

Sovranità e giustizia politica. Una lettura a partire dalla *Storia dell'intolleranza in Europa* di Italo Mereu

di Giulio Goria*

ABSTRACT

The History of Intolerance in Europe is the main work of Italian legal historian Italo Mereu. In this book, in addition to examine the criminal justice's and inquisitorial trial's procedures adopted by Roman Inquisition, Mereu focuses on the relationship between political sovereignty and political justice. From this point of view, state of exception, exceptional law and criminal law of the enemy are categories to understand which kind of anthropological and political relationship connects sovereignty and the expanded use of criminal justice.

— Contributo ricevuto su invito il 21/12/2018. Sottoposto a peer review, accettato il 20/01/2019.

I _ La morte come pena: una domanda genealogica

Si tratta del potere e la questione finisce per coinvolgere l'antropologia delle istituzioni sociali. Non è una scoperta dell'epoca contemporanea; alla base c'è l'idea che il legame dell'uomo con il mondo, la sua *apertura* al mondo, definisca non soltanto un paradigma antropologico, ma insieme un'istanza politica specifica. A suo modo lo sottolineava, peraltro accorgendosi di essere in buona compagnia, già Carl Schmitt, lì dove tracciava un'inscalfibile linea divisoria tra quelle costruzioni politico-giuridiche fatte a immagine di un uomo essenzialmente «cattivo e pericoloso» e quelle che

con molta più ingenuità presumono un uomo buono per natura¹. Ma, su questa strada, sarebbe facile pescare più indietro tra tutti quegli spiriti *trasimachei* che invitano a svelare la dimensione politica naturale dell'uomo in una volontà di potenza sempre sul punto di diventare aggressiva volontà di dominio, da Nietzsche a Hobbes naturalmente, fino a Trasimaco stesso.

Per tutti questi, l'asse fondamentale su cui ogni dottrina può ruotare è l'effettiva materia di cui la natura umana consiste. Non un banale elogio della violenza, piuttosto un bagno di *realismo* politico. Si può partire da questo terreno per trovare l'aggancio con l'itinerario di studioso e giurista di Italo Mereu; non tanto perché si ritrovi nelle

* Istituto Italiano per gli Studi Storici.

sue opere una cristallizzazione in punta di teoria del principio agonistico così caro a Schmitt, molto di più invece per il richiamo costante all'effettività storica come il modo reale in cui le leggi si istituzionalizzano. Il tasto su cui battono tutti i suoi scritti, particolarmente gli studi sul diritto penale, è sempre lo stesso, testimoniato dalle parole che introducono *La morte come pena*: il problema non è quello di prendere atto della «belluinità umana», ma cercare di capire «come l'istinto *omicida* è stato sublimato in istituto *giuridico*»². Uno sguardo, cioè, diretto al crinale su cui la violenza, usata da chi detiene il potere, si trasforma in diritto, e da impulso incontrollabile diventa forza legittima e calcolata, regolata da norme precise e sanzionata con una sentenza.

Questione classica, tipicamente teologico-politica, che per Mereu fa da sfondo agli studi sulla pena di morte, così come a quelli sul metodo inquisitorio del processo penale. C'è però un di più su cui può essere portato utilmente avanti il confronto con Schmitt, da cui peraltro Mereu è lontanissimo per molti aspetti. Perché, infatti, anche a differenza di Schmitt, l'attitudine *storica* in Mereu è del tutto prevalente. Sul tema specifico della pena capitale, prevale in lui la constatazione che poiché «la morte non sempre è stata usata come pena»³, anche presso quei popoli che in seguito così l'hanno adottata, allora si dovrà individuare come, quando e perché una tale sublimazione è avvenuta.

Per un paradosso che Mereu stesso evidenzia, questa angolazione impedisce che si proceda a fare semplicemente una storia della pena di morte, suggerendo invece che si guardi alla morte come pena. Lo sguardo da storico porta dunque a una domanda squisitamente *genealogica*, che guardi alla pena come a un *divenuto*, e cioè il prodotto di un divenire che nel tempo ha coinvolto coscienze, saperi e pratiche sociali.

C'è però una conseguenza più generale che deriva da queste affermazioni di Mereu e che rappresenta poi il contributo genealogico vero e proprio che se ne può trarre. Perché, infatti, se non c'è nessuna ragione per accettare l'uccisione giudiziaria come un fatto naturale, non c'è neanche alcuna ragione per assumere la bestialità umana dell'*homo homini lupus* come dato naturale presupposto. Non per il fatto che il terreno politico debba (chissà poi perché) essere depurato da ogni presenza della forza o della volontà di sopraffazione, ma per la ben più forte ragione che anche la presupposta natura agonica, o *polemica*, dell'uomo, anche quando rappresenti il quadro ultimo e definitivo dell'essenza umana come spesso sembra essere ad esempio per Schmitt, non potrebbe avere quel carattere d'esistenza se non per via della domanda sul fondamento che ne traccia la possibilità – domanda tipicamente metafisica che appunto di un fondamento, quale che sia la sua conformazione, sente l'esigenza di andare alla ricerca. Questa domanda però non è af-

fatto innocente o priva di precomprensioni. In altre parole, non è affatto naturale, ragione per cui non lo può essere neanche ciò che quella domanda istituisce.

Da questo punto di vista, invece, si può dire che Schmitt continui a condividere i termini della costruzione metafisico-politica platonica, in cui, a ben vedere, già la relazione amico-nemico era arretrata ad una naturalità selvaggia prepolitica e prefilosofica, per quanto da contenere con l'educazione e la visione del bene in sé. Senza dubbio, nel giurista tedesco manca la fondazione "etica" della politica, ma il campo da gioco rimane dominato dalle medesime figure, e soprattutto dal fatto che esso è il frutto di una trasposizione dell'elemento politico-agonistico entro una compagine di riferimento che si pretende naturale, ultima. Manca cioè in Schmitt il sospetto sul fatto che la pura relazione amico-nemico se ne possa stare lì a disposizione come fondamento dell'orizzonte sociale, immobile, anche prima che la domanda sul fondamento sorga. E dunque, a prescindere anche dal modo con cui verso quella risorsa fondazionale ci si dirige. Questo, che è l'accorgimento decisivo per ogni cominciamento genealogicamente impostato, è invece rinvenibile in Mereu e nella sua netta predilezione per le storie *che corrono in tempo* piuttosto che per quella *ideale eterna* raccontata dalla dottrina penalistica.

