



# ***ANTIGONE***



Rivista «ANTIGONE»

a cura dell'associazione *Antigone onlus*

SEDE OPERATIVA: v. Principe Eugenio 31 - 00195 Roma

SEDE LEGALE: v. Della Dogana Vecchia 5 - 00186 Roma

[www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it)

tel.: 06.49.38.35.68

[associazione.antigone@tin.it](mailto:associazione.antigone@tin.it)

Direttore responsabile: *Claudio Sarzotti*.

Comitato scientifico: *Amedeo Cottino, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Francesco Maisto, Antonio Marchesi, Pio Marconi, Alessandro Margara, Dario Melossi, Giuseppe Mosconi, Mauro Palma, Massimo Pavarini, Tamar Pitch, Eligio Resta, Marco Ruotolo.*

Redazione: *Stefano Anastasia, Massimiliano Bagolini, Cristiana Bianco, Cecilia Blengino, Andrea Catizone, Francesca D'Elia, Dario Stefano Dell'Aquila, Stefano Fumarulo, Patrizio Gonnella, Marina Graziosi, Giovanni Jocteau, Susanna Marietti, Andrea Molteni, Alessandra Naldi, Daniela Ronco, Alvisè Sbraccia, Vincenzo Scalia, Giovanni Torrente, Francesca Vianello.*

Pubblicazione realizzata con il contributo della Compagnia di San Paolo di Torino e stampa tipografica effettuata presso la Casa Circondariale di Ivrea.

# ***ANTIGONE***

QUADRIMESTRALE  
di critica del sistema penale e penitenziario

**anno III n. 3 2008**

DOSSIER  
***Principia iuris.***  
**Una teoria della democrazia**

L'HARMATTAN ITALIA  
via Degli Artisti 15 - 10124 Torino

## RIVISTA «ANTIGONE»

### ABBONAMENTI

Per il **2009** l'abbonamento alla RIVISTA è stato fissato a 66 € e il versamento può essere effettuato:

- sul conto corrente postale n. 93099000 intestato ad Associazione Antigone Onlus, Via della Dogana Vecchia, 5 – 00186 Roma

- sul conto bancario intestato ad Antigone Onlus presso Banca Popolare Etica S.C.A.R.L. c/c 000000500725

ABI 05018 - CAB 03200

IT BBAN: T 05018 03200 000000500725.

L'abbonamento alla rivista può essere sottoscritto anche versando la quota di socio sostenitore dell'Associazione Antigone pari a 100 €, utilizzando le medesime modalità di cui sopra.

Effettuato il versamento, bisogna comunicare il proprio nominativo e indirizzo alla segreteria dell'Associazione Antigone, tramite telefono o fax al numero *06.44363191* o per email all'indirizzo *segreteria@associazioneantigone.it*.

La consegna dei numeri della Rivista avviene per posta ed è gratuita per gli abbonati.

### INVIO DI ARTICOLI

Le proposte di pubblicazione vanno inviate alla sede operativa dell'associazione Antigone in versione cartacea e in formato elettronico (word).

Autorizzazione alla pubblicazione n. 5939 del 02.02.2006  
depositata presso il Tribunale di Torino

[www.editions-harmattan.fr](http://www.editions-harmattan.fr)

[harmattan.italia@agora.it](mailto:harmattan.italia@agora.it)

© Associazione Antigone e L'Harmattan Italia, 2009

## INDICE

<i>Editoriale,</i> Claudio Sarzotti	7
--	---

### SAGGI

<i>Introduzione a Principia iuris,</i> Mauro Palma	13
<i>Una corrente ben temperata,</i> Eligio Resta	25
<i>Un'opera inconsueta che coniuga democrazia e diritto, diritto e ragione,</i> Tecla Mazzaresse	35
<i>La democrazia costituzionale secondo Luigi Ferrajoli,</i> Giuseppe Ugo Rescigno	41
<i>La passione del fare politico,</i> Rossana Rossanda	51
<i>Considerazioni "extravaganti" di un giurista empirico,</i> Salvatore Senese	54
<i>Nell'eclissi del lavoro i rischi per la democrazia e per la Costituzione repubblicana,</i> Dino Greco	65
<i>Una discussione su Principia iuris,</i> Luigi Ferrajoli	76

---

### ALTRI ARTICOLI

<i>I reati della rete e la costruzione dei rischi nello spazio digitale,</i> Cecilia Blengino	104
<i>I nuclei armati proletari: la strategia di lotta armata contro il carcere (seconda parte),</i> Rossella Ferrigno	127

**RUBRICHE PERIODICHE**

RUBRICA GIURIDICA	153
<i>Detenzione carceraria e diritto alla procreazione,</i> Flavia Russo	
PRISON MOVIES	169
<i>«La Zona» di RODRIGO PLÀ,</i> Patrizio Gonnella e Susanna Marietti	
RECENSIONI	171

## Editoriale

*Claudio Sarzotti*

Mentre scrivo queste righe si sta svolgendo a Torino la prima edizione della Biennale Democrazia. Nella città di Norberto Bobbio si è organizzata una manifestazione che porterà alle celebrazioni del 150° anniversario dell'unità d'Italia e che, secondo Gustavo Zagrebelsky, “vuole essere soprattutto uno strumento per la formazione e la diffusione di una cultura della democrazia che si traduca in pratica democratica, all'altezza dei problemi del presente” (La Stampa, 19 aprile 2009). L'idea è quella di non limitarsi ad invitare studiosi illustri per convegni e seminari, ma di coinvolgere i cittadini, soprattutto i giovani, nella discussione pubblica delle questioni che interrogano i nostri sistemi democratici. Discussione e partecipazione pubblica come elementi cardine del principio democratico, elementi che spesso oggi vengono sopraffatti dal principio, pur necessario ma non sufficiente, della volontà della maggioranza espressa nelle consultazioni elettorali.

Credo che *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli, a cui dedichiamo questo numero della nostra rivista riprendendo quasi tutti gli interventi dei relatori al seminario di presentazione del volume organizzato da Antigone e tenuto a Roma il 15 febbraio 2008, possa far parte a pieno titolo di questa impresa di divulgazione culturale, decisiva, a mio parere, per le sorti della nostra democrazia. Certo può intimorire la mole del lavoro, il linguaggio specialistico inevitabile per il metodo assiomatico utilizzato nella argomentazione, ma credo che l'ultimo lavoro di Ferrajoli si possa comunque inscrivere in quel filone del pensiero giuridico che ha riflettuto sull'effettività del principio democratico nelle società complesse tardo-moderne e quindi si è posto anche la questione del radicamento di tale principio nella coscienza collettiva e in quella degli operatori del diritto (si veda, a tal proposito, il saggio qui pubblicato di Ferrajoli che definisce la sua proposta “una teoria della democrazia costituzionale empiricamente ancorata all'esperienza storica del costituzionalismo democratico”, *infra*, p. ). Prendendo a prestito una illuminante classificazione di Pier Paolo Portinaro, si potrebbe affermare che Ferrajoli, inserendosi a pieno titolo nelle file dei “kelseniani di sinistra”, coglie nell'affermazione dell'autonomia della scienza giuridica della teoria del giurista vicino al Circolo di Vienna gli aspetti anti-autoritari (oggi potremmo dire anti-populistici, qualora il populismo venga considerato la forma tardo-moderna dell'autoritarismo politico). La teoria giuspositivistica del diritto viene infatti reinterpretata da Ferrajoli alla luce del relativamente nuovo paradigma dello “Stato costituzionale di diritto”, fondato sulla rigida subordinazione del diritto positivo legislativo ai princi-

pi costituzionali concepiti quali norme di riconoscimento della sua validità.

In tale prospettiva, viene portata a sintesi l'alternativa epistemologica fondamentale della scienza giuridica moderna tra il versante dogmatico-normativistico, teso ad analizzare il senso e la validità degli enunciati normativi posti dal legislatore, e quello realistico-sociologico, chiamato a descrivere i comportamenti degli individui orientati alle norme giuridiche e quindi il loro grado di effettività. Diventa possibile parlare di "diritto giuridicamente invalido", di un "dover essere interno" al diritto stesso, in quanto una "legge è valida non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza ad un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai contenuti o significati, con le norme costituzionali di grado ad essa sopraordinato" (vol. I, p. 17). Il diritto costituzionale pone in tal modo stretti confini allo spettro delle decisioni della politica. Quest'ultima diventa strumento diretto "necessariamente" ad assicurare il massimo di effettività ai principi costituzionalmente stabiliti. Il legislatore non solo è tenuto a non ledere i diritti individuali dei cittadini, e quindi non gli è permesso di decidere in tale direzione, ma è in qualche misura *obbligato* ad emanare provvedimenti normativi che siano in grado di dare effettività ai diritti sociali. Si amplia di molto la sfera dell'indecidibile e si riduce allo stesso tempo l'ambito di decisione del potere esecutivo, in quanto "gran parte delle funzioni amministrative sviluppatasi con la costruzione dello Stato sociale – la scuola, la salute, la previdenza e simili – non sono affatto funzioni di governo, bensì funzioni di garanzia il cui esercizio, non meno della funzione giudiziaria, consiste nell'accertamento dei suoi presupposti di legge e richiederebbe perciò non già dipendenza e controllo, ma al contrario indipendenza dal potere esecutivo" (*infra*, p. ).

Alcuni critici di Ferrajoli hanno sostenuto che una proposta teorica di questo tipo possa rischiare di rappresentare una sorta di "blindatura" della democrazia riducendo eccessivamente gli spazi della politica (Portinaro); altri hanno affermato, rispolverando la vecchia ma sempre attuale dialettica marxiana tra struttura e sovrastruttura, che Ferrajoli pecchi di eccessivo idealismo, in quanto il diritto non sarebbe in grado di intaccare i presupposti materiali ed economici dei sistemi politici e quindi anche di quelli definiti democratici (si vedano le considerazioni di Rescigno in questo numero). A tali critiche la risposta qui pubblicata di Ferrajoli è chiarissima: per un verso, l'idea di tanta vulgata marxista secondo la quale il diritto "viene determinato e non determina" ha ricevuto dure repliche della storia ed è stato alla base, ci ricorda Ferrajoli, del fallimento dei socialismi reali, "dovuto principalmente al disprezzo del diritto e dei diritti come limiti a tutti i poteri e all'illusione opposta e sempre terribilmente nefasta del 'potere buono', in forza della presunta bontà di chi lo detiene (la dittatura del



proletariato?)” (*infra*, p. ); per altro verso, “l’introduzione (...) dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti è sempre una conquista politica, che dipende dalle lotte sociali a suo sostegno” (*infra*, p. ) ed è compito appunto dei movimenti sociali e politici l’adeguamento delle costituzioni, e lo stesso giurista “*deve essere* un riformatore: deve criticare come illegittime le antinomie espresse dalle leggi invalide perché in contrasto con la costituzione” (*infra*, p. ), abbandonando definitivamente quel modello dei giuristi *servi legum* tante volte ricordato da Paolo Grossi come il residuo storico della legolatria del primo giuspositivismo.

Emerge qui la radice illuministica in senso kantiano del pensiero di Ferrajoli, l’incrollabile “fede nella ragione” che un altro mondo sia possibile e che le carte costituzionali, se prese sul serio, possano essere un potente strumento con il quale favorire l’avvento. E se questo non dovesse avvenire l’umanità non potrà invocare alcuna avversa filosofia della storia, ma solamente la sua responsabilità davanti alle generazioni che verranno.



*SAGGI*





## Introduzione a *Principia iuris*

Mauro Palma

### 1. Osservazioni preliminari

Confesso di avere avuto alcune difficoltà nel dare una direzione a queste mie brevi osservazioni. La prima difficoltà è nel misurarmi con la sistematicità e la completezza di un'opera che non consente approcci parziali, senza inquadrarli “doverosamente” in quello spazio di discorso che essa rigorosamente definisce. Un'opera di complessiva ri-costruzione dello spazio delle norme, delle azioni, degli effetti, delle garanzie, dei diritti individuali e sociali e dei riflessi obblighi, che – come è in essa esplicitamente affermato – vede nel *diritto* il fulcro della costruzione della *democrazia* e nella *ragione* l'essenza costitutiva del *diritto* stesso. Un'opera globale, quindi, che si muove nel solco illuminista, nell'assoluta prevalenza della ragione, e che, in tal senso, sebbene amara nell'analisi del presente e nel sottoporre a criteri di razionalità e consistenza logica nuove pratiche e nuovi temi del diritto concreto, è sostanzialmente ottimista perché fiduciosa nella possibilità di un criterio informatore e riorganizzatore della complessità. Con un'opera così sistemica è difficile misurarsi. Anche per chi ha avuto la possibilità, nel corso degli anni che hanno accompagnato la sua costruzione, di parlarne ogni tanto con l'autore e oltretutto gode del raro privilegio di non essere spaventato e respinto dall'ampio uso di formalizzazioni e simboli.

La seconda difficoltà ha, invece, una radice più strettamente biografica, dovuta alla mia formazione scientifica che, seppur partita dalla logica, in particolare quella deontica, da tempo ne ha smarrito le tracce, in quanto, sebbene non giurista, ho accentuato la frequentazione giuridica, fino a trovarmi a guidare i lavori di un Comitato composto prevalentemente di giuristi, qual è il Comitato europeo incaricato di controllare il rispetto degli obblighi che derivano agli Stati dall'articolo 3

della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Questa seconda difficoltà mi fa sentire un po' straniero in entrambe le aree – la logica e il diritto – pur avendo con esse un profondo rapporto esistenziale.

Una terza difficoltà nasce dalla connotazione specifica del mio attuale lavoro, di costante monitoraggio di luoghi opachi quali sono quelli della privazione della libertà, che mi porta a confrontarmi con la materialità spuria dell'esercizio e del non esercizio del diritto: un lavoro "nel diritto", quindi, che difficilmente si misura col rigore logico e definitorio dell'opera di Luigi Ferrajoli che sostanzialmente si costituisce come un lavoro "sul diritto". Il lavoro "nel diritto" è fortemente incardinato nella materialità dell'applicazione, è segnato nel suo corpus teorico dalla effettività degli esiti di quanto affermato e stabilito, quello "sul diritto" è, invece, depurato da tale materialità e indica i principi e le linee asintotiche verso cui quelle attualizzazioni dovrebbero convergere.

Nel diritto penale empirico con cui mi misuro, quello dei luoghi spesso poco trasparenti ove l'esercizio di giustizia ha il suo punto di arrivo e la sanzione si manifesta in concretezza e quotidianità, in materialità che si fa sofferenza e spesso violazione, ignominia, tortura, la fallacia non è logica, è fattuale e, come tale, è insanabile. Con questo molteplice sentimento – il fascino per la costruzione logica, la condivisione della centralità della ragione e del diritto nella costruzione della democrazia moderna, l'eco della mia esperienza di verifica del diritto concreto – mi sono avventurato nella lettura dell'opera di Ferrajoli, sviluppando preliminarmente alcune osservazioni e successivamente evidenziando alcuni nodi critici che vorrei condividere con l'autore e gli altri affascinati lettori.

La prima osservazione, a cui peraltro ho già accennato, è che la costruzione proposta ha il suo cardine nell'affermazione di un'intrinseca interdipendenza della democrazia dal diritto e del diritto dalla ragione. Da qui nasce la stessa scelta metodologica di proporre una teoria assiomatica del diritto, così come

esso si configura nei Paesi che nel secondo dopoguerra si sono dati una Costituzione scritta, rigida e garantita. La teoria assiomatica è funzionale a una teoria della democrazia costituzionale, non assiomatica, ma scandita sulla base dell'assiomaticizzazione della precedente. La democrazia è l'espressione empirica dell'impianto formale, è la sua equivalente isomorfa e non già un insieme di pratiche di buon governo. La democrazia è tale se non tradisce tale isomorfismo.

A questa scelta di metodo, Ferrajoli rivendica una “funzione pratica”: non già quella di fornire una ricostruzione pulita, depurata da fallacie e, quindi, coerente, quasi una organizzazione logica di materiale che nella concretezza si è definita e che richiede di essere sistemata *ex post*. Egli scrive, infatti, che *“il metodo assiomatico rappresenta [...] un potente strumento di chiarificazione concettuale, di elaborazione sistematica e razionale, di analisi critica e – si badi bene – di invenzione teorica, quindi, particolarmente efficace ai fini dell'esplicazione della crescente complessità e ineffettività degli ordinamenti moderni”*.

Il sistema assiomatico, formale – questa è la seconda osservazione – non è parte aggiuntiva, eliminabile dell'opera; è la sua intrinseca struttura e ragione. Infatti, se è vero che i passaggi del calcolo sono facoltativi, anche se di semplice lettura e tali da rendere trasparenti le affermazioni del testo, è altresì vero che la necessità e l'esistenza del calcolo sono connotazioni strutturanti l'opera. L'autore ne dà ragione a partire dalle due divaricazioni deontiche tra “validità” e “vigore” delle leggi e tra “vigore” ed “effettività” del diritto nelle prassi istituzionali. La riduzione di tali divaricazioni è il principio che informa l'opera. Da qui egli sviluppa sia la critica al diritto illegittimo, cioè in contrasto con la Costituzione, sia l'elaborazione delle garanzie quali tecniche per ridurre l'ineffettività delle promesse costituzionali.

La terza osservazione che mi preme sottolineare riguarda l'impianto dell'opera, opportunamente definito “gius-costituzionalista” o anche di “costituzionalismo fortissimo” (e non a

caso non viene usato il termine “neo-costituzionalista” per evitare quell’aspetto di sovrapposizione di piani etici e piani normativi che tale termine porta con sé). Le Costituzioni del secondo dopoguerra, in generale, e quella italiana in particolare apportano – egli osserva – una profonda modificazione della struttura del diritto perché precludono la produzione di norme invalide in quanto in contrasto con i diritti di libertà e impongono la produzione di leggi di attuazione idonee a garantire i diritti sociali. Esse rappresentano, dunque, un sistema di limiti e anche di obblighi al potere, altrimenti sovrano, della maggioranza. Qui risiede il rapporto con la democrazia: rapporto che è conflittuale solo se si interpreta la democrazia come onnipotenza della maggioranza, cioè “democrazia politica”; mentre non lo è se è intesa come garanzia dei diritti fondamentali per tutti, cioè appunto “democrazia costituzionale”.

Un’ultima osservazione preliminare riguarda il procedere del calcolo: il calcolo funziona, si sviluppa coerentemente e con completezza. Alcuni elementi di “ingenuità” logica che possono essere evidenziati attengono alla maggiore o minore laboriosità dell’impianto, in parte non rispondente a puri criteri elaborati di logica deontica – si tratta principalmente di logica predicativa del I ordine con l’aggiunta di operatori aletici, circa la possibilità e la necessità – ma l’impianto stesso funziona, non presenta fallacie e la sua semplicità è elemento di forza.

A partire da queste preliminari osservazioni, si evidenziano quei nodi a cui ho accennato precedentemente.

## 2. I “nodi” critici

Il *primo nodo*, che considero ancora irrisolto, risiede nell’intrinseca incompletezza del sistema. Può, infatti, un sistema quale quello proposto essere completo?

In termini generali, credo che la risposta sia negativa, perché ritengo che altrimenti sarebbe la fine della storia. Sappiamo che i sistemi logici non sfuggono a due criteri: quello della coerenza e quello della completezza. Sono due principi impo-



sti allo stesso legislatore. È semplice accettare il principio della coerenza per i sistemi che descrivono atti di espressione e/o comportamento, quali i sistemi linguistici o il sistema penale. Infatti, in quest'ultimo, un comportamento non deve essere qualificabile come lecito e come non lecito, né un atto derivato da uno lecito può mai essere qualificato come illecito.

La questione della completezza è, invece, meno lineare perché si pone sotto due diversi aspetti. Il primo è quello che una condotta non può essere inqualificata deonticamente; il secondo è che se si danno relazioni logiche tra norme, il legislatore deve svolgere tutte le implicazioni logiche delle norme d'ordine superiore. Ne seguono due possibili ipotesi di lacuna dei sistemi normativi: la mancata connotazione deontica di una condotta e la mancata emanazione di una norma che renda effettiva un'altra norma.

Ferrajoli non nega il rischio dell'incompletezza. Egli, al contrario, lo presenta come valore aggiunto, quando nelle prime pagine dà conto della sua scelta per un metodo assiomatico: "*Si capisce che una teoria così costruita è come un mosaico, o se si preferisce un complicato edificio di cui occorre prima gettare le fondamenta, poi alzare i muri maestri e solo successivamente costruire le pareti divisorie e allestire gli arredi interni. Con la differenza che nel lavoro teorico non si dispone fin dall'inizio né dell'intero disegno né dei materiali di costruzione [...] un disegno iniziale esiste [...] una teoria dello stato costituzionale di diritto e delle tecniche di garanzia dei diritti soggettivi, a cominciare da quelli fondamentali?*" (vol. I, pp. 55-56). Da qui l'apertura a successive scoperte che egli dà al suo lavoro.

Qui nasce un'ipotesi che io vedo dietro i *Principia iuris*: il sistema proposto sembra motivato anche (e non incidentalmente) da un'esigenza di natura politico-normativa, da un grande desiderio di porre a verifica la produzione delle norme; di porre ordine, freno e verifica logica, a derive ed erronee interpretazioni. In sostanza la proposta teorica di Ferrajoli si pone l'obiettivo di distinguere ciò che è logicamente deducibi-

le da ciò che non lo è, quasi un grande filtro che sottoponga a verifica di coerenza molti temi, elementi spuri entrati nelle norme: aporie, scelte effettuate in base a criteri di opportunità e spendibilità politica e non di fondatezza giuridica e di coerenza democratica. E non è di secondario interesse che i temi affrontati nel secondo volume, proprio quelli più suscettibili di commistione, vengano riportati all'interno dello schema costruito di definizione coerente di democrazia costituzionale, depurandoli da false semantiche o piegature acquisite nel dibattito politico (ciò è evidente, in particolare, nella parte relativa ai diritti sociali).

Nel risistemare e depurare quanto prodotto, attraverso il vaglio logico definito, Ferrajoli è Euclide, più che Hilbert. Il lavoro del primo, infatti, è rivolto a dare forma e sistemazione logica al materiale precedente, a quanto prodotto, noto e non sistemato; quello del secondo a darne espressione formale depurata da riferimenti esperienziali e, quindi, ad aprire la via ad altre interpretazioni possibili dello stesso schema formale costruito.

Ferrajoli ha più l'interesse del greco, che non quello del tedesco. Anche se parla di sfida di inventare – il sistema “*sollecita l'immaginazione e l'invenzione teorica*” – è evidente che il suo interesse è porre rigorosamente ad analisi le eventuali invenzioni, piuttosto che formularne di nuove. Non si tratta di costruire un nuovo diritto, come per il geometra non era costruire un nuovo spazio possibile; si tratta piuttosto di capire se e come nuovi elementi siano coerenti con l'impianto complessivo.

Tanto meno c'è la libertà di “movimento” logico, gioco coerente, verità come combinazione possibile, apertura verso l'imprevedibile – che è una connotazione logica del Novecento. Qui, invece, l'impianto di arrivo è noto nelle sue caratteristiche costituenti, il sistema è dato e si vuole mostrare la sua coerenza e l'intrinseca incoerenza di altre scelte – che pur si dichiarano appartenenti allo stessa opzione democratica.

Il *secondo nodo* è il rapporto con la formalizzazione. Si potrebbe dare impianto logico anche senza formalizzarlo.

L'accentuazione formale aiuta o disorienta? Non è un problema di lettura: se il diritto è elemento strutturante dello stato costituzionale e, quindi, della sfera pubblica, quale comunicazione del diritto va praticata?

A chi ha da lontano seguito Ferrajoli negli anni, la scelta della formalizzazione appare naturale: il diritto è sistema logico formalizzabile e *“compito della (metateoria) semantica della teoria del diritto è l'identificazione dell'insieme di cose e/o esperienze che formano l'oggetto della teoria del diritto e rispetto al quale le tesi in questa formulate possono essere interpretate e verificate”*. Così già in un suo saggio di qualche anno fa in un volume in onore di Norberto Bobbio (cfr. Scarpelli, 1983).

La formalizzazione scelta segue, come già detto, le regole della logica e i suoi simbolismi. È vecchia la discussione sulla potenzialità informativa della formalizzazione. Basterà citare alcune delle polemiche che hanno accompagnato il programma logicista relativo a un'altra disciplina, che pure già faceva ampio ricorso a strumenti formali, la matematica.

Ogni tanto al lettore non accorto possono venire in mente, consultando il terzo volume, alcune esclamazioni di Henri Poincaré: *“ma – egli scriveva – se ci vogliono ventisette equazioni per stabilire che 1 è un numero, quante ne occorrono per dimostrare un vero teorema?”*<sup>1</sup>. *“La risata di Poincaré – scrive Gabriele Lolli, nel riportare la frase – risuona ancora oggi devastante contro le pretese di scrivere matematica in un linguaggio simbolico e si trasmette nell'invincibile insofferenza del matematico per tutto quel che sa di linguaggi formali e di logica”*.

Egli attaccava mentre gli avversari esultavano per la realizzazione del sogno leibniziano di costruire una *lingua caratteristica* e un associato *calculus ratiocinator* – il famoso «cal-culemus!» – attribuendo alla formalizzazione proprio i pregi opposti a quelli che Poincaré individuava come difetti: chiarezza, brevità, precisione e maggiore affidabilità.

A questo dilemma ci troviamo ancora oggi. Cosa è la chiarezza e l'esplicitività del linguaggio? È vero che essa è garan-

tita dall'autoevidenza del linguaggio formale, come in fondo Ferrajoli sembra ritenere?

Certamente aiuta in questa ipotesi Rudolph Carnap: *“Nel linguaggio simbolico, a differenza che nell'ordinario linguaggio di parole, abbiamo segni che non sono ambigui e formulazioni che sono esatte: in questo linguaggio perciò la purezza e la correttezza di una derivazione può essere controllata con maggiore facilità e accuratezza [...] Una derivazione in un linguaggio di parole involve presupposti che non erano stati resi espliciti, ma si erano infilati inavvertitamente. Un ulteriore vantaggio di usare simboli artificiali al posto di parole si rivela nella concisione e nella perspicuità delle formule simboliche. Spesso un enunciato che richiede molte righe in un linguaggio di parole (e la cui perspicuità è di conseguenza ridotta) può essere rappresentato simbolicamente in una riga o meno”* (R. Carnap, 1958: 2).

Se riconosciamo al diritto il ruolo di fattore costitutivo, di costruttore della democrazia e riconosciamo che lo spazio pubblico della comunicazione democratica si costituisce come spazio di produzione di regole e norme, non più relegate alla sola istanza produttiva del legislatore, allora il problema della comunicazione del diritto viaggia di pari passo a quello della sua consistenza logica. Sotto questo profilo, molto deve essere fatto perché la coerenza non sia più soltanto un mero controllo logico, ma un tessuto comune di impianto logico e di impianto fattuale.

Il *terzo nodo* è nel doppio ruolo di un sistema assiomatico: definire un possibile universo di discorso oppure descrivere rigorosamente un universo già altrimenti definito. Il nodo è, in sintesi, tra sistema assiomatico che definisce il mondo possibile e sistema assiomatico che dà ordine a un mondo variamente descritto.

Ho accennato al fatto che Ferrajoli nega fortemente la possibilità di vedere il controllo logico come un gesto *ex post* a cui sottoporre la produzione normativa e l'impianto del diritto. Questi lo vede piuttosto come un *ex ante* che deve informare la

produzione stessa: è metodo produttivo e non criterio di analisi. Per Ferrajoli la teoria procede per prove, errori e mutamenti proprio grazie al metodo assiomatico che consente ai mutamenti di agire all'interno di un sistema logicamente vincolato. “Più volte – egli afferma – ho cambiato o integrato definizioni e postulati: naturalmente ogni cambiamento di una tesi primitiva (postulato o definizione) comporta l'onere di modificare l'interna catena delle tesi che da essa direttamente o indirettamente derivano”. In questo processo risiede la potenzialità esplicativa del sistema e la sua non chiusura.

La questione, tuttavia, non si restringe a una dichiarazione di principio perché si riflette sul rapporto tra sistema formale del diritto e sistema empirico del diritto. Tra questi due sistemi intercorre per certi aspetti lo stesso rapporto che sussiste tra un linguaggio formale e un linguaggio naturale. Entrambi, infatti, sono insiemi infiniti di espressioni possibili; entrambi distinguono in base alle proprie regole di formazione, le stringhe ben formate dalle altre; entrambi hanno regole di derivabilità di una stringa a partire dagli assiomi. C'è però un'intrinseca differenza tra i due.

Nel linguaggio formale la grammatica è un *a-priori* rispetto all'espressione linguistica: le stringhe del linguaggio formale vengono costruite secondo le regole date; queste possono essere ampliate, ampliando così la descrittività del linguaggio, ma il sistema ha sempre al suo interno un retrogusto di chiusura, di universo sì infinito, ma finitamente descrivibile. Nel linguaggio naturale, la grammatica è, invece, un *a-posteriori* dell'atto linguistico: riporta a regole formali le regole seguite e affermate dall'uso, si modifica in conseguenza del modificarsi della realtà. Le regole vengono dopo l'espressione e non vincolano certamente le espressioni possibili.

Quando tentiamo di afferrare un linguaggio naturale e di descriverlo formalmente, facciamo ricorso a regole *context-sensitive*, cioè regole applicabili in contesti dati, tali che stesse formule producono nuove formule in modo diverso a seconda, appunto, dei contesti in cui sono collocate. Al contrario, quan-

do vogliamo generare un linguaggio formale a partire dalle sue regole grammaticali, ci accorgiamo che le regole di trasformazione sono regole essenzialmente, se non unicamente, *context-free*, ovvero indicano trasformazioni di stringhe che si attuano indipendentemente dal contesto in cui esse sono collocate. Naturalmente le grammatiche *context-free*, possono essere molto articolate, generare linguaggi infiniti e complessi, capaci di ampio impiego. E', tuttavia, come se il contesto non esistesse nella loro generazione di parole e frasi, quasi che il linguaggio generato sia già intrinsecamente depurato da ogni contestualizzazione.

Ebbene, penso che un rischio del sistema assiomatico proposto da Ferrajoli sia nella sua accentuazione di linguaggio formale con regole essenzialmente indipendenti dai contesti, che rendono il sistema intrinsecamente chiuso, quantunque in espansione e potenzialmente ampliabile. Proprio nel confronto tra il diritto descritto formalmente attraverso i suoi 16 postulati e le sue 276 definizioni, e il diritto empirico, questa intrinseca chiusura sembra delinearsi. È vero che Ferrajoli cerca di evitare questo rischio accentuando, da un lato, sulla potenzialità inventiva e chiarendo, dall'altro, che il linguaggio formale proposto è di tipo "osservativo" – ove, cioè, termini extralogici designano oggetti e processi osservabili – e non di tipo "teorico" – ove esistono segni logici e termini non esplicitamente definibili in base ai termini osservativi.

Non solo. Egli accentua il fatto che nelle discipline giuridiche i linguaggi osservativi sono due, corrispondenti alle due interpretazioni che si possono dare alla teoria, normativistica e realistica. In questo modo egli si cautela anticipatamente rispetto alla possibilità che la sua assiomatizzazione del linguaggio normativo sia tacciata di "mero formalismo" (e, quindi, di linguaggio puramente teorico).

Eppure non sfugge a un rischio di fondo che il sistema designato e formalizzato abbia difficoltà ad aprirsi alla contingenza e alla mutevolezza della storia e della complessità sociale, alle nuove regole che possano stabilirsi. Le inseguirà, cercherà

di acciuffarle al proprio interno, di riportarle al proprio sistema, ampliando e modificando, se necessario, definizioni e assiomi e, quindi, ricontrollando tutte le conseguenze che tali modifiche determinano. Il rapporto tra sistema e realtà, tuttavia, non di meno appare sempre più complesso e non limitabile.

L'*ultimo nodo* che mi preme sottolineare muove dalla fonti del diritto che, nei sistemi europei, anche fortemente influenzati dal diretto contatto con i sistemi del *common law*, si limitano sempre meno alle norme, ma si aprono anche e soprattutto alla giurisprudenza. L'insieme dei *cases-law* costituisce anch'esso una fonte normativa e tuttavia per esso il controllo di adeguatezza formale è di per sé più complesso di quanto non lo sia per le norme. Legge e sentenza, infatti, hanno due statuti diversi quando le si considera come elementi costruttori dell'impianto logico del diritto, quasi il primo si riferisca alla logica e il secondo all'euristica; il primo sembra appartenere all'ambito del definibile, il secondo a quello del possibile.

Con un'analogia forse ardita credo che i rapporti tra teoria formale del diritto, diritto e diritto agito siano un po' come quelli che si stabiliscono in logica, almeno nella logica del dopo Turing, tra ambito del definibile, ambito del computabile e ambito dell'implementabile. Nell'ambito del definibile è l'astratta consistenza logica degli oggetti definiti a interessare, il loro non essere contraddittori: si può così liberamente parlare di oggetti infiniti, di a-temporalità degli asserti; ciò che conta è che valga il principio di non contraddizione e cioè che non possano essere sia *A* sia *non A*.

L'ambito del computabile, così come Alan Turing ce lo consegna e come in seguito i logici delle funzioni ricorsive svilupperanno, richiede non solo la coerente definibilità degli oggetti, ma anche l'esistenza di una procedura che ne dia una definizione costruttiva. Tale costruzione è essenzialmente teorica: non risponde a limiti di spazio o a considerazioni temporali, perché ciò che è essenziale è la sua descrivibilità finita. L'ambito dell'implementabile è, invece, quello dell'eseguibilità delle procedure descritte, della loro concreta implementazione.

Ebbene, credo che se la logica dell'implementabile è quella che guida le scelte politiche, le decisioni e le concretizzazioni delle scelte normative, è la logica del computabile, nel senso sopra chiarito, a costituire l'asse del diritto quale sistema regolatore di una dinamica complessa e mutevole, quale è la dinamica sociale. I sistemi formali, assiomatici, a loro volta danno indicazione e guida al diritto, ma temo appartengano alla logica del definibile e come tali siano prossimi, ma irriducibilmente distinti dalla logica del computabile. Certo senza di essi i sistemi del computabile non esisterebbero o non avrebbero un criterio logico costitutivo; tuttavia non sono a essa riconducibili.

*Principia iuris* è un'opera è volutamente in fieri, aperta, manifesto programmatico. Voleva forse essere lavoro definitivo e definitorio; si trova, invece, a sfidarci non solo richiedendoci di porre a verifica logica l'esistente, ma soprattutto delineando un orizzonte concettuale in cui collocare una credibile attività normativa.

#### NOTE

<sup>1</sup> Riportata da Gabriele Lolli (1987) e tratta dall'opera di Poincaré, *Les dernières efforts des logiciens*, 1908.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Carnap R. (1958), *Introduction to Symbolic Logic and Its Applications*, New York, Dover.

Lolli G. (1987), *La Macchina e le dimostrazioni: Matematica, Logica, Informatica*, il Mulino, Bologna.

Scarpelli U. (1983), a cura di, *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali: studi dedicati a Norberto Bobbio*, Ed. Comunità, Milano.



## Una corrente ben temperata

*Eligio Resta*

Un giurista che comincio ad amare molto più di quanto non avessi fatto da ragazzo, Jean Carbonnier, alla fine di un vecchio saggio si pone la domanda: “Ma il diritto ci rende felici?” Quello che colpisce nella domanda di Carbonnier è l'apparente incongruità tra l'idea della felicità e la pratica del diritto, dalla quale emerge una riflessione di notevole spessore sul senso dell'esperienza giuridica. Se in Hobbes è l'euristiche della paura a giustificare il diritto, nell'utilitarismo illuministico il senso dell'esperienza giuridica è riferibile alla maggiore felicità del massimo numero possibile dei cittadini (o la minore infelicità del minimo numero); si potrebbe ripercorrere la lunghissima deriva delle teorie giuridiche lungo questo asse. La domanda di Carbonnier non è dunque peregrina e ci aiuta a cogliere un po' del cuore segreto del diritto. Ovviamente il termine “felicità”, da raggiungere attraverso il diritto, è molto impegnativo e presuppone passaggi difficili. Propongo allora di tradurre la domanda di J. Carbonnier in qualcosa di più banale: ma *il diritto ci salva?*

Domanda legittima, anche perché, senza avere la pretesa di allungare lo sguardo sulle complicate dimensioni “soteriologiche”, ci suggerisce quali siano le aspettative diffuse e il ruolo che la teoria attribuisce al diritto. Non è un caso che da qualche tempo a questa parte tali interrogativi finiscano per essere esplicitamente presenti nel dibattito teorico. Sicuramente si tratta di un effetto tutto intrinseco al modo di osservare e valutare le mille pieghe dell'esperienza giuridica, ma è anche una semantica influente del modo di “vivere” il diritto contemporaneo. Vi sono, ad esempio, alcune recenti e importanti opere in cui questo interrogativo ricompare.

Si tratta di autori particolarmente significativi, con cui condivideremmo molti giudizi, che hanno riflettuto non soltanto dal punto di vista storico e che hanno sempre suggerito una sot-

tile antropologia del diritto. Del resto più rilevanti sono le ricostruzioni analitiche, più c'è da attendersi che emergano *background theories* sottese al quadro teorico complessivo e una di queste riguarda più o meno segretamente il ruolo del diritto. Si potrebbero fare molti nomi di studiosi in cui vi è un segreto investimento fiduciario sulla "salvezza" attraverso il diritto. Cambiano magari i presupposti e le motivazioni, ma quelle domande rimangono sempre al centro della discussione.

Ho l'impressione che, ai margini estremi di queste riflessioni, si scontrino persino fondamentalismi opposti: quello di chi sostiene che il diritto ci salva sempre e quello di chi afferma che il diritto non ci salva mai. Si sa che i fondamentalismi sono un problema in sé e mi guardo bene dall'assumerli come la traccia dirimente. Voglio provare a leggere in questa chiave i *Principia iuris*, anche perché conosciamo tutti bene quanto laica e aperta sia la posizione di Ferrajoli. A rifiutare questo fondamentalismo non da oggi, ma grazie soprattutto a quest'ultima opera, credo che ancora una volta Ferrajoli ci debba aiutare.

Se dovessi tradurre in una formula quello che è il messaggio complessivo che ricavo dalla lettura di questo libro, rispetto a questo problema, è un antifondamentalismo in cui alla fine direi che il diritto ci avrà salvato quando ci avrà salvato, nel senso che non si può preventivamente attribuire al diritto il potere di produrre realtà a partire dalla somiglianza con la norma. Sarebbe un tipico caso che dei dispositivi che Ferrajoli descrive come fallacie normative. Non vorrei, tuttavia, neanche raggiungere la tesi opposta, che ricadrebbe nella cosiddetta fallacia naturalistica, per cui quello che accade contraddice la realtà.

La tesi di Ferrajoli scava dentro queste dimensioni, scava fino in fondo e ci aiuta a capire. Devo dire che è talmente rigoroso il meccanismo del ragionamento che qualcuno può essere portato a dire qualcosa del genere, che la teoria del diritto disegnata da Ferrajoli non lascia vie di scampo e prefigura una salvezza attraverso il diritto. Alla fine, tuttavia, essa è esattamen-

te il contrario di questo modello: il diritto non ci salva perché è dentro un meccanismo di contraddizioni deontiche.

Il rapporto fra fatto e norma, fra essere e dover essere è un dispositivo vitale della teoria di Ferrajoli. Rescigno ha ragione quando parla di *totalitarismo*, ma il totalitarismo non è della teoria. Il totalitarismo appartiene ad un'altra dimensione, che al contrario, viene sottoposta ad una critica feroce e radicale: si tratta del totalitarismo dei sistemi giuridici.

Qui avremmo bisogno di uno spazio di scrittura più ampio, ma dal punto di vista logico gli argomenti sono molto interessanti. I sistemi complessi sono sistemi che non si preoccupano della loro incompletezza, la danno per scontata, ma come lavorano in maniera totalitaria? Essi assumono, come fa il sistema giuridico<sup>1</sup>, che sarà il sistema stesso a dire come dovrà essere completato. A cominciare da una norma apparentemente neutra (persino elemento di garanzia) che ci aiuta a capire questo meccanismo: l'articolo 1 delle disposizioni preliminari al Codice Civile. Il sistema giuridico afferma che le fonti del diritto sono quelle che il diritto dice essere fonti del diritto. Si tratta di un meccanismo di auto riferimento, un meccanismo di auto posizione, che potremmo riferire anche al mondo antico, come una tipica operazione costruttivistica.

Interessanti le pagine del primo volume di Ferrajoli dedicate al concetto di bene giuridico, che attraversa fino in fondo il costruttivismo giuridico. Sarebbe sostanzialmente errato pensare di non avere la possibilità di valutare dall'esterno il meccanismo attraverso il quale si costruisce il sistema giuridico, così come sarebbe del tutto inadeguato il non avere una teoria che ci faccia capire se il sistema è coerente rispetto a se stesso. Quindi il carattere totalitario esiste, ma è quello del sistema giuridico moderno; con la sua teoria, Ferrajoli ci offre una grande apertura, una finestra aperta sul costituzionalismo moderno che con quel "totalitarismo" ha da sempre dovuto fare i conti.

Il mio sguardo su questo libro, quindi, è lo sguardo di chi pensa, così come aveva suggerito Scarpelli per l'etica, ad una

sorta di etica senza verità. Ricordo i bellissimi dibattiti con Uberto Scarpelli, in cui quest'ultimo, in riferimento anche a Ferrajoli, sosteneva che una teoria analitica che si mescoli ad una passione civile diventa una miscela esplosiva, diventa un elemento di grande apertura ed emancipazione. La teoria di Ferrajoli la leggo in questa maniera, in una dimensione laica, non totalitaria; in una dimensione aperta, non chiusa.

L'esempio della guerra che ha fatto Salvatore Senese è un esempio che sta dentro questo meccanismo. La guerra è vietata e il diritto è antitesi della guerra, ma le guerre ci sono e guai a pensare che il fatto che esista una norma che le vieta basti a fermarle. Però essa ci deve servire non soltanto per capire che una guerra è vietata, ma anche qualcosa in più. Qui il messaggio di Ferrajoli è un messaggio che sento di sottolineare, a partire dalla consapevolezza che il diritto viene violato.

L'esempio della guerra potrebbe essere affiancato da tanti altri. Ne accenno due: una è la questione dell'emergenza. Non c'è, sulla base dei sistemi costituzionali moderni, la possibilità di legittimare alcun diritto dell'emergenza. Per cui il modello americano della *Costituzione per l'emergenza* è fondamentalmente incoerente e auto contraddittorio. Non bisogna però dimenticare che le pratiche dell'emergenza avvengono nei fatti. Un esempio di ciò è portato dai decreti antiterrorismo, su cui l'unica Corte Costituzionale al mondo a essere stata chiara ed esplicita è stata quella tedesca, che ha dichiarato illegittima la "legge sulla sicurezza dello spazio aereo" utilizzando la categoria della dignità umana. I passaggi sono interessanti, e sarebbe importante ripercorrerli tutti, ma risulta impossibile farlo in questa sede. In ogni caso, in sostanza la conclusione è: guai a pensare che l'emergenza sia una pratica inesistente, ma guai a pensare che sia legittima. Il rapporto fra la legittimità e l'esistenza è lo spazio aperto dentro il quale una teoria ci aiuta a capire.

Un altro esempio è sotto gli occhi di tutti. Stefano Rodotà ci ha raccontato, sempre in maniera molto puntuale, che cosa avviene sul versante della dimensione della vita. Del resto la politica se n'è appropriata fino in fondo<sup>2</sup>.

L'esempio dell'emergenza, della vita, del corpo, della guerra: guai a pensare che tutto il mondo debba essere costruito intorno alla corrente fredda del diritto. Né che esista soltanto la corrente calda della politica. Un'aria ben temperata è fatta da un gioco di rimandi continui della corrente calda della politica e della corrente fredda del diritto. E questi due punti di vista devono essere assolutamente presenti all'interno della ricostruzione di questo difficile presente. La corrente fredda del diritto è una corrente grazie alla quale noi possiamo comprendere quanto importante sia una corrente ben temperata fra politica e diritto.

Qui le pagine del secondo volume di Ferrajoli sono esemplari, perché la teoria del diritto non può che essere in rapporto con la teoria della democrazia. Non so nemmeno se si possa dire che il diritto è condizione necessaria – anche se non sufficiente – della democrazia, ma qualche volta ci penso. Il legame è dato esattamente dal problema della Costituzione.

