



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

Neoliberismo e politica criminale repressiva

di ANTONIO CAVALIERE

NEOLIBERISMO
E POLITICA CRIMINALE REPRESSIVA

di *Antonio Cavaliere*
Professore ordinario in Diritto penale
Università degli Studi di Napoli «Federico II»

ABSTRACT

ITA

L'involuzione dei sistemi penali contemporanei verso derive neoautoritarie – con l'erosione di principi fondamentali come quelli di legalità, *extrema ratio*, finalismo rieducativo – appare collegata al passaggio, sul piano politico generale, dal modello costituzionale dello stato sociale e democratico di diritto ad un modello globale di *governance* 'multi-livello' neoliberista, oligarchico-populistica e securitaria. A sua volta, tale mutamento politico-istituzionale appare collegato a quello dell'economia: la globalizzazione, supportata dal "fondamentalismo del mercato", rafforza il potere sovranazionale di enti economici sempre più concentrati. Il diritto penale risente di tali processi, accentuando il proprio carattere classista, reprimendo l'esercizio di libertà individuali ritenute disfunzionali all'ordine neoliberista, esasperando un'attitudine 'bellicista' in rapporto a gravi forme di criminalità e, in generale, dando luogo ad un ampliamento dell'area di intervento, compensato solo in parte dall'incremento delle ipotesi di selettività discrezionale in concreto.

EN

There is a connection between the violation of fundamental principles in the contemporary criminal justice systems and the general political change. It is a change from the constitutional model of the democratic welfare State of law towards a model of global governance based on economical neo-liberalism, oligarchic populism and securitarianism.

This political change appears to be connected with the economic evolution: the globalisation oriented to the “market fundamentalism” increases the supranational power of growingly concentrated economic organisations. Criminal law is influenced by this evolution. Its classism arises; the exercise of fundamental individual liberties is subjected to criminal sanctions if considered ‘dysfunctional’ to the new economical and political order; the contrast of serious criminal conducts is declined in terms of “war”. The hypertrophy of criminal law is out of control, only partially compensated by new possibilities of discretionary selection by the enforcement agencies.

NEOLIBERISMO E POLITICA CRIMINALE REPRESSIVA

di Antonio Cavaliere

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Il diritto penale massimo e i suoi nessi con una politica globale neoliberista*; 2.1. *Diritto penale classista*; 2.2. *Capitalismo vs. liberalismo*; 2.3. *Il risvolto bellicista dell'ideologia neoliberista e la war on terrorism*; 3. *Il contributo della diversione discrezionale al diritto penale massimo ed alla sua selettività*; 4. *Prospettive?*

1. Premessa

In *En busca de las penas perdidas*, E. Raùl Zaffaroni accosta lo studio del sistema penale da diverse prospettive locali alla leggenda di quei ciechi che, posti davanti ad un pachiderma e richiesti di descriverlo, rispondano formulando ciascuno un'ipotesi diversa, a seconda delle parti che ne hanno toccato¹. Nel presente lavoro mi propongo proprio di formulare un'ipotesi sicuramente condizionata da una prospettiva locale e limitata al diritto penale sostanziale, e di riflettere sulle relative implicazioni.

Nella dottrina italiana, ma anche di altri Paesi, in particolare europei ed americani, viene diffusamente lamentata l'involuzione postmoderna dei sistemi penali contemporanei verso derive neoautoritarie. Si registra, in particolare, l'erosione di principi fondamentali come quelli di legalità, offensività ed *extrema ratio*; sul piano della funzione della pena, si assiste a tendenze verso un declino del finalismo rieducativo.

A mio avviso, un tale fenomeno costituisce una delle forme di manifestazione del passaggio, sul piano politico generale, dal modello costituzionale – di derivazione europea continentale – dello stato sociale e democratico di diritto ad un modello globale che definirei di *governance* 'multilivello' neoliberista, oligarchico-populistica e securitaria. Confrontando punto per punto tali modelli, allo Stato si sostituisce il governo multilivello; al carattere sociale quello neoliberista,

¹ E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, trad. it., Napoli, 1994, p. 185.

o, come vedremo, asseritamente tale; alla democrazia un'oligarchia che si avvale del populismo, temperata da un limitato 'governo dei giudici'; al diritto il securitarismo.

A sua volta, un tale mutamento politico-istituzionale appare collegato a quello dell'economia. Com'è noto, il processo capitalistico di globalizzazione, descritto, ai suoi albori, già da Marx ed Engels, e supportato, attualmente, dall'ideologia neoliberista o del "fondamentalismo del mercato", come lo definisce Stiglitz², rafforza il potere sovranazionale di enti economici sempre più concentrati, privati o pubblici; relativamente a questi ultimi, si pensi a quei macrostati economicamente e militarmente potenti, non insovente connotati in senso autoritario, sebbene con 'economia di mercato'.

Quegli enti e le loro articolazioni sono in grado di dirigere i processi politici attraverso il controllo dei mezzi di comunicazione di massa, che svolgono un ruolo decisivo, sia nei sistemi autoritari sia nelle democrazie, nella formazione del consenso, anche in rapporto alla materia penale³.

Sul piano istituzionale, a ciò corrisponde un mutamento del sistema delle fonti, percepibile anche nel sistema penale: risoluzioni o convenzioni internazionali vincolano a livello globale le politiche, anche quelle criminali – si pensi solo alla *war on drugs* e alla *war on terrorism* –; ad esse si orientano le decisioni istituzionali degli organismi regionali – ad es. Unione europea, Consiglio d'Europa – che a loro volta impongono obblighi di tutela penale agli Stati. Per altro verso, quegli atti fissano a livello sovranazionale la soglia del cosiddetto rischio consentito in materia di tutela, ad esempio, dell'ambiente, della salute pubblica in rapporto agli alimenti, della protezione dei dati personali, e così via, in modo tale da incidere sull'allocazione del rischio penale⁴: condotte pericolose per beni giuridici individuali o collettivi vengono definite come lecite, se conformi alla normativa europea im-

² J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it., Torino, 2002, p. 34 e *passim*.

³ L. WACQUANT, *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona, 2013, p. 108 ss.; ID., *Les prisons de la misère*, nouvelle éd., Paris, 2015, p. 7 ss. pone in evidenza anche il ruolo dei cosiddetti *think-tank* – come, ad esempio, il *Manhattan Institute* – nella diffusione internazionale delle ideologie punitive.

⁴ Sul punto, è d'obbligo il riferimento al magistrale saggio di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, *passim*.

plicitamente richiamata dalla norma incriminatrice – si pensi ad es. ai fatti colposi o al criterio di imputazione oggettiva del rischio consentito – o applicabile quale scriminante.

Tutto ciò comporta, evidentemente, una crisi della riserva di legge e, più in generale, della legalità penale, e contribuisce non poco alla tendenza verso un diritto penale massimo – che è ciò che qui più interessa – ma anche alla selettività del sistema penale: sia nel senso della creazione di spazi di non punibilità (o “non contenuto”) imposti dai poteri economici, sia nel senso della creazione di possibilità di *diversion* discrezionale, che rischiano di discriminare ulteriormente i soggetti più vulnerabili.

2. Il diritto penale massimo e i suoi nessi con una politica globale neoliberalista

L’ipotesi che intendo prospettare è quella secondo cui l’espansione del diritto penale e la sua selettività – caratteri strutturali del sistema⁵, che però paiono accentuarsi nella fase attuale⁶ – sono strettamente le-

⁵ V. tra gli altri spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, p. 99 ss., 159 ss.; C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 231 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, pp. 12-124; F. SCUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990, p. 7 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute*, cit., p. 32 ss., 145 ss.