2 _ Italo Mereu e l'ideologia del diritto penale

E d'altra parte, è questo genere di questione che si muove neanche troppo sottotraccia dalla *Storia del diritto penale nel '500*, dove ne è indicato chiaramente il programma metodologico, fino alla *Storia dell'intolleranza in Europa* del 1979, l'opera di Mereu forse più compiuta e rilevante, che per ammissione dell'autore risulta non un libro di diritto, ma un saggio di storia. In realtà, quello che Mereu scrive negli anni Sessanta resterà una stella polare per tutta la produzione successiva. Il rifiuto della storia dogmatica, e cioè della riduzione del tempo a unità dogmatica, porta alla piena storicizzazione del diritto, farmaco contro la tentazione di guardare dall'alto della verità del presente verso gli errori del passato. Per stare solo alla materia penalistica, ciò comporta la dura polemica contro le ricostruzioni troppo facilmente progressiste, per le quali assunto il punto di rottura rappresentato dalla Rivoluzione francese, restava alle sue spalle soltanto un passato come ascensione faticosa, zeppa di occasioni perse ed errori attraverso i quali avvicinarsi al presente "illuminato" e veritiero, coincidente peraltro con il punto di vista dello storico. Non per caso, naturalmente, il volume sul diritto penale nel '500 si apre con un capitolo dedicato al *mito* della Rivoluzione francese, vale a dire l'ideologia della razionalità illuministica applicata sulla dottrina penalistica,

a cui si accompagna un nome e un cognome: Cesare Beccaria. La polemica storiografica per Mereu è la strada per aprire la questione *storica* vera e propria. «Non crediamo» – scrive nella *Storia del diritto penale nel '500* – «all'uomo tutto ragione, perché sappiamo che la storia dell'uomo non è un dato razionale ma un fatto con tutte le componenti (economiche, mistiche, irrazionali) che questa parola comporta»⁴. In queste parole, non c'è cedimento irrazionalistico alcuno, risuonano semmai, molto di più, le parole con cui Nietzsche nella *Genealogia della morale* svelava il corso pluralistico e non univoco che subiscono le forme storiche, il fatto che il loro senso sia costitutivamente ricco di futuro e quindi mai compiutamente definito e perfezionato una volta per tutte. Letto con questi occhi, comprendiamo il perché della predilezione di Mereu per una continuità che non è piatto continuismo, ma semmai attenzione verso gli usi polimorfi e plurisensi con cui si dispiegano determinati meccanismi istituzionali⁵. Nella *Storia dell'intolleranza*, sospetto e intolleranza, da semplici istituti di cui svelare la formula giuridica diventeranno gli strumenti di una tecnica che opera nel concreto della vita politica, sociale, religiosa, così come la storia del diritto diventa il modo con cui distinguere da un lato l'ideologia e il mito da realizzare, dall'altro l'effettiva applicazione del diritto.

Questo è il punto in cui si perfeziona anche la polemica contro la storia

“trionfante”: da iniziale interesse prevalentemente scientifico a pungolo verso chi ha finito per alienare diritto e storia, facendone due ambiti distinti, slegando i presupposti teorici dal diritto penale com'è, del quale, in buona sostanza, non si parla perché tanto è da superare con un perfetto disegno di riforma, sempre però ancora da venire. Fino a diventare, infine, tra il 1974 e il 1978, nella redazione della *Storia dell'intolleranza*, il terreno maturo su cui costruire quel «contrappunto ideologico contro la legislazione dell'emergenza» di quegli anni⁶.

L'emergenza che aveva in mente Mereu era naturalmente quella legata al terrorismo interno di matrice politica, alla cui minaccia la risposta penale dello Stato italiano giunse nel segno della lotta contro un nemico vero e proprio. A quella minaccia ne seguirono poi altre, che hanno fatto nascere l'etichetta di diritto penale dell'emergenza. Un'etichetta italiana a indicare però un fenomeno meno circoscritto, che riguarda più in generale l'uso dello strumento penale da parte dello Stato come strumento di lotta, così come diffusosi anche nelle democrazie più avanzate. Che tra emergenza, stato di eccezione e uso simbolico del diritto penale vi sia un perimetro comune, almeno in via potenziale, sia teorico sia effettivamente praticato in diversi ordinamenti è un'idea che nella letteratura odierna può basarsi su qualcosa di più che una felice ma solitaria intuizione. Grande è la mole di analisi penalistiche, criminologiche e

sociologiche sul tema, disposte a riconoscere che all'origine delle politiche emergenziali contemporanee vi sia l'esigenza di "governare la paura": paura verso i rischi legati alla criminalità più organizzata e alla sicurezza ambientale, sanitaria e, naturalmente, economica. E d'altra parte, è proprio Mereu ad aver insegnato che è ben possibile scavare dietro alle prestazioni normative del potere per scoprirci l'operare di forme di coscienza, istinti e manie corrispondenti. Perciò, al di là dei singoli fenomeni e della loro specificità, a quest'uso sembra che sia adoperabile un libro come la *Storia della intolleranza*, a chiedersi insomma se la forma di coscienza che incanala e veicola alcuni dei tratti più legati alla paura sociale diffusa e all'esigenza, altrettanto diffusa, di strumenti per la prevenzione del rischio, abbia una qualche influenza sul modo in cui una democrazia oggi comprende che cosa è per essa verità pubblica.

3 _ Sospetto e intolleranza come forme di coscienza

È presto detto quale sia il profilo del potere a cui nella *Storia dell'intolleranza* si riferisce l'intento demolitore di Mereu. Quello che nella costruzione dell'azione penale, opponendo violenza legale a violenza illegale, nasconde un germe insopprimibile di intolleranza, di sospetto, insomma di violenza "giustificata" da ragioni di ordine pubblico nei confron-

ti dell'accusato e del perseguito. Questa impalcatura delle istituzioni penali dell'Europa continentale nasce per Mereu con il metodo inquisitoriale, analizzato nei cento anni tra il 1542⁷ e il 1642, ma si protrae ben oltre i termini storici dell'Inquisizione, arrivando fino allo Stato liberale moderno e poi alla legislazione emergenziale delle democrazie contemporanee, Italia compresa.

Consenso o repressione; vale a dire, ottenere il consenso ed eliminare per vie legali l'opposizione, l'eresia e la devianza. Nella *Storia dell'intolleranza* è questa la formula che ci troviamo davanti quando studiamo i modi di operare della ragion di Stato delle istituzioni cattoliche. L'*aut-aut* è il prodotto effettivo di due istituti giuridici, gemelli dalla nascita, che per la verità secondo Mereu sono avvertibili e ben presenti lungo tutta la storia politica e giuridica europea.