Nelle cadute deontiche della fallacia naturalistica e della fallacia normativistica vedo il rinascere della dimensione del tragico. Certo, qualche volta sembra che il tragico sia assente dalle pagine di Ferrajoli, ma in realtà non è così: esso comincia esattamente nel momento in cui noi possiamo rilevare che una norma prescrive, ma – nello stesso tempo – possiamo descrivere diversamente la realtà. Il tragico comincia lì, quando la guerra è vietata, ma – nonostante il divieto della guerra – la guerra c'è. Questo è il punto, qui ritorna il tragico, il tragico dell'antico. Non è vero che non ci sia tale dimensione in Ferrajoli, anzi la rivendico come il punto a partire dal quale il tragico è soltanto più visibile ed è il tragico moderno, non è soltanto il tragico antico. È una dimensione che amo particolarmente nel discorso di Ferrajoli. Non è vero, dunque, che si abbia questa teoria totalizzante. Anzi, grazie ad essa possiamo scoprire la dimensione totalizzante delle ideologie, quella che forse con il linguaggio di Ferrajoli potremmo definire come fallacia ideologica.

Rileggendo quest'opera, finalmente pubblicata, mi veniva in mente una domanda filosofica, una di quelle domande compli-

cate su cui il pensiero si arrovela: “Quando finisce un’opera?”. Sapendo di questo lavoro interminabile, se non fosse per il paradosso che poi questa opera è finita, direi che *soggettivamente* non sarà mai finita. Questo dibattito lo dimostra: sono sicuro che Ferrajoli ci tornerà, risponderà, riscriverà molte cose. Credo che si possa affermare, tuttavia, che si tratta di un’opera *oggettivamente* finita, conclusa, completa, in tutti i sensi filosofici della completezza dell’opera, perché si tratta di un sistema che è soprattutto coerente rispetto a se stesso. Indubbiamente, possiamo usare altri linguaggi, io stesso su alcune cose direi diversamente, però non possiamo non definire completa questa opera. Si tratta, quindi, di un’opera finita; è finita intanto quanto è possibile riferirsi ad essa come a un punto di riferimento.

Mi piace molto l’*incipit* del primo volume. Non c’è da molti anni una discussione che sia all’altezza di questa questione, di cosa è una “teoria del diritto”, questione individuata a cominciare dal titolo, che ci parla di una “teoria” al singolare. Tutta la mia generazione è stata costruita intorno al plurale (“le teorie”), per cui venivano prodotti ampi saggi compilativi, su di un autore che ha elaborato una teoria, e su di un altro autore che ne ha elaborato un’altra, in una sorta di nichilismo in cui tutto equivale a tutto. Lo sforzo di Ferrajoli è al singolare (“la teoria”), perché la sua non è una concezione cumulativa del sapere, ma si tratta di un processo fortemente selettivo, in cui c’è rigore, costruito intorno all’idea di sintassi, di semantica e di prammatica.

È la posizione del positivismo analitico, quella a partire dalla quale Ferrajoli si muove: al centro vi è un oggetto, il linguaggio giuridico e intorno a esso bisogna lavorare. Non si pensi tuttavia che questa idea del linguaggio sia del tutto pacificata e non inquieta. È una teoria fortemente inquieta ed attenta alle pieghe del linguaggio. Ad esempio, Ferrajoli scrive: “*Il mio tentativo di teoria è di rispondere alla confusione dei concetti*” che si trovano sempre di fronte ad una polisemia. Non è il problema del relativismo, è piuttosto la vera dimensione nichili-

stica dell'equivalenza di tutte le posizioni, in cui tutto conta esattamente come tutto il resto, dove non c'è possibilità di giudizio, dove non c'è la possibilità di orientarsi sui significati che sono rilevanti e quelli che non lo sono.

Ferrajoli parte dalla definizione data da Carnap della differenza fra linguaggi osservativi e linguaggi di tipo teorico, ma pone una differenza fondamentale fra l'osservazione e la teoria: la teoria è tutto quello che eccede l'osservazione. Questo è un punto di vista estremamente importante che gli permette di ribadire la famosa legge di Hume, secondo la quale non si può dedurre una prescrizione dalla descrizione dei fatti, ma non si può neanche dedurre una descrizione dei fatti dalla prescrizione, essendo queste dimensioni assolutamente autonome.

A partire da questa posizione, andando avanti e indietro, il dibattito è stato costruito intorno a *questa* differenza. Guardando avanti, di che cosa si discute quando, con Searle, si discute intorno alla ontologia sociale: "che tipo di oggetto è la responsabilità, la legalità? Che tipo di oggetto è questa dimensione tipicamente teorica che sfugge all'osservazione, che bisogna ricostruire?". Credo che qui sia importante ripartire dalla dimensione linguistica, per capire, ad esempio, che la responsabilità è stato il campo semantico che ha ricongiunto da sempre il grande pensiero filosofico, il grande pensiero della teoria della società e il grande pensiero del diritto. Cos'è il diritto, se non il tentativo di mettere insieme le cose di cui siamo responsabili attraverso il gioco tutto umano del domandare e del rispondere? Questo non garantisce nulla, tanto meno la "salvezza" collettiva, ma è l'unico modo, totalmente differente da ogni altra cosa (religione, morale ecc), per "ingannare la violenza".

Se riprendiamo gli argomenti di Senese, che contesta la teoria secondo la quale se non c'è sanzione non c'è diritto, la tesi di Ferrajoli ci porta a dire che si è responsabili anche nei confronti di chi non ti può chiamare a rispondere. Un esempio è fornito dalle generazioni future: se esse vengono richiamate all'interno delle Costituzioni dobbiamo avere anche il senso e

la possibilità di definire la nostra responsabilità, anche se non siamo chiamati a rispondere verso tali generazioni. Questo è il punto: anche se le generazioni future non mi possono chiamare a rispondere, sono responsabile. Ecco l'altra dimensione del *tragico moderno*: esser chiamati a rispondere senza essere responsabili.

Andando indietro nel tempo, Vico aveva parlato di una metafisica fantastica, a proposito del diritto, delle categorie giuridiche. Quanto ai nomi, per esempio, lavorerei diversamente: credo che – in ultima istanza – la polisemia sia sostanzialmente ambivalenza. Non si tratta tanto di confusione, quanto di scoprire – attraverso la polisemia – il carattere ambivalente dei concetti.

Ho lavorato per molto tempo sulla categoria del *pharmakon*. La legge in Platone è *pharmakon* ed è ambivalente, perché è veleno, mentre è antidoto; ci cura ammalandoci e ci ammala curandoci. La tesi che, da Platone in poi, attraversa il diritto occidentale è che “bisogna trovare un farmaco per i mali della città”, ed è quello che fa il legislatore. Cosa fa il legislatore se non avvelenare curando, se non curare avvelenando?

Per esempio, la parola *gewalt*, la “violenza” in tedesco, rimane doppia, come “autorità” e “forza” e sappiamo benissimo che nelle operazioni del diritto la violenza illegittima della società diventa legittima se a giuste dosi. Quali sono le giuste dosi della violenza? Il carattere ambivalente del linguaggio è quello che più mi interessa forse anche di più rispetto al carattere di senso.

Ferrajoli propone un modello, attraverso la teoria, di scienza integrata: un modello integrato di teoria del diritto che faccia piazza pulita degli orpelli delle discipline e che ricongiunga la filosofia, la teoria della società e la cultura giuridica. In ciò Ferrajoli non si ferma alle discipline accademiche, ed è perfettamente cosciente del fatto che le *discipline* sono molto spesso il prodotto di un *disciplinamento*, sono il prodotto del potere delle guardie confinarie dei saperi. Detto in parole molto banali si tratta di operazioni accademiche ben note, ma null'altro.



Bisognerebbe, invece, riprendere quel vecchio dibattito degli inizi dell'Ottocento sul conflitto fra le "facoltà". Sarebbe utile riandare agli oggetti di cui queste discipline parlano e Ferrajoli fa questo: afferma che separare il meccanismo della validità, da quello della effettività, da quello della giustizia, è certamente un meccanismo ermeneutico, ma sarebbe un errore analitico pensare che si possa isolare l'uno dall'altro. Separare per non confondere i concetti, ma riferire l'uno all'altro, riscoprire una dimensione più totale che non totalizzante del fenomeno giuridico.

Credo che questo sia un messaggio estremamente importante soprattutto per valorizzare questo meccanismo che soltanto la filosofia analitica è riuscita a spiegarci, della cosiddetta autonomia relativa del linguaggio giuridico. Questo è un cavallo di battaglia da sempre di Ferrajoli<sup>3</sup>. Quella del diritto è un'autonomia relativa: il linguaggio con cui il diritto parla è un linguaggio sempre tradotto, che corrisponde alla realtà solo in maniera relativa.

Un esempio eloquente è quello delle pagine dedicate al problema della verità. Vero o falso all'interno del diritto non significano la stessa cosa che possono significare all'interno della dimostrazione della prova scientifica. Vero o falso sono da assoggettare al processo di traduzione per cui possiamo legittimamente parlare, giudicare, correggere la "verità processuale". Punto altissimo della filosofia analitica del Novecento, quello per cui il processo è rito. Il rito è un gioco linguistico, in cui non conta la corrispondenza alla verità, ma conta la rilevanza. L'esempio di Wittgenstein è che se le pulci avessero un rito, questo rito riguarderebbe il proprio cane.

Allora, processo significa procedura. Non possiamo chiedere al processo nulla di più che la verità rispetto a se stesso. Non riguarda la verità dei fatti, ma un'altra dimensione. Il processo, per esempio, non può servire come lotta alla mafia, o come lotta a qualunque cosa: il processo deve rispondere all'esigenza di ridurre l'arbitrio per se stesso. Deve, allora, orientarsi alla riduzione del danno del diritto stesso; magari fermandosi un

po' di più sulla consapevolezza che il “tragico” esiste non soltanto “nonostante” il diritto e, a volte, persino, “grazie” al diritto.

Dunque, tornando alla domanda iniziale, proprio la acutezza analitica di *Principia iuris* dovrebbe attrezzarci a diffidare della salvezza e a considerare il diritto come un “gioco serio”: per questo la vecchia sapienza raccomandava di “combattere per i *nomoi* come per le mura della città”. Allora si tratta di lottare e di aspettarsi improbabili salvezze.

#### NOTE

<sup>1</sup> E sarebbe un problema pensare al sistema giuridico come ad un sistema banale, una *trivial machine*.

<sup>2</sup> A tal proposito, segnalo al lettore, nel primo volume dell'opera di Ferrajoli, le pagine esemplari sull'embrione, dove il senso dell'articolazione dei diritti fondamentali di libertà viene costruito in maniera non contraddittoria rispetto al modello costituzionale.

<sup>3</sup> In particolare, “Diritto e ragione” era costruito su questa idea, su questo modello e continua ad essere ancora un punto di riferimento.

## Un'opera inconsueta che coniuga democrazia e diritto, diritto e ragione

Tecla Mazzaresè\*

### 1. Premessa

Un buon libro, scriveva nel 1913 Eugen Ehrlich nella stringatissima premessa ad uno dei suoi lavori più fortunati, *I fondamenti della sociologia del diritto*, deve potersi riassumere in una sola frase; una frase che testimoni l'idea che lo ha ispirato e ne costituisce il fondamento, una frase che individui efficacemente l'idea che vuole affermare e difendere. E i tre volumi editi da Laterza di *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* di Luigi Ferrajoli (in libreria i volumi sono due e il terzo, in cd, con la formalizzazione logica della teoria del diritto, è allegato al primo), a dispetto della mole che sorprende e un po' intimorisce, hanno una frase, perentoria nella sua apparente semplicità, che li riassume tutti e, al tempo stesso, chiarisce perché siano momenti l'uno all'altro complementari di uno stesso progetto teorico. La frase che ne sintetizza l'impianto concettuale e ne rivendica la non celata aspirazione politica, già dieci anni prima della loro pubblicazione, è nelle notazioni conclusive di una splendida *laudatio*, pronunciata da Ferrajoli nel 1997 a Camerino in occasione del conferimento di una laurea *honoris causa* a Norberto Bobbio, là dove si legge: «c'è una cosa che la storia [del Novecento] ci ha insegnato: che nella costruzione della democrazia non esistono alternative al diritto, e che nella costruzione del diritto non esistono alternative alla ragione».

Una convinzione, quella di Ferrajoli nella duplice interdipendenza della democrazia dal diritto e del diritto dalla ragione, che ha accompagnato tutta la sua produzione scientifica già dalla pubblicazione nel 1970 del primo libro, *Teoria assiomatica del diritto*, e ancor prima, come lui stesso ha avuto

modo di ricordare, sin dalla sua tesi di laurea del 1962 *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*. Una convinzione, quella della duplice interdipendenza della democrazia dal diritto e del diritto dalla ragione, che ha sempre continuato a rivendicare e difendere con coerente tenacia nella sua vasta produzione scientifica, nei suoi numerosi interventi sulla stampa e nelle diverse manifestazioni del suo costante impegno civile, contro ogni tentazione decostruzionista che inclini verso forme di pensiero debole e contro ogni propensione realista che indulga alla delegittimazione dei principi dello stato di diritto e dei valori della democrazia costituzionale; una convinzione che in *Principia iuris* ha ribadito, delineandone una teoria compiuta e rigorosamente declinata nella sua articolazione.

## 2. Teoria e prassi del metodo assiomatico

Già prima della sua pubblicazione, da anni, *Principia iuris* è al centro di un vivace dibattito internazionale sia per il singolare profilo metodologico, sia per le tesi sostenute e gli argomenti offerti per fondarle. In particolare, sotto il profilo metodologico, la sua singolarità è quella di proporre una teoria assiomatizzata del diritto (del diritto così come esso si configura nei Paesi, sempre più numerosi dal secondo dopoguerra, che si sono dati una costituzione scritta, lunga, rigida e garantita), teoria, questa, considerata funzionale e al tempo stesso complementare a una teoria della democrazia costituzionale (non assiomatizzata, quest'ultima, anche se rigorosamente delineata e scandita nelle diverse tessere che ne individuano l'impianto complessivo). Non priva di illustri precedenti nella storia della filosofia del diritto (valga per tutti il riferimento a Leibniz), questa singolarità è voluta e risolutamente difesa da Ferrajoli che nella *Prefazione* del primo volume (pp. vi-vii), non solo giustifica l'adozione del metodo assiomatico con «ragioni teoretiche» quali «la semplificazione del linguaggio teorico» e «la chiarezza e l'univocità dei concetti e delle tesi

accolte», ma di questa scelta metodologica rivendica una «funzione pratica» perché «il metodo assiomatico rappresenta [...] un potente strumento di chiarificazione concettuale, di elaborazione sistematica e razionale, di analisi critica e di invenzione teorica, ed è quindi particolarmente efficace ai fini dell'applicazione della crescente complessità e ineffettività degli ordinamenti moderni, nonché della progettazione dei loro modelli normativi e delle loro tecniche di garanzia».

### 3. *L'indecidibile della democrazia*

Quello di cui *Principia iuris* offre una teoria assiomatizzata è il paradigma giuridico che nella letteratura di filosofia del diritto e della politica degli ultimi anni è stato denominato neocostituzionalismo e che, forse per prendere le distanze dalle sue concezioni che tendono ad affermare una (nuova) versione di cognitivismo etico sovrapponendo e confondendo diritto e morale, Ferrajoli preferisce denominare invece giuscostituzionalismo. Sotto il profilo teorico, *Principia iuris* offre, cioè, una teoria assiomatizzata del paradigma giuridico che è possibile ricostruire in relazione agli ordinamenti giuridici dei Paesi che, affrancatisi da regimi totalitari e illiberali, dal secondo dopoguerra si sono dati una costituzione scritta, lunga, rigida e garantita; una costituzione, cioè, che nella positivizzazione dei diritti fondamentali e del principio del mantenimento della pace individua e delimita quella che Ferrajoli denomina “sfera dell'indecidibile”; una sfera dell'indecidibile “che e che non” la quale è sottratta, almeno di principio anche se non sempre di fatto, alla discrezionalità del legislatore ed è preclusa alle ingerenze e interferenze del mercato e della politica. In particolare, nella caratterizzazione che Ferrajoli ne propone all'inizio del secondo volume (p. 19) “[...] la sfera dell'“*indecidibile che*”, cioè di ciò che non è permesso (o è vietato) decidere, [è] determinata dall'insieme dei *diritti individuali* i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli o ridurli; e la sfera dell'“*indecidibile che non*”, cioè di ciò che

non è permesso non (o è obbligatorio) decidere, [è] determinata dall'insieme dei *diritti sociali* i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni idonee a soddisfarli”.

#### 4. *Una scienza giuridica integrata*

Caso quanto mai raro nella letteratura degli ultimi decenni (altrettanto eccezionale, nel 1992, la pubblicazione di *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* di Jürgen Habermas), *Principia iuris* propone, quindi, una teoria unitaria e compiuta in cui diritto e democrazia sono due dimensioni, l'una all'altra complementare, di uno stesso impianto concettuale e di uno stesso progetto politico. Una teoria puntuale nella sua scansione e di sorprendente ricchezza nella molteplicità dei temi affrontati. In particolare, una teoria unitaria e compiuta che, come lo stesso Ferrajoli ha sottolineato a Città del Messico nella prima presentazione pubblica di *Principia iuris*, in netta contrapposizione con una situazione «caratterizzata da un sostanziale analfabetismo giuridico dei filosofi e da un non minore analfabetismo filosofico dei giuristi», propone un «modello integrato di scienza giuridica» che, senza ignorarne le rispettive competenze disciplinari tematiche e metodologiche, rivendica la reciproca complementarietà fra teoria del diritto, dogmatica, filosofia politica e sociologia del diritto.

Che, come si è accennato, già da anni *Principia iuris* sia al centro di un vivace dibattito internazionale non è un'affermazione un po' goffa e un po' maldestra di una recensione che vuole essere compiacente, quanto, in realtà, una notazione che registra un dato di fatto e che consente di segnalare un'ulteriore singolarità di quest'opera per molti aspetti inconsueta.

Nei quarant'anni che ne hanno accompagnato la redazione, infatti, sia la scelta del metodo assiomatico sia le diverse tesi in cui Ferrajoli è andato sviluppando e articolando la propria teoria del diritto e la propria teoria della democrazia sono stati più volte discussi e sottoposti a un attento vaglio critico, non privo

in alcune occasioni anche di toni aspri e accenti polemici. Molti, in particolare, gli incontri di studio che nel corso degli anni sono stati organizzati nelle più diverse sedi universitarie italiane, e ancora più numerosi, forse, quelli organizzati in Spagna, Argentina, Brasile e Messico dove l'attenzione per l'opera di Ferrajoli è davvero grande; tanto grande che *Principia iuris* è già in corso di traduzione per Trotta, casa editrice di Madrid che nel proprio catalogo ha già molti testi *di e su Luigi Ferrajoli*.

Ad ogni osservazione, commento o critica, è questa l'ulteriore singolarità di *Principia iuris*, Ferrajoli ha sempre risposto, testimoniando così della propria irriducibile fiducia nel dialogo e nel confronto, in modo attento e puntuale, spiegando e argomentando ogni volta il perché delle proprie tesi e la ragione degli argomenti scelti per giustificarle. *Principia iuris* è, così, il risultato di un processo di scrittura e riscrittura continua, durato più di quarant'anni; processo che non si è interrotto neppure in fase di correzione di bozze, quando, i due giovani studiosi che lo hanno aiutato, Dario Ippolito e Fabrizio Mastromartino, non sono riusciti a trattenersi dal fare osservazioni e commenti alle pagine che leggevano e Ferrajoli non è riuscito ad astenersi dal tener conto delle loro osservazioni apportando qua è là ancora qualche modifica al testo. Processo che la stessa pubblicazione non sembra aver definitivamente concluso come, ad esempio, documentano i lavori, che prossimamente appariranno su "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", del seminario che si è svolto lo scorso dicembre a Brescia su *Diritto e democrazia costituzionale* per discutere *Principia iuris*.

Irriducibile fiducia nel dialogo e nel confronto, quella di Ferrajoli, che evoca, offrendone un'esemplificazione quasi paradigmatica, le tesi habermasiane sull'agire comunicativo e sulla teoria discorsiva del diritto e della democrazia; tesi rispetto alle quali Ferrajoli sembra andare anche oltre quando, nelle pagine conclusive di *Principia iuris* (p. 611), non ignorando né sottovalutando le difficoltà (teoriche e meta-teoriche) che pos-

sono pregiudicare gli esiti dell'agire comunicativo, in aperta contrapposizione al «pessimismo realistico [...] disfattista e paralizzante», invita ad assumere come «principio metodologico dell'azione politica e prima ancora della filosofia politica», «l'ottimismo, in quanto prospettiva della trasformazione possibile».

L'ottimismo come principio metodologico non nonostante, ma proprio in ragione delle molte cause che da alcuni anni segnano la crisi del costituzionalismo; l'ottimismo come principio metodologico perché le molte cause della crisi del costituzionalismo possono essere contrastate ed eliminate.

\* Una prima versione di questo lavoro è apparso, con il titolo *L'ottimismo della ragione (democratica)*, su "Reset", gennaio-febbraio 2008, n. 105.



## La democrazia costituzionale secondo

Luigi Ferrajoli

*Giuseppe Ugo Rescigno*

Poiché questo mio scritto è dedicato alla presentazione di un libro, mi pare doveroso anzitutto esprimere il mio sincero giudizio su di esso, quali che siano le riserve, i dubbi, le critiche che mi permetterò successivamente di esprimere (e che mi pare altrettanto doveroso esprimere con sincerità, per rispetto verso l'autore e la sua fatica). Si tratta di un libro straordinario, che ha già avuto e avrà ancora di più con pieno merito accoglienza ammirata e riconoscente non solo presso gli studiosi ma presso anche il pubblico colto, non solo in Italia ma anche in altri Paesi. Si tratta del resto da decenni di un riconoscimento ormai comune nei confronti di Luigi Ferrajoli. Se mai quest'opera, in quanto summa e ricapitolazione di tutte le sue precedenti opere, con sviluppi e approfondimenti, è degna di ancor maggiore ammirazione e studio.

Dopo questo riconoscimento di carattere generale, porrò alcune questioni che sorgono dalla lettura di *Principia iuris*. Ferrajoli, se ho ben capito, accetta l'opinione prevalente per cui esiste almeno un elemento necessario della democrazia, anche se per lui, ma non per tutti, è un elemento non sufficiente; in altre parole se non sussiste questo elemento non si può neppure cominciare a parlare di democrazia. Questo elemento è il suffragio universale. Lo Stato liberale, se per Stato liberale si intende quello nel quale il suffragio era limitato solo ad alcuni strati della popolazione (in generale enormemente ristretti rispetto al totale della popolazione), non è democratico per definizione.

Mi permetto una piccola digressione: non mi è chiaro se il suffragio universale solo maschile, come è stato per decenni in molti Stati, consente la democrazia (e cioè possiamo chiamare pur sempre democratici anche quei sistemi nei quali il suffra-

gio universale era solo maschile) oppure solo il suffragio universale esteso a tutti i cittadini, senza distinzione di genere, giustifica la qualifica di democratico applicata ad un sistema costituzionale. Mi pare, poi, significativo che nella storia si parli di suffragio universale maschile, ma mai di suffragio universale femminile. È una piccola annotazione a conferma del maschilismo della nostra storia costituzionale e per conseguenza del nostro linguaggio. Mi pare comunque evidente che oggi non accetteremmo il suffragio universale solo maschile: questa notazione rinvia ad una questione che riprenderò tra breve: la questione se la democrazia preveda diversi livelli, e quindi più o meno democrazia.

Riprendo il discorso sul suffragio universale come elemento minimo necessario per potersi parlare di democrazia. Quasi tutti – ed anche Ferrajoli – aggiungono un altro elemento necessario, che costituisce aspetto del suffragio universale: è necessario che questo suffragio sia libero, ovvero, di nuovo articolando il principio nei caratteri minimi necessari, vi sia almeno il voto segreto (a tutela della libertà nella espressione del voto), vi siano o comunque siano possibili senza limiti più partiti o più liste o più candidati in competizione tra loro, vi sia libertà di manifestazione del pensiero e più in generale vi siano tutti quei diritti di libertà che rendono effettiva e credibile la libertà del voto nelle elezioni politiche. A questo punto cominciano le divergenze, perché non c'è opinione unanime intorno ai requisiti non solo necessari, ma anche sufficienti nel loro complesso affinché si abbia un voto effettivamente libero. Queste notazioni mi portano alla prima domanda: la democrazia è misurabile? Cioè possiamo legittimamente dire, in base ad analisi, che in quel tempo e in quel territorio c'è o c'è stata più o meno democrazia rispetto ad altri periodi e ad altri luoghi? Quali sono questi criteri? Conviene ricordare che la democrazia si articola in molti aspetti coordinati e, dunque, potremmo avere nello stesso tempo più democrazia per un aspetto e meno democrazia per un altro aspetto.

Passo così alla seconda domanda: è pensabile e costruibile

una democrazia ideale? Cioè il massimo possibile di democrazia? Questo massimo possibile è la teoria *normativa*<sup>1</sup> costruita da Ferrajoli? Questo non vuol dire, preciso a scanso di equivoci, che io pensi che lui sostenga o comunque ritenga che la sua teoria sia definitiva e non ammetta superamenti o riformulazioni: l'Autore non sostiene questo ed io non lo penso affatto. Mi chiedo, tuttavia, se il suo libro sulla teoria della democrazia sia una ipotesi, un contributo, che ha l'ambizione di offrire una teoria compiuta del massimo pensabile della democrazia, fatta salva ovviamente la possibilità di successivi, ed in ipotesi migliori, contributi in questa direzione.

Terza domanda: perché Ferrajoli rinuncia a costruire una teoria assiomatica della democrazia? So che nel suo libro egli si è posto la domanda ed ha dato la sua risposta. Il problema (forse solo mio) è che non ho capito se questa rinuncia sia solamente di principio; vale a dire, Ferrajoli è convinto che sia impossibile costruire una teoria assiomatica della democrazia, o invece, a suo parere, tale teoria sarebbe possibile, ma per una qualche ragione l'autore ha preferito non avventurarsi su questo terreno? La domanda è maliziosa e non voglio nascondere: se si risponde che è impossibile, anzitutto non capisco perché pubblicare insieme i due volumi; in secondo luogo, non mi è chiaro il legame tra i due volumi, tranne il fatto, banale e ovvio, che l'autore, ogni volta che usa parole e nozioni che ha già esaminato nel primo volume, o ripete cose già dette, o si limita a rinviare alle cose già dette; se in principio Ferrajoli ritiene che l'assiomaticizzazione sia un'operazione possibile, mi chiedo se, al di là delle apparenze, anche il secondo volume sia un tentativo dissimulato di assiomaticizzazione della democrazia, applicando al tema democrazia tutto l'apparato concettuale elaborato nel primo.

Vengo ora ai miei dubbi, alle mie resistenze, alle mie obiezioni. Naturalmente anche queste diventano domande: sono domande implicite però, che muovono da ragionamenti miei in conflitto, o in ipotetico conflitto, con le ragioni di Ferrajoli. Prima, però, di esporre questi miei argomenti ritengo necessa-

rio esporre quella che io ritengo la caratterizzazione maggiore del lavoro di Ferrajoli, e che spiega le ragioni e l'andamento delle mie obiezioni. *Principia iuris* è un'opera così vasta, complessa, ambiziosa, e soprattutto rigorosamente concatenata<sup>2</sup>, che genera immediate e spontanee resistenze (sicuramente in me, ma penso in quasi tutti i lettori che siano professionisti del diritto). Il carattere, per dir così, *totalitario* dell'opera non lascia scampo: o ci si colloca all'interno dell'opera e cioè della teoria, ed al più, se se ne ha la capacità e ricorre l'occasione, si procede a critiche e precisazioni che prendono di mira la coerenza e/o la completezza in questo o quel punto specifico col fine di migliorare la costruzione di Ferrajoli, oppure qualunque dissenso su punti specifici costringe il dissenziente ad una alternativa comunque imbarazzante e problematica: o si vede costretto a costruire e ad esplicitare una teoria alternativa, della stessa ampiezza e profondità (cosa ovviamente difficile o impossibile per i più); oppure ancora, ed è il caso più probabile, chi leggendo si trova in dissenso su questo o quel punto, e non è in grado o ritiene impossibile costruire una teoria alternativa, si trova spinto inevitabilmente ad opporre un rifiuto pregiudiziale alla teoria. Rifiuto, si badi bene, alla teoria in quanto teoria, con la conseguenza che il confronto si frammenta in tanti discorsi parziali quanti sono gli argomenti trattati nel libro, rispetto ai quali esprimere liberamente consenso o dissenso, specifico e limitato, in base ai criteri più vari. Questo non vuol dire che è impossibile essere d'accordo con Ferrajoli su molte questioni specifiche. Al contrario, su moltissimi punti specifici condivido le sue posizioni. Tuttavia, rispetto alla teoria, e cioè all'impianto generale, né mi sento di collocarmi al suo interno, né sono in grado di elaborare ed esporre una teoria alternativa vasta, articolata, coerente. Il mio rifiuto pregiudiziale si basa semplicemente sul fatto che i miei postulati, o meglio, e più prosaicamente, i miei punti di partenza, sono, o comunque mi appaiono, diversi.

Cercherò, dunque, di chiarire quali sono questi miei punti di partenza quando si parla di costituzione, o di democrazia, o in

generale di diritto. Dietro questo modo cauto e prudente di parlare si nasconde per la verità un dissenso più ampio e radicale, e cioè la mia convinzione che una teoria della democrazia è cosa impossibile e fuor di luogo. Di questo, tuttavia, ovviamente, non voglio e non posso trattare in questa sede. Tratterò invece dei miei punti di partenza in tema di costituzione, democrazia, diritto.

Come succede spesso, per non dire sempre, quando si disente da qualcuno, si scopre che il dissenso verte sui punti di partenza<sup>3</sup>. I miei punti di partenza nell'analisi delle costituzioni e più in generali delle società che praticano tali costituzioni, si basa su una constatazione, tanto enorme e pervasiva che nessuna costituzione la enuncia, e introiettata a tal punto dagli individui che la si vive con lo stesso atteggiamento con cui si respira, vale a dire senza farne oggetto di riflessione e senza neppure avvertirla, come cosa ovvia e naturalisticamente oggettiva.

Questa constatazione si articola in due proposizioni correlate, ma ugualmente distinte:

1) tutte le costituzioni dei Paesi nei quali domina il mercato capitalistico (e cioè oggi praticamente tutte) garantiscono il funzionamento di un sistema che rende possibile un accumulo di proprietà per ciascun individuo senza alcun limite giuridico (il limite è puramente di fatto, continuamente modificabile in basso, ma anche in alto, senza limiti precostituiti);

2) tutte le costituzioni dei Paesi prima indicati garantiscono il funzionamento di un sistema che rende possibile per ciascun individuo un reddito complessivo senza alcun limite giuridico (anche in questo caso il limite del reddito annuale di un individuo è puramente di fatto e giuridicamente può diminuire o crescere senza limiti precostituiti).

Non deve trarre in inganno il fatto che per alcuni tipi di proprietà e per alcune fonti di reddito siano previsti limiti massimi per quel tipo di proprietà e per quel tipo di reddito. Questi limiti valgono appunto per alcuni specifici tipi di proprietà o di reddito, ma non escludono il fatto che, avvalendosi di qualun-

que tipo di proprietà o di reddito che si riesca ad acquisire, un individuo possa diventare ricco quanto riesce ad esserlo<sup>4</sup>.

Fatta questa constatazione, e individuati in tal modo quelli che per me sono i principi costituzionali supremi degli Stati capitalistici, anche se non scritti, o meglio, proprio perché non scritti, la mia domanda successiva, che a questo punto, lo ammetto, suona un po' retorica, è: questa constatazione ha a che fare con la democrazia (con qualunque forma di democrazia)? A mio avviso non solo essa ha a che fare con qualunque forma della democrazia, ma ne è il motore nascosto e dominante.

Su questa base il lettore potrà immaginare a grandi linee quali sviluppi, quali tipi di analisi, quali conseguenze e conclusioni si possano trarre. Sottolineo qui solo due punti.

Non è un caso che, quando si intende caratterizzare lo Stato sociale si incorre quasi sempre nella parola redistribuzione: il prefisso "re" sta appunto a ricordare che si tratta di una seconda distribuzione, che modifica (o, meglio, tende a modificare) quella precedente. La prima distribuzione è determinata dal mercato ed è quella, canonica, che si articola in rendite, profitti e salari. La redistribuzione è, invece, quella operata dalle autorità pubbliche che, mediante un prelievo forzoso, si appropriano di una quota parte della ricchezza prodotta e la distribuiscono di nuovo, appunto la ri-distribuiscono<sup>5</sup>. Comunque sia, è evidente che la redistribuzione dipende totalmente dai rapporti di forza: è un campo di lotte più o meno furibonde tra gruppi sociali; e se alcuni di essi non lottano o lottano poco è segno che sono stati talmente battuti e disgregati che non hanno neppure la forza di protestare.

La seconda osservazione riguarda la c.d. età dei diritti, cioè proprio il cuore del libro di Ferrajoli: la convinzione che il miglioramento del mondo può avvenire attraverso i diritti e il diritto. A mio parere, i diritti, questa orgia dei diritti umani, che coesistono tranquillamente con il vergognoso spreco dei ricchi e la miseria e disperazione di miliardi di esseri umani, somigliano a quelli che chiudono la stalla dopo che i buoi sono fug-

giti. Prima il sistema economico, al cui servizio stanno le costituzioni e il diritto, crea e accresce drammatiche disuguaglianze, in seguito, sopraggiungono i diritti, sospinti da uomini di buona volontà. Quasi sempre, tuttavia, anche quando i diritti che debbono difendere i più poveri vengono realizzati ciò avviene più per paura di pericolose ribellioni che per convinzione dei potenti di questo mondo; infatti, passata o diminuita la paura, i potenti si affrettano a riprendersi quanto per paura avevano precedentemente concesso. Piaccia o meno, questa è la storia dell'Europa dopo la seconda guerra mondiale. La paura del comunismo ha spinto gli Stati europei a consistenti concessioni alle masse lavoratrici; cessata la paura, tutto sta tornando come prima e la quota parte destinata alle fasce più deboli diminuisce continuamente, mentre cresce continuamente la parte destinata alle fasce più alte (in particolare il primo e il secondo decile della popolazione).

Non intendo rinnegare i diritti o il diritto, come cosa inutile, o inesistente, o insensata. Difendersi è necessario. Salvaguardare qualcosa è meglio che niente. Battersi per i diritti umani, o fondamentali, è cosa giusta: qualche volta si riesce anche a vincere. Qui però non stiamo parlando di questo, ma della funzione e delle possibilità dei diritti e del diritto, in generale e nell'essenziale, cioè di una teoria che vede nei diritti e nel diritto lo strumento principale per la società giusta, o comunque per una società la migliore possibile.

Non intendo sostenere che il diritto è il male, o l'oppressione, o lo sfruttamento e altre accuse del genere. Nell'esperienza giuridica, quella che si vive quotidianamente, troviamo un po' di tutto: anche l'inganno, la mala fede, l'abuso, la prevaricazione. Esiste anche – ed è questa la mia ancora di salvezza – qualcosa che possiamo raccontare come universalmente valido e degno, se vogliamo seguirlo.

Le premesse (di nuovo i punti di partenza) per questo aspetto che ora intendo trattare sono due:

a) la possibilità di comunicazioni felici, ovvero la possibilità che anche nel diritto sia possibile comunicare regole e propo-

sizioni intorno a regole in modo tale che si stabilisca una comunicazione veritiera tra chi comunica e chi riceve la comunicazione<sup>6</sup>;

b) la sincerità e l'onestà di chi si inserisce nella comunicazione giuridica, e cerca appunto di capire secondo verità la comunicazione che riceve e, se necessario, cerca di trasmettere al meglio la sua comunicazione sperando che chi la riceve faccia altrettanto. Ciò è sicuramente possibile. Basta volerlo. Mi riferisco naturalmente alla sincerità e all'onestà, vale a dire alla veridicità, non alla verità: anche la persona sincera e onesta può sbagliare, in perfetta buona fede.

Se si danno queste due premesse, ogni operatore giuridico agisce (o meglio, può agire) secondo una ragione giuridica controllabile, e cioè secondo tanta verità quanta è umanamente possibile. Questo è quanto può e deve fare il giurista onesto. Proprio per questo, tuttavia, il giurista sa che egli è e non può non essere un conservatore: egli riceve comunicazioni alle quali si deve attenere e in questo senso le deve preservare. Il fatto che chi comunica sia il legislatore di quell'anno, oppure sia la costituzione di alcuni anni fa, ha poca importanza: il giurista trova queste comunicazioni e deve rispettarle. Nessuno può garantire al giurista che la legge non sia ingiusta, o che la costituzione non sia contraddittoria, o ingannevole. Possiamo cambiare la legge, possiamo cambiare la costituzione. Il giurista, in questo caso, può dare il suo contributo, molto parziale e limitato, spiegando in base alla sua esperienza e conoscenza quali verosimilmente sono i vantaggi o gli svantaggi di una nuova legge, o di una nuova disposizione costituzionale.

Ma, tutto ciò ammesso, resta fermo che le decisioni fondamentali spettano ad altri e il diritto è un aspetto quasi sempre marginale nella costruzione di proposte e nella decisione intorno alle scelte possibili: il diritto è qualcosa che segue la scelta e sta al suo servizio, piuttosto che qualcosa che guida la scelta politica. Inoltre, se le costituzioni viventi ed effettive seguono, come è vero che seguono, i principi non scritti e fondamentali secondo cui non c'è limite alla proprietà e al reddito, resta



fermo che il giurista, o il giudice, o qualunque altro operatore giuridico devono attenersi a questa comunicazione, quali che siano le innumerevoli conseguenze pratiche e sociali che tali principi determinano.

In conclusione ed in estrema e grossolana sintesi:

1) le costituzioni effettive dei Paesi capitalistici sono anzitutto e fondamentalemente lo strumento al servizio del principio per cui non esiste limite alla quantità di proprietà e reddito che ogni individuo può raggiungere. Sono il campo di battaglia che permette a ciascuno, fermo restando il principio di cui sopra, di lottare con tutti i mezzi a disposizione (quand'anche previsti dal diritto) per accrescere la propria ricchezza o difendersi per quanto possibile nella concorrenza; naturalmente poiché una società non è solo economia, e cioè produzione e distribuzione della ricchezza, qualunque società umana deve preoccuparsi di costruire e mantenere un sistema complesso che metta insieme la scienza, la cultura, l'arte, il divertimento, lo spettacolo, la famiglia, e così via. Tale articolazione deve tuttavia essere coerente con il principio fondamentale;

2) il diritto è al servizio di tutto ciò: viene determinato e non determina. Pensare di fare del diritto, e dei diritti, lo strumento della società armoniosa, libera e giusta è pura illusione;

3) la democrazia, contro le previsioni degli antichi difensori delle ragioni dei potenti (che non amavano affatto la democrazia), si è rivelata il migliore strumento politico per potenziare e preservare il sistema capitalistico (salvo ricorrere precipitosamente alla dittatura se le pretese delle masse vanno oltre il consentito): ciò che ha dato e ciò che si prevede potrà dare è molto poco: sicuramente non sarà lo strumento attraverso il quale, come si chiedeva Gramsci, ci sarà un tempo in cui non ci saranno più oppressori ed oppressi, sfruttatori e sfruttati, governanti e governati.

Se, tuttavia, ci accontentiamo di quello che passa il convento, possiamo continuare a proclamare vecchi e nuovi diritti, possiamo usare tutti gli strumenti a nostra disposizione per cercare di vederli effettivamente realizzati, possiamo tentare di

difenderci. Qualche volta riusciremo ad ottenere anche dei miglioramenti. Forse più di questo non è possibile chiedere ed è pericoloso porsi obiettivi più ambiziosi ed utopistici. Se è così, risparmiateci vi prego le ipocrite esaltazioni della democrazia. Non vogliamo consolazioni a buon mercato né in questo, né in un altro mondo: meglio dirsi la verità.

## NOTE

<sup>1</sup> L'aggettivo normativo è quello utilizzato dallo stesso Ferrajoli per definire la sua teoria.

<sup>2</sup> Il primo volume è appunto una teoria assiomaticizzata, ed il secondo mantiene comunque questa esigenza di rigore assoluto, di ordine quasi matematico: non per caso si chiama appunto teoria della democrazia.

<sup>3</sup> Quelli che Ferrajoli chiama postulati là dove enuncia i suoi punti di partenza.

<sup>4</sup> Come del resto mostrano continuamente le statistiche economiche: pochi anni fa i tre individui più ricchi della terra hanno un reddito annuo pari al prodotto interno lordo dei 142 Stati più poveri del mondo.

<sup>5</sup> Non è affatto detto quale di queste tre parti si avvantaggi da tale redistribuzione: molti sostengono che, in ultima analisi, contro le proclamazioni e i pregiudizi di ordine politico, ad avvantaggiarsene sono proprio profitti e rendite, deprimendo ancora di più i salari.

<sup>6</sup> Naturalmente è possibile anche la comunicazione infelice, per errore, per incapacità o, peggio, per malafede; a me basta che sia possibile anche la comunicazione felice.

## La passione del fare politico

Rossana Rossanda\*

Coloro che hanno seguito sia pur da lontano Luigi Ferrajoli nella stesura dei *Principia iuris* sanno quanta fatica gli sia costato non l'impianto dell'opera, così radicato nella sua formazione intellettuale, quanto la determinazione a renderla come un pane da spezzare per qualsiasi cittadino che si interroghi sulle relazioni interindividuali e fra individui e società.

Come darsi un sistema di regole al fine di garantire la reciproca libertà e sicurezza dei diritti? Antico problema, ma rivisto alla fine di un secolo che ha messo in causa sia le forme della democrazia, sia quello che si voleva un suo superamento in senso comunista. Ne è venuto un lavoro imponente e semplice, rigoroso e comunicante senza nulla togliere allo spessore dell'argomentazione, ai riscontri del e nel sistema e alla genesi storica e teorica dei concetti.

Sembra impossibile che un titolo così severo e la mole delle pagine costituiscano un'opera che chiunque può prendere in mano senza sentirsi allontanato. Si deve certo all'eleganza della scrittura, ma soprattutto, credo, alla convinzione morale e politica di Ferrajoli che urge ricostruire un sistema di rapporti umani ormai a rischio di imbarbarimento. Bisogna e si può. È poi il fondamento del politico, una posta alta, il contrario d'un esercizio accademico. In questo Ferrajoli è proprio un illuminista, ne possiede (è posseduto da) quella passione di capire, dirimere e spiegare che si fonda sulla convinzione che la specie umana ha la capacità di darsi un senso e delle regole che ne consentano una terrena sopravvivenza. Si potranno fare altre accuse all'illuminismo, non quello di non averci restituito la possibilità di quella salvezza, nei limiti della vita, che le religioni negano, rimettendo il nostro destino nelle nostre mani. Filo d'Arianna l'uso della ragione, strumento da usare e verificare nella sua struttura logica e fin matematica. Questa non è una fede, è una scelta.

Controcorrente, a stare agli ormai trentennali assalti alla ragione tacciata di imperialismo occidentalista, astrazione, pretesa universalistica, misconoscenza delle differenze. È proprio la sigla di Ferrajoli – si ricorderà *Diritto e ragione* – e non perché ignori quanto l'irrazionalità sia costituente dell'umano, ma per la persuasione che non è possibile fondare sull'irrazionale una rete di rapporti che garantisca la libertà. Libertà «di» e libertà «da».