⁶ Nello stesso senso, con particolare riferimento alla situazione degli Stati Uniti, L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., p. 64 ss., spec. 66-67: la selettività dell’attuale espansione dello “stato penale” si orienta «prima di tutto in termini di classe, poi in base a quella forma mistificata di etnicità chiamata razza [...]». I detenuti sono *prima di tutto gente povera*. In effetti, questo univoco reclutamento di classe rappresenta una costante della storia penale sin dall’invenzione delle case di correzione nel tardo XVI secolo [...] nonché un fatto assodato negli annali dell’incarcerazione statunitense [...]. L’unica eccezione a questa regola di classe si verifica nei paesi (e nei periodi) in cui la prigione è utilizzata estensivamente come strumento di repressione politica. [...] Si consideri il profilo sociale della clientela delle prigioni di contea (*jail*) della nazione [...]: meno della metà dei detenuti aveva un lavoro a tempo pieno al momento del rinvio a giudizio, e due terzi provengono da nuclei familiari con un reddito annuale corrispondente a meno della metà della soglia di povertà; solo il 13 per cento possiede un’istruzione post-secondaria (a fronte di un tasso nazionale di oltre la metà); il 60 per cento non è stato allevato da entrambi i genitori, compreso un 14 per cento cresciuto tra case famiglia e orfanotrofi; e un detenuto su due ha un altro familiare dietro le sbarre. I clienti abituali delle prigioni locali americane [...] includono anche un numero sproporzionato di *homeless*, individui affetti da patologie menta-

gate al descritto passaggio dal modello politico-economico dello stato sociale e democratico di diritto a quello del governo multilivello neoliberista, oligarchico e securitario.

Alla base del legame ipotizzato si pongono il sistema capitalistico e la sua ideologia neoliberista. Il valore dominante a livello planetario è notoriamente quello dell'individualismo utilitaristico; e, quindi, della massima libertà dei poteri economici e finanziari costituiti, che operano sul mercato. Il potere politico deve solo consentire e proteggere con la forza, anche punitiva – sulla scia dell'ottocentesco stato guardiano –, l'esercizio indisturbato delle libertà economiche da parte di chi già detiene i mezzi per goderne. Va precisato che il potere politico, però, secondo tale ideologia – che si rivela liberista solo *pro domo sua* e perciò ipocrita e contraddittoria – deve, ove occorra, proteggere i poteri costituiti anche attraverso dazi sulle importazioni da aree esterne a quelle di libero scambio o sostegni economici ai produttori interni, che distorcono la concorrenza penalizzando sempre le aree esterne alle *enclaves* economiche dominanti⁷. Il cosiddetto neoprotezionismo che negli ultimi tempi si diffonde in alcuni potenti Stati non si pone, a ben vedere, in contraddizione con il neoliberismo dominante, ma soltanto con la sua ideologia già definita ipocrita e contraddittoria, che sostiene di voler realizzare un “mondo libero”, ma in realtà lo rende tale solo per i ceti privilegiati e chiude le porte agli altri, come avviene ad esempio con i migranti.

Il primo corollario dell'ideologia neoliberista è il darwinismo sociale; la diseguaglianza economico-sociale e l'impossibilità della sod-

li, tossicodipendenti da alcol e da altre sostanze, portatori di gravi handicap: quasi uno su quattro soffre di una patologia fisica, psichica o emotiva sufficientemente grave da pregiudicarne l'abilità al lavoro. E provengono in gran parte da quartieri poveri e stigmatizzati, devastati dal duplice ritiro del mercato del lavoro e dello stato sociale dai centri urbani».

⁷ V. in proposito J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, cit., pp. VII-VIII, p. 6 ss., spec. p. 6: «Non a torto, i critici della globalizzazione accusano i Paesi occidentali di ipocrisia. Questi ultimi hanno spinto i Paesi poveri a eliminare le barriere commerciali, ma hanno mantenuto le proprie»; conforme N. CHOMSKY, *11 settembre dieci anni dopo*, Milano, 2011, p. 32: «Le “regole del neoliberismo” sono quelle dei secoli passati, a due facce: la regolamentazione del mercato va bene per gli altri ma non per me, a meno che non mi servano ad acquisire un vantaggio [...]». V. pure L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., p. 119: «Contro la riduttiva concezione economica del neoliberalismo come dominio del mercato, che è parte dell'ideologia neoliberale, propongo una solida analisi sociologica del neoliberalismo realmente esistente [...]».

disfazione dei bisogni essenziali di molti esseri umani non costituiscono, secondo tale orientamento, un disvalore, ma una fisiologia, o meglio la conseguenza coerente di un ordine sociale che si fonda sull'individualismo e sul primato di chi è o è capace di rendersi economicamente più forte; sulle diseguaglianze si può intervenire, al limite, attraverso provvidenze minime, preferibilmente private e sostanzialmente di elemosina, ma solo nella misura in cui ciò risulti funzionale ad evitare il crollo del sistema.

Secondo il modello neoliberista, lo stato e, in generale, i poteri pubblici non devono più porsi compiti redistributivi, anzi, non devono raccogliere risorse private, mediante la leva fiscale, per spenderle in costosi programmi di benessere generale come sistemi pubblici sanitari, di istruzione e formazione professionale, di previdenza ed assistenza, e così via. Ognuno dev'essere lasciato al suo destino individuale; che vinca il più forte. La globalizzazione neoliberista sottopone ad una pressione insostenibile gli stati sociali di diritto: essi devono contrarre la spesa pubblica, se non vogliono rischiare la bancarotta nella 'libera concorrenza' con stati privi di tutele sociali, una bancarotta decretata dai 'mercati' – ovvero, dagli enti economici globalizzati – che decidono liberamente dove (de)localizzare imprese e dove investire i capitali; con l'avallo di opache istituzioni burocratiche sovranazionali, in grado di imporre agli Stati più deboli cure economiche da cavallo, che comportano gravi costi sociali, ossia politiche monetarie, tagli di tasse e spese di impronta rigidamente liberista.

I riflessi del dominio neoliberista sono ben noti: inesorabile aumento della povertà, della marginalità sociale e delle diseguaglianze nei singoli Paesi e a livello mondiale.

Ma l'ideologia neoliberista ha le sue ripercussioni anche sul diritto penale⁸. Questo è il nostro punto.

2.1. Diritto penale classista

Innanzitutto, il diritto penale – lo affermava già von Liszt⁹ – finisce per divenire uno strumento per assecondare il processo di selezione

⁸ La mia tesi converge, sotto molti aspetti, con quella di L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., p. 7 y *passim*; ID., *Iperincarcerazione*, cit., spec. pp. 55-56, 101 ss.