Si tratta, per un verso, del *sospetto*, una «nevrosi ossessiva»⁸ fomentata dalla prevenzione e finalizzata alla punizione. In altre parole, una forma di coscienza che ha il suo corrispettivo giuridico nella *presunzione di colpevolezza* dell'accusato. Questo istituto, fatto a immagine della coscienza sospettosa, deriva da due fattori: da un lato, la difesa ad ogni costo di un bene a cui si crede in maniera assoluta; dall'altro, la volontà di punire qualcuno su cui non esiste altro che il semplice dubbio che possa essere origine o causa di comportamenti a quel bene contrari. Insomma, il sospetto, come

scrive Mereu, funziona come «il grimaldello nascosto nell'effettività penale e processuale»⁹.

Dall'altro lato del cordone demoniaco del processo penale, c'è la matrice da cui il sospetto deriva e si alimenta, vale a dire l'intolleranza istituzionalizzata. In quest'ottica, la Chiesa cattolica possiede tutti gli elementi ideologici per essere la prima istituzione a fondare l'azione penale sul sospetto: custode autentica della fede, tramite indispensabile per la vita beata, mediatrice fra Dio e l'uomo, sola interprete per mandato della parola divina, sola autorità con il compito di propagare e difendere la fede.

Per quanto riguarda, poi, la storia della disciplina penale, il punto di svolta è il passaggio dal rito accusatorio romano al vero e proprio sistema inquisitorio. Qui il giudice non è più interprete di giustizia tra accusatore ed accusato, ma veste i panni dell'accusatore e del giudice nello stesso tempo. La sua azione è espressione dell'autorità sovrana che tutto domina e controlla; il confronto dialettico tra le parti è sostituito con la sola *prudenza* del giudice. L'accusa non ha bisogno di prove o testimonianze, ma semmai di semplici indizi contro i quali l'imputato dovrà portare, lui sì, prove.

Ed è su questo terreno che si evidenzia il legame stretto tra scopo repressivo e scopo preventivo nei sofisticati marchingegni escogitati dalla nuova procedura penale di rito inquisitorio. Tra questi, innanzitutto, il diritto-dovere da parte

dell'autorità ecclesiale di sospettare per il bene della fede.

Mano a mano che viene istituzionalizzandosi nel Medioevo, con le decretali di Alessandro III e Lucio III, la presunzione di colpevolezza diventa anche uno strumento preventivo per il controllo dei possibili devianti. Dal punto di vista procedurale, scrive Mereu, il fatto nuovissimo è «l'inversione dell'onere della prova»¹⁰. Non sarà l'autorità a dover dimostrare l'esattezza del sospetto che ha dato inizio al procedimento, ma sarà dovere dell'imputato dimostrarne l'infondatezza.

Il percorso di istituzionalizzazione si compie con l'*Editto generale* di Urbano VII del 1623, con cui la denuncia dei devianti e dei diversi è resa obbligatoria per tutti. La scomunica diventa automatica per chiunque abbia trasgredito una determinata norma o precetto. Non serve più una sentenza di condanna.

Ciò comporta che ognuno sia costretto a *sospettarsi colpevole*, ad interrogarsi sulle proprie idee e le proprie amicizie. Il fedele che sappia, creda o soltanto dubiti di essere incorso in quella sanzione, dovrà presentarsi al confessore. Si tratta di un marchingegno abile e sottile per rendere parte attiva i credenti con la minaccia della sanzione. Quello che sembrava solo uno strumento di assoggettamento, diventa un modo di produzione della soggettività.

Il circolo tra il torturatore e il torturato, tra il pubblico ministero e il pentito che egli gestisce, ha per effetto la crea-

zione di tutto un mondo che è fondato su una sostanziale falsità. Il torturato, che aspira all'impunità o altri privilegi, cerca di adattarsi alla mentalità del torturatore. A sua volta il torturatore ha bisogno di questa adesione. Ne ha bisogno per la sua soddisfazione, per ottenere un'apparenza di giustizia, o perché deve potere scrivere nella sentenza che il condannato destinato al rogo è stato convinto di eresia.

Questo è il marchingegno che interessa a Mereu: come il sospetto possa funzionare come una potente macchina produttrice di consenso preventivo, oltre che di repressione. Lo specifico del potere non si afferra tanto nei termini della repressione, come una solida tradizione è solita indicare, ma soprattutto in quello che esso produce attraverso l'opera di selezione e di propulsione, di inibizione e di orientamento verso tutte quelle azioni che sono sottoposte alla sua influenza.

4 _ Sovranità e diritto penale di lotta: dall'antropologia alla politica

Per Mereu tutto questo discorso serve a svelare un senso assunto dalla forma penale abbastanza lontano da quell'immagine che solitamente la declina come strumento di tutela dei diversi beni giuridici. Troppo indeterminato questo primo fine di giustizia per risultare soddisfacente agli occhi dello storico, troppo

astratto e lontano dall'impiego di lotta del diritto penale *storico* in funzione della difesa e della pace sociale. La logica che per Mereu opera nel diritto inquisitorio, è quella del sospetto usato come strumento di stigmatizzazione: essere sospettato comporta essere un diverso, un quasi eretico, uno da escludere e da evitare, in altre parole un nemico pubblico. Il sospetto definisce ed esclude un avversario, fa di esso un nemico dell'ordine sociale e caratterizza un amico. Lo fa per giunta in una condizione emergenziale e, dunque, preventiva, senza bisogno di giudizi di merito.

E d'altra parte, ai penalisti contemporanei più attenti non sfugge che questo orizzonte politico-agonistico della risposta penale è una possibilità quasi connotata al campo delle pene¹¹. C'è insomma un diritto penale della colpevolezza, in parte erede di quello che una volta era il diritto penale della retribuzione, assimilabile entro categorie accettabili e addomesticate come tutela dei beni giuridici e come statuto delle garanzie, in particolare come garanzia dei consociati di fronte al potere dello Stato (la cosiddetta *Magna Charta* del reo). Ma poiché il diritto penale è un'arma, dovendo gestire la forza dello Stato, esso rischia di trasformarsi sempre in uno *strumento di lotta*. Perciò, accanto a quello anzidetto, esiste un diritto penale di lotta, che tutela, anziché i beni, i cittadini nei confronti dei nemici, e che prima di assestarsi in forme di giustizia (superiore a qualsiasi

litigante) ha l'urgenza di vincere una lotta, a difesa dello Stato, delle istituzioni e dei singoli, contro coloro che quella lotta hanno ingaggiato.