Ne viene – sembrerà un paradosso – una lezione di rigore e di senso del limite. Ferrajoli insiste sul carattere di convenzione nel tempo e nello spazio d'una teoria assiomatica del diritto che considera decisiva per una moderna democrazia concreta. Convenzione, che esclude dunque il sacro e l'indicibile, non sconfinava dal suo territorio, non si concede divisioni di tempi e settori, non si presta a un'eterogenesi dei fini. Non è mortifera. La domanda è, se mai, dove trascenda altri tempi e altre culture, ma già questo è uno sconfinare. È dal suo interno – il da noi e oggi – che va interrogata. Ma soprattutto utilizzata. Chi legge si sente raccomandare dall'autore di non spaventarsi per la mole del lavoro, di saltare questa e quella parte, di andare senz'altro al secondo volume perché questo libro non è stato pensato soltanto per sperimentare fino in fondo un percorso di metodo, ma per essere agito. Per il fare politico, arendtiano. Come se la completezza della ricerca, la pulitura dell'opera fosse una sfida prima di tutto per chi l'ha stesa, bisogno di non lasciarsi zone non controllate. Gli altri, gente non addetta ai lavori, non si annoiano, non si stancano, vadano al dunque, il nocciolo utile, necessario che è il come della democrazia. La scommessa è stata anche nello scrivere un'argomentazione inattaccabile in quel che Ferrajoli chiama «il linguaggio comune», per quel che di comune sta nel definire i nostri rapporti con l'altro e gli altri.

È una scrittura densa e senza trappole. A me, confesso, è capitato di farne un uso irrispettoso: avevo il manoscritto e più volte sono andata a cercare – indici irreprensibili – com'era impostato o risolto un problema che le cose del mondo mi ponevano. E di lì poi vagavo per richiami, perché in questa idea del diritto come convenzione compatta, articolata, logico-

matematica, tutto si tiene. E tutto serve. Invitata a guardarmi dal primo volume, vi ho pescato invece alcuni passi per me decisivi e quindi mi sono messa a leggerlo a cavalletta, saltando le verifiche logico-matematiche, con la voglia di riflettere, tornarvi, discutere, qualche volta litigare.

Per chi viene dal Novecento, *Principia iuris* impatta sui nodi dell'esperienza e li riproblematizza. Mi sia permesso, da profana, di evocarne due. Il primo riguarda il rapporto tra quel che Marx chiama materiale reale e il diritto. Lasciamo pure da parte la vulgata su struttura e sovrastruttura, chi viene prima e chi viene dopo, dalla quale sono venuti molti guai. È un fatto che l'attuale prepotere dell'economico sul politico non deriva da un errore di diritto, da una incomprensione del pubblico o da una miopia del privato – c'è un rapporto di forza che appare oggi del tutto asimmetrico, tale che infatti obbliga Ferrajoli a interrogarsi sulla globalizzazione. Ma non ci rinvia a un problema troppo rapidamente affrontato nell'affermazione che, certo, la difesa della libertà «dalla» proprietà andrebbe regolata non meno che la difesa dell'individuo dallo stato? Perché questa regolazione non si è mai data e sempre meno si dà?

L'altra domanda riguarda il femminismo. Ci sono, a me sembra, molti equivoci tra le donne e Ferrajoli sul tema eguaglianza e differenza. Per farla breve, io sono dalla sua parte. La questione è un'altra: è possibile che un codice, i suoi lemmi e le sue gerarchie, scritti da uno dei due sessi valga in assoluto anche per l'altro e si tratta soltanto di applicarlo con quella coerenza che finora non avrebbe avuto? Le donne possono essere silenziose, puramente riflesse, nella formazione del diritto e dei suoi assiomatici fondamenti? L'insignificanza del femminile come soggetto non comporta qualche problema per una teoria della libertà?

Ma di questo e di altro avremo occasione di discutere.

\* Il presente articolo è comparso sul quotidiano "Il Manifesto" in data 5 dicembre 2007.

## Considerazioni “extravaganti” di un giurista empirico

*Salvatore Senese*

Quest’opera di Luigi Ferrajoli nasce come un’opera di teoria del diritto e, a mio avviso quasi naturalmente, si conclude con un volume di teoria della democrazia. L’una e l’altro sono accompagnati da una rigorosa illustrazione del metodo utilizzato, un metodo che è stato definito “la sintassi del diritto”. Il diritto, dunque - e qui intervengono le osservazioni di Ugo Rescigno - può essere talora svalutato, ma è uno degli strumenti della convivenza umana che assume una rilevanza crescente con il progressivo affievolirsi di altri strumenti, quale il costume, la tradizione, i vincoli tribali, nonché religiosi. Tanto quanto la convivenza si struttura, o tende a strutturarsi, in forme sempre meno rozze, che puntano, o dichiarano di puntare, a tutelare l’immunità e l’autonomia dell’individuo e ad assicurare ad ogni individuo i beni essenziali per un’esistenza degna di essere vissuta, la convivenza si connota come convivenza democratica. Il diritto allora diviene strumento e linguaggio essenziale della democrazia.

Le scelte politiche fondamentali, sia quelle fondanti la democrazia, sia quelle che via via l’esercizio della democrazia provoca, si traducono sempre in diritto. Non riesco a vedere questa specie di separazione tra diritto e democrazia, che mi pare di sentire, talora, echeggiare. Il diritto è, per così dire, la formalizzazione, la consacrazione di scelte politiche: parlare del diritto significa allora parlare della democrazia. Costruire una teoria rigorosa del diritto, dunque, significa costruire una teoria rigorosa della democrazia, contribuire alla lotta per il superamento di quel disordine linguistico e concettuale che oggi affligge la vicenda democratica. Non c’è nulla di così devastante - quale che sia la concezione che si abbia della democrazia - di questa confusione di concetti, di termini, che ven-

gono gettati sul mercato politico (non solo nel nostro paese).

Una rigorosa sintassi del diritto, insomma, è anche, in qualche modo, una sintassi della democrazia. Ne consegue che una teoria della democrazia fondata su queste basi è una teoria che, come quella di “Principia iuris”, può tentare di portarsi all’altezza delle sfide dei nostri tempi, all’altezza delle grandi novità che sotto i nostri occhi, via via, giorno dopo giorno, si vanno producendo su scala mondiale. Mi riferisco in particolare alla crisi crescente della Stato nazione, al progressivo superamento del monopolio statale del diritto, alla globalizzazione economica, all’inversione del rapporto tra sovranità e economia; e, correlativamente, anche, all’attenzione sempre più forte per i diritti fondamentali, alla sensibilità sempre più acuta per la loro violazione, ovunque essa si verifichi, alla preoccupazione crescente per la distruzione, in gran parte irreversibile, dell’ambiente naturale come effetto del progresso tecnico, il cui sviluppo e le cui applicazioni sono in gran parte governate dalla legge del profitto. Infine ultimo, ma non ultimo, un esteso e profondo bisogno collettivo di pace che non è solo passiva invocazione, trepidante speranza, ma si esprime anche in un’inedita mobilitazione e che, di tanto in tanto, esplose attraverso le frontiere internazionali e assume i connotati quasi di una pretesa che si rivolge a chiunque sia investito di responsabilità politica. Il fatto che i risultati di tutto ciò siano modesti, insoddisfacenti, è tutt’altra questione, ma, intanto, questi sono i tratti del quadro con cui dobbiamo misurarci.

Allora una teoria che raccoglie la grande messe di materiali normativi, di impegni, di solenni “mai più”, che la tormentata storia, le lotte dell’umanità, le tragedie che l’hanno segnata nell’ultimo secolo, sono venute accumulando e che convivono come promesse incompilate o proclamazioni retoriche con leggi, prassi, assetti di potere, dinamiche di barbarie, realtà di fatti che li contraddicono o li ignorano, è una teoria che, a mio avviso, offre un forte strumento a chiunque voglia guardare allo stato di cose esistente, non soltanto con occhi disincantati e disillusi, ma anche con volontà di cambiamento. Di tutti que-

sti impegni – di queste scelte politiche, direbbe Rescigno – di queste solenni stipulazioni, l'opera di Ferrajoli mostra non soltanto il valore giuridico, ma la congruenza e l'essenzialità ai fini dell'identificazione, della salvaguardia e dello sviluppo della democrazia. In questo senso, dunque, indica le condizioni necessarie perché ci sia democrazia: in qualche modo consente di opporre in maniera argomentata questa trama di discorso ai tanti che, pur proclamando spesso le virtù della democrazia, contraddicono ai suoi presupposti fondamentali, ed agli altri – anch'essi numerosi – che, pur volendo sinceramente la democrazia, non sanno da dove cominciare. Tali scelte, di diritto appunto, richiamate alla dignità, che loro compete, di elementi di un ordine giuridico, sono altrettanti tasselli di un progetto di democrazia che può reggere alle sfide del nostro tempo. Questo progetto si dipana attraverso una trama espositiva in cui i principali problemi dell'umana convivenza si snodano in modo coerente, consentendo anche di demistificare i tanti luoghi comuni e le tante contraddizioni che oggi segnano il discorso sulla democrazia, dissimulandone i processi di crisi e di dissoluzione che la insidiano. Per chiunque avverta l'urgenza della crisi, l'esigenza di cambiamento, L. Ferrajoli mostra quale risorsa possa venire da quelle stipulazioni, solo che si prenda sul serio il concetto di diritto che esse fondano.

A questo approdo Ferrajoli perviene attraverso un percorso segnato da una vera e propria rifondazione della teoria del diritto. Si tratta di un approdo e di un percorso che sono, certo, di grande interesse per il teorico e per il filosofo del diritto o della politica, ma che risulta stimolante anche per il giurista empirico, professionalmente impegnato in quel tipo di interpretazione delle norme che Ferrajoli definisce "interpretazione operativa" e che consiste nell'applicazione del diritto al caso concreto. È interessante, quindi, per un giurista che dovrebbe essere distante per formazione, cultura e pratica professionale dall'universo culturale di una teoria formalizzata.

Ecco allora – e qui provo ad offrire un modesto contributo, per così dire, di "settore" – che può essere di qualche interesse



in questo dibattito, accennare agli specifici motivi di sollecitazione che un'opera come questa sollecita in un giurista empirico quale sono, in un operatore del diritto.

Comincerei dal metodo. Si tratta di un metodo assiomatizzato, rigorosamente formale e quindi avalutativo nella sua applicazione, nella derivazione dei teoremi, nell'impiego dei concetti, nella costruzione, insomma, della sintassi di un discorso giuridico; ma niente affatto avalutativo, tuttavia, nella formulazione delle tesi primitive, come ha evidenziato per alcune di esse Ugo Rescigno.

Un metodo di questo tipo, tuttavia, per sorprendente che ciò possa risultare, risponde a un'esigenza sempre più sentita dal giurista empirico, che non è soltanto esigenza tecnica ma è anche un'esigenza direi di correttezza politica del suo operare. Questi – Ferrajoli avverte – è certamente vincolato dal lessico del linguaggio legale, ma la crescente quantità ed eterogeneità del materiale legislativo, delle sue fonti di produzione, coniugandosi con la crescente imprecisione e polisemia del linguaggio attraverso cui esso si esprime, costringe sempre più il giurista, nell'interpretare e nell'attribuire senso agli enunciati legali, a far ricorso a categorie della teoria del diritto, magari senza che se ne avveda, quasi a mo' di borghese gentiluomo. Ora, queste categorie concettuali ed i relativi termini si sono formati attraverso una tradizione plurisecolare, nella quale i significati si sono venuti stratificando, contaminando e perciò si presentano fortemente imprecisi o polisemi. Ne consegue che i relativi concetti risultano ambigui o addirittura indeterminati e perciò lasciano spazio, nelle conclusioni operative che se ne traggono, a scelte e propensioni soggettive dell'interprete, il più delle volte, nemmeno completamente consapevoli o talora addirittura del tutto inconsapevoli. Allora, l'ineliminabile margine di libertà insito in ogni attività interpretativa e, in modo particolare, nell'interpretazione giuridica, specie in presenza di ordinamenti complessi e strutturati su più livelli, viene riempito in modo arbitrario: tanto più arbitrario, come dicevo, perché non consapevole e pertanto non governato né dalla

ragione, né dai canoni costituzionali. Il precetto della soggezione del giudice alla legge e la teoria della separazione dei poteri esigono, tuttavia, una volta che li si assuma, che lo spazio proprio all'interprete sia riempito, in particolare dal giudice, con esclusione di ogni connotazione arbitrariamente soggettivistica, in conformità di una linea di congruenza con i materiale normativi desumibili dalle varie fonti, selezionati nel rispetto della gerarchia delle stesse fonti, secondo una regola finale che impone di scegliere tra i possibili significati quello maggiormente aderente ai precetti costituzionali. Questi sono i passaggi attraverso cui si esercitano, si autolimitano e si rendono trasparenti e quindi controllabili, le ineliminabili opzioni etico-politiche del giudice.

Ebbene, una siffatta esigenza trova la sua massima realizzazione nel metodo assiomatico costruito da Ferrajoli, perché qui lo spazio per le scelte etico-politiche è rigorosamente limitato alla formulazione delle tesi primitive ed è in qualche modo denunciato come tale. Il carattere opzionale della posizione di ciascuna tesi è tanto esplicitamente dichiarato quanto è invece logicamente obbligata la derivazione analitica del successivo svolgimento del discorso.

Per essere ancora più concreto, indico un esempio particolarmente illuminante della fecondità di questo metodo nelle pagine che Ferrajoli dedica alla guerra. Dopo averla definita come antitesi o negazione del diritto sul piano della teoria generale, egli esamina la guerra dal punto di vista dell'attuale diritto internazionale e costituzionale italiano, rilevando che l'uno e l'altro, potremmo dire questo in derivazione da quello, hanno positivizzato il divieto della guerra di aggressione, così trasformando il principio della pace da fondamento logico e assiologico in fondamento di diritto positivo dei rispettivi ordinamenti, con la conseguenza di rendere qualsiasi guerra non di difesa un *illecito* in termini di diritto positivo. Ora, questa qualificazione della guerra come *illecito*, in tanto è possibile – lo stesso Ferrajoli lo chiarisce nelle sue pagine – in quanto il concetto di illecito, che costituisce un termine primitivo e quindi

frutto di una scelta (anche se si tratta di una scelta che è difficile contestare sul piano della filosofia politica), viene definito come “atto informale vietato”, preferendo questa stipulazione definitoria a quella di Kelsen che definisce l’illecito “qualunque atto cui l’ordinamento connette una sanzione”.

Ovviamente, la scelta definitoria di Ferrajoli, come del resto quella di Kelsen, può essere contestata, assumendosi la responsabilità teorica, anche in ordine alla maggiore o minore capacità esplicativa e ricostruttiva della scelta proposta in alternativa. Nel nostro caso, le implicazioni teoriche e le conseguenze pratiche di queste diverse scelte sono molto rilevanti. Mentre per Kelsen, in assenza di sanzioni previste dall’ordinamento giuridico, la guerra, pur vietata, non è un illecito ed anzi in alcuni casi è addirittura concepita essa stessa come sanzione, con un paradossale recupero del fenomeno all’universo giuridico di cui pure il fenomeno rappresenta la negazione, per Ferrajoli la guerra resta illecita pur in assenza di sanzioni, anche se non è propriamente così, mentre una tale assenza di sanzione vale soltanto a segnalare una lacuna, nell’ordinamento considerato, che esige di essere colmata.

Se scendiamo ancora più sul piano concreto, per il giurista empirico non è frequente essere chiamato a confrontarsi con la guerra e con pretese fondate sul comportamento bellico. Ciò, tuttavia, rende ancora più imperiosa l’esigenza che, quando il giurista sia chiamato a un compito siffatto, egli sappia governare con il massimo di consapevolezza le ineliminabili scelte ermeneutiche che questa operazione implica e, dunque, sappia individuare e delimitare lo spazio aperto a tale scelte ed esplicitarle in quanto tali, traendone rigorosamente le conseguenze.

Ora, un tale spazio, per il giurista empirico (ma del resto anche per il teorico), è appunto, rappresentato dalla scelta dei presupposti della qualificazione giuridica della guerra, ed il suo riempimento è governato dalla congruenza delle scelte operate e delle conseguenze che se ne traggono con i dati normativi relativi al fenomeno, offerti innanzi tutto dal diritto internazionale e dalla Costituzione.

Ebbene, in una relativamente recente pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Cassazione (sentenza n. 8157 del 5 giugno 2002) sembra che il giurista empirico si sia del tutto affrancato da questo percorso. La vicenda giudiziaria, sulla quale la Corte di Cassazione nella sua massima espressione è intervenuta, era rappresentata da una domanda di risarcimento danni spiegata contro lo Stato Italiano dai congiunti di due cittadini serbi uccisi a seguito del bombardamento aereo dell'edificio della radio televisione di Belgrado eseguito il 23 aprile 1999 da parte delle forze della Nato, in particolare delle forze italiane, nel corso della guerra del Kosovo. Una domanda che in prima approssimazione sembra rientrare nell'ambito di competenza dei civilisti, ma che, non appena si approfondisca la tematica, rimanda a categorie di teoria generale.

Chiamata a pronunciarsi sulla domanda, la Corte l'ha dichiarata assolutamente improponibile con conseguente assoluto difetto di giurisdizione. Tralascio qui, perché troppo specialistico, ogni rilievo su questa costruzione civil-processuale ormai abbandonata da più di dieci anni. Il punto della questione è rappresentato dalle ragioni della ritenuta improponibilità assoluta di questa domanda risarcitoria. Si osservi: non infondatezza, ma improponibilità assoluta. Il che significa che non può trovarsi un giudice nell'ordinamento italiano che possa conoscere di questa pretesa, fondata o infondata che sia. La Corte ha ravvisato tali ragioni in ciò: gli atti compiuti dallo Stato nella conduzione di ostilità bellica, si sottraggono totalmente al sindacato giurisdizionale in quanto costituiscono manifestazione di una funzione politica attribuita dalla Costituzione al governo; una funzione, rispetto alla quale non è configurabile un interesse giuridicamente protetto a che tali atti assumano o meno un determinato contenuto. In altre parole, a fronte della conduzione della guerra, i diritti fondamentali vitali, pur se definiti inviolabili dalla Costituzione o dal diritto internazionale, degradano ad interessi di mero fatto, ad accidenti puri, senza che sia neanche necessario indagare se la guerra, della cui conduzione si tratta, sia o meno di difesa. *Silent leges in bello*.

In luogo della trasparente scelta in ordine alla definizione della guerra *sub specie iuris*, si fa leva su di una pretesa insindacabilità della funzione politica insita nella scelta delle modalità di conduzione delle operazioni belliche, recependo implicitamente una nozione della sovranità, quale forgiatasi nei secoli scorsi, insensibile ai mutamenti intervenuti nel paradigma dello Stato costituzionale e democratico di diritto, nel quale la sovranità appartiene soltanto al popolo, cioè a ciascuno dei cittadini in carne ed ossa, così come indica bene Ferrajoli, per tale via dissolvendosi ovvero funzionando come limite ai poteri costituiti.

Ora non indugio sugli altri passaggi della pronuncia e mi limito ad un solo rilievo. Qualcuno potrebbe opporre alla critica che ho sopra accennato, e che ovviamente è più o meno condivisibile, una sorta di “fine di non ricevere” formulabile, più o meno, in questi termini: “Ma insomma, da che mondo è mondo non si è mai visto che il tribunale di uno Stato intervenga in affari di questa portata; quando si tratta di questioni così gravi, si istituisce - se del caso - un Tribunale internazionale quale quello di Norimberga, ma non s’invoca la giustizia ordinaria”.

Ad un siffatto “fine di non ricevere”, fondato su di una sorta di realismo, oggetto – sul piano dell’osservazione dei fatti – che l’orizzonte tematico sopra evocato dalle cui istanze si vorrebbe affrancare il giurista empirico, ha condotto lo stesso organo giurisdizionale, le medesime Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, ad affermare, appena qualche anno dopo, che “il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto valore di principio fondamentale dell’ordinamento internazionale”, tanto da prevalere sulla norma che impone agli Stati l’obbligo di astenersi dall’esercitare la giurisdizione nei confronti di Stati stranieri ed a legittimare l’esercizio della giurisdizione italiana su domanda risarcitoria proposta da cittadini italiani nei confronti della Repubblica Federale tedesca per i danni a suo tempo subiti a seguito di cattura, deportazione e adibizione a lavoro forzato. Anche in questo caso si trattava di

giudicare, da parte della giurisdizione ordinaria, di una pretesa di risarcimento dei danni conseguenti alla conduzione delle attività belliche da parte dello Stato tedesco, di cui la repubblica federale tedesca è erede dal punto di vista delle responsabilità patrimoniali. Ed in questo caso, il punto di vista del realista è stato smentito: la giustizia ordinaria, non quella d'eccezione, si può occupare della guerra. Se ne occupa e trova modo di comminare sanzioni in relazione alla sua conduzione; il che – mentre smentisce la replica del *Realpolitiker* – impone di verificare se, nel caso della richiesta dei cittadini serbi, essa se ne sia occupata correttamente o meno.

Questo è il quadro che porta a salutare, dal punto di vista del giurista empirico, un'opera così chiara come quella di Ferrajoli che aiuta, ovviamente se affrontata con serietà, a porre ordine in una congerie di concetti e categorie, altrimenti affidati al caso o alla sensibilità momentanea dell'interprete. V'è inoltre un altro specifico motivo di interesse per il giurista. Si è visto come l'esigenza di trasparenza delle scelte, implicate dalle interpretazioni effettuate dai giudici, implichi la coerenza delle scelte operate e delle conseguenze che se ne traggono con i dati normativi relativi alla materia cui appartiene la fattispecie, ed in particolar modo con i dati desumibili dalle fonti sovraordinate (Costituzione, convenzioni, trattati internazionali). Questi dati sono assai spesso forniti da enunciati normativi il cui linguaggio evoca piuttosto le dichiarazioni di principio piuttosto che la secca consequenzialità del code civile. Da qui la tendenza, o la tentazione, del giurista positivo ad assegnare a questi enunciati un valore politico programmatico più che giuridico, se non addirittura ad ignorarli del tutto.

È il fenomeno, ben noto tra l'altro nell'esperienza giuridica italiana dei primi decenni della vita della Repubblica, della qualificazione di molte norme della Costituzione come meramente programmatiche e di conseguente sterilizzazione delle stesse. Tale fenomeno è certo dovuto, in parte non trascurabile, ad una sorta di resistenza politico-culturale al nuovo ordine costituzionale, ma anche alla particolare formazione del giuri-

sta positivo, all'eco di assunti teorici kelseniani, al difetto di adeguati apparati concettuali finalizzati a cogliere appieno il nuovo paradigma del diritto che le costituzioni e il diritto multilivello introducono.

La conseguenza per il giudice era – ed ancora oggi in parte è, tanto quanto egli indulga a questa tendenza – una rottura del vincolo di soggezione alla legge; rottura del tutto inconsapevole, anzi soggettivamente vissuta e talora sofferta, come una ostinata riaffermazione di tale vincolo. Il terreno sul quale questo paradosso si produce è quello di un equivoco semantico intorno al termine “legge”, dal cui ambito viene escluso tutto ciò che non appare riconducibile al concetto di legge tradizionalmente inteso, imperniato sulla coppia precetto-sanzione: “Qualora ad un precetto non segua una sanzione ci troviamo in presenza di una dichiarazione di intenti o programmatica della fonte sovraordinata, dichiarazione che non ha nessun rilievo giuridico e della quale pertanto non si può tener alcun conto nella decisione”.

Ferrajoli offre un forte aiuto al superamento di tale equivoco. Innanzitutto richiama con insistenza l'interprete al dovere di non assegnare mai agli enunciati, espressi dalle fonti sovraordinate, il valore di un mero *flatus vocis*. Se queste fonti sono sovraordinate, se la Costituzione è sovraordinata alla legge ordinaria, ogni affermazione contenuta nella Costituzione deve pure avere una sua pregnanza giuridica. Essa costruisce, insomma, come momento della separazione dei poteri, il dovere metodologico del giudice di confrontarsi con tutti gli enunciati normativi. Crea, inoltre, un apparato concettuale imperniato sulle categorie assiologiche di *antinomie* e *lacune*, reinterpretate con riferimento ad una struttura per gradi dell'ordinamento, in modo tale che quei termini assumono una valenza diversa e sono produttivi di conseguenze diverse a seconda che antinomie e lacune si riscontrino tra prodotti di fonti del medesimo grado ovvero di grado diverso; e tematizza, per quest'ultima ipotesi, la categoria del diritto illegittimo, che svela la fallacia kelseniana – per la verità tributaria di una lunga tradizio-

ne – della identificazione, o forse sarebbe meglio dire confusione, del diritto con la garanzia. Infine, fornisce, con le definizioni di federazione e di confederazione e con l'introduzione del concetto di "grado di federalismo", gli strumenti per navigare nelle acque, tutt'altro che chiare, degli ordinamenti multi-livelli.

Da tempo i giuristi più avvertiti segnalano la difficoltà di reperire una rotta sicura nel paesaggio giuridico di questo inizio di millennio, dominato dall'impreciso, dall'incerto, dall'instabile per l'accavallarsi delle fonti nazionali, sovranazionali, internazionali, persino consuetudinarie (si pensi alla *lex mercatoria*). Un disordine che è il portato di grandi trasformazioni che si producono a ritmo accelerato attraverso la crisi dello Stato nazione, il progressivo superamento del monopolio statale del diritto, la globalizzazione economica e così via, mentre, correlativamente, è sempre più forte il bisogno di regole, di diritto, insomma di un *pluralismo ordinato*. A tale bisogno, *Principia iuris* offre la risposta di una teoria all'altezza delle inedite novità che lo hanno prodotto.



## Nell'eclissi del lavoro i rischi per la democrazia e per la Costituzione repubblicana

Dino Greco

Vi chiederete – e, francamente, mi sono chiesto anch'io – cosa c'entri un sindacalista in un consesso di così autorevoli accademici e studiosi di diritto. Va da sé che il mio contributo sarà fatalmente eccentrico e forse un po' *naïf* rispetto agli altri interventi, risentendo del mio particolare punto di osservazione che mi auguro, tuttavia, non totalmente avulso dal confronto odierno sullo straordinario (una volta tanto l'aggettivo non è abusato) lavoro di Ferrajoli.

Vorrei organizzare il mio ragionamento intorno a tre nodi o, per meglio dire, tre tesi fra loro interconnesse. La prima attiene all'importanza della costituzionalizzazione dei diritti e la insostituibilità democratica di una sfera dell'indecidibile, dell'indisponibile, vale a dire dei limiti della sovranità popolare che non può (non deve potere) mai diventare “dittatura della maggioranza”. E questo, per dirla con Ferrajoli, perché la democrazia non può ridursi ad un fatto puramente procedurale, limitandosi a stabilire “chi decide” e “come decide”, disinteressandosi di “che cosa si decide”, palesando cioè una sorta di indifferenza al contenuto della decisione.

La seconda tesi afferma che l'effettività dei diritti di libertà dipende, come una *conditio sine qua non*, dalla garanzia dei diritti sociali, come dimostra il fatto che lo sviluppo della democrazia (e della stessa economia, contrariamente a ciò che sostiene il pensiero liberista) si è avuto soltanto in quei paesi che hanno risolto il problema dei minimi vitali, assicurando a tutti assistenza, salute, istruzione, senza la qual cosa – appunto – gli stessi diritti di libertà si logorano e si estinguono, inesorabilmente.

La terza tesi si concentra sull'assunto secondo il quale i diritti sociali non sono (non devono essere) diritti di secondo grado,

di rango inferiore, privi di esigibilità e perciò deboli, pure petizioni di principio, tantomeno possono essere subordinati ad altre esigenze assurde indebitamente a paradigma costituzionale.

La mia, come è evidente, non è un'ipotesi astratta, poiché il mercato, la competitività di impresa sono divenuti il *dominus* incontrastato dei tempi moderni e la globalizzazione è fondata sulla primazia di organismi del tutto privi di qualsiasi legittimazione democratica (l'Organizzazione Mondiale per il Commercio, il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale). L'Europa Unita, senza costituzione, è l'Europa della moneta, l'Europa del trattato di Maastricht. Il governo italiano, che, invece, ad una costituzione deve ispirarsi, vara senza alcun problema una legge finanziaria in base alla quale il rientro dal debito pubblico viene prima delle pensioni, la protezione della rendita speculativa prima della non autosufficienza degli anziani, i trasferimenti alle imprese prima del reddito di sussistenza e del sistema di protezione sociale. E dunque non è ozioso chiedersi: quali sono i riferimenti costituzionali di queste scelte?

Quanto al primo aspetto, si è detto che il potere sovrano non è illimitato, perché "la maggioranza non può disporre di ciò che non le appartiene perché di tutti e di ciascuno". Se ciò accadesse si potrebbe giungere a sopprimere (a maggioranza) anche la libertà. Come del resto è accaduto in Italia nel 1925 ed in Germania nel 1933. Vi sono, dunque, limiti invalicabili, il cui senso forte è riassunto nella Costituzione francese rousseauiana del 1793, che recita: "*Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso*", formula che trova il suo reciproco nel secondo capoverso: "*Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso*".

Questo sacrosanto principio vale (dovrebbe valere) anche nel mondo del lavoro, nelle controversie sindacali, dove, a onor del vero, la democrazia è assai labilmente insediata. Anche quando dal mondo del lavoro viene la richiesta di regole certe che sanciscano la sovranità dei lavoratori su ogni atto negozia-

le che li riguarda, contro l'esproprio di tale prerogativa da parte delle burocrazie, va sottolineato che questo potere non può non avere dei limiti. Ad esempio, di fronte ad una crisi aziendale, non è dato alla maggioranza dei lavoratori decidere che si acconsenta al licenziamento di una porzione minoritaria di lavoratori per salvare se stessa. E questo perché il diritto al lavoro è un diritto individuale non disponibile. Senza contare – sia detto per inciso – che, se ciò avviene, si disintegra istantaneamente l'idea stessa di sindacato che è fondata sulla solidarietà. Con il venire meno della solidarietà si dissolve l'associazione stessa che è fondata su un patto di uguaglianza, di mutuo sostegno, di reciprocità: l'uno è terzo regolatore dell'altro.

La prova che i diritti fondamentali o sono universali (e universalmente esigibili) o non sono viene da innumerevoli esempi. Ne propongo due. La circostanza che il legislatore abbia posto dei limiti al campo di applicazione dello statuto dei diritti dei lavoratori o, per lo meno, al nucleo centrale di esso (vale a dire il diritto di non essere licenziati senza giusta causa o giustificato motivo) limitandone l'efficacia ad ambiti aziendali con più di 15 dipendenti, ha finito, nel tempo, per generare un progressivo processo di erosione di quei diritti, anche nell'ambito della fascia, per così dire, protetta. Tutta la polemica scatenata da una pattuglia agguerrita di giuslavoristi contro i beneficiari della legge 300 del 1970, spacciati per privilegiati (*insider*) che inibirebbero l'accesso al lavoro e ai diritti agli altri (*outsider*) è lì a dimostrare come i diritti che non si estendono a tutti fatalmente si usurano e la fortezza assediata, anche se ben munita, è prima o poi destinata all'espugnazione.

Il secondo esempio riguarda il fatto che, in Italia, esiste ormai un diritto duale. Infatti, per tre milioni e mezzo di persone, immigrate nel nostro paese, vige uno statuto speciale che riguarda il voto, il lavoro, la sussistenza, la salute, ecc. Senza contare che una parte cospicua di essi sta sperimentando la riduzione in schiavitù. Ora, non è certo un caso che forme sempre più estese di lavoro servile prendano piede anche fra i nati-

vi, perché quando in una diga si forma una fenditura, prima o poi devi aspettarti una frana.

Quanto al secondo e terzo aspetto, va detto che oggi assistiamo ad un capovolgimento dei principi costituzionali proprio in quel punto, credo cruciale, del rapporto fra capitale e lavoro che non penso rappresenti un aspetto marginale della nostra Carta. È mia opinione che, con la vittoria nel recente referendum sulle modifiche costituzionali volute dal centrodestra, si è difeso solo il mito della Costituzione, ma non la sua sostanza, ben più profondamente e da tempo vulnerata. L'esito di quella pur importante prova non ha cioè interrotto una traiettoria di sostanziale fuoriuscita dalla Costituzione.

Prendiamo, ad esempio, l'articolo 41 che appartiene a quel titolo terzo della Costituzione alla cui formulazione, non a caso, diede un fondamentale contributo Giuseppe Di Vittorio. Il testo recita, testualmente, così: *“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi (si noti il carattere imperativo della formula, n.d.r.) in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*. Al punto che (terzo comma) *“la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*. In altri termini, i fini sociali, i diritti dei lavoratori sono sovraordinati rispetto al profitto d’impresa. Per cui, ove questi siano messi in discussione, lo Stato deve intervenire per preservarne l’esigibilità: con gli articoli 42 e 42 la Costituzione entra esplicitamente nei diritti di proprietà e ne condiziona l’esercizio sino a prevederne, in determinate condizioni, l’esproprio.

Credo si possa dire, senza alcuna forzatura polemica, che la realtà abbia letteralmente rovesciato l’ordine dei valori, per cui potremmo rileggere così la costituzione materiale dei rapporti sociali: *“la sicurezza, la libertà, la dignità umana devono essere garantite purché non entrino in contrasto con la libera attività economica, con gli interessi privati, con la remunerazione del capitale investito, con la competitività dell’impresa, ecc.”*. Insomma, il mercato agisce come *prius*, come società naturale,

come criterio ordinatore anche in altre sfere dell'attività pubblica.

Si pensi alla privatizzazione o all'aziendalizzazione dei servizi pubblici. Anche qui, il fine, la ragione sociale non sono più la garanzia di un diritto costituzionalmente protetto. Ha, dunque, ragione Ferrajoli quando rileva che qui agisce un clamoroso conflitto di interessi, per cui bisogna affermare che "sono pubbliche e vanno sottratte alla logica del mercato tutte le funzioni e le attività, pur gestite da privati, che sono di pubblico interesse e/o sono preordinate alla tutela o alla soddisfazione di diritti fondamentali".

Quanto abbia, invece, libero corso l'opinione opposta è rivelato dal fatto che i diritti sono nel dibattito politico declassati al rango di costi e le istituzioni degradate a società commerciali a fini di lucro. Un esempio per tutti? Si ponga mente alla regola del massimo ribasso d'asta, criterio basilare nelle gare d'appalto pubbliche. Quali sono le voci su cui si tagliano i costi, su cui si risparmia? La sicurezza dei lavoratori, i loro diritti, il loro salario, lo standard dei servizi erogati, la qualità dei manufatti consegnati.

Ancora. Il giuslavorismo, nella sua evoluzione più progressiva, in coerenza con lo spirito e con la lettera della Costituzione, ha tentato di orientare la legge a favore del più debole contro la prepotenza del più forte. Esso ha tenuto conto della evidente asimmetria di potere, di forza fra capitale e lavoro. Perché, per dirla con un'immagine efficace dei classici, padrone ed operaio saranno uguali nell'empireo, non nei rapporti sociali, dove domina chi detiene il potere economico. Per questo la legge deve proteggere il più debole: lo deve proteggere anche dalla sua propria debolezza che potrebbe indurlo a rinunce sostanziali. Di qui l'indisponibilità della norma, per cui è un terzo soggetto, lo Stato, che si rende garante di diritti irrinunciabili. Di qui l'irricevibilità delle pressioni di Confindustria – corroborata da buona parte del riformismo giuslavorista contemporaneo – che vorrebbe introdurre la possibilità di deroghe aziendali *in pejus* ai contratti nazionali di lavoro, a fronte di

situazioni di crisi o anche soltanto per incrementare la competitività d'impresa.

Fino a quale punto si sia giunti lo documenta il modello lanciato in Europa da una nota multinazionale dell'elettrodomestico, l'Electrolux (Zanussi), che apre un'asta fra i lavoratori dei propri stabilimenti dislocati in Europa: un'asta che si aggiudicherà chi sarà disposto a rinunciare maggiormente ai diritti acquisiti, ad abbattere in modo più significativo il costo del lavoro, conquistandosi così il diritto alla sopravvivenza.

Cos'è dunque il processo di precarizzazione di cui insistentemente si parla? È la dissoluzione del diritto del lavoro. La precarizzazione serve ad indebolire il potere di coalizione dei lavoratori, lungo un tragitto ben definito che porta, attraverso stadi progressivi, dalla contrattazione collettiva a quella individuale, riproducendo quella asimmetria di potere, quei rapporti di forza che il diritto del lavoro aveva limitato. Tale condizione impedisce di esercitare i diritti, non tanto perché formalmente espunti, ma perché non più esigibili. Precisamente, la soggezione al ricatto annulla "il diritto ad avere dei diritti".

Il processo di formalizzazione giuridica di questo inarrestabile tuffo nella precarietà dura ormai da oltre vent'anni. Per cui persino quel fondamentale presidio democratico che è l'articolo 18 della legge 300 del 1970, è stato in buona parte aggirato, come una sorta di "Linea Maginot" del lavoro, attraverso la proliferazione di uno spettacolare groviglio di tipologie di lavoro contrassegnate – nella loro fantasiosa varietà – da un comune statuto di precarietà: dall'abolizione del divieto di interposizione di manodopera (ieri punita come reato ed oggi considerata come un'attività lecita e meritoria), fino alla legge 30 del 2003, passando per il pacchetto Treu e per una costellazione di interventi legislativi di cui Ferrajoli, in una puntualissima nota che ogni sindacalista o aspirante tale dovrebbe mandare a memoria, traccia il percorso lineare (vol. I, p. 296). Un percorso che tende a segnare il passaggio, o meglio, la riassimilazione del diritto del lavoro al diritto commerciale che regola la transazione di cose, di merci, perché tale torna ad

essere il lavoro umano: il mercato del lavoro come il mercato delle patate.

Questo processo ha, inoltre, avuto una sua compiuta razionalizzazione ideologica nell'esplicito riconoscimento del primato ordinatore del mercato sull'insieme dei rapporti sociali, sulla base dell'assunto indiscutibile di una piena e incondizionata libertà dell'impresa. Competerà allo Stato, a valle dei rapporti di produzione, ammortizzare le contraddizioni più vistose, attraverso più o meno efficaci misure di protezione sociale.

È interessante osservare lo strano destino delle tre bandiere identitarie della rivoluzione francese: ammainate l'uguaglianza e la fratellanza, rimane solo la libertà, ma come appannaggio non delle persone, ma di un'entità impersonale come il capitale. Abbiamo constatato come il potere economico abbia "colonizzato" ogni istituzione, disorganizzando anche le idee dei suoi potenziali antagonisti e reclutando adepti e catecumeni a tutte le latitudini. Si pensi al PIL (Prodotto Interno Lordo), elevato ad indice universale della qualità di un sistema economico-sociale, fondato sulla misurazione della crescita quantitativa, inossidabile feticcio impadronitosi di ogni discussione ed entrato nel lessico insostituibile di economisti, politici, sindacalisti. Si guardi ai criteri con i quali Unioncamere stila l'annuale graduatoria del benessere sociale. Valgono: il reddito medio pro-capite, la produttività del sistema e il suo fatturato globale, la dimensione del risparmio e il numero degli sportelli bancari, il numero di automobili immatricolate, la concentrazione di quei templi del consumo di massa che sono gli ipermercati. Non entrano, invece, nella contabilità del benessere: il livello di istruzione, l'efficacia dei servizi, della sanità, la qualità dell'acqua, dell'aria, del suolo, la diffusione del disagio sociale, della tossicodipendenza, della malattia mentale, della marginalità, il numero degli infortuni sul lavoro, la risposta ai fondamentali bisogni sociali.

Ogni tanto, dall'area liberale, viene qualche sussulto critico. E può capitare di leggere un Giovanni Sartori che sulle pagine del "Corriere della Sera" critica la cecità di "*San mercato*",

*“Sua Maestà il mercato, per i laici”*, che nella deforestazione dell’Amazzonia e nell’aumento dell’effetto serra che essa concorre a produrre non sa vedere altro che un’occasione per vendere più condizionatori d’aria. Sartori conclude la sua sarcastica invettiva ammonendo che *“non potremo salvarci a costi di mercato, ma dovremo salvarci costi quel che costi”*. Si tratta, evidentemente, di puro buon senso, che si è abbondantemente perso e che dà la misura della coazione ripetitiva (ed autodistruttiva) che sembra avere rimosso ogni capacità di ragionamento. Permettetemi una non brevissima, ma interessante citazione: *“Non possiamo misurare lo spirito nazionale sulla base dell’indice Dow Jones, né i successi del Paese sulla base del prodotto interno lordo. Il Pil comprende l’inquinamento dell’aria, la pubblicità delle sigarette, le ambulanze per sgombrare le nostre autostrade dalle carneficine del fine settimana [...] contabilizza le serrature speciali per le porte delle nostre case e le prigioni per coloro che cercano di forzarle [...] comprende programmi televisivi che valorizzano la violenza per vendere prodotti violenti ai bambini [...] cresce con la produzione di napalm, missili e testate nucleari [...] comprende anche le ricerche per migliorare la disseminazione della peste bubonica [...] si accresce con gli equipaggiamenti che la polizia usa per sedare le rivolte e non fa che aumentare quando sulle loro ceneri si ricostruiscono i bassifondi popolari. Il Pil non tiene conto della salute delle nostre famiglie, della qualità della loro educazione e della gioia dei loro momenti di svago [...] non comprende la bellezza della nostra poesia e la solidità dei valori familiari, l’intelligenza del nostro dibattere e l’onestà dei pubblici dipendenti [...] non tiene conto della giustizia dei nostri tribunali, né dell’equità dei rapporti fra noi [...] misura tutto, eccetto ciò che rende la vita degna di essere vissuta”*. Sapete chi diceva questo? Non il Serge Latouche teorico della decrescita, non Amartya Sen o i nostri Carla Ravaioli e Pier Angelo Dacrema, ma Robert Kennedy, il cadetto della nuova frontiera, in un discorso pronunciato nel marzo del 1968 all’università del Kansas quando, per dirla con le parole di



Giovanni Mariotti “il Pil aveva manifestato solo in parte la sua natura di gramigna virulenta e altamente infestante”. Eppure, quarant’anni dopo, cosa c’è di più costituzionalizzato del Pil? Allora, serve rifondare il concetto di sviluppo come sviluppo multiforme della personalità umana che è anche un enzima vitale per un progresso e per uno sviluppo sano dell’economia. Allora – una volta stabilito che il mercato non ha nessuna capacità di autoregolazione essendo esso refrattario ad ogni vincolo esterno, traduzione commerciale del *bellum omnium contra omnes*, simbolo dell’oltranzismo competitivo che ha impresso sulle sue bandiere *mors tua vita mea* – il tema che ci viene restituito è come ristabilire il primato della politica, della buona politica, sull’economia. Non un primato onnipotente, ma fondato su quella che Ferrajoli chiama “la costituzionalizzazione dei diritti sociali”, la loro affermazione sostanziale attraverso norme cogenti di diritto positivo, non espropriabili, in quanto “il diritto non ha il compito di assecondare ciò che accade”.

Il tema di come gli esseri umani associati e riuniti in libere e democratiche istituzioni possano divenire padroni del loro comune destino trova una risposta nella democrazia sociale come allargamento dello stato di diritto: lo stato di diritto sociale come sistema di garanzie positive. Dunque – propone Ferrajoli – costituzionalizzare i diritti definiti nella loro irrevocabile concretezza: un reddito di cittadinanza (in quanto il diritto al lavoro è un diritto debole); vincoli di bilancio (di spesa pubblica) in materia sociale (assistenza sanitaria gratuita, scuola pubblica gratuita per un certo numero di anni); riduzione dell’orario di lavoro.

Sono consapevole delle critiche che si possono fare alla proposta teorica di Ferrajoli di incorrere in una sorta di “ipergiuridicismo”. La sua imponente costruzione rischierebbe cioè di apparire un progetto senza autore, affidato ad una quasi meta-storica autoreferenzialità della norma che produce i suoi effetti per partenogenesi, indipendentemente dai rapporti sociali e politici. José Juan Moreso ha citato, a sostegno delle sue criti-

che, il fatto che ci sono molti più diritti sociali in Svezia (con una scarsa costituzionalizzazione dei diritti) di quanti non ve ne siano nel Perù, munito di una costituzione apparentemente garantista. Tuttavia, a me non pare che Ferrajoli incorra in un simile rischio. Per lui “il diritto non è mai naturale: è come lo facciamo. E quindi come lo vogliamo, come lo pensiamo e come lo rivendichiamo”. Insomma, il diritto non è certo impermeabile ai rapporti sociali.

Il giudice Giovanni Palombarini, nel corso di un dibattito sulla Costituzione italiana di qualche anno fa promosso dalla Camera del Lavoro di Brescia, raccontava dell'effetto dirompente delle lotte sociali della fine degli anni '60 e della prima metà dei '70 del secolo scorso sulla produzione normativa del Parlamento, ma anche sulla cultura giuridica: lì cambia la lettura che una nuova generazione di magistrati dà della Costituzione, rimasta per un ventennio in latenza. È una riscoperta indotta dall'irrompere sulla scena politica e sociale della classe operaia.