⁹ F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (1905), r.a., Berlin, 1970, *Bd. I*, p. 163 ss. Cfr. al riguardo il severo giudizio di H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Leipzig-Berlin, 1935, p. 29 ss.;

sociale ‘naturale’. Esso assume connotati chiaramente classisti o, più in generale, di strumento di ulteriore esclusione sociale. All’aumentare dell’esclusione sociale corrisponde un’espansione ed un inasprimento del diritto penale, a presidio di quell’esclusione¹⁰. Si tratta di un processo cominciato negli Stati Uniti e diffusosi poi in America latina ed in Europa¹¹.

a) Sul piano delle fattispecie, il primo settore in cui il carattere classista del diritto penale appare, da sempre, visibile è quello dei reati contro il patrimonio¹². In Italia, ancora oggi, la metà della popolazione penitenziaria – ancora oggi in eccesso, sebbene meno che pochi anni orsono – è costituita da autori di reati contro il patrimonio; al 31 dicembre 2015, su 52000 detenuti, quasi 30000 erano autori di delitti contro il patrimonio e più di 11000, in particolare, di furto¹³. Ciò dipende innanzitutto dalle elevate comminatorie astratte previste dal co-

v. pure C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, p. 67, nota 124; W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW*, 1982, p. 525 ss., spec. p. 541 ss., p. 547.

¹⁰ V. *supra*, note 5 e 6; inoltre, v. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., pp. 154-155, che pone in evidenza «chi siano oggi in Italia i marginali carcerizzati: oramai un 35% dell’intera popolazione penalmente ristretta è costituita da immigrati extracomunitari che contende l’egemonia ad un 30% di giovani tossicodipendenti. A cui possiamo tranquillamente aggiungere un altro 20% di giovani marginali, prevalentemente professionalizzati in piccoli e medi reati predatori [...] Questi scarti sociali vengono carcerizzati per necessità di incapacitazione in quanto attori devianti che non si riesce altrimenti a disciplinare, ovvero che risulta troppo costoso controllare attraverso politiche preventive, ovvero ancora che si preferisce non includere».

¹¹ Cfr. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., p. 10 ss., p. 12: «De fait, la constitution d’une Europe pénale est déjà en route [...] alors même que l’“Europe sociale” languit au stade de vision nébuleuse et de projet rhétorique». L’illustre Autore rileva *ivi*, pp. 9-10, come gli stessi esponenti politici socialisti e socialdemocratici abbiano importato la ricetta dell’espansione del diritto penale e della “tolleranza zero” nel vano tentativo di rimediare al proprio deficit di legittimazione, compensando, attraverso la promessa di un deciso aumento della sicurezza dalla criminalità, l’aumento dell’insicurezza sociale, generato dalle politiche economiche neoliberiste.

¹² S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, p. 13 ss. e *passim*; F. SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980, *passim*; nella manualistica, v. in part. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, II, t. II, *I delitti contro il patrimonio*, 7° ed., Bologna, 2015, pp. 15-16.

¹³ Cfr. le statistiche ufficiali in www.giustizia.it (sezione “strumenti”, “statistiche”) e www.istat.it. Va precisato che molti detenuti lo sono per più di un reato, per cui, dei 52.000 ristretti alla data su indicata, i 30.000 per delitti contro il patrimonio e gli 11.000 per furto potrebbero esserlo anche per altri reati.

dice Rocco del 1930, talora addirittura innalzate successivamente. Di un carattere classista di tale diritto penale si può parlare, perché le cornici sanzionatorie sono generalmente più elevate di quelle previste per reati economici commessi da colletti bianchi; e perché si tratta di reati commessi generalmente da chi versa in gravi condizioni di anomia, ovvero subisce un modello culturale dominante di tipo consumistico, senza avere mezzi leciti per realizzare gli obiettivi posti da quel modello¹⁴.

b) Un secondo settore in cui il diritto penale si pone manifestamente a presidio dell'esclusione dei diseredati è quello dell'immigrazione¹⁵.

La disciplina amministrativa e quella penale, di carattere meramente accessorio/sanzionatorio, erigono un muro a presidio dell'esclusione; un muro normativo che si traduce in barriere spesso tangibili, come tra Messico e USA oppure ai confini sudorientali della 'fortezza Europa'; ma la fortezza può essere protetta anche da un fosso sommerso dalle acque, come il Mediterraneo. Ma alla base vi è il muro normativo, la disciplina qui non 'liberista', ma protezionista, delle quote e dei flussi di immigrati legali; un muro che è criminogeno per varie ragioni. In primo luogo, perché crea un mercato dell'immigrazione clandestina, in cui persone disperate – non importa se per ragioni economiche o politiche – vengono sfruttate, umiliate ed esposte, nel viaggio, a pericoli mortali, specialmente ad opera di organizzazioni criminali; in secondo luogo, perché anche chi riesce a valicare il muro, ma resta *sans papiers*, vive nel limbo della privazione di quasi tutti i diritti, come una non-persona, abbandonata allo sfruttamento da parte dell'economia sommersa – quale bracciante agricolo o manovale nell'edilizia – o addirittura dell'economia criminale: droga, prostituzione, traffico di organi.

Il diritto amministrativo e penale dell'immigrazione si pone a presidio dell'esclusione degli stranieri irregolari: si prevedono espulsioni e, in via cautelare, veri e propri campi, o *lager*, di detenzione chiamata "amministrativa". Un eufemismo inaccettabile, perché la privazione

¹⁴ Sul concetto di anomia in criminologia v. per esempio G. PONTI, I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, 5^a ed., Milano, 2008, p. 90 ss.

¹⁵ Per argomentazioni più ampie, sia consentito rinviare al mio *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. ROSI, F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013, pp. 219-244, pubblicato anche in *Crit. dir.* 1/2013, p. 17 ss.

della libertà personale è sempre sanzione penale o misura cautelare penale e dovrebbe essere presidiata dalle relative garanzie.

Il diritto penale dell'immigrazione, in particolare, appone al migrante – attraverso il reato di immigrazione clandestina, art. 10-*bis* t.u. immigrazione – l'etichetta di criminale. Lo stigmatizza per la sua miseria, per la sua necessità economica; necessità che l'Europa vuol discriminare rispetto alla condizione del migrante per ragioni politiche, come se il pericolo di morire di fame spingesse meno a migrare del pericolo di morire uccisi. Ma anche una tale assurda discriminazione si comprende alla luce dell'idea di un'esclusione classista: la povertà assoluta non giustifica la migrazione, la 'libera circolazione' delle persone non vale per i poveri esclusi dal 'libero mercato' europeo. Ed anziché contrastare le diseguaglianze con seri piani di sviluppo economico-sociale dei Paesi di provenienza dei migranti, si sfruttano sottocosto le loro risorse naturali ed umane e si invadono quei mercati, in particolare anche vendendo armi; e quando troppi diseredati fuggono dalla miseria e dai conflitti armati in cui li si è fatti precipitare, allora ci si rassegna a concludere accordi pagando gli Stati di provenienza perché trattengano quei migranti, non importa con quali metodi.

Scenari in parte meno cruenti, ma pur sempre classisti e di esclusione sociale si prospettano sul fronte dei cosiddetti "pacchetti sicurezza" sul piano interno: la prevenzione situazionale dei muri, delle 'zone protette' e dei guardiani si arma di nuove facoltà di legittima difesa, e i mendicanti e vagabondi vengono multati e sospinti fuori dalle aree 'pulite' della città, verso periferie e ghetti immondi, o semplicemente cacciati con foglio di via obbligatorio. Sul punto tornerò tra poco.

c) Venendo dal piano delle condotte punibili a quello delle finalità dell'intervento punitivo, l'orientamento neoliberista fa sì che, in relazione a quei reati palesemente riconducibili ad un'eziologia di disagio economico-sociale e/o culturale, venga programmaticamente esclusa proprio la considerazione di tali fattori e, quindi, qualunque strategia di prevenzione primaria, di carattere economico-sociale e/o culturale. La reazione punitiva concepisce intenzionalmente l'autore soltanto come "nemico" individuale da contrastare, presupponendone il libero arbitrio – finzionistico quanto il libero agire economico e il libero mercato – oppure semplicemente disinteressandosi di qualsiasi conte-

sto criminogeno¹⁶; specialmente laddove alla criminogenesi o all'etichettamento come criminale contribuisca decisamente l'ideologia neoliberista e il conseguente assetto sociale dominante. In tal senso, si passa da uno Stato sociale ad uno Stato penale¹⁷.