Anche la filosofia ha dimostrato di sapere guardare a questo fenomeno. Nella sua *Critica della violenza* scritta nel 1921, che altro non è che una critica di ogni potere giuridico e legale in chiave – è bene sottolinearlo – decisamente anti-anarchica, Walter Benjamin usava parole piuttosto nette riferendosi alla funzione conservativa della violenza legale¹². Il suo punto di partenza non era il diritto penale, ma la violenza necessaria a qualsiasi ordinamento positivo per conservare il proprio statuto sovrano. Non è indifferente, però, che se questo era il punto d'avvio, il campo delle pene era invece una delle forme in cui quella violenza era vista all'opera. Scriveva Benjamin che nel potere che conserva il diritto istituito come fine giuridico supremo era implicita una minaccia costante e difficilmente determinabile. Una minaccia, insomma, che non ha a che fare con l'intimidazione, la quale invece si porta sempre a un soggetto specifico e determinato. Aggiungeva però che il significato profondo di questa minaccia e della sua indeterminazione trova una luce maggiore nella pena di morte: è nell'esercizio del potere di vita e di morte che il diritto si conferma più che in ogni altro atto giuridico. La pena di morte, cioè, consente ogni volta la ripetizione della violenza originaria che ha istituito un determina-

to ordinamento positivo, ribadendo così che il possesso di quella violenza rimane nelle mani della stessa sovranità.

In questa chiave, infatti, è facile notare che il diritto penale assume un intrinseco valore *politico*, e proprio nel senso strettamente schmittiano, marcando cioè il grado di intensità a partire dal quale l'una o l'altra delle distinzioni sociali – religiose, economiche, culturali – prende la forma estrema dell'opposizione tra amico e nemico¹³. Non è di poco conto, poi, che Schmitt presentasse la questione *apertis verbis* con l'intento di demolire l'orientamento forse più diffuso in Europa negli anni subito successivi alla Prima guerra mondiale, e cioè il pluralismo politico. La sua accusa è nota: il pluralismo distrugge l'impalcatura stessa grazie alla quale fino ad allora Stato e società civile hanno abitato spazi irriducibili, a favore invece di uno schema fatto di raggruppamenti sociali che convivono indifferentemente l'uno accanto all'altro, tra i quali, con un suo specifico contenuto, trova spazio anche quello politico¹⁴. Senza entrare nel merito di questa polemica di Schmitt (e non solo sua in quegli anni), è sufficiente sottolineare il nodo essenziale del contrasto. Quello che il pluralismo politico e culturale mette in questione è l'omogeneità sostanziale del popolo, che per quanto non sia un'unità statica e definita una volta per tutte, resta per Schmitt il vero potenziale politico che la decisione sovrana aggancia e smuove. Senza una costruzione politica tecnicamente *decisiva*, e cioè che insieme

includa in vista di un popolo escludendo un'unità nemica, secondo Schmitt cade semplicemente lo schema costitutivo del politico europeo; non soltanto la cornice teorica che si ricava dai grandi trattati, ma la dimensione che ha garantito per secoli l'equilibrio tra potenze nel continente.

L'analisi di Mereu, da cui siamo partiti, fin da subito si rivolge alle forme di coscienza implicate dalle pratiche inquisitoriali istituzionali e processuali, dal sospetto alla presunzione di colpevolezza, quasi come se la sfera strettamente penalistica e criminologica trovasse un riscontro in una corrispettiva dimensione antropologica. Se questa è una preziosa intuizione di Mereu, cionondimeno resta un passaggio che lascia spazi di sviluppo. E infatti, se il processo inquisitoriale fotografa plasticamente una radice politica e agonistica che Mereu rivela insita, e potenzialmente mai del tutto sopita, nello strumento penale come tale, rimane da chiedersi poi questa forma del politico, decisa dall'opposizione tra amico e nemico, su quale intuizione della condizione umana si appoggi. Anche per chi potesse dubitare che un passaggio del genere, dal piano politico-istituzionale a quello antropologico, sia auspicabile oltre che lecito, sarebbe difficile prescindere dalla presa d'atto per cui la materia dei delitti e delle pene intrattiene rapporti di stretta contiguità con la dimensione comunitaria e identitaria di uno specifico gruppo sociale. A questo proposito, la nota tesi di Georg Jellinek,

secondo cui il diritto penale sarebbe lo specchio del «minimo etico» di ogni popolo in una certa fase storica, troverebbe fecondo complemento e prosecuzione nella psicologia della giustizia punitiva di Georg H. Mead¹⁵. Secondo il filosofo americano, infatti, il diritto penale funziona perfettamente, e prima di ogni impiego pragmatico di tutela, come marcatore di un perimetro di valori in vista della costruzione dell'appartenenza identitaria. Quale sarebbe allora lo sfondo antropologico entro cui anche la sovranità politica, e con essa lo strumento penale, prende senso?

Una possibile risposta potrebbe caratterizzare l'agire umano sulla base di una duplice spinta. Da un lato, l'uomo è per natura "formatore di mondo" – come ripete l'antropologia filosofica novecentesca –, custode cioè e realizzatore delle infinite possibilità simboliche del mondo; dall'altro lato, a questa istanza di apertura, si accompagna immancabilmente la necessità di delimitare quella risorsa potenziale entro una serie definita e delimitata di consuetudini e istituzioni, che producono le nicchie ambientali in cui quotidianamente l'uomo cerca sicurezza e protezione. In questo senso, l'abitudine verso ambienti conosciuti e ordinati, costituiti da possibilità attuali e condivise, ha l'effetto di relegare in secondo piano la potenzialità indefinita del mondo simbolico, al di fuori della quale però la cifra di possibilità ambientali resta incomprensibile. Secondo quest'ottica, l'uomo è propria-

mente il terreno di conflitto tra ambiente e mondo, tra determinato e indeterminato, tra esclusione e inclusione¹⁶. Questa lente di interpretazione ha il vantaggio di poter spiegare perché, soprattutto per quanto riguarda alcune specifiche forme reali di organizzazione della vita sociale (e il diritto e le istituzioni penali sono certamente tra queste), le opposizioni di lotta tra ordine e disordine, tra amico e nemico diventino particolarmente nette e frontali, con la conseguenza che quelle istituzioni siano storicamente investite dal compito di neutralizzare fino a espellere tutto ciò che viene considerato disordine, eresia, caos, contingenza.