La produzione del diritto non è mai neutra, il diritto non è socialmente disincarnato. E tuttavia è importantissima la costituzionalizzazione dei diritti, il consolidamento giuridico di conquiste di civiltà che diventano senso comune ed acquistano potenza normativa, non transeunte. Tutte le volte che abbiamo trascurato questo aspetto abbiamo dovuto pentircene, perché se è vero che i rapporti sociali influenzano la produzione giuridica è anche vero l'opposto e cioè che l'affermazione di un diritto positivo retroagisce sui rapporti sociali, influenzandone la dinamica: avere avuto lo statuto dei lavoratori ha consentito un grande sviluppo della sindacalizzazione anche in periodi di riflusso del movimento.

L'altra critica, probabilmente più radicale, rivolta all'opera di Ferrajoli è quella di proporsi come un'imponente progetto di riforma sociale fondata sul diritto, frutto di un'illuministica fede nella ragione, ma intrinsecamente irrealistica. Su questo, devo essere assolutamente sincero, non ho nulla da dire. Perché quella di irrealismo, o di utopismo, è la ricorrente accusa liqui-

datoria di tutti i conservatorismi, la clava che viene sistematicamente calata su tutti i progetti che mirano ad un cambiamento dell'ordine di cose esistente. In effetti, ogni trasformazione profonda comporta una faticosa messa in discussione della realtà, dell'assenza di diritti, implica cioè una engelsiana "negazione della negazione".

Un vecchio partigiano, originario di Brescia, protagonista per l'intera sua vita di tante battaglie controcorrente per la libertà e la democrazia, usava dire che "il realismo è la virtù di chi ha la pancia piena". Credo avesse profondamente ragione.

## Una discussione su *Principia iuris*

Luigi Ferrajoli\*

Dividerò in tre parti la mia risposta alle tante critiche e osservazioni rivoltemi: 1) la prima dedicata alle questioni metodologiche e metateoriche; 2) la seconda alle questioni di teoria del diritto; 3) la terza alle questioni di teoria della democrazia.

### 1. *Questioni di meta-teoria del diritto e della democrazia*

Le questioni metateoriche sono state le più discusse nel nostro incontro. Soprattutto tre: 1) il metodo assiomatico impiegato nell'elaborazione della teoria del diritto; 2) il nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia; 3) le divaricazioni deontiche e i diversi approcci disciplinari da esse evdenziate.

#### 1.1. *Il metodo assiomatico. Presupposti e vantaggi*

Sono sempre stato consapevole di un problema generato da quello che è certamente l'aspetto più insolito, ma a mio pare più fecondo del mio lavoro: l'impiego del metodo assiomatico nella costruzione della teoria. La formalizzazione del linguaggio richiesta da tale metodo può infatti risultare non solo ostica ma anche incompresa, come un'inutile o quanto meno eccessiva complicazione, e quindi allontanare e respingere i lettori. Soprattutto il ricorso, inevitabile in una teoria assiomatizzata, al linguaggio simbolico e all'apparato di formule che accompagnano nel primo volume le tesi della teoria del diritto (e nel terzo volume le loro dimostrazioni) è destinato, benché tutte le tesi teoriche siano formulate anche in linguaggio comune, a suscitare la diffidenza dei giuristi e dei filosofi della politica, che sono i principali interlocutori di questo lavoro.

Esemplari, di questa diffidenza, sono state le perplessità sollevate nel nostro dibattito, e di cui parlerò più oltre, da un costituzionalista del valore di Giuseppe Ugo Rescigno. Di qui l'opportunità di insistere, in via preliminare, sui presupposti e sugli straordinari vantaggi del metodo assiomatico e soprattutto di dissipare taluni equivoci di fondo.

Il presupposto della formalizzazione e dell'assiomatizzazione della teoria del diritto è il carattere artificiale del *linguaggio teorico*, che ne differenzia lo statuto da quello del *linguaggio dogmatico* delle discipline giuridiche positive. Diversamente dai concetti di quella che ben possiamo chiamare "dogmatica" – per esempio i concetti di "mutuo", di "comodato", di "furto", di "omicidio", di "dolo" o di "colpa" – le cui regole d'uso sono dogmaticamente dettate dalla legge e richiedono quindi al giurista e all'operatore giuridico, sulla base dell'analisi del linguaggio legale, ridefinizioni lessicali ancorate agli usi linguistici del legislatore, i concetti della teoria del diritto – per esempio "norma", "atto giuridico", "diritto soggettivo", "obbligo", "divieto", "validità", "ordinamento" e simili – sono concetti di cui sarebbe vano cercare il significato nelle leggi. Se uno studente all'esame di diritto penale omette di dire, definendo l'appropriazione indebita, che a differenza del furto essa suppone il possesso della cosa mobile altrui, gli si dirà che la sua risposta è sbagliata perché non riflette la definizione dettata dall'art. 646 del codice penale. Lo stesso non può dirsi invece delle definizioni dei concetti teorici, che sono concetti costruiti direttamente dal teorico, mediante definizioni stipulative o convenzionali di cui non avrebbe senso argomentare, come per le definizioni lessicali della dogmatica, la verità o la falsità, ma solo la maggiore o minore adeguatezza, entro la sintassi dell'intero discorso teorico, all'esplicazione dell'universo della teoria.

Ebbene, se questo è vero, se il linguaggio della teoria del diritto è un linguaggio artificiale, cioè costruito dallo stesso teorico, allora non solo è possibile e opportuno, ma è *doveroso* – non solo si può, ma *si deve* – costruirlo nella maniera più

rigorosa possibile: stabilendone ed esplicitandone sia le regole di formazione che le regole di trasformazione. È questo rigore semantico, osserva Senese, che manca al linguaggio teorico usato dagli operatori, i cui termini “si sono formati attraverso una tradizione plurisecolare” e “perciò si presentano fortemente imprecisi o polisemi, sicché i relativi concetti risultano ambigui o addirittura indeterminati”; con il risultato che i loro usi, “coniugandosi con la crescente imprecisione e polisemia del linguaggio” legale, lasciano “spazio, nelle conclusioni operative che se ne traggono, a scelte e propensioni soggettive dell’interprete, il più delle volte nemmeno completamente consapevoli o talora addirittura del tutto inconsapevoli” (p. 3). Ebbene, è proprio l’univocità e la precisione del linguaggio teorico che il metodo assiomatico consente di realizzare. In base ad esso, infatti, tutti i termini della teoria, fatta eccezione per un numero limitato di termini primitivi, sono definiti mediante altri termini primitivi o precedentemente definiti; e tutte le tesi della teoria, fatta eccezione per un numero limitato di postulati e di definizioni, sono derivate dai postulati, dalle definizioni e/o da altre tesi analogamente derivate. La teoria, in breve, è formalizzabile perché è formale, e risulta formale perché è formalizzata: inteso con “formale” una tesi o un sistema di tesi – per esempio la definizione di ‘norma’ o quella di ‘diritto soggettivo’ – che non ci dicono nulla sulla realtà, cioè su quali sono o sarebbe giusto che fossero le norme o i diritti soggettivi in un dato ordinamento, ma solo cosa conveniamo di intendere con le parole ‘norma’ e ‘diritto soggettivo’.

Naturalmente, come ha scritto Mauro Palma, il sistema teorico così costruito, benché coerente, è incompleto (p. 4). Ma questa incompletezza, insuperabile nei sistemi formalizzati, sottolinea Palma (p. 4), è per me un “valore aggiunto” della teoria. Proprio il metodo assiomatico infatti, imponendo “di distinguere ciò che è logicamente deducibile da ciò che non lo è” (p. 5) perché frutto di assunzioni o convenzioni, fa della teoria assiomatizzata del diritto, quale è sviluppata nel primo volume, una sorta di cantiere aperto: aperto sempre a ulteriori

sviluppi, attraverso modificazioni o sostituzioni delle assunzioni, cioè dei postulati e delle definizioni – modificazioni, del resto, che io stesso ho apportato innumerevoli volte – nonché a ulteriori, possibili interpretazioni empiriche del sistema teorico.

I vantaggi del metodo assiomatico sono perciò quelli del massimo rigore scientifico e della massima capacità esplicativa che dal suo impiego proviene alla teoria. Ne indicherò quattro: *a)* l'*univocità* semantica di tutti i termini teorici, assicurata dalle loro definizioni sulla base di regole di formazione prestabilite e dal loro impiego costante nel solo significato definito; *b)* la *coerenza* interna del discorso teorico, assicurata dalle dimostrazioni di tutte le sue tesi non primitive, o teoremi, sulla base delle regole di trasformazione (quelle della logica dei predicati, della logica degli enunciati e della logica modale) a loro volta prestabilite; *c)* la *trasparenza* delle scelte che sono alle spalle della teoria e che riguardano unicamente le assunzioni, cioè i postulati e le definizioni, essendo tutte le altre tesi, rispetto ad esse, logicamente vere; *d)* la *fecondità* del metodo, che non è solo un metodo di controllo, ma anche un metodo di scoperta, dato che non tutte le tesi validamente dimostrabili come vere sono intuitive e non tutte le tesi intuitive sono validamente dimostrabili come vere.

È grazie a questo metodo che è possibile il progresso scientifico della teoria, la quale consiste in una rete complessa di concetti e di asserti che può essere sempre migliorata, sviluppata e ulteriormente intessuta con la modificazione dei postulati e delle definizioni o con l'aggiunta di nuovi postulati, di nuovi termini e di nuove definizioni. Il metodo assiomatico offre insomma un modello di teoria – come cantiere aperto, ho detto poco sopra – che è esattamente opposto a quello descritto e paventato da Giuseppe Ugo Rescigno, il quale ha lamentato “il carattere per dir così totalitario dell'opera” che “non lascia scampo: o ci si colloca all'interno dell'opera e cioè della teoria, ed al più, se se ne ha la capacità e ricorre l'occasione, si procede a critiche e precisazioni (...), oppure qualunque dissenso su punti specifici costringe il dissenziente ad un'alterna-

tiva comunque imbarazzante e problematica”: la costruzione di una “teoria alternativa, della stessa ampiezza e profondità” oppure, “ed è il caso più probabile”, l’opposizione di “un rifiuto pregiudiziale” al tipo di teoria da me proposto (p. 3). È vero il contrario. Proprio l’impiego del metodo assiomatico varrebbe ad escludere, qualora fosse anche da altri adottato, che ogni volta, come purtroppo accade nelle teorie giuridiche e politiche, si debba ricominciare da zero nella costruzione del linguaggio teorico; che ciascun teorico debba fornire ogni volta le “proprie” definizioni di tutti i termini della teoria, senza peraltro mai metterle alla prova; che il lavoro scientifico, insomma, consista in un lavoro di Sisifo, cioè nel produrre ogni volta nuove teorie, esse sì “alternative” alle precedenti. Una teoria assiomatizzata fornisce invece una base che almeno in parte può essere accolta da tutti e, soprattutto, il metodo per correggerla, svilupparla e modificarla nelle parti che non si condividono. È poi evidente che ogni modificazione di una sua tesi primitiva si riflette su tutte quelle da essa direttamente o indirettamente derivate e comporta perciò l’onere di metterla alla prova identificando le (nuove) tesi da essa implicate e quelle (vecchie) da essa non più implicate. Ma sono precisamente queste modificazioni che, accrescendo la complessità e la capacità esplicativa della teoria, ne determinano il progresso, come avviene del resto in tutte le teorie scientifiche.

### *1.2. Il rapporto tra teoria del diritto e teoria della democrazia*

Ma c’è un altro vantaggio di carattere epistemologico che proviene dall’impiego del metodo assiomatico e che è stato messo in luce sia da Palma che da Senese e da Rossana Rossanda. La struttura sintattica e normativa, che negli ordinamenti dotati di costituzioni rigide viene identificata dalla teoria con l’ausilio dell’assiomatizzazione, rivela, scrive Palma, l’“intrinseca interdipendenza della democrazia dal diritto e del diritto dalla ragione”: nel senso che “la teoria assiomatizzata



del diritto è funzionale a una teoria della democrazia costituzionale, non assiomatica, ma scandita sulla base dell'assiomaticizzazione della precedente. La democrazia è l'espressione empirica dell'impianto formale; è la sua equivalente isomorfa, e non già un insieme di pratiche di buon governo. La democrazia è tale se non tradisce tale isomorfismo" (p.2).

In questo modo, scrive a sua volta Senese, la teoria, mostrando la relazione tra "sintassi del diritto" e "sintassi della democrazia", rende evidente e trasparente il nesso indissolubile tra democrazia e diritto (p.1): un nesso di implicazione, in forza del quale, scrive Eligio Resta, "il diritto è condizione necessaria, anche se non sufficiente della democrazia" (p.2). Precisamente, dice Senese, il diritto è lo "strumento e il linguaggio essenziale della democrazia" (p.1): il linguaggio, dirò, nel quale - grazie alla sua sintassi, quale risulta dalla rete degli atti, delle situazioni, dei soggetti, delle norme, dei poteri e delle istituzioni da esso nominate - è possibile (e senza il quale è impossibile) pensare i problemi della convivenza civile e le loro possibili soluzioni democratiche; un linguaggio e una teoria convenzionale, aggiunge Rossana Rossanda, dove la "convenzione" riflette la convenzionalità del diritto, e perciò "esclude il sacro e l'indicibile" ma proprio per questo, per il suo "carattere di convenzione nel tempo e nello spazio", è costruita per essere "soprattutto utilizzata": "per essere agita; per il fare politico, arendtiano"; per cogliere, insomma, il "nocciolo utile, necessario che è il come della democrazia" (p. 1).

Ma quale è la natura di questo stretto rapporto tra teoria (formale) del diritto e teoria (normativa) della democrazia e quale la differenza di statuto tra le due teorie? "Perché mai", domanda Rescigno, ho "rinunciato a costruire una teoria assiomatica della democrazia" (p. 2) in aggiunta alla teoria assiomatica del diritto? La risposta è semplice: perché, per essere formalizzabile e assiomatica, una teoria deve essere "formale", cioè consistere non già nella descrizione (o nella prescrizione) di questo o quel concreto e contingente connotato empirico dei fenomeni appartenenti al suo universo di discor-

so, bensì nello sviluppo di un sistema di concetti e di asserti in grado di offrire un'esplicazione adeguata delle strutture formali di tutti i possibili fenomeni appartenenti al suo universo. E questo può accadere per la teoria del diritto, che in tanto è una teoria "generale" in quanto è valida per qualunque ordinamento giuridico, sia esso primitivo o avanzato, semplice o complesso, democratico o antidemocratico, liberale o illiberale; mentre non è certo possibile per la teoria della democrazia, che deve al contrario identificare principi sostanziali e regole di giustizia che vanno ben al di là delle strutture sintattiche proprie di qualunque ordinamento giuridico.

C'è infatti un tratto distintivo della teoria rispetto ad altri approcci disciplinari. La teoria del diritto non ci dice (né deve dirci) nulla su che cosa stabilisce il diritto positivo dei diversi ordinamenti, né su che cosa sarebbe giusto che esso stabilisse. In questo senso è formale, e perciò formalizzabile: nel senso che si limita a identificare le strutture formali dei fenomeni giuridici. Non ci dice, per esempio, quali sono o quali sarebbe giusto che fossero le norme di un dato ordinamento o i diritti fondamentali in esso stabiliti; ci dice solo in che cosa consistono le norme e i diritti fondamentali, definendone i concetti teorici. È questo, del resto, ciò che caratterizza tutte le teorie generali del diritto, da quella di Kelsen a quelle di Hart, di Ross e di Bobbio. Ed è il tratto distintivo della teoria sviluppata nel primo volume di *Principia iuris*, che senza nulla dirci dei contenuti normativi dei diversi sistemi giuridici né tanto meno delle costituzioni e dei diritti in queste concretamente stabiliti, nella sua prima parte vale per qualunque sistema di regole anche non giuridiche, nella seconda anche per tutti i sistemi di diritto positivo e per tutti gli stati di diritto fondati sul principio di legalità quale norma di riconoscimento del diritto esistente, e nella terza anche per tutti gli stati costituzionali di diritto basati sulla costituzionalizzazione di principi e diritti fondamentali quali norme di riconoscimento del diritto valido.

"Formale", quale termine metateorico associato a "teoria", viene insomma qui inteso nello stesso senso in cui è usato da

Norberto Bobbio, che parimenti caratterizza la teoria del diritto come “teoria formale”, e come sinonimo del termine “pura” associato da Hans Kelsen alla sua teoria. Con una differenza: “formale”, a mio parere, non vuol dire, come pensano Kelsen e Bobbio, “descrittiva” e “avalutativa”: sia i postulati che le definizioni sono infatti proposizioni prescrittive (del tipo; “assumo, o convengo o propongo di intendere”, per esempio il termine ‘norma’, “nel senso di...”), cioè frutto di convenzioni e perciò di scelte operate dal teorico in funzione della loro capacità esplicativa. Si tratta, il più delle volte, di scelte di carattere teoretico e perfino estetico: la bontà di una definizione si misura infatti dalla sua portata empirica ed esplicativa ed anche dalla sua chiarezza e semplicità. Ma non mancano scelte di tipo pragmatico e valutativo. Per esempio, come ha ricordato Senese (pp. 3-5), la mia definizione di “illecito” semplicemente come “atto informale vietato” anziché, come dice Kelsen, quale presupposto di una sanzione, consente di considerare la guerra di aggressione come un atto illecito solo perché vietata dalla Carta dell’Onu (oltre che dalla nostra Costituzione), pur in mancanza della relativa sanzione, configurabile peraltro come “lacuna”. La mia definizione non è certo più vera di quella di Kelsen. È solo dotata, a mio parere, di una maggiore portata empirica, dato che consente di dar conto del divieto internazionale della guerra, altrimenti ridotto a semplice *flatus vocis*, e di una più sicura valenza pacifista, frutto peraltro di una scelta politica che non nascondo.

Si conferma così l’infondatezza della preoccupazione di Rescigno circa il carattere “totalitario” dell’assiomatizzazione che costringerebbe, in caso di dissenso, alla costruzione di un’intera “teoria alternativa” oppure al “rifiuto pregiudiziale” dell’intero sistema da me elaborato. Proprio il metodo assiomatico e perciò il carattere stipulativo dei postulati e delle definizioni, ripeto, fanno di una teoria assiomatizzata un sistema aperto alle critiche e ad ulteriori sviluppi e progressi scientifici. Prova ne sia che in *Principia iuris* non c’è forse nessun postulato e nessuna definizione che io non abbia modificato o

integrato più volte: ogni qual volta un postulato o una definizione si rivelavano inadeguati a fondare implicazioni (da me) ritenute vere, o peggio inadeguati a fondare implicazioni (da me) ritenute false o anche, al contrario, ogni volta che alla prova del calcolo si rivelava l'infondatezza della supposta verità di una tesi o peggio della sua supposta falsità. La teoria è stata insomma il frutto di innumerevoli aggiustamenti per prova ed errore. E non vedo perché chiunque adotti il metodo da me proposto non possa fare altrettanto.

Non è invece, né può essere "formale" la teoria della democrazia; giacché essa include principi sostanziali come sono i diritti fondamentali storicamente determinati, sulla base dei quali, a seguito di lotte e rivoluzioni altrettanto storicamente determinate, si sono fatti valere bisogni e interessi vitali di tutti e si sono di fatto articolate le odierne democrazie costituzionali. Per questo essa non può essere né formalizzata, né assiomaticizzata. Ma non per questo, come ipotizza Rescigno, essa non intrattiene legami con la teoria del diritto. Al contrario, al pari ed accanto alla dogmatica costituzionalistica, essa consiste in quella che i filosofi della scienza chiamano "interpretazione semantica" o "empirica" della teoria. Precisamente, mentre la scienza costituzionalistica è un'interpretazione semantica tendenzialmente *descrittiva* della teoria del diritto, cioè ancorata al dettato costituzionale dei concreti e diversi ordinamenti empirici indagati, la teoria della democrazia è un'interpretazione semantica *esplicativa* e al tempo stesso *normativa* della medesima teoria, ancorata, più genericamente, all'esperienza storica dell'odierno costituzionalismo democratico. Per questo essa non è una qualsiasi teoria filosofica del buon governo democratico, bensì una teoria normativa empiricamente fondata.

Insomma, la teoria del diritto non ci dice quali principi una democrazia incorpora nel suo ordinamento, ciò che può dirci solo la scienza giuridica costituzionalistica; né ci dice quali principi essa deve incorporare, ciò che può dirci soltanto una teoria della democrazia costituzionale. Ci dice tuttavia che, ove incorpori quei principi di giustizia – come l'uguaglianza, i

diritti di libertà e i diritti sociali – che non a caso sono stati incorporati dalle rivoluzioni politiche, dalle lotte sociali e dalle battaglie civili di questi ultimi tre secoli, allora deve prenderli sul serio. E prenderli sul serio, perché normativi nei confronti del diritto medesimo, vuol dire costruire quel complesso apparato di garanzie, di funzioni e di istituzioni di garanzia che sono in grado di assicurarne la massima effettività. Per questo, come ho detto più volte, il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo: perché senza garanzie i diritti restano sulla carta e rischiano di ridursi a semplici lustre di legittimazione ideologica. Per questo la teoria del diritto e la teoria della democrazia – la prima quale teoria formale, la seconda quale interpretazione normativa della prima – conferiscono alla scienza giuridica un ruolo critico e progettuale: critico nei confronti del *diritto illegittimo*, cioè delle antinomie e delle lacune esibite dal diritto vigente rispetto ai limiti e ai vincoli ad esso imposti dai diritti costituzionalmente stabiliti; progettuale del diritto legittimo, cioè in attuazione delle promesse costituzionali. Per questo la democrazia costituzionale è sempre una (mai del tutto compiuta) costruzione giuridica, oltre che politica e sociale: perché tutti i diritti costituzionalmente stabiliti richiedono leggi di attuazione, che ne introducano le garanzie, sia primarie che secondarie, e le relative funzioni e istituzioni di garanzia.

### 1.3. *Le divaricazioni deontiche. Una mappa del sapere giuridico*

Eligio Resta ha giustamente sottolineato come il carattere formale della teoria del diritto e i riferimenti direttamente empirici delle diverse discipline che ne costituiscono l'interpretazione semantica si riflettono nella diversa natura dei linguaggi adottati: linguaggio artificiale e formalizzato, il linguaggio della teoria; linguaggio osservativo, invece, il linguaggio delle diverse discipline empiriche, dalla scienza giuridica dogmatica alla sociologia del diritto, alla filosofia della giustizia e alla teoria politica della democrazia (p. 4).

Ebbene, questi diversi approcci disciplinari di tipo empirico corrispondono ad altrettanti punti di vista dai quali il diritto può essere guardato e la teoria del diritto interpretata: a) il punto di vista esterno o assiologico della *giustizia*, cioè della valutazione, della critica esterna e della progettazione etico-politica del diritto positivo, che è proprio della *filosofia politica*; b) il punto di vista interno o giuridico della *validità* e del *vigore*, cioè della descrizione e della critica interna del diritto vigente, che è proprio della *scienza giuridica*; c) il punto di vista esterno o fattuale dell'*effettività*, cioè della descrizione e della critica di ciò che di fatto accade, in osservanza o in violazione del diritto, che è il punto di vista della *sociologia del diritto*. Questi tre punti di vista consentono di identificare altrettante *divaricazioni deontiche*, legate al rapporto di “dover essere” ad “essere” che intercorre tra i loro diversi parametri – tra giustizia e validità, tra validità e vigore, tra vigore ed effettività – e così di connettere e insieme di “separare per non confondere”, dice Resta (p. 6), i relativi discorsi ed approcci disciplinari entro “un modello, attraverso la teoria, di scienza giuridica integrata” (p. 5): da un lato la *teoria del diritto*, quale teoria formale che analizza il paradigma teorico del costituzionalismo democratico; dall’altro le sue interpretazioni empiriche: la *teoria della democrazia costituzionale*, che progetta ed illustra le garanzie imposte da tale paradigma; la *dogmatica costituzionalistica*, per esempio italiana, che del medesimo paradigma analizza ed illustra le garanzie e le relative istituzioni giuridiche normativamente imposte dalla Costituzione italiana; infine la *sociologia costituzionale*, che del paradigma teorico e di quello giuridico-normativo indaga ciò che di fatto è attuato o inattuato, osservato o violato.

Sono queste divaricazioni, nella cui inevitabilità Resta “vede il rinascere della dimensione del tragico” (p. 3), che segnalano i problemi centrali dell’epistemologia giuridica e le questioni più interessanti dei diversi approcci disciplinari: il problema dell’*ingiustizia*, quello dell’*invalidità* e quello dell’*ineffettività* del diritto. Se la divaricazione tra giustizia e validità è stata

ridotta dalla positivizzazione, ad opera delle costituzioni, di classici principi di giustizia come l'uguaglianza, la pace, i diritti di libertà e i diritti sociali, quella tra validità e vigore e quella tra vigore ed effettività viene volta a volta ridotta dai sistemi delle garanzie. In questo senso il garantismo è l'altra faccia del costituzionalismo: le garanzie giuridiche sia primarie che secondarie sono infatti le tecniche idonee ad assicurare il massimo di effettività alle promesse costituzionali e perciò a ridurre la divaricazione, entro certi limiti fisiologica ed oltre tali limiti patologica, tra il dover essere costituzionale e l'essere legislativo e tra il dover essere legislativo e l'essere fattuale del diritto positivo.

## 2. *Questioni di teoria del diritto*

È sulla base di queste premesse metateoriche che possono essere illustrate le questioni teoriche emerse nel nostro dibattito, legate tutte al ruolo garantista della normatività delle costituzioni rigide: 1) le inevitabili antinomie e lacune strutturali; 2) la rifondazione da me proposta della separazione dei poteri; 3) il nesso tra costituzionalismo e garantismo.

### 2.1. *Le costituzioni prese sul serio. Antinomie e lacune*

Salvatore Senese ha giustamente ricordato la mia insistenza sul carattere normativo delle costituzioni, dovuto al loro grado sopraordinato a qualunque altra fonte. Da questa normatività delle costituzioni consegue anzitutto, come ha rilevato Eligio Resta (p. 3), la contraddizione tra costituzione ed emergenza, e perciò l'insostenibilità teorica e concettuale, perché in contrasto con la gerarchia delle fonti, dello stato di eccezione, o di emergenza o d'assedio, o peggio dell'idea, vera contraddizione in termini, di una "costituzione per l'emergenza" avanzata per esempio da Bruce Ackerman.

Ma soprattutto, dal riconoscimento che le costituzioni sono normative e vanno quindi prese sul serio, consegue la loro ine-

vitabile divaricazione dalla realtà illustrata nel paragrafo che precede, e perciò un qualche loro grado inevitabile di ineffettività. Le costituzioni infatti, dice Senese, non sono documenti programmatici o meri *flatus vocis* (p. 6). Consistendo in norme, esse possono essere violate sia per commissione, dando luogo a leggi invalide e quindi ad *antinomie*, sia per omissione, dando luogo a *lacune*. Antinomie e lacune di questo tipo sono peraltro antinomie e lacune strutturali, ben diverse da quelle – ad esse accomunate dalla scolastica kelseniana e bobbianiana – che possono essere risolte con l'applicazione dei criteri cronologico o di specialità o con il ragionamento analogico. Diversamente da queste, le antinomie e le lacune da me definite (da D10.43-D10.48), sono appunto l'effetto della divaricazione deontica tra dover essere ed essere, ossia tra validità e vigore delle norme di diritto positivo. Consistono, come dicono le mie definizioni, in “vizi” dell'ordinamento, cioè in profili di *invalidità sostanziale*, relativi non alla forma ma alla sostanza o al contenuto delle decisioni, che richiedono di essere rimossi. Non parleremo certo di “vizi” a proposito delle cosiddette antinomie e lacune registrabili tra norme del medesimo livello e perciò risolte dall'interprete, le prime, con i criteri della *lex posterior* o della *lex specialis* e, le seconde, con il ricorso all'analogia o ai principi generali. Qui non abbiamo nessun vizio, nessun profilo di illegittimità sostanziale. Là, nel caso delle antinomie e delle lacune strutturali perché consistenti in vizi, non c'è invece nessuna possibilità di soluzione del problema mediante la semplice interpretazione o argomentazione del diritto esistente: si richiede infatti, in caso di antinomia la disapplicazione o l'annullamento giurisdizionale della norma invalida e, in caso di lacuna, l'introduzione legislativa della norma mancante.

Certamente, il fenomeno dell'invalidità sostanziale non è proprio dei soli ordinamenti giuridici a costituzione rigida, dato che anche in regimi a costituzione flessibile sono invalidi per ragioni sostanziali i regolamenti in conflitto con la legge, nonché gli atti di applicazione, siano essi giurisdizionali o



amministrativi, parimenti in contrasto con la legge. La vera novità delle costituzioni rigide – vero mutamento di paradigma del diritto, stranamente ignorato da molti kelseniani pur se su di esso si basa l'intero edificio della democrazia costituzionale – consiste nell'aver generato il fenomeno dell'invalidità sostanziale anche delle (fonti delle) leggi, la cui validità è stata da esse condizionata a limiti e a vincoli di sostanza o di contenuto come il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali: un fenomeno non paragonabile agli altri fenomeni di invalidità sostanziale, i quali riguardano o atti precettivi singolari negozi, sentenze, provvedimenti amministrativi – che non entrano a far parte della lingua giuridica e non sono perciò destinati ad essere a loro volta “applicati” da ulteriori atti precettivi, oppure regolamenti, destinati ad essere “disapplicati” dall'interprete, senza dunque che mai si produca un'antinomia strutturale.

## 2.2. *Le separazioni dei poteri*

La seconda questione di teoria del diritto emersa nel nostro dibattito è quella della *separazione dei poteri*. Le costituzioni disegnano giuridicamente quella ho chiamato la “*sfera dell'indecidibile che*” o “*che non*”. Ed impongono quindi, come ho sostenuto e lungamente argomentato, una revisione della separazione dei poteri: non più la classica separazione montesquieviana tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario, bensì la separazione tra *funzioni* e *istituzioni di governo*, competenti ad operare entro la sfera del decidibile, e *funzioni* e *istituzioni di garanzia* deputate a garantire e a presidiare la sfera dell'indecidibile. Sono infatti di natura diversa i poteri inerenti ai due tipi di funzioni: *potere di disposizione*, cioè di innovazione e produzione normativa quello inerente alle funzioni di governo, vincolate al solo *rispetto* e perciò alla semplice coerenza o non incoerenza con la costituzione; *potere prevalentemente di cognizione*, cioè di accertamento dei presupposti delle decisioni quello inerente alle funzioni di garan-

zia, vincolate alla ben più rigida *applicazione sostanziale* della legge, tradizionalmente chiamata “sussunzione”. Sono quindi diversi i fondamenti e le fonti di legittimazione democratica delle due classi di funzioni: la *rappresentanza politica* nella gestione degli interessi generali da cui sono legittimate le funzioni di governo; la *soggezione alla legge* non solo formale ma anche sostanziale nella garanzia dei diritti, e solo per il tramite della legge l’attuazione della volontà della maggioranza.

È l’intera struttura della sfera pubblica e della separazione dei poteri, io credo, che questa distinzione tra funzioni e istituzioni di governo e funzioni e istituzioni di garanzia impone di ripensare e di ridisegnare. Il modello montesquieviano della separazione tra legislativo, esecutivo e giudiziario, come quello lockiano tra potere legislativo e potere esecutivo sono stati elaborati tre secoli fa con riferimento a un assetto istituzionale incomparabilmente più semplice di quello delle odierne democrazie costituzionali: quando le funzioni dello Stato erano poco più che la funzione penale e l’ordine pubblico all’interno e la difesa militare all’esterno. Rispetto a questi assetti la funzione principale della separazione era quello di differenziare i poteri dello Stato, perché l’uno fosse di freno e di limite all’altro e, in particolare, di garantire, rispetto al potere monarchico altrimenti assoluto, il primato della funzione legislativa e l’indipendenza di quella funzione giudiziaria.

Questo modello ha condizionato pesantemente la costruzione del moderno stato di diritto: in positivo, dato che è valso a garantire il primato del parlamento e l’indipendenza del potere giudiziario; ma anche in negativo, dato che l’intero insieme delle funzioni amministrative di garanzia proprie del moderno Stato sociale si è sviluppato ed è cresciuto, almeno nelle esperienze costituzionali dell’Europa continentale, all’interno del potere esecutivo di governo, accorrandosi dietro l’etichetta onnicomprensiva della “Pubblica amministrazione”. Non solo quindi le funzioni amministrative ausiliarie delle funzioni di governo, come le funzioni diplomatiche o quelle della pubblica sicurezza o della politica fiscale, ma anche le funzioni

amministrative di garanzia dei diritti fondamentali, come l'istruzione, la salute e la previdenza, si sono così incardinate dentro il potere politico alle dipendenze dei governi, tanto da giustificare il cosiddetto *spoils system*<sup>1</sup>.

Ebbene, se questo è vero dobbiamo riconoscere che la classica separazione settecentesca dei poteri è oggi inadeguata a dar conto della complessità della sfera pubblica delle odierne democrazie costituzionali. Inadeguata sul piano descrittivo, dato che è smentita da tutti i sistemi politici parlamentari, dove il governo ha la fiducia delle Camere e il rapporto tra esecutivo e legislativo non è quindi di separazione bensì di condivisione. Ma inadeguata anche sul piano assiologico, dato che l'enorme quantità di funzioni oggi assegnate alla sfera pubblica non è interamente classificabile entro la tripartizione montesquieviana. In particolare, gran parte delle funzioni amministrative sviluppatesi con la costruzione dello Stato sociale la scuola, la salute, la previdenza e simili non sono affatto funzioni di governo, bensì funzioni di garanzia il cui esercizio, non meno della funzione giudiziaria, consiste nell'accertamento dei suoi presupposti di legge e richiederebbe perciò non già dipendenza e controllo, ma al contrario indipendenza dal potere esecutivo di governo entro il quale si sono invece sviluppate al di fuori di ogni disegno costituzionale.

### 2.3. *Costituzionalismo e garantismo*

La terza questione riguarda il rapporto tra costituzionalismo e garantismo, ossia il nesso funzionale che lega la dimensione sostanziale della democrazia alla separazione dei poteri e alla garanzia dei diritti fondamentali, cioè ai due elementi nei quali l'art. 16 della *Dichiarazione* francese dei diritti del 1789 identificò la nozione di 'costituzione'. Questo nesso consiste nel fatto che la separazione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia dei diritti è necessaria, nel paradigma costituzionale elaborato in *Principia iuris*, per garantire la democrazia sostanziale dal (tendenziale assolutismo del)la democrazia formale,

cioè dai poteri politici della maggioranza e dai poteri economici del mercato. Per una duplice ragione: perché tale separazione garantisce l'esercizio indipendente delle funzioni di garanzia dai suddetti poteri e la sua soggezione solo alla legge e alla costituzione, a garanzia dei diritti di tutti; e perché essa, attraverso la rete complessa di incompatibilità dalla quale è assicurata, è il principale rimedio agli inevitabili conflitti di interesse generati dalla confusione dei poteri in capo alle stesse persone.

Sono questi stessi aspetti che, nella prospettiva di un costituzionalismo sovranazionale, conferiscono un ruolo garantista al federalismo, quale è stato da me ridefinito con le definizioni D12.42 e D12.43 richiamate, a conclusione del suo intervento, da Salvatore Senese (p. 7). Il paradigma federale, quale sta progressivamente realizzandosi nel processo costituente europeo, comportando la differenziazione tra funzioni comunitarie o federali e funzioni periferiche o federate e, per altro verso, il controllo comunitario di costituzionalità, si risolve in un fecondo e promettente costituzionalismo multilivello. Ne risulta infatti, oltre alla garanzia della pace che è sempre connessa al modello federale, una duplicazione di entrambi gli elementi garantisti della costituzione identificati dal già ricordato art. 16 della Dichiarazione del 1789: una separazione dei poteri di tipo verticale tra funzioni e istituzioni federali e funzioni e istituzioni federate, in aggiunta alla separazione orizzontale tra funzioni di governo e funzioni di garanzia; e un'ulteriore garanzia secondaria dei diritti fondamentali affidata a giurisdizioni costituzionali federali, in aggiunta a quella assicurata dal controllo di costituzionalità delle Corti nazionali. Si tratta quindi di un potente rafforzamento della democrazia costituzionale, di indubbio valore in tempi come gli attuali di derive plebiscitarie e populiste delle funzioni di governo, che è del tutto insensato sottovalutare o peggio contrastare.

### 3. *Questioni di teoria della democrazia*

Sono tre le questioni di teoria della democrazia che sono state sollevate nel corso del nostro dibattito: 1) il grado di democrazia dei nostri ordinamenti; 2) il ruolo delle costituzioni e in generale del diritto nella riduzione delle disuguaglianze; 3) le prospettive di democratizzazione aperte dal paradigma garantista.

#### 3.1. *Gradi di democrazia*

Ugo Rescigno ha osservato giustamente che il vecchio Stato liberale, nel quale il suffragio era limitato a una parte ristretta della popolazione, non era, per definizione, “democratico”. E ha aggiunto che un segno di maschilismo espresso dal nostro lessico giuridico consiste nel fatto che si parla spesso di “suffragio universale” anche con riferimento a quegli ordinamenti nei quali il suffragio era solo maschile e non anche femminile (p.1). Sono d’accordo: il suffragio “universale”, e quindi il primo connotato della democrazia politica, ricorre solo allorché il diritto di voto è attribuito a tutte le donne e a tutti gli uomini in condizioni di parità. Penso anzi che vada aggiunto un ulteriore requisito: se è vero che il fondamento della legittimità della democrazia rappresentativa è la rappresentanza dei governati da parte dei governanti, cioè l’autogoverno sia pure indiretto, il suffragio, per essere “universale”, deve essere esteso a tutti i governati, e quindi non solo ai cittadini ma anche ai residenti benché privi della cittadinanza: a tutti, insomma, non già in quanto cittadini ma in quanto residenti e perciò governati, inclusi quindi gli stranieri stabilmente immigrati che oggi vivono e lavorano nei nostri paesi in quantità crescenti e in condizioni di inferiorità giuridica.

Ebbene, in relazione non solo all’estensione del suffragio, ma anche agli altri requisiti della democrazia – la segretezza del voto, la pluralità dei partiti, la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, delle altre libertà politiche e dei

diritti sociali – la democrazia, domanda Rescigno, “è misurabile”? (p. 2). Certamente sì. Ho parlato più volte, in *Principia iuris*, (vol. I, pp. 731 e 895; vol. II, p. 432) di “grado di democrazia” degli ordinamenti rispetto al modello tracciato dalla teoria e oggi in larga parte ancorato, giuridicamente, a norme e a principi stabiliti in quasi tutte le costituzioni. Si tratta di un grado che varia sia sul piano delle norme che su quello dell’effettività.

Varia in primo luogo sul piano normativo, dipendendo dalla quantità dei diritti fondamentali, dall’estensione della classe dei loro titolari (che nel caso del suffragio solo maschile non includeva le donne e per molti altri diritti non include tuttora i non cittadini) e, soprattutto, dalla qualità delle garanzie introdotte a loro sostegno dal diritto positivo di ciascun ordinamento. Dipende, precisamente, dalla previsione non solo di uguali diritti politici, ma anche di adeguate leggi elettorali di attuazione; e non solo di norme idonee a garantire tutte le libertà fondamentali, ma anche dalla costruzione di un sistema adeguato di garanzie dei diritti sociali – all’istruzione, alla salute, alla sussistenza – la cui soddisfazione forma un presupposto essenziale dell’esercizio, con cognizione di causa, sia delle libertà fondamentali che dei diritti politici.

Ma varia, in secondo luogo e soprattutto, sul piano fattuale. Il grado di democraticità di un ordinamento dipende anche, infatti, dall’effettività dei diritti e delle garanzie da esso normativamente contemplate: dall’effettivo pluralismo dell’informazione, dal grado di indipendenza dei media, dal lealismo costituzionale dei pubblici poteri, dall’assenza di conflitti di interessi, dal radicamento sociale e dalla democrazia interna dei partiti politici e dei sindacati, dallo sviluppo di un’opinione pubblica intorno agli affari pubblici e agli interessi generali, dalla maturazione, infine, del senso civico e delle virtù politiche e perciò dal grado di effettiva partecipazione dei cittadini alla vita pubblica.

In Italia per esempio, pur essendoci ancora una Costituzione assai avanzata, l’attuale legge sulle elezioni politiche – che di

fatto si risolve nella nomina dei parlamentari da parte dei vertici dei principali schieramenti che si candidano alle elezioni, nonché nella previsione di alti sbarramenti per i partiti di minoranza e nel conferimento di un consistente premio di maggioranza alla coalizione più votata, senza che sia fissata nessuna soglia minima di voti – consente di parlare di un grado bassissimo di democrazia politica sul piano normativo. Ma ancor più basso è il grado di democraticità del nostro sistema politico sul piano fattuale, a causa dei conflitti di interesse che in violazione delle norme sulle incompatibilità, pur presenti nel nostro ordinamento, gravano sulla rappresentanza e inquinano l'azione legislativa e di governo; del monopolio dell'informazione, pur censurato più volte dalla Corte costituzionale, in capo oltre tutto al presidente del Consiglio; dell'illegalismo diffuso dei pubblici poteri e del disprezzo per la legalità del ceto di governo; del qualunquismo politico e della pesante regressione, infine, dello spirito pubblico in una parte crescente della popolazione.

C'è poi un'ulteriore questione. Se la democrazia è una questione di grado, “è pensabile e costruibile”, si chiede Rescigno, “una democrazia ideale? cioè il massimo possibile di democrazia?”. E aggiunge: “Questo massimo possibile è la teoria normativa (normativa lo dice Ferrajoli) costruita da Ferrajoli?” (p. 2). Naturalmente, come ammette lo stesso Rescigno, non ho questa pretesa. La mia teoria, come tutte le teorie della democrazia, disegna tuttavia un modello normativo che proprio perché tale è un modello limite, regolativo, se vogliamo “ideale”, che si può in tutto o in parte condividere o criticare. Ma questo modello, proprio a causa del suo carattere normativo, è sempre contrassegnato da un qualche grado di virtuale ineffettività, cioè di divaricazione rispetto alla realtà: una divaricazione inevitabile – fisiologica, e solo oltre una certa misura patologica – consistendo nella distanza che sempre intercorre tra le norme e i fatti, non essendo le prime descrittive, ma appunto normative nei confronti dei secondi. Non viviamo infatti, né mai vivremo, in un mondo deonticamente o giuridicamente perfetto.

C'è tuttavia una differenza tra la teoria da me sviluppata ed altre dottrine politiche della democrazia. Essendo articolata, nelle sue varie forme e dimensioni, sulla base delle garanzie di altrettante classi di diritti fondamentali, di solito costituzionalmente stabiliti – i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali – questa teoria è non già una dottrina filosofico-politica della democrazia in astratto, cioè del buon governo democratico, né tanto meno una teoria politica della giustizia, bensì una teoria della democrazia costituzionale empiricamente ancorata all'esperienza storica del costituzionalismo democratico ed ai limiti e ai vincoli di diritto positivo da questo imposti tramite principi e diritti costituzionalmente stipulati.

### 3.2. *Costituzioni e disuguaglianza*

Vengo così a una seconda questione, sulla quale devo registrare il mio dissenso, non metateorico ma teorico, dalle tesi di Rescigno: un dissenso che investe il nesso – a mio parere costitutivo, come si è visto nel § 1.2, e a parere di Rescigno irrilevante o scarsamente rilevante – tra il diritto e la democrazia.

Rescigno dichiara che il suo “punto di partenza nell'analisi delle costituzioni” è la constatazione che “tutte le costituzioni dei paesi nei quali domina il mercato capitalistico garantiscono il funzionamento di un sistema che rende possibile un accumulo di proprietà per ciascun individuo senza alcun limite giuridico”, nonché “un reddito complessivo” parimenti “senza alcun limite giuridico”. E si domanda, provocatoriamente: “ha a che fare questa constatazione con la democrazia (con qualunque forma di democrazia)?” (p. 4).

