vendetta. È questo il sostrato passionale con cui il diritto penale è tenuto a fare i conti e non da poco tempo. Il punire come "passione contemporanea" dei consociati - prima che potere delle istituzioni - non può essere ignorato dalla dottrina, per il semplice motivo che ad esso, in un ordinamento democratico, il legislatore non riesce a rimanere sordo.

Nell'attuale scenario politico-sociale, dunque, il diritto penale, inteso come *summa* dei principi del garantismo costituzionale, non può essere concepito più solo come "limite invalicabile della politica criminale". In un contesto in cui i *leader* politici dialogano direttamente con la propria base elettorale, in assenza dei filtri razionalizzanti un tempo dati dai corpi intermedi (partiti, associazioni, sindacati...); in cui la politica ha rinunciato a governare, ovvero a coltivare ed attuare programmi di riforma sociale di ampio respiro, scegliendo la strada più proficua, in termini elettorali, dell'imbarazzante compiacimento delle richieste direttamente espresse dai consociati, e

raccolte in sondaggi sul *web* e sui *social media*; in un contesto in cui il legislatore, figlio di questa classe politica, attua opzioni di politica criminale demagogiche, in quanto dirette al soddisfacimento delle pretese punitive così come direttamente raccolte dal pubblico; ecco che in tale *milieu* socio-culturale, il garantismo costituzionale dovrebbe essere concepito, prima ancora che come limite invalicabile della politica criminale, come argine ai desideri puntivi della (o di parte della) popolazione, quindi come dispositivo operante non solo sul piano giuridico, ma anche e soprattutto su quello sociale e culturale.

Sembra, a conclusione della nostra indagine, indispensabile che i principi fondamentali del garantismo penale svolgano una funzione di educazione sociale presso la popolazione, che non sarebbe altro che una lezione di civiltà. Come visto nel corpo del presente lavoro, se tale funzione socio-pedagogica dei principi costituzionali non riesce ad attecchire presso la classe politica, prima, e presso la collettività, di seguito, il risultato continuerà ad essere la deriva verso un diritto penale inutilmente severo, meramente simbolico, che si allontana dal paradigma del fatto materiale e offensivo per approdare verso l'incriminazione dei modi di essere, degli stili di vita.

Nel presente lavoro si è sottolineata l'esistenza di un rapporto circolare tra la funzione di orientamento culturale dei principi costituzionali del diritto penale e la funzione general-preventiva positiva della pena: solo laddove i suddetti principi - offensività, sussidiarietà, effettività, proporzionalità, funzione rieducativa della pena... - sono in grado di penetrare - ovviamente, in una forma di consapevolezza laica, non specificamente tecnico-giuridica - nel tessuto culturale di un determinato contesto sociale, nello "spirito del popolo" di un determinato tempo, allora si produrrà una coscienza sociale portatrice di una domanda di pena emendata da quei tratti più marcatamente emotivi ed irrazionali solitamente collegati al fenomeno criminale; solo a partire da tale *input*, ovvero da una siffatta domanda di pena della collettività, si creeranno le precondizioni socio-culturali necessarie, in un ordinamento democratico, per una legislazione penale strumentale alla tutela di beni giuridici, "orientata alle conseguenze", nell'ambito della quale la funzione general-preventiva positiva della pena - anch'essa *lato sensu* simbolica, in quanto diretta alla comunicazione di giudizi di valore/disvalore presso la popolazione - rimanga sulla direttrice fondamentale della tutela di beni, senza degenerare nel mero simbolismo; e a sua volta, tale funzione di orientamento culturale della pena, rafforzando la coscienza sociale attorno ai valori espressi dai contenuti precettivi e consolidando la fiducia nel sistema penale, finisce per consentire e sostenere la suddetta funzione socio-pedagogica dei principi costituzionali fondanti l'ordinamento penale, nella dinamica di un rapporto circolare in cui ogni passaggio è indispensabile per la realizzazione di quello successivo.