5 _ Ancora sul diritto penale del nemico

Ha ragione, dunque, chi insiste sul fatto che la *Storia dell'intolleranza in Europa* fu pensato come contrappunto alla legislazione d'emergenza in materia di terrorismo¹⁷. Questo sguardo lungo sul presente si porta dietro una qualità non di poco conto. Leggendo oggi il libro di Mereu, è inevitabile infatti misurare la sua analisi delle istituzioni penali "dell'emergenza" con un occhio all'apparato concettuale ed effettivo di quello che oggi è meglio conosciuto come diritto penale del nemico, con la formula di Jakobs¹⁸. Dentro questa etichetta rientra una fenomenologia giuridica e criminale polimorfa, ibridata e talvolta confusa, ma in linea di massima circoscrittibile, almeno in linea teorica, come

una tendenza tornata in auge nelle svolte securitarie delle legislazioni di alcuni Paesi dopo l'11 settembre 2001, e rivolta alla neutralizzazione e al controllo della pericolosità dei nemici con una finalità preventivo-escludente¹⁹. La dicotomia fra cittadino e nemico costituisce l'impalcatura dell'impianto teorico, che serve a mettere in discussione la pretesa di incondizionatezza del principio universalistico secondo cui ciascun uomo ha diritto a essere trattato come persona. Al di là, però, dei diversi problemi che la categoria in questione pone alla scienza penalistica, è utile notare che il terreno su cui essa si muove è quello tipicamente legato alla sovranità, quello cioè delle condizioni di effettività dell'ordinamento. L'esigenza di un diritto penale del nemico deriva dalla considerazione che «la stabilizzazione delle aspettative di vigenza/effettività del diritto, assicurata in maniera controfattuale dalla reazione giuridica a violazione delle norme», non è più sufficiente²⁰. Non basta più la reazione dell'ordinamento alla violazione di una sua norma per garantire l'effettiva vigenza dello stesso; serve un elemento in più, e cioè che i consociati possano riconoscersi parte di un patto sociale che esclude chi invece non dia garanzie di sufficiente lealtà a quell'ordinamento. Verso coloro che sono irriducibili alla pena, inadatti ad avvertire il carattere reintegrante della pena, la risposta dello Stato sarà non tanto la sanzione legale tipica del diritto penale, quanto invece la punizione come atto di ostilità, di reazione.

Con questi occhi il concetto di diritto penale del nemico, pur non essendo una formula del diritto positivo, si dimostra però un concetto critico utile a comprendere perché gli ordinamenti abbiano bisogno di nemici e che tipo di comprensione offrano le categorie penali applicate a fenomeni storico-politico-sociali di ampia portata.

In questo senso, c'è stato chi autorevolmente ha rilevato che l'esperienza penalistica italiana conosce la figura del nemico, della "doppia prospettiva" da diverso tempo, almeno fin dall'Ottocento²¹. D'altra parte, nel capitolo finale della *Storia dell'intolleranza*, Mereu tiene uniti in un solo sguardo delitti politici e misure contro la criminalità organizzata, il brigantaggio e il banditismo. Fin dall'Ottocento – questo il punto centrale – compaiono le prime misure di prevenzione, al limite del diritto amministrativo di polizia, come stampella al diritto penale, proprio per contrastare forme di pericolosità sociale non collocabili dentro una prospettiva penale *tout court*²².

Tutto ciò per dire che la questione della sovranità non entra in gioco solo perché il tema della protezione dei diritti va sotto la rubrica del "diritto alla sicurezza"; c'è un motivo in più che traccia il filo rosso tra sovranità e diritto penale del nemico, anche quando si accetti che suo strumento privilegiato sia, più del diritto penale sostanziale, il processo nella sua dimensione bellica: ed è l'idea che l'identità politica si costruisce attraverso la decisione tra

comunità in conflitto²³. In questo senso, il sovrano, o il detentore della sovranità, è immagine e derivazione di una cultura, di una tradizione, di un minimo etico che tiene unito un patto sociale.

6 _ C'è bisogno di proteggere la democrazia?

A partire dal 1979, anno in cui usciva la *Storia dell'intolleranza*, tutto quello che può andare sotto la definizione di *populismo penale*, anzitutto l'idea del diritto penale orientato a obiettivi politici di tipo populistico, ha incrementato la spinta verso la *penalizzazione*, tanto che essa è diventata ormai agli occhi di molti un fenomeno caratteristico e qualificante il funzionamento delle democrazie contemporanee, a cui si associa, come causa o esito, un marcato squilibrio tra poteri tradizionalmente separati e bilanciati²⁴. C'è poi quello che è possibile vedervi in controluce, e cioè un modo per canalizzare ansie e paure di comunità sociali sempre più dipendenti dalla prevenzione di rischi che tutti potremmo prima o poi correre²⁵. Antoine Garapon, studioso e magistrato francese, ne ha offerto una chiave di lettura efficace, individuando dietro tutto questo intreccio di fenomeni politici, istituzionali e giuridici la comparsa di «un nuovo linguaggio attraverso cui le democrazie si proteggono: il diritto penale è la nuova chiave di comprensione dei rapporti sociali»²⁶.

Si capisce allora perché su questo terreno possa cambiare, e probabilmente cambi, anche la funzione della giustizia. Non più diretta a conciliare interessi solidali e antagonisti, neppure a trovare la giusta equivalenza tra un atto e la sua sanzione, ma a prevenire contro un rischio possibile. E contestualmente anche la decisione giudiziaria modifica i suoi tratti, definiti ben più che in passato tramite l'efficacia dimostrata dal controllo preventivo di legalità o direttamente tramite il controllo della virtù dei ceti dirigenti²⁷. Certo, non andrebbe sottovalutato il fatto che in linea di principio non esiste prevenzione possibile senza che sia presupposta una qualche capacità di modificare la realtà: si conosce e si previene perché si è intervenuti sul mondo, non il contrario. Sia come sia, il giudizio di Garapon sta però a dire che le democrazie sono prese, quanto se non più di altri regimi, dall'esigenza di proteggersi dal rischio, dall'imprevedibile e dal disordine; e cioè, anche i regimi democratici vivono pienamente dell'equilibrio tra quelle due istanze antropologiche già viste, da un lato la potenzialità del mondo simbolico dell'uomo e, dall'altro, l'inevitabile limitatezza delle sue nicchie ecologiche, che garantiscono una certa corrispondenza tra aspettative e reazioni di ciascuno.

Certo, sembra logico ritenere che questo equilibrio spontaneo, per usare una formula tipica di Hayek ma che ben si presta all'occasione, debba misurarsi con la condizione delle democrazie libera-

li contemporanee, destinate a vivere di presupposti che non possono garantire²⁸. Stando così le cose, allora, c'è da chiedersi se la sempre più diffusa promozione di politiche emergenziali non sia soltanto l'ultimo investimento della sovranità politica in un'epoca in cui si sono fatte tremendamente deboli le risorse da cui essa in passato attingeva la sua legittimazione. D'altra parte, nell'ottica di Böckenförde, dovrebbe essere proprio una fattispecie di coscienza nazionale a mantenere la società politicamente capace e pronta all'azione costituente, saturando quella carenza di premesse che lo Stato liberale secolarizzato non è in grado di garantire. Se così è, viene da pensare, perché non usare quel potente *marcatore di identità* che, secondo Mead, è la psicologia punitiva? Perché insomma non potrebbe essere il controllo penale lo strumento con cui attivare un minimo di coscienza etica nazionale?