Sul piano della funzione della pena, a ciò corrisponde l'abbandono dell'idea di reinserimento sociale e l'adozione di una finalità di stigmatizzazione e di neutralizzazione della pena¹⁸. L'esempio paradig-

¹⁶ Nello stesso senso L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., p. 76. V. pure M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., pp. 12-13: «Il passaggio da un modello inclusivo ad uno esclusivo nella politica criminale è segnato dal negare progressivamente alla criminalità la dimensione stessa di “questione”: nulla di problematico, quindi, che debba essere studiato, capito ed eventualmente risolto aggredendone le cause. Non esiste infatti alterità possibile alla normalità del presente disordine sociale. Accettato aprioristicamente questo ultimo, la criminalità è solo un inevitabile costo sociale che va... combattuto “militarmente”».

¹⁷ Così, a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., pp. 7, 10, 18 e *passim*; ID., *Iperincarcerazione*, cit., *passim*, spec. pp. 27-28, 30 («transizione da un (semi)welfare state “maternalistico” a uno stato penale paternalista»), p. 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (downsizing) della sua componente welfarista e l'accrescimento (upsizing) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie»; p. 55 ss., p. 57, ove si registra, con riferimento agli Stati Uniti, il «congiunto arretramento del misero stato sociale esistente» e «avanzamento di un gigantesco stato penale», con conseguente iperincarcerazione selettiva; v. *ivi*, p. 101 ss., spec. p. 112. Sul tema, nella sociologia italiana del diritto penale, M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 109; S. ANASTASIA, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, 2012, *passim*; A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Roma, 2000, *passim*.

Una differenza rilevante tra le tesi di Wacquant e quelle qui sostenute consiste nel dato per cui L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., pp. 93, 100, 113 ss., spiega il passaggio da uno stato sociale ad uno stato penale con motivazioni politiche, contrapponendole alle ragioni economiche, e quindi propone una critica del neoliberalismo politico lasciando da parte la critica del capitalismo, mentre, a mio avviso, le politiche neoliberiste sono legate in modo molto chiaro ad opzioni fondamentali dei poteri economici a livello globale. Sul punto, v. pure M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 32 ss., che – come L. WACQUANT, *Les prisons de la misère*, cit., p. 17 ss. – pone in evidenza il ruolo esercitato dalle tendenze politico-criminali degli Stati Uniti, «veicolate attraverso il processo di americanizzazione delle periferie» (p. 36); l'illustre Autore riconosce (pp. 46-47) che, nel mondo, i Paesi ad “economia politica neo-liberista” presentano «una tutela assai ridotta ai diritti sociali; le politiche sono orientate a favorire forti processi di esclusione sociale; i governi politici sono prevalentemente di destra; l'ideologia penale dominante si ispira alla narrativa tecnocratica di “legge ed ordine” e la pena all'incapacitazione e neutralizzazione dei criminali; le relative società nazionali esprimono una domanda assai elevata di penalità ed effettivamente si registrano tassi di cancerizzazione particolarmente elevati». In proposito, v. pure i dati empirici a pp. 65 ss. e soprattutto la “tavola 3”, p. 71.

¹⁸ Registrata, specialmente ma non solo negli Stati Uniti, fra gli altri da L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., pp. 28, 63, 73; v. pure, nell'ambito di una riflessione globale sul

matico è quello della pena indeterminata per gli autori recidivi di reati contro il patrimonio: *three strikes and you're out*, tre colpi e sei fuori¹⁹. L'accento viene posto sulla neutralizzazione del tipo di autore pericoloso; anche in Italia, com'è noto, si è assistito ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio dei recidivi²⁰, con effetti devastanti di carcerizzazione, in particolare in rapporto a tossicodipendenti e soggetti marginali che commettono ripetuti reati contro il patrimonio per sopravvivere.

Ma, *mutatis mutandis*, l'abbandono della risocializzazione in favore di stigmatizzazione e neutralizzazione è stato teorizzato e praticato – in Italia, ma anche, come è noto, in Germania – in rapporto a quegli autori definiti quali “nemici” e quindi arbitrariamente esclusi dai diritti fondamentali della persona: terroristi, criminali organizzati o autori di reati sessuali²¹.

Naturalmente, all'adozione di una certa funzione della pena corrispondono delle conseguenze: e quelle dell'adozione di una funzione stigmatizzante e di neutralizzazione sono l'aumento delle pene detentive²², sproporzionate rispetto al fatto commesso e legate piuttosto al tipo d'autore; l'aumento del ricorso alla custodia cautelare in carcere, che in Italia rappresenta lo stato giuridico di oltre il 34 %, ossia all'incirca un terzo dei detenuti²³; la tendenziale esclusione dall'accesso a sanzioni alternative alla detenzione; un'esecuzione della

tema, M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 113 ss., Autore il cui scetticismo verso la capacità di resistenza dell'idea di risocializzazione nel contesto neoliberista attuale è ben comprensibile sul piano descrittivo, ma ovviamente non condivisibile da un punto di vista prescrittivo o deontico.

¹⁹ In proposito, v. nella dottrina italiana spec. A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 ss.

²⁰ L. 5 dicembre 2005, n. 251; in argomento, v. tra gli altri spec. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier/1, 2006, p. 32 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 15 ss.

²¹ V. *infra*, nota 41 e testo corrispondente.

²² Si tratta dei processi di carcerizzazione selettiva di cui parla L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., *passim*.

²³ Cfr. ancora le statistiche del Ministero della Giustizia in *www.giustizia.it*, aggiornate al 30 novembre 2017.

pena orientata non a reinserire, ma ad annichilire la persona, chiudendola in una minuscola cella d'isolamento e "massima sicurezza" e buttando via la chiave²⁴.

Si tratta di tendenze esasperatamente repressive, che, tuttavia, non sono affatto efficaci: «La popolazione detenuta aumenta, ma i reati non diminuiscono»²⁵.

Come si può vedere, i riflessi del (neo)liberismo in campo penale contribuiscono a delineare un diritto penale massimo, con la metà dei detenuti per delitti contro il patrimonio, sovente recidivi e tossicodipendenti; con un terzo dei detenuti in custodia cautelare; e con un'ampia criminalizzazione degli immigrati irregolari, pur non foriera di carcerizzazione.

d) Ma accanto all'intervento penale in senso stretto, il neoliberismo si avvale anche del securitarismo e dell'ideologia della *zero tolerance*, alla quale si è già accennato a proposito dei "pacchetti sicurezza". 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/proletarizzazione²⁶.