Ovviamente sì, la domanda di Rescigno ha molto a che fare con la democrazia: ha a che fare nel senso che la risposta – proprio sulla base, tuttavia, di una teoria conseguente della democrazia costituzionale – è che la constatazione delle enormi disuguaglianze che caratterizzano oggi il mondo globalizzato equivale alla constatazione del suo scarsissimo grado di



democrazia. Solo che questa disuguaglianza non è affatto “garantita”, come scrive Rescigno, dalle costituzioni. Al contrario, essa è generata, a livello planetario, proprio dall’assenza di costituzioni. Più esattamente, se anche consideriamo l’insieme della Carta dell’Onu e delle tante carte internazionali dei diritti umani come una sorta di costituzione embrionale del mondo, questa enorme disuguaglianza dipende dalla sua totale mancanza di attuazione, cioè dalla mancata produzione di garanzie e di istituzioni di garanzia internazionali in grado di renderla effettiva. Come ho scritto più volte, il tratto giuridico caratteristico dell’odierna globalizzazione è infatti il vuoto pressoché totale di diritto pubblico internazionale, cioè di garanzie sovranazionali dei diritti umani, pur normativamente proclamati: un vuoto colmato da un pieno di diritto privato di produzione contrattuale che inevitabilmente è espressione della legge del più forte.

Quanto alle costituzioni nazionali, invece, esse di solito garantiscono il contrario di quel che afferma Rescigno. Si pensi all’articolo 41 della Costituzione italiana, secondo il quale “l’iniziativa economica... non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” e “la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”; all’art. 42, secondo cui la legge “determina” non solo i modi di acquisto e di godimento, ma anche “i limiti” della proprietà privata “allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”, nonché “i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità”; all’art. 43, secondo il quale “la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”; all’art. 44, secondo cui “la legge impone obblighi

e vincoli alla proprietà terriera privata” e “fissa limiti alla sua estensione”. Certamente a leggere oggi questi articoli - dopo la sbornia liberista di questi anni, le privatizzazioni a tappeto e lo sviluppo delle concentrazioni monopolistiche private - sembra di vivere in un mondo costituzionalmente capovolto. Ma questo conferma che il difetto, di solito, non è nelle costituzioni, ma al contrario nella loro mancata attuazione o peggio nella loro violazione e, insieme, nell’assenza di idonee garanzie, responsabile della loro ineffettività. Nei casi, poi, nei quali le costituzioni non stabiliscono (o si ritiene che non stabiliscano) nessun limite all’accumulazione capitalistica, allora tali limiti, proprio sulla base del paradigma normativo delineato dalla teoria della democrazia costituzionale, ben potrebbero essere introdotti. E dovrebbe far parte del programma di lotta e di governo di qualsiasi forza democratica la loro introduzione e, soprattutto, la loro effettiva attuazione e implementazione.

È stata la teorizzazione di questi limiti, del resto, uno degli obiettivi del mio lavoro: il cui programma è stato l’allargamento del paradigma costituzionale e garantista tramandatoci dalla tradizione liberale, e limitato soltanto ai pubblici poteri a tutela dei soli diritti di libertà e di proprietà, da un lato anche ai poteri economici privati, che quella tradizione ha indebitamente identificato con le libertà occultandone la natura di “poteri”, dall’altro a garanzia anche dei diritti sociali, e non solo a livello statale ma anche a livello sovranazionale. Come ha osservato Rossana Rossanda, le libertà e gli altri diritti fondamentali, secondo il paradigma del costituzionalismo di diritto privato da me disegnato, vanno difesi non solo dallo Stato ma anche dal mercato, non solo dai poteri pubblici, ma anche dalla proprietà e dai poteri privati. Aggiungo, con riguardo specificamente alla questione sollevata da Rescigno di un possibile “limite giuridico” all’accumulazione della proprietà e della ricchezza individuale, che nel II volume dei miei *Principia iuris* (§ 14.9, p. 257) ho sostenuto l’inammissibilità dell’accumulazione illimitata dei diritti reali e la necessità, in attuazione del modello normativo della democrazia costituzionale, di

imporre non solo limiti minimi, ma anche limiti massimi, per esempio mediante l'imposizione fiscale, ai redditi individuali.

Del resto, allorché Rescigno invoca, a sostegno dello Stato sociale, la "redistribuzione" della ricchezza, entra in contraddizione con il suo rifiuto come "illusoria" della tesi che un qualche "miglioramento del mondo può avvenire attraverso il diritto e i diritti". "Per me", egli aggiunge, "i diritti, che coesistono tranquillamente con il vergognoso spreco dei ricchi e la miseria e disperazione di miliardi di esseri umani, somigliano a quelli che chiudono la stalla dopo che i buoi sono fuggiti" (p. 5): in breve, non servono a nulla. Ma non sono forse proprio i diritti sociali che impongono alla sfera pubblica, con gli obblighi di prestazione da essi implicati, il dovere giuridico della redistribuzione della ricchezza auspicata da Rescigno? E non è forse la loro stipulazione che consente di leggere e di denunciare come illegittima la loro mancata attuazione e garanzia? E non è questa lettura e questa denuncia come *giuridicamente illegittimo* dello stato di cose esistente, un compito civile e politico, oltre che scientifico, ben al di là della lamentazione morale, che spetta alla cultura giuridica e specificamente a quella costituzionalistica?

Certo, l'attuazione, attraverso l'introduzione di idonee garanzie, dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti è sempre una conquista politica, che dipende dalle lotte sociali a suo sostegno. Ma essa, non potendo avvenire che attraverso il diritto, chiama in causa anche la responsabilità dei giuristi, che non possono chiamarsi fuori dalla lotta per il diritto e per i diritti, ma devono criticare il diritto illegittimo esistente e progettarne la trasformazione in attuazione del disegno costituzionale. Per questo non condivido affatto l'affermazione di Rescigno secondo cui il giurista "non può non essere un conservatore" (p. 6). Esattamente al contrario, in una democrazia costituzionale che impone alla legislazione e alla politica i limiti e i vincoli corrispondenti ai diritti costituzionalmente stabiliti, il giurista, se prende sul serio il suo mestiere sul piano scientifico ancor prima che su quello civile e politico, *deve essere* un rifor-

matore: deve criticare, ripeto, come illegittime le antinomie espresse dalle leggi invalide perché in contrasto con la costituzione e, soprattutto, progettare come obbligatorio il superamento, per via giurisdizionale o legislativa, delle antinomie e delle lacune prodotte dalla violazione o dalla mancata attuazione della costituzione medesima. Che è del resto quel che lo stesso Rescigno ha sempre fatto in maniera esemplare.

Ho l'impressione che alla base delle tesi di Rescigno ci sia un'aporia. "Le costituzioni effettive dei paesi capitalistici", egli afferma, "sono anzitutto e fondamentalmente lo strumento al servizio del principio per cui non esiste limite alla quantità di proprietà e reddito che ogni individuo può raggiungere" (p. 7). Conseguentemente, se è vero che "le costituzioni viventi ed effettive seguono, come è vero che seguono, i principi non scritti e fondamentali secondo cui non c'è limite alla proprietà e al reddito" allora "resta fermo che il giurista, o il giudice o qualunque altro operatore giuridico deve attenersi a questa comunicazione, quali che siano le innumerevoli conseguenze pratiche e sociali che tali principi determinano" (p. 6). Ma che cosa sono queste "costituzioni viventi ed effettive" di cui parla Rescigno? Che cosa significa, per lui, "viventi ed effettive"? Che cosa sono mai "i principi non scritti e fondamentali" da lui evocati della mancanza di limiti alla proprietà? Sono, evidentemente, le costituzioni e i principi espressi o "comunicati", secondo l'espressione di Rescigno, da quel che di fatto accade, cioè dai rapporti di forza e di sfruttamento che contrassegnano il mercato capitalista. Ma il giurista non deve affatto "attenersi a questa comunicazione". Deve al contrario criticarla come illegittima e attenersi al diritto dettato dalle costituzioni, che proprio perché è il frutto di lotte e di rivoluzioni è sempre contro la natura e contro la realtà. Detto in altri termini, familiari ai costituzionalisti: la "costituzione formale", che è la sola costituzione esistente, è sempre contro la cosiddetta "costituzione materiale"; termine, questo, tra i più infelici, impropri e fuorvianti della nostra letteratura giuridica.

Se poi le costituzioni ci sembrano povere o inadeguate – e

certamente, di solito, non lo sono affatto – sarà compito della progettazione giuridica e politica e delle lotte sociali a loro sostegno cambiarle e integrarle. È precisamente a questo cambiamento che puntano tutte le riforme e le rivoluzioni degne di questo nome. È quanto è stato fatto dalle rivoluzioni liberali per quel che riguarda i diritti di libertà, e dalle lotte operaie per quel che riguarda i diritti sociali e del lavoro, e invece non è stato fatto, purtroppo, dall'esperienza del comunismo realizzato, la quale nulla ha imparato da quella liberale. Al contrario, proprio l'idea riproposta da Rescigno che il diritto “viene determinato e non determina” (secondo la sua vecchia concezione come sovrastruttura?), e che è “pura illusione” quella che si possa “fare del diritto e dei diritti lo strumento della società armoniosa, libera e giusta”, è responsabile del tragico fallimento dei socialismi reali: un fallimento – diciamolo – dovuto principalmente al disprezzo del diritto e dei diritti come limiti a tutti i poteri e all'illusione opposta e sempre terribilmente nefasta del “potere buono”, in forza della presunta bontà di chi lo detiene (la dittatura del proletariato?) e perciò non bisognoso di vincoli giuridici a garanzia dei diritti delle persone.

### *3.3. Diritto e ragione nella costruzione della democrazia*

Vengo così all'ultima questione emersa nel nostro dibattito. Rossana Rossanda ha espresso efficacemente le ragioni dell'Illuminismo: l'averci restituito la possibilità di una salvezza, nei limiti della vita, che le religioni negano, rimettendo il nostro destino nelle nostre mani. Filo d'Arianna l'uso della ragione, strumento da usare e verificare nella sua struttura logica e fin matematica. Questa non è una fede, è una scelta”.

Sono parole – la “possibilità” di un avvenire migliore e la “scelta” legata al fatto che “il nostro destino è nelle nostre mani” – che ricordano le parole con cui l'Illuminismo fu definito da Kant: “l'uscita degli uomini dallo stato di minorità”, il “fare pubblico uso della propria ragione” (I. Kant, tr. it. 1965a, pp. 143 e 148), la “speranza di tempi migliori” senza la quale

“un serio desiderio di fare qualcosa di utile per il bene generale non avrebbe mai eccitato il cuore umano” (I. Kant, tr. it. 1965b, p. 276). Ma ricordano anche le parole “un altro mondo è possibile” che hanno animato in questi anni le lotte dei movimenti *no global*.

È questa prospettiva della possibilità di un mondo e di un futuro migliore, affidata interamente all’azione e alla responsabilità degli uomini – alla loro ragione, come strumento di costruzione del diritto; al diritto, come strumento di costruzione della democrazia; alla democrazia come costruzione sociale, oltre che giuridica, alimentata dalle lotte per i diritti e per l’uguaglianza – che dà senso alla politica e forma il presupposto della cultura giuridica garantista. Questo presupposto, “illuminista” in senso kantiano, è infatti il rifiuto di qualunque filosofia della storia di tipo determinista, cioè della fallacia, nella quale cadono molti realisti, secondo la quale ciò che accade non può non accadere; è la consapevolezza, quanto più possibile generalizzata, che il futuro dell’umanità dipende in gran parte dall’umanità stessa, e precisamente dalla sua capacità di difendersi – cosa forse improbabile, ma non impossibile – da sé medesima: dai disastri ecologici, dalle catastrofi nucleari, dai poteri selvaggi del mercato, dallo sfruttamento del lavoro, dalla crescita delle disuguaglianze, della violenza e dei terrorismi in un mondo sempre più fragile e vulnerabile.

Inversamente, è “anti-illuminista” e reazionaria la fallacia deterministica secondo cui quello esistente è il solo mondo possibile (poco importa se lo si ritenga il migliore o il peggior mondo possibile), dalla quale conseguono l’abbandono di ogni prospettiva di trasformazione, l’abdicazione della ragione e dell’impegno civile, la deresponsabilizzazione della politica e la rinuncia ad ogni progetto di progresso politico e sociale. Le tante carte costituzionali e internazionali dei diritti di cui disponiamo equivalgono a un insieme di grandi promesse – di pace, di uguaglianza e di libertà – frutto, tutte, di altrettanti “mai più” a precedenti violenze e oppressioni. Le loro attuazioni potranno essere imperfette, insufficienti e forse destinate

a fallire per i potenti interessi che ad esse si oppongono. Ma questi possibili fallimenti non sono iscritti in nessuna filosofia della storia. Di essi, in diversa misura, saremo responsabili tutti noi: le politiche miopi dei governi, le connivenze delle opposizioni, l'inerzia dell'opinione pubblica, il disimpegno scientifico e civile della cultura giuridica e politica, la distruzione di ogni orizzonte progettuale, la chiusura dei privilegiati nei loro egoismi, la passivazione e la rassegnazione dei soggetti deboli ed oppressi.

\* Ringrazio Rossana Rossanda, Mauro Palma, Eligio Resta, Giuseppe Ugo Rescigno e Salvatore Senese per essere intervenuti in questo dibattito sui miei *Principia iuris*: per le loro espressioni lusinghiere nei confronti del mio lavoro, per gran parte delle loro osservazioni, che condivido, ed anche per le loro critiche, che mi consentono di meglio precisare le tesi da me sostenute. Ringrazio inoltre l'associazione Antigone, e in particolare Patrizio Gonella e Susanna Marietti, per aver organizzato questo dibattito e Claudio Sarzotti per averne ospitato la pubblicazione su questa Rivista.

#### NOTE

<sup>1</sup> Se non altro, negli Stati Uniti, dove lo Stato sociale ha avuto uno sviluppo assai minore che in Europa, tale *spoils system* riguarda solo le funzioni amministrative ausiliarie del Presidente, laddove le poche funzioni di garanzia sono prevalentemente affidate ad autorità indipendenti.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Kant I. (1965a), [1784], *Risposta alla domanda: che cos'è l'Illuminismo* in *Scritti politici e di filosofia del diritto e della storia*, 2a ediz. aggiornata a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Utet, Torino, pp. 141-149.

Kant I. (1965b), [1793], *Sopra il detto comune: 'Questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica'*, in *Scritti politici e di filosofia del diritto e della storia*, op. cit., pp.

**ALTRI ARTICOLI****I reati della rete e la costruzione dei rischi  
nello spazio digitale***Cecilia Blengino*

*“Non ruberesti mai un’auto. Non ruberesti mai una borsa. Non ruberesti mai un televisore. Non ruberesti un film. Scaricare film da Internet è come rubare. Rubare è contro la legge. La pirateria è un reato”*. Da mesi le sale cinematografiche accolgono gli spettatori con uno spot dai toni minacciosi, ideato dalle associazioni di categoria del settore informatico e audiovisivo per tentare di educare alla “legalità” gli internauti. Emblematici di una battaglia in corso per la definizione dei confini del diritto in rete, i sillogismi proposti dal filmato fanno riflettere sulle modalità con cui l’area del penalmente rilevante tende ad ampliarsi nel mondo virtuale.

È percezione comune che l’avvento di Internet e la nascita della Società dell’Informazione (Castells, 2003) si accompagnino all’emergere di nuovi pericoli e nuove opportunità criminose, evocati dagli incalzanti messaggi volti ad educare gli utenti telematici. Offrendo l’occasione per riflettere sulle dinamiche che conducono al delinarsi del diritto penale dell’informatica (Sarzana, 1994; Pecorella, 2000) e sulla percezione della gravità dei comportamenti in rete, le esortazioni a non violare la legge attraverso un uso “improprio” di Internet si prefiggono l’obiettivo di chiarire ai naviganti la natura e la portata degli effetti della pirateria (“un danno alla cultura, un danno per tutti”<sup>1</sup>) convincendoli che “la salvaguardia della proprietà intellettuale è un obiettivo comune”<sup>2</sup>.

L’idea diffusa che la criminalità informatica rappresenti uno dei problemi più gravi del nuovo millennio è, peraltro, direttamente connessa al ruolo che le tecnologie informatiche assumono nell’organizzazione della Società dell’informazione. Dal



termine *hacker* alla nozione di *computer security*, dal concetto di *privacy* a quello di rischio informatico, le espressioni proprie dell'era digitale assumono significati differenti a seconda della prospettiva con cui si considerano le nuove tecnologie. Essere "sicuri" in rete può, infatti, indicare la possibilità di effettuare transazioni commerciali protette, vendere e acquistare prodotti originali, comunicare in condizioni rigorosamente rispettose della *privacy* o, al contrario, in un contesto di controllo, accettato per consentire traccia e conservazione dei dati necessari a fronteggiare criminalità e terrorismo. La recente campagna lanciata dalle *major* e fatta propria in Francia dal c.d. progetto di legge Sarkozy<sup>3</sup> per sostituire, in accordo con i gestori, le cause legali contro coloro che scaricano illegalmente musica e film con la loro "espulsione dal web"<sup>4</sup> rende l'idea della percezione e della diffusione mediatica dei rischi della rete, dove la cosiddetta pirateria sembra essere il più pericoloso nemico da combattere.

In questo scenario, un ruolo nevralgico per comprendere i processi di formazione del diritto è esercitato dal significato assunto dalla nozione di sicurezza informatica, dalla sua evoluzione e dall'identificazione dei rischi da cui la *computer security* intende difendere gli utenti telematici. I processi di costruzione sociale della criminalità informatica si collocano infatti in un contesto colmo di conflittualità, che dà forma ad un campo giuridico (Bourdieu, 1986) entro il quale i punti di vista di imprenditori morali (Becker, 1987), saperi esperti (Foucault, 1977) e di tutti gli attori sociali che abitano lo spazio digitale, concorrono a spostare il cursore che separa l'area del penalmente lecito dall'area dei comportamenti criminali attraverso la definizione e la drammatizzazione dei rischi corsi nello spazio digitale dagli internauti e da alcuni diritti storicamente radicati negli ordinamenti giuridici occidentali (Michalowsky - Phful, 1991).

### 1. I rischi della rete

La natura costruita del concetto di rischio informatico che ha guidato il processo di definizione dei *computer crimes* e l'ambiguità della nozione di "pirateria" risultano evidenti osservando come, nel *cyberspazio*, comportamenti tecnicamente identici vengono considerati reati o strumenti di sicurezza, a seconda dei soggetti che li pongono in essere: se la legge prevede la pena detentiva per l'*hacker* che accede abusivamente ad un sistema o per chi duplica un *software* senza essere autorizzato dalla casa produttrice, risulta infatti problematico individuare che cosa differenzi, dal punto di vista tecnico, i *digital rights managements* dai *virus*, considerando che i DRM, oltre a tradursi in strumenti di controllo tecnologico, possono comportare seri danni sui sistemi operativi degli utenti, come è accaduto ad esempio nel caso dei Cd prodotti dalla Sony<sup>5</sup>.

Sempre di più dipendenti dal ruolo esercitato dal tema dell'insicurezza (Garland, 2004), le scelte di politica criminale sono essenzialmente determinate da un processo di costruzione e di selezione dei rischi (Lupton, 2003) che concorre a prospettare comportamenti problematici etichettandoli come criminali. Il senso di insicurezza e vulnerabilità, nucleo caratterizzante della società tecnologica (Beck, 2000; Giddens, 1994), motiva il sorgere di norme volte a reprimere inedite forme di criminalità che poggiano sull'emergere di nuove paure. Molte situazioni potrebbero essere percepite come problemi sociali (Spector - Kitsuse, 2001), ma non sono prese in considerazione come tali dal diritto: è la selezione compiuta dall'attività competitiva di diversi attori sociali a stabilire le priorità su ciò che dovrebbe essere visto come importante e a determinarne l'ingresso e la permanenza nell'agenda pubblica (Hilgartner - Bosk, 1988).

Il principale nodo nevralgico del processo retorico con cui viene prospettata all'attenzione pubblica la necessità di intervenire sui crimini che mettono in pericolo la diffusione delle tecnologie digitali riguarda la definizione e collocazione del

problema della sicurezza informatica entro una precisa accezione economica. La constatazione dell'esistenza di opinioni divergenti circa l'utilizzo delle tecnologie informatiche e digitali porta, infatti, ad individuare nel processo di costruzione della criminalità informatica il successo della classificazione gerarchica (Douglas, 1982) dei rischi connessi all'utilizzo di tali risorse. Entro una cornice ideologica che ha condotto al configurarsi della Società della Rete (Castells, 2002) attorno agli utilizzi economici delle tecnologie telematiche, l'adozione di specifiche norme contro i reati informatici è stata motivata dalla "scoperta" da parte dell'emergente società tecnologica della propria vulnerabilità (Hollinger -Lanza Kaduce, 1997) di fronte a possibili "abusi" (Parker, 1976), nuovo problema sociale dell'era digitale, e ad ignoti devianti, la cui identità viene fatta coincidere con quella degli *hacker* o dei "pirati".

Grazie al ruolo svolto dalla molteplicità degli attori che hanno partecipato al processo di creazione del *cyberspazio* (Rosenzweig, 1988; Hafner - Lyon, 1996), Internet si è sviluppata in un contesto di apertura e di libertà (Stallman, 2003; Castells, 2003) principalmente attraverso comunità virtuali, reti e bacheche elettroniche (bbs) operanti secondo i principi della condivisione del *software*, della collaborazione e della libera circolazione delle informazioni. In questo scenario, l'affermazione del modello dominante della Società dell'Informazione rappresenta il prodotto dell'operazione, principalmente retorica, con cui il mondo aziendale e le istituzioni politiche hanno confinato, anche attraverso l'uso di metafore (Bennato, 2002), il ruolo di Internet a quello di infrastruttura economica, determinando il progressivo affermarsi del modello proprietario della rete (Lessig, 1999; 2006).

Corollario del successo dell'immagine, veicolata da Al Gore durante l'amministrazione Clinton, della rete come autostrada dell'informazione (Bennato, 2002), l'impegno a contrastare di tutti i possibili ostacoli alla "fluidità del traffico" è stato attuato anche attraverso la predisposizione di norme tese a scoraggiare e reprimere i comportamenti devianti.

L'interesse alla definizione ed alla repressione dei crimini informatici, fin dall'origine stimolato dall'urgenza di trovare misure idonee per la salvaguardia dei sistemi informatici dei cosiddetti settori critici (Strano, 2000), risulta particolarmente evidente in Italia dove tale processo ha preso vita in un momento – la “preistoria informatica” del Paese (Chiccarelli - Monti, 1997) – in cui, data la scarsa diffusione dell'*home computer*, i sistemi bancari e assicurativi, le società di servizi e le *software companies* sono stati gli unici portavoce di un emergente senso di fragilità di fronte ad intrusioni potenzialmente in grado di paralizzarne il funzionamento (Strano, pag. 64). Tali soggetti hanno, dunque, avviato una campagna volta a persuadere i consumatori che Internet è un' “*hostile anticommunity*” (Jordan, 2000) nella quale solo coloro che sono “ben protetti” possono sopravvivere con tranquillità.

## 2. Il problema della sicurezza informatica

Esperti ed esponenti delle realtà aziendali hanno partecipato in diversi modi alla sensibilizzazione dell'opinione pubblica e del legislatore al crescente problema della vulnerabilità della società informatizzata al fine di ricondurre comportamenti fino ad allora giudicati genericamente trasgressivi entro la definizione di nuove categorie criminali. Sebbene la reale dimensione del crimine informatico non fosse e non sia tuttora misurabile (Cavazos - Morin, 1994; Duff - Gardiner, 1996), un ruolo decisivo nella definizione dei *computer crimes* va riconosciuto ad alcuni studi condotti negli anni '80 e '90 con l'obiettivo di definire il profilo delle vittime degli attacchi informatici e di elaborare strategie di difesa nei loro confronti (Sarzana, 1994). I risultati di tali ricerche ed i significati con cui esse hanno veicolato il concetto di vulnerabilità informatica hanno, infatti, variamente condizionato la legislazione penale italiana ed il primo slancio alla formazione di una cultura della sicurezza informatica, risposta del sistema aziendale alla vulnerabilità dell'informazione. I dati raccolti dalle ricerche condotte da

società di consulenza e da enti di ricerca creati specificamente per analizzare il problema hanno, inoltre, contribuito direttamente a costruire la percezione della dimensione del fenomeno della criminalità informatica<sup>6</sup>. Più recentemente, i documenti sulla tutela della *computer security* prodotti a livello europeo hanno contribuito a specificarne il senso ed a coglierne il ruolo cruciale nella costruzione della Società dell'informazione, confermando come il concetto di sicurezza informatica si sia sviluppato e sia considerato ancora oggi un problema di ordine tipicamente economico, rappresentando un "rischio" per il modello di società proposto dalla politica europea<sup>7</sup>.

Le linee centrali della politica europea sulla sicurezza informatica, definite dai documenti che sanciscono il lancio definitivo del progetto *e-Europe*<sup>8</sup> e dalla Comunicazione della Commissione 890/2000 volta a "creare una società dell'informazione sicura migliorando la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica", ribadiscono il ruolo cruciale del successo della società dell'informazione per la crescita economica. Il piano d'azione affronta il tema del ruolo delle politiche penali nella realizzazione di questo obiettivo enfatizzando l'importanza della sicurezza delle reti e della lotta alla criminalità telematica, osservando i "punti vulnerabili" delle infrastrutture dell'informazione e delle telecomunicazioni e le "nuove possibilità di comportamenti criminali" come l'elemento critico delle economie europee. Tra gli obiettivi del programma pluriennale volto alla creazione della Società dell'Informazione il Consiglio pone in primo piano la necessità di sensibilizzare l'opinione pubblica circa "le opportunità, i benefici e gli eventuali rischi insiti nella società dell'informazione" (Decisione 98/253/CE). Se lo spostamento dell'attenzione dalle imprese al problema del rapporto tra le tecnologie digitali ed i singoli cittadini ha rappresentato una tappa decisiva nel progetto di costruzione della società dell'informazione europea (Risoluzione 1999/C 23/01 relativa all'aspetto "consumatori" della società dell'informazione),

tale operazione non ha determinato un reale mutamento del modo di considerare il ruolo delle tecnologie informatiche e telematiche: la normativa europea si rivolge ai cittadini europei in quanto “consumatori della società dell’informazione” considerando le problematiche connesse all’accessibilità dei costi, alla facilità d’uso delle applicazioni, alla sicurezza dei sistemi a pagamento, alla tutela della vita privata ed alla protezione dei dati personali come fattori essenziali dello sviluppo delle transazioni commerciali in Internet. Analoga visione emerge dal Piano pluriennale d’azione comunitario per promuovere l’uso sicuro di Internet attraverso la lotta alle informazioni di contenuto illegale e nocivo diffuse attraverso le reti globali il quale ribadisce che il ruolo cruciale esercitato dalle soluzioni volte a creare un “ambiente più sicuro [...] contribuirà rimuovere gli ostacoli allo sviluppo e alla competitività del settore” delle telecomunicazioni (Decisione 276/1999/CE).

### 3. I reati della rete

La relazione esistente tra la configurazione del problema della sicurezza informatica e la creazione di nuovi reati risulta evidente dai passaggi fondamentali con cui il legislatore penale italiano ha affrontato il problema delle definizioni delle fattispecie criminali della società digitale.

Una tappa decisiva nel processo di affermazione della visione proprietaria della rete è costituita dalla formalizzazione delle prime fattispecie penali a tutela delle barriere immateriali nel settore informatico. Tali norme si fondano su un’accezione di rischio informatico prettamente economica, entrata come problema nell’agenda pubblica grazie al ruolo esercitato da esponenti dei settori bancario, assicurativo e industriale nel sensibilizzare le istituzioni alla necessità di garantire “sicurezza” al valore patrimoniale dei dati, e all’azione di *lobbying* svolta dall’industria del *software* per proteggere i propri prodotti.

La configurazione come fattispecie penale dell’accesso non

autorizzato ad un sistema informatico (art. 615 ter c.p.) ha segnato un momento cruciale nel processo di spiritualizzazione (Sgubbi, 1990) dei beni giuridici informatici. Tale scelta di politica criminale anticipa la soglia di punibilità criminalizzando il mero accesso (*hacking*), in quanto condotta prodromica alla realizzazione di altri reati, e giustificandone la sanzionabilità penale con il “rischio” connesso ai danni, ai furti di informazione ed alle frodi che ne possono conseguire. Essa sembra aver risposto alla necessità ideologica di ricondurre forme di valore inedite entro la tradizionale categoria dei diritti di proprietà (Michalowsky - Pfuhl, p.265 ), come emerge dai lavori preparatori della legge e dal testo elaborato dalla commissione incaricata della stesura dello schema di modifica del codice<sup>9</sup>. Lo spirito che ha guidato la definizione formale dei crimini della “società vulnerabile” emerge non solo dalle elaborazioni intellettuali del gruppo di esperti, culminate nella teorizzazione del “domicilio informatico” quale inedito bene giuridico, ma soprattutto dal coinvolgimento diretto di associazioni quali ABI, IPACRI, Confindustria, ASSOFT, ANASIM e ASSINTEC nella stesura del documento prodotto dalla commissione, trasformato senza dibattito parlamentare<sup>10</sup> nella legge che ha introdotto i *computer crimes* nel codice penale italiano. La legge 547/93 è il risultato delle richieste espresse dai soggetti ritenuti “a rischio” dalla commissione di esperti.

Questo spiega perché la protezione riconosciuta dall’art 615 ter c.p. al domicilio informatico riguarda, secondo un’interpretazione letterale della norma, esclusivamente i sistemi informatici per i quali sia stato predisposto un adeguato sistema di sicurezza<sup>11</sup>.

Considerazioni analoghe possono essere fatte sulla legge 48/2008 che, recependo la Convenzione di Budapest del 2001 sul *cybercrime*, ha modificato e aggiornato la legge italiana sui *computer crimes*, lasciando immutato l’art. 615 ter. Tale scelta, già fatta propria dal c.d articolato Tanga prodotto dai lavori della Commissione Nordio, è stata infatti confermata dagli esperti sentiti da un’assemblea legislativa che in tempi rapidis-

simi, a legislatura scaduta, ha approvato la nuova legge quasi considerandola un atto di *routine* amministrativa.

Seconda manifestazione del ruolo esercitato dalla selezione dei rischi nella costruzione delle nuove devianze tecnologiche è stata la collocazione del *software* entro la categoria del *copyright*. Sul piano penale, tale passaggio ha avuto inizio con l'introduzione da parte del d.lgs 518/92 dell'art. 171 bis l.633/41<sup>12</sup> a cui è stato affidato l'obiettivo di reprimere il fenomeno della pirateria informatica attraverso l'introduzione di diverse ipotesi delittuose volte a sanzionare la detenzione e la duplicazione di *software* a scopo commerciale. Dietro le sollecitazioni volte ad assicurare sui mercati internazionali una protezione e una competitività corrispondente a quelli dei paesi concorrenti (Ristuccia, Zeno-Zencovich, 1990, p. 48), il Governo italiano ha attuato la direttiva comunitaria 91/250, evitando sia il dibattito parlamentare sia i pareri delle commissioni competenti e approvando in tempi fulminei un decreto<sup>13</sup>, traduzione pressoché letterale della direttiva, che ha posto fine al decennale dibattito tra i sostenitori di un intervento legislativo *ad hoc*<sup>14</sup> per il *software* e i favorevoli alla sua collocazione tra le opere intellettuali coperte dal diritto d'autore<sup>15</sup>. Tale risultato è in gran parte dovuto al ruolo decisivo giocato nel processo costruzione della legislazione in contrasto delle violazioni del *copyright* sul *software* dall'intensa attività di *lobbying* dell'industria informatica<sup>16</sup>, tradottasi in una crociata morale (Becker, 1987) in favore della tutela dei diritti di proprietà intellettuale. L'emanazione del d.lgs 518/92 è stata infatti accompagnata dal supporto di associazioni quali BSA (Business Software Alliance)<sup>17</sup> e Assoft che hanno sollecitato il recepimento della direttiva europea<sup>18</sup>, tenendo alta l'attenzione mediatica sugli effetti dannosi della duplicazione abusiva di *software*<sup>19</sup>.

Sulla stessa scia, più recentemente, una forte attività di imprenditoria morale ha dato il via al processo di criminalizzazione del *file sharing* e dell'uso delle tecnologie *peer to peer*. Ad ulteriore precisazione dei confini del lecito utilizzo del materiale distribuibile attraverso le tecnologie digitali e



telematiche, il d.lgs. 68/2003, recependo la direttiva europea 29/2000<sup>20</sup>, ha introdotto un singolare meccanismo di anticipazione della sanzionabilità dei comportamenti illeciti. Pur riproponendo la liceità della copia privata a scopo di sicurezza<sup>21</sup>, tale norma prevede infatti il pagamento alla SIAE di un “equo compenso”<sup>22</sup> per mancato profitto sull’acquisto di ogni supporto vergine. La presunzione che l’acquisto di supporti per materiale audiovisivo sia finalizzato alla duplicazione di materiale coperto da *copyright* giustifica la sanzione preventiva dell’acquirente per un ipotetico illecito utilizzo delle tecnologie digitali. Colpendo indiscriminatamente tutti i supporti e gli strumenti atti alla registrazione, a prescindere dal tipo di impiego e dall’effettivo utilizzo, la norma non collega, come invece indicato dalla direttiva comunitaria, l’equo compenso al verificarsi di un pregiudizio per gli aventi diritto. Verrebbe da chiedersi, peraltro, se il pagamento da parte degli internauti di tale indennizzo giustifichi la permanenza della loro sanzionabilità qualora duplicano materiale audiovisivo su supporti regolarmente acquistati.

Fortemente voluta dalla SIAE, tale norma tende a criminalizzare *tout court* della tecnologia P2P, portando a compimento l’etichettamento del *file sharing* come “pirateria informatica” e generando la distorta convinzione che circuiti di scambio siano di per se stessi illegali. La stretta repressiva operata dal d.lgs 68/2003 si concretizza inoltre, da un lato, nella tutela giuridica dei c.d. “antifurti digitali”, meccanismi di autotutela tecnologica posti dalle case produttrici e destinati ad impedire atti non autorizzati dai titolari dei diritti, dall’altro lato, nell’introduzione dell’obbligo per i *provider* di segnalare alle autorità di polizia chi viola il diritto d’autore usando il *peer to peer* o i siti Web. Nonostante le numerose proteste<sup>23</sup>, il processo di criminalizzazione del *file sharing* è proseguito con l’emanazione della legge 128/2004<sup>24</sup>. Emanato per salvare specificamente le sorti del cinema italiano, il “decreto Urbani” formalizza la criminalizzazione della copia privata<sup>25</sup>, criminalizza l’uso della tecnologia *peer-to-peer*, introduce una nuova tassa sui suppor-

ti e sui *software* di masterizzazione, obbliga l'apposizione su tutte le opere dell'ingegno dell'attestazione dell'avvenuto pagamento dei diritti SIAE, "dimenticando" che l'autore può decidere di collocare la propria opera intellettuale entro la tutela di una licenza *copyleft*.

La definizione dei nuovi confini dell'illegalità in rete, in gran parte risultato delle pressioni delle *lobbies* del *copyright*, non si è peraltro limitata ad orientare le scelte del legislatore, essendosi indirizzata anche a convincere l'opinione pubblica della necessità morale (Becker, p.121) di tali scelte. Tale catechesi è giunta a richiedere l'intervento di un *Copyright Angel*, chiamato a "combattere contro i pirati che vogliono uccidere la creatività"<sup>26</sup>.

#### 4. I criminali della rete

Ponendo fine e, contemporaneamente, aprendo pubblicamente un dibattito orientato a definire legalmente il sistema dei diritti e dei divieti nella società informatica, le norme citate si inseriscono in una precisa cornice ideologica. Facendo propria una retorica volta a sollecitare l'attenzione verso i problemi posti dalla vulnerabilità della società dell'informazione, dai rischi per la sicurezza informatica e dal "pericolo *hacker*", tale cornice ha permesso, pur in assenza di dati attendibili su una presunta ondata di *computer crimes*, di dare origine all'idea diffusa che, finché una norma penale non fosse intervenuta, l'ordine sociale sarebbe stato minacciato dai ladri di informazione (Michalowsky - Phful, 1990).

Manifestazioni di un punto di vista unilaterale sul ruolo e sugli obiettivi dello sviluppo telematico, le norme penali e le rappresentazioni istituzionali e mediatiche del fenomeno criminalità informatica tendono, peraltro, ad offuscare l'esistenza di un'altrettanto unilaterale concezione ontologica del *cyber-spazio* proveniente dalle comunità *hacker* (Nissenbaum, 2004). Il successo di questa operazione di costruzione della devianza ha infatti richiesto l'individuazione dei nuovi nemici pubblici

(Erikson, 2005) della Società dell'informazione e la costituzione di nuovi pool di agenti specializzati (la Polizia Postale e delle Telecomunicazioni e il Gruppo anti crimine tecnologico (GAT) della Guardia di Finanza) a cui è stato affidato l'obiettivo di impedire il popolarsi dell'astratta categoria degli *outsiders* creata dalle norme (Becker, p. 125). La demonizzazione degli *hackers* (Hollinger, 1987) ha così preso il via a pochi mesi dall'emanazione del d.lgs 518/92 e dell'art. 615 *ter* c.p. con le operazioni di polizia Hardware I e Peacelink, testimoni di un processo di selezione dei crimini e dei criminali determinante nella costruzione dell'identità del pirata e nella consegna all'opinione pubblica dell'immagine stereotipata del criminale informatico. Concretizzandosi in un pubblico attacco all'*underground* telematico italiano, tali operazioni hanno dato vita a quello che viene ricordato come l'*Italian crack down* (Gubitosa, 1999). Le prime applicazioni della normativa sul *software* introdotta dal d.lgs. 518/92 si indirizzarono, infatti, verso tutte le reti di BBS italiane e la telematica amatoriale coinvolgendo, attraverso un ampio ricorso al sequestro di *computer* e materiale informatico, molti utenti estranei alle azioni contestate, i cui diritti di *privacy* e libertà di manifestazione del pensiero furono in tal modo violati. Nella stessa direzione, le operazioni Hacker's Hunter e Ice Trap, primo caso di applicazione della legge 547/93 e di sanzione penale per accesso abusivo, fecero esplodere il "caso *hacker*" in Italia. Tale operazione, a cui i media diedero ampio risalto, portò agli onori delle cronache l'attacco dimostrativo compiuto da Raoul Chiesa, l'*hacker* torinese in seguito divenuto simbolo del complesso rapporto intercorrente tra cultura *hacker* e istituzioni, e diede inizio al processo di criminalizzazione secondaria (Lemert, 1981) dei devianti informatici, dimostrando come le streghe tendano a manifestarsi esattamente nel modo e nella forma in cui le si immagina (Erikson, 2005, p.70).

5. Contro i “rischi” del monopolio e del controllo:  
dall’hacking all’hactivism

Non sempre le ondate di criminalità hanno un successo immediato e definitivo nella stabilizzazione dei nuovi confini morali della società (Erikson, 2005): la criminalizzazione degli usi comunitari delle tecnologie telematiche e l’etichettamento degli *outsiders* della Rete hanno comportato una radicalizzazione delle posizioni tra gruppi sociali che vede gli *hackers* organizzarsi politicamente per la rivendicazione dei diritti telematici e gli imprenditori morali intensificare la propria attività di fronte alla diffusione di massa delle tecnologie digitali ed alla progressiva divulgazione del modello di rete “non proprietario”. Quest’ultima, con la diffusione delle tecnologie *peer to peer*, si accompagna all’estensione dell’etichetta criminale dall’*hacker* al semplice utente informatico. L’ondata di repressione abbattutasi sulla telematica amatoriale italiana ha comportato la nascita di associazioni operanti nel campo dei diritti telematici, delle prime iniziative *no-copyright* (Scelsi, 1994) e l’avvio di una battaglia culturale in ordine alla definizione del concetto di sicurezza informatica. Attraverso la denuncia dei problemi relativi alla libertà di accesso all’informazione e delle discriminazioni con cui il sistema sanzionatorio tratta condotte dello stesso tipo<sup>27</sup>, anche l’attività compiuta dagli *hackers* per affrancarsi dall’etichetta criminale è basata sulla prospettiva di un rischio (Freschi, 2000): il monopolio sull’informazione conseguente al trionfo del modello del *software* proprietario che si concretizza nella sottrazione del codice sorgente del programma alla libera disponibilità degli utenti e si rinforza attraverso la repressione penale di condotte come la duplicazione di programmi e l’accesso abusivo. Gli *hackers* sottolineano i numerosi “rischi proprietari” (Barale, 2004) connessi all’utilizzo dei programmi che si fondano sulla chiusura del codice, ed in particolare quelli relativi alla *privacy* e all’affidabilità, messe in crisi dall’impossibilità per l’utente di accedere al cuore del proprio computer. Tali rischi portano gli *hacker* a

sostenere che la criminalizzazione dell'*hacking* rende meno sicura l'intera rete (Stallman, 2003). Emblematica di questo rovesciamento di posizioni è la creazione dei *trusted systems* come Palladium, i quali impongono un controllo invasivo sul computer determinando l'impossibilità di copia e modifica. Su questo impulso anche in Italia si sono sviluppati i primi tentativi proposti dal "progetto Gnu" e dalla *Free Software Foundation*<sup>28</sup>, diffusi in Italia dall'Associazione Softwarelibero, di fronteggiare il predominio del modello Microsoft e i pericoli alla libertà di informazione connessi alla criminalizzazione degli *hacker*. L'avvio del processo identitario degli *hackers* italiani, seguito all'ondata di criminalizzazione dei primi anni '90, si è consolidato contro un nemico comune: lo sviluppo di una società telematica neoliberista fondata sul principio di esclusione e sul monopolio dell'informazione. Tale processo si inserisce, per certi versi, nel più ampio scenario dei movimenti *no global* dei quali gli *hackers* condividono buona parte dei principi e dei "repertori della protesta" (Della Porta, 2003)<sup>29</sup>.

I movimenti e le comunità *hackers* contrastano l'uso liberista delle nuove tecnologie, proponendone uno sociale che, implicitamente, si traduce in un nuovo modo di fare politica (Fici, 2002). L'agire politico collettivo degli *hackers* (Fici, 2004) si concretizza nella costituzione delle associazioni per i diritti civili telematici, nella produzione delle dichiarazioni dei diritti che scaturiscono dai principi dell'etica *hacker*, nella nascita degli *hacklabs*, dei *lugs* e nell'organizzazione degli *hackmeetings* e di altri eventi dal carattere simbolico, come il *Software Freedom Day*<sup>30</sup>. La cultura *hacker* trova inoltre un veicolo di diffusione, oltre che in numerosissimi siti internet, in alcune riviste specializzate: a partire dal 2002 viene venduta in edicola il quindicinale "*Hacker Journal*: tutto quello che gli altri non osano dirti", primo riferimento cartaceo delle comunità *hacker* italiana nato per confrontarsi sui temi della sicurezza informatica e delle libertà digitali<sup>31</sup>.

## 6. Conclusioni

Nella società della scienza e dell'informazione si delineano nuove contrapposizioni tra chi produce le definizioni dei rischi e chi le consuma: chi denuncia alcuni rischi, paradossalmente, può diventarne il capro espiatorio (Beck, 2002).