Potremmo fare propendere anche Mereu verso questa opinione. Basterebbe seguire il filo rosso che egli traccia tra il «modello cattolico» delle istituzioni penali e le sue copie storiche successive, comprese quelle liberali, codicistiche e costituzionali²⁹. Quello che cambia, lungo il processo di secolarizzazione delle società moderne, è l'ideologia di riferimento: anziché per il bene della fede cattolica, la metodologia del sospetto è adottata per la difesa della proprietà, per il bene dello Stato o per la pace sociale. Quello che conta è che il diritto copra e

tuteli il desiderio di dominio di chi comanda. Gli *arcana imperii* diventano *arcana juris*: arcana è la volontà di potenza mascherata dietro alle formule e ai principi giuridici; è la durezza o l'eccezionalità della norma che si giustifica con «la tristizia dei tempi»; è l'arresto e la condanna immotivati per ordine del principe; è l'assassinio per ragion di Stato.

Al di là delle continuità rilevabili, quello che conta, però, ai nostri occhi, anche più delle specifiche politiche del sospetto, è la costruzione della verità che sta dietro queste politiche. La domanda, allora, sarà: c'è qualcosa in comune tra la prestazione di verità richiesta dalla logica della sovranità e quella invece messa in campo dalla logica penale?

7 _ Sovranità e giustizia politica

Politica e giustizia sembrano avere due codici diversi, fianco opposti: lotta, decisione, faziosità la prima; mediazione, equilibrio e imparzialità la seconda. Una pagina di Elias Canetti, però, approfondisce una contiguità antropologica ben più marcata di quanto si possa immaginare. Scrive Canetti in *Massa e potere* che il piacere di condannare e sentenziare, dividendo dunque la società in buoni e cattivi, si alimenta di una radice comune con la tendenza agonistica per eccellenza, quella di dividere l'universo sociale in amici e nemici così rendendo la massa amorfa un campo ordinato di gruppi in

lotta; discriminazione, questa, che è preliminare alla tendenza a formare parti in guerra. «Ma anche quando esso si svolge pacificamente, anche quando si limita ad esprimersi in una, due parole di sentenza, conserva presente in germe la tendenza ad amplificarsi in attiva e cruenta ostilità fra due mute»³⁰. Dalle parole di Canetti una sentenza: il processo vive della stessa conflittualità agonistica della guerra e, prima ancora, della lotta politica.

Certo, il processo di civilizzazione è quello che produce e ha prodotto spazi istituzionali di imparzialità e neutralità in grado di decostruire il conflitto; così come, pure, non è secondario che, lungo questo tragitto, cambi anche il rapporto tra discipline e metodologie come storia e diritto, e che la storia, dalla seconda metà del Novecento, abbia preso la strada di una sempre più decisa “tribunalizzazione”, vuoi per la generale tendenza verso la tutela giudiziale dei diritti, vuoi per la crisi di molti dei meccanismi di prevenzione e soluzione dei conflitti sociali alternativi al diritto³¹. Tutto questo non fa venire meno il senso della pagina di *Massa e potere*, piuttosto fa avanzare l'esigenza di tenere insieme il nodo politica-giustizia con quello della sovranità. E d'altra parte, è proprio Mereu a concludere la *Storia dell'intolleranza* con il processo a Galilei, esempio massimo del tentativo di usare il processo per “inventare” il nemico, dando a esso un volto concreto e immettendo così il conflitto dentro una dinamica reale, proprio ciò

che per Schmitt rende il politico la categoria delle categorie, il trascendentale puro che rende operativa ogni opposizione astratta. Si tratta di un esempio che spinge il legame tra giustizia e politica anche oltre i profili individuati da Otto Kirchheimer nel suo grande libro dedicato alla *Politische Justiz*³². Così, il processo eminentemente politico diventa quello intentato contro la potenza rivoluzionaria della parola scientifica, come secoli prima lo fu in casi *epocali* per quella filosofica e religiosa. Tutti e tre questi casi sono accomunati dal rappresentare la sfida a un potere che pretende di avere il controllo sociale, spartito tra ambito del sapere e delle normative. E allora, se la storia della giustizia politica è «la storia di processi intrapresi per criminalizzare ed eliminare l'avversario»³³ in competizione, bisogna comprenderne l'estrema versatilità, figlia diretta di un connubio, tra giustizia penale e politica, che Canetti, come visto, situava ben più in profondità della sua connotazione penal-populistica. Questa potrà evidenziare una sovrapposizione contemporanea particolarmente forte, che spinge in certi casi magari il controllo penale a servire come strumento per tentate palingenesi politico-sociali, ma oggi, se si guarda al progetto moderno dello Stato di diritto, il tema è il rischio che la tendenza alla giustizializzazione della politica si rovesci nella politicizzazione della giustizia. È difficile cioè rimuovere il fatto che ogni volta che si tratta di fare luce su vi-

cende politiche e sociali, il processo corre il rischio di distruggere l'argine delle garanzie. Questo è poi il terreno in cui naturalmente ottica repressiva e disapprovazione etica si intrecciano e si confondono. Questa è ciò che la lettura di Mereu rivela.

8 _ Democrazia e paradosso antropologico

Stando al giudizio di Garapon prima ricordato, è proprio con le parole con cui una democrazia parla di sé che misuriamo il punto di caduta della dilatazione della sfera di intervento del diritto penale (la *pénalisation*). Affermazione che vale un programma di ricerca, tanto più considerando l'ordine democratico, dove più che mai rimane viva l'esigenza di costruire un orizzonte con cui dare significato e verità ai rapporti storici, sociali e politici.

D'altra parte, non mancano gli esempi a dimostrare quanto sia difficile per ogni nuovo ordine appena instaurato rinunciare a politicizzare le forme di giustizia verso nemici *irrimediabilmente* sconfitti. Ce ne dà conto Salvatore Satta, aprendo *Il mistero del processo* con la rievocazione del tribunale rivoluzionario del settembre francese 1792. Ma non andrebbe tralasciata la memoria della nostra Repubblica, almeno in quel dibattito tra giuristi, ospitato sulla rivista «Il Ponte», sorto all'indomani dell'approvazione del decreto «Sanzioni contro il fascismo»

del 27 luglio 1944, che puniva retroattivamente il reato di “creazione del fascismo” con l’ergastolo e, nei casi più gravi, con la pena di morte³⁴. Alla convinta resistenza garantista di Arturo Carlo Jemolo, Piero Calamandrei rispondeva che le leggi contro il fascismo erano giustificabili, oltre che politicamente, anche dal punto di vista strettamente giuridico: quando senza l’intervento dello Stato la vendetta popolare dilagherebbe, diventa legittimo derogare anche al dogma dell’irretroattività della legge penale³⁵.