Ciò dà luogo ad un inquietante e diffuso fenomeno, recentemente denunciato in Italia, ma, ad esempio, anche nelle Americhe, di uso illegale della violenza, finanche omicida, da parte delle forze di polizia, secondo canoni propri delle peggiori dittature. Si pensi ai fatti della scuola Diaz e della caserma di Bolzaneto, con centinaia di manifestan-

²⁴ Sulle condizioni di detenzione conformi all'idea di neutralizzazione, si veda, in rapporto agli Stati Uniti, il drammatico *Report* della fine degli anni Novanta del secolo scorso sul più grande carcere del mondo, il *Men's Central Jail* di Los Angeles, in L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., p. 15 ss.

²⁵ M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., p. 132.

²⁶ A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, p. 26 ss., 39 ss.; S. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in A. BEVERE (a cura di), *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, Napoli, 2007, p. 117 ss.

ti massacrati di botte in occasione del G8 di Genova del 2001²⁷; oppure a tanti casi di morti ‘sospette’ di arrestati, internati e detenuti²⁸.

All’ideologia neoliberista ed al conseguente securitarismo classista appaiono riconducibili anche la crescente diffusione delle armi tra le guardie private – uno degli aspetti della privatizzazione della sicurezza – e tra i civili; una diffusione che frutta ingenti profitti all’industria delle armi e viene supportata, sul piano ideale, dall’esaltazione della legittima difesa “in my backyard”, e quindi dal suo tendenziale ampliamento, avvenuto in Italia con la legge n. 59/2006²⁹. Tra i più eclatanti effetti collaterali di un mercato delle armi completamente liberalizzato e fuori controllo vi sono le stragi nelle Università e nelle scuole – e talora nelle cliniche – statunitensi, ma anche l’aumento della violenza armata, anche terroristica, in Europa, grazie alle vendite *online*.

2.2. *Capitalismo vs. liberalismo*

Un ulteriore argomento che pare confermare l’ipotesi secondo cui il neoliberalismo asseritamente tale contribuisce all’espansione del diritto penale – in astratto ed anche in concreto, ma in modo differenziato – è quello per cui l’imperante liberismo economico non tutela le libertà fondamentali della persona, se non in quanto esse risultino funzionali al sistema capitalistico globale.

a) Un primo esempio significativo, in termini non tanto quantitativi, quanto qualitativi, è dato dalla perdurante criminalizzazione di forme di manifestazione del pensiero.

Certo, i sistemi sociali contemporanei dispongono ormai di strumenti molto più sofisticati dell’intervento punitivo, per minare la libera manifestazione del pensiero. Si va dalla concentrazione dei mezzi di informazione nelle mani di pochi detentori di potere economico fino

²⁷ V. in proposito la nota sent. della Corte EDU, sez. IV, Cestaro c. Italia, 17 marzo 2015, nella banca dati della Corte (HUDOC) in *www.echr.coe.int*, pubblicata in particolare in *Crit. dir.*, 1-3/2015, p. 199 ss.

²⁸ L. MANCONI, V. CALDERONE, *Quando hanno aperto la cella*, 2^a ed., Milano, 2013, *passim*.

²⁹ Su tale riforma, v. ad es. G. FLORA, *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.*, 2006, p. 461 ss.; F. MANTOVANI, *Legittima difesa comune e legittima difesa speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 432 ss.; V. MILITELLO, *La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 826 ss.; F. VIGANÒ, *Sulla ‘nuova’ legittima difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 189 ss.

alla contrazione delle risorse per la ricerca pubblica, universitaria e non, con sistemi di valutazione volti a finanziare il solo pensiero funzionale agli interessi dominanti: la ricerca applicata rispetto a quella di base, quella scientifica rispetto all'umanistica, quella conformista rispetto a quella critica.

Tuttavia, si conserva e talora torna in auge anche la criminalizzazione del dissenso. Ed una delle forme che essa assume – accanto, ad esempio, ai divieti di pubbliche manifestazioni in determinati luoghi pubblici, previsti in alcuni Paesi europei – è quella dei classici reati di opinione e di associazione, impiegati anche nei confronti di chi si oppone a decisioni di politica economica, contrastando il pensiero dominante. Emblematici, in Italia, il caso dei movimenti no-global, in rapporto ai quali sono stati applicati il reato di associazione sovversiva di cui all'art. 270 c.p. e – in particolare in un'ipotesi relativa ad un movimento contro la privatizzazione della gestione dell'acqua – quello di radunata sediziosa, art. 654 c.p.; e il caso del movimento contro la costruzione di una tratta ferroviaria ad alta velocità, che la riteneva pericolosa per salute ed ambiente. In rapporto a quest'ultimo movimento si è proceduto penalmente ravvisando addirittura una finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, art. 270 *sexies* c.p.³⁰, ed accusando un noto scrittore di istigazione a delinquere, art. 414 c.p.³¹.

Ulteriori tendenze repressive in rapporto alla manifestazione del pensiero riguardano il cd. *hate speech* ed in particolare il negazionismo.

b) Un secondo esempio ancor più rilevante, per il suo decisivo contributo ad un diritto penale massimo, è quello della disciplina in materia di stupefacenti³².

In questo settore, l'ideologia asseritamente liberista si contraddice, mostrando un volto paternalista/puritano esasperatamente repressivo, al quale forse non sono estranei risvolti protezionistici analoghi a quelli già riscontrati.

³⁰ Solo in Cassazione è stata negata la tipicità del fatto, v. Cass. pen., sez. I, sent. 16.7.2015, n. 47479, Alberti ed altri, in *www.iusexplorer.it*.

³¹ Si tratta, com'è noto, di Erri De Luca. V. al riguardo la sentenza di assoluzione in *Dir. pen. proc.* 9/2016, p. 1217 ss., commentata da V. NARDI, *Quando "la parola contraria" è ritenuta penalmente irrilevante*, p. 1221.

³² Sul tema, mi sia consentito rinviare al mio *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 5/2014, p. 586 ss.

Alla libertà, per gli adulti, di consumare, detenere, trasportare, cedere e vendere sostanze più o meno pericolose per la salute, come alcolici e superalcolici, tabacco e psicofarmaci – pure in presenza di dipendenze da alcol, tabacco e psicofarmaci –, si contrappone il divieto di consumare, detenere, trasportare, cedere e vendere altre sostanze anch'esse più o meno pericolose, sia pure occasionalmente e in assenza di qualsiasi dipendenza. Il confine tra droghe legali ed illegali è del tutto artificiale. Esso protegge un mercato legale – pieno di 'rischi consentiti' per la salute – e ne crea un altro illegale.

Ciò sarebbe accettabile, in una prospettiva politica liberale (non liberista), se un tale proibizionismo fosse rivolto solo alla tutela di persone incapaci di autonomia, specie perché tossicodipendenti, e se fosse orientato, secondo una prospettiva da stato sociale, ad offrire aiuti e prospettive di integrazione. Ma, in luogo di ciò, la disciplina penale e quella amministrativa degli stupefacenti – ovvero, la *war on drugs* imposta dagli Stati che dominano le istituzioni sovranazionali a tutti gli altri – stigmatizzano ed emarginano qualunque assuntore di stupefacenti.

Il proibizionismo abbandona l'assuntore ad un mercato gestito da criminali, esponendolo a rischi enormi per la sua salute: per le droghe pesanti, rischi di *overdose*, contagio da HIV e da epatite dovuti all'assunzione in condizioni di clandestinità, abbandono igienico-sanitario e disinformazione; per tutte le sostanze, anche le più 'leggere', il rischio creato proprio dal proibizionismo e dalla creazione di un mercato illegale è legato all'assoluta inconoscibilità di ciò che si assume. Anche il più occasionale assuntore di uno spinello o di una pasticca rischia la morte o danni gravissimi alla salute. Il proibizionismo, dunque, anziché tutelare la salute degli assuntori, ne aumenta l'esposizione a rischio.