Il suddetto rapporto circolare è alla base di ciò che abbiamo definito fisiologia populista, ovvero un contesto socio-culturale e politico-istituzionale in cui la conflittualità normalmente derivante dalla commissione di un reato - la frontiera dicotomica tra il “noi, popolo onesto” e gli “altri, delinquenti”, che solitamente origina dal reato, quale fatto sociale - viene ad essere mitigata e razionalizzata dalla suddetta funzione socio-culturale dei principi del garantismo costituzionale.

Nell'attuale deriva patologica del populismo penale, invece, a causa dell'intervento congiunto dei diversi mutamenti socio-culturali cui si è accennato - dalla perdita di fiducia nei partiti e nelle istituzioni, e dal discredito generalizzato nei confronti delle *élite* intellettuali e professionali, fino ai cambiamenti che hanno interessato la struttura dei *mass-media* -, la classe politica ha abdicato alla propria funzione di mediazione tra il popolo e il diritto - *rectius*, i principi fondanti l'ordinamento costituzionale -, che in passato è stata svolta dai partiti e da un ceto politico assolutamente diverso, che aveva preso parte alla formulazione stessa dei valori costituzionali. La conseguenza è stata la perdita della capacità di persuasione dei principi costituzionali presso la popolazione, e dunque l'interruzione del rapporto circolare sopra descritto: l'estraneità dei valori costituzionali rispetto alla coscienza sociale ha determinato il prodursi di una domanda sociale di pena fortemente emotiva ed irrazionale; tale richiesta collettiva di maggiore penalità ha finito per condizionare il legislatore demagogico-populista, con la conseguente degenerazione della funzione general-preventiva positiva della pena in una funzione meramente simbolica, che si limita alla stigmatizzazione degli autori, più che dei fatti, senza alcun riscontro sul piano della effettività e, dunque, della concreta tutela dei beni giuridico-penali.

Queste le dinamiche di fondo individuate al cuore del populismo politico-penale, e tali meccanismi, come precedentemente evidenziato, sembrano essere stati paradigmaticamente rappresentati nel dibattito socio-politico e nei risultati giuridici collegati alla duplice riforma del sistema della legittima difesa domiciliare (riforme del 2006 e del 2019).

L'ampliamento dell'ambito di operatività di tale scriminante - prima con la presunzione assoluta di proporzionalità e ora con la presunzione di legittima difesa *tout court* - deve essere letto, difatti, non, formalmente, come una restrizione dell'area del penalmente rilevante, ma, in un'ottica sostanziale, come vera e propria privatizzazione della pena - soprattutto, in riferimento al nuovo quarto comma dell'art. 52 c.p. -, e dunque come chiara espressione di un diritto penale massimo, che addirittura esorbita dai confini della natura pubblica della potestà punitiva, per disegnare dei limiti in cui è possibile un esercizio privato del potere punitivo.

L'art. 52, comma 4, c.p. - a prescindere dalle interpretazioni correttive formulate dalla giurisprudenza e tentate anche nel presente lavoro -, con le parole “agisce sempre in stato di

legittima difesa”, sembra indicare chiaramente l’*intentio legis* di delimitare uno spazio - quello della difesa del proprio domicilio o del luogo di lavoro - in cui l’agredito può reagire senza limiti, essendo presunti *iuris et dei iure* tutti i requisiti applicativi richiesti dal comma 1 dell’art 52 c.p.. L’art. 52, comma 4, rappresenta, dunque, il tentativo - non riuscito, in quanto neutralizzato dalla giurisprudenza - di ri-assegnazione della sovranità punitiva, normalmente delegata alle pubbliche istituzioni, in capo alla vittima, quale iconico simbolo del “popolo dei cittadini puri ed onesti”. E, così com’è svincolata da ogni requisito applicativo, *in primis* dalla proporzionalità, la pena privata consentita dal nuovo comma 4 assume la fisionomia della ritorsione, della vendetta, in cui il metro di misura è stabilito dalla sensibilità dell’agredito e del suo desiderio di ristabilire il senso di sé mortificato dal male subito.