Che poi, in questi casi, si tratti di sentenze definitive di lotta e non di risolutive forme di giustizia, è il senso dell’affermazione che in quegli anni Schmitt vergava sui suoi diari, per cui: «una guerra civile può solo terminare con un’amnistia, non con le sentenze di una giustizia politica»³⁶. Non stupisce allora che, fin dall’esempio della democrazia ateniese, filosofi e storici si siano esercitati a evidenziare che lo spazio simbolico dove la contesa interna risulta sedata (in quel caso la rupe dell’Areopago, guarda caso il più antico tribunale della città) coincide con il luogo a partire da cui una comunità assume le forme tipiche della sua vita pubblica, dall’impegno in guerra con un nemico esterno a quello nel voto in assemblea. Naturalmente neanche le democrazie costituzionali possono fare a meno di questo luogo simbolico; la questione semmai è dove si regga l’istanza che consente loro di identificarsi, riconoscersi e proiettarsi nel futuro. Qual è, insomma, la sede privilegiata per pen-

sare, difendere ed espandere i principi costituzionali?

Il problema del rapporto tra costituzionalismo e sovranità alloggia tutto, in fondo, nella risposta a questa domanda; e la separazione tra l’uno e l’altra porta con sé la sfiducia, quasi programmatica, nel significato che l’opinione pubblica deve avere per lo sviluppo delle democrazie liberali³⁷. Qui mette radici l’impulso verso uno Stato giurisdizionalizzato, dove la verità e i valori, sottratti all’orientamento del consenso, sono affidati all’arbitrato delle decisioni dei giudici, senza che peraltro molto spesso venga posto, dove e come servirebbe, il tema del controllo del consenso. Ecco la ragione per cui non è peregrino chiedersi se e perché ad uno Stato liberal-democratico, per natura mosso alla ricerca degli spazi di legittimazione, risulti tutto sommato semplice coltivare il sogno che la crisi di fondamenti della politica possa risolversi tramite l’apporto dato da una giustizia separata dalla società. Una soluzione, a dir la verità, ispirata più che altro da una declinazione «medico-chirurgica del nesso costituzionale tra società e diritto»³⁸.

Diverso è invece ritenere che se c’è una sede privilegiata per pensare le istanze costituzionali, quella non può che essere lo spazio dove quelle istanze nascono e dove compaiono i soggetti che in una democrazia se le caricano sulle spalle per farle marciare in avanti. Quello spazio è la sfera pubblica, dove ha sede la sovranità popolare e dove si

costituisce il binomio tra verità e consenso, che difficilmente potrà essere sciolto senza impoverire, e di molto, il senso che ciascuno dei due termini possiede in un contesto democratico. Perché non sembra che separarli, autonomizzando ad esempio alcune verità giuridiche dalla decisione pubblica, comporti un arricchimento del pluralismo. Il regime democratico possiede almeno una duplice radice, una negativa ed una, non meno fondamentale, positiva. Da un lato, l'impedimento che la verità possa imporsi in maniera assoluta e autocratica sulle opinioni dei molti. E dall'altro, però, che i molti concorrano tutti e da sempre al pluralismo, e cioè che la verità sia il prodotto di tutti e di ciascuno.

Il paradosso di un'idea mite del pluralismo democratico, vocata naturalmente all'incontro e alla cooperazione ragionevole, è che difficilmente troverà nella politica democratica gli strumenti per comprendere il conflitto orientato alla conquista del potere, l'antagonismo in qualsiasi sua forma. Non li troverà nel dizionario della politica, e probabilmente non sarà in grado di prendere le misure a chi, occupando gli spazi di sovranità che si aprono, userà gli strumenti più contundenti ed escludenti, come la penalizzazione quale chiave per sciogliere e interpretare conflitti politici e sociali. Costoro faranno valere un modello in cui non bastano soltanto individui responsabili, ma servono colpevoli, un genere con prevalenza dell'esclusione

sociale rispetto alla riparazione, una logica che segmenta i fatti e li scompone da cause che sono invece presumibilmente molteplici ed eterogenee.

E invece, non è affatto detto che pluralismo e sovranità siano inconciliabili, come riteneva Schmitt e come, con fine opposto, ritengono coloro che vogliono espellere la sovranità dalla sfera democratica. Chantal Mouffe ha scritto che una politica democratica richiede che «le tracce del potere e dell'esclusione» siano portate in evidenza e rese visibili, così da entrare a far parte del terreno della contestazione e del conflitto³⁹. In quest'ottica la democrazia *inizia*, inizia veramente a essere, non quando espelle dalla sfera pubblica la traccia dell'esclusione e la logica amico-nemico, ma nel momento in cui comincia la lotta per la decisione pubblica contro l'esclusione, quando inizia il costante tentativo di avvicinare ciascun gruppo, ciascuna parte a quella porzione di sovranità che gli viene preclusa e tolta. La democrazia inizia nella misura in cui accoglie l'indeterminatezza nella forma della legge, la possibilità della contingenza all'interno dell'ordine. Se questo diventa il terreno su cui costruire forme organizzative democratiche, assume senso nuovo anche il paradosso antropologico che anima l'opposizione tra ordine e disordine e di cui l'uso del diritto penale di lotta costituisce una declinazione istituzionale.

_NOTE

1 _ C. SCHMITT, *Il concetto di «politico»*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, p. 97.

2 _ I. MEREU, *La morte come pena. Saggio sulla violenza legale*, Donzelli, Roma 2007, p. 7.

3 _ *Ibidem*.

4 _ I. MEREU, *Storia del diritto penale nel '500*, Morano, Napoli 1964, p. 32.

5 _ Il termine *continuità* è utilizzato giustamente in G. CAZZETTA, *Ricordo di Italo Mereu, «Ius 17: studi e materiali di diritto penale»*, Bologna 2011, p. 207.

6 _ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Bompiani, Milano 1979, p. VII.

7 _ Il 21 luglio 1542 è la data di emanazione della bolla papale *Licet ab initio*, documento con cui ha origine la congregazione cardinalizia destinata a occuparsi della questione dell'eresia in tutta la cristianità. Per una ricostruzione della vicenda rimandiamo ad A. PROSPERI, *I tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Einaudi, Torino 1996, pp. 38 sgg.