Ai tossicodipendenti vengono, al più, imposti, sotto minaccia di sanzione in caso di rifiuto, programmi di recupero; ma ciò risulta allo stesso tempo illiberale ed inefficace, perché la libera adesione è condizione indispensabile di una reale uscita dalla dipendenza.

Ma oltre a risultare lesiva di libertà e salute degli assuntori, la *war on drugs* produce effetti sociali dannosi, di vera e propria criminogenesi, sotto vari profili. Anzitutto dà luogo alla carcerizzazione di massa di soggetti disagiati e marginali: tossicodipendenti che commettono reati contro il patrimonio per acquistare droga – reati dovuti proprio al proibizionismo, che fa aumentare il prezzo delle sostanze – e piccoli

spacciatori in condizioni di bisogno economico. Anche il mercato illegale, infatti, ha una struttura piramidale: in strada e in carcere ci vanno solo gli ultimi tra i manovali, spesso immigrati illegali. Nelle carceri italiane, circa il 35% dei detenuti è tossicodipendente e circa il 30% è detenuto per reati in materia di stupefacenti³³; solo una minima parte di quel 30%, come dimostra il titolo del reato, è costituita da trafficanti organizzati.

A chi volesse obiettare che si tratta di costi ingenti di una politica efficace, sarebbe agevole controbattere che il totale fallimento del proibizionismo è ormai conclamato da istituzioni internazionali e studiosi di ogni parte del mondo³⁴. Il proibizionismo non riduce il consumo e soprattutto risulta ancora una volta criminogeno, perché crea enormi profitti per le organizzazioni criminali, accrescendone il potere economico, la possibilità di procurarsi armi e risorse umane, il potere di corruzione e la capacità di riciclaggio e reimpiego dei proventi di reati. Vi è, poi, il drammatico corollario dell'interminabile scia di sangue di vittime della violenza della criminalità organizzata, determinata anche dalla concorrenza tra gruppi per il controllo di un mercato redditizio come pochi.

Ad un tale stato di cose andrebbe opposta una legalizzazione orientata in senso liberale, ma anche solidaristico, conforme alle istanze di uno stato sociale di diritto; essa dovrebbe contemplare campagne pubbliche di prevenzione ed informazione e politiche di integrazione e di reinserimento sociale, in particolare abitativo e lavorativo, come quelle attuate attraverso i cosiddetti programmi di riduzione del danno in alcuni Paesi europei³⁵. Certamente, una legalizzazione avrebbe dei costi, anche in termini di crollo dei reinvestimenti e del riciclaggio dei proventi criminosi; ma questa dovrebbe definirsi una “decrescita felice”, compensabile con le entrate fiscali conseguenti alla legalizzazione

³³ Con la precisazione di cui *supra*, nota 13.

³⁴ In tal senso, da un punto di vista internazionale, fra gli altri spec. C. BASSIOUNI, *Riflessioni critiche sugli organismi preposti al controllo internazionale di droghe*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Il sistema droga. La costruzione sociale della tossicodipendenza*, Padova, 1993, p. 223, 227; M. BRANDOLI, S. RONCONI, *Città, droghe, sicurezza. Uno sguardo europeo tra penalizzazione e welfare*, Milano, 2007, pp. 56-57; C. A. ROMANO, G. BOTTOLI, *La normativa sugli stupefacenti in ambito europeo*, Roma, 2002, pp. 28-29, 43-44.

³⁵ In argomento, molto istruttivo il libro di G. ZUFFA, *I drogati e gli altri. Le politiche di riduzione del danno*, 2ª ed., Palermo, 2001, *passim*, spec. p. 21 ss.

e con la rinascita dell'economia legale oggi oppressa da una concorrenza criminale.

c) Un terzo settore in cui si coglie il contributo dell'ideologia neoliberista ad un diritto penale massimo, ma anche – soprattutto qui – alla selettività e ad una *diversion* discrezionale è quello del diritto penale delle attività economiche pericolose per l'ambiente oppure per la vita e la salute dei consumatori o dei lavoratori; ma un discorso analogo vale pure per il diritto penale delle attività finanziarie pericolose per il patrimonio di intere collettività e delle attività politico-amministrative, con particolare riguardo alla corruzione.

In questi settori, astraendo dalle loro peculiarità, si assiste ad un inasprimento delle sanzioni, supportato dall'adozione di beni giuridici artificialmente pubblicizzati: mere 'funzioni'³⁶ o versioni tecnocratiche dell'ordine pubblico³⁷. Si parla di "governo del territorio"; di "sicurezza sul lavoro"; di "economia pubblica", "ordine economico" o del "mercato finanziario"; e da sempre la corruzione – che a mio avviso offende persone e/o collettività in carne ed ossa, cioè quelle rimaste fuori o danneggiate dall'accordo corruttivo³⁸ – è concepita come reato contro la pubblica amministrazione.

Se, al di là di etichette superindividuali, si trattasse di una tutela efficace di beni individuali quali vita, salute e patrimonio, ciò sarebbe da salutare con favore. Ma all'inasprimento ed all'ampliamento simbolico della sfera del punibile non pare corrispondere quell'efficacia: l'intervento penale sembra avere in realtà una funzione populistica di rassicurazione e, insieme, di rilegittimazione 'etica' del sistema. La parola chiave è: 'fiducia' nei mercati e da parte 'dei mercati'.

Il punto è che la torsione dalla tutela di tangibili beni personali a quella delle funzioni, cioè dell'assetto risultante da un bilanciamento degli interessi che tende a privilegiare la libertà delle grandi imprese, fa sì che il confine tra lecito e punibile diventi altrettanto artificiale: vi sono, cioè, condotte offensive di beni personali, ma lecite perché con-

³⁶ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.

³⁷ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 19 ss.

³⁸ In tal senso, seguo qui la nota concezione personale dei beni giuridici – su cui v. tra altri spec. W. HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. PHILIPPS, H. SCHOLLER (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, p. 85 ss. –; non è possibile, naturalmente, approfondire il punto in questa sede.

formi al sistema, e condotte concretamente inoffensive, ma vietate, in quanto mere trasgressioni all' 'ordine del mercato'³⁹.

Ad esempio, le emissioni ambientali consentite dalla normativa cinese, americana o europea sono stabilite a seguito di negoziazioni con le *lobbies* industriali; gli *standards* di sicurezza alimentare e sul lavoro pure – in Italia, il d. lgs. n. 81/2008, in materia di sicurezza sul lavoro, è stato corretto l'anno dopo a seguito di accordi con i vertici industriali –; esistono soglie elevate di punibilità, ad esempio, in materia di reati tributari, artt. 3-5 d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74; nel mondo della finanza, esistono forme lecite di manipolazione del mercato, attraverso acquisti e vendite telematici di titoli senza provvista, realizzati automaticamente, in ingenti quantità, da un *software* in poche frazioni di secondo, mentre l'operatore finanziario che si avvale di quei programmi informatici gioca tranquillamente a golf.

Inoltre, anche quando si supera la soglia artificiale del rischio consentito, l'effettività della tutela penale dipende decisamente dall'implementazione dei controlli amministrativi; e questi ultimi vengono resi sempre più difficili e sporadici dai pesanti tagli imposti dalle politiche neoliberiste alla spesa pubblica. Con la conseguente ulteriore selettività e simbolicità dell'intervento penale.