La nuova legittima difesa domiciliare, dunque, racchiude in sé tutti i tre aspetti fondamentali del populismo penale: l’inasprimento a livello sociale della conflittualità vittima/reo (patologia populista), che induce addirittura alla rivendicazione di uno spazio per l’esercizio diretto e privato del potere punitivo-vendicativo da parte della vittima; il simbolismo, essendo stata tale riforma totalmente neutralizzata dall’interpretazione costituzionalmente orientata, e in sostanza abrogante, sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione - un simbolismo, peraltro doloso, ovvero voluto dal legislatore, che non poteva non prevedere tale esito interpretativo, nella prospettiva della funzione simbolica generale di conquista demagogica del consenso elettorale; infine, è possibile ricondurre la nuova scriminante alla categoria jakobsiana del *Feindstrafrecht* - a nostro parere, ammissibile solo su un piano descrittivo e non anche prescrittivo-normativo -, in quanto, una volta eliminati tutti i requisiti della legittima difesa comune *ex art. 52, comma 1, c.p.*, l’aggressore è lasciato in balia della violenza e del mero arbitrio dell’agredito, venendo in tal modo ad essere privato di ogni forma di tutela - e della stessa personalità giuridica, secondo la terminologia jakobsiana -, ridotto a mero oggetto per il soddisfacimento dei bisogni punitivi della vittima.

Bibliografia

AASSVE A., DANIELE G., LE MOGLIE M., *Never Forget the First Time: The Persistent Effects of Corruption and the Rise of Populism in Italy*, in www.ssrn.com, 6 Giugno 2019.

AMATI E., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *Discrimen*, 3 Giugno 2019.

AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2020.

AMODIO E., *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, Roma, 2019.

ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D. (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, Trento, 2015.

ANASTASIA S., *Materialità del simbolico. I depositi del populismo penale nel continuum penitenziario*, in ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D., *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, CEDAM, Trento, 2015.

ANDENAES J., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1953, pp. 265 ss..

ANDENAES J., *The general preventive effects of punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, n. 7, 1966, pp. 949 ss.

ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, in *Journal of Social Issues*, vol. 27, n. 2, 1971, pp. 17 ss..

ANDENAES J., *General prevention revisited: research and policy implications*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 66, n. 3, 1976, pp. 338 ss..

ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.

ANSELMI M., *Populismo e populismi*, in ANASTASIA S., ANSELMI M., FALCINELLI D. (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, Trento, 2015.

BACCO F., *Il "grave turbamento" nella legittima difesa. Una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, pp. 53 ss..

BALE T., STIJN VAN KESSEL, TAGGART P., *Thrown Around With Abandon? Popular Understandings of Populism as Conveyed by the Print Media: A UK case study*, in *Acta Politica*, Vol. 46 (2), pp. 111 ss..

BANDES S.A., *Victims, 'closure' and sociology of emotion*, in *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 208, 2008.

BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV. *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi teorico-giuridici, II*, Giuffrè, Milano, 1990.

BARATTA A., *Prefazione*, in MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995.

BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Meltemi, Milano, 2014.

BARKER V., *The politics of pain: A political institutionalist analysis for crime victims moral protests*, in *Law and Society Review*, 2008, Vol. 41, n. 3, pp. 619 ss..

BARR R., *Populists, Outsiders and Anti-Establishment Politics*, in *Party Politics*, Vol. 15 (1), 2009, pp. 29 ss..

BARTOLI R., *Verso la legittima offesa? Brevi considerazioni sulla riforma in itinere della legittima difesa*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 1, 2019, pp. 17 ss..

BAUMANN Z., *La società dell'incertezza*, Il Mulino, Bologna, 1999.

BETTIOL G., *Il problema penale*, Editrice Scientifica Triestina, Trieste, 1945.

BETZ H.G., *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*, Mamillan, Basingstoke England, 1994.

BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, in www.iris.unitn.it, Trento, 2018.

BOTTOMS A.E., *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in CLARKSON C., MORGAN R. (a cura di), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

BOWMAN G., *Constitutive Violence and the Nationalist Imaginary: The Making of "the People" in Palestine and "Former Yugoslavia"*, in PANIZZA F. (a cura di), *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso, London, 2005.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato in Noviss. Dig. it.*, UTET, Torino, 1973.