8 _ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Bompiani, cit., p. 13.

9 _ *Ivi*, p. 7.

10 _ *Ivi*, p. 138.

11 _ Per una approfondita e ampia ricerca su questi temi si veda soprattutto M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «Nemico»*, «Cassazione Penale», 1 (2006), pp. 736 sgg.

12 _ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in *Opere complete. Scritti 1906-1922*, a cura di R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser, Einaudi, Torino 2008, pp. 475 sgg.

13 _ Su questo si veda A. APOLLONIO, *Il "nemico" e il "partigiano". Le politiche penali odier-*

ne osservate attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt, «Diritto penale contemporaneo», 1 (2014), p. 154.

14 _ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 172-3.

15 _ Per quanto riguarda Jellinek il riferimento è *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (1908), mentre per Mead si veda *La psicologia della giustizia punitiva*, in *Carcere e società liberale*, a cura di E. Santoro, Giapichelli, Torino 2004, pp. 154 sgg.

16 _ Questa proposta è avanzata nel bel libro di M. DE CAROLIS, *Il paradosso antropologico. Nicchie, micromondi e dissociazione psichica*, Quodlibet, Macerata 2008, pp. 161 sgg.

17 _ Tra questi c'è Mauro Mellini, che vi accenna in una conversazione raccolta in G. VITIELLO, *Non giudicate! Conversazioni con i veterani del garantismo*, Liberilibri, Macerata 2012, p. 38. Ancora nel 1988, sul «Sole 24 Ore», Mereu scriveva che l'Italia era ancora «in pieno regime inquisitorio (...) tutti i partiti affermano il contrario ma è dalla caduta del fascismo che la musica non cambia»; parole non meno critiche e nette erano riservate nel 1990, dopo cioè l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, a chi aveva paura del nuovo rito; su queste polemiche si veda soprattutto I. MEREU, *La giusta ingiustizia. Saggio sulla violenza legale*, a cura di R. Boggiani, Biblioteca dell'immagine, Pordenone 1994, p. 38 e pp. 159 sgg.

18 _ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni di giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di di A. Gamberini e R. Orlandi, Monduzzi, Bologna 2007, pp. 109-130.

19 _ Per un'autorevole e penetrante esposizione della categoria si veda G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 182 sgg.

20 _ D. PULITANÒ, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 233.

21 _ Su questo P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, Jovene, Napoli 2001, pp. 24 sgg. e ancora il già citato G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 184 sgg.

22 _ A questo proposito, e guardando ad anni più recenti, Sergio Moccia fa notare che la caratteristica della lotta contro fenomeni emergenziali come sono stati o sono il terrorismo, la mafia, la criminalità organizzata, la corruzione istituzionale, è che si tratta di fenomeni strutturalmente permanenti al tempo del giudizio; si veda S. MOCCIA, *L'emergenza perenne. Tendenze autoritarie nel sistema penale*², Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, *passim*. Oltre a esigere la costruzione di fattispecie *ad hoc* altrettanto permanenti, questo fenomeno comporta che la legge applicata dal giudice guardi al presente, al futuro non meno che al passato; su questo Massimo Donini osserva: «se l'accertamento riguarda un'organizzazione criminale che perdura al tempo del processo, ma anche dopo la condanna e durante l'esecuzione della pena, il giudicante si sentirà sotto due fuochi, in conflitto tra due logiche contrapposte: la dimensione serena delle garanzie, da un lato; l'idea dello scopo e di lotta alla criminalità, dall'altro, come obiettivi congiunti dello strumento penalistico, che ha assorbito in sé,

ormai, anche funzioni di polizia: arma e diritto, lotta e garanzia sul limite emergenziale di stati di eccezione» (M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 136).

23 _ Quella sul processo come terreno privilegiato dal diritto penale del nemico è un'osservazione acuta contenuta in M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, cit., pp. 152 sgg.

24 _ L'espressione populismo penale è usata tra gli altri da D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, Paris 2005. La bibliografia sul fenomeno del crescente spazio occupato dal potere giudiziario nelle democrazie costituzionali è sterminata; almeno: C.N. TATE e T. VALLINDER, *The Global Expansion of judicial Power*, NY Press, New York 1994; M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bologna 1991; G. GUARNIERI, *Politica e magistratura in Italia*, Il Mulino, Bologna 1992; R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Harvard University Press, Cambridge 2010.

25 _ Tra questi si veda almeno l'analisi di G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo penale*, Mimesis, Milano-Udine 2014, pp. 97 sgg.

26 _ A. GARAPON e D. SALAS, *La repubblica penale*, Liberilibri, Macerata 1997, p. 10.

27 _ Su questo si veda A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari 1998, e anche A. GARAPON, *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, Cortina, Milano 2012, pp. 72 sgg.

28 _ Si tratta, come noto, del detto di E.W. BÖCKENFÖRDE, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, in Id., *Diritto e secolarizzazione*

ne: dallo Stato moderno all'Europa unita, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 53.

29 _ I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 447 sgg.

30 _ E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, Milano 1981, p. 360.

31 _ G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH, *La storia "giuridificata"*, in Id. (a cura di), *Riparare, riscrivere, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 16.

32 _ O. KIRCHHEIMER, *Giustizia politica*, a cura di R. Racinaro, Liberilibri, Macerata 2002, pp. 13 sgg.

33 _ P.P. PORTINARO, *Introduzione*, in A. De-mandt, *Processare il nemico. Da Socrate a Norimberga*, Einaudi, Torino 1996, p. XXI.

34 _ Il testo del decreto, corredato da una molto puntuale annotazione tecnica, si trova in E. BATTAGLINI, G. VASSALLI, *La nuova legislazione penale*, Giuffrè, Milano 1946-1951, Vol. I, pp. 126 sgg.

35 _ Sul problema giuridico della gestione penale del passaggio tra regime fascista e Repubblica si veda M. DONINI, *La gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIX (2009) 1, pp. 183 sgg.

36 _ C. SCHMITT, *Glossario*, trad. it. di P. Del Santo, Giuffrè, Milano 2001, p. 357; si tratta di un'annotazione del 14 luglio 1947.

37 _ Su questo tema, che ha ispirato una bibliografia davvero sterminata, si può considerare qui soltanto per l'affinità delle posizioni G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari 1997, pp. 93 sgg.

38 _ L'espressione è di M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena 2014, p. 55.

39 _ C. MOUFFE, *Deliberative democracy or agonistic pluralism?*, «Social research», 66 (1999) 3, pp. 754 sgg.