Come se non bastasse, una difesa penale ben vigile – e, quindi, ben pagata da chi può farlo – potrà contare, almeno in Italia, sull'applicazione di una congerie di meccanismi di *diversion* discrezionale, ossia di fuga dalla concreta applicazione della sanzione. Sul punto tornerò in chiusura.

2.3. *Il risvolto bellicista dell'ideologia neoliberista e la war on terrorism*

In tempo di pace, gli enti pubblici e privati che dominano il sistema economico e politico si avvalgono, quali alleati meno forti, di Stati-guardiani esterni, anche laddove quegli Stati siano retti da regimi dittatoriali o che, pur essendo formalmente democratici, opprimano ampi settori della popolazione e ne violino sistematicamente i diritti umani.

³⁹ Su tale distorsione, conseguente al passaggio dalla tutela di beni giuridici a quella di un ordine artificiale, cfr. specialmente F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 12 ss.; già H. ZIPF, *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, in *ZStW*, 1970, p. 635, esprimeva il timore che il concetto di *erlaubtes Risiko* potesse rappresentare uno strumento per legittimare offese intenzionali a beni giuridici.

Ad alcuni di quegli Stati viene fornito direttamente o indirettamente supporto militare⁴⁰. Esiste notoriamente una concentrazione dei produttori ed esportatori internazionali di armi ed una fiorente economia degli armamenti militari e civili.

L'ideologia capitalistica tende sovente a rispondere con le armi a rivendicazioni di democrazia, diritti e giustizia sociale, fornendo avallo a regimi autoritari o spingendo verso involuzioni autoritarie sistemi politici liberali. Ed anche a fronte di minacce armate, reali o supposte, essa tende a rispondere con la guerra, anziché mediante strumenti diplomatici o comunque pacifici. Sono state teorizzate e realizzate unilateralmente guerre preventive, in violazione del diritto internazionale relativo allo *jus ad bellum*; e contro cosiddetti Stati-canaglia – “nemici” ai quali viene negato qualsiasi diritto – si sono realizzate talora gravi violazioni dello *jus in bello*; si pensi solo alle torture nel carcere di Abu Ghraib.

Tutto ciò, purtroppo, pare trovare una spiegazione, almeno concorrente, in termini di economia della guerra: lotta per il controllo di risorse naturali e/o per la conquista di posizioni geopolitiche, profitti della spesa militare e delle ‘ricostruzioni’ postbelliche. Il risultato sono milioni di morti, immani distruzioni, occupazione militare di territori. Un tale stato di cose non risulta certamente la premessa per una reale pacificazione con le popolazioni martoriate e per la risoluzione delle controversie internazionali, ma al contrario genera una tragica spirale di violenza, come è dimostrato, ad esempio, dalle disastrose conseguenze delle guerre in Iraq: uno dei Paesi tuttora più colpiti dal terrorismo, che – detto incidentalmente – secondo statistiche accreditate miete la stragrande maggioranza delle sue vittime in Medio Oriente.

Alla recrudescenza del terrorismo internazionale, che ha drammaticamente colpito migliaia di persone negli Stati Uniti e in Europa, e molte di più nel Medio Oriente, si è data, anche in diritto penale, una risposta altrettanto bellicistica: la *war on terrorism*. Nonostante le grandi differenze quantitative e qualitative tra le reazioni dei vari Paesi, si è andato delineando un modello politico-criminale che è quello del famigerato diritto penale del nemico, che riprende antiche suggestioni autoritarie volte ad escludere dalle garanzie del diritto penale li-

⁴⁰ N. CHOMSKY, op.cit., pp. 42, 75-76, 83-84, 107.

berale i soggetti ‘socialmente pericolosi’⁴¹. Va ricordato che i cardini di quel modello sono: 1) negazione della piena dignità di persona al “nemico”; 2) orientamento della pena alla mera neutralizzazione del nemico, cioè l’esatto contrario dell’idea di prevenire il fenomeno agendo su fattori economico-sociali e culturali e tendendo pur sempre al reinserimento sociale; 3) conseguentemente, pena sproporzionata al fatto commesso ed eventualmente a tempo indeterminato; ed esecuzione degradante, sul modello di Guantanamo; 4) anticipazione della tutela penale agli atti preparatori e al mero accordo, o addirittura detenzione amministrativa *ante delictum* di soggetti meramente sospetti, simmetrica alla guerra preventiva; 5) sul piano processuale, degiurisdizionalizzazione e ricorso alla tortura.

Un tale modello securitario e bellicista – praticato in alcuni Stati e teorizzato in altri – anche laddove è stato condivisibilmente respinto sul piano teorico, si insinua nella prassi del sistema penale e contribuisce al suo imbarbarimento, trovando conferma o tendendo ad espandersi in altri settori: in particolare, criminalità organizzata di tipo mafioso e reati sessuali.

⁴¹ Tra gli scritti di chi ha elaborato tale concetto, v. in particolare G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, Heft 3, p. 88 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, p. 109 ss.; ID., *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1997; ID., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn, 2004; ID., *Terroristen als Personen im Recht?*, in *ZStW*, 2005, p. 839 ss.; ID., *Rechtswang und Personalität*, Paderborn, 2008. La letteratura, prevalentemente critica, relativa a tale teorizzazione è ormai vastissima; nella dottrina italiana, v. in part. A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit.; M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; L. FERRAJOLI, *Il “diritto penale del nemico”: un’abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto*, oggi, Milano, 2008, p. 161 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; A. PAGLIARO, *“Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.; F. C. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, p. 665 ss.; M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un’introduzione*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, p. 7 ss.; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 181 ss.; E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, p. 787 ss. – in una prospettiva più ampia – p. 757 ss. Sia consentito rinviare pure al mio *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 265 ss.

Quel modello corrisponde al volto repressivo di un sistema che rifiuta di affrontare i fattori economico-sociali, culturali, politici che concorrono nel fenomeno terroristico, e ‘vede’ solo uno o più nemici organizzati, in rapporto ai quali decide di intervenire violando i principi penalistici di uno stato sociale di diritto. In tal modo, il diritto penale e la guerra diventano la *prima ratio* della tutela, in luogo degli unici interventi che potrebbero risultare realmente efficaci per togliere ai vertici delle organizzazioni terroristiche le risorse umane e materiali di cui dispongono, ovvero interventi pacifici di prevenzione primaria, diplomatici nei rapporti tra Stati, redistributivi e di integrazione sociale delle persone; ed anche misure in chiave di controllo extrapenale. Ma tutti quegli interventi presuppongono un’ideologia diversa da quella neoliberista dominante; e cioè la riscoperta dei valori fondamentali di uno stato sociale di diritto, che miri a realizzare non solo *liberté*, ma anche *égalité* e *fraternité*.

3. Il contributo della *diversion* discrezionale al diritto penale massimo ed alla sua selettività

Sempre dall’angolo visuale italiano, un ultimo profilo caratterizza l’attuale diritto penale massimo.

Quello che è stato felicemente definito il passaggio da uno stato sociale ad uno stato penale, ossia ad un diritto penale massimo, neoliberista e securitario, ha comportato in molti Paesi un considerevole aumento del tasso di carcerizzazione, che, in Italia, si è tradotto in un insostenibile sovraffollamento carcerario⁴². Risulta, così, ancor più manifesto il paradosso – solo apparente – per cui il neoliberismo si pone, in diritto penale, frontalmente in contrasto con il primato della stessa libertà personale, costituzionalmente sancito.