La costruzione della paura e le rappresentazioni dell'identità del nuovo criminale dell'era telematica, oltre a rafforzare i confini morali della società, ha contribuito a consolidarne le geografie del potere (Chambliss, 1977). La criminalizzazione della duplicazione di *software*, dell'*hacking* e del *file sharing* e le cerimonie di degradazione (Garfinkel, 1997) che hanno posto sul palcoscenico mediatico i nuovi nemici pubblici della rete colpisce la parte del mondo telematico sviluppatasi, nelle comunità virtuali e nelle reti amatoriali, attorno ai principi del *free software*, della condivisione del codice sorgente, della libera circolazione delle informazioni. La trasformazione degli *hacker* da pionieri della rete a devianti della comunicazione tecnologica porta a compimento questo processo di criminalizzazione e sembra funzionale alla stigmatizzazione delle pratiche sociali di condivisione diffuse tra i giovani (Hollinger, 1991), indicando ai nuovi utenti telematici i confini entro i quali orientare il proprio agire nel *cyberspazio* (Kerr, 2003). Il compito di assegnare la titolarità dei diritti di accesso nel *cyberspazio* e la definizione dei confini tra pubblico e privato nella dimensione virtuale (Johnson, 1994) viene dunque affidata al diritto penale, che definisce l'assetto di distribuzione del potere nella società tecnologica. Perché un processo di criminalizzazione possa dirsi effettivamente compiuto e la legge penale possa svolgere una funzione realmente deterrente occorre, tuttavia, che alla sua realizzazione giuridico-formale corrisponda un certo grado di consenso sociale. Allo stato attuale le rivendicazioni e le proposte giuridiche elaborate dagli *hacker* si contrappongono all'intensificarsi dei controlli legali e tecnologici sulla rete ed ai nuovi sviluppi della legislazione penale sui contenuti digitali dando vita ad una nuova

lotta per il diritto (Jhering,1960) in cui la legge penale, sostenuta dalle suggestive crociate morali condotte dalle *lobbies*, tende ad estendere il proprio raggio d'azione alle forme di condivisione telematica allargando la comunità degli *outsiders*. Intanto gli *hackers* continuano a denunciare la trasformazione della società dell'informazione in una società sorvegliata da un superpanopticon elettronico (Poster, 1997) e dominata dallo sviluppo di pratiche di dataveglia (Lyon, 1997, 2002), dalla scomparsa della privacy e dal sacrificio delle libertà civili in rete generate da norme, come il c.d. pacchetto Pisanu<sup>32</sup> e il recente progetto di legge Carlucci<sup>33</sup>, che nel nome della lotta alla criminalità introducono forme sempre più invasive e stringenti di controllo sulle comunicazioni elettroniche: su questi rischi il sistema penale non offre risposte ma, soprattutto, si pone domande?

## NOTE

<sup>1</sup> <http://www.fimi.it/profilofpm.php>.

<sup>2</sup> <http://www.microsoft.com/italy/softwareoriginale/>.

<sup>3</sup> Proposto dal ministro della cultura Michelle Albanel e traduzione del c.d. rapporto Oliviennes (dal nome dell'ex presidente della Fnac), il progetto di legge francese "Internet e creazione", approvato dal Senato lo scorso ottobre, prevede un sistema di sanzioni per chi effettua download illegali e la sospensione della connessione Internet da due a dodici mesi da parte dei provider agli internauti che scaricano musica e film senza pagare i diritti d'autore. In contrasto con la riaffermazione da parte dell'Ue del fatto che solo l'autorità giudiziaria può disconnettere gli utenti, il decreto sta suscitando le reazioni del "popolo della rete", da cui emergono gli inviti ai siti a protestare attraverso forme di *black out on line*

<sup>4</sup> G. Maggi, "Espulso dal web chi ruba canzoni", La Stampa, 21.12.2008, p. 19.

<sup>5</sup> Nel 2005 la Sony BMG Music aveva installato un *software* di tipo *rootkit* su alcuni CD audio per impedirne la copia. Ascoltando questi CD tramite computer, il software vi si installava all'insaputa dell'utente creando una falla nelle protezioni del computer ed il malfunzionamento del lettore nel caso in cui l'utente avesse tentato di rimuovere il programma.

<sup>6</sup> I risultati emersi dalla ricerca condotta dall'Istev nel 1983, che rilevarono la realizzazione di 13 attacchi a danno delle aziende italiane dal 1970 al 1983 furono, ad esempio, presentati a dimostrazione della scarsa propensione delle

aziende stesse alla denuncia di crimini in crescente e progressiva diffusione (Sarzana, 1994)

<sup>7</sup> La stessa idea di “Società dell’Informazione” è nata in ambito europeo con riferimento all’impatto sociale ed economico esercitato dalle nuove tecnologie. Tale concetto si è sviluppato, a partire dalle Risoluzioni del Consiglio Europeo del 27 novembre 1995 sugli “Aspetti industriali per l’Unione Europea nell’ambito della creazione della società dell’informazione” e del 21 novembre 1996 sulle “Nuove priorità in materia di politica relativa alla società dell’informazione”, attraverso diversi atti normativi tra i quali emergono la decisione del Consiglio 98/253/CE “Programma pluriennale per incentivare la realizzazione della società dell’informazione”, la Risoluzione del 17 dicembre 1999 sull’occupazione e la dimensione sociale della società dell’informazione” e la Comunicazione del Consiglio di Lisbona del 23-24 marzo 2000 “Una società dell’informazione per tutti”.

<sup>8</sup> Il Progetto “Europa telematica”, definito dalla Commissione nel 1999, approvato dal Consiglio di Lisbona del 23-24 marzo, si è tradotto nell’*“eEurope Action Plan”* del Consiglio Europeo di Feira del giugno 2000. Un secondo piano d’azione *“eEurope2005-Una società dell’informazione per tutti”* è stato, successivamente, lanciato dal Consiglio Europeo di Barcellona nel 2002.

<sup>9</sup> La Commissione Vassalli, nominata nel 1989 dall’allora Ministro di Grazia e Giustizia Giuliano Vassalli, ha prodotto il testo della legge 547/93 che ha aggiornato il codice penale con le fattispecie penali relative ai crimini informatici.

<sup>10</sup> Sotto l’impulso delle *Guidelines for the Security of Information System* del Consiglio d’Europa, che sottolineavano come *“the explosive growth in use of information systems for all manner of applications in all part of life has made provision of proper security essential”* (*Raccomandation du Conseil - concernant les lignes directrices régissant la sécurité des systèmes d’information*, 26.11.92). Le ragioni della rapidità dei lavori parlamentari sono approfondite da Frosini, 1994; Petrone, 1995 e Pica, 1999.

<sup>11</sup> Tale interpretazione, oggi divenuta minoritaria a seguito di diverse pronunce giurisprudenziali ed elaborazioni dottrinali, ha per lungo tempo portato ad escludere dal campo di applicazione della norma gli home computer non protetti da password di accesso.

<sup>12</sup> Tale articolo ha subito un’ulteriore svolta restrittiva dalle modifiche introdotte dall’art. 13 della legge 248/2000.

<sup>13</sup> Sulla base della delega dell’art.7 legge 19 dicembre 1992, n. 489, il D.lgs. 518/02 è stato approvato il 23 dicembre 1992 e firmato dal Presidente della Repubblica il 29 dicembre.

<sup>14</sup> Come quelle di Ghidini (la cui proposta era stata trasfusa nel d.d.l.1746 presentato dai senatori Fabbri e Malagodi nella IX legislatura e ripresentato come d.d.l 360 al Senato il 1 agosto 1987 dai senatori Fabbri e Cutrera), Floridaia e Losano i quali auspicavano l’introduzione di forme di tutela *sui*



*generis* analoghe alla disciplina prevista in diversi paesi per i semiconduttori (Ristuccia, Zeno-Zencovich, 1990).

<sup>15</sup> Come nel d.d.l. 1602 presentato nella X legislatura dagli On. Fumagalli Carulli e Riardi, nello schema di disegno di legge della Presidenza del Consiglio dei Ministri e nel progetto di legge redatto dalla Assoft (Associazione Italiana per la Tutela del Software).

<sup>16</sup> A cui si è aggiunta, nelle pressioni per ottenere le successive modifiche, l'attività dell'industria cinematografica e musicale, attraverso la FIMI e la FAPAV.

<sup>17</sup> La *Business Software Alliance*, fondata nel 1988 e attiva in 60 paesi, è la più importante associazione di categoria delle case produttrici di *software*. BSA si presenta come "organizzazione leader nella promozione di un ambiente *online* sicuro e conforme alla legge" e "portavoce dei settori *software*, hardware e Internet presso gli enti governativi e i consumatori finali nei mercati internazionali. I membri di BSA rappresentano le industrie con il massimo indice di espansione al mondo. BSA svolge un'intensa attività di informazione e sensibilizzazione rivolta agli utenti di computer sul tema del diritto d'autore, del *software* e della sicurezza informatica; sostiene politiche che promuovono l'innovazione e incrementano le opportunità di business, combatte la pirateria del *software*" (fonte <http://www.bsa.org/italia/home>).

<sup>18</sup> Anche attraverso la presentazione da parte di Assoft di un progetto di legge per la tutela del *software*, riportato integralmente in Ristuccia, Zeno-Zencovich, pp. 245 ss.

<sup>19</sup> BSA ha inoltre giocato un importante ruolo nel determinare la modifica apportata all'art. 171 *bis* dalla legge 248/2000 tradottasi, con la sostituzione del fine di profitto a quello del lucro quale elemento soggettivo idoneo ad integrare la fattispecie criminosa, in un'ulteriore estensione dell'area penalmente rilevante.

<sup>20</sup> La direttiva 29/2001 "Sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione" ha per oggetto la pirateria audiovisiva e esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione *software* e banche di dati. Il decreto legislativo, tuttavia, codinvolge anche il *software* nella parte in cui il nuovo art. 71 *septies*, a fronte della possibilità per il privato di effettuare una copia privata dell'opera, riconosce l'"equo compenso" (specificato all'art.39) per la riproduzione agli autori e produttori di fonogrammi, ai produttori originari di opere audiovisive e ai produttori di videogrammi e loro aventi causa.

<sup>21</sup> Il nuovo art. 71 *sexies* della Legge sul diritto d'autore stabilisce, infatti, che "è consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali".

<sup>22</sup> Tale compenso è costituito da una quota sul prezzo degli apparecchi di registrazione audio e video e dei sistemi informatici idonei alla registrazione. Per

i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione.

<sup>23</sup> Tra le principali, si possono ricordare le campagne organizzate dalla Associazione Software Libero ([www.softwarelibero.it](http://www.softwarelibero.it)), da Punto Informatico ([www.puntoinformatico.it](http://www.puntoinformatico.it)) e, con riferimento alla legislazione anche internazionale ed europea, il progetto CODE (*Campaign for an Open Digital Environment*) sostenuto da Ip Justice ([www.ipjustice.org/Code](http://www.ipjustice.org/Code)).

<sup>24</sup> Legge di conversione del d. l. 22 marzo 2004, n. 72 (c.d. decreto Urbani) recante “interventi finanziari urgenti per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo”.

<sup>25</sup> La legge 128/04, infatti, modifica l’art.171 *ter* della legge sul diritto d’autore con la sostituzione, nel reato di duplicazione e diffusione abusiva di opere dell’ingegno, del fine del profitto al precedente scopo di lucro, allineando, così, l’articolo al precedente 171-bis (riguardante specificamente il *software*).

<sup>26</sup> Dalla campagna di sensibilizzazione rivolta agli studenti delle scuole secondarie superiori e ideata da FIMI, FAPAV e BSA tramite il CD “Se li ami non li copi, se li copi non li ami”. Gli stessi contenuti del Cd sono riportati sul sito [www.controlapirateria.org](http://www.controlapirateria.org).

<sup>27</sup> Le operazioni di polizia compiute negli anni '90 hanno portato, ad esempio, a constatare come, attraverso i sequestri di *computer*, il criticato diritto di domicilio informatico, introdotto dall’art. 615 *ter*, non sia stato garantito a tutti, essendo stato violato nei confronti di coloro che sono stati coinvolti nelle indagini (Chiccarelli - Monti, 1999).

<sup>28</sup> <http://www.gnu.org>.

<sup>29</sup> A questo riguardo, ci si può limitare in questa sede ad osservare come nei raduni di Seattle, Nizza, Genova e Barcellona, i movimenti *no global*, accanto a forme di protesta simboliche e non violente (come le “mani bianche” della rete Lilliput o la disobbedienza civile delle “tute bianche”) e a quelle più radicali dei *black bloc*, abbiano fatto ricorso alle tecniche di “Net-attivismo” (Dagnino, Gulmanelli, 2003) create e mutate dai movimenti *hacker*, come le petizioni telematiche, la clonazione o l’attacco di siti ufficiali ed il *netstrike*. Quest’ultima tecnica, importata in Italia dagli *hackers* di Strano Network, consiste in un boicottaggio virtuale generato dal collegamento contemporaneo di un altissimo numero di attivisti per bloccare l’accesso a determinati siti. Sul versante opposto, alcune forme di azione politica attualmente utilizzate dagli *hackers*, come le campagne di informazione, i boicottaggi e forme di disobbedienza civile sono mutate dai movimenti (Meikle, 2003).

<sup>30</sup> Per l’affinità ideologica che li avvicina agli *hacker* nel combattere il dominio di un monopolio, sono i centri sociali autogestiti, oggi, i principali “luoghi del fare collettivo e della difesa dei diritti” telematici, nei quali “si creano le infrastrutture e si forniscono le competenze per dare a chiunque la pos-

sibilità di partecipare allo scambio dei saperi *on line*” (Di Corinto, Tozzi, 2002, p. 60).

<sup>31</sup> Le copie arretrate ed il sommario del numero corrente sono disponibili al sito <http://www.hackerjournal.it>. Un'altra rivista di diffusione della cultura hacker è il Free Software Magazine (<http://www.freesoftwaremagazine.com>)

<sup>32</sup> In base alla legge 155/05 (i cui disposti sono stati prorogati dal d.l.248/07) i dati di traffico telematico (indirizzo contattato, data, ora e durata degli accessi alla rete) vengono conservati per un anno “a fini di giustizia” dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica e per oltre quattro anni a scopo anti-terroristico.

<sup>33</sup> Il disegno di legge “Internet, territorio della libertà, dei diritti e dei doveri”, motivato dalla parlamentare del Pdl sul proprio blog ([www.gabriellacarlucci.it](http://www.gabriellacarlucci.it)) dalla necessità di combattere la pedofilia on line, introducendo il divieto dell'anonimato in rete e la responsabilità per i fornitori di servizi che lo permettono, predispone nuovi meccanismi di controllo in realtà fortemente orientati alla protezione del diritto d'autore e alla criminalizzazione del *file sharing*.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Barale S., 2004, *Come passare al software libero e vivere felici. Manuale di auto liberazione informatica*, Berti, Milano.

Beck U., 2000, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Carocci, Roma.

Becker H., 1987, *Outsiders. Saggi di sociologia della devianza*, Edizioni Gruppo Abele, Torino.

Bennato D., 2002, *Le metafore del computer: la costruzione sociale dell'informatica*, Maltemi, Roma.

Bourdieu P., 1986, *La force du droit: éléments pour une sociologie du droit*, Actes de la Recherche en Sciences Sociales, n.64, sett., pp. 3-19 .

Capeller W., 2001, *Not such a neat net: some comments on virtual criminality*, in “Social & Legal Studies”, 10(2), Sage, London, pp. 229-242.

Castells M., 2002, *Galassia Internet*, Feltrinelli, Milano.

Castells M., 2003, *La nascita della società in rete*, Egea, Milano.

Cavazos E.A., Morin G., 1994, *Cyberspace and the law: your rights and duties in the online world*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts.

Chiccarelli S., Monti A., 1997, *Spaghetti Hacker. Storie, Tecniche e aspetti giuridici dell'hacking in Italia*, Apogeo, Milano.

Dagnino A., Gulmanelli S., 2003, *Pop War*, Apogeo, Milano.

Dahlberg L., 2001, *Democracy via cyberspace: mapping the retorics and practices of three prominent camps*, in “New Media & Society”, Vol. 3(2), pp.157-177, Sage Publications, London.

Della Porta D., 2003, *I new global. Chi sono e cosa vogliono i critici della*

- globalizzazione, Il Mulino, Bologna.
- Di Corinto A., Tozzi T., 2002, *Hackivism. La libertà nelle maglie della rete*, Manifestolibri, Roma.
- Dixon R., 2004, *Open source, software law*, Artech House, Boston London.
- Douglas M., 1991, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Feltrinelli, Milano.
- Duff L., Gardiner S., 1996, *Computer crime in the global village: strategies for control and regulation-in defence of the hacker*, in "International Journal of the Sociology of Law", 24, 211-228.
- Erikson Kai T., 2005, *Streghe, eretici e criminali. Devianza e controllo sociale nel XVII secolo*, Carocci, Roma.
- Fici A., 2002, *Internet e le nuove forme della partecipazione politica*, Angeli, Milano.
- Fici A., 2004, *Mondo hacker e la logica dell'azione collettiva*, Angeli, Milano.
- Foucault M., 1976, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino.
- Freschi A.C., 2000, *Comunità virtuali e partecipazione. Dall'antagonismo ai nuovi diritti*, in "Quaderni di Sociologia", XLIV, 23.
- Freschi A.C., 2002, *La società dei saperi*, Carocci, Roma.
- Frosini, V., 1994, Introduzione a Borruso R., Buonomo G., Corasaniti G., D'Aietti G., *Profili penali dell'informatica*, Giuffrè, Milano.
- Garland D., 2004, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano.
- Gates B., 1997, *La strada che porta al domani*, Mondadori, Milano.
- Giddens A., 1994, *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, Bologna.
- Gubitosa C., 1999, *La vera storia di Internet*, Apogeo, Milano.
- Gubitosa C., 1999, *Italian crackdown*, Apogeo, Milano.
- Hafner K., Lyon M., 1996, *When wizards stay up late: the origins of Internet*, Simon & Schuster, New York.
- Hester S., Eglin P., 1999, *Sociologia del crimine*, Mani, Lecce.
- Hilgartner S., Bosk C.L., 1988, *The rise and fall of social problems: a public arena model*, in "American Journal of Sociology", vol.94, pp.53-78.
- Himanen P., 2001, *L'etica hacker e lo spirito dell'età dell'informazione*, Feltrinelli, Milano.
- Hollinger R., 1993, *Crime by computer: correlates of software piracy and unauthorized access*, in "Security Journal", 4, pp.2-12.
- Hollinger R., 1997, *Crime, deviance and the computer*, Dartmouth, Aldershot, Brookfield.
- Hollinger R., Lanza-Kaduce L., 1988, *The process of criminalization: the case of computer crime laws*, in "Criminology", 26, pp.101-126.
- Jhering v.R., 1960, *La lotta per il diritto*, Laterza, Bari.
- Jordan J.W., 2000, *Where politicians fear to tread: advertising for Internet*

- Security, in "Journal of Communication Inquiry", 24:3, Sage, pp.292-311.
- Johnson D.G., 1994, *Crime, abuse and hacker ethics* in ID., *Computer ethics*, Prentice Hall, New Jersey, pp.103-123.
- Kerr O., 2003, *Cybercrime's Scope: Interpreting 'Access' and 'Authorization' in Computer Misuse Statutes*, in "NYU Law Review", Vol. 78, N. 5, pp. 1596-1668.
- Lakhani K.R., Wolf R.G., 2003, *Why hackers do what they do: understanding motivation effort in free/open source software projects*, Mit Sloan School of Management, Working paper 4425/03.
- Lemert E.M., 1981, *Devianza, problemi sociali e forme di controllo*, Giuffrè, Milano.
- Lessig L., 1999, *Code and other laws of cyberspace*, Basic Books, New York.
- Lessig L., 2005, *Cultura libera*, Apogeo, Milano.
- Lessig L., 2006, *Il futuro delle idee*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- Lupton D., 2003, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Il Mulino, Bologna.
- Lyon D., 1997, *L'occhio elettronico: prassi e filosofia della sorveglianza*, Feltrinelli, Milano.
- Lyon D., 2002, *La società sorvegliata. Tecnologie di controllo della vita quotidiana*, Feltrinelli, Milano.
- Meikle G., 2003, *Disobbedienza civile elettronica. Mediattivismo e Internet*, Apogeo, Milano.
- Michalowsky R.J., Phful E.H., 1991, *Technology, Property an law: the case of computer crime*, in *Crime, Law and Social Change*, Kluwer Academic Publisher, 15, pp.255-275.
- Nissenbaum H., 2004, *Hacker and the contested ontology of cyberspace*, Sage, London, vol. 6 (2), pp.195-217.
- Parker D., 1976, *Crime by computer*, Scribner, New York.
- Pica G., 1999, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet, Torino.
- Petrone M., 1995, *Le recenti modifiche del codice penale in tema di documento informatico: problemi e prospettive*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", 259 ss.
- Poster M., 1997, *The second media age*, Polity Press, Cambridge.
- Raymond E., 1998, *The Cathedral and the Bazaar*, <http://www.dvara.net/HK/open.asp>.
- Ristuccia R., Zeno-Zencovich V., 1994, *Prime notazioni sulla legge a protezione del software*, in "Diritto dell'Informazione e dell'Informatica", pp. 256-294.
- Rosenzweig R., 1988, *Wizards, Bureaucrats, Warriors and hackers: writing the history of the Internet*, in "American Historical Review", Vol.103, n.5, pp. 1530-1552.
- Sarzana C., 1994, *Informatica e diritto penale*, Giuffrè, Milano.
- Scelsi R.V., 1994, *No copyright. I nuovi diritti del 2000*, Shake, Milano.
- Sette R., 2000, *Criminalità informatica. Analisi del fenomeno tra teoria, per-*

- cezione e comunicazione sociale*, Clueb, Bologna.
- Sgubbi F., 1990, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna.
- Spector M., J.I. Kitsuse, 2001, *Constructing social problems*, Transaction Publishers, London.
- Stallman R., 2003, *Software libero, pensiero libero*, Stampa Alternativa, Viterbo.
- Sterling B., 1993, *The hacker crackdown: law and disorder on the electronic frontier*, Bantam Books.
- Strano M., 2000, *Computer crime*, Apogeo, Milano.

## **I nuclei armati proletari: la strategia di lotta armata contro il carcere** (seconda parte)\*

*Rossella Ferrigno*

### 1. *L'attacco al cuore dello Stato*

*L'attacco al cuore dello Stato* da parte dei NAP arrivò al culmine con due azioni l'una diretta contro il manicomio giudiziario di Aversa l'altra con il sequestro del magistrato Di Gennaro. Contemporaneamente però le indagini sull'organizzazione armata si allargarono in seguito allo scoppio accidentale di un ordigno in Via Consalvo nel quartiere Fuorigrotta di Napoli a causa del quale perse la vita Giuseppe Vitaliano Principe<sup>1</sup>.

La scoperta della base di Via Consalvo determinò il ritrovamento del danaro proveniente dal riscatto Moccia, di chiavi di appartamenti, documenti, materiale di vario tipo che comportarono la successiva individuazione di altri *covi* e di altri nappisti<sup>2</sup>. Vennero infatti identificati Giovanni Gentile Schiavone e Domenico Delle Veneri. Il primo uno studente napoletano di medicina, in passato militante della Sinistra universitaria; il secondo beneventano, studente a Napoli, figlio di un industriale produttore di materiali edili<sup>3</sup>.

La composizione "mista" dell'organizzazione e quindi la presenza di "delinquenti comuni" tra i NAP portò la stampa a concludere che esisteva una presenza oscura e manipolatrice dietro questi ultimi, in particolare "L'Unità" interpretava questa alleanza tra detenuti comuni politicizzati e studenti come il risultato di una manipolazione esterna. Dalla lettura degli articoli sui NAP nei quotidiani "L'Unità" e "Il Mattino" si può infatti evincere che non era stato valutato in nessuna occasione il collegamento con la "questione carcere" né tanto meno il radicamento nel sociale dei nappisti<sup>4</sup>.

Il 22 aprile '75, nonostante la pressione delle indagini in

corso<sup>5</sup>, i NAP rivendicarono un nuovo attentato quello contro Filippo De Jorio, consigliere democristiano della regione Lazio. Un'azione che si profilava come un attacco a quegli apparati considerati contigui ai servizi segreti del SID e responsabili delle stragi di Stato (AA. VV., 1976: 193-194).

L'azione più clamorosa dei NAP si registra nel maggio 1975, quando l'organizzazione procedette a Roma al sequestro di Giuseppe Di Gennaro, Magistrato consigliere di Cassazione, direttore dell'ufficio della direzione generale degli Istituti di Prevenzione e di Pena del Ministero di Grazia e Giustizia<sup>6</sup>. Non si ebbe alcuna notizia del magistrato sino a quando tre detenuti del carcere di Viterbo, Martino Zichitella, Pietro Panizzari e Pietro Sofia<sup>7</sup>, consegnarono alle autorità competenti un dattiloscritto con allegata una foto di Di Gennaro. Nel comunicato si precisava che essendo fallito il progetto di evasione che i tre avevano tentato di portare a termine prendevano in ostaggio due persone la cui incolumità, al pari di quella di Di Gennaro, dipendeva dalla loro integrità fisica. Il sequestro Di Gennaro allora fu chiarito: il magistrato era stato rapito come azione preventiva nel caso in cui il *nucleo interno* di Viterbo non fosse riuscito ad evadere e per evitare eventuali ritorsioni contro i rivoltosi<sup>8</sup>. L'azione si risolse con la liberazione del magistrato ed il trasferimento dei detenuti coinvolti nella tentata evasione.

Il 30 maggio 1975 fallì una nuova azione nappista: l'attentato al manicomio giudiziario di Aversa. Nello scoppio accidentale dell'ordigno morì infatti Giovanni Pietro Taras, 22 anni, operaio di Torino residente a Milano, già colpito da un mandato di cattura<sup>9</sup>. L'attentato ad Aversa si inseriva in una strategia particolare: il manicomio giudiziario, infatti, era stato messo sotto inchiesta da "Il Mattino" per una serie di testimonianze di ex internati che avevano scatenato l'attenzione della stampa. Un precedente importante che metteva in luce la disperata situazione dei manicomi giudiziari fu la morte di Antonella Bernardini che nel gennaio del '75 bruciò viva sul letto di contenimento nel manicomio giudiziario di Pozzuoli<sup>10</sup>.

La tragedia, quindi, portò agli onori della cronaca le condi-



zioni dei manicomi in Italia, *fabbriche di tortura e di sofferenza*. Nessuna riforma attuata, nessun controllo di queste strutture e sui regolamenti che ne disponevano il funzionamento:

*[...] quanta violenza e quanto sangue saranno ancora necessari? Evidentemente non è questa la violenza che sentiamo deplorare ogni giorno auspicando riforme e rimedi. Questa è la sacra violenza dell'istituzione assistita da una speciale immunità<sup>11</sup>.*

Alla fallita azione contro il manicomio giudiziario di Aversa seguirono due attentati, il primo contro Cosimo Vernich, brigadiere degli agenti di custodia in servizio presso il carcere di San Vittore, l'obiettivo era quello di rendere palese le ingiustizie e i maltrattamenti a cui continuamente i detenuti erano sottoposti; il secondo contro Pietro Margariti, Consigliere della Corte d'Appello, direttore dell'ufficio responsabile dei trasferimenti dei detenuti del Ministero di Grazia e Giustizia, il 28 gennaio 1976<sup>12</sup>.

Le indagini sull'organizzazione dei NAP si intensificarono e portarono all'individuazione di altri covi sia nel napoletano che a Roma. Alla fine del 1975 i nappisti erano stati quasi tutti identificati; le indagini svolte tra Roma e Napoli avevano portato all'arresto di circa 20 aderenti all'organizzazione<sup>13</sup>.

Le azioni nella lotta contro le carceri si susseguirono, quindi, senza sosta, ma nel frattempo era avvenuto un cambiamento di estrema importanza. Il 26 luglio 1975 era stata promulgata la legge N. 354 ovvero la tanto attesa *riforma dell'ordinamento penitenziario*.

La legge introduceva alcune norme che rispondevano alla necessità di ristabilire i più elementari diritti alla dignità umana, come nel caso dell'introduzione di servizi igienici e di docce, fino ad allora, infatti, i detenuti erano costretti ad espletare i propri bisogni senza alcun tipo di privacy e all'interno di vasi. Veniva altresì stabilito un trattamento alimentare sufficiente a garantire il sostentamento su cui avrebbe poi vigilato una rappresentanza di detenuti. Venivano istituite anche le biblioteche interne. La riforma inoltre stabiliva un principio di

fondamentale importanza una non più rigida divisione tra il mondo carcerario e l'esterno.

Vennero introdotte delle nuove regole tra cui il principio dell'*individualizzazione del trattamento* (art. 13), in base al quale ogni detenuto avrebbe ricevuto il trattamento penitenziario corrisposto ai bisogni del singolo soggetto, e la norma riguardante l'*assegnazione, il raggruppamento a categorie di detenuti* (art. 14). Per quanto riguarda i rapporti con l'esterno veniva approvata la possibilità per i detenuti di avere colloqui con i propri cari senza controllo auditivo ma solo visivo, di avere corrispondenza telefonica e di ricevere quotidiani, libri e periodici. La nuova norma regolamentava anche la formazione di una rappresentanza interna di detenuti e riconosceva il diritto al reclamo (AA. VV., 2006: 47-57).

La riforma era stata approvata ma la sua applicazione tardava e di conseguenza si verificarono una serie di dure proteste per tutto il corso del 1976. Nella maggior parte delle carceri italiane, da Poggioreale a San Vittore e all'Asinara, la richiesta era unica e sola: l'applicazione della riforma<sup>14</sup>.

Le azioni della fine del 1975<sup>15</sup> furono le ultime prima del processo a cui i primi nappisti vennero sottoposti. I procedimenti di Roma e Napoli furono unificati sotto l'unica competenza del Tribunale di Napoli<sup>16</sup>, il processo cominciò nel novembre del '76 per concludersi nel febbraio successivo.

Arrivarono così per i nappisti i processi e gli anni della detenzione. Nel marzo del 1976 a Poggioreale i detenuti nappisti tentarono un'evasione che costò loro un *processo per direttissima*. L'organizzazione dell'evasione, come si evince dalla citata intervista, diede all'organizzazione una certa notorietà all'interno del carcere soprattutto tra gli appartenenti alla criminalità organizzata. Inoltre i nappisti si distinsero per la loro attività di mediazione nei confronti della dirigenza carceraria. La riforma prevedeva, infatti, la possibilità di formare una rappresentanza di detenuti che avesse il compito di portare all'attenzione della direzione del carcere tutti i problemi connessi alle condizioni di vita dei detenuti. A Poggioreale

questo ruolo fu svolto proprio dai nappisti. La tentata evasione e il ruolo di rappresentanti dei detenuti fece acquistare quindi ai nappisti stessi prestigio agli occhi degli altri detenuti. Inoltre tra loro alcuni avevano costruito rapporti umani ed affettivi con esponenti della criminalità durante il lavoro del comitato a Forcella. Il fatto stesso che la camorra, in particolar modo quella cutoliana, controllava il “proletariato extralegale”, organizzandolo secondo una struttura ben precisa, rappresentava sicuramente un punto di incontro<sup>17</sup>. Tuttavia questi aspetti “comuni” non possono condurre alla conclusione che vi sia stata una “conivenza” o una vera “alleanza organica” tra camorra e NAP.

Il processo per direttissima per i fatti di Poggioreale si celebrò il 13 marzo 1976 nel Tribunale di Napoli. Quel giorno centinaia di persone manifestarono a sostegno dei nappisti. Ciò dimostra l'esistenza di un'area di “simpatizzanti”, di consenso attorno ai NAP, all'interno della quale maturavano istanze sociali e richieste politiche interpretate poi dai nappisti secondo la logica della lotta armata. Il 21 marzo il processo per direttissima si concluse. Il giorno della sentenza fu anche il giorno delle denunce, sia i legali che gli stessi nappisti denunciarono i pestaggi subiti, tra l'altro misero in luce la presenza nelle carceri dei letti di contenzione, che, in base alla nuova riforma, non sarebbero più dovuti essere utilizzati<sup>18</sup>.

Nel novembre del 1976 venne avviato il *super-processo* ai NAP. Il 22 novembre alla vigilia dell'inizio del procedimento il Circolo della Stampa a Napoli fu assalito da un gruppo di nappisti. Un'azione che si profilò come un monito nei confronti dei mezzi di informazione. Contemporaneamente alla Corte d'Assise napoletana furono fatti pervenire dieci certificati medici di altrettanti giurati popolari<sup>19</sup>. Il giorno successivo all'assalto, il 23 novembre, prese il via il super-processo presso la III sezione della Corte d'Assise di Napoli. Il clima di tensione nella città era altissimo, Napoli fu praticamente blindata, i controlli e le perquisizioni colpirono i militanti dell'estrema sinistra senza alcuna discriminazione<sup>20</sup>. Fuori dall'aula del Tribunale si svolse una manifestazione: ancora una volta una

dimostrazione di sostegno ai NAP. Il corteo che inneggiava ai nappisti fu sostanzialmente pacifico anche se la protesta si risolse con l'arresto di tre studenti<sup>21</sup>.

Gli imputati all'apertura del procedimento *revocarono il mandato* agli avvocati difensori: era l'inizio del *processo guerriglia*<sup>22</sup>, uno strumento di rivendicazione di una collettività, di un'organizzazione armata che si assumeva le responsabilità politiche e morali delle proprie azioni.

A metà dicembre del 1976 si registrò l'ultima azione nappista contro il dirigente dell'Antiterrorismo Alfonso Noce<sup>23</sup>. Durante l'azione perse la vita il militante Martino Zichitella, Noce rimase ferito. L'attentato provocò preoccupazione nell'opinione pubblica: uno dei massimi rappresentanti della lotta al terrorismo solo per un caso non era morto. I risultati delle indagini successive all'agguato Noce portarono alla scoperta che in realtà Zichitella era morto per dei colpi sparati da un militante nappista: Antonio Lo Muscio<sup>24</sup>. Questo nome salì all'attenzione della cronaca solo nel luglio successivo quando Lo Muscio verrà ucciso da alcuni carabinieri di pattuglia mentre tentava di scappare, si trovava insieme alle nappiste Maria Pia Vianale e Franca Salerno evase il 23 gennaio 1977 dal carcere femminile di Pozzuoli<sup>25</sup>.

Il processo alle ultime battute si svolgeva in questo clima di totale sfiducia, l'evasione delle due nappiste nel gennaio certamente non aveva contribuito a ristabilire la certezza della legge e dell'ordine. Ma nonostante i continui rinvii, il 16 febbraio '77 venne emessa la sentenza che riconosceva a tutti gli imputati l'accusa di partecipazione a banda armata.

Con l'azione contro Noce si concluse l'esperienza dei NAP fuori dal carcere. I militanti dell'organizzazione però continuarono a maturare un percorso "politico" attraverso la scelta di entrare nelle BR<sup>26</sup> e contribuirono a fornire nuovi strumenti di analisi all'organizzazione brigatista per la penetrazione nella realtà del Sud. Questa alleanza con le BR molto probabilmente creò le condizioni per la fine dell'esperienza armata nappista che aveva tratto sino ad allora la sua "legittimità" nel rap-

porto con le masse e con i movimenti, un legame che in quella fase di passaggio nelle BR veniva completamente a mancare.

## 2. Dall'interno delle carceri speciali

Nel maggio del '77 venne varata una nuova legge che prevedeva la costituzione delle *carceri speciali*:

*[...] tutto il carcere imperialista è speciale: fin nelle celle fatiscenti, nei bracci anacronistici, si insinua la specialità. Basta una parola, un'affermazione, un gesto, una rivendicazione per attivare nei confronti del reo di "non collaborazione" un nuovo trattamento, un nuovo livello di "cura". (AA. VV, 1979: XXVI)*

L'emergenza "terrorismo" nonché le numerose rivolte succedutesi in quegli anni favorirono la scelta di istituire delle carceri di massima sicurezza. Al generale Carlo Alberto Dalla Chiesa fu affidato il compito di individuare i penitenziari destinati a divenire di massima sicurezza e di gestire i servizi di vigilanza esterni delle carceri. I carabinieri presentarono un piano che prevedeva la creazione di un *circuito speciale* che avrebbe ospitato i militanti della lotta armata e i detenuti comuni ritenuti "pericolosi". Venne così definita una prima mappa degli istituti che offrivano maggiori garanzie di sicurezza ed in questi furono approntati in fretta e furia i primi reparti di alta sicurezza.

Il primo decreto interministeriale che portava la data del 4 maggio 1977, valido fino al 31 dicembre 1981, poi prorogato fino al dicembre 1982, nominava Comandante dell'Ufficio di coordinamento della sicurezza esterna degli stabilimenti penitenziari il Generale Dalla Chiesa. In due giorni i reparti speciali di Dalla Chiesa trasferirono circa 600 detenuti nelle prime strutture individuate sul territorio italiano: Asinara, Trani, Favignana, Fossombrone, Cuneo, Termini Imerese, Novara, Nuoro, Pianosa, Palmi e Messina. Ma il ruolo che i carabinieri giocarono nella gestione del nuovo circuito andava ben oltre la tutela della sicurezza esterna delle prigioni. Il generale che

coordinava questo servizio poteva entrare negli istituti in qualsiasi momento, esercitando, di fatto, un forte potere gerarchico nei confronti dei direttori penitenziari, che erano obbligati, tra l'altro, a fornire tutte le informazioni riguardanti le misure adottate a tutela dell'ordine e della sicurezza interna. Nel dicembre 1977 il Parlamento varò una legge recante "disposizioni relative a procedure eccezionali per lavori urgenti ed indifferibili negli istituti penitenziari". Questa legge attribuiva al Ministero di Grazia e Giustizia ampi poteri discrezionali in materia di lavori pubblici e di appalti per la realizzazione di interventi che andavano ben oltre quelli di ordinaria manutenzione, tradizionalmente riservati all'esclusiva competenza di detto ministero. Lo snellimento delle procedure burocratiche che questa normativa realizzò, consentirà, oltre all'avvio di un vasto programma di nuova edilizia penitenziaria, anche una delle più clamorose truffe ai danni dello Stato: il famoso scandalo delle "carceri d'oro" in cui venne implicato il direttore dell'Asinara<sup>27</sup>.

Uno dei principi cardine del carcere speciale era il famigerato art. 90 che prevedeva la possibilità per il ministro di Grazia e Giustizia di "sospendere le ordinarie regole di trattamento, quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza".

Per i detenuti politici sottoposti al trattamento differenziato il carcere speciale diveniva un fronte di lotta complesso e articolato all'interno di un più ampio programma rivoluzionario in parte teorizzato ne *Il carcere imperialista*, un libro che rappresentò anche l'incontro tra i nappisti e le BR all'interno del carcere.

L'istituzione della carceri speciali incrementò il dibattito pubblico intorno ai trattamenti ai quali venivano sottoposti i detenuti. Nacquero così riviste di controinformazione come *Senza galere*<sup>28</sup> e organizzazioni armate che annoverarono tra i propri obiettivi la lotta contro gli istituti di pena.

Ricordiamo le *Brigate Comuniste* nate intorno al 1976 tra le cui azioni si collocavano anche quelle dirette contro il carcere

e i *Proletari armati per il Comunismo* (AA. VV., 1994: 108-109; AA. VV., 1996: 282). Quest'ultima formazione armata, come specificato nei documenti da essa prodotti, si poneva l'obiettivo specifico della lotta contro e dentro le carceri:

*[...] per costringerci allo sfruttamento del lavoro nero e diffuso, lo Stato agita il carcere a minaccia di ogni forma di dissenso... E per riacquistare il controllo sulle carceri, sconvolte dall'insubordinazione dei proletari prigionieri, isola lo strato più combattivo in una condizione "speciale" che significa annientamento... Dobbiamo stroncare il progetto... distruggere le carceri speciali.* (AA. VV., 1996: 364-365)

Altra organizzazione armata che nasceva intorno al 1981 con lo specifico obiettivo di realizzare *una rete di sostegno ai militanti clandestini e la liberazione dei prigionieri politici* erano i *Comunisti Organizzati per la Liberazione del Proletariato* (AA. VV., 1994: 192-193). Da un documento di loro redazione si legge:

*[...] Aggredire il carcere, farne un momento privilegiato di iniziativa soggettiva e di attacco, attuare la liberazione dei prigionieri, organizzare il "sabotaggio sociale" contro le logiche di dominio che sono alla base dei meccanismi di segregazione.* (AA. VV., 1996)

Attorno all'obiettivo del carcere quindi nacquero e si svilupparono nuove formazioni armate<sup>29</sup> quando oramai una buona fetta di militanti delle maggiori organizzazioni armate si trovava in carcere e le BR stentavano a ritrovare unità sia dal punto di vista pratico che teorico.

Il regime di carcerazione speciale veniva interpretato quindi come il tentativo di *annientare politicamente i detenuti* attraverso l'applicazione di una serie di misure che andavano dall'isolamento alla restrizione della libertà:

*[...] Il significato di queste misure è chiaro: si tratta di rapresaglie! Di fronte a questo programma di autentico "genocidio politico" non c'è che una scelta: contrattaccare per non essere annientati... Chi ha paura delle carceri speciali? Non certo noi che vi siamo rinchiusi. Abbiamo imparato a muover-*

*ci e a combattere anche su questo terreno ed abbiamo raggiunto un alto livello di unità e di forza.* (AA. VV., 1990: 55-65)

Queste innovazioni di carattere detentivo avevano il principale obiettivo di evitare che tra i detenuti si formassero dei *milieu*, per cui in ossequio ad uno dei principi fondamentali della detenzione penale individuati da Foucault, ovvero il *principio della classificazione*, il circuito speciale tendeva a fortificare e rafforzare la necessità di *isolare* tra loro i detenuti politici così che non potessero più comunicare tra loro (M. Foucault, 1976: 293).

La risposta militanti delle organizzazioni armate in carcere fu quella di organizzarsi in strutture “politiche” ben precise al fine di sovvertire l’ordine classificatorio imposto dal nuovo regime di carcerazione, le forme organizzative interne erano le *brigate di campo*<sup>30</sup>, composte oltre che dai nuclei di militanti comunisti detenuti anche da quelli politicizzati successivamente. Accanto a queste strutture principali nacquero poi i *Comitati di lotta*, il cui lavoro era articolato su tre fronti: di massa (propaganda e mobilitazione tra i detenuti); di territorio; infine logistico (inerente ai canali di comunicazione con l’esterno per la preparazione di evasioni)<sup>31</sup>:

*[...] Questo nuovo ciclo di lotte si accompagna alla costruzione dei Comitati di Lotta dei proletari prigionieri. Il CdL ha voluto rispondere all’esigenza di organizzazione dei carcerati... Questa forma di organizzazione permanente nasce proprio nelle carceri speciali grazie al fatto che in questi carceri vi erano rinchiusi, oltre ai compagni, i carcerati più coscienti; ed anche perché le condizioni cui si era costretti a vivere in queste carceri erano di scontro continuo con la custodia per evitare l’annientamento psico-fisico.* (AA. VV., 1990: 55-65)

Come sottolineato ne *Il carcere imperialista* le rivolte nelle carceri proseguirono per tutto il corso degli anni ’78-’79 sino a raggiungere l’apice con la rivolta all’Asinara.

La protesta che si realizzò nel carcere sardo nell’ottobre ’79 maturò lungo un percorso politico-teorico di lotta esposto nel documento *La settimana rossa*. D’altra parte però la rivolta



dell'ottobre venne innescata in seguito ad un evento preciso: il fallimento del progetto d'evasione delle BR nell'estate '79. In seguito alla durissima rivolta, il carcere dell'Asinara venne ricostruito in pochi mesi e divenne *un inferno* (M. Moretti, 2002: 206; AA. VV., 2006: 230-237).

L'attenzione nei confronti del carcere sardo tornò a farsi viva con il sequestro da parte delle BR del magistrato D'Urso, responsabile ministeriale delle carceri speciali. La condizione per la sua liberazione era la chiusura dell'Asinara<sup>32</sup>. Immediatamente il PCI si affrettava a posizionarsi lungo un nuovo "fronte della fermezza" a cui inevitabilmente si unì la DC quando il ricordo di Moro ancora aleggiava sulla vicenda. Si aprì contemporaneamente un serrato dibattito pubblico sulle condizioni delle carceri speciali ed in particolare sull'Asinara<sup>33</sup>, dibattito che si concluse con la chiusura del super-carcere alla vigilia del Natale dell'81 per decisione del Ministro di Grazia e Giustizia. Per D'Urso nonostante il ricostituito "fronte della fermezza" si trattò e nel gennaio dell'81 il magistrato venne liberato.

"L'operazione D'Urso" rappresentò l'ultimo momento di unione tra interno ed esterno<sup>34</sup>, i brigatisti che, dopo il trasferimento dall'Asinara, si ritrovavano a Palmi aderirono attraverso alcuni documenti all'azione e una volta chiusa l'Asinara si espressero a favore della liberazione dell'ostaggio (R. Curcio, 1993: 192).