BRUNELLI D., *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2014, pp. 254 ss..

CADOPPI A., *La legittima difesa domiciliare (c.d. “sproporzionata” o “allargata”): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. e proc.*, 4/2006, pp. 434 ss..

CALISE M., MUSELLA F., *Il principe digitale*, Laterza, Roma-Bari, 2019.

CANCIO MELIÀ M., “*Diritto penale del nemico?*”, in DONINI M., PAPA M., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

CANOVAN M., *Populism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York e Londra, 1981.

CAVALIERE A., *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007.

CAVALIERE A., *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2018, pp. 125 ss..

Comunicato AIPDP, *La riforma della legittima difesa deve essere conforme ai principi costituzionali e sovranazionali e non può ingannare i cittadini. Nessuna riforma potrà impedire indagini e processi, che si svolgono anche quando si uccide il cane del vicino*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/le-proposte-di-riforma-della-legittima-difesa_24-07-2018.php.

CONSULICH F., *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.* in *Giur. Pen.*, n. 5 2019, pp. 1 ss..

DE FRANCESCO V., *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in CASTALDO A., DE FRANCESCO V., DEL TUFO M., MANACORDA S., MONACO L. (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

DE GIORGI A., *Introduzione all’edizione italiana*, in SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008.

DE MURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1654 ss..

Discorso del Santo Padre alla delegazione dell’Associazione internazionale di diritto penale in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 459 ss..

DONINI M., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, pp. 1652 ss..

DONINI M., *“Danno” e “Offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria delle “offense” di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1546 ss..

DONINI M., *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019.

DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi Editore, Modena, 2019.

DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema Penale*, 7 Settembre 2020.

DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Il Saggiatore, Milano, 2016.

EUSEBI L., *La “nuova” retribuzione. Sezione I. La pena retributiva e le teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 914 ss..

EUSEBI L., *La pena in crisi*, Morcelliana, Brescia, 1990.

FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Feltrinelli, Milano, 2018.

FERRAJOLI L. *Democrazie e paura*, in BOVERO M., PAZÉ V. (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Editori Laterza, Roma, 2010.

FERRAJOLI L., *L’abuso del diritto penale nella società della paura*, in MOCCIA S., CAVALIERE A. (a cura di), *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, pp. 79 ss..

FERRARIS A.O., *L’assedio della paura*, Editori riuniti, Roma, 1983.

FIANDACA G., *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.

FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss..

FIANDACA G. MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 23 ss.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.

FIORE S., *La cattiva novella dell’art. 52 c.p.*, in *Crit. Dir.*, 1-2-3-, 2006, pp. 57 ss..

FIORE C., FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, Utet, Milano, 2018.

FLORA G., *Brevi riflessioni sulla recente modifica dell'art. 52 c.p.: il messaggio mass mediatico ed il "vero" significato della norma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, pp. 461 ss..

FLORA G., *La difesa "è sempre legittima"?*, in *DisCrimen.it*, 2/2019.

FREEDEN M., *Ideology: A Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

FREEDEN M., *Is Nationalism a Distinct Ideology*, in *Political studies*, XLVI, 1998, pp. 748 ss..

GALLI C., *Diritto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi Editore, Bologna, 2007.

GALLO M., *La difesa è legittima? Sì, ma quando?*, in *Arch. pen.*, 2/2019, pp. 341 ss..

GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004.

GATTA G.L., *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. contemp.*, 22 Ottobre 2018.

GATTA G.L., *La nuova legittima difesa nel domicilio; un primo commento. Sul disegno di legge di "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", approvato definitivamente dal Senato il 28 marzo 2019*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 Aprile 2019.

GERMANI G., *Authoritarianism, Fascism and National Populism*, Transaction Book, Brunswick, 1978.

GIBBS J.P., *Crime, Punishment and deterrence*, in *The Southwestern Social Science Quarterly*, vol. 48, n. 4, 1968, pp. 515 ss..