Ad un tale stato di cose si è reagito rinunciando ad affrontare i nodi strutturali del sistema penale: cioè, principalmente, l’enorme espansione delle fattispecie di reato e, sul piano del sistema sanzionatorio, il

⁴² Nel nostro Paese, il sovraffollamento carcerario era giunto, nel 2009, al punto che si registrarono oltre 64.000 detenuti a fronte di una capienza regolamentare di circa 49.000. Al 31 dicembre 2016 i detenuti erano ancora più di 54.000 a fronte di una capienza giunta a circa 50.000, ed al 30 novembre 2017 sono risaliti a 58.000, v. www.giustizia.it. In argomento, v. fra gli altri recentemente A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1204 ss.

primato assoluto della pena detentiva quale pena principale, l'exasperato rigore sanzionatorio di molte incriminazioni di frequente applicazione e l'insostenibilità dei rapporti relativi tra le pene astrattamente previste. Fin dagli anni '70 del secolo scorso si è preferito affidare a due mal coordinati poteri discrezionali, del giudice della cognizione e di quello dell'esecuzione, la deflazione in concreto, attraverso un'ampliata sospensione condizionale della pena, pene sostitutive delle pene detentive brevi e misure alternative alla detenzione; si è poi previsto un regime sanzionatorio discriminatorio, di eccezione, per alcuni gravi reati. Nel codice di procedura penale del 1988 furono introdotti due noti riti premiali.

Tutto ciò diede luogo a fondate critiche in dottrina: si lamentò la frantumazione, anzi la vera e propria scomparsa di un 'sistema' sanzionatorio, con effetti deleteri sulla funzione della pena⁴³.

Ma nel frattempo si è progressivamente aggravata la crisi della legalità, in particolare nei rapporti con il potere giudiziario, per effetto di un complesso di fattori: tra essi vanno ricordati la tendenza risalente, ma periodicamente risorgente, verso la cosiddetta supplenza giudiziaria rispetto ad un potere legislativo percepito quale sostanzialmente delegittimato; il ricordato passaggio dal monopolio statale ad una *governance* multilivello, che introduce nei sistemi di *civil law* aperture verso la giurisprudenza quale fonte; la valorizzazione, sul piano teorico, dell'insopprimibile spazio creativo dell'ermeneutica giudiziale.

Così, mentre si registrano ancora, in Italia ed in altri Paesi di *civil law*, giustificate resistenze contro interpretazioni giudiziali *in malam partem*, anche se provenienti dalle Corti europee, viene, invece, sempre più accettata una deflazione discrezionale, rimessa al giudice. Di conseguenza, fra gli strumenti legislativi recentemente introdotti per ridurre il sovraffollamento carcerario, condannato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁴, figurano ulteriori strumenti di deflazione discrezionale: la sospensione del procedimento con messa alla prova per

⁴³ In argomento, v. spec. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, *ivi*, p. 510 ss.; L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 1997, p. 201 ss.

⁴⁴ Sent. Corte EDU, Torreggiani e altri c. Italia, 8 gennaio 2013, in *www.echr.coe.int*.

gli adulti, art. 168 *bis* c.p., e la non punibilità per particolare tenuità del fatto, art. 131 *bis* c.p.

Questi ed altri provvedimenti hanno dato effettivamente luogo ad una parziale e temporanea deflazione carceraria. Tuttavia, si tratta di una strategia di corto respiro, oltretutto pericolosa sul piano della legalità, della libertà personale e dell'eguaglianza.

Di corto respiro, perché nel frattempo il legislatore continua ad inondare il sistema penale di nuove norme incriminatrici, intervenendo solo sporadicamente a depenalizzare pochissime fattispecie. Va anche aggiunto che alla deflazione carceraria corrisponde il noto *net widening*, l'espansione di altre sanzioni penali tra cui, in particolare, la pesante detenzione domiciliare⁴⁵. Inoltre, le nuove possibilità di *diversion* lasciano inalterato il sistema delle comminatorie astratte, con le sue palesi iniquità, per cui, ad esempio, non si applicano ad un mero furto con destrezza!

Ma quella strategia è pure pericolosa, perché configura un sistema in cui ad essere frammentaria è la libertà: tutto è punibile, salvo che le agenzie del potere punitivo concedano discrezionalmente e, quindi, selettivamente la non punibilità o l'esonero dal carcere⁴⁶. E la selettività rischia di penalizzare, come sempre, i soggetti più vulnerabili, coloro il cui diritto di difesa è sostanzialmente ineffettivo; essi costituiscono quasi i soli ospiti delle patrie galere. Un ulteriore esito dell'ideologia neoliberista, applicata al diritto penale.

4. Prospettive?

Appare difficile prospettare alternative ad un fenomeno dalle origini risalenti, strutturale e globale. Ma esse, a mio avviso, non sono del tutto irrealistiche, perché sono legate ad insopprimibili bisogni degli esseri umani: libertà, democrazia, diritti fondamentali effettivamente eguali, solidarietà. Sono legate alla resistenza o alla richiesta, in Italia ed in altri Paesi, non solo europei, di forme di Stato sociale: assistenza sanitaria per tutti, istruzione pubblica aperta a tutti, e così via. E, quin-

⁴⁵ Secondo i dati del Ministero della Giustizia, al 30 settembre 2017 risultano, in particolare, 13.631 persone soggette all'affidamento in prova al servizio sociale, 10.355 persone in detenzione domiciliare, 9.606 persone in messa alla prova e 6.996 persone assegnate a lavori di pubblica utilità.

⁴⁶ F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p. 11 ss.

di, all'opposizione a politiche neoliberiste di tagli indiscriminati alla spesa pubblica.

Ma sono legate anche al ruolo della cultura: cioè di un discorso contrario al modello capitalistico di globalizzazione ed al conseguente, imperante securitarismo, e volto ad assicurare una globalizzazione dei diritti. Quest'ultima passa anche attraverso interventi pubblici sull'economia che rovescino l'attuale primato dei poteri economici globali, come quelli che vorrebbero imporre, senza adeguata legittimazione democratica, trattati di libero scambio che comportino arretramenti nella tutela della salute, dell'ambiente o dei dati personali, in favore delle multinazionali. In diritto penale, occorrerebbe tornare a valorizzare la libertà personale e, quindi, l'idea di *extrema ratio* ed il principio di legalità, che ha anche un chiaro fondamento democratico⁴⁷; e i principi di eguaglianza e solidarietà, valorizzando la prevenzione primaria e, a fatto commesso, la risocializzazione del reo⁴⁸.

⁴⁷ Sul punto, magistralmente C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I*, 4. Aufl., München, 2006, pp. 146-147.

⁴⁸ Per il primato di tale finalità della pena, all'interno di un concetto più ampio di integrazione sociale, che include pure la prevenzione generale positiva, v. soprattutto C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I*, cit., p. 85 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 83 ss. Per una politica alternativa di prevenzione primaria – con interventi nei settori del lavoro, della sanità, dell'istruzione e più in generale del *welfare* – e per una svolta verso la risocializzazione quale fine della pena si pronuncia pure L. WACQUANT, *Iperincarcerazione*, cit., p. 77 ss.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)