### 3. *La colonna napoletana del Partito Guerriglia*

La sconfitta dei NAP non segnò la fine del fenomeno eversivo nel napoletano, piuttosto diede spunto per una nuova riflessione sul proseguimento della lotta armata nel meridione fino alla costituzione di una colonna napoletana delle BR. Questa, dopo un primo momento di attività confluiti insieme al *Fronte carceri* nel Partito Guerriglia delle BR, una formazione che alla fine del 1981 sotto la guida di Giovanni Senzani divenne autonoma rispetto al restante progetto brigatista delle BR-Pcc

(Partito comunista combattente). Il progetto di costruzione di una colonna brigatista a Napoli partì nella seconda metà degli anni Settanta, ma i diversi tentativi di costruirla non sortirono effetti apprezzabili fino a tutto il 1979 quando la strategia brigatista si rimodellava intorno all'obiettivo di *sfondare la barriera del Sud*. Una strategia, questa, che poneva in rilievo la centralità operaia del programma rivoluzionario individuando però nella realtà di Napoli una complessità sociale che portava inevitabilmente al riconoscimento del "sottoproletariato" come soggetto politico.

Nella colonna napoletana è possibile individuare un'area, quella localizzata nella zona Vomero, costituita da una parte dagli ex *autonomi*, che erano poi confluiti nell'organizzazione brigatista e dall'altra da coloro che avevano rapporti con i detenuti ed in particolare con i nappisti. L'avvicinamento dei NAP alle BR d'altra parte era già avvenuto all'esterno con le due azioni congiunte del marzo e dell'aprile '76, una collaborazione che proseguirà a livello teorico anche all'interno del carcere. Difatti si realizzò nella seconda metà degli anni Settanta la confluenza di tutti i nappisti detenuti all'interno delle BR per effetto di una presa di posizione politica dei capi storici dei NAP.

Per quanto riguarda invece il contributo che i nappisti detenuti diedero alla costruzione di un progetto rivoluzionario per il Sud è importante citare *Il carcere imperialista* che affrontava le tematiche relative alle lotte carcerarie nel Sud del Paese e che era il risultato dell'avvenuto passaggio dei NAP all'interno delle BR. Il testo venne scritto dai militanti di entrambe le organizzazioni che si trovavano all'Asinara nella "sezione Fornelli", la parte introduttiva teorica del libro trattava della struttura carcere dalla sua nascita fino alla costituzione di un carcere imperialista pre e post riforma. L'attenzione del testo si poneva poi su tutte quelle iniziative di lotta che avevano interessato il *proletariato detenuto* in particolare nelle carceri del Sud del paese nel tentativo di fornire uno strumento di aggregazione, la lotta contro le carceri, per le fasce sociali del Sud

che non potevano essere aggregate intorno al tema delle fabbriche.

Si posero così le basi per la costruzione della colonna napoletana che successivamente portò alla costituzione del Partito Guerriglia le cui azioni<sup>35</sup> in realtà si risolsero nel giro di un anno e precisamente nel gennaio dell'82 quando la gran parte dell'organizzazione venne sgominata dagli inquirenti.

L'esperienza breve e intensa del Partito Guerriglia nel napoletano dà un'idea di quella che oramai era la rottura del progetto eversivo brigatista, oltre che le linee politiche differenti all'inizio degli anni Ottanta si assiste ad un aumento notevole e considerevole del fenomeno del *pentitismo* e del *collaborazionismo*. Nel giugno 1982 entrò in vigore la legge sulla dissociazione dal terrorismo, una normativa che permise a molti militanti di ottenere notevoli vantaggi, sia in termini di pena che in termini di trattamento. La normativa, e tutti quelli che vi aderirono, portò alla completa lacerazione interna delle organizzazioni armate e alla "vittoria" dello Stato nella "lotta al terrorismo".

#### 4. Conclusioni

L'organizzazione armata dei NAP, la prima a nascere nel Sud Italia, si contraddistingue per alcune caratteristiche peculiari tra cui l'aderenza al contesto sociale napoletano. Inoltre anche se l'esperienza lottarmatista dei NAP si risolve all'esterno in un breve arco di tempo, l'unità di questa formazione viene mantenuta anche all'interno del carcere, non è un caso che tra i nappisti non ritroviamo alcun militante che abbia usufruito dei vantaggi derivanti dalla legge sulla dissociazione.

La strategia di lotta armata dei NAP all'atto della loro nascita è individuabile nell'opposizione totale al carcere in quanto struttura repressiva, antiquata, *riproduttiva della delinquenza e della marginalità*. In un primo momento quindi la riforma dell'ordinamento penitenziario diveniva la rivendicazione principale delle azioni, come è deducibile anche dalla lettura dei

documenti e dei comunicati prodotti dall'organizzazione armata. La strategia lottarmatista dei NAP però presenta caratteristiche del tutto peculiari rispetto alla necessità di intervenire sull'ordinamento penitenziario enunciata da più parti, la particolarità risiede infatti nel legame che i nappisti hanno con il "proletariato extralegale". Un contatto con il "sottoproletariato" che trova la sua origine in particolare nell'attività svolta dai futuri militanti nappisti all'interno della Commissione carceri di Lotta Continua. Il radicamento nel sociale e nei movimenti di protesta nel napoletano è un aspetto che viene altresì confermato dalla risonanza che i processi celebrati contro i nappisti ebbero in una parte dell'opinione pubblica.

La riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, sollecitata da un ampio dibattito pubblico delineatosi a partire dagli anni Sessanta, coincide con gli anni di detenzione dei NAP e rappresenta anche per questo un punto di svolta nella strategia lottarmatista. L'introduzione dei principi di *individualizzazione del trattamento*, di *classificazione dei detenuti* e successivamente la creazione del regime *speciale*, per i militanti delle organizzazioni armate rinchiusi in carcere e in particolar modo per i nappisti confluiti nelle BR, poneva le basi per ulteriori considerazioni rispetto agli obiettivi della pena detentiva. Il *carcere speciale* assume così il ruolo di individualizzare il trattamento detentivo al fine di *isolare* quegli elementi considerati potenziali fattori di diffusione di idee sovversive. Così i detenuti politici tentano di sovvertire questo principio fondante del sistema carcerario attraverso la costituzione di forme organizzative interne al carcere stesso, attraverso le quali cercano di mantenere un certa unità anche rispetto all'esterno.

Nel corso degli anni Ottanta però le organizzazioni armate e in particolare le BR vivono scissioni, divisioni e contrapposizioni tra esterno ed interno al carcere poi trasferite sui lunghi e incomprensibili comunicati prodotti. A completare il quadro interviene la legge sulla dissociazione: incomincia l'epoca dei pentiti e dei dissociati.

Il tentativo di questo lavoro è stato quello di cercare di rico-

struire il contesto in cui i militanti dei NAP si formano affinché si possa avere un quadro più completo per comprendere le istanze sociali espressione di una conflittualità latente all'interno del contesto napoletano interpretate dai nappisti secondo la logica della lotta armata. La strategia lottarmatista dei NAP non trova eguali perché strettamente legata al “proletariato extralegale”, solo successivamente con l'ondata del '77 quando ormai si parla della *galassia diffusa del terrorismo* alcune organizzazioni armate ereditano la strategia nappista di attacco al carcere.

\* La prima parte del presente saggio è stato pubblicato sul n. 2/2008 (pp. 128-146) della nostra Rivista.

## NOTE

<sup>1</sup> Vitaliano Principe moriva all'età di 23 anni, era uno studente di medicina, figlio di un professore e, come sostenevano i giornali, completamente sconosciuto dalla Questura politica. Anche Principe come Romeo era stato uno dei più attivi militanti nelle lotte del napoletano del '73 e tra i fondatori dei Nuclei Armati Proletari (Cfr. “Il Mattino”, *Covo di terroristi salta in aria a Napoli: un morto e un ferito*, 12 marzo 1975; AA. VV., 1976: 248-249). Nello scoppio fu coinvolto anche Alfredo Papale, studente dell'Accademia di Belle Arti che rimase gravemente ferito.

<sup>2</sup> Cfr. “Il Mattino”, *Confermato: il rapimento Moccia per finanziare attività eversive*, 12 marzo 1975; *Identificato il terzo uomo della centrale rossa di Napoli*, 15 marzo 1975.

<sup>3</sup> Giovanni Gentile Schiavone già era conosciuto dalla Questura politica perché arrestato sia in occasione della manifestazione anti-Nixon del '69 che in seguito agli scontri davanti al collocamento di Napoli nell'ottobre '73 (Cfr. “Il Mattino”, *Uno studente beneventano ritenuto il capo dei NAP*, 27 marzo 1975).

<sup>4</sup> Il rapporto dell'Antiterrorismo sui NAP non era da meno sostenendo che le troppe morti che avevano colpito l'organizzazione dei NAP e le tracce lasciate erano un fatto ambiguo e oscuro (cfr. “Il Mattino”, *Trenta nomi nel rapporto dell'antiterrorismo sui NAP*, 4 aprile 1975).

<sup>5</sup> La prima istruttoria condotta a Napoli sull'organizzazione nappista si concluse il 18 aprile 1975 con l'emissione di 10 ordinanze di reclusione che riguardavano Giovanni Gentile Schiavone, Domenico Delle Veneri, Claudio

Carbone, Aldo Mauro, Maria Pia Vianale, studentessa napoletana di lingue di 20 anni, i fratelli Pasquale e Nicola Abatangelo, Pasquale De Laurentis e Pietro Sofia. Claudio Carbone, Pasquale Abatangelo e De Laurentis fino ad allora accusati di singole azioni specifiche ora venivano imputati per costituzione e partecipazione ad associazione sovversiva.

<sup>6</sup> Cfr. "Il Mattino", *Un alto magistrato sparito a Roma*, 8 maggio 1975; "L'Unità", *Misteriosa scomparsa di un magistrato romano*, 8 maggio 1975.

<sup>7</sup> I tre detenuti di Viterbo avevano aderito all'organizzazione nappista come *nucleo interno*.

<sup>8</sup> Il sequestro Di Gennaro si profilava quindi come un'azione preventiva onde evitare il ripetersi di una nuova strage di Alessandria (AA. VV., 1976: 200-201).

<sup>9</sup> Cfr. "Il Mattino", *Nappista dilaniato da una bomba sul tetto del manicomio di Aversa*, 31 maggio 1975.

<sup>10</sup> Antonella Bernardini per attirare l'attenzione delle vigilanti accese un cerino ma nessuno le prestò soccorso. La donna stava scontando una condanna per oltraggio a pubblico ufficiale, avendo avuto dei precedenti problemi di depressione fu condannata alla detenzione nel manicomio giudiziario, la sua pena era finita ma il rilascio tardò per inspiegabili motivi burocratici. La donna inoltre era legata già da qualche giorno prima della tragedia al letto di contenzione, il cui uso era "regolato" da una circolare del ministero di Grazie Giustizia (cfr. "Il Mattino", *Nappista dilaniato da una bomba sul tetto del manicomio di Aversa*, 31 maggio 1975).

<sup>11</sup> Cfr. "Il Mattino", *Legata al letto muore bruciata nel manicomio di Pozzuoli*, 5 gennaio 1975.

<sup>12</sup> Cfr. AA. VV., 1976; "Il Mattino", *Tre nappisti a Roma sparano a un magistrato*, 29 gennaio 1976; *Ricostruito l'identikit del nappista che ha sparato al giudice Margariti*, 30 gennaio 1976; "L'Unità", *Sparano contro il giudice addetto ai penitenziari*, 29 gennaio 1976.

<sup>13</sup> Furono arrestati a Napoli Aldo Mauro, 24 anni insegnante elementare, Antonio De Laurentis e Nicola Pellecchia, 22 anni residente a Napoli, studente di giurisprudenza, Giuseppe Sofia, 20 anni studente universitario di elettronica, Alberto Buonoconto, 22 anni, studente di filosofia, figlio di un funzionario dell'Enel, Edmundo De Quartez, napoletano di 34 anni pregiudicato per delitti contro il patrimonio. Anche la cellula romana dell'organizzazione venne decimata con gli arresti di Rosaria Sansica, Enrico e Roberto Galloni, Claudio Savoca, Fiorentino Conti (questi ultimi conosciuti per aver compiuto una serie di reati comuni, anche loro quindi detenuti politicizzati) e Franca Salerno.

<sup>14</sup> Cfr. "Il Mattino", *Due detenuti minacciano di massacrare due guardie*, 10 agosto 1975; *Detenuti sequestrano per 14 ore un agente di custodia a Campobasso*, 19 agosto 1975; *Protesta di detenuti nel carcere di Messina*, 20 agosto 1975; *Due ore di protesta nel carcere*, 31 agosto 1975; *Quinto giorno di protesta del recluso a Poggioreale*, 2 novembre 1975; *Protestano per sei*

*ore i detenuti sui tetti del carcere di Catania*, 11 novembre 1975; *Salgono sui tetti per protesta i mafiosi confinati all'Asinara*, 11 gennaio 1976; *Tredici ore drammatiche in carcere*, 6 marzo 1976; *Carceri: la riforma c'è ma non si vede*, 20 agosto 1976; *Altre proteste nelle carceri*, 21 agosto 1976; *Documenti di detenuti di Alghero e di Roma sulla riforma carceraria*, 25 agosto 1976.

<sup>15</sup> Nel marzo '76 si realizzarono due azioni congiunte NAP-BR e nel maggio avvenne l'azione contro Paolino Dell'Anno magistrato accusato di aver nascosto la vera dinamica dei fatti riguardante l'uccisione della nappista Annamaria Mantini che morì nel luglio 1975 (I. Farè e F. Spirito, 1979: 33). La morte della Mantini non mancò di essere vendicata, il 9 febbraio 1976 venne colpito il brigadiere responsabile della sua morte (cfr. "Il Mattino", *A Roma: ferito l'agente che uccise la nappista*, 10 febbraio 1976; *È stato rivendicato dai NAP l'attentato al vicebrigadiere*, 11 febbraio 1976; *Potrebbe perdere l'uso delle gambe il brigadiere ferito dai nappisti*, 12 febbraio 1976).

<sup>16</sup> Cfr. "Il Mattino", *Tutti a Napoli i processi NAP*, 13 giugno 1975.

<sup>17</sup> In più la camorra a differenza di altre organizzazioni aveva colpito anche esponenti del mondo carcerario creando così nella pratica un terreno comune. La criminalità organizzata e i NAP avevano in comune sia l'obiettivo strategico della lotta contro il sistema carcerario, sia il referente sociale, ossia il "sottoproletariato" (Collettivo Prigionieri Comunisti delle Brigate Rosse, 1983: 44).

<sup>18</sup> Cfr. "Il Mattino", *Imputati e avvocati denunciano episodi di violenza in carcere*, 21 marzo 1976. Per Alberto Buonoconto si aprì una fase di denuncia per i continui maltrattamenti psichici e fisici subiti. Una volta scarcerato Buonoconto venne trovato impiccato. Soffriva, secondo il parere comune, di "crisi depressive e allucinanti" (AA. VV., 1980).

<sup>19</sup> Cfr. "Roma", *Commando di 20 nappisti assalta a Napoli con ordigni incendiari il Circolo della Stampa*, 22 novembre 1976; *Questa volta i giornalisti raccontano un'avventura vissuta da loro stessi*, 22 novembre 1976.

<sup>20</sup> Cfr. Archivio storico del movimento operaio, *Chi ha paura di chi*, Collettivo autonomo Centro, 22 novembre 1976.

<sup>21</sup> Cfr. "Roma", *Cominciato il processo ai NAP tra contestazioni, proteste e difficoltà*, 23 novembre 1976; *I nappisti rinunciano alla difesa*, 23 novembre 1976; *Arrestati tre studenti*, 23 novembre 1976.

<sup>22</sup> Il processo di Torino delle Brigate Rosse che si profilava anche questo negli stessi termini era cominciato nel maggio '74 ed era il secondo rito penale che aveva interessato un'organizzazione comunista armata, il primo, infatti, era stato diretto contro il gruppo *22 Ottobre*.

<sup>23</sup> Cfr. "Roma", *Sanguinoso agguato dei Nap a Roma. Uccisi un agente e il bandito Zichitella*, 15 dicembre 1976; *Alfonso Noce: un volto diventato familiare agli italiani*, 15 dicembre 1976; "L'Unità", *Sdegno per l'attentato di Roma*, 15 dicembre 1976.

<sup>24</sup> Cfr. "Roma", *I rilievi tecnici hanno dimostrato che Zichitella fu ucciso da*

colpi sparati dal suo complice Lo Muscio, 20 dicembre 1976; "L'Unità", Zicchitella è stato colpito dal piombo dei suoi complici, 17 dicembre 1976.

<sup>25</sup> Cfr. "Il Mattino", *Un commando con scale di corda ha fatto evadere le due nappiste*, 24 gennaio 1977.

<sup>26</sup> Cfr. Tribunale di Napoli, Ufficio istruzione 16<sup>a</sup> sezione, *Procedimento penale contro Senzani Giovanni ed altri, imputati di "Banda armata Brigate Rosse" VOL. I<sup>o</sup>, CAP. VII: La Colonna napoletana delle BR*, Corte d'Assise di Appello di Napoli, 10-04-84, pp. 502-533.

<sup>27</sup> Alla fine di febbraio del 1988 scoppiò lo scandalo delle "carceri d'oro", si accertò che alcuni politici, tra cui il Ministro del PSDI per i lavori pubblici, Nicolazzi, aveva ricevuto tangenti pagate dalle ditte appaltatrici per la costruzione delle nuove strutture carcerarie.

<sup>28</sup> *Senza galere* era un giornale di controinformazione sulla repressione nelle carceri speciali. Uscirono solo tre numeri nel breve periodo intercorso tra il '77 e il '78 (AA. VV., 1994: 261).

<sup>29</sup> Oltre alle due organizzazioni sopra citate anche le organizzazioni armate denominate *Nucleo di Comunisti* e *Potere Proletario Armato* nascevano intorno alla strategia di attacco al carcere (AA. VV., 1994: 248).

<sup>30</sup> La prima a nascere fu quella dell'Asinara, il *Centro interno* che aveva il compito di coordinare le lotte e fornire direttive ai militanti esterni, e che intorno al 1979 prese il nome di *Fronte carceri*. Quest'ultimo insieme alla colonna napoletana delle BR confluì nel Partito Guerriglia diretto da Giovanni Senzani.

<sup>31</sup> Cfr. Tribunale di Napoli, Ufficio istruzione 16<sup>a</sup> sezione, *Procedimento penale contro Senzani Giovanni ed altri, imputati di "Banda armata Brigate Rosse" VOL. I<sup>o</sup>, CAP. VI: La struttura organizzativa delle BR*, Corte d'Assise di Appello di Napoli, 10-04-84, pp. 431-436.

<sup>32</sup> Cfr. [www.brigaterosse.org](http://www.brigaterosse.org), *Comunicato n. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 - Campagna D'urso*, 1980-1981.

<sup>33</sup> Cfr. "Il Mattino", *Come si vive all'Asinara*, 15 dicembre 1980; *D'Urso polemica non solo politica*, 28 dicembre 1980; *Prigionieri? Normali o super*, 28 dicembre 1980.

<sup>34</sup> L'organizzazione brigatista subì in seguito a questi eventi una serie di scissioni interne: nel 1980 quella della colonna Walter Alasia e nell'81 quella del Partito Guerriglia.

<sup>35</sup> Queste le azioni che si susseguirono: 27 aprile 1981 sequestro di Ciro Cirillo, assessore della Regione Campania vicepresidente della Commissione tecnica della Regione per la ricostruzione post-terremoto. Un sequestro dai risvolti ambigui ancora oggi non sono del tutto chiariti i rapporti intercorsi tra le BR, la camorra cutoliana e la DC. Aprile '82, assassinio di Raffaele Delcogliano e del suo autista; luglio 1982 uccisione del vicequestore e capo della squadra mobile Antonio Ammaturo e del suo autista, anche questa un'azione definita "ambigua" per quanto riguarda i rapporti con la camorra; 27 luglio, nel carcere di Trani veniva ucciso Ennio di Rocco, dopo ripetute tor-



ture in seguito all'arresto collaborò con le forze dell'ordine per questo fu "giustiziato" con l'accusa di essere un "infame"; 26 agosto veniva attaccato un convoglio militare, nel conflitto a fuoco morirono 3 militari; 21 ottobre omicidio di due agenti della Mondialpol in servizio presso il Banco di Napoli a Torino, l'obiettivo era lasciare un comunicato in cui si accusava una componente del gruppo, Natalia Ligas di essere un'infiltrata, accuse che poi si rivelarono del tutto errate (L'Unità documenti, 1988; F. e L. Tuccillo, 2002).

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (1980), *Alberto Buonoconto: la detenzione impossibile*, supplemento a Stampa Alternativa, Napoli.
- AA. VV. (1976), *I NAP, storia politica dei NAP e requisitoria del Tribunale di Napoli*, a cura di Soccorso Rosso, Collettivo Editoriale Libri Rossi, Milano.
- AA.VV. (2006), *Il carcere speciale, Progetto Memoria*, Sensibili alle foglie, Roma.
- AA. VV. (1979), *Il carcere imperialista*, Bertani, Milano.
- AA.VV. (1994), *La mappa perduta, Progetto memoria*, Sensibili alle foglie, Roma.
- AA.VV. (1996), *Le parole scritte, Progetto memoria*, Sensibili alle foglie, Roma.
- AA.VV. (1990), *L'ipotesi armata, Speciale Asinara, Azione Rivoluzionaria, insurrezione*, Edizioni Anarchismo, Catania.
- Bocca Giorgio (1978), *Il terrorismo italiano: 1970-1978*, Rizzoli, Milano.
- Collettivo Prigionieri Comunisti delle Brigate Rosse (1983), *L'albero del peccato*, Edizione Rebelles, Parigi.
- Crainz Guido (2003), *Il Paese mancato*, Donzelli editore, Roma.
- Curcio Renato (1993), *A viso aperto*, intervista di Mario Scialoja, Mondadori, Milano.
- della Porta Donatella (2003), *Polizia e protesta. L'ordine pubblico dalla Liberazione ai "no global"*, Il Mulino, Bologna.
- Farè Ida (1979), *Mara e le altre*, Feltrinelli, Milano.
- Flamigni Sergio (1997), *Convergenze parallele: le Brigate Rosse, i servizi segreti e il caso Moro*, Kaos, Milano.
- Foucault Michel (1976), *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi, Torino.
- Galli Giorgio (2004), *Piombo rosso*, Baldini Castoldi Dalai editore, Milano.
- Galli Giorgio (2006), *Il decennio Moro- Berlinguer*, Baldini Castoldi Dalai editore, Milano.
- Gnosis, Rivista Italiana d'Intelligence, *Il terrorismo in Italia negli anni settanta, I Nuclei Armati Proletari ovvero carcere e mitra pp.117-122*, periodico trimestrale anno XII 2/2006.

Lanaro Silvio (1994), *Storia dell'Italia repubblicana*, Marsilio, Venezia.  
 L'Unità documenti (1988), *La trattativa. L'ordinanza del giudice Alemi sul caso Cirillo*, Editrice L'Unità, Roma.  
 Moretti Mario (2002), *Brigate Rosse. Una storia italiana*, intervista di Carla Mosca e Rossana Rossanda, Baldini Castoldi Dalai editore, Milano.  
 Silj Alessandro (1977), *Mai più senza fucile!. Alle origini dei NAP e delle BR*, Vallecchi, Firenze.  
 Tuccillo Luigi (2002), *Sangue sulla città*, Guida, Napoli.  
 Tribunale di Napoli, Ufficio istruzione 16ª sezione, *Procedimento penale contro Senzani Giovanni ed altri, imputati di "Banda armata Brigate Rosse"*.

*Fonti giornalistiche*

"IL MATTINO"

12 marzo 1975, *Confermato: il rapimento Moccia per finanziare attività eversive.*

13 marzo 1975, *Alfredo Papale era un gregario; Le tappe del terrorismo a Napoli.*

14 marzo 1975, *Legati alla criminalità comune i terroristi del covo di Napoli.*

15 marzo 1975, *Identificato il terzo uomo della centrale rossa di Napoli; Esplosione di Napoli: le azioni dei Nap si inseriscono nella strategia della tensione.*

16 marzo 1975, *Studente vomerese di 25 anni l'uomo fuggito dal covo rosso.*

18 marzo 1975, *Si cerca di individuare i mandanti dei terroristi teorici del crimine.*

27 marzo 1975, *Uno studente beneventano ritenuto il capo dei NAP.*

19 marzo 1975, *Si cerca di accertare la reale forza dei Nap.*

4 aprile 1975, *Trenta nomi nel rapporto dell'antiterrorismo sui NAP.*

18 aprile 1975, *Conclusa con 10 ordini di cattura l'istruzione sommaria dei Nap.*

8 maggio 1975, *Un alto magistrato sparito a Roma; Misteriosa scomparsa di un magistrato romano.*

11 maggio 1975, *Centri di provocazione gestiti dalla malavita.*

12 maggio 1975, *Di Gennaro rilasciato dai NAP; Bugie plateali.*

21 maggio 1975, *Si cercano i complici dei due missini.*

23 maggio 1975, *Gestite nei ranghi della malavita le imprese controfirmate dai NAP.*

31 maggio 1975, *Dilaniato mentre piazzava una bomba sui tetti del manicomio di Aversa; Nappista dilaniato da una bomba sul tetto del manicomio di Aversa.*

10 giugno 1975, *I capi NAP catturati a Napoli.*

11 giugno 1975, *Clamorosi rapimenti nei piani dei nappisti arrestati a Roma.*

- 13 giugno 1975, *Tutti a Napoli i processi NAP.*
- 10 agosto 1975, *Due detenuti minacciano di massacrare due guardie.*
- 11 agosto 1975, *Tiratori scelti sparano sui due rivoltosi uno muore l'altro è ferito e catturato.*
- 19 agosto 1975, *Detenuti sequestrano per 14 ore un agente di custodia a Campobasso.*
- 20 agosto 1975, *Protesta di detenuti nel carcere di Messina.*
- 27 agosto 1975, *Attuate a Poggioreale le prime norme del nuovo ordinamento penitenziario.*
- 31 agosto 1975, *Due ore di protesta nel carcere.*
- 8 ottobre 1975, *La magistratura interviene nel caso dell'ospedale psichiatrico di Nocera; L'accusatore conferma l'ospedale è un lager.*
- 9 ottobre 1975, *Nappisti: "siamo prigionieri politici"; Drammatica cattura di 3 nappisti a Napoli.*
- 10 ottobre 1975, *I tre nappisti sospettati dell'attentato al sottoufficiale del carcere di Milano.*
- 2 novembre 1975, *Quinto giorno di protesta del recluso a Poggioreale.*
- 11 novembre 1975, *Protestano per sei ore i detenuti sui tetti del carcere di Catania.*
- 29 gennaio 1976, *Sparano contro il giudice addetto ai penitenziari; Tre nappisti a Roma sparano a un magistrato.*
- 11 gennaio 1976, *Salgono sui tetti per protesta i mafiosi confinati all'Asinara.*
- 15 gennaio 1976, *Appuntato delle guardie carcerarie condannato per attività sediziosa.*
- 25 gennaio 1976, *Tre brigatisti feriti nel carcere di San Vittore da un misterioso terzetto incappucciato.*
- 30 gennaio 1976, *Ricostruito l'identikit del nappista che ha sparato al giudice Margariti.*
- 31 gennaio 1976, *Due arresti per il lager di Nocera.*
- 10 febbraio 1976, *A Roma: ferito l'agente che uccise la nappista.*
- 11 febbraio 1976, *È stato rivendicato dai NAP l'attentato al vicebrigadiere.*
- 12 febbraio 1976, *Potrebbe perdere l'uso delle gambe il brigadiere ferito dai nappisti.*
- 6 marzo 1976, *Tredici ore drammatiche in carcere.*
- 12 marzo 1976, *Tafferugli tra ultrà e polizia per il primo processo ai NAP.*
- 21 marzo 1976, *Imputati e avvocati denunciano episodi di violenza in carcere.*
- 7 aprile 1976, *Ventisei mandati di cattura per le violenze di S. Vittore.*
- 9 luglio 1975, *Sorella del bandito Mantini la nappista uccisa a Roma.*
- 11 luglio 1975, *La nappista fu colpita durante la colluttazione.*
- 20 agosto 1976, *Carceri: la riforma c'è ma non si vede.*
- 21 agosto 1976, *Altre proteste nelle carceri.*
- 25 agosto 1976, *Documenti di detenuti di Alghero e di Roma sulla riforma*

*carceraria.*

15 dicembre 1976, *Sdegno per l'attentato di Roma; Nemici della democrazia; Rischiate una strage davanti alla scuola; Dalle prime rapine all'ultima evasione.*

16 dicembre 1976, *Il PCI: isolare e battere l'eversione.*

17 dicembre 1976, *Zicchitella è stato colpito dal piombo dei suoi complici.*

18 dicembre 1976, *Era già sospettato di appartenere ai NAP il bandito ricercato per l'agguato a Noce.*

24 gennaio 1977, *Un commando con scale di corda ha fatto evadere le due nappiste.*

14 dicembre 1980, *Nuovo ricatto BR allo Stato; Il PCI avverte: "Non si tratta"; La nuova strategia del terrore; Calma all'Asinara.*

15 dicembre 1980, *Una sola pista, il solito Moretti. Forse un'inchiesta sull'Asinara; Si cerca una risposta politica; Come si vive all'Asinara.*

18 dicembre 1980, *Asinara, solo due i Br.*

28 dicembre 1980, *D'Urso polemica non solo politica; Prigioni? Normali o super.*

30 dicembre 1980, *Così Forlani ha deciso l'intervento tra nuove polemiche sull'Asinara.*

28 aprile 1982, *La morte BR sceglie Napoli; La lotta non è finita; Città in lotta; Tutti ripetono: "Mobilitarsi"; Contro lo Stato attaccano la DC.*

21 ottobre 1982, *La Ligas era stata condannata a morte.*

22 ottobre 1982, *Ferocia BR a Torino.*

25 ottobre 1982, *Ed ora la Ligas che farà?*

26 ottobre 1982, *Brigatisti sempre più divisi, la Ligas sott'accusa: "è una spia".*

28 ottobre 1982, *Ligas: fare l'autocritica. Morucci: rottura definitiva.*

"ROMA"

22 novembre 1976, *Commando di 20 nappisti assalta a Napoli con ordigni incendiari il Circolo della Stampa; Questa volta i giornalisti raccontano un'avventura vissuta da loro stessi.*

23 novembre 1976, *Cominciato il processo ai NAP tra contestazioni, proteste e difficoltà; I nappisti rinunciano alla difesa; Arrestati tre studenti.*

15 dicembre 1976, *Sanguinoso agguato dei Nap a Roma. Uccisi un agente e il bandito Zichitella; Alfonso Noce: un volto diventato familiare agli italiani; Martino Zichitella criminale di vocazione.*

20 dicembre 1976, *I rilievi tecnici hanno dimostrato che Zicchitella fu ucciso da colpi sparati dal suo complice Lo Muscio.*

"L'UNITÀ"

16 marzo 1975, *Identificato anche il terzo uomo del covo dei NAP saltato in aria.*

## I NUCLEI ARMATI PROLETARI

“CONTROINFORMAZIONE”

n° 9/10, novembre 1977, *Processi politici. Processo di rottura e morale della storia*, pp. 116-124.

n° 9/10, novembre 1977, *Processi politici. Processo di rottura e morale della storia*, pp. 116-124.

*Fonti internet*

In [www.brigaterosse.org](http://www.brigaterosse.org), *Comunicato n. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 - Campagna D'urso*, 1980-1981.

*Altre fonti*

Archivio storico del movimento operaio, *Chi ha paura di chi*, Collettivo autonomo Centro, volantino datato 22 novembre 1976.

Intervista a Nicola Pellecchia, ex militante dei Nuclei Armati Proletari.



*RUBRICHE PERIODICHE*







**RUBRICA GIURIDICA****Detenzione carceraria e diritto alla procreazione***Flavia Russo**1. Considerazioni introduttive*

Il diritto alla procreazione trova da tempo riconoscimento pieno come fondamentale diritto dell'uomo. Il potere naturale di concepire, partorire ed educare la prole è una delle più grandi e importanti libertà che l'uomo ancora possiede. Sebbene ad oggi non trovi esplicita consacrazione né nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, che sancisce il mero diritto a formare una famiglia, né nella nostra Carta Costituzionale, che riconosce la famiglia fondata sul matrimonio, è pacifico che esso pertiene ad ogni essere umano in quanto tale ed è indipendente da qualsiasi asserto di diritto positivo. La riproduzione conserva detta qualifica quale ne sia la forma di realizzazione, *in rerum natura* piuttosto che medicalmente assistita e ciò sembrerebbe avvalorato sia dall'articolo 12 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi: Cedu) sia dal dettato dell'articolo 29 Cost., che garantiscono il diritto a sposarsi e a formare una famiglia senza indicare limiti al come. Dall'affermazione di questo diritto che, si badi bene, non significa diritto ad avere figli, ma la libertà di tentare di averne, discendono due fondamentali corollari: per il primo, lo Stato non può interferire con il diritto alla riproduzione naturale delle coppie, né mediante programmi di sterilizzazione e contraccezione obbligatoria, né mediante aborti coatti; per il secondo, lo Stato ha l'obbligo di garantire l'accesso alla procreazione assistita perlomeno a tutti coloro che non possano ricorrere alla fecondazione naturale. Se i legislatori nazionali, contravvenendo a detti obblighi, vietassero la riproduzione, lederebbero la più naturale estrinsecazione del diritto

alla personalità e si porrebbero in aperto contrasto con l'inviolabilità della libertà personale.

Muovendo da queste imprescindibili premesse, si tenta di affrontare un tema delicato e da sempre attuale: il diritto alla riproduzione dei ristretti. Complici il varo della legge 40 del 2004, recante disposizioni in materia di procreazione medicalmente assistita, e alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione, ci si deve interrogare sull'effettività di questo diritto in capo ai reclusi, al fine di verificare se il diritto alla "genitorialità" si ponga al di là o al di qua dei limiti da imporsi alla privazione della libertà personale conseguente alla commissione di un delitto, perché essa non consista in trattamenti contrari al senso di umanità, né venga meno alla funzione rieducativa assegnatagli dalla Costituzione.

## 2. La famiglia del detenuto

«La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Così l'articolo 29 Cost. tutela e definisce la famiglia, mostrando di concepirla quale entità «originaria, che perciò stesso preesiste allo Stato ed è autonoma. La famiglia è cellula della società civile, cellula morale, in cui vengono forgiati in prima istanza i consociati di domani»<sup>1</sup>. Ad essa l'ordinamento si limita meramente ad attribuire «carattere di giuridicità e a riconoscerne i diritti, disponendone la tutela»<sup>2</sup>. Fondata o meno sul matrimonio, essa costituisce primigenia formazione sociale qualificata dalla naturale attitudine ad assicurare ai suoi membri l'integrale sviluppo della loro personalità: pertanto al suo interno vige la garanzia di inviolabilità dei diritti dell'uomo, consacrata all'articolo 2 Cost.

Il dettato dell'articolo 29 Cost. secondo unanime dottrina, implica che ogni individuo abbia diritto a formare una famiglia; sebbene non lo contempra espressamente, dunque, comporta la necessità che si accordi tutela ad un altro diritto umano, che *in rerum natura* è strumentale alla formazione

della famiglia: quello naturale a procreare, a riprodursi, proprio di ogni specie vivente. Consapevoli dell'ancillarità della procreazione rispetto alla filiazione, del suo essere presupposto fisiologico e logico dell'esistenza stessa di una famiglia, a fronte del silenzio costituzionale sul punto, molti autori sostengono che il diritto alla procreazione riceva copertura costituzionale proprio dal combinato disposto dell'art. 2 e degli artt. 29, 30 e 31 Cost.<sup>3</sup>. Secondo altri<sup>4</sup>, la rilevanza costituzionale di questo diritto sarebbe ricavabile in via ermeneutica dall'articolo 13 Cost.: argomentando *a contrario*, l'esistenza di un divieto giuridico a riprodursi contrasterebbe con il principio dell'inviolabilità della libertà personale e della autodeterminazione.

Per quanto attiene alla famiglia del detenuto, numerose sono le Carte internazionali dedicate alla sua tutela. Meritano menzione, ancorché affette dal limite della limitata vincolatività per gli Stati che le abbaino sottoscritte, le *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, approvate nel 1955 dal I Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione del delitto e il trattamento dei delinquenti, e le loro più recenti riformulazioni, contenute nelle *Regole Minime per il Trattamento dei detenuti* (risoluzione 73) e nelle *Regole Penitenziarie Europee* (risoluzione 87). Ancora, le garanzie ex articoli 8 e 12 CEDU, certamente cogenti per gli Stati che l'hanno firmata e ratificata e senz'altro riferibili ai soggetti che si trovano in stato di detenzione, come affermato dalla stessa Commissione Europea, già nel 1962<sup>5</sup>.

Conformemente agli obblighi di diritto internazionale, l'ordinamento penitenziario statuisce all'articolo 15 comma 1, che le norme del trattamento «agevolano i rapporti con la famiglia» e specifica, all'articolo 28, che «[p]articolare cura è dedicata a mantenere, migliorare e ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le loro famiglie». All'uopo, l'articolo 18 ord. penit. riconosce il diritto ad avere colloqui e a mantenere la corrispondenza con i propri cari; la previsione di cui all'articolo 61 reg. esec., allo scopo di ridurre al minimo il disagio conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo fami-

liare, dispone che il direttore dell'istituto possa autorizzare il ristretto a trascorrere parte della giornata con i propri congiunti e a consumare il pasto in loro compagnia.

Di notevole rilievo, altresì, sotto il profilo della tutela della famiglia, sono alcuni benefici previsti per le madri condannate, quali l'ammissione all'esterno del carcere per provvedere alla cura dei figli di età inferiore ad anni dieci; nella medesima direzione muove il differimento obbligatorio dell'esecuzione della pena, nei confronti della donna incinta o madre di prole di età inferiore ad un anno (articolo 146 numeri 1) e 2) c.p.), il differimento facoltativo e la detenzione domiciliare, nel caso di prole di età non superiore a dieci anni.

Com'è stato autorevolmente osservato<sup>6</sup>, il complesso normativo interno richiamato sembra considerare il rapporto con i congiunti, in senso lato intesi, elemento centrale del trattamento penitenziario e principale elemento da cui partire in vista del reinserimento sociale. Tuttavia esso, per come formulato, sembra considerare la famiglia entità preesistente e coeva allo stato detentivo, tant'è che si parla di legami che con essa è importante che non siano recisi, ma anzi coltivati e rafforzati. Non c'è traccia di previsioni che tutelino la "creazione" di legami familiari nel senso esplicito della procreazione; detto altrimenti, non c'è riconoscimento alcuno del diritto dei detenuti a diventare genitori in costanza del regime di privazione della libertà personale. Muovendo dalla pacifica qualificazione del diritto alla riproduzione come universale diritto umano, l'obiettivo di questo lavoro è verificare se il diritto alla formazione della famiglia, quindi il diritto alla riproduzione si estenda fin entro le mura del carcere, se anche i detenuti ne siano titolari e in che modo possano esercitarlo.

### *3. (Segue): il diritto alla procreazione tra dimensione naturale e tecniche artificiali*

A tal fine, è imprescindibile una premessa di carattere metodologico in ordine alle *species* di riproduzione oggi realizzabi-

li. Da quando l'uomo esiste, la riproduzione biologica ha costituito estrinsecazione naturale del diritto a formare una famiglia, come testimoniato dalla tradizionale disciplina giuridica della filiazione, per la quale il *prius* inespresso all'origine della vita umana e della nascita è l'unione fisica di un uomo e di una donna. Ad essa le avanguardiste tecnologie biomediche hanno affiancato la cosiddetta procreazione medicalmente assistita (d'ora in poi: PMA), sviluppata nel tentativo di soddisfare il desiderio di genitorialità di quelle coppie che, a causa della sterilità di uno dei due *partners*, o che per eziopatogenesi sconosciuta di infertilità propria di coppia, risultassero infeconde. Infatti, questa forma di riproduzione, la cui accezione comprende una pluralità di tecniche differenti<sup>7</sup>, determina il concepimento dell'essere umano, da un lato escludendo inderogabilmente la fase dell'atto sessuale dalla fecondazione stessa, dall'altro realizzando dal punto di vista morfo-funzionale tutte le fasi anatomico-fisiologiche dell'atto fecondativo. Essa ha l'indubbio pregio di aver portato ad una grande conquista: la possibilità di garantire favorevoli prospettive di diventare madre e padre per tutte le coppie che secondo natura ne sono impossibilitate, rendendo la procreazione non più un evento naturale e casuale, ma una vera e propria scelta autonoma, voluta e prestabilita.

Nel nostro ordinamento, dove da molto si attendeva un intervento normativo in materia, il legislatore ordinario è intervenuto l'ultima volta nel 2004, a compimento di un travagliato *iter* parlamentare, emanando la legge n. 40<sup>8</sup>. Si tratta di una normativa che, al di là delle critiche mosse alla sua ispirazione e delle significative incoerenze che la solcano, del profondo rigore e dei significativi divieti che la caratterizzano, ha il merito, coerentemente con l'assetto dei valori costituzionali testé richiamato, di aver dotato di effettività il diritto a formare una famiglia delle coppie, sposate o di fatto, affette da problemi riproduttivi.

Statuendo che è legittimo che ricorrano alla procreazione medicalmente assistita soltanto «le coppie di maggiorenni di

sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi» e solo in quanto non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità<sup>9</sup>, siano queste acclamate o inspiegate, sempreché di sussistenza certificata da atto medico<sup>10</sup>, essa tutela il diritto alla genitorialità di tutti soggetti menzionati e fornisce lo strumento per tentare di appagarlo, ad un tempo configurando un *tertium genus* di filiazione, da affiancare a quella biologica e a quella adottiva.

4. (Segue): *L'inviolabilità dei diritti dei detenuti:  
la giurisprudenza della Corte costituzionale*

Tornando al quesito relativo alla sussistenza, in capo ai reclusi, di un "diritto alla famiglia", nel senso di un diritto a formare una famiglia pur in condizioni di privazione della propria libertà personale, una significativa risposta sembra si rinvenga nella storica sentenza della Corte Costituzionale n. 26. I Giudici di Palazzo della Consulta, aditi nel 1999, infatti, hanno specificato quali siano le situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari i detenuti, ritenendo che detta individuazione fosse imprescindibile per discernere le ipotesi di legittimo/illegittimo esercizio dei poteri autoritativi da parte dell'amministrazione penitenziaria.

In primo luogo, la Corte constatò l'esistenza di un livello di diritti propri delle sole persone detenute, discendenti dalle norme penitenziarie le quali costituiscono "l'ultimo ambito nel quale può espandersi la libertà individuale". D'altro canto, muovendo dal presupposto per cui il detenuto, prima che soggetto sottoposto a regime di restrizione della libertà personale e a prescindere da questa, è uomo, la Corte ritenne che egli è e continua ad essere, seppur pur *in vinculis*, titolare di tutti i diritti che gli competono in quanto tale. Secondo l'interpretazione del giudice delle leggi, al nostro ordinamento è «estranea l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni sogget-

tive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria», basandosi, esso, al contrario, «sul primato della persona umana»<sup>11</sup>, della sua dignità «e dei suoi diritti» inviolabili<sup>12</sup>. Si tratta di un principio che trova vigoroso riconoscimento nell'articolo 2 Cost., garanzia di uguaglianza nell'articolo 3 comma 1 Cost., nonché massima espressione nell'enunciato dell'articolo 13 della stessa.

Tutte le menzionate norme e la garanzia di inviolabilità dei diritti ivi consacrati, a giudizio della Consulta, estendono il loro spettro di tutela «anche nei confronti di chi è stato sottoposto a legittime restrizioni della libertà personale durante la fase esecutiva della pena, sia pure con le limitazioni che, come è ovvio, lo stato di detenzione necessariamente comporta»<sup>13</sup>. Quest'ultima precisazione è doverosa, essendo inevitabile che l'appartenenza dell'individuo ad un ordinamento speciale, quale quello penitenziario, incida sul contenuto dell'invulnerabilità. Esso, tuttavia non viene meno a causa dell'impatto con la realtà carceraria, che ne determina solo la trasformazione in garanzia di rispetto di quei diritti ad un livello tale che non ne risulti offesa la dignità umana.

Indicatore predisposto per accertare che «a chi subisce una condanna a pena detentiva sia riconosciuta la titolarità di situazioni soggettive attive e garantita quella parte di personalità che la pena non intacca»<sup>14</sup>, per garantire che, durante l'esecuzione penale, il nocciolo duro dei diritti fondamentali non venga scalfito è l'art. 27 comma 3 Cost., ai sensi del quale le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, specificato dall'articolo 1 comma 3 ord. penit.