GIDRON N., BONIKOWSKI B., *Varieties of Populism: Literature Review and Research Agenda*, in *Working Paper Series, Weatherhead Center for International Affairs*, n. 13-0004, 2013.

GROSSO C.F., *La difesa legittima dopo la L. 26 aprile 2019 n. 36*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2019, pp. 885 ss..

HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1986, pp. 417 ss..

HASSEMER W., *Perchè punire è necessario*, Il Mulino, Bologna, 2009.

HASSEMER W., *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?*, in STILE A.M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.

HERMET G., *Les populismes dans le monde*, Fayard, Paris, 2001.

INCISA DI CAMERANA L., Voce *Populismo*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N. e PASQUINO G. (diretto da), *Dizionario di politica*, III ed., Torino, 2004.

INSOLERA G., *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, dibattito AIPDP, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2016, pp. 32 ss..

INSOLERA G., *Il populismo penale*, in *Discrimen*, 13 Giugno 2019.

IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: its meaning and national characteristics*, Macmillan, New York, 1969.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico*, in DONINI M., PAPA M., (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni di giuridicità*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna, 2007.

JAKOBS G., *La pena statale. Significato e finalità*, trad. it. a cura di VALITUTTI D., Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

LACLAU E., *La ragione populista*, Laterza, Bari.

MACRAE D., *Populism as an ideology*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, Macmillan, New York, 1969.

MACRÌ F., *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 3/2019, pp. 26 ss..

MANCUSO A., *La legittima difesa domiciliare al primo vaglio della Cassazione: nihil sub sole novum?*, in *Giur. it.*, 12/2020, pp. 2757 ss..

MANES V., *Il diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, pp. 86 ss..

MANNA A., *La vittima del reato. "À la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci I*, Giuffrè, Milano, 2006.

- MANNHEIM K., *Ideologia e Utopia*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- MANTOVANI F. *Principio di offensività tra dogmatica e politica criminale*, in CANESTRARI S. (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 Maggio 1995)*, Giappichelli, Torino, 1998.
- MANTOVANI F., *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2006, pp. 432 ss..
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Milano, 2020.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, pp. 463 ss..
- MARINUCCI G., *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2021.
- MARX K., ENGELS F., *L'ideologia tedesca*, Bompiani, Milano, 2011.
- MATTEUCCI N., *Dal populismo al compromesso storico*, Edizioni della Voce, Roma, 1976.
- MEAD G.H., *La psicologia della giustizia punitiva*, in SANTORO E., *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Giuffrè, Milano, 1982.
- MILITELLO V., *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2006, pp. 826 ss..
- MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- MOCCIA S., *Laudatio del Prof. Claus Roxin*, in STILE A. M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.
- MUDDE C., *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition*, Vol 39 (4), London, 2004, pp. 541 ss..
- MUDDE C. *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MUDDE C., KALTWASSER C. R., *Populism in Europe and the Americas*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

- MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 80 ss..
- NEVITTE N., *The Decline of Deference: Canadian Value Change in Cross National Perspective*, Broadview Press, Peterborough, 1996.
- NEWBURN T., JONES, T., *Symbolic politics and penal populism: The long shadow of Willie Horton*, in *Crime, Media, Culture*, 1, 2005, pp. 72 ss..
- NOTARO D., *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Giappichelli, Torino, 2020.
- NOZICK R., *Philosophical explanations*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge Massachusetts, 1981.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1987.
- PAGLIARO A., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 447 ss..
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2008.
- PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2016.
- PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- PALAZZO F., *Testo della audizione alla Commissione giustizia del Senato della Repubblica*, 19 settembre 2019, in www.senato.it.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 430 ss..
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 849 ss..
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 465 ss..
- PALIERO C.E., *La legittima difesa territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) l. 13.2.2006 n. 59*, in *Leg. Pen.*, 1/2006, pp. 572 ss..
- PANIZZA F., *Introduction, Populism and the mirror of democracy*, in IDEM (a cura di), *Populism and the mirror of democracy*, Verso, London, 2005.
- PAVARINI M., *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci I*, Giuffrè, Milano, 2006.

- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1955.
- PEDRAZZI C., *Diritto penale. Scritti di parte generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2003.
- PELISSERO M., *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5/2019, pp. 106 ss..
- PIGLIARU A., *La vendetta barbaricina*, in DI LUCIA P., MANCINI L. (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Edizioni ETS, Pisa, 2015.
- PIVA D., *Contradictio in adiecto e tamquam non esset nella riforma della difesa legittima domiciliare: dai moniti della dottrina alle conferme della giurisprudenza*, in *Arch. pen.*, 3/2020.
- PRATS E.J., *Los peligros del populismo penal*, Finjus, Santo Domingo 2008.
- PRATT J., *Penal populism*, Routledge, New York, 2007.
- PRATT J, MIAO M., *Penale Populism: The End of Reson in The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No 2017-2*, pp. 1 ss..
- PUIG S. M., *Evoluzione politica e involuzione del diritto penale*, in STILE A. M. (a cura di), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011.
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985.
- PULITANÒ D., *Populismi e Penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss..
- PULITANÒ D., *Diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2015.
- PULITANÒ D., *Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 5 2019, pp. 205 ss..
- RISICATO L., *Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, in *Leg. pen.*, 28 giugno 2019.
- ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, pp. 413 ss..
- ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- ROUSSEAU J., *Il contratto sociale*, BUR Rizzoli, edizione digitale, 2011.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it a cura di MOCCIA S., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Parigi, 2005.

SARZOTTI C., *La cattura di Cesare Battisti e muta da caccia: “un giorno che difficilmente dimenticheremo”*, in *Questione Giustizia*, 1, 2019, pp. 104 ss..

SCODITTI E., *Populismo e diritto: un'introduzione*, in *Questione Giustizia* “Populismo e diritto”, n. 4, 2018, pp. 10 ss..

SGUBBI F., *Presentazione*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, Padova, 2006.

SGUBBI F., *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, Bologna, 2019.

SHILS E., *The Torment of Secrecy. The Background and the Consequences of American Security Policies*, Free Press, Glencoe, 1956.

SIMON J., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2008.

SOTIS C., *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, dibattito AIPDP, in www.dirittopenalecontemporaneo, 2016, pp. 14 ss..

STORTONI L., *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Crit. dir.*, 1994, pp. 14 ss..

STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in D'ORLANDO E., MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 Novembre 2008*, Giappichelli, Torino, 2009.

TARCHI M., *L'Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Il Mulino, Bologna, 2015.

TARCHI M., *Che cos'è il populismo*, in *Idem* (a cura di), *Anatomia del populismo*, Diana edizioni, Napoli, 2019.

TARGUIEFF P. A., *L'illusione populista*, Mondadori, Milano, 2003.

TEUN A. VAN DIJK, *Ideologie. Discorso e costruzione sociale del pregiudizio*, Carocci, Roma, 2004.

TREVES R., *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Einaudi, Torino, 2002.

TRIPODI A.F., *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, n. 1, 2019, pp. 263 ss..

VALITUTTI D., *Normativismo e funzionalismo penale. Saggio sulla teoria giuridica di Günther Jakobs*, Giappichelli, Torino, 2020.

VIGANÒ F., *Sulla "nuova" legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2006, pp. 189 ss..

VIOLANTE L., *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, pp. 197 ss..

VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1962.

WEBER M., *La scienza come professione*, Einaudi, Torino, 2004.

WESTERMARCK E., *L'essenza della vendetta*, in DI LUCIA P., MANCINI L. (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Edizioni ETS, Pisa, 2015.

WEYLAND P., *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin America Politics*, in *Comparative Politics*, Vol. 34 n. 1, 2001, pp. 1 ss..

WILES P., *A syndrome, not a doctrine*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: its meaning and National Characteristics*, Macmillan, New York, 1969.

WORSLEY P., *The Concept of Populism*, in IONESCU G., GELLNER E. (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Characteristics*, Macmillan, New York, 1969.