È una previsione che, oltre a caratterizzarsi in senso negativo, come divieto operante sul piano trattamentale, assume valenza positiva quale imperativo da correlare al complesso di disposizioni legislative che garantiscono i diritti fondamentali e inviolabili dell'essere umano, che sono, ad un tempo, come detto, ma giova ribadire, gli stessi diritti di quanti si trovano in condizioni di privazione della libertà. Pienamente concordante

con il contenuto di questa decisione dovrebbe, quindi, essere la conclusione che ci accingiamo a trarre: i detenuti sembrerebbero essere titolari del diritto a formare una famiglia nonostante la detenzione, del diritto a procreare proprio come gli uomini liberi, trattandosi, come detto di un diritto universale e che pacificamente si ritiene compreso tra quelli che «formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana»<sup>15</sup>.

##### 5. Status detentionis e riproduzione biologica

Accertata la titolarità di questo diritto di libertà che la pena detentiva non comprime, si tratta di verificarne il coefficiente di effettività, se cioè esso sia concretamente esercitabile da parte dei detenuti e quali siano i legittimi modi per farlo. Sembra si debba escludere la riproduzione biologica, in ragione del fatto che la libertà sessuale, per sua natura ancillare alla genitorialità, nel vigente ordinamento penitenziario non trova ancora attuazione in relazione al trattamento interno. La possibilità per i detenuti di avere rapporti sessuali all'interno del carcere, peraltro, è stata da sempre strenuamente negata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale tale esclusione è «una conseguenza diretta della privazione della libertà personale, propria della reclusione» che «il condannato detenuto non ha il potere di contrastare [...] opponendo un diritto civico della sua personalità privata»<sup>16</sup>.

Numerosi sono stati i tentativi di legiferare sul punto. Un significativo passo verso il riconoscimento del diritto alla sessualità *intra moenia* è stato operato attraverso l'art. 61 comma 2 lettera b) reg. esec. che disciplina le c.d. visite trattamentali. Tale norma, nella originaria proposta, contemplava la possibilità di colloqui riservati dei detenuti con i loro familiari, ma è stata stigmatizzata con un parere di segno negativo da parte del Consiglio di Stato (Sezione consultiva per gli atti normativi, adunanza del 17 aprile 2000), per un asserito contrasto con l'art. 18 ord. penit., che prevede esclusivamente colloqui sotto il controllo visivo della polizia penitenziaria. In realtà il



Consiglio di Stato contestava soltanto la forma dell'intervento normativo, non la sostanza, lasciando palesemente intendere che l'autorizzazione al rapporto sessuale non è incompatibile con lo stato detentivo, ma richiede di essere prevista dalla legge, non da un regolamento.

Per citare altre importanti iniziative che muovevano nella stessa direzione, si pensi, alla proposta di legge n. 1503 dell'On.le Folena, presentata alla Camera dei Deputati il 13 giugno del 1996, con la quale si proponeva l'introduzione di una visita coniugale mensile, di durata non inferiore alla quattro ore consecutive, da aggiungere ai normali colloqui da svolgersi in locali idonei e senza controlli visivi, allo scopo di «consolidare i rapporti affettivi del detenuto con la famiglia»; alla proposta di legge n. 3331 dell'On.le Pisapia, del 28 febbraio 1997, in cui si poneva il problema della dilatazione degli attuali spazi normativi del trattamento penitenziario, unitamente a quello della realizzazione di spazi fisici, intesi come «locali idonei a consentire al detenuto di intrattenere relazioni strettamente personali e affettive». In tale prospettiva, inoltre, la durata dell'incontro con il proprio coniuge o convivente veniva ridotto a tre ore consecutive, sempre senza controllo visivo; da ultimo, la proposta di legge dell'On.le Peruzzotti n. 3701 del 15 dicembre 1998.

Tutti i tentativi volti a riconoscere il diritto alla sessualità in carcere sono naufragati. Nonostante nell'area europea stia aumentando il numero degli Stati i cui ordinamenti penitenziari consentono l'effettuazione degli incontri coniugali in ambito carcerario, e una raccomandazione del Consiglio d'Europa<sup>17</sup> abbia invitato gli Stati membri ad assumere le iniziative necessarie affinché sia concessa «ai detenuti la possibilità di avere incontri non sorvegliati con il proprio partner» all'interno del carcere, ad oggi, nel nostro sistema normativo, ancora nulla è stato fatto. Il legislatore interno ha preferito perseguire la via di una soluzione del problema fuori dalle mura del carcere – attraverso la concessione dei permessi premio, o l'accesso alle misure alternative alla detenzione-, magari anche in considera-

zione del principale degli inconvenienti che la soluzione intramuraria avrebbe comportato<sup>18</sup>: la necessità, conseguente, di accettare gestazioni e nascite all'interno del carcere, frutto di rapporti sessuali svoltisi regolarmente in ambiente carcerario.

6. Status detentionis e procreazione medicalmente assistita  
al vaglio della giurisprudenza di legittimità

Posto che, dunque, la detenzione in carcere esclude rigorosamente il diritto dei detenuti di formare una famiglia mediante riproduzione biologica, perché, come detto, assolutamente vietati gli atti sessuali, la domanda è se esista un diritto dei detenuti alla procreazione medicalmente assistita. La risposta affermativa è giunta direttamente dalla Corte di cassazione, I sezione penale, che, fedele alle enunciazioni contenute nella sentenza n. 26 del 1999, anzi proprio ripercorrendo l'*iter* logico-argomentativo della Consulta, ha accolto il ricorso di un detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., autorizzandolo al prelievo di liquido seminale, al fine di consentire alla moglie, affetta da anaovulorietà cronica, di essere inseminata artificialmente.

La Corte ha ritenuto fondato che ogni ristretto sia titolare sia di «quelle situazioni giuridiche soggettive espressamente riconosciute dalle norme penitenziarie», sia di tutte «quelle riconoscibili ad un soggetto libero», che non possono andare incontro ad ingiustificate *capitis deminutio* a causa della sottoposizione a restrizione della libertà personale. Esse, anzi, devono costituire oggetto di valutazione all'interno del doveroso giudizio di proporzionalità – che compete all'amministrazione penitenziaria – tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria, da un lato, e interesse della singola persona dall'altro. Precisava, inoltre che queste devono ricevere piena tutela dinnanzi agli organi giurisdizionali competenti quando, da quel giudizio, derivi per il singolo un sacrificio eccedente quello minimo necessario, o si ledano posizioni non sacrificabili in assoluto, come era accaduto nel caso sottoposto alla sua attenzione.

È una pronuncia importante per le enunciazioni di principio contenute, ma soprattutto pienamente coerente con il dettato costituzionale e con l'interpretazione data dalla Corte costituzionale dei diritti ivi riconosciuti nei confronti dei reclusi. La Cassazione, in pratica sembrerebbe aver ammesso che il diritto alla procreazione medicalmente assistita superi l'esame di compatibilità con lo stato detentivo, non essendone intaccato.

#### *7. Carcere e procreazione : rilievi critici*

Il problema allora è comprendere la portata di questa decisione, e sondarne l'osservanza del principio di uguaglianza nell'esercitabilità del diritto *de quo* con riguardo a tutti quei detenuti che, pienamente in grado di riprodursi naturalmente, non possono comunque avere figli perché impossibilitati ad avere rapporti sessuali all'interno degli istituti di pena. L'attenzione in merito è stata ulteriormente destata dalla pronuncia della prima sezione penale della Corte di cassazione, che, adita da un detenuto che richiedeva di accedere alla procreazione medicalmente assistita, ma che non aveva allegato alcuna documentazione medica che certificasse impossibilità a riprodursi propria o del *partner*, ha rigettato il suo ricorso.

La Corte ha argomentato che, sulla base di quanto previsto dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito allo scopo di far fronte ai «problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», dunque possibile solo quando non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause impeditive della procreazione, essendo, altresì, necessario che sia queste, sia l'impossibilità di farvi fronte altrimenti siano accertate e certificate da atto medico.

Nel caso di specie, poiché il ricorrente non ha mai affermato di essere affetto da dette patologie, «non è stato violato alcun diritto personalissimo del detenuto-ricorrente, in quanto questi non ha prodotto alcuna documentazione medica da cui emerga impossibilità a procreare». Il fondamento della sua istanza è

costituito unicamente dall'impedimento al rapporto sessuale determinato dallo stato di detenzione, ma esso non è equiparabile alla sterilità, né all'infertilità, esattamente come lo stato di lontananza del coniuge non integra il presupposto richiesto dalla legge per accedere alla procedura di inseminazione artificiale.

#### 8. *Considerazioni conclusive*

Dal contenuto delle succitate pronunce si ricava una conclusione assolutamente inaccettabile: sicuramente il diritto a procreare esiste anche in capo ai detenuti, appunto in quanto costituisce una delle tante espressioni di quel primato della persona umana sul quale il nostro ordinamento si fonda, che esso è compatibile con lo stato detentivo, perché altrimenti sarebbe stato negato anche a chi versasse in condizioni di sterilità, ma la sua esercitabilità è circoscritta alle ipotesi di patologia, conformemente alle statuizioni della legge 19 febbraio 2004, n. 40. Il problema è allora proprio nei riflessi applicativi di questa legge all'interno degli istituti di pena, foriera di un'ingiustificata discriminazione nel trattamento di titolari di un identico, universale e inviolabile diritto.

Dall'analisi condotta emerge, infatti, che fuori dal carcere chi vuole avere figli e può averli lo fa; chi non può, ma lo desidera, decide di ricorrere alle tecniche di procreazione assistita. Dentro chi è sano non ha diritto ad avere figli, perché non può avere rapporti sessuali, né ricorrere all'inseminazione artificiale; chi è malato, o ha un *partner* che non è in grado di procreare sì, perché ne può usufruire. Se il diritto a riprodursi esiste, come diritto di libertà che la pena detentiva non comprime, se, come il principio di uguaglianza impone, pertiene a ciascun individuo, ne discende che non può legittimamente essere oggetto di un trattamento differenziato sulla base dello stato di salute o di patologia del suo titolare.

Ad oggi, come detto, non c'è modo di riprodursi per i detenuti sani che abbiano partner sani, sia perché non possono

avere rapporti sessuali, sia perché è loro vietato l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, non contemplando la legge 40 del 2004 l'allontanamento fisico tra i presupposti per la sua applicazione. Preme, quindi, un intervento legislativo sul punto che o ammetta anche i ristretti sani con *partners* sani alla procreazione medicalmente assistita, o riconosca loro il diritto di avere rapporti sessuali.

La scelta tra le due alternative è doverosa, in ossequio, come detto, al principio di uguaglianza, ma soprattutto nel tentativo di realizzare quella condizione di salute che, secondo la definizione adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, imprescindibilmente comprende il diritto alla genitorialità, in considerazione del fatto che la frustrazione, a causa del divieto giuridico di maternità e di paternità determina indubbe e gravi ricadute negative di carattere psico-fisico<sup>19</sup>. Basterebbe pensare, allora, per addivenire ad una soluzione, non solo costituzionalmente, ma soprattutto umanamente orientata, a quanto queste possano essere ulteriormente amplificate e aggravate dallo stato detentivo, nonché, sotto il profilo del finalismo rieducativo della pena, rendersi conto dell'inutilità degli sforzi mirati al reinserimento sociale del reo che prescindano dalla valorizzazione dell'unità familiare.

Il diritto a "formare una famiglia", principale formazione sociale entro la quale, attraverso la quale l'individuo realizza la sua personalità, compete, a rigor del ragionamento garantista effettuato dalla Corte di cassazione e, prima di questa, dalla Corte costituzionale, anche al detenuto. Si continuerebbero a verificare, altrimenti, come nel caso del detenuto al quale la Corte di cassazione ha negato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, ingiustificate aggressioni alla dignità dell'uomo, assurde mortificazioni della sua libertà personale, tali da poter essere equiparate all'assoggettamento all'altrui potere, in cui si consacra la violazione del principio dell'*habeas corpus*<sup>20</sup>, asseritamente estranea al nostro ordinamento.

## NOTE

<sup>1</sup> Così A. DONATI, 2004: XVII.

<sup>2</sup> Ancora A. DONATI, 2004: XVIII. Anche sul piano del diritto internazionale la famiglia riceve ampia tutela. Basti citare, tra le tante enunciazioni solenni, gli artt. 8 e 12 Cedu, l'articolo 16 § 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e l'articolo 9 della Carta di Nizza.

<sup>3</sup> Cfr. M. BESSONE, 1976: 17.

<sup>4</sup> V. A. BALDASSARRE, 1989: 19 ss; analogamente C. FOEDER, 1999: 255 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Comm. Eur. 8 marzo 1962, Koch/R.F.T., a margine della quale v. G. ZELICK, 1982: 375 ss.

<sup>6</sup> G. SPANGHER, 2006: 335.

<sup>7</sup> La PMA si concretizza attraverso l'impiego delle tecniche di fecondazione artificiale, che in base alle modalità di realizzazione possono essere distinte in inseminazione artificiale ed in fecondazione in vitro. Mentre la prima richiede l'introduzione del seme maschile all'interno del corpo femminile, cercando di facilitare, successivamente, quanto più possibile la fecondazione dell'embrione da parte del seme maschile, la seconda necessita, inizialmente della fecondazione dell'ovulo femminile da parte del seme maschile in vitro e poi il trasferimento dell'embrione all'interno dell'apparato genitale femminile. Tale classificazione, in base alla provenienza dei gameti che daranno vita all'embrione, presenta due ulteriori criteri di identificazione che permettono di distinguere le tecniche di procreazione artificiale in omologhe, se lo spermatozoo e l'ovulo provengono, indipendentemente dalle modalità di prelievo, dalla coppia in esame, oppure eterologhe, se uno dei due gameti dovesse derivare da una terza persona, donatore o donatrice. Quest'ultima è espressamente vietata dalla legge in commento. Le più comuni tecniche di fecondazione artificiale attualmente in uso, possono essere così sinteticamente riassunte: Inseminazione artificiale: ICI (Intra Cervical Insemination); IPI (Intra Peritoneal Insemination); ITI (Intra Tubaric Insemination); IUI (Intra Uterine Insemination); GIFT (Gamete Intra Fallopian Transfer); GIPT (Gamete Intra Peritoneal Transfer); GIUT (Gamete Intra Uterine Transfer). Fecondazione in vitro: FIVET (Fecondazione in vitro con Embryo Transfer); ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection); TEST (Trasferimento intra tubarico dell'embrione); MESA (Aspirazione degli spermatozoi dall'epididimo)+TEST.

<sup>8</sup> Per una approfondita analisi della legge 19 febbraio 2004 n. 40, recante norme in materia di procreazione medicalmente assistita, v. M. DOGLIOTTI, 2004: 117 ss., e F. RUSCELLO, 2004: 628 ss.

<sup>9</sup> In medicina la *sterilità* è definita come "impossibilità di iniziare una gravidanza", in tal senso T. FLAMIGNI, 2002: 8, mentre per *infertilità* suole intendersi "l'incapacità di proseguire la gravidanza fino al momento della vitalità fetale", così M. MASSOBRIO, A. REVELLI, L. DELLE PIANE, in

P. V. GRELLA, M. MASSOBRIO, S. PECORELLI, L. ZICHELLA, 2006: 401. Secondo gli autori da ultimi citati, la distinzione tra l'una e l'altra condizione non è più ravvisabile nella pratica clinica, venendo di fatto i due termini ad essere utilizzati come sinonimi.

<sup>10</sup> Così articoli 1 comma 2 e 4 comma 1. Si tratta di previsioni pienamente conformi ai principi enunciati nella Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, ratificata in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145. Questa, all'articolo 4 comma 1, ammette l'utilizzo della tecnica artificiale circoscritto ai casi di sterilità o infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o infertilità da causa accertata e certificata da atto medico, giustificando il ricorso alle procedure di fecondazione in vitro soltanto per ragioni sanitarie. La PMA, dunque, nasce principalmente con l'intento di risolvere tutti quei problemi che impediscono ad una coppia di poter concepire dei figli a causa delle difficoltà legate ad *impotentia coeundi e/o generandi*. Tali prospettive, contemporaneamente alla liceità delle tecniche da adoperare e della scelta degli individui su cui è necessario realmente intervenire con tale metodica, trovano una prima legittimazione nel testo del Codice Deontologico Medico, in particolare nell'art. 421.

<sup>11</sup> V. Corte Cost., sent. n. 26 del 1999.

<sup>12</sup> Ancora, Corte Cost., sent. n. 26 del 1999, nonché, in senso analogo, Id., sent. n. 366 del 1991.

<sup>13</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 349 del 1999. Negli stessi termini, Id., sent. n. 204 del 1974, n.185 del 1985 e n. 312 del 1985.

<sup>14</sup> Così, Corte Cost., sent. n. 114 del 1979.

<sup>15</sup> In tal senso, Corte Cost., sent. n. 11 del 1956.

<sup>16</sup> V. Cass., Sez. I, 10 aprile 1992, Ponti, in *Mass. Cass. Pen.*, 1992, n. 11, 66.

<sup>17</sup> R. 98 dell'8 aprile 1998.

<sup>18</sup> Ci si riferisce in particolare all'individuazione dei soggetti ai quali consentire di consumare rapporti sessuali con il detenuto, in particolare nell'ipotesi di convivente *more uxorio*. Si incontrerebbero difficoltà per sapere se tale convivenza sia reale o meno e, comunque, non sarebbe possibile discriminare tra conviventi di lunga o breve durata. Approfondisce tali tematiche E. DI SOMMA, 1997: 867.

<sup>19</sup> Cfr. POCAR, :68.

<sup>20</sup> V. Corte Cost., sent. n. 68 del 1964; nonché, più di recente, Id., sent. n. 419 del 1994.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

V. A. BALDASSARRE (1989), voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*.

M. BESSONE (1976), *art. 29*, voce in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Bologna.

- M. DOGLIOTTI (2004), *La legge sulla procreazione assistita, problemi vecchi e nuovi*, in *Famiglia e diritto*, n. 2.
- A. DONATI (2004), *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, XVII.
- E. DI SOMMA (1997), *Il problema sessuale dei detenuti*, in *Dir. Pen Proc.*, n. 7.
- T. FLAMIGNI (2002), *La procreazione assistita*, Bologna.
- C. FOEDER (1999), *Esiste un diritto umano alla riproduzione assistita*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, n. 2, 255 ss.
- M. MASSOBRIO, A. REVELLI, L. DELLE PIANE, in P. V. GRELLA, M. MASSOBRIO, S. PECORELLI, L. ZICHELLA (2006), *Compendio di ginecologia e ostetricia*, Bologna.
- POCAR, *Diritto alla salute, diritto a procreare e accesso alle tecniche di PMA*, in *I diritti dell'uomo cronache e battaglie*.
- F. RUSCELLO (2004), *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia e diritto*, n. 6.
- G. SPANGHER (2006), *Art. 28*, V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, 3<sup>^</sup> ed., Padova.
- G. ZELLICK (1982), *Human Rights and the Treatment of Offenders*, in *Human Rights in Criminal Procedure*, a cura di J.A. ANDREWS, *The Hague*.



**PRISON MOVIES**

*Per motivi connaturati alle sue stesse modalità di produzione e fruizione, più delle altre arti il cinema si fa espressione di percezioni sociali diffuse, oltre a essere veicolo di messaggi critici espliciti. Con uno sguardo attento a entrambi gli aspetti, la rubrica Prison Movies si propone di commentare, riflettere, liberamente variare su film e sceneggiati televisivi che abbiano a che fare con i temi del carcere e della giustizia penale. Il cinema è un'arte nobile che il tempo non sa esaurire, e la rubrica si riferirà allora a opere del presente così come a classici del passato.*

**«La Zona» di RODRIGO PLÀ**

(dramm., Spagna-Messico 2007, 95 min.)

*Patrizio Gonnella e Susanna Marietti*

È un film di due anni fa, ma è oggi che sentiamo l'urgenza di parlarne. È un'urgenza sgomenta e disgustata: ogni giorno si sposta più in là il confine di quel che non potevamo essere e che invece siamo diventati, di quel che non poteva accaderci e che invece c'è accaduto. E ora quel confine si sovrappone all'alto muro che circonda La Zona.

La Zona è un quartiere ricco e blindato di Città del Messico. Un carcere per ricchi. Fuori dal muro, spazzatura e baracche. Dentro, villette e grembiulini per gli studenti. Con questo film Rodrigo Plà si è giustamente guadagnato svariati premi tra il 2007 e il 2008.

Nella Zona i cittadini si fanno giustizia da soli. Organizzano ronde contro i ladri o i presunti tali. Vigè uno statuto speciale, le istituzioni hanno perso il monopolio della forza. Il film è uscito nelle sale italiane proprio nei giorni della vittoria elettorale di Silvio Berlusconi e della Lega Nord. In quei pur recenti giorni poteva sembrare qualcosa di molto lontano dalla

nostra Italia. Qualcosa che riguarda paesi poveri e dalla democrazia malandata.

Ebbene: in meno di un anno il miracolo berlusconiano si è realizzato. Con una velocità impressionante si è realizzato il sogno americano. O, meglio, quello sud-americano. Stiamo assistendo al tentativo – seppur contrastato dai sindacati delle forze dell’ordine – di istituzionalizzare la sicurezza fai da te, di legittimare le ronde di semplici cittadini. Si tratta di un degrado democratico gravissimo. Il solo fatto che una norma del genere sia comparsa in un atto del governo lo delegittima dal punto di vista costituzionale.

Gli abitanti del residence La Zona comprano e corrompono la polizia per poter continuare a svolgere anche nelle circostanze più estreme il loro ruolo di giustizieri, per poter continuare ad ammazzare chiunque tenti di introdursi nel quartiere. Anche se ha solo sedici anni. La pellicola, ben diretta e ben interpretata, si chiude con un linciaggio.

Nel film si fa percepire l’assenza dello Stato, si mostra come ci si possa inventare un nemico inesistente, come sia facile trasformare se stessi in giustizieri di classe. Dietro le ronde italiane, sponsorizzate dalla Lega e da gruppi di estrema destra, c’è un pensiero analogo: la difesa del ceto medio-alto dai poveri, dagli immigrati, da coloro che producono fastidio sociale.

L’Italia è un paese che si sta progressivamente impoverendo dal punto di vista culturale. Lo vediamo anche nel cinema. Le storie carcerarie nei film italiani recenti sono storie ovvie. Non ovvio è stato *Gomorra*. Non ovvio sarebbe un film ambientato in uno dei quartieri della nuova borghesia italiana la cui sicurezza è affidata a guardie private.

Il film di Rodrigo Plà è una produzione spagnola e messicana. Chissà se i produttori italiani un giorno si accorgeranno di quanto minimi siano i nostri racconti rispetto al dolore immenso della nostra epoca.

**RECENSIONI**

*La presente rubrica recensisce lavori teorici e ricerche empiriche che affrontano il tema del carcere, della giustizia penale e, più in generale, del controllo sociale. In conformità con i principi che ispirano l'associazione Antigone, particolare attenzione verrà riservata a testi in grado di promuovere un dibattito sui modelli di legalità penale e sulla loro evoluzione; sull'evoluzione delle realtà carcerarie e giudiziarie nel nostro e negli altri Paesi; sulle trasformazioni dei modelli del controllo sociale nella società contemporanea. A fronte dell'estesa produzione su questi temi, verranno privilegiate opere che, di qualsiasi ispirazione e provenienza, collettive o monografiche, si dimostrino aperte al confronto e sostenute da spirito critico.*

ALVISE SBRACCIA

***Toghe rotte. La giustizia raccontata da chi la fa***

Chiare Lettere, Torino 2007

“Sono soldi facili e vanno via”. Così afferma un giovane maghrebino intervistato dall'autore nel suo lavoro di ricerca sul campo. L'idea che il guadagno attraverso lo spaccio di droghe sia “denaro leggero” è diffusa (non solo tra gli spacciatori) e porta con sé una morale basata sul sacrificio connesso al lavoro salariato. Come documenta in questo eccellente studio Alvisè Sbraccia, lo spaccio è, invece, fonte di relazioni piuttosto crude, incattivite e banalizzanti dove la questione del rischio, inizialmente sottovalutata, diventa progressivamente centrale. Di fronte ai bassi salari, talvolta anche difficili da riscuotere, il lavoro di spaccio diventa così una delle poche alternative dei giovani maghrebini presenti in Italia. D'altra parte gli stessi processi di criminalizzazione costruiscono per essi la figura sociale di spacciatore.

Il lavoro di Sbraccia, attraverso un lungo percorso sul campo e una ricerca teorica centrata sulla sociologia della devianza,

ma con qualche felice incursione nella sociologia del lavoro, analizza con sapienza le modalità di inserimento dei giovani migranti maghrebini in Italia nei diversi segmenti occupazionali legali e illegali. Sono giovani che hanno esperito sulla propria pelle le difficoltà della mobilità internazionale. Essi migrano quasi sempre in modo irregolare appoggiandosi al sapere migratorio diffuso nelle aree del Maghreb, smentendo ancora una volta la retorica dei grandi racket che, secondo alcuni, dovrebbero gestire i flussi migratori. La realizzazione del viaggio avviene nelle forme più disparate e in non pochi casi essi sono realizzati in forma autonoma, attraverso accordi informali tra gruppi di conoscenti. L'emigrazione clandestina garantisce tempi di attesa e costi decisamente inferiori rispetto a una migrazione regolare. Discrezionalità dei poteri locali, corruzione alle frontiere, complessità burocratiche si configurano nei fatti come barriere alla mobilità fin dal paese di partenza con una forte selezione all'origine. Essi emigrano da paesi fortemente colpiti dai processi di ristrutturazione economica avvenuti in questi anni e che rendono insensato descriverli, come ancora pure si fa da cinquant'anni, come paesi "in via di sviluppo".

Il metodo seguito dall'autore è quello di interviste a sfondo biografico con la ricostruzione di storie e percorsi di vita. È un approccio che si è dovuto confrontare con le incertezze e le distorsioni date dallo svolgere tali interviste nelle istituzioni carcerarie. Se i migranti si rappresentano spesso sulla base di quanto pensano che gli italiani vogliono sentire, la rottura di questo circolo retorico garantisce sovente dei buoni risultati dal punto di vista della ricerca. Incrinare le stereotipizzazioni e le semplificazioni comporta, infatti, anche costruire su basi diverse il rapporto che ci lega momentaneamente con il migrante. Come sottolinea Sbraccia è infatti essenziale per il ricercatore "*uno sguardo che disveli l'attitudine all'apprendimento*" (p. 73): non solo rispetto alla buona riuscita dell'intervista, ma più in generale alla capacità di comprensione delle diverse realtà descritte. Non si tratta di ricostruire le verità dei

carcerati contro le verità dei carcerieri, ma piuttosto di cogliere i percorsi biografici e le spiegazioni fornite delle diverse scelte dei soggetti. Le storie raccolte mostrano una eterogeneità di percorsi e scelte personali, molto spesso caratterizzate da estesi processi di mobilità geografica e sociali e dalla contiguità tra i diversi mondi legali e illegali.

Il volume di Sbraccia attraverso un duro lavoro sul campo, oltre che un'accurata analisi degli studi a livello internazionale, si sofferma sulle forme di stereotipizzazione, in particolare quelle che distinguono tra migranti funzionali e disfunzionali. Si tratta di una distinzione che si sbriciola alla prova dei fatti: da un lato i passaggi tra occupazioni regolari, irregolari, legali e illegali sono continui, dall'altro lato lo stigma impresso su questi giovani maghrebini li indirizza verso alcuni segmenti occupazionali. Non è un fenomeno prettamente italiano e, come insegnano anche le esperienze nei paesi di più lunga immigrazione, la segmentazione del mercato del lavoro è più precisa per i migranti e tende a costituirsi in forma ereditaria.

L'affiliazione criminale, soprattutto nei contesti metropolitani italiani, appare così determinata sia dalla saturazione delle opportunità lavorative regolari e irregolari sia dal tentativo di smarcarsi da percorsi segnati ed eterodiretti. Il volume, quindi, analizza il legame stretto tra processi di criminalizzazione e necessità di forza lavoro per i mercati legali e illegali. In particolare, ci illumina sulla necessità di disporre di forza lavoro disponibile a sottostare a elevati ritmi lavorativi, forme estese di nocività e bassi salari. I giovani magrebini qui intervistati sono spesso indisponibili a sottostare a tali condizioni che ne garantiscano nient'altro che la sopravvivenza precludendo le strade di un miglioramento reale, che non implicino la regolarizzazione giuridica e un posto di lavoro come operaio nell'industria, nell'agricoltura o nei servizi. Entrare nel giro dello spaccio è, quindi, l'occasione "per fare un salto di qualità decisivo oltre lo status di operaio specializzato, forse l'ultimo legalmente raggiungibile" (p. 193). Per i magrebini, in particolare giovani, la strategia di mimetismo sociale è più difficile

che per altri migranti perché come dice uno di loro: *“uno avec questa, come si chiama, la faccia, tu vieni vai: ‘questa faccia no buona’*. (p. 176). Si tratta di una *“anticipazione della devianza sulla base degli attributi fisici”* (p. 199).

La rete a disposizione nel paese di destinazione può garantire un inserimento in un segmento lavorativo piuttosto che in un altro. Ma la rete rimane una risorsa ambivalente: essa può costituirsi come un aiuto nei primi difficili momenti di comprensione, ma rimane una fonte di controllo delle proprie scelte perché a quanti compongono la rete occorre fornire risposte in termini di comportamenti moralmente accettabili.

Questi giovani maghrebini già nel periodo adolescenziale si devono confrontare nel loro paese di origine con un duro mondo del lavoro, nel quale il sacrificio non è misura del successo, anche perché il sacrificio a cui sono stati sottoposti i genitori e i nonni viene ritenuta insopportabile. L’inserimento nel mondo del lavoro è comunque precocissimo. Si tratta quasi sempre di figli di famiglie operaie, talvolta di emigrati che permettono uno status economico più elevato. Ma la stessa emigrazione in Francia dei padri, dei parenti o di conoscenti è per alcuni giovani migranti la memoria dello sfruttamento, *“un mostro che non mi piace”*, ma anche e forse soprattutto il paese dove la situazione è più strutturata, dove *“trovi la famiglia... non puoi essere tu, soltanto singolo dentro la casa”* (p. 197) ed è quindi difficile l’espressione di una propria individualità.

Nel corso degli ultimi anni sono giunti in Italia migliaia di migranti irregolari o semi-irregolari. Essi si sono inseriti progressivamente nei segmenti più bassi del sistema di occupazione; un sistema di occupazione che continua a sfrangiarsi e che necessita di forza lavoro casuale, mobile, saltuaria, a basso salario, non sindacalizzata. Quanti non trovano una vera e propria occupazione si arrangiano con occupazioni a giornata come braccianti, facchini, manovali, lavavetri, venditori ambulanti, distributori di pubblicità. Una parte di questi si dedica anche alla questua, a piccoli furti o allo spaccio, magari sovrapponendo tali attività con un lavoro salariato irregolare. Il

megafono delle agenzie specializzate nella produzione di insicurezza li dipinge come gente pericolosa, forse perché non sottostanno a un vincolo diretto e continuo di comando. Nell'attenuarsi dei legami sociali e nella deregolazione del sistema di occupazione, il messaggio, in particolare nelle grandi città, ha buone *chance* di essere recepito. D'altra parte, il processo di criminalizzazione dei migranti cioè la selettività operativa delle agenzie di controllo istituzionale verso alcuni gruppi di migranti nella vita quotidiana sulla base di una stereotipizzazione, si fa feroce. È un controllo mirato, che si contrappone al lassismo che permette il proliferare di condizioni di lavoro irregolare nel sud come nel nord del paese. Si tratta di tecniche selettive che permettono di definire la pericolosità sociale in base ai profili di rischio frutto di tecniche di calcolo e di gestione tipiche delle compagnie di assicurazione.

Lo spettro delle opportunità dei giovani magrebini che giungono in Italia oggi è magro. Il permanere di una tale prospettiva rende complicato anche la modifica del quadro delle forme di adattamento. È una situazione che tende a riprodurre una condizione anomica e sulla quale occorrerà di nuovo approntare validi strumenti di analisi.

*Devi Sacchetto*

ANGELA YVONNE DAVIS

***Aboliamo le prigioni? Contro il carcere,  
la discriminazione, la violenza del capitale***

Minimum Fax, Roma, 2009\*

Perché diamo per scontato il carcere? Perché non riusciamo ad immaginare la vita delle nostre società senza di esso? Perché di fronte alla prospettiva abolizionista, per quanto genuinamente ben disposti, finiamo per sorridere ed appellarci ad un realismo che pretende che non vi siano alternative possibili? Il primo passo da fare, sostiene Angela Davis, è quello di separare concettualmente la punizione dal suo legame con il crimine, di indagare, mettere in discussione, il legame apparentemente indissolubile che colloca la prigione in un rapporto causale con la criminalità, trasformandola così “*nel suo “effetto naturale, necessario e permanente”*” (p. 95).

La tesi dell’Autrice parte dall’assunto che per comprendere il processo punitivo è necessario rivolgersi alle strutture e alle ideologie economiche e politiche e non alle condotte criminali individuali e ai presupposti sforzi per arginarle. In questa prospettiva, Angela Davis ci presenta l’incarcerazione di massa come il programma sociale più compiutamente attuato dai governi dei giorni nostri. Legittimatosi sulla propria funzione deterrente nei confronti delle attività criminali, esso è, in realtà, intimamente connesso con l’insieme delle circostanze storiche che nel corso del XVIII e XIX secolo hanno portato all’ascesa del capitalismo: il riconoscimento di diritti e libertà formali e del valore del lavoro in termini di tempo e denaro, da un lato; il persistere delle disuguaglianze sostanziali e lo sfruttamento del lavoro coatto, dall’altro.

Oggi, nel contesto di un’economia dedita al perseguimento del massimo profitto e di fronte al progressivo smantellamento dello stato sociale, l’esteso ampliamento dei progetti di edilizia carceraria continua a rispondere alle esigenze del sistema capitalistico: concentrare e gestire un’eccedenza umana che i processi di deindustrializzazione e di globalizzazione hanno



reso ormai inutilizzabile. Resistendo ad ogni evidenza relativa all'effettivo andamento della criminalità, la crescita della popolazione carceraria continua ad autoalimentarsi in una progressione senza fine. Appare chiaro a questo punto che per la Davis l'attuale sistema carcerario-industriale non consiste semplicemente della somma di tutte le strutture detentive che, negli Stati Uniti d'America, ospitano oggi due milioni e mezzo di detenuti: esso va visto piuttosto come *“un insieme di rapporti simbiotici tra istituti di pena, corporation transnazionali, conglomerati mediatici, sindacati degli agenti di custodia e programmi legislativi e giudiziari”* (p. 117).

La sua principale preoccupazione è quella di farci capire che, se il senso attuale della pena è forgiato da queste relazioni, un approccio abolizionista realistico può basarsi solo sulla critica globale al sistema che le sostiene. D'altro canto, l'Autrice intende mostrarci la centralità che l'opposizione al carcere ricopre per la nuova resistenza alla globalizzazione capitalistica.

Ricostruendo lo stretto legame esistente negli Stati Uniti tra la schiavitù e le origini del sistema penitenziario, la Davis argomenta che il razzismo è così profondamente radicato nell'istituzione carceraria che non è possibile superare definitivamente l'uno senza eliminare l'altra: se la schiavitù, il linciaggio e la segregazione - istituzioni sociali una volta ritenute eterne ed oggi abolite - sono stati superati, il razzismo di stato continua a vivere nella razzializzazione del crimine e della pena.

Allo stesso modo, attraverso una puntuale ricostruzione del modo in cui il sesso del detenuto influenza il carattere della pena, l'Autrice dimostra che il carcere riflette e rafforza la struttura sessista della società nel suo insieme. Se prendere coscienza dell'ingiustizia insita nell'utilizzo dei cosiddetti *“profili razziali”* o della diffusione degli abusi sessuali nelle carceri femminili e dell'impunità di cui godono i loro autori diventa, quindi, fondamentale per una critica radicale del sistema carcerario, l'obiettivo è, in realtà, più esteso ed è quello di dimostrare come l'istituzione carceraria sostenga oggi idee e pratiche che si vorrebbero superate nella società più vasta, con

particolare riferimento alla “*distruttiva combinazione tra razzismo e misoginia*” (p. 92), e come il suo radicale superamento costituisca un requisito fondamentale per il futuro della democrazia.

È evidente come sia inutile, in questa prospettiva, parlare di riforma del carcere: oltre al fatto ormai riconosciuto, a partire da Foucault, che il progetto di riforma del carcere è connesso al carcere stesso, non è un sistema migliore che bisogna rivendicare, per quanto più umano e meno doloroso possa essere. I modelli fondati esclusivamente sulle riforme finiscono per contribuire all’idea che non siano possibili reali alternative al carcere. La realtà che bisogna svelare è che il carcere ha la funzione ideologica di sollevarci dalla responsabilità di affrontare seriamente i problemi della nostra società. Al fine di eliminarlo dal paesaggio sociale e ideologico della nostra società è necessario investire nella creazione di nuove istituzioni che rivendichino per se stesse lo spazio che oggi gli è riservato.

Non facciamoci ingannare, sembra suggerirci Angela Davis, dalla domanda ricorrente che blocca ogni proposta abolizionista e recita “*se aboliamo carceri e prigionieri, con che cosa le sostituiranno?*” (p. 115). Una volta spostata l’attenzione dalla prigione come istituzione isolata all’insieme dei rapporti economici e politici che formano il complesso carcerario industriale sarà paradossalmente più facile immaginare delle alternative alla reclusione: è su quei rapporti che è necessario intervenire, con un investimento sulle istituzioni che possono fungere da veicoli di una progressiva “*decarcerazione*”. Più che immaginare un unico sostituto del sistema carcerario, appare utile concepire “*un continuum di alternative alla reclusione*” (p. 117): le principali indicate dall’Autrice sono la rivitalizzazione dell’istruzione e la demilitarizzazione delle scuole delle comunità povere, un sistema sanitario accessibile a tutti per la cura sia delle malattie fisiche che di quelle psichiche ed emozionali ed un sistema giudiziario basato sulla riparazione e la riconciliazione.

Contro il ricatto di chi ritiene che siano le esigenze della sicurezza a rendere inevitabile la prigione, la prospettiva abo-

lizionista della Davis rivendica una ridefinizione dell'idea di sicurezza: *“uno spostamento delle priorità dal complesso carcerario-industriale all'istruzione, agli alloggi, all'assistenza sanitaria”* (p. 206). Finché le scuole delle comunità nere assomiglieranno alle prigioni, finché vi saranno più persone con disordini mentali ed emozionali in carcere che negli ospedali, finché il sistema giudiziario avrà come obiettivi il castigo e la vendetta, il carcere continuerà ad apparire come un'istituzione inevitabile ed al suo interno continueremo a trovare il precipitato di un sistema economico e sociale ingiusto e razzista. La strada dell'abolizionismo, sostiene l'Autrice, si percorre intaccando le strutture di dominio: per questo combattere contro il razzismo, i pregiudizi di classe, il maschilismo e l'omofobia significa contribuire alla lotta contro il carcere, perché significa lottare contro i rapporti sociali che ne sostengono l'esistenza.

Le indicazioni che Angela Davis ci offre sono preziose, ma ancora più prezioso è il tentativo in se stesso di riportare il carcere al centro del dibattito scientifico (confrontiamoci con l'andamento della criminalità, con i tassi della recidiva) e politico (perché le nostre società non riescono a fare a meno del carcere?): non più terreno marginale, non solo strumento terminale del controllo, ma nucleo centrale e persistente di una società escludente ed oppressiva incapace di farsi carico dei propri problemi sociali e di camminare verso un futuro migliore.

*Francesca Vianello*

\* Il testo raccoglie due volumi pubblicati separatamente negli Stati Uniti dalla casa editrice Seven Stories Press: il primo, uscito nel 2003, è un saggio della Davis dal titolo *“Il carcere è obsoleto?”*; il secondo, del 2005, riporta una serie di interviste condotte all'Autrice da Eduardo Mendieta e raccolte in *“Per una democrazia dell'abolizione. Oltre l'impero, il carcere e la tortura”*. In appendice ai due saggi l'edizione italiana riporta un aggiornamento sulla situazione del sistema carcerario in Europa ed in Italia ad opera di Guido Caldiron e Paolo Persichetti dal titolo *“Il welfare della galera. Neoliberismo e populismo penale”*. Pur facendo riferimento all'intero testo, la presente recensione si concentra sul primo saggio e sulla prospettiva abolizionista che dà il titolo al volume.

HANNO COLLABORATO AL PRESENTE NUMERO:

CHIARA BLENGINO, m

LUIGI FERAJOLI, d

ROSSELLA FERRIGNO, specializzata in Criminologia Forense presso l'Università L.I.U.C. di Castellanza (Varese).

PATRIZIO GONNELLA, presidente dell'Associazione Antigone, è specialista in diritti umani ed è autore di libri e saggi.

SUSANNA MARIETTI, coordinatrice dell'Osservatorio sulle condizioni di detenzione dell'Associazione Antigone, svolge attività di ricerca presso il Dipartimento di Filosofia teoretica dell'Università degli Studi di Milano.

TECLA MAZZARESE, p

MAURO PALMA, d

GIUSEPPE UGO RESCIGNO, g

ELIGIO RESTA, p

ROSSANDA ROSSANDA, m

FLAVIA RUSSO, p

CLAUDIO SARZOTTI, professore ordinario di Sociologia del Diritto e Filosofia del Diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

-----  
**Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario**

p. 160, euro 20,00 a numero

- ANTIGONE III, 2, 2008 ("Mediare, non punire")  
ANTIGONE III, 1, 2008 ("In galera! V rapp. sulle condiz. di detenzione in Italia")  
ANTIGONE II, 3, 2007 ("Codice penale: una riforma mancata")  
ANTIGONE II, 2, 2007 ("Il carcere e i suoi operatori")  
ANTIGONE II, 1, 2007 ("Il carcere indultato")  
ANTIGONE I, 3, 2006 ("Indulto")  
ANTIGONE I, 2, 2006 ("Disonesti o criminali?")  
ANTIGONE I, 1, 2006 ("Emergenze e libertà")

**Collana "Diritto, Devianza, Società", L'Harmattan Italia**

*diretta da Amedeo Cottino in collaborazione con Claudio Sarzotti*

DIETRO LE SBARRE E OLTRE. Due ricerche sul carcere in Italia  
Giuseppe Campesi, Lucia Re, Giovanni Torrente (a cura), p. 288, DDS, 2009

**POLIZIA E POLITICA.**

Un approccio sociologico

Jean-Louis Loubet Del Bayle, p. 292, DDS, 2008

**CULTURA GIURIDICA E CULTURE DELLA PENA.**

I discorsi inaugurali dell'anno giudiziario dei Procuratori Generali

Claudio Sarzotti, p. 180, DDS, 2006

**LA FABBRICA DEI DELINQUENTI.**

Processo penale e meccanismi sociali di costruzione del condannato

Giuseppe Mosconi e Dario Padovan (a cura), p. 222, DDS, 2005

**LA SICUREZZA URBANA COME BENE COLLETTIVO.**

Esercizi per governare a livello locale le trasformazioni sociali

Stefano Padovano, p. 90, DDS, 2005

**MINORI MIGRANTI: DIRITTI E DEVIANZA.**

Ricerche socio-giuridiche sui minori non accompagnati

Alvise Sbraccia, Chiara Scivoletto (a cura), p. 272, DDS, 2004

**L'AMERICA IN CATENE. Testimonianze dal carcere negli USA**

Daniel-Barton Rose, G. Mosconi (ed. it.), p. 174, DDS, 2003

**LE CARCERI DELL'AIDS. Indagine su tre realtà italiane**

Anna Rosa Favretto e Claudio Sarzotti (a cura), p. 240, DDS, Gruppo Abele, 1999

**LA PRIGIONE MALATA. Letture in tema di AIDS, carcere e salute**

Bruno Magliona e Claudio Sarzotti (a cura), p. 232, DDS, Gruppo Abele, 1996

**DIRITTO, UGUAGLIANZA E GIUSTIZIA PENALE**

Amedeo Cottino, Claudio Sarzotti (a cura), p. 224, DDS, 1995

**IL DISORDINE REGOLATO. Strutture normative e conflitto familiare**

Anna Rosa Favretto, p. 208, DDS, 1